

CAPÍTULO TERCERO

EL DISCURSO DE DERECHOS HUMANOS DE LA NIÑEZ MIGRANTE

I. EL DISCURSO DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ORDEN INTERNACIONAL: TEORÍA, DERECHO Y CRÍTICA

1. *A modo de génesis*

El origen de los “derechos humanos” en la era moderna¹ se remonta al uso que el liberal John Locke dio a la noción de “derecho natural” en su teoría del contrato social, *Dos ensayos sobre el gobierno civil* (1690), donde postuló que las personas, al pasar a la sociedad civil, no renuncian a los derechos que tenían en el estado de naturaleza, sino que asignan al Estado facultades para la protección de esos derechos.²

Esta doctrina sirvió para criticar el orden social existente, fue la justificación de las revoluciones liberales³ y quedó plasmada en la declaraciones de Derechos de Virginia y de Independencia (1776) de Estados Unidos y en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de Francia (1789). De este modo, los “derechos naturales”, inherentes a los hombres por su mera naturaleza y posesión de razón, estuvieron inicialmente vinculados a intereses específicos de clase, y fueron las armas ideológicas y políticas en la lucha de la emergente burguesía contra el poder político despótico y la organización social estática.

¹ El origen de la noción se puede rastrear desde el derecho romano, a través de las figuras de *ius e ius in rem*. Tuck, R., *Natural Rights Theories. Their Origin and Development*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979, pp. 8 y 9.

² MacDonald, M., “Natural Rights”, en Waldron, J. (ed.), *Theories of Rights*, Nueva York, Oxford University Press, 1985.

³ Sin embargo, esta misma noción de “derecho natural” anteriormente había sido usada por otros teóricos para justificar instituciones tan cuestionables, como el absolutismo (Thomas Hobbes), el dominio imperial de los mares por Holanda e Inglaterra (Hugo Grocio y John Selden, respectivamente) y la esclavitud (teólogos y teóricos de la conquista española). Páramo, J., “Derecho subjetivo”, en Garzón Valdés, E. y Laporta, F. J. (eds.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 1996.

Desde principios del siglo XX, en pleno apogeo del positivismo, el auge de la teoría de los derechos naturales declinó;⁴ sin embargo, al fin de la Segunda Guerra Mundial la noción de derechos naturales fue retomada, pero ahora bajo la categoría de “derechos humanos”. Esta categoría de derechos se convirtió en el único instrumento normativo capaz de criticar un orden jurídico inmoral (el nacionalsocialismo alemán) y juzgar a sus autoridades por actos legalmente admitidos al momento de su comisión, haciendo una excepción al principio de irretroactividad de la ley penal.⁵ A partir de 1945, con la fundación de la Organización de las Naciones Unidas por los poderes vencedores de la Segunda Guerra Mundial y la proclamación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948, los derechos humanos se convirtieron en objeto de interés global, pero en un contexto marcado por las rivalidades y tensiones de los procesos de descolonización y la Guerra Fría.⁶

Tras el colapso del comunismo, los derechos humanos fueron elevados a la categoría de principio central de los poderes hegemónicos. Ahora forman parte del nuevo orden mundial, y acciones como intervenciones, tribunales de crímenes de guerra y persecuciones de jefes de Estado se hacen por infracción y en pro de los derechos humanos. Así, los presupuestos ontológicos de los derechos naturales (ahora derechos humanos): los principios de igualdad y libertad humanas y su corolario político —la pretensión de que el poder político debía someterse a las demandas de la razón y el derecho— se han convertido en parte de la ideología básica de casi todos los regímenes, propagándose así su parcialidad.⁷

2. *Los derechos humanos en el orden internacional*

El discurso vigente en materia de derechos humanos predica que éstos son derechos inherentes a todas las personas por el solo hecho de su humanidad y estar dotadas de razón y conciencia, y que deben ser garantizados *sin discriminación* alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen

⁴ Weston, B., “Human Rights”, en Steiner, H. J. y Alston, P. (eds.), *International Human Rights in Context*, Oxford, Clarendon Press, 1996.

⁵ Juristas como Hans Kelsen (1947) y Gustav Radbruch (1962) vertieron sus críticas y dudas sobre la legitimidad de los Juicios de Nuremberg.

⁶ Woodiwiss, A., “Human Rights and the Challenge of Cosmopolitanism”, *Theory, Culture & Society* 19, núm. 1-2, 2002.

⁷ Douzinas, C., “El fin(al) de los derechos humanos”, *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla* 22, 2008.

nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Entre estos derechos se incluyen el derecho a la vida y a la libertad; a no estar sometido ni a esclavitud ni a torturas; a la libertad de opinión y expresión; a la educación y al trabajo; a buscar y recibir asilo; al debido proceso y a un juicio justo, entre otros muchos. Los titulares de estos derechos son *todas* las personas, sin discriminación alguna.

Los derechos humanos fueron consagrados en diversos instrumentos internacionales, universales y regionales, en los que se plasmó la obligación de los Estados, de asegurar este mínimo de protección a *todas* las personas bajo su jurisdicción. Es comúnmente aceptado que la plena vigencia y el respeto de los derechos humanos 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.

Existen tres tipos de instrumentos internacionales de derechos humanos: 1) los tratados internacionales de derechos humanos, que son acuerdos celebrados entre Estados que regulan dicha materia y crean obligaciones jurídicas para los Estados que manifiestan su consentimiento mediante la ratificación, aceptación, aprobación, adhesión u otra forma de consentimiento; 2) las declaraciones de derechos humanos, que recomiendan reglas para los Estados en materia de derechos humanos, y que pueden poseer o llegar a adquirir obligatoriedad para éstos por contener normas consuetudinarias o principios generales del derecho internacional,⁸ y 3) los demás instrumentos internacionales de derechos humanos que por su variedad podrían agruparse bajo el criterio de que marcan pautas a los Estados sobre la materia. Son tres tipos de instrumentos que gozan de un diferente valor jurídico en el derecho internacional. Al respecto, Carrillo Salcedo señala:

El valor jurídico de este conjunto de instrumentos no puede tener una respuesta única, ya que una cosa son las Declaraciones que constituyen interpretaciones generalmente aceptadas de la Carta de Naciones Unidas...; otro las Resoluciones y Declaraciones incitatorias, programáticas, y otra, por último, las Reglas mínimas. Estos dos últimos tipos de instrumentos jurídicos, que *per se* no son obligatorios, tienen no obstante significado normativo en la medida en que señalan *objetivos de política jurídica*. Por otra parte, si los Estados los incorporan en tratados internacionales, adquieren la fuerza jurídica de las reglas convencionales, obligatorias para los Estados parte en el tratado que incorpore dichos principios. Finalmente, si son generalmente aceptados en la

⁸ En esta situación se encuentran la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

práctica de los Estados pueden transformarse en principios y reglas del derecho internacional general.⁹

La exigencia del cumplimiento de los tratados internacionales relativos a los derechos humanos no se basa en la reciprocidad entre Estados, a diferencia de otro tipo de tratados, en los que la regla general establece que la violación grave de un tratado bilateral o de tratados multilaterales por una de las partes facultará a la otra u otras partes a la terminación o suspensión de su aplicación.¹⁰

Esto significa que el hecho de que una parte incumpla las obligaciones que le impone un tratado internacional de derechos humanos no da derecho a las otras partes a incumplir el mismo. Lo anterior se debe a que, si bien la obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos se contrae frente a otros Estados, los beneficiarios del cumplimiento del tratado son *todas* las personas bajo la jurisdicción de los Estados.¹¹ Como expone Cassese:

...el mecanismo de la reciprocidad ya no funciona: la culpa del otro no nos legitima para considerar nulo el compromiso anteriormente asumido. Y *ello porque dicho compromiso se ha contraído a beneficio de las personas*: los intereses recíprocos de los Estados pasan a un segundo plano. Lo que importa es tutelar las exigencias de la persona humana.

Por ello, las normas contenidas en los tratados de derechos humanos deben cumplirse de buena fe por los Estados.¹² Esta regla excepcional está prevista en el artículo 60.5 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969: “Lo previsto en los párrafos 1 a 3 no se aplicará a las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario, en particular a las disposiciones que prohíben toda forma de represalias con respecto a las personas protegidas por tales tratados”.

⁹ Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *Dignidad frente a barbarie. La declaración universal de derechos humanos, cincuenta años después*, Madrid, Trotta, 1999, pp. 89 y 90.

¹⁰ Esta regla se encuentra contenida en el artículo 60, apartados 1 y 2, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

¹¹ Cassese, Antonio, *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, trans. Atilio Pentimalli y Blanca Rivera de Madariaga, Barcelona, Ariel, 1993, pp. 243 y 244.

¹² La jurisprudencia internacional también se ha pronunciado en este sentido. Por ejemplo, véase CoIDH, “El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículos 74 y 75”, Opinión Consultiva, OC-2/82, serie A, núm. 2, San José, CoIDH, 24 de septiembre de 1982, p. 29.

Asimismo, conviene resaltar lo dispuesto por el artículo 50.1, inciso b), del Proyecto de artículos relativo a la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos de 2001, que señala: “Las contramedidas no afectarán: b) Las obligaciones establecidas para la protección de los derechos humanos fundamentales”. De este modo, en ambas disposiciones se busca resaltar la importancia de los tratados de derechos humanos respecto a otros tratados internacionales, y que las obligaciones de derechos humanos deben ser respetadas bajo cualquier circunstancia.

3. *La crítica de los derechos humanos: el caso de las personas en contextos de movilidad*

Douzinas¹³ señala que si bien el siglo XX fue la época de los derechos humanos, su triunfo en ese siglo y lo que va del XXI es paradójico, pues un récord apabullante de violaciones a estos derechos y sus principios ha tenido lugar: el siglo XX fue el siglo de la masacre, el genocidio, la limpieza étnica, la era del holocausto; y el siglo XXI, en lo que lleva, ha presenciado la era del terrorismo, la securitización y cómo el no ser blanco y ser pobre son las principales fronteras para acceder a los derechos y a una vida vivible, libre de persecución y amenazas a la vida, a la libertad y a la seguridad personales; en suma, libre de violencias y precariedad.

Baxi¹⁴ subraya que los derechos humanos se nos han presentado como “un regalo de Occidente para el resto”, desconociéndose así las tradiciones no occidentales que refuerzan la idea contemporánea de los derechos humanos. Por ello, distingue dos clases de derechos humanos: los “derechos humanos modernos”, cuya visión es eurocéntrica y está construida sobre el derecho a la propiedad, que excluye al pobre y al colonizado, y los “derechos humanos contemporáneos”, cuya visión es incluyente, y son movimientos de resistencia frente a los supuestos teóricos de la concepción moderna de derechos humanos y a las formas contemporáneas de explotación, por lo que han llevado a la construcción de nuevos derechos (como los de las mujeres), e implican negociación entre organizaciones civiles y gobiernos.

Woodiwiss¹⁵ afirma que, al olvidarse el origen occidental de los derechos humanos, también se olvida su conexión con las formas socioestruc-

¹³ Douzinas, Costas, “El fin(al) de los derechos humanos”, *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.* 22, 2008.

¹⁴ Baxi, U., *The Future of Human Rights*, New Delhi, Oxford University Press, 2002.

¹⁵ Woodiwiss, A., “Human Rights and the Challenge...”, *cit.*

turales e institucionales existentes y el riesgo que implica depender de ellas para asegurar su cumplimiento. Por ello, hay una tendencia a asumir que una vez que los derechos humanos han sido proclamados se cumplirán de forma automática o que las instituciones o relaciones sociales ya existentes los harán cumplir, lo cual es erróneo, según lo muestran las habituales violaciones de derechos humanos a nivel mundial.

Para la literatura crítica en la materia, y siguiendo la teoría analítica de poder de Michel Foucault, los derechos humanos son un discurso del poder moderno, el cual parte de múltiples relaciones de fuerzas y prácticas, y consiste en conducir conductas (no personas).¹⁶ El poder se vale del discurso, que es un saber experto que usa diferentes fuerzas para promover sus intereses. Los discursos utilizan dispositivos para operar, que son las redes de relaciones sociales construidas en torno a un discurso, y tienen como fin mantener el poder; por ejemplo: instituciones, leyes, políticas, disciplinas, declaraciones científicas y filosóficas, conceptos y posiciones morales. Hay dispositivos de poder, subjetividad y verdad, y se mantienen a través de diversas estrategias, que son los elementos que definen las formas y los fines, y que van cambiando en el tiempo. Vistos así, los derechos humanos son un discurso de los poderes hegemónicos triunfantes de la Segunda Guerra Mundial.

Para poder entender el estadio actual de violaciones flagrantes de derechos humanos para las personas en condiciones de movilidad, es preciso recordar que las grandes declaraciones del siglo XVIII proclamaron estos derechos “inalienables” en nombre del “hombre” universal, a la par de otorgar a una organización política específica, el Estado nación, el poder de hacerlos valer para sus beneficiarios: los ciudadanos de la nación. Al iniciar la era del nacionalismo y la ciudadanía se introdujo un nuevo tipo de privilegio, que protege a unas personas —los nacionales— a costa de excluir a otras —los extranjeros— con todas sus consecuencias más perversas, como el genocidio, las guerras étnicas y civiles y la limpieza étnica. Como señala Douzinas,¹⁷ desde las revoluciones liberales los Estados nación han sido definidos por fronteras territoriales y han desplazado la exclusión por clase a la exclusión por nacionalidad, que en la modernidad es la barrera formal de clase.

¹⁶ Foucault, Michel *et al.*, *Defender la sociedad: curso en el Collège de France (1975-1976)*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2002; Foucault, Michel, *Seguridad, territorio, población. Curso en el Collège de France (1977-1978)*, trans. Horacio Pons, ed. Michel Senellart, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2006.

¹⁷ Douzinas, Costas, “El fin(al) de los derechos...”, *cit.*

De este modo, es posible empezar a entender por qué los derechos humanos no alcanzan a proteger a las personas migrantes, refugiadas y solicitantes de asilo. Desde la vertiente subjetiva, el derecho moderno tiene como característica principal la separación entre hombre y ciudadano. Llegamos a ser humanos a través de la ciudadanía: se es humano en mayor o menor grado al ser ciudadano o no, y la subjetividad moderna está basada en esa distancia entre hombre y ciudadano: la existencia del extranjero es muestra de la universalidad de la naturaleza humana, pero su exclusión es absolutamente crucial y necesaria para afirmar la personalidad concreta del ciudadano.¹⁸

Los derechos humanos son un discurso político-jurídico que otorga a las personas, garantías jurídicas mínimas para que puedan vivir con dignidad; pero no es un discurso estático ni único. Por un lado, porque la noción de dignidad, uno de sus pilares, se va definiendo de acuerdo con el contexto histórico y territorial y con componentes axiológicos, materiales y culturales. Por ello, los derechos que garantizaban la dignidad de las personas en cierta época no necesariamente la garantizan en la actualidad (o en el futuro). Y, por otro lado, porque el fundamento moral de los derechos humanos no sólo se define por la moral legal y el consenso político que fundamenta a los instrumentos internacionales que los consagran, sino también por la legitimidad de las distintas luchas sociales que los van reivindicando (por ejemplo, feminismo, LGBT, migrantes) y el carácter ético-político de su declaración discursiva.

Las violaciones flagrantes a los derechos humanos de personas migrantes, refugiadas y solicitantes de asilo constituyen una dislocación del discurso de derechos humanos. Para Laclau, la dislocación se define como una acción permanente (no ocasional) de descentrar un discurso determinado.¹⁹ Tie señala que en materia de derechos humanos la dislocación se refiere a la ruptura de la coherencia de este discurso, no a simples excepciones, que son marginales a su lógica interna.²⁰

De este modo, podemos entender que el discurso de derechos humanos de las personas migrantes se encuentra dislocado: está vacío, carente de contenido y significación. En teoría, y bajo este discurso, las personas migrantes son titulares de todos los derechos humanos por su sola humanidad;

¹⁸ *Idem.*

¹⁹ Laclau, E. y Mouffe, C., *Hegemony and Socialist Strategy: Towards a Radical Democratic Politics*, Nueva York, Verso, 2014.

²⁰ Tie, W., "Beyond the Dislocation(s) of Human Rights", *Social and Legal Studies* 18, núm. 1, 2009.

sin embargo, en la realidad tienen un acceso a los derechos muy limitado, pues éstos siguen estando anclados a la membresía de la nacionalidad.

Entonces, estas personas están en un limbo jurídico, en el que les aplica y no el derecho: les aplica en términos de las disposiciones legales de extranjería y migración, siendo acreedores a sanciones en caso de incumplir con ellas (por ejemplo, no contar con documentos que acrediten su estancia legal en los Estados de tránsito y destino), pero no en términos de protección, ya que los derechos humanos están plagados de *excepciones legales* en su aplicación para estas personas. Así, pareciera que para los Estados los migrantes son menos humanos a raíz de su extranjería (y pobreza), lo cual conlleva a la dislocación del discurso hegemónico en materia de derechos humanos, que predica otorgar garantías mínimas a todas las personas para que puedan vivir con dignidad.

II. EL DISCURSO DE DERECHOS HUMANOS DE LA NIÑEZ MIGRANTE: ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN

1. *Ámbito universal: la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) de 1990*²¹

La Convención sobre los Derechos del Niño es el instrumento internacional de mayor relevancia en materia de niñez, en virtud de ser un tratado de aceptación universal y el más completo en lo que se refiere a la protección de los derechos de todos los niños. Detalla una serie de derechos universales que constituyen requisitos mínimos que los Estados deben cumplir para garantizar la protección de todos los niños presentes en su jurisdicción. Los Estados parte de la Convención están obligados legalmente a garantizar que todos sus estándares y protecciones aparezcan reflejados en las leyes, en las políticas o en los procedimientos jurisdiccionales relacionadas con niños. La Convención se rige por cuatro principios:

1. *Principio de no discriminación*. Implica que todos los derechos protegidos por la Convención están garantizados a *todos* los niños presentes en la jurisdicción de los Estados miembros de la CDN sin discriminación o distinciones de ningún tipo (artículo 2o.).

²¹ La Convención de los Derechos del Niño 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.

2. *Principio del interés superior de la niñez.* El artículo 3.1 de la CDN señala que “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) ha señalado que este principio implica que el desarrollo de los niños y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de las normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a su vida.²² El interés superior de la niñez es una protección especial reforzada que todos los derechos humanos deben tener cuando se trate de niños, y una necesidad de satisfacción de todos los derechos de los niños que obliga al Estado.²³

El principio se funda en la dignidad de la persona, en las características propias de los niños y en la necesidad de propiciar su desarrollo con pleno aprovechamiento de sus potencialidades.²⁴ Este principio conlleva para los Estados parte de la CDN la adopción de medidas específicas, con el propósito de que los niños gocen efectivamente de sus derechos y garantías.²⁵ Dichas medidas varían según las circunstancias del caso, la condición personal²⁶ y las características particulares de la situación en la que los niños se hallen.²⁷

De acuerdo con el Comité sobre los Derechos del Niño,²⁸ el interés superior de la niñez, como eje rector de los derechos de los niños, es:

- a) *Un derecho sustantivo:* el derecho de los niños a que su interés superior sea una consideración primordial, y la garantía de que ese derecho

²² CoIDH, “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, Opinión Consultiva OC-17/02, San José, CoIDH, 28 de agosto de 2002, p. 61.

²³ CoIDH, “Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas”, San José, CoIDH, 24 de noviembre de 2009, p. 184; CoIDH, “Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, fondo, reparaciones y costas”, San José, CoIDH, 8 de septiembre de 2005, p. 134.

²⁴ CoIDH, “Condición Jurídica...”, *cit.*, p. 56.

²⁵ CoIDH, “Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay”, San José, CoIDH, 2 de septiembre de 2004, p. 209; CoIDH, “Condición Jurídica...”, *cit.*, p. 98.

²⁶ CoIDH, “Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala”, San José, CoIDH, 25 de mayo de 2010, p. 166.

²⁷ CoIDH, “Caso Furlan y Familiares vs. Argentina”, San José, CoIDH, 31 de agosto de 2012, p. 126.

²⁸ Comité de los Derechos del Niño, “Derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3o., párr. 1)”, Observación general 14, CRC/C/GC/14, ONU, Ginebra, 29 mayo de 2013.

se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que les 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 la niñez. Los derechos consagrados en la Convención y sus protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.
- c) *Una norma de procedimiento*: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a los niños, 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 superior de la niñez requieren garantías procesales y un procedimiento que las garantice. No obstante, este principio no puede ser utilizado para legitimar la inobservancia de requisitos legales, la demora o errores en los procedimientos judiciales.²⁹

Los estándares internacionales desarrollados para la protección de los niños parten del reconocimiento del niño como sujeto de derechos y del respeto de su interés superior. Por ello, en su labor de armonización con el derecho internacional y los estándares desarrollados, los Estados deben incorporar a su ordenamiento el principio de interés superior de la niñez.

Al respecto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que

... 48. Al respecto, esta Primera Sala ha subrayado la importancia de tomar en cuenta el interés superior del niño y ha dicho que éste implica, entre otras cosas, considerar aspectos relativos a garantizar y proteger su desarrollo y el ejercicio pleno de sus derechos, como criterios rectores para la elaboración de normas y aplicación en todos los órdenes relativos a la vida del niño, de conformidad con lo establecido en el Texto Constitucional y en la Convención sobre los Derechos del Niño; asimismo, ha sostenido que el establecimiento y definición de los derechos derivados de la patria potestad, como institución primordial en esa labor de protección de niños, infantes y adolescentes, no sólo se refiere al derecho de los menores a convivir con ambos padres o al ejercicio de su representación legal, sino también se refiere a la protección integral del niño en sus aspectos físico, moral y social, su guarda y su custodia, la administración de los bienes y el derecho de corrección, es

²⁹ CoIDH, “Caso Forneron e hija vs. Argentina”, San José, CoIDH, 27 de abril de 2012, p. 105.

decir, el contenido de la patria potestad comprende un conjunto de deberes y facultades de ámbito no solamente personal, sino también patrimonial, en la medida de que se impone a aquellos que ejercen la patria potestad, la tarea de administrar los bienes que son propiedad del menor (quehacer que incluye gestión y disposición), en cuyo ejercicio cobra relevancia la representación legal de la que son titulares, por ser éste el medio para llevar a cabo su encargo.³⁰

En otros países del continente americano los tribunales constitucionales han seguido la misma línea. Por ejemplo, la Corte Suprema de Argentina ha indicado que toda decisión que tomen los jueces debe ser conforme al interés superior de la niñez:

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 niñas, niños y adolescentes. Eso es, en definitiva, el principio del interés superior del niño (artículo 3o., Ley 26061 y Convención de los Derechos del Niño).³¹

En Guatemala, la Corte Constitucional ha manifestado que

...para el análisis del presente caso... a este Tribunal le resulta de especial relevancia, establecer qué debe entenderse por 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.³²

3. *Principio de supervivencia y desarrollo del niño.* La Convención 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

³⁰ *Semanario Judicial de la Federación*, Tesis 1a./J. 12/2017 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 40, tomo I, México, SCJN, marzo de 2017, p. 254.

³¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, “G., J. S. s/Violencia Familiar, Expte. N° 364 - Año 2014 CAT, Sentencia del 12/02/2015”, Buenos Aires, CSJA, 2015.

³² Corte de Constitucionalidad en Guatemala, “Expediente 2317-2012”, Guatemala, CCG, 17 de octubre de 2012.

Estados deben “garantizar en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño” (artículo 6o.).

4. *Principio del derecho del niño a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo.* El derecho está contemplado en el artículo 12 de la CDN, que a la letra afirma que:

1. Los Estados Parte garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
2. Con tal fin, 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, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Este derecho puede ser desdoblado en los siguientes términos:

- a) *Derecho de expresar su opinión libremente, teniendo debidamente en cuenta sus opiniones, de acuerdo con su edad y madurez*

El Comité de los Derechos del Niño ha señalado que este derecho y principio obliga a los Estados a que lo garanticen directamente o adopten o revisen sus leyes para que los niños puedan disfrutarlo plenamente. No obstante, para los niños se trata un derecho y no de una obligación, por lo que es optativo para ellos el ejercerlo. En caso de que decidan ejercerlo, los Estados deben proporcionarles la información y el asesoramiento necesarios para tomar una decisión que favorezca su interés superior.³³

Así, el derecho de los niños de ser escuchados implica para los Estados la obligación estricta de adoptar las medidas que convengan a fin de hacer respetar plenamente ese derecho. Deben existir mecanismos para recabar sus opiniones respecto a todos los asuntos que les afectan y tener debidamente en cuenta esas opiniones. Los Estados deben dar por supuesto que los niños tienen capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tienen derecho a expresarlas. No hay ningún límite de edad que restrinja su derecho de ser escuchados en todos los asuntos que les afectan, porque la edad no puede determinar la trascendencia de sus opiniones. Los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme con su edad biológica, porque la experiencia, el entorno, las expectativas sociales

³³ Comité de los Derechos del Niño, “Observación General No. 12 El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12”, Ginebra, ONU, 20 de julio de 2009, pp. 15, 16 y 22.

y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad de los niños para formarse una opinión. Por ello, las opiniones de los niños tienen que evaluarse mediante un examen caso por caso.³⁴

b) *Derecho de ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que los afecte*

Este derecho es aplicable a todos los procedimientos judiciales pertinentes que afecten a los niños sin limitaciones y con inclusión de cuestiones como la separación de los padres, la custodia, el cuidado y la adopción, los niños en conflicto con la ley, las víctimas de violencia física o psicológica, los abusos sexuales u otros delitos, la atención de la salud, la seguridad social, los niños migrantes no acompañados, los solicitantes de asilo, refugiados y víctimas de conflictos armados y otras emergencias. Los procedimientos administrativos típicos serían, por ejemplo, las decisiones sobre la educación, la salud, el entorno, las condiciones de vida o la protección de los niños. Ambos tipos de procedimientos pueden abarcar mecanismos alternativos de solución de diferencias, como la mediación o el arbitraje.³⁵

El Comité recalca que una vez que los niños hayan decidido ser escuchados, deberán elegir cómo se les escuchará: “directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado”, pero recomienda que se les brinde la oportunidad de ser escuchados directamente y en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional, sin que ello signifique alguna restricción o impedimento para el disfrute de este derecho fundamental.³⁶

La aplicación del artículo 12 de la Convención implica que los Estados cumplan con estas medidas:³⁷

1. Preparación. Se debe preparar a los niños antes de que sean escuchados, explicándoles cómo, cuándo y dónde se les escuchará y quiénes serán los participantes.
2. Audiencia. El contexto en el que los niños ejerzan su derecho a ser escuchados tiene que ser propicio e inspirar confianza, de modo que puedan estar seguros de que el adulto responsable de la audiencia está dispuesto a escucharlos y tomar en consideración seriamente lo que hayan decidido comunicar.

³⁴ Comité de los Derechos del Niño, Observación General 12..., *cit.*, pp. 17, 20, 21 y 29.

³⁵ *Ibidem*, p. 32.

³⁶ *Ibidem*, pp. 35-38.

³⁷ *Ibidem*, pp. 40-47.

3. Evaluación de la capacidad de los niños. Las opiniones de los niños deben tenerse debidamente en cuenta siempre que un análisis caso por caso indique que son capaces de formarse un juicio propio.
4. Información sobre la consideración otorgada a las opiniones de los niños. El encargado de adoptar decisiones debe informarles el resultado del proceso y explicarles cómo se tuvieron en consideración sus opiniones. La comunicación de los resultados a los niños es una garantía de que sus opiniones no se escuchan solamente como mera formalidad, sino que se toman en serio. La información puede mover a los niños a insistir, mostrarse de acuerdo o hacer otra propuesta o, en el caso de un procedimiento judicial o administrativo, presentar una apelación o una denuncia.
5. Quejas, vías de recurso y desagravio. Es necesario disponer de legislación para ofrecer a los niños, procedimientos de denuncia y vías de recurso cuando su derecho de ser escuchados y a que se tengan debidamente en cuenta sus opiniones sea ignorado y violado.

2. *Ámbito regional: el sistema interamericano de derechos humanos*

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado la existencia de un *corpus juris* de derecho internacional de protección de los derechos de los niños, que debe ser utilizado como fuente de derecho para establecer el contenido y los alcances de las obligaciones que han asumido los Estados al respecto.³⁸ El concepto de *corpus juris* se refiere al conjunto de normas fundamentales que se encuentran vinculadas, con el fin de garantizar los derechos humanos de los niños.³⁹ Tanto la Corte como la Comisión interamericanas han utilizado esta noción en sus decisiones concernientes a los derechos de los niños para fortalecer la interpretación que han hecho de diversas disposiciones de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).⁴⁰ El *corpus juris* que es aplicable en materia de niñez abarca desde

³⁸ CoIDH, “Derechos y garantías de las niñas y los niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”, Opinión Consultiva 21/2014, San José de Costa Rica, CoIDH, 2014, p. 57.

³⁹ El concepto de *corpus juris* se refiere al conjunto de normas fundamentales que se encuentran vinculadas con el fin de garantizar los derechos humanos de los niños. CIDH, “Violencia, niñez y crimen organizado”, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 40/15, Washington D. C., OEA, 2015, p. 259.

⁴⁰ CoIDH, “Caso Gelman vs. Uruguay”, San José, CoIDH, 24 de febrero de 2011, p. 121.

los tratados internacionales hasta la jurisprudencia (consultiva y contenciosa) de la Corte.

Entre la diversidad de instrumentos internacionales del sistema interamericano de derechos humanos que son relevantes para la protección de los derechos humanos de los niños destacan los siguientes:

1. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, cuyo artículo VII señala que todo niño tiene derecho a protección, a cuidados y a ayuda especiales,
2. Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyo artículo 19 establece que los niños tienen derecho a las medidas de protección que su condición requiere por parte de su familia, la sociedad y el Estado. Esta disposición debe entenderse como un derecho adicional que el tratado establece para seres que por su desarrollo físico y emocional necesitan de protección especial.⁴¹
3. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”), cuyo artículo 16 señala que los niños requieren medidas especiales de protección de parte de su familia, la sociedad y el Estado; que los niños no deben ser separados de sus madres; así como su derecho a la educación.

Estas disposiciones, sin embargo, no deben ser interpretadas exclusivamente a través del sistema interamericano de derechos humanos, pues existen otros instrumentos internacionales que pueden contener normas más específicas en relación con la protección de la niñez, como la Convención sobre los Derechos del Niño.⁴² Por ello, la Corte ha afirmado 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”.⁴³

De este modo, los niños cuentan con el derecho a *medidas de protección especial o reforzada*. La necesidad de esas medidas radica en que se trata de

⁴¹ CoIDH, “Condición Jurídica...”, *cit.*, pp. 53, 54 y 60; CoIDH, “Caso Chitay Nech...”, *cit.*, p. 164.

⁴² CIDH, “Violencia, niñez...”, *cit.*, p. 261.

⁴³ CoIDH, “Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala”, (San José: CoIDH, 19 de noviembre 1999), p. 194; CoIDH, “Caso Forneron e hija...”, *cit.*, p. 137.

personas en crecimiento que tienen una serie de diferencias respecto de las personas adultas en cuanto a las posibilidades y los desafíos para el efectivo ejercicio y la plena vigencia de sus derechos.⁴⁴

La familia, la sociedad y el Estado tienen deberes específicos con la niñez.⁴⁵ El Estado debe asumir una posición especial de garante y prestar atención a las necesidades y a los derechos de los niños considerando su particular condición de vulnerabilidad.⁴⁶ Además, debe adoptar medidas especiales que estén orientadas por el principio del interés superior de la niñez,⁴⁷ las cuales deben adaptarse al crecimiento, a los estadios de madurez y a la progresiva autonomía personal de los niños. Las medidas de derecho interno pueden ser de carácter general (dirigidas a todos los niños), de carácter específico (dirigidas a determinados grupos de niños) o especiales (protección del niño como individuo en su contexto particular) para brindar una protección idónea, adecuada e individualizada.⁴⁸

III. PREMISAS DEL DISCURSO DE DERECHOS HUMANOS DE LA NIÑEZ MIGRANTE

1. *Los niños son sujetos plenos de derecho que requieren medidas especiales de protección*

Debido a su edad, los niños constituyen un grupo humano en condiciones de vulnerabilidad⁴⁹ que enfrenta situaciones de desigualdad y discriminación estructural por razones históricas y sociales. Para entender su situación de desventaja, es útil recurrir al principio de igualdad, pero no en su vertiente individualista y descontextualizada de la situación de cada persona (principio de igualdad de trato en igualdad de circunstancias),⁵⁰ sino en la vertiente que contextualiza las circunstancias específicas de cada persona, que la hacen

⁴⁴ CoIDH, “Condición Jurídica...”, *cit.*, p. 51.

⁴⁵ CoIDH, “Instituto de Reeducción...”, *cit.*, p. 147.

⁴⁶ CoIDH, “Caso de la Masacre de las Dos Erres...”, *cit.*, p. 184; CoIDH, “Caso Rosendo Cantú y otra vs. México”, San José, CoIDH, 31 de agosto de 2019, p. 201.

⁴⁷ CoIDH, “Condición Jurídica...”, *cit.*, p. 164.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 61.

⁴⁹ Uribe Arzate, E. y Gonzalez Chávez, L., “La protección jurídica de las personas vulnerables”, *Revista de Derecho* 27, 2007, pp. 205-229; Bustelo, Eduardo, *Políticas de ajuste y grupos más vulnerables en América Latina*, Bogotá, UNICEF, Fondo de Cultura Económica, 1986.

⁵⁰ Saba, Roberto, “(Des)igualdad estructural”, *Revista Derecho y Humanidades* 11, 2005, pp. 12, 18 y 19.

estar sometida a ciertas prácticas o tratos sociales por pertenecer a un grupo determinado. Esto es, hay que ver al principio de igualdad desde una dimensión estructural, tal como lo ha denominado Fiss⁵¹ y otros autores, como Post, Siegel, MacKinnon y Saba apoyan.⁵² La vertiente estructural de la igualdad ante la ley tiene como fin evitar la constitución y el establecimiento de grupos sometidos, excluidos o sojuzgados por otros grupos. No sólo se refiere a la idea de no discriminación, sino también a la de proscribir los tratos segregacionistas y excluyentes que tienden a consolidar la situación de grupo marginado.⁵³

Teniendo en cuenta que los niños se enfrentan a condiciones de desigualdad y discriminación estructural, es preciso que se les considere como sujetos plenos de derechos, pero que requieren medidas específicas de protección, distintas a las de los adultos, con el fin de que puedan desarrollar plenamente sus capacidades. Éste es el espíritu de la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual claramente señala en su preámbulo:

...toda persona tiene todos los derechos y libertades..., sin distinción alguna, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición... la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales... el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento... para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad [y]... poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad (párr. 4-7 y 10).

La Convención reconoce a los niños los derechos humanos reconocidos a las personas adultas, con el fin de que no sean discriminados en su ejercicio por su edad, pero a través de garantías reforzadas. Lo anterior no excluye que puedan tener otras condiciones de vulnerabilidad; por ejemplo, la condición de movilidad o discapacidad, la etnia, etcétera. De hecho, es

⁵¹ Fiss, Owen, "Groups and the Equal Protection Clause", *Philosophy and Public Affairs* 5, 1976, p. 107.

⁵² Post, Robert, "Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law", en Post, Robert (ed.), *Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law*, Durham, Duke University Press, 2003; Siegel, Reva B., "Discrimination in the Eyes of the Law: How Color Blindness Discourse Disrupts and Rationalizes Social Stratification", in Post, Robert (ed.), *Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law*, Durham, Duke University Press, 2003; MacKinnon, Catharine A., *Sexual Harassment of Working Women*, New Haven, Yale University Press, 1979, pp. 102 y 103.

⁵³ Saba, Roberto, "(Des)igualdad...", *cit.*, p. 20.

común que existan diversas condiciones de vulnerabilidad, de hecho y de derecho, y hay que hacer un análisis caso por caso.⁵⁴

Como afirma White, el tema clave de la Convención es “el reconocimiento de que los niños no deben ser simplemente considerados como un modelo a escala de los adultos, sino en sus propios términos, como un conjunto de sujetos en desarrollo que requiere de un enfoque diferenciado y particular”.⁵⁵ Por ello es que la Corte Interamericana ha destacado que los niños, además de ser titulares de los derechos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, gozan de medidas especiales de protección, que deben ser definidas según las circunstancias de cada caso concreto,⁵⁶ y que dichas medidas “adquieren fundamental importancia debido a que [los niños] se encuentran en una etapa crucial de su desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social que impactará de alguna forma su proyecto de vida”.⁵⁷

En la Opinión Consultiva 17/2002, sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, la Corte reconoció al niño como sujeto de derechos. 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. 48).

2. *Todos los niños, todos los derechos*

Todos los niños se encuentran protegidos por todas las normas del marco internacional de derechos humanos, las cuales se basan en el principio de igualdad y no discriminación, y están redactadas en un lenguaje inclusivo. A nivel universal, estas normas incluyen a la Declaración Universal de Derechos Humanos y los cinco tratados fundamentales sobre derechos

⁵⁴ Ortega Velázquez, Elisa, *Estándares para niños, niñas y adolescentes y obligaciones del Estado frente a ellos en el sistema interamericano de derechos humanos*, vol. 2, Colección de Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, CDMX, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, CNDH, 2017, pp. 11 y ss.

⁵⁵ White, Sara, “Being, Becoming and Relationship: Conceptual Challenges of a Child Rights Approach in Development”, *Journal of International Development* 14, núm. 8, 2002.

⁵⁶ CoIDH, “Caso Gelman...”, *cit.*, p. 121; CoIDH, “Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile”, San José, CoIDH, 24 de febrero 2012, p. 196. CoIDH, “Caso Forneron e hija...”, *cit.*, p. 44.

⁵⁷ CoIDH, “Instituto de Reeducción...”, *cit.*, p. 172.

humanos: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. A nivel regional incluyen a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

A nivel especializado, los niños se encuentran protegidos por tres normas internacionales que abordan el tema de los derechos de los niños en distintos contextos: como marco general y piso mínimo de cumplimiento la Convención sobre los Derechos del Niño,⁵⁸ en materia de migración, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de 1990,⁵⁹ y en materia laboral los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Trabajo Infantil.⁶⁰

3. La calidad de niño prevalece sobre la condición de migrante

El discurso vigente en materia de derechos humanos sostiene que el *ser niño, niña o joven* debe primar sobre el hecho de *ser migrante*.⁶¹ Según el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, todas las autoridades e instituciones que entren en contacto con niños 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.⁶² Sin embargo, como apunta la UNICEF:

⁵⁸ 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.

⁵⁹ 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. La Convención tiene un récord bajísimo de ratificación y ningún país mayor de migración y desarrollado lo ha hecho.

⁶⁰ Convenio 138 de la OIT sobre la edad mínima de admisión al empleo de 1973, y Convenio 182 de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil de 1999.

⁶¹ Crawley, I., *Child First, Migrant Second: Ensuring that Every Child Matters*, Londres, ILPA, 2006.

⁶² 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, Ginebra, ONU, 5 de julio de 2010, p. 24.

En la actualidad, nos encontramos ante un escenario preocupante: la situación de los niños migrantes está determinada, casi únicamente, por su condición migratoria y, en consecuencia, por las políticas que adoptan los países en el ámbito de 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 niños migrantes.⁶³

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.⁶⁴ 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 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.⁶⁵

Al respecto, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que los hijos de los extranjeros “tienen derecho a las medidas de protección que su condición de menores requiere”.⁶⁶ Así también, la Comisión Africana de Derechos Humanos ha llamado a los Estados 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

⁶³ 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.

⁶⁴ Comité de los Derechos del Niño, “Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, Observación General núm. 5”, Ginebra, ONU, 2003, p. 18.

⁶⁵ 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 núm. 6, CRC/GC/2005/6, Ginebra, ONU, 1o. de septiembre de 2005, p. 12, disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3886.pdf>.

⁶⁶ Comité de Derechos Humanos, “La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, Observación General No. 15”, Ginebra, ONU, 1986, p. 7.

migrantes y asegurarse que en todas las acciones se tome en consideración su interés superior”.⁶⁷

Sin embargo, las leyes y políticas migratorias de control de la migración irregular carecen de un enfoque compatible con los derechos y las necesidades de la niñez, y comúnmente prima el enfoque de control migratorio sobre los derechos de los niños.⁶⁸ La falta de consideración del principio del interés superior de la niñez, que debería guiar toda política y decisión que pudiera afectar a los niños, repercute directamente en los derechos de la niñez migrante. Algunos obstáculos para el goce efectivo de sus derechos son:

1. 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 la niñez en particular.
2. La ausencia del enfoque de derechos de la niñez en las leyes migratorias.⁶⁹
3. La ausencia de procedimientos adecuados de identificación de situaciones de vulneración de derechos de los niños.
4. La falta de canales de coordinación entre los sistemas que regulan las migraciones y los sistemas de protección de derechos de los niños.

El enfoque de derechos de la niñez 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 niños y/o de sus padres.⁷⁰ En este sentido, es preciso que

⁶⁷ Comisión Africana de Derechos Humanos, *Situación de los migrantes en África*, Resolución 333, 25 de febrero de 2016.

⁶⁸ Consejo de Derechos Humanos, “Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, A/HRC/11/7”, Ginebra, ONU, 14 de mayo de 2009, pp. 24 y 25.

⁶⁹ Argentina: Ley de Migraciones núm. 25.871, sancionada del 17 de diciembre de 2003; Brasil: Lei que de ne a situação jurídica do estrangeiro no Brasil núm. 6.815, del 19 de agosto de 1980; Bolivia: Régimen Legal de Migración, Decreto Supremo No 24.423, del 29 de noviembre de 1996; Chile: Decreto Ley núm. 1094 (Establece normas sobre extranjeros en Chile), del 19 de julio de 1975, *Diario Oficial* núm. 29.208 del 14 de julio de 1975; Paraguay: Ley de Migraciones núm. 978, del 27 de junio de 1996; Uruguay: Ley de Migración núm. 18.250, del 17 de enero de 2008.

⁷⁰ 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.

1. Todos los niños migrantes sean protegidos a través de la plena aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño sin discriminación de ningún tipo. En el contexto de la migración, el derecho a la nacionalidad es de vital importancia para los niños, puesto que ser nacional de un Estado les garantiza sus demás derechos.⁷¹
2. 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 de la niñez.⁷² Respecto de los niños que corren mayor riesgo a la apatridia, es importante reducirla, alentando a sus padres a solicitar la nacionalidad en su nombre y permitiendo que ambos progenitores transmitan la nacionalidad a sus hijos.⁷³
3. Deben garantizarse plenamente los demás principios rectores de la Convención: no discriminación, derecho de participación y a ser oídos y derecho al desarrollo, a la vida y a la supervivencia.
4. Respecto de los niños migrantes no acompañados, debe existir un procedimiento de determinación del interés superior de la niñez que se aplique en cada caso.

IV. PRINCIPALES DERECHOS DE LOS NIÑOS EN CONTEXTOS DE MOVILIDAD

1. *Derechos a la vida e integridad personal*

El derecho a la vida está previsto en el artículo 3o. de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que señala: “Todo individuo tiene derecho a la

⁷¹ CoIDH, “Caso de las Niñas Yean...”, *cit.*, pp. 136 y 137; CoIDH, “Nadege Dorzema vs. República Dominicana”, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de octubre de 2012.

⁷² 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 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”. Corte Suprema de Chile, Fallo 2.309-2015, Segunda Sala, 19 de febrero de 2015, considerando 7o.

⁷³ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, “Observación general 30, Discriminación contra los no ciudadanos”, Ginebra, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, 1o. de octubre de 2004, p. 16.

vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”. Asimismo, está consagrado en el artículo 2o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), en el artículo 4o. de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y en el artículo 6o. de la Convención de los Derechos del Niño, que dispone:

1. Los Estados Parte reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.
2. Los Estados Parte garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

El goce del derecho a la vida es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos, lo que le otorga un carácter fundamental.⁷⁴ Por ello, no son admisibles enfoques restrictivos de aquel derecho; es decir, no puede ser suspendido en caso de guerra, peligro público u otra emergencia que amenace la independencia o la seguridad del Estado. La existencia de contextos de inseguridad y violencia generalizada no pueden ser alegados por los Estados para justificar la restricción o suspensión de estos derechos.⁷⁵

El derecho a la integridad personal está relacionado de manera cercana con el derecho a la vida: es un derecho humano fundamental y básico, y constituye un mínimo indispensable para el ejercicio de cualquier otro derecho.⁷⁶ En el sistema interamericano está previsto en el artículo 5o., fracciones 1 y 2, de la Convención Americana, que señalan que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral, y a no ser sometida a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Los derechos a la vida y a la integridad personal imponen a los Estados las siguientes obligaciones:⁷⁷ 1) impedir que particulares atenten contra estos derechos (por ejemplo, miembros del crimen organizado o grupos militantes);⁷⁸ 2) abstenerse de interferir activamente con esos derechos (por ejemplo, los cuerpos encargados de hacer cumplir la ley), y 3) operar los

⁷⁴ CoIDH, “Caso de los Niños de la Calle...”, *cit.*, p. 144.

⁷⁵ CIDH, “Violencia, niñez...”, *cit.*, p. 297.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 295.

⁷⁷ Vido, Sara de, “States Positive Obligations to Eradicate Domestic Violence: The Politics of Relevance in the Interpretation of the European Convention on Human Rights”, *ESIL Reflections*, núm. 6, 2017.

⁷⁸ Comité de Derechos Humanos, “Observación general núm. 36 sobre el artículo 6o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, relativo al derecho a la vida”, CCPR/C/GC/36, Ginebra, ONU, 30 de octubre de 2018, p. 21.

medios para que las violaciones a estos derechos se investiguen, se sancionen y se aseguren medidas de no repetición.⁷⁹ La falta de una investigación adecuada, de un enjuiciamiento y de una sanción a los responsables de vulneraciones a estos derechos, así como la de reparación de las víctimas y sus familiares, conlleva a su violación.⁸⁰ Así, estas obligaciones no sólo implican que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente o que no sufra violaciones a su derecho a la integridad personal (obligación negativa), sino que además requieren la adopción de las medidas apropiadas para proteger y preservar los derechos a la vida e integridad personal (obligación positiva).⁸¹

El derecho internacional de los derechos humanos es flexible para considerar situaciones de gran urgencia o gravedad (por ejemplo, terrorismo o crimen organizado), al tiempo que afirma la necesidad de cumplir con las obligaciones positivas del Estado en este contexto. Así lo reconoce la Comisión Africana de Derechos Humanos en su Observación General sobre el derecho a la vida:

...la delincuencia organizada y el terrorismo pueden representar amenazas importantes para el disfrute del derecho a la vida y requieren una respuesta sólida del Estado, pero que en todo momento tenga en cuenta los requisitos del derecho internacional de los derechos humanos.⁸²

La consideración de factores contextuales no puede implicar la abrogación de derechos. El Comité de Derechos Humanos, en relación con el respeto del derecho a la vida en el contexto de la operación de los cuerpos encargados de hacer cumplir la ley y la regulación del uso de la fuerza, observó que ésta debe ser: 1) estrictamente necesaria en función de la amenaza que representa el atacante, 2) debe ser un último recurso, 3) debe ser la estrictamente proporcional, 4) debe ser exactamente dirigida al atacante, 5) la amenaza debe implicar muerte o lesión severa inminente.⁸³

La violación del derecho a la vida se produce tanto por la privación arbitraria de la vida por parte de actores estatales, tales como las fuerzas de

⁷⁹ Vido, Sara de, “States Positive Obligations to Eradicate Domestic Violence...”, *cit.*

⁸⁰ CIDH, “Seguridad ciudadana y derechos humanos”, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 57, Washington, D. C., OEA, 31 de diciembre de 2009, p. 108.

⁸¹ CoIDH, “Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú”, San José, CoIDH, 8 de julio de 2004, p. 129.

⁸² African Commission on Human and Peoples’ Rights, “General Comment No. 3 on the African Charter on Human and Peoples Rights: The Right to Life (Article 4)”, 18 de noviembre de 2015, p. 2.

⁸³ Comité de Derechos Humanos, “Observación general 36...”, *cit.*, p. 32.

seguridad, como por la incapacidad del Estado para ejercer la debida diligencia y tomar medidas razonables para prevenir muertes.⁸⁴ El estándar de “debida diligencia” es el punto de referencia para juzgar las acciones estatales para prevenir o responder a los derechos humanos y otras violaciones que se originan en los actos de terceros. Una evaluación de si un Estado ha cumplido con tal estándar dependerá del contenido de la obligación original, así como de los hechos y las circunstancias del caso.⁸⁵

La niñez migrante vive y crece en contextos en los que la inseguridad, la violencia y el delito son una constante en la cotidianidad, y están expuestos de forma continuada a distintos riesgos, que los hacen especialmente vulnerables a sufrir violaciones a todos sus derechos. Por ello, los Estados tienen la obligación de garantizar estándares especiales de protección como consecuencia de su especial situación de vulnerabilidad. Así, cuando el Estado se encuentra en presencia de un niño migrante, además de las obligaciones que se desprenden de los derechos a la vida y a la integridad personal ya señaladas, concurren una serie de obligaciones adicionales como consecuencia de su condición de niños, de migrantes y de las interseccionalidades que se encuentren presentes.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado su preocupación respecto de los niños que viven en zonas particularmente afectadas por la inseguridad y la violencia, dado que están más expuestos a vulneraciones a su derecho a la vida por las condiciones que se experimentan en esos contextos. Si bien la violencia letal en su contra por agentes estatales y terceros es alarmante, por los elevados números de víctimas mortales entre niños y jóvenes, también la violencia no letal resulta un motivo de preocupación, porque varía desde lesiones leves a lesiones graves, que pueden resultar en discapacidades y problemas de salud permanentes.⁸⁶

Por ello, los Estados tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias para proteger la vida de todas las personas bajo su jurisdicción, incluidos los niños migrantes. Ese deber también implica la protección contra la violencia ejercida por grupos armados y el crimen organizado.⁸⁷ Por ejemplo, el diseño y la implementación de políticas públicas sobre seguridad ciudadana, planes y programas eficaces de prevención que tengan como objetivo disminuir el riesgo de reproducción de la violencia y el delito y hacer

⁸⁴ CoIDH, “Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala”, San José, CoIDH, 25 de noviembre de 2003, p. 153.

⁸⁵ Gallagher, Anne T., *International Law and Human Trafficking*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 565.

⁸⁶ CIDH, “Violencia, niñez...”, *cit.*, p. 301.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 302.

efectivos todos los recursos necesarios para perseguir y poner a disposición de los organismos del sistema judicial a los autores de crímenes.⁸⁸

En el caso del derecho a la integridad personal, la Corte Interamericana ha establecido que su violación tiene diversas connotaciones de grado, y abarca desde la tortura hasta otro tipo de tratos crueles, inhumanos o degradantes, cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según factores endógenos y exógenos (duración de los tratos, edad, sexo, salud, contexto, vulnerabilidad, entre otros).⁸⁹ La violación de este derecho también incluye que el Estado incumpla con el deber de investigar sus violaciones con la debida diligencia, como iniciar de oficio y de inmediato una investigación imparcial, independiente y minuciosa cuando existan indicios de la ocurrencia de tortura, identificar a los responsables e iniciar su procesamiento.⁹⁰

Cuando se trata de la integridad personal de niños, el Estado tiene la obligación de adoptar una posición de garante, la cual debe estar reforzada por las condiciones especiales de este grupo de personas y por factores endógenos, como la edad, el sexo, el efecto de la tensión y el miedo que se haya experimentado, el estado de salud de la víctima y su madurez.⁹¹ Además, se deben tener presentes los factores exógenos que pueden repercutir en el grado de la tortura o en los tratos crueles, inhumanos y degradantes llevados a cabo en contra de los niños, como el contexto de inseguridad y violencia en el que se encuentran. Todas estas medidas especiales de protección deben estar orientadas por el interés superior de la niñez.⁹²

La Corte y la Comisión interamericanas han entendido que, por encontrarse ante personas en desarrollo, en el caso de los niños se aplica un estándar más riguroso para la calificación como tratos o castigos crueles, inhumanos y degradantes o tortura ciertas acciones que atentan contra la integridad física, psíquica o moral de aquéllos.⁹³ Así, la prohibición contra la tortura es absoluta, y se reconoce como válida sin importar la conducta del sujeto pasivo o su estatus como sospechoso de un delito.⁹⁴

⁸⁸ CIDH, “Seguridad ciudadana...”, *cit.*, p. 109.

⁸⁹ CoIDH, “Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, San José, CoIDH, 26 de noviembre de 2010, p. 133.

⁹⁰ *Ibidem*, 135.

⁹¹ CIDH, “Informe No. 33/04. Caso 11.634. Fondo. Jailton Neri da Fonseca. Brasil”, 11 de marzo de 2004, p. 64.

⁹² CoIDH, “Condición Jurídica...”, *cit.*, p. 60.

⁹³ CIDH, “Violencia, niñez...”, *cit.*, p. 300; CoIDH, “Caso de los Hermanos Gómez...”, *cit.*, p. 170.

⁹⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “Bobrov vs. Russia, sentencia (1a sección)”, 23 de octubre de 2014, p. 31.

De acuerdo con el Relator Especial sobre Tortura, las violaciones a la integridad física de niños pueden implicar la participación de éstos como víctimas de trata. Por ello, los protocolos de atención deben tomar en cuenta la edad de los niños y sus necesidades, para evitar la revictimización. Otro grupo de población en riesgo son los jóvenes en detención, a quienes se somete a aislamiento en solitario. En el caso de los niños, la normatividad permite que éstos habiten con sus madres en centros de detención, por virtud de su interés superior y el riesgo psicológico que implica para la madre la separación de sus hijos. Finalmente, se observa un riesgo adicional en conflicto con la ley penal para las niñas que han sido detenidas, en lugar de haberse empleado otras medidas alternativas, pues este hecho implica que no existen medidas con perspectiva de niñez y de género en la administración de justicia.⁹⁵

La explotación contra los niños es una manifestación de violación a la integridad personal. Por ello, el PIDESC establece en su artículo 10.3 un deber de protección especial para los niños:

Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.

En resumen, en materia de niños migrantes, los derechos de provisión y protección son de especial importancia para el cumplimiento de sus derechos a la vida y a la integridad personal. Los derechos de provisión se refieren a la realización de las necesidades básicas, y se traducen en el derecho a gozar del nivel de vida más alto posible, derecho que se relaciona con los derechos a la salud, a la seguridad social y a la educación. Los derechos de protección abarcan los derechos contra la violencia, el abuso, la discriminación y todas las formas de tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes, así como la protección frente a la explotación y el abuso sexual.

⁹⁵ Consejo de Derechos Humanos, “Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, A/HRC/31/57, Ginebra, ONU, 5 de enero de 2016, pp. 22, 27, 28, 30 y 41.

2. *Derecho a la educación*

El derecho a la educación está previsto tanto en el artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos como en los artículos 13 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), así como en el artículo 28 de la Convención sobre los Derechos del Niño y en el artículo 13 del Protocolo de San Salvador.

La Corte Interamericana ha señalado que los Estados tienen el deber de garantizar la accesibilidad y sostenibilidad de la educación básica gratuita a todos los niños presentes en su jurisdicción,⁹⁶ y que la educación constituye un pilar fundamental para garantizar a los niños el disfrute de una vida digna, lo que supone la adopción de diversas medidas de protección.⁹⁷ Estas medidas adquieren una importancia fundamental, debido a que los niños se encuentran en una etapa crucial de su desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social, que impactará de una forma u otra en su proyecto de vida.⁹⁸

A partir de su sentencia en el caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, y basándose en el trabajo del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Corte Interamericana ha desarrollado estándares específicos para garantizar el derecho a la educación que deben ser cumplidos en todos los niveles educativos:⁹⁹

1. *Disponibilidad*. Debe haber instituciones y programas de enseñanza en cantidad suficiente. Las condiciones para que funcionen dependen de numerosos factores, entre otros el contexto de desarrollo en el que actúan. Por ejemplo, las instituciones y los programas probablemente necesiten edificios u otra protección contra los elementos, instalaciones sanitarias para ambos sexos, agua potable, docentes calificados con salarios competitivos, materiales de enseñanza, etcétera; algunos necesitarán bibliotecas, servicios de informática, tecnología de la información, etcétera.
2. *Accesibilidad*. Se refiere a que las instituciones y los programas de enseñanza deben ser accesibles a todos los niños. La accesibilidad consta de tres dimensiones:

⁹⁶ CoIDH, “Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay”, San José, CoIDH, 24 de agosto de 2010, p. 211.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 258.

⁹⁸ CoIDH, “Instituto de Reeducción del Menor...”, *cit.*, p. 172.

⁹⁹ Sociales y Culturales Comité de Derechos Económicos, “Observación General 13, E/C.12/1999/10”, Ginebra, ONU, 8 de diciembre de 1999, p. 6.

- a) *No discriminación.* La educación debe ser accesible a todos los niños, especialmente a aquellos en mayores condiciones de vulnerabilidad de hecho y de derecho, sin discriminación por ninguno de los motivos prohibidos.
 - b) *Accesibilidad material.* La educación debe ser asequible materialmente, ya sea por su localización geográfica de acceso razonable (por ejemplo, una escuela vecinal) o por medio de la tecnología moderna (mediante el acceso a programas de educación a distancia).
 - c) *Accesibilidad económica.* La educación debe estar al alcance de todos los niños. La enseñanza primaria debe ser gratuita para todos, y se deben implementar gradualmente de manera gratuita la enseñanza secundaria y superior.
3. *Aceptabilidad.* Se relaciona con la forma y el fondo de la educación: comprende los programas de estudio y los métodos pedagógicos, los cuales deben ser aceptables, adecuados culturalmente y de buena calidad para los estudiantes y, cuando proceda, para los padres.
 4. *Adaptabilidad.* La educación debe tener la flexibilidad necesaria para adaptarse a las necesidades de las sociedades y comunidades en transformación y responder a las necesidades de los alumnos en contextos culturales y sociales variados.

El principio de igualdad de trato exige a los Estados eliminar toda discriminación contra los niños 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 las personas migrantes, y eliminar todas las formas de discriminación contra sus hijos en las aulas. Así, los Estados no deben exigir a los migrantes que presenten un permiso de residencia para inscribir a un hijo, dado que con ello privarían a los niños migrantes en situación irregular de su derecho a la inscripción de su nacimiento y, por ende, de la posibilidad de acceder a la educación, a los servicios de salud, al empleo y a otros derechos.¹⁰⁰ En el caso de los niños no acompañados o separados de su familia, independientemente de su estatuto, se les debe dar pleno acceso a la educación en el país de recepción, y los Estados deberán inscribirlos ante las

¹⁰⁰ Comité para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, “Comentario General no. 2 sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares”, CMW/C/GC/2, Ginebra, Comité de Trabajadores Migratorios, 28 de agosto de 2013, pp. 76-79.

autoridades escolares competentes lo antes posible y ayudarlos a que aprovechen al máximo las oportunidades de aprendizaje.¹⁰¹

A pesar de los estándares señalados, los niños migrantes tienen un acceso complicado al derecho a la educación por obstáculos de distinto tipo; por ejemplo, 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,¹⁰² y los prácticos, como el escaso conocimiento del idioma, lo cual limita el acceso a la educación no sólo a los niños migrantes irregulares, sino a todos los niños migrantes.

Igualmente, la falta de recursos económicos para los gastos extracurriculares representa un obstáculo, ya que las familias irregulares están excluidas de las ayudas económicas para los gastos extra, tales como libros, transporte, etcétera. Las condiciones de vida precarias en las que viven estos niños también tienen efecto en la escolarización: el tener que mudarse no les permite completar todo un año escolar,¹⁰³ y los obstáculos 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.¹⁰⁴ De hecho, como para matricular a los niños se pide que demuestren su residencia en el distrito escolar,¹⁰⁵ el riesgo continuado de ser detectados y expul-

¹⁰¹ 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, p. 24.

¹⁰² 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 LXXIX de 1993, sobre educación pública, enmendada en 2003, por la Ley 2003/LXI, Preámbulo, artículos 3o., 6o., 110.

¹⁰³ PICUM, “Los niños indocumentados en Europa. Víctimas invisibles de las restricciones a la inmigración”, Bruselas, PICUM, 2008, p. 46.

¹⁰⁴ 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 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”), la cual es una asociación creada por estos sucesos con el fin de proteger el derecho a la educación para los niños migrantes, disponible en: www.educationsansfrontieres.org.

¹⁰⁵ 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.

sados hace que estas familias sean muy sensibles a la petición de cualquier documento que pueda comprometer su residencia.¹⁰⁶

Al negarles el acceso a la educación a los niños migrantes se les niega la posibilidad de integrarse en la sociedad de destino, lo cual se consigue principalmente a través de su incorporación al sistema educativo.¹⁰⁷ Aún más, se les impide que en un futuro puedan acceder a un permiso de residencia regular, ya que algunos países¹⁰⁸ otorgan el permiso a los dieciocho años, tras la permanencia continuada en su territorio durante un número determinado de años y que hayan asistido a un curso escolar de forma regular, entre otras condiciones.

3. *Derecho a la salud*

La Declaración Universal de Derechos Humanos afirma en su artículo 25 que “toda persona tiene derecho a un buen nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”. Por otro lado, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales refiere en su artículo 12.1 que “los Estados parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”.

Al respecto, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales ha señalado que el derecho a la salud comprende un sistema de protección de la salud que brinde a todas las personas, oportunidades iguales para

¹⁰⁶ PICUM, “Los niños indocumentados en Europa...”, *cit.*, p. 23.

¹⁰⁷ Guimont, A., “Le droit a l’éducation des enfants migrants”, Geneve, OACDH, 2007, p. 2, disponible en: http://www2.ohchr.org/english/bodies/cmw/docs/Droit_leducation_fr.pdf.

¹⁰⁸ 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 la nationalité* cambió esta situación al señalar en su artículo 15, que los jóvenes extranjeros sólo pueden pedir el permiso de residencia si han estado inscritos en el sistema escolar francés, al menos desde los dieciséis años, y a los dieciocho años prosiguen con sus estudios de educación superior. La Circular Nor/Int/D/04/00006/C, del 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”.

disfrutar del más alto nivel posible de salud; el derecho a la prevención y el tratamiento de las enfermedades y la lucha contra ellas; el acceso a medicamentos esenciales; la salud materna infantil y reproductiva; el acceso igual y oportuno a los servicios de salud básicos; el acceso a la educación y a la información sobre cuestiones relacionadas con la salud; la participación de la población en el proceso de adopción de decisiones en cuestiones relacionadas con la salud a nivel comunitario y nacional.¹⁰⁹

De acuerdo con el artículo 24.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño:

...los Estados parte reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados parte se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios...

Así, los niños, en cualquier condición en la que se encuentren, tienen el derecho más amplio para acceder a los servicios de salud que presta el Estado, sin importar su raza, identidad de género, preferencia sexual, edad, etcétera; esto es, sin discriminación alguna. Esta atención varía de acuerdo con la edad, ya que los niños requieren una atención específica si se encuentran en su primera o segunda infancia. Los jóvenes necesitan otro tipo de atención, porque se encuentran en una etapa de cambios físicos y emocionales que requiere orientación para tener un desarrollo más equilibrado para cuando entren a la edad adulta. Además, con el fin de obtener una buena calidad de vida, los Estados deben crear un entorno seguro y propicio para llevar a cabo todas las actividades para el desarrollo de los niños.¹¹⁰

En este sentido, el artículo 19.1 de la Convención sobre los Derechos de Niño dispone que “los Estados parte adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación...”. Y el artículo 34 señala el compromiso de los Estados, de proteger a los niños contra todas las formas de explotación y abuso sexual. Así, el Estado, debe implementar medidas para que los niños no se vean envueltos en este tipo de conductas comunes

¹⁰⁹ 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 4, CRC/GC/2003/4, Ginebra, ONU, julio de 2003.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 14.

en los grupos del crimen organizado y que tienen severas consecuencias al causar gran daño físico y psicológico y dejar a la víctima humillada física y emocionalmente.

El Comité de los Derechos del Niño interpreta el derecho a la salud como un derecho inclusivo que también abarca el derecho de los niños de crecer y desarrollarse al máximo de sus posibilidades y vivir en condiciones que les permitan disfrutar del nivel de salud más alto posible.¹¹¹ Así, el derecho a la salud no debe entenderse solamente como un derecho a estar “sano”, sino como un derecho que abarca la atención a la salud oportuna y apropiada y los principales factores determinantes de la salud: el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro de alimentos sanos, nutrición, vivienda, condiciones sanas en el trabajo y en el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud sexual y reproductiva.¹¹² Sin embargo, los niños no siempre logran vivir en un ambiente adecuado y disfrutar de todos los servicios. En ocasiones no pueden acceder a la escuela, a una vivienda digna y a los servicios de salud porque viven en zonas precarias donde las constantes son la violencia y la pobreza.

En el ámbito interamericano, el derecho a la salud se encuentra previsto en el artículo 10 del Pacto de San Salvador. Haciendo una interpretación comprensiva, se puede señalar que este derecho también está incluido en el artículo 5.1 de la Convención Americana, el cual regula el derecho a la integridad personal, y señala que “toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”, y que nadie debe sufrir tratos crueles, inhumanos o degradantes. Esto es, la Convención traduce el derecho a la salud en el derecho a la integridad personal que tiene cada persona, puesto que la salud abarca varios factores que el ser humano debe tener para considerar que lleva una vida digna tanto física como emocionalmente.

Al respecto, la Corte Interamericana ha reconocido los derechos a la integridad de los migrantes en su calidad de detenidos, aludiendo al derecho a la salud y condenando al Estado por no brindar la atención médica necesaria por enfermedad a las personas detenidas.¹¹³ De igual forma, ha señalado los deberes y la responsabilidad del Estado en asuntos relacionados con personas sometidas a tortura y a tratos crueles durante la detención, así

¹¹¹ *Ibidem*, p. 2.

¹¹² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, Observación general 14, E/C.12/2000/4, Ginebra, ONU, 11 de agosto de 2000, p. 11.

¹¹³ CoIDH, “Caso Tibi vs. Ecuador”, San José, CoIDH, 7 de septiembre de 2004.

como su deber de respetar la vida e integridad de las personas detenidas y de proteger a las personas bajo su custodia.¹¹⁴

En materia de niñez, la Corte ha consolidado criterios relacionados con la violación de los derechos a la integridad de niños en centros penitenciarios, y ha señalado la obligación del Estado de brindarles asistencia médica.¹¹⁵ Ha sostenido que, para salvaguardar los derechos de los niños en detención, especialmente el derecho a la integridad personal, es indispensable que se les separe de los adultos detenidos y que los centros de detención de niños (infractores o procesados) deben tener personal debidamente capacitado en materia de infancia para el desempeño de su cometido.¹¹⁶ Además, que están estrictamente prohibidas todas las medidas disciplinarias que constituyan un trato cruel, inhumano o degradante, incluidos los castigos corporales, la reclusión en aislamiento, así como cualquier otra sanción que pueda poner en peligro su salud física o mental.¹¹⁷

De este modo, los Estados tienen la obligación fundamental de asegurar a todos los niños, como mínimo, la satisfacción de niveles esenciales de 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.¹¹⁸ No obstante, los niños 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.¹¹⁹ Por estos obstáculos es difícil que los niños migrantes tengan acceso continuo a un médico de cabecera, quedando relegados a las situaciones de emergencia. Por supuesto, el acceso a los servicios dental, oftalmológico, psiquiátrico y de otras especialidades queda fuera de su alcance en la mayoría de los casos.

¹¹⁴ CoIDH, “Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia”, San José, CoIDH, 12 de septiembre de 2005.

¹¹⁵ CoIDH, “Instituto de Reeducación...”, *cit.*

¹¹⁶ CoIDH, “Caso Bulacio vs. Argentina”, San José, CoIDH, 18 de septiembre de 2003, p. 136.

¹¹⁷ CoIDH, “Asunto de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el «Complejo de Tatuapé» da FEBEM respecto Brasil”, San José, CoIDH, 30 de noviembre de 2005, p. 13.

¹¹⁸ Comité de los Derechos del Niño, “La salud y el desarrollo de los adolescentes...”, *cit.*, p. 38.

¹¹⁹ PICUM, “Acceso a la asistencia sanitaria para migrantes indocumentados en Europa”, Bruselas, PICUM, 2007.

La protección otorgada a los niños migrantes varía dependiendo del país del que se hable, si bien en la práctica existen ciertos patrones. 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.¹²⁰ Otros países¹²¹ distinguen entre niños migrantes irregulares no acompañados y acompañados por sus padres: los 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.¹²² 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.

¹²⁰ 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 está registrado 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* núm. 10, del 12 de enero).

¹²¹ 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*).

¹²² 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 centros de acogida para solicitantes de asilo. Véase el Real Decreto del 12 de diciembre de 1996, concerniente a 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*), el cual 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 3o. de la Ley de cobertura sanitaria universal (*Loi n°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*).

Hay países¹²³ 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.¹²⁴ En otros Estados no se establece ningún cuidado especial para los niños migrantes irregulares, por lo que se les brinda la misma atención que a los adultos que son migrantes irregulares.¹²⁵ Por último, están los países¹²⁶ 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.¹²⁷ Por ello, sólo acuden a los hospitales en casos muy graves, y quedan a deber recibos médicos muy altos, lo cual tiene consecuencias para aquellos que llegan a regularizar su situación: obtienen el permiso más una deuda que puede durar toda su vida.

¹²³ En 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.

¹²⁴ 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, pero si no pueden pagarlo, será cubierto por un fondo especial llamado “Koppelingsfonds”, que reembolsa 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 a 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. Véase la ley del 26 de marzo de 1998, Koppelingswet.

¹²⁵ 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. Hungarian Ministry of Human Capacities and WHO, “Hungary: Assessing Health-System Capacity to Manage Sudden, Large Influxes of Migrants”, Copenhagen, WHO, 2016.

¹²⁶ Por ejemplo, en Austria, véase la ley *Bundesgesetz über Krankenanstalten- und Kuranstalten (KAKuG) BGBl. Nr. 1/1957*, secciones 22 y 23.

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

4. *Derecho a la libertad personal y seguridad de las personas*

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) dispone en su artículo 3o. que “todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”. Esto es, vida, libertad y seguridad están intrínsecamente relacionados: para poder vivir, las personas necesitan tener la libertad de realizar lo que deseen, y también la seguridad para hacerla efectiva, sin que menoscaben otros derechos. Para ejercer este derecho, las personas tienen que sujetarse a las limitaciones establecidas por la ley para asegurar este mismo derecho a las demás personas, según dispone el artículo 29 de la propia DUDH.

Este derecho también está previsto en el artículo 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que señala: “todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta”. A nivel interamericano, el artículo 7o. de la Convención Americana prevé este derecho con una serie de garantías que lo protegen el derecho a no ser privado de la libertad ilegalmente (artículo 7.2) o arbitrariamente (artículo 7.3), el derecho de conocer las razones de la detención y los cargos formulados en contra del detenido (artículo 7.4), el derecho al control judicial de la privación de la libertad y la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva (artículo 7.5), el derecho a impugnar la legalidad de la detención (artículo 7.6) y el derecho a no ser detenido por deudas (artículo 7.7).¹²⁸

En materia de niños, la Convención sobre los Derechos del Niño señala en su artículo 37 que los Estados parte velarán por que:

- a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años.
- b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el periodo más breve que proceda.
- c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular,

¹²⁸ CoIDH, “Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador”, San José, CoIDH, 21 de noviembre de 2007, p. 51.

todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales.

d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.

Para cumplir con este artículo, los Estados deben, de acuerdo con el Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño de la UNICEF de 2004:¹²⁹

En materia de tortura:

- Definir y prohibir en la legislación la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes para todos los niños sujetos a la jurisdicción del Estado.
- Excluir cualquier excepción al artículo 37 de la CDN, cualesquiera que sean las circunstancias.
- Prohibir la pena capital en la legislación para delitos cometidos por niños.
- Excluir la cadena perpetua sin posibilidad de excarcelación para niños.
- Excluir para niños las penas por un periodo indefinido o indeterminado, cualesquiera que sean las circunstancias.
- Prohibir en la legislación toda forma de castigo corporal para niños: como pena pronunciada por un tribunal o como sanción en instituciones penales, como castigo en escuelas, como castigo en cualquier otra forma de cuidado alternativo y como castigo dentro de la familia.
- Prohibir el confinamiento solitario de niños bajo cualquier circunstancia.
- Promover campañas de concienciación e información para proteger a los niños contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.

En materia de detenciones:

¹²⁹ UNICEF, *Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*, Nueva York, UNICEF, 2004, pp. 599 y ss.

- Brindar trato como niño a toda persona menor de dieciocho años en el sistema de justicia.
- Garantizar en la legislación, en la política y en la práctica que la detención de niños se realice sólo como medida de último recurso y durante el periodo más breve que proceda.
- Establecer una edad por debajo de la cual los niños no puedan ser detenidos y encarcelados con anterioridad a la detención por parte de la policía u otras autoridades.

En materia de privación de la libertad tras la detención:

- Definir en la legislación un periodo máximo de encarcelamiento para los niños tras la detención.
- Fijar una edad mínima por debajo de la cual no se puede encarcelar a los niños tras su detención y antes de la audiencia.
- Asegurar en la legislación que cualquier encarcelamiento de niños tras su detención se realice sólo como medida de último recurso y durante el periodo más breve que proceda.

En materia de privación de la libertad previa al juicio:

- Asegurar que todo encarcelamiento de un niño pendiente de juicio sea realizado sólo como medida de último recurso y durante el periodo más breve que proceda.
- Fijar una edad mínima por debajo de la cual no se puede privar de la libertad a niños pendientes de juicio.
- Asegurar en la legislación la separación de los niños pendientes de juicio de aquellos que cumplen condena.
- Disponer de medidas alternativas para evitar la privación de libertad previa al juicio, siempre que sea posible.

En materia de privación de la libertad como sentencia de los tribunales:

- Fijar una edad mínima por debajo de la cual no se puede imponer una sentencia de prisión a niños.
- Excluir por debajo de esa edad mínima cualquier otra disposición que autorice restringir la libertad de los niños de quienes se alegue que han cometido determinados delitos o a quienes se acuse o declare culpables de haberlos cometido.

- Establecer garantías para asegurar que las sentencias de prisión o las sentencias que impliquen una privación de libertad para los niños se realicen sólo como medida de último recurso.

En materia de restricción de libertad distinta de la restricción derivada de una pena pronunciada por un tribunal:

- Armonizar con el artículo 37 y otros relativos de la Convención cualquier otra legislación que permita la restricción de la libertad de niños, en todos los casos en que esta restricción se pueda producir: en el sistema de justicia penal de niños, en el sistema de protección social, en el sistema educativo, en el sistema sanitario (incluido el de salud mental), en relación con la solicitud de asilo y la inmigración, en cualquier otra circunstancia, sea cual fuere.
- En cada caso, la legislación debe definir una edad mínima por debajo de la cual no se puede restringir la libertad de ningún niño.
- Asegurar en la legislación que toda privación de libertad fuera del sistema penal se realice sólo como medida de último recurso, durante el periodo más breve que proceda y no por un periodo indeterminado.
- Establecer garantías para que no se restrinja la libertad de niños en circunstancias no establecidas en la legislación.
- Evitar la detención arbitraria de niños en instituciones y servicios del Estado y otros servicios e instituciones.
- Limitar legalmente la privación de la libertad de niños por parte de sus padres, tutores, familias de acogida y otros.

En materia de condiciones de encarcelamiento:

- Incorporar en la legislación las Reglas de Naciones Unidas para la Protección de niños privados de libertad.
- Establecer una inspección y vigilancia eficaces en todas las instituciones en que se puede privar de libertad a los niños.
- Definir legalmente el derecho de los niños privados de su libertad a una revisión periódica de su situación y tratamiento.
- Registrar y documentar los detalles de cualquier restricción a la libertad de niños.
- Disponer de datos desglosados acerca de los niños privados de su libertad.

- Garantizar el acceso de todos los niños privados de libertad a procedimientos de denuncia efectivos relacionados con todos los aspectos de su tratamiento.

Todos los niños deberían tener garantizada su seguridad dentro de los límites y conforme a los procedimientos que permiten preservar tanto la seguridad pública como los derechos fundamentales de la persona.¹³⁰ Deberían poder vivir en un ambiente adecuado, tranquilo y libre de toda violencia y desarrollarse en sus comunidades de origen sin perturbaciones en su vida. Sin embargo, los niños en contextos de movilidad ven afectados sus derechos a la libertad y seguridad de forma sustancial. Desde sus países de origen, al igual que en los países de tránsito, los secuestros a cambio de dinero y la tortura y malos tratos por parte de miembros del crimen organizado para que se unan a sus filas son comunes. Además, al moverse en un ámbito de conflicto con la ley corren el riesgo de sufrir de extorsiones y violaciones a sus derechos por parte de agentes del Estado a través de lesiones, detenciones ilegales o arbitrarias, e incluso desapariciones forzadas.¹³¹

De hecho, aun cuando no se practiquen detenciones arbitrarias sino basadas en otros motivos lícitos (por ejemplo, por verificación migratoria cuando los niños se han desplazado a otro país), son comunes los malos tratos por parte de agentes del Estado.¹³² De ese modo, la libertad y seguridad personal de los niños son vulneradas, lo que hace que vivan en una constante de inseguridad e inestabilidad, que a través del paso del tiempo los afecta de manera determinante en su desarrollo.

5. *Derecho a la libertad de circulación y residencia*

El artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos regula la libertad de circulación en los siguientes términos:

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 el propio, y a regresar a su país.

¹³⁰ CoIDH, “Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú”, San José, CoIDH, 30 de mayo de 1999, p. 89.

¹³¹ CoIDH, “Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú”, p. 332.

¹³² Comité de Derechos Humanos, “Observación General 35, artículo 9o., libertad y seguridad personal”, Ginebra, ONU, 16 de diciembre de 2014, p. 9.

Esto es, se reconoce el derecho de todas las personas de circular con libertad y elegir su residencia y de salir de cualquier país. No obstante, no se reconoce el derecho de migrar.

Por otro lado, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) dispone en su artículo 12 que:

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.
2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio.
3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.
4. Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país.

El artículo 12.2 del PIDCP muestra el carácter asimétrico de la libertad de circulación, ya que al mismo tiempo que reconoce un aspecto de la libertad de circulación entre Estados (al menos en lo que se refiere al derecho a salir libremente de cualquier país) guarda silencio respecto a cualquier obligación de los Estados de otorgar acceso a sus territorios a extranjeros (como tradicionalmente ha estado establecido en el derecho internacional). De modo similar, el artículo 12.4 establece que “nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país”. Sin embargo, el Comité de Derechos Humanos ha indicado que esta prohibición implícita de una persona extranjera de entrar a otro país que no sea el de su nacionalidad está sujeta a una excepción para quienes son residentes de larga duración.¹³³

De igual forma, el artículo 12.1, al ligar expresamente la libertad general de circulación con un estatus migratorio legal, establece la base para una jerarquía de los derechos otorgados a las personas con base en su condición migratoria, la cual se extiende a otros derechos relacionados con la presencia en un país extranjero; por ejemplo, a las protecciones en caso de expulsión.¹³⁴ Las personas migrantes irregulares no son inmunes a las penalidades

¹³³ Comité de Derechos Humanos, “Artículo 12. La libertad de circulación, Observación General 27, HRI/GEN/1/Rev.7”, Ginebra, ONU, 1999, p. 20.

¹³⁴ El Comité de Derechos Humanos ha sostenido que se debe considerar que un extranjero que hubiera entrado ilegalmente a un Estado, pero cuya condición se hubiera regularizado, se encuentra legalmente dentro del territorio a los fines del artículo 12. Por lo que todas

por estar presentes de modo irregular en el territorio de un Estado extranjero, a diferencia de lo que, *en teoría*, pasaría con las personas solicitantes de asilo.¹³⁵ Por ello, ha sido señalado que esta jerarquía de protección, que otorga privilegios solamente sobre la base del estatus migratorio regular/legal, está en contra de las políticas nacionales progresistas que otorgan derechos no sobre la base del estatus migratorio, sino por las acciones ganadas por virtud de su presencia en el territorio de un Estado.¹³⁶

Esta lógica prevalece aún en las disposiciones más básicas del PIDCP. El artículo 26, que prohíbe la discriminación sobre la base del origen nacional o social o ‘cualquier otra condición social’, no especifica su prohibición sobre la base de ser ciudadano o extranjero o el estatus migratorio. En un esfuerzo por resolver esta incertidumbre, el Comité de Derechos Humanos ha concluido que la mayoría de disposiciones del Pacto generalmente tienen aplicación a todas las personas en el territorio de un Estado, incluidos los extranjeros que no se encuentren en un estatus regular.¹³⁷ Sin embargo, también ha concluido que “no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación, si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se persigue es lograr un propósito legítimo en virtud del Pacto”.¹³⁸

Aún más, la regulación del mercado de trabajo, la seguridad nacional, el orden público y la salud y seguridad pública han sido considerados como razones legítimas para restringir los derechos de las personas extranjeras.¹³⁹ Como resultado, algunas prácticas estatales que tienen un impacto desproporcionado sobre los derechos de las personas extranjeras no serán discriminatorias si se prueba que el estatus migratorio es un aspecto relevante del trato. En el mismo sentido, algunas prácticas estatales no serán consideradas arbitrarias si están dirigidas exclusivamente contra las personas migrantes. Por ejemplo, la prohibición contenida en el artículo 9.1 del PIDCP contra

las restricciones a sus derechos garantizados por los párrafos 1 y 2 del artículo 12, así como todo trato diferente del dado a los nacionales, deberán justificarse en virtud de las normas establecidas en el párrafo 3 del artículo 12. Comité de Derechos Humanos, “Artículo 12...”, *cit.*, p. 4.

¹³⁵ Véase el artículo 31 de la Convención sobre el Estatuto del Refugiado de 1951.

¹³⁶ Martín, Susan, “The Legal and Normative Framework of International Migration, Global Commission on International Migration, Paper prepared for the Policy Analysis and Research Programme”, Geneve, GCIM, 2005, p. 9.

¹³⁷ Comité de Derechos Humanos, “La situación de los extranjeros...”, *cit.*, p. 2.

¹³⁸ Comité de Derechos Humanos, “Observación general 18. No discriminación”, HRI/GEN/1/Rev.7, Ginebra, ONU, 10 de noviembre de 1989, p. 13.

¹³⁹ Guiraudon, Virginie y Lahav, Gallya, “A Reappraisal of the State Sovereignty Debate: The Case of Migrant Control”, *Comparative Political Studies* 133, 2000, p. 168.

el arresto y detención arbitrarios no puede ser leída como una prohibición de todas las detenciones de las personas migrantes irregulares.

A nivel interamericano, el artículo 22.1 de la Convención Americana señala: “Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él, con sujeción a las disposiciones legales”. Como ha manifestado el Comité de Derechos Humanos, con criterios aceptados por la Corte Interamericana, este componente del derecho de circulación y residencia implica la posibilidad de trasladarse libremente de un lugar a otro y establecerse en el lugar de su elección, sin que la persona deba indicar un motivo en particular para circular o permanecer en un sitio específico.¹⁴⁰ Sin embargo, ese componente del derecho no es una garantía universal establecida para todas las personas, sino únicamente para aquellas que se hallen legalmente en el Estado.

Las restricciones a la libertad de circular en el territorio de un Estado y escoger libremente el lugar de residencia no se reducen a aquellas que se fundan en una decisión directa adoptada por las autoridades estatales. De conformidad con la jurisprudencia de la Corte Interamericana, las restricciones a este derecho también pueden darse *de facto*, lo cual ocurre cuando las personas se ven obligadas a *abandonar su lugar de residencia* por una *situación de inseguridad o violencia*. En tales casos, a pesar de que no existe ninguna disposición legal o administrativa que impida a las personas fijar su residencia en el lugar de su elección o circular libremente, el derecho en cuestión es vulnerado ante la ausencia de garantías para transitar y residir libremente en el territorio de un Estado.

En palabras de la Corte Interamericana, “el derecho de circulación y de residencia puede ser vulnerado por restricciones *de facto* si el Estado no ha establecido las condiciones ni provisto los medios que permiten ejercerlo”.¹⁴¹ La Corte ha determinado en varias ocasiones que las restricciones *de facto* constituyen una vulneración al derecho a la libertad de circulación y residencia.¹⁴² Y ha señalado que el derecho de circular y residir libremente en el territorio de un Estado “protege el derecho a no ser desplazado forzosamente dentro de un Estado Parte”.¹⁴³ De conformidad con este criterio y los

¹⁴⁰ Comité de Derechos Humanos, “Observación general 27, Libertad de circulación (artículo 12)”, CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, Ginebra, ONU, 2 de noviembre de 1999, p. 115.

¹⁴¹ CoIDH, “Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia”, San José, CoIDH, 27 de noviembre de 2008, p. 139.

¹⁴² CoIDH, “Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam”, San José, CoIDH, 15 de junio de 2005.

¹⁴³ CoIDH, “Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia”, San José, CoIDH, 15 de septiembre de 2005, p. 188.

Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de las Naciones Unidas de 1998, ha fijado el sentido y alcance del artículo 22 en relación con las situaciones de desplazamiento forzado interno.¹⁴⁴

Los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos definen a los desplazados internos como

...las personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos..., y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida (párr. 2).

Los Principios señalan que la condición de desplazamiento forzado no sólo vulnera el derecho a la libertad de circulación, sino muchos otros derechos humanos, y obligan a los Estados a prevenir el desplazamiento forzado, brindar asistencia y garantizar el retorno o la reubicación e indemnización de las víctimas en caso de que aquél tenga lugar. El caso de los desplazados internos, pone en evidencia que la protección del derecho a la libertad de circulación y residencia se encuentra ligada a la efectividad de otros derechos humanos, y constituye una condición indispensable para la garantía de una vida digna.

En los países de origen, las libertades de residencia y circulación de los niños se ven vulneradas por las condiciones de violencia e inseguridad imperantes en la región en la que viven, por las prohibiciones impuestas por los grupos criminales, y también por las restricciones establecidas por las autoridades a los niños, usualmente a partir de determinada hora, si no están acompañados de un adulto. Bajo este contexto, algunos niños deciden trasladarse a otro lugar para mejorar sus condiciones de vida, seguridad y protección, ya sea dentro del mismo territorio del Estado o a otro país. En otros casos, no tienen poder de decisión: el crimen organizado no les permite desplazarse y los obliga a permanecer y trabajar en actos delictivos.¹⁴⁵

El derecho a la libertad de residencia y circulación es una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona.¹⁴⁶ Por ello, si no gozan de la seguridad en el lugar donde viven dado el contexto de violencia, no pueden hacer lo que deseen para desarrollar su vida de manera libre en

¹⁴⁴ CoIDH, “Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia”, San José, CoIDH, 1o. de julio de 2005, p. 209.

¹⁴⁵ CIDH, “Violencia, niñez...”, *cit.*, p. 332.

¹⁴⁶ CoIDH, “Caso Familia Barrios vs. Venezuela”, San José, CoIDH, 24 de noviembre de 2011, p. 162.

su comunidad, y, por consiguiente, no pueden gozar de libertad. En Latinoamérica, especialmente en Centroamérica, el legado de los conflictos armados y gobiernos autoritarios, la alta desigualdad de los ingresos, los altos niveles de impunidad, la existencia del crimen organizado y el tráfico de drogas generan un clima de violencia generalizada. De hecho, el incremento de los homicidios en los últimos años se encuentra asociado con las actividades ilícitas que llevan a cabo grupos del crimen organizado, quienes suelen estar involucrados en tráfico de drogas, pero también en actividades de tráfico ilícito de personas migrantes y trata de personas.¹⁴⁷

Todo lo anterior lleva a las personas a desplazarse de manera forzada para resguardar su vida, su seguridad y su libertad, aunque el migrar no sea un derecho reconocido por los Estados.¹⁴⁸ Los niños son las principales víctimas en esos desplazamientos forzados, que se realizan muchas veces al margen de la ley. Al ser traficados por criminales, aquéllos corren el riesgo de ser explotados sexual y laboralmente.¹⁴⁹ También en el país de destino sufren malos tratos, no sólo de los grupos delictivos, sino también de las propias autoridades migratorias, quienes los detienen por su situación migratoria irregular,¹⁵⁰ aunque esta práctica exceda el requisito de necesidad, ya que no resultan absolutamente indispensables para asegurar su comparecencia en el proceso migratorio. Al respecto, la CoIDH ha señalado que la privación de la libertad de un niño en situación irregular decretada por esta única circunstancia es arbitraria.¹⁵¹

6. *Derecho a la vida familiar*

El derecho a la vida familiar se reconoce ampliamente a todas las personas en los tratados internacionales de derechos humanos: en el artículo 16

¹⁴⁷ CIDH, “Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México”, Washington, D. C., CIDH, 2013, p. 75.

¹⁴⁸ CoIDH, “Opinión Consultiva OC-18, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de septiembre de 2003.

¹⁴⁹ CIDH, “Violencia, niñez...”, *cit.*, p. 153.

¹⁵⁰ Ceriani Cernadas, P., “Niñez detenida: los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes migrantes en la frontera México-Guatemala. Diagnóstico y propuestas para pasar del control migratorio a la protección integral de la niñez”, México-Buenos Aires, Centro de Derechos Humanos Fray Matías de Córdova A. C., Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús, p. 2012.

¹⁵¹ CoIDH, “Cuadernillo de jurisprudencia número 5, niños, niñas y adolescentes”, San José, CoIDH, 2018, p. 154.

de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en los artículos 17 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; en el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; en el artículo 16 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; en el artículo 14 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias; en los artículos 8o., 9o., 10 y 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño; en los artículos 11 y 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; en el artículo 16 del Protocolo de San Salvador en materia de derechos económicos sociales y culturales, entre otros.

No obstante, este derecho puede verse afectado de manera severa en los contextos de movilidad. En muchos casos, la migración implica la separación temporal para las familias: los padres migran solos, y dejan a sus hijos en el país de origen. Del mismo modo, cada vez más los niños 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.

El derecho a la vida familiar garantiza la unidad de la familia como mejor medida de protección y desarrollo de los niños. En este sentido, el debido respeto de este derecho en el contexto de las políticas migratorias es vital para la protección de los derechos de los niños. Este derecho supone una serie de obligaciones positivas y negativas para los Estados. 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 implica que los países se abstengan de tomar medidas que violan los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño. La Corte Interamericana ha señalado que los Estados 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”.¹⁵²

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. De este modo, 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

¹⁵² CoIDH, “Condición Jurídica y Derechos...”, *cit.*, p. 66.

de un niño, de sus padres o de los adultos responsables del cuidado pueden afectar positiva o negativamente el derecho a la vida familiar. Por ello, el derecho a la vida familiar debe influir las decisiones de control migratorio del Estado y el ingreso o residencia de los extranjeros por vínculo de familiares y por reagrupación familiar.

Al respecto, la Corte Interamericana ha manifestado que

...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.¹⁵³

El derecho a la vida familiar no es absoluto. La Corte Interamericana reconoce que este derecho *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.¹⁵⁴ 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:

...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 (artículo 9o.).

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. Al respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al analizar un caso de expulsión de una madre por encontrarse en situación irregular al momento de su nacimiento de su hija, ha señalado que el interés económico del país

¹⁵³ CoIDH, “Derechos y garantías de las niñas y los niños...”, *cit.*, p. 274.

¹⁵⁴ *Idem.*

y su política migratoria no deben estar por encima del interés superior de los niños.¹⁵⁵

Las políticas migratorias deben contener una visión de protección de la unidad familiar, de manera que todos los niños deben poder mantener contacto con sus padres y con su familia. El Comité de Derechos de los Trabajadores Migrantes ha señalado la necesidad de proteger la unidad de la familia:

Los Estados parte deben adoptar medidas apropiadas para proteger la unidad de la familia del trabajador doméstico migratorio que se encuentre en situación regular (artículo 44, parr. 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 periodos, de visitar a sus cónyuges e hijos en otros países. Los Estados parte deben velar por que los niños separados de uno o ambos progenitores puedan mantener contactos directos con ellos de forma periódica.¹⁵⁶

A nivel europeo, diversas directivas reconocen el derecho a la unidad familiar. La Directiva 2003/86/CE¹⁵⁷ de Reagrupación Familiar, del 22 de septiembre de 2003, señala que los Estados miembros autorizarán la entrada y residencia del cónyuge del reagrupante y los hijos menores del reagrupante y de su cónyuge, incluidos los hijos adoptivos (artículo 4o.). La Directiva 2008/115/CE¹⁵⁸ de Retorno de Migrantes Irregulares, del 16 de diciembre de 2008, también contempla el mantenimiento de la unidad familiar (considerando 22 y artículo 5o.). Y la Directiva 2011/95/UE¹⁵⁹

¹⁵⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “Rodríguez da Silva vs. Holanda, Demanda núm. 50435/99”, Estrasburgo, TEDH, 31 de enero de 2006.

¹⁵⁶ Comité para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, “Trabajadores domésticos migratorios, Observación general núm. 1”, Ginebra, ONU, 23 de febrero 2011, p. 54.

¹⁵⁷ Directiva 2003/86/CE del Consejo, del 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar.

¹⁵⁸ 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 miembro para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

¹⁵⁹ Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen 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 con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida.

de Cualificación, del 13 del diciembre de 2011, establece que los niños no acompañados serán acomodados, preferentemente, con sus parientes adultos, y que, en la medida de lo posible, se mantendrá juntos a los hermanos (artículo 31). También indica que en caso de que se conceda protección internacional a un niño no acompañado y no se haya iniciado la búsqueda de los miembros de su familia, los Estados empezarán a buscarlos lo antes posible atendiendo al mismo tiempo al interés superior de la niñez.

La necesidad de la reunificación familiar de los niños 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.¹⁶⁰

Los tribunales constitucionales también han 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 de la niñez, 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”.¹⁶¹

El Tribunal Constitucional de Chile ha reconocido 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 consecuen-

¹⁶⁰ Comité de los Derechos del Niño, “Trato de los menores no acompañados...”, *cit.*, p. 79.

¹⁶¹ Corte Suprema Argentina, “Antinao, Celia c/Di Cristóforo, Marcelo Ariel Dapuetto, Gabriela Noemí s/incidente de restitución en autos: «Antinao, J. A. s/ sumario», 501/2003”, Buenos Aires, CSA, 2003.

te 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 3o. obliga a la autoridad administrativa a tener especial consideración al interés superior del niño, y en su artículo 9o. compele a los Estados Partes a velar por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos.¹⁶²

7. Derecho de buscar y recibir asilo

La Declaración Universal de los Derechos Humanos establece en su artículo 14.1 que “en caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país”. El derecho de buscar y recibir asilo además está previsto en los artículos 6o. y 7o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; en el artículo 3o. de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes; en el artículo 22.8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo 13.4 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, y en los artículos 2o. y 3o. del Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales.

La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, el principal tratado en la materia, no prevé tal cual el derecho al asilo,¹⁶³ pero sí consagra el principio de *non-refoulement* o de no devolución, que es la piedra angular del derecho internacional de los refugiados. Bajo este principio,

¹⁶² Corte Suprema de Chile, Fallo: 5276-2015, Santiago, CSC, 23 de abril de 2015.

¹⁶³ En caso de necesidad de protección internacional, las personas no pueden reclamar de los Estados un “derecho al asilo” *per se*, pues este derecho no ha sido reconocido en ningún instrumento internacional en esos términos. Este derecho está supeditado a que las personas con necesidades de protección internacional accedan y sigan los procedimientos nacionales para la determinación de la condición de refugiado y, en caso de tener éxito o pasar por los procesos de filtrado establecidos para tal efecto, obtengan el estatuto de refugiado. Ortega Velázquez, Elisa, *El asilo como derecho en disputa en México: la raza y la clase como dispositivos de exclusión*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2022, p. 48.

consagrado en el artículo 33.1 de la Convención de 1951, “1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligran por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas”.

De este modo, los Estados están obligados a no trasladar a ninguna persona a otro país si en esto existiera un riesgo de que ésta pueda sufrir violaciones graves de sus derechos humanos, en particular la violación del derecho a la vida, a la libertad y a la integridad física. Al respecto, la Corte Interamericana ha señalado que el derecho de buscar y recibir asilo y a no ser devuelto en esas circunstancias garantiza que el solicitante de asilo sea oído por el Estado con las garantías mínimas del debido proceso que deben resguardarse en procedimientos de carácter migratorio, en procedimientos relacionados con una solicitud de reconocimiento del estatuto de refugiado, o en su caso, que puedan derivar de la expulsión o deportación de un solicitante de tal condición o de un refugiado.¹⁶⁴

El principio de no devolución es un punto de conjunción entre los derechos de los niños migrantes y de los refugiados, conjunción que se observa en la ampliación de la categoría de refugiado a las personas que han huido de sus países porque su vida, su seguridad o su libertad han sido amenazadas, según la Declaración de Cartagena de 1984 (conclusión tercera); en el desarrollo de la Corte Interamericana 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,¹⁶⁵ y en su Opinión Consultiva 21/2014, que consolida el principio de no devolución a favor de los niños migrantes:

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.¹⁶⁶

¹⁶⁴ CoIDH, “Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia”, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 25 de noviembre de 2013, p. 155.

¹⁶⁵ *Ibidem*, pp. 136 y 137.

¹⁶⁶ CoIDH, “Derechos y garantías de las niñas y los niños...”, *cit.*, p. 242.

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 los niños migrantes, quienes también pueden tener necesidades de protección internacional. Por ello, los Estados tienen la prohibición de devolver, expulsar, deportar, retornar, rechazar en frontera o no admitir a un niño cuya vida, seguridad y/o 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.¹⁶⁷

El Comité de los Derechos del Niño ha efectuado un extenso análisis sobre la relevancia del respeto del principio de no devolución para los niños migrantes no acompañados. La violación de este principio acarrea graves consecuencias para los niños e indica la ausencia de un procedimiento de determinación del interés superior de la niñez en el país expulsor, o, en caso de existir, la presencia de serias deficiencias en su formulación o aplicación. Por ello, el Comité ha destacado la relevancia de efectuar previamente una evaluación seria sobre el peligro que supone una medida de devolución.

Esta medida debe valorar no sólo el riesgo sobre la libertad, la integridad física o la vida del niño, sino además debe considerar sus condiciones socioeconómicas, como la edad, el género, el tiempo que un niño haya estado fuera de su país de origen, las consecuencias graves que puede tener la devolución para los niños, y la suficiencia (o no) de los servicios alimentarios o sanitarios en el país de origen.¹⁶⁸ Además, los niños deben ser plenamente informados y consultados; así, sus opiniones deben ser tomadas en cuenta, al igual que el tiempo que un niño haya estado fuera de su país de origen y su edad son factores importantes en ese proceso. El Comité es claro al sostener que “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”.¹⁶⁹

Así, los niños 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. El procedimiento de solicitud de protección internacional varía de Es-

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 10.

¹⁶⁸ Comité de los Derechos del Niño, “Trato de los menores no acompañados...”, *cit.*, pp. 27-84.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 86.

tado a Estado, pero la Corte Interamericana ha establecido obligaciones particulares del Estado receptor para con los niños solicitantes de asilo:¹⁷⁰

1. Permitir que los niños puedan petitionar el asilo o el estatuto de refugiados, razón por la cual no pueden ser rechazados en la frontera sin un análisis adecuado e individualizado de sus peticiones con las debidas garantías de debido proceso;
2. No devolver al niño 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
3. Otorgar la protección internacional cuando 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 y respeto para los niños no acompañados que tienen 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 los principios del interés superior de la niñez y unidad familiar.¹⁷¹ Estas garantías se amplían con la obligación de que el tutor esté presente durante la entrevista que sustancie su necesidad de protección internacional, con el fin de que informe al niño sobre el significado y las posibles consecuencias de la entrevista personal y, si procede, 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 esté presente en dicha entrevista y tenga la oportunidad de formular preguntas o alegaciones.¹⁷²

¹⁷⁰ CoIDH, “Derechos y garantías de las niñas y los niños...”, *cit.*, p. 81.

¹⁷¹ 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 con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida*, artículo 31.

¹⁷² Artículo 25 de la Directiva 2011/95/UE.