

Estándares internacionales para la protección del niño migrante

Jean Franco Olivera Astete

Índice

I. Introducción.....	2
II. Principios protectores de los niños migrantes.....	4
III. Garantías generales de los derechos de los niños migrantes.....	6
IV. Obligaciones estatales en casos de custodia de niños por motivos Migratorios.....	13
V. Garantías de protección del derecho a la libertad personal de los niños Migrantes.....	15
VI. Conclusiones.....	18

Estándares internacionales para la protección del niño migrante

Jean Franco Olivera Astete.¹

Sumilla: *Los niños son un grupo que por sus características derivadas de su edad se encuentran en condición de vulnerabilidad. Esta situación de vulnerabilidad se demuestra en el grado de dependencia y el cuidado especial que requieren para desarrollarse de manera adecuada y sin que su vida u otros derechos corran peligro. Dentro de las situaciones que agravan la condición de vulnerabilidad de los niños, se encuentra el hecho que sean migrantes. Los migrantes son otro grupo en situación de vulnerabilidad, debido a situaciones jurídicas y del contexto en el que vive, lo que conduce al establecimiento de diferencias en el acceso a los recursos públicos administrados por el Estado, entre otras situaciones. El presente artículo busca recoger los estándares internacionales que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha desarrollado para proteger a los niños que se encuentran en condición de migrantes alrededor del mundo, aunque con un énfasis espacial en aquellos aplicables al contexto americano.*

I. Introducción.

Los niños son un grupo que por sus características derivadas de su edad se encuentran en condición de vulnerabilidad. Esta situación, se demuestra en el grado de dependencia y el cuidado especial que requieren para desarrollarse de manera adecuada, sin que su vida u otros derechos corran peligro. En las últimas décadas la protección que desde los derechos humanos se ha dado a los niños es bastante amplia. El instrumento internacional que por excelencia protege sus derechos es la Convención sobre los Derechos del Niño². No obstante, existe un gran número de instrumentos convencionales y no convencionales que complementan esta protección.³

La amplia gama de tratados y otros instrumentos internacionales sobre los derechos de los niños se justifica en la gran cantidad de temas que comprenden sus derechos. La situación de vulnerabilidad en la que se encuentra este grupo se puede configurar en diversos ambientes como sucede con los niños en el caso de conflictos armados; violencia familiar; situaciones de desprotección, como en el caso de los niños de la calle; niños privados de libertad; niños que sufren de discriminación por género, raza, religión o por su sola condición de niños; o por la

¹ El presente trabajo tiene como base el amicus curiae presentado por el Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEH-PUCP) ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el 2012. Agradezco el apoyo de Renata Bregaglio en la revisión y elaboración de este documento.

² Adoptada el 20 de noviembre de 1989 y entró en vigor el 2 de setiembre de 1990. A la fecha cuenta con 193 Estados partes, haciéndolo el tratado de derechos humanos con mayor cantidad de ratificaciones.

³ El Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional, las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (Reglas de La Habana), las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Protocolo de Palermo), entre otros.

falta de acceso a servicios básicos necesarios para su edad como alimentación, salud, educación; entre otras muchas situaciones.

Dentro de las situaciones que agravan la condición de vulnerabilidad de los niños, se encuentra el hecho que sean migrantes. Los migrantes son otro grupo en situación de vulnerabilidad, debido a situaciones *de jure* (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y de facto (desigualdades estructurales), que conducen al establecimiento de diferencias en el acceso a los recursos públicos administrados por el Estado.⁴ Además, existen “prejuicios culturales acerca de los migrantes, que permiten la reproducción de las condiciones de vulnerabilidad, tales como los prejuicios étnicos, la xenofobia y el racismo, que dificultan la integración de los migrantes a la sociedad”⁵.

Así, se puede afirmar que la pertenencia a dos grupos en situación de vulnerabilidad (ser niño y migrante) incrementa el riesgo de sufrir mayores afectaciones a los derechos de las personas que cuentan con esta doble condición. En la actualidad, no existe una norma vinculante que defina quién puede ser considerado como niño migrante. Por ello, propongo que la definición de este concepto surge de la interpretación conjunta de los principales tratados que contienen los conceptos que componen cada uno de los términos de la definición, es decir, el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el artículo 1 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. En este sentido, se podría afirmar que niño migrante será toda persona menor de 18 años que se encuentre fuera del Estado del cual es nacional con la intención o necesidad de residir allí o en otro Estado al cual se dirige, o que encontrándose en el país del que es nacional o residente, podría migrar en un futuro cercano.

El grupo que comprenden los niños migrantes es amplio y heterogéneo. Ello se debe a que responde a diversas circunstancias como el caso que el niño migrante tenga o no documentos que permitan su estadía en el país receptor, el encontrarse o no con sus padres, el ser solicitantes de asilo o refugiados, el ser víctimas de trata de personas, entre otras. Frente a ello no se puede tratar al grupo de niños migrantes de manera homogénea. Los estándares orientados a la protección de sus derechos deberán, por lo tanto responder, a las características propias de cada caso, es decir, de su particular situación migratoria. A pesar de esta dificultad, este trabajo tiene como objetivo dar en conocimiento ciertos estándares, conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que se deben seguir ante determinadas circunstancias para que los niños migrantes no vean vulnerados sus derechos.

El caso de los niños migrantes se encuentra enmarcado en los llamados flujos migrantes mixtos. Según la Organización Mundial para las migraciones, los flujos mixtos son movimientos de población migrante complejos, que incluyen a refugiados, solicitantes de asilo, migrantes económicos y otros migrantes⁶. Dentro de este colectivo es posible incluir a los niños migrantes.

Además, desde un punto de vista estadístico también se debe tener presente que en el ámbito americano existe un gran flujo migratorio. Si bien los destinos principales son los países del

⁴ Corte IDH. Opinión Consultiva No 18. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. 17 de setiembre de 2003, párr. 112.

⁵ Ídem, párr. 113.

⁶ OIM. Migración irregular y flujos migratorios mixtos: Enfoque de la OIM. 19 de octubre de 2009. p. 1.

norte, Estados Unidos y Canadá⁷, también existe un gran movimiento migratorio interno en los países de Latinoamérica que se está incrementando, así como la cada vez más frecuente migración desde países de fuera de la región⁸. Los principales destinos de los migrantes intrarregionales en América Latina y el Caribe son Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica y Venezuela⁹. Es necesario precisar que mientras que los países del norte suelen ser países receptores de migrantes, en el caso de los países de América Latina y el Caribe son países destino, de tránsito y de emisión de migrantes, por lo que la situación se complejiza. Dentro de los flujos migratorios mencionados, los niños migrantes ocupan un papel sumamente importante, dada la protección especial que requieren.

II. Principios protectores de los niños migrantes

Los Estados que reciben niños migrantes tienen que brindar ciertas garantías para resguardar de la mejor manera los derechos del niño. Estas garantías, en la medida que son aplicadas a niños, deben seguir ciertos principios establecidos en el Derecho internacional de los derechos humanos respecto de los niños, recogidos en la CDN. Estos principios son: (i) el interés superior del niño y niña, (ii) la igualdad y no discriminación, (iii) el derecho a expresar su opinión y ser oído; y (iv) el derecho a la vida. Además, estos principios generales se relacionarán junto a otros que responderán a circunstancias específicas como en el caso de niños no acompañados o solicitantes de asilo.

El interés superior del niño y la niña

El interés superior del niño y la niña es el principio esencial según el cual se deben regir los Estados al tratar temas en los que menores de 18 años estén involucrados. El interés superior del niño y la niña se encuentra regulado en el artículo 3.1 de la CDN que establece 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 que se atenderá será el interés superior del niño.

La Corte Interamericana desarrolló mejor el contenido de este principio en su jurisprudencia, estableciendo que “el principio del interés superior del niño (...) se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades”¹⁰. De esta manera, toda medida que los Estados establezcan en la custodia de niños migrantes se hará respetando el mejor interés para su futuro y desarrollo, lo cual debe ser tenido presente para la interpretación de todos sus derechos como la libertad personal, vida, educación, entre otros.

La igualdad y la no discriminación

⁷ Según la OIM Estados Unidos concentra 42.8 millones y Canadá 7. 2 millones de migrantes provenientes de América y el Caribe. El total de migrantes en esta zona es de 57.5 millones, siendo Argentina el tercer país en cantidad de migrantes con 1.4 millones. En:

< <http://www.iom.int/jahia/Jahia/about-migration/facts-and-figures/americas-facts-and-figures/cache/offonce/lang/en> >

⁸ OIM. Informe sobre las migraciones en el mundo. Ginebra: Organización Mundial para las Migraciones. 2011. p. 72

⁹ SERRA, María Laura. La migración y los derechos del niño. Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja" - Año V, Número Especial, 2011. Argentina. p. 229.

¹⁰ Corte IDH. Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100. párr. 163.

El principio de igualdad y no discriminación según la Corte IDH “pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico”¹¹. De acuerdo con el desarrollo normativo y jurisprudencial, tanto la condición de niñez como la de migrante pueden ser consideradas categorías o motivos prohibidos.

La Convención sobre los derechos del niño en su artículo 2 regula que los Estados deben velar que no se discrimine a los niños por ningún motivo vinculado a ellos, a sus padres o tutores. Asimismo, deben velar para que todos los derechos de los niños y niñas regulados en dicho tratado se apliquen de igual manera para todo niño¹². Por otro lado, en el caso específico de los migrantes la Corte Interamericana ha señalado que “los Estados (...) no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de los migrantes”¹³, como violaciones a las garantías del debido proceso o actos xenofóbicos, ello incluye también a los migrantes indocumentados, aunque en el caso de estos últimos se podrán establecer algunas medidas específicas que el Estado considere pertinente por su condición.

En este sentido, en el caso de los niños y niñas migrantes el principio de igualdad y no discriminación no sólo prohíbe los actos o normas discriminatorias en su contra, sino que se deben tomar las acciones y el marco normativo que garantice que se respeten sus derechos por su condición especial. Es decir, dentro del principio de no discriminación también deben estar previstas las medidas especiales de protección para los niños migrantes, como puede darse en caso de procesos judiciales o administrativos¹⁴, tal como se analizará de manera detallada posteriormente.

El derecho a expresar su opinión y a ser escuchado

Los niños tienen el derecho a poder formar su voluntad de manera libre y a ser oídos. Este derecho se encuentra regulado en el artículo 12 de la CDN, en el cual se estipula que los niños serán oídos cuando se encuentren ante cualquier proceso judicial o administrativo de manera directa o por medio de un representante. La importancia de este derecho es que además de estar regulado en la CDN, se ha convertido en uno de los estándares para todo procedimiento en el cual los niños se encuentren vinculados¹⁵, como son los procedimientos de naturaleza migratoria, que serán desarrollados más adelante. La Corte IDH también se ha pronunciado sobre la necesidad de que los niños y niñas sean oídos para poder resolver de acuerdo a su mejor interés, siendo que incluso las opiniones de sus padres o tutores no pueden reemplazar la de los niños¹⁶.

El derecho a la vida

¹¹ Corte IDH. Opinión Consultiva No 18. Óp. Cit. párr. 101.

¹² Es importante destacar que de acuerdo con la Corte Interamericana no será discriminatorio aquello que se establezca por su condición de niño, siempre y cuando sea para que se puedan ejercer de manera cabal sus derechos reconocidos y que las diferenciaciones tengan una justificación razonable y objetiva. Ver Corte IDH. Opinión Consultiva No 17. Óp. Cit. párr. 55.

¹³ Corte IDH. Opinión Consultiva No 18. Óp. Cit. párr. 119.

¹⁴ Corte IDH. Opinión Consultiva No 18. Óp. Cit. párr. 107.

¹⁵ SALMÓN, Elizabeth. *Los derechos de los niños y las niñas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estándares en torno a su protección y promoción*. Lima: Cooperación Alemana al Desarrollo GTZ, 2010, p. 66.

¹⁶ Corte IDH. Caso Atala Riffo e hijas Vs. Chile. Resolución de 29 de noviembre de 2011. Participación de las niñas. párrs. 9-12.

El principio del derecho a la vida se encuentra regulado en el artículo 6 de la CDN. En dicho artículo se regula que los Estados deberán garantizar no sólo la supervivencia de los niños y niñas, sino que deberán garantizar su desarrollo. Ello se condice con la posición de la Corte IDH, entendiendo que los Estados deben garantizar las condiciones para una vida digna¹⁷. Este nivel de desarrollo en base a condiciones de vida digna debe garantizar, según jurisprudencia de la Corte Interamericana, derechos como la alimentación, el agua, la educación y la salud¹⁸, entre otros. En ese sentido, el niño migrante goza, por parte del Estado de acogida, de la debida protección de su derecho a la vida.

III. Garantías generales de los derechos de los niños migrantes.

III.1 Procedimientos para la determinación de necesidades de protección internacional y de medidas de protección especial de los niños migrantes.

Como se ha mencionado el concepto de niño migrante es bastante amplio, dado que abarca diversas circunstancias. Sin embargo, dentro de las múltiples posibilidades que se pueden dar, existen tres circunstancias en el marco de las migraciones que condicionan a los niños: (i) niños que migran junto con sus familias, (ii) niños que migran sin compañía de sus padres, madres o responsables y (iii) niños que permanecen en el país de origen cuando sus padres y madres migran¹⁹.

Los niños cuyos padres migran se enfrentan a momentos difíciles. Esto porque muchas veces se quedan bajo el cuidado de familiares u otras personas, lo que afecta su desarrollo normal. Un alto número de estos niños queda a la espera de poder migrar para alcanzar al padre o madre. En nuestra opinión, siguiendo el estándar de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, estos niños deben ser considerados migrantes. En este sentido, sería importante que los Estados emisores de migrantes tengan presente las situaciones en que los niños pueden quedar desamparados por estas situaciones y que tomen las medidas que se encuentren dentro de sus posibilidades. Estas medidas podrían ser el apoyo psicológico, el cuidado en casos de abandono, el contacto con los padres en el extranjero o todo aquello en beneficio del interés superior del niño.

En este supuesto, solo podrán ser catalogados como niños migrantes aquellos que al encontrarse sin sus familiares encargados de su cuidado (porque estos han migrado) se encuentran próximos a migrar también. Sin embargo, aquellos que no tienen planeado migrar merecen especial atención por parte de los Estados, no sólo por su condición de niños y la vulnerabilidad que ello implica, especialmente al verse privados de quienes deberían cuidarlos, sino porque muchas veces se ven afectados por razones como pobreza, conflictos armados u otros, que obligaron a sus padres y madres a migrar.

De los otros dos grupos antes mencionados (niños que migran junto con sus familias y niños que migran sin compañía de sus padres o responsables), quienes se encuentran en un mayor grado de vulnerabilidad son los niños no acompañados, dado el peligro que corren al migrar

¹⁷ Opinión Consultiva No 17. Óp. Cit. párr. 80.

¹⁸ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214. párrs. 194-217.

¹⁹ LIWSKI, Norberto. Migraciones de niños, niñas y adolescentes bajo el enfoque de derechos. Washington DC: Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes. p. 4.

solos a su corta edad. Sin embargo, los niños que migran con acompañados también requieren un enfoque especial, dado que las circunstancias que generalmente podrían no afectar a adultos, para ellos sí podrían significar un grave daño. Además, migrar acompañado no necesariamente es sinónimo de viajar bajo un régimen de protección, por lo que los Estados deben estar atentos a identificar si el mayor que acompaña al niño realmente está cumpliendo una función de custodia del interés superior de este, o si por el contrario, abusa de su posición de autoridad (pensamos por ejemplo, de mayores que acompañen a niños en el marco de una red de trata de personas). En estos dos grupos se puede hallar una diversidad de situaciones que comprometen seriamente el trato que las autoridades deben tener con los niños migrantes, es decir, que pueden ser víctimas de trata, estar huyendo de un conflicto armado, de violencia familiar, de pobreza o ser solicitantes de asilo. Toda esta amplia gama de posibilidades requiere que las autoridades de los países de tránsito o de destino desarrollen procedimientos adecuados para identificar las circunstancias en las que el niño migrante se encuentra al llegar a dichos Estados.

Medidas generales de protección

La prioridad de los procesos de determinación de necesidades de protección internacional y de medidas de protección especial es identificar a la víctima y sus necesidades. Ello debe darse en un análisis caso a caso, puesto que si bien pueden existir grupos comunes, en la realidad cada niño migrante es una historia independiente.

Tal como lo ha establecido la Corte Interamericana, el artículo 25 de la CADH garantiza el acceso a un recurso efectivo y rápido²⁰. De esta manera, relacionando los artículos 25 y 2 de la Convención Americana, los Estados deben implementar los recursos efectivos que garanticen la exigibilidad de los derechos humanos, sea mediante medidas legislativas, administrativas o de cualquier otra índole²¹. En el caso de niños migrantes ello debe interpretarse de manera conjunta con el artículo 19 de la Convención Americana de acuerdo a la protección especial del niño y teniendo como base su interés superior.

El primer paso, es identificar que se trata de un menor de dieciocho años. Este paso es importante dado que muchos niños viajan sin ninguna identificación, por lo que frente a la duda serán los funcionarios del país de tránsito o destino los que deberán realizar todas las investigaciones necesarias para determinar su edad. Los métodos para determinar la condición de niño no pueden ser intrusivos, deben respetar su integridad personal y deben ser de acuerdo a su condición de vulnerabilidad. De continuar con la duda se asumirá que el migrante es niño²².

Una vez determinada la condición de niño migrante se tendrá que determinar en qué situación es que se encuentra específicamente. Este punto es esencial porque como se mencionó el trato que se dará a cada niño dependerá de la condición en la que se encuentra migrando. Por ejemplo, de acuerdo al factor género, la trata de personas por explotación sexual afecta principalmente a las niñas²³, mientras que en el caso de los niños se enfoca principalmente en

²⁰ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125. párr. 99.

²¹ Ídem. párrs. 100-104.

²² UNICEF. Estudio sobre los estándares jurídicos básicos aplicables a niños y niñas migrantes en situación migratoria irregular en América Latina y el Caribe. Argentina: Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Lanús. 2009. p. 31.

²³ Comité de derechos del niño. Observación General No 6. párr. 50.

la explotación laboral²⁴. Estas apreciaciones deberán ser tomadas en cuenta para prestar especial cuidado frente a situaciones que puedan ser potencialmente peligrosas.

Los procesos administrativos siguen las garantías del debido proceso²⁵, por lo que el plazo razonable del procedimiento de identificación deberá ser el menor posible atendiendo a la necesidad y la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra el niño migrante. El procedimiento de identificación es diferente al decisorio sobre la situación migratoria del niño y la niña. Sin embargo, existirá una importante relación entre ellos.

Además, por su naturaleza administrativa y no sancionadora, no puede significar la privación de libertad ni del niño y la niña, ni de los padres en caso se traten solo temas de carácter migratorio. De igual manera, ninguna de las acciones puede significar tortura, tratos crueles o degradantes²⁶. La privación de libertad de niños migrantes son acciones que atentan contra la libertad personal y también contra la integridad personal, configurándose, por lo menos, como tratos degradantes.

Muchos países privan de libertad a los migrantes irregulares cuando ingresan al territorio. En caso de niños migrantes, la existencia del proceso de identificación no puede significar en ningún caso la privación de libertad. En caso que el niño o niña se encuentre con uno o ambos padres tampoco se les podrá privar de libertad; mantener la unidad familiar no puede ser un motivo para que se prive de libertad a los niños, por el contrario, se tendrá que mantener a la familia unida en libertad²⁷.

Finalmente, se debe tener presente que los niños migrantes, aun cuando no cumplan con los documentos regulares, no deben ser devueltos sin que se haya identificado su situación concreta. El Estado de tránsito o destino tiene la obligación de cerciorarse de acuerdo al interés superior del niño qué es lo mejor para él o ella. Se tiene que tener presente que es precisamente este el momento en que se puede reconocer a un solicitante de asilo o refugio, por lo que la devolución inmediata violaría el artículo 22.7 del Convención Americana y, como se analizará más adelante, podría implicar la violación del principio de no devolución.

Garantías específicas.

Dada la heterogeneidad ya señalada en el caso de los niños migrantes, a continuación, se resaltarán algunos supuestos especiales frente a los que los Estados deberán tener un especial cuidado al identificar las necesidades de los niños y niñas migrantes:

- Niños y niñas no documentados

Los niños que se encuentran indocumentados deberán ser identificados a la brevedad de lo posible mediante huellas digitales, comunicación con familiares, conocidos o autoridades consulares, o cualquier otra medida que no tenga un carácter intrusivo para el niño o niña. Estas acciones se realizarán para asegurar el derecho a la personalidad jurídica de los niños,

²⁴ OIM. Informe sobre las migraciones en el mundo. Ginebra: Organización Mundial para las Migraciones. 2011. p. 114.

²⁵ Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71. párr. 71.

²⁶ Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218. párrs. 209 y 210

²⁷ UNICEF. Óp. Cit. p. 36.

sobre el cual la Corte IDH ha señalado que el Estado tiene el deber de “brindar las medidas necesarias para facilitar el registro de la persona”²⁸. De igual manera, también ha señalado que “el Estado se encuentra especialmente obligado a garantizar a aquellas personas en situación de vulnerabilidad, marginalización y discriminación, las condiciones jurídicas y administrativas que les aseguren el ejercicio de este derecho, en atención al principio de igualdad ante la ley”²⁹.

- Niños no acompañados

En los procesos de identificación también se deberá tener presente si se trata de un niño no acompañado (los cuales en muchos casos serán además no documentados). En esta situación y de acuerdo a la Observación General No 6 del Comité sobre los Derechos del Niño, el primer paso que se debe seguir es determinar que se trata de un menor no acompañado, inspeccionar sus datos y de su familia, consignar los datos obtenidos y la entrega de documentos de identidad e iniciar la búsqueda de la familia del menor³⁰. Las búsqueda de la familia y la reunificación familiar son acciones frente a las cuales el Estado debe agotar todos los medios que se encuentran a su alcance, al menos que sea contrario al interés superior del niño.

- Niños y niñas posibles víctimas de trata de personas

La relevancia del proceso de identificación también es importante para el caso de la lucha contra la trata de personas. Los niños migrantes y especialmente los menores no acompañados y separados, son los que se encuentran en mayor situación de vulnerabilidad. Uno de los puntos más importantes que deberán tener presente los oficiales migratorios es que el consentimiento del niño y niña es irrelevante al momento de que se encuentren las pruebas que permitan deducir que se está ante un crimen de trata³¹. Además, el Tribunal europeo de derechos humanos (en adelante Tribunal Europeo o TEDH) también ha señalado que la situación de un migrante indocumentado, niño o niña, causa el suficiente temor a este como para que pueda desempeñar labores que en circunstancias normales no haría³², por lo que es una víctima potencial de trata, aun cuando no haya ingresado en el país para dicho fin.

Los Estados además deberán tomar las medidas de prevención para que no se produzcan situaciones de trata de niños y niñas en su jurisdicción o que se puedan identificarse en el momento en que las víctimas intentarían ingresar. Entre estas medidas se encontrarán la capacitación de los agentes del Estado en el trato con niños y niñas posibles víctimas de trata, puestos de control migratorio bien equipados y garantías de investigación y seguimiento hacia los niños y niñas que se encuentren dentro de este supuesto.

III.2. Principio de no devolución y su relación con los niños migrantes.

El principio de no devolución se encuentra regulado en el artículo 33 de la Convención sobre el estatuto de los refugiados de 1951. Este principio tiene una larga data en el Derecho internacional de los refugiados y significa que no pueden ser devueltos a los países donde su vida o libertad corran riesgo por motivos de nacionalidad, raza, religión, opinión política o

²⁸ Corte IDH. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130. párr. 183.

²⁹ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Óp. Cit. párr. 250.

³⁰ Ídem. párr. 31

³¹ ACNUR. Directrices de protección internacional. Solicitudes de asilo bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de Refugiados. párr.25.

³² TEDH. Caso de Siliadin V. Francia. Sentencia de 26 de julio de 2005. párr. 118.

pertenencia a un determinado grupo social. Las condiciones para el establecimiento del refugio deben ser interpretadas de acuerdo a la condición de niño migrante, como se hará de manera detallada posteriormente.

De igual manera, el principio de no devolución se encuentra regulado en el artículo 22.8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, disponiendo como única condición que la vida o libertad del extranjero corra peligro en caso la persona sea devuelta. El artículo 13 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura añade el supuesto de peligro de ser sometido a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, y la condición de que pueda ser juzgado por tribunales de excepción o *ad hoc*.

En caso de los niños migrantes no importará la determinación o no del estatuto de refugiado para que el principio de no devolución sea efectivo, esto en aplicación del principio de interés superior del niño. Debe entenderse que en principio, los niños migrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad, especialmente si son no acompañados o separados, ya que pueden ser víctimas de diversos peligros y además, que en muchos casos su migración se debe a motivos contrarios a su voluntad (extrema pobreza, conflictos armados, violencia familiar, falta de servicios básicos, etc). En ese sentido, el retorno al país de origen solo podrá contemplarse en principio si redundaría en el interés superior del niño³³, es decir, el retorno al país de origen o de tránsito será la excepción y no la regla.

Esta ampliación del principio de no devolución se sustenta en la vulnerabilidad especial en la que se encuentra el niño migrante. El Tribunal Europeo ha expresado que la sola devolución del niño o niña cuando no existen las condiciones adecuadas en el país de origen para su recepción y cuidado, como es que no tenga familia que se haga cargo de él o ella, es un trato inhumano³⁴. De igual manera, durante el periodo de decisión de las autoridades del país receptor o de tránsito, los niños migrantes no podrán ser privados de libertad.

Las garantías del debido proceso, expuestas anteriormente, son esenciales en este caso. Siendo así, el niño deberá ser escuchado, deberá tener la asesoría requerida y el acceso a un recurso efectivo. El principio de no devolución también debe tenerse presente en caso el niño se encuentre acompañado de sus padres y éstos sean expulsados. En este punto, es necesario tener en cuenta, además, una serie de garantías vinculadas a la reunificación familiar a las que nos referiremos más adelante. Si bien los motivos que justifican la no devolución del niño pueden no aplicarse a los padres, en estos casos se debe priorizar el derecho a la vida en familia regulado en el artículo 17 de la Convención Americana.

Según UNICEF en América Latina y el Caribe no existen legislaciones adecuadas que regulen este principio en el caso de los niños migrantes, como sí sucede en el caso de los refugiados³⁵. Sin embargo, en la legislación comparada europea sí existen regulaciones, como sucede en el caso francés, que plantean una fórmula que recoge el principio de no devolución. El Código de entrada y de estadía de los extranjeros y del derecho de asilo en su artículo L511-4 establece que el extranjero menor de 18 años no puede ser objeto de una obligación de salir del territorio francés sin importar su condición migratoria. Sin embargo, también en el ámbito de Europa, la Unión Europea, vía el Parlamento Europeo y el Consejo Europeo, adoptó la Directiva 2008/115/CE relativa a las normas y procesos comunes aplicables en los Estados miembros al retorno de los extranjeros provenientes de países terceros en una situación de estadía

³³ UNICEF. Óp. Cit. p. 65. Comité de derechos del niño. Observación General No 6. Óp. Cit. párr. 84.

³⁴ TEDH. Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga V. Bélgica. Sentencia de 12 de enero de 2007. párr. 69.

³⁵ UNICEF. Óp. Cit. p. 66.

irregular, norma que sí permite la expulsión de menores, incluso en el caso de los no acompañados, lo que pone en riesgo la garantía de este principio.

III.3 El derecho a la vida familiar de los niños en casos de disponerse la expulsión por motivos migratorios de sus padres y madres

Una de las situaciones más críticas que pueden atravesar los niños migrantes es la expulsión de uno o de ambos padres. Este problema es de gran importancia para los niños que por el criterio de *ius solli* ya han obtenido la nacionalidad del Estado al cual sus padres migraron irregularmente con anterioridad. De esta manera, el niño al ser nacional del Estado receptor ya no puede ser expulsado, pero los padres sí. Dicha situación crea dos grandes problemas (i) cómo accionar frente a la posible expulsión de los padres y (ii) de producirse la expulsión cómo favorecer el derecho a la unidad familiar.

De manera general, el Tribunal Europeo tiene una vasta jurisprudencia relacionada con la expulsión de extranjeros frente a la cual ha desarrollado una serie de criterios para señalar cuándo existe una violación del derecho a la familia. Según el TEDH, los Estados, sin perjuicio de los tratados internacionales de los que son parte, no tienen la obligación de garantizar el derecho de los extranjeros a residir donde ellos deseen, puesto que es una competencia del Estado el control de la inmigración³⁶. En ese sentido, ha señalado que la expulsión del extranjero es una decisión en la que se tienen en cuenta el derecho de las personas en concreto, frente al de la sociedad como un todo³⁷.

Dentro de los criterios a considerar, en primer lugar, se señala que la medida debe estar prevista en la ley. Como segundo elemento debe seguir uno o varios fines legítimos. Finalmente, la medida debe ser necesaria en una sociedad democrática³⁸.

No obstante, estos criterios no han sido desarrollados teniendo en cuenta como eje central la perspectiva del niño migrante. De esta manera, sería importante relacionarlos con lo dispuesto en la CDN que es su artículo 9 establece que la separación de los niños y sus padres solo procederá de forma excepcional cuando esté prevista por ley, este sujeta de revisión judicial y se dé en base al interés superior del niño. Por su lado, el Sistema interamericano también se ha pronunciado con respecto a que la separación del niño y sus padres solo debe darse en base al interés superior del primero³⁹.

Como se ha señalado, el primer requisito para analizar la razonabilidad de la separación o expulsión es que la medida esté tipificada en la ley. Sobre este punto UNICEF ha resaltado, que en América Latina y el Caribe no existe legislación que regule la expulsión de padres cuyos hijos no pueden ser deportados⁴⁰. En ese sentido, los Estados deberían hacer lo posible para regular este supuesto específico y así se mantenga un estándar de protección mayor para garantizar el derecho a la familia del niño migrante.

Un segundo paso sería que la expulsión se encuentre justificada por un fin legítimo. Nuevamente se encuentra un gran problema en este punto. Como se ha mencionado ser un migrante irregular no es un delito, por lo que el grado de una falta administrativa no debería ser

³⁶ TEDH. Caso de Darren Omoregie y otros V. Noruega. Sentencia de 31 de julio de 2008. párr. 54.

³⁷ Ídem. párr. 57.

³⁸ TEDH. Caso A.W. Khan V. Reino Unido. Sentencia de 12 enero de 2010. párr. 36.

³⁹ Corte IDH. Opinión Consultiva No 17. Óp. Cit. párr. 73.

⁴⁰ UNICEF. Óp. cit. 73.

razón para justificar una expulsión que en la mayoría de los casos será opuesta al interés superior del niño. Sin embargo, ello podría ceder ante otros supuestos en que los padres sí hayan violado normas que no se encuentran vinculadas con su sola calidad migratoria, como en el caso de infracción a normas penales.

El punto que mayor desarrollo ha generado en el Tribunal Europeo para la expulsión de extranjeros es que esta sea necesaria en una sociedad democrática. Para ello, ha establecido ciertos criterios desarrollados en el caso *Boultif contra Suiza*⁴¹. Es necesario señalar que estos criterios regulan la expulsión de la persona en caso que la norma violada no sea solo la migratoria. Estos criterios son:

- La naturaleza y la gravedad de la infracción cometida por el demandante.
- La duración de la permanencia del interesado en el país del cual debe ser expulsado.
- El lapso de tiempo que ha transcurrido desde la infracción, y el comportamiento del demandante durante este período.
- La nacionalidad de las diversas personas concernidas.
- La situación familiar del demandante, en particular, la duración de su matrimonio y otros factores que evidencien la efectiva vida familiar de la pareja.
- La cuestión de saber si el conyugue tenía conocimiento de la infracción en la época de la creación de la relación familiar.
- La cuestión de saber si hay niños provenientes del matrimonio y su edad.
- La gravedad de las dificultades que el conyugue arriesga de encontrarse en el país en el cual el demandante debe ser expulsado.

Es interesante resaltar que dentro de los criterios se encuentra que la persona tenga niños o niñas, aunque se especifica que deben ser provenientes del matrimonio. Sin embargo, dada la situación de vulnerabilidad de los niños migrantes y que esta no responde al vínculo legal que tengan sus padres, el concepto de matrimonio no debería ser un obstáculo para su protección, por lo que se lo debería entender en sentido amplio.

Continuando con el análisis del TEDH, en los casos que el migrante tenga hijos o hijas sí ha tomado en consideración que los Estados deben tener en cuenta el interés superior del niño como elemento esencial al analizar los criterios *Boultif* en la expulsión de alguno de sus padres⁴². Siendo así, nuevamente se puede afirmar que la expulsión del padre es incompatible con el interés superior del niño, al menos que se sustente en violaciones de normas que superan la sola condición migratoria.

Otro aspecto abordado por la CDN y por la jurisprudencia del Tribunal Europeo es la protección que debe existir del debido proceso en caso de la expulsión de padres migrantes. Un juicio donde se encuentre en peligro la unidad familiar debe seguirse con el más alto nivel de respeto del debido proceso, por lo que las garantías expuestas anteriormente se aplican también a los procesos llevados en el caso de los padres que pueden ser expulsados. El ente administrativo o judicial no podrá tomar medidas arbitrarias y deberá realizar una investigación exhaustiva de los hechos y no sólo remitirse a la acusación realizada⁴³. Además, la decisión tomada deberá poder ser apelada ante un ente judicial como garantía indirecta a los derechos del niño⁴⁴ y tal como se ha establecido en la Convención internacional sobre la protección de los derechos de

⁴¹ TEDH. Caso *Boultif V. Suiza*. Sentencia de 2 de agosto de 2001.

⁴² TEDH. Caso *Alim V. Rusia*. Sentencia de 27 de diciembre de 2011, párr. 79 y 97.

⁴³ TEDH. Caso de *Geleri V. Rumania*. Sentencia de 15 de febrero de 2011, párr. 31.

⁴⁴ Artículo 9 de la Convención sobre los derechos del niño.

todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, mientras se dé la revisión de la decisión se podrá pedir la suspensión de la medida de expulsión⁴⁵.

De esta manera, se debe concluir que la expulsión de uno o de ambos padres solo podrá realizarse de acuerdo a los artículos 8, 17, 19 y 12 de la Convención Americana en casos absolutamente excepcionales. Ello se verá reflejado en que estén previstos por una ley anterior, que se funden en motivos de mayor gravedad al estatus migratorio, que tengan en consideración los lazos familiares creados, que se respeten las garantías del debido proceso y que sea conforme al interés superior del niño.

Por otro lado, en caso que los Estados, siguiendo o no lo antes señalado, lleguen a expulsar a uno o ambos padres también deben existir garantías para que se realice la reunificación familiar. La Convención sobre los derechos del niño establece en su artículo 10 que “toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva”. De igual manera, la Convención internacional sobre los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares en su artículo 44. 2 señala que “los Estados Partes tomarán las medidas que estimen apropiadas y entren en la esfera de su competencia para facilitar la reunión de los trabajadores migratorios con (...) sus hijos solteros menores de edad que estén a su cargo.”

Por ello, se debe asumir que en caso que exista la separación de un niño con su padre, ésta sólo debe ser de manera temporal, a menos que sea de acuerdo al interés superior del niño. Siendo que en esta situación el padre ya fue expulsado se debe analizar la manera en que se produzca la reunificación, en este sentido, se debe tener presente la posición humanitaria que ordena tomar el artículo 10 de la CDN. Es evidente que en caso de un niño o niña cuyo padre o madre (o ambos) ha sido expulsado, la decisión más humanitaria será que la reunificación familiar se produzca en el lugar donde el niño ha nacido y vivido sus primeros años y no en el país donde sus padres fueron expulsados⁴⁶.

Ahora también existe la posibilidad que el niño decida migrar al lugar donde sus padres han sido expulsados. En ese supuesto, el Estado deberá velar porque la decisión del niño sea de acuerdo con su interés superior y que las condiciones de vida del niño sean las adecuadas en dicho país. Se deberá coordinar la llegada del niño a dicho Estado y que sus familiares se encuentren en condiciones de recibirlo. Que la reunificación del niño con su familia se realice fuera de la jurisdicción del Estado donde se encuentra (ya sea porque es nacional de ese Estado y solo sus padres fueron expulsados o porque es un niño no acompañado o por cualquier otra razón) será excepcional y solo justificable por su voluntad y su interés superior.

IV. Obligaciones estatales en casos de custodia de niños por motivos migratorios

IV.1. Obligaciones que buscan prevenir la trata de niños y niñas

La trata de personas se encuentra regulada en el artículo 3 del Protocolo de Palermo, el cual establece que será “la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto,

⁴⁵ Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares artículo 22.4.

⁴⁶ OIM. International migration law No 15: Human rights of migrant children. Ginebra: Organización internacional para las migraciones. 2008. p. 48.

al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”.

De esta manera, la primera obligación que todo Estado debe cumplir es mantener una regulación adecuada que tipifique y castigue el delito de trata, esta obligación está relacionada, con el deber de implementación del artículo 2 de la CADH. Además, una vez que el menor ingrese a la jurisdicción del Estado receptor o de tránsito, con o sin sus padres, se adoptarán las medidas necesarias, dentro de las cuales se encuentran el identificarlos, la averiguación periódica de su paradero y campañas que informen a los niños y niñas, especialmente a los no acompañados, de los peligros de la trata, en un lenguaje que sea de fácil acceso y con un enfoque de género⁴⁷.

Por otro lado, según el artículo 7 del Protocolo de Palermo los Estados podrán tomar las medidas que consideren pertinentes para que las víctimas de trata permanezcan de manera temporal o permanente en su territorio. En base a esto, los Estados deben tener especial atención a los niños migrantes que podrían ser víctimas de trata, siendo que aquellos que corran riesgo de ser víctimas de trata en su país de origen o desde el cual han llegado no podrán ser devueltos⁴⁸. En el caso de niños víctimas de trata que se encuentren como solicitantes de asilo y que estén acompañados de sus padres, familiares o tutores legales, las autoridades tendrán que analizar la posible complicidad de los padres en dicha situación⁴⁹.

IV.2. Acceso a la educación

Los niños por su condición de tales tienen el derecho específico del acceso a la educación tal como está reconocido en el artículo 28 de la CDN. La Corte Interamericana ha reconocido la importancia de este derecho, en base a una interpretación del artículo 4 de la CADH desde una perspectiva de vida digna para los niños, puesto que, “favorece la posibilidad de gozar de una vida digna y contribuye a prevenir situaciones desfavorables para el menor y la propia sociedad”⁵⁰. Además, ha reconocido su obligatoriedad al sostener que “los Estados tienen el deber de garantizar la accesibilidad a educación básica gratuita y la sostenibilidad de la misma”⁵¹.

La Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares también ha regulado la obligatoriedad de la educación para todos los hijos de los trabajadores migratorios, en condiciones de igualdad de trato con los nacionales de dicho Estado⁵². Por otro lado, tanto la CIDH⁵³ como el Comité de Derechos del

⁴⁷ Comité de derechos del niño. Observación General No 6. párr. 52.

⁴⁸ Ídem. párr. 53.

⁴⁹ ACNUR. Directrices de protección internacional. Solicitudes de asilo bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de Refugiados. párr. 28.

⁵⁰ Corte IDH. Opinión Consultiva No 18. párr. 84

⁵¹ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214. párr. 211.

⁵² Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares artículo 30.

⁵³ CIDH. Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: Detenciones y debido proceso. Washington: 2010. párr. 450.

Niño han establecido esta obligación prioritariamente para los menores no acompañados⁵⁴. Sin embargo, de acuerdo al principio de no discriminación y siendo una obligación general para con los niños, debería extenderse a todos los niños migrantes, sin importar que sean o no acompañados.

Los niños deberán ser inscritos ante las autoridades educativas competentes y se deberá tener especial preocupación en los requerimientos que por su condición se consideren necesarios. Ello significa que los niños con discapacidad deberán recibir los ajustes razonables que sean necesarios para asegurar su acceso a la educación tal como lo estipula el artículo 24.2 (a) de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. La educación respetará la identidad cultural del niño e intentará cultivar su lengua materna. Asimismo, debe darse para todo niño sin importar su edad y expedirá certificados que comprueben la educación recibida⁵⁵.

IV.3. Entorno adecuado, vida y salud.

Como ya se mencionó en el caso de la educación y de los niños no acompañados, los niños migrantes en conjunto también tienen el derecho de tener una vida en condiciones dignas, lo cual incluye la interpretación de determinados derechos para su desarrollo, dentro de los cuales se encuentran la salud y de un entorno adecuado.

Los Estados tienen la obligación de otorgar ayuda médica urgente para cuidar su vida o daños irreparables a la salud⁵⁶, así como el acceso a los servicios de salud de los trabajadores migrantes y sus familias⁵⁷. Además, en el caso específico de los niños migrantes tienen la obligación de garantizar el nivel más alto posible de salud y servicios para el tratamiento de enfermedades de acuerdo a lo establecido en los artículos 23, 24 y 39 de la CDN⁵⁸. La Corte IDH ha señalado que los Estados tienen la responsabilidad de que los niños no sufran desnutrición u otras enfermedades, así como que debe garantizarles el acceso a la salud⁵⁹.

Además, la Corte Interamericana también ha señalado que los Estados no pueden ser ajenos al entorno en que los niños se desarrollan⁶⁰. Siendo así, los Estados deben garantizar un ambiente adecuado para el desarrollo de los niños migrantes lo cual debe incluir “asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda”⁶¹.

V. Garantías de protección del derecho a la libertad personal de los niños migrantes

V.1 Medidas de protección de derechos que deberían disponerse de manera prioritaria y que no implican restricciones a la libertad personal

⁵⁴ Comité de derechos del niño. Observación General No 6. párrs. 41-43.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares artículo 28.

⁵⁷ Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares artículo 43.

⁵⁸ LIWSKI, Norberto. *Óp. cit* p. 7.

⁵⁹ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. *Óp. cit*. párrs. 103-108.

⁶⁰ Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares. Sentencia de 11 de Septiembre de 1997. Serie C No. 32. párr. 191

⁶¹ Comité de derechos del niño. Observación General No 6. párr. 44.

La CIDH ha señalado que “el estándar sobre la excepcionalidad de la privación de libertad debe considerarse aún más elevado debido a que las infracciones migratorias no deben tener un carácter penal”⁶². Por su parte, la Corte IDH ha señalado que los migrantes no pueden permanecer en establecimientos que sean para personas que han cometido actos delictivos⁶³.

La excepcionalidad de la privación de libertad de los niños también ha sido señalada en el artículo 37(c) de la CDN y por las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad. Además, la Corte IDH ha señalado que la privación de libertad en el caso de los niños debe ser una acción de última ratio⁶⁴. Por ello, se corrobora que los niños migrantes gozan de una doble protección frente a la cual su detención es absolutamente excepcional.

Además, los niños y niñas migrantes tienen un mayor grado de protección en el caso de los niños no acompañados o separados de su familia, siendo así la excepcionalidad de la privación de libertad ha sido desarrollada de manera aún más extensa. El artículo 20 de la CDN dispone que los Estados tienen la obligación especial de protección y asistencia ante los niños que se encuentren temporal o permanentemente privados de su medio familiar. Por ello, frente a niños no acompañados el Estado tienen la obligación de darles alojamiento adecuado que podrá significar la adopción en una familia, el establecerlos en hogares de guarda o de ser necesario en instituciones adecuadas para menores⁶⁵.

El niño y niña migrante debe gozar de ciertas medidas de protección cuando se encuentre en los alojamientos reservados para ellos en el Estado receptor o de tránsito. De esta manera, el cambio de residencia solo se podrá realizar de acuerdo al interés superior del niño, se mantendrá juntos a los hermanos, de tener parientes en el país receptor o de tránsito se le permitirá estar con ellos, se mantendrá exámenes periódicos sobre su salud física y psicológica, se los mantendrá informados y se escuchará en todo momento la opinión sobre los hechos que suceden⁶⁶.

Los Estados deben estar conscientes de los graves daños psicológicos que significa para el niño la restricción de su libertad, siendo así se deberá primar el otorgamiento de padres adoptivos por sobre colocarlos en centros cerrados, menos aun si comparten espacios con adultos, al menos que sea en beneficio de su interés superior⁶⁷. Se debe tener presente que muchos niños migrantes pueden ser víctimas de abuso en sus familias, víctimas de conflictos armados o de trata de personas, por lo que deberán seguirse las directrices del artículo 39 de la CDN como la recuperación física o psicológica, y no las directrices de protección frente a la comisión de crímenes reguladas en artículo 40 del mismo tratado⁶⁸.

La excepcionalidad de la privación de libertad se encuentra también regulada para casos de niños que han violado normas penales, siendo que al migrar irregularmente no se viola normas de ese carácter, no se puede pensar en ellos como infractores merecedores de la privación

⁶² CIDH. Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: Detenciones y debido proceso. Washington: 2010. párr. 38.

⁶³ Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Óp. Cit. párr. 210.

⁶⁴ Corte IDH. Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100. párr. 135.

⁶⁵ Comité de derechos del niño. Observación General No 6. párr. 40.

⁶⁶ Ídem.

⁶⁷ TEDH. Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga V. Bélgica. Sentencia de 12 de enero de 2007. párrs. 83 y 103.

⁶⁸ OIM. International migration law No 15: Human rights of migrant children. Óp. Cit. p. 33

excepcional de su libertad. De esta manera, centrándose en la posición que el niño migrante es por sobre todo una víctima y no un infractor, será más sencillo entender el razonamiento desde una perspectiva de derechos humanos aquí planteado. Solo en caso que el niño o niña migrante haya quebrado normas penales, y aún en esa situación teniendo presente la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra al ser niño migrante, podría ser privado de libertad como una decisión de ultima ratio cuando dicha opción se encuentre regulada por una ley anterior.

Por otro lado, en caso que el niño se encuentre acompañado de su padre o madre (o ambos), la privación de libertad también reviste de un carácter absolutamente excepcional. Se debe traer a colación, así como en el caso de la expulsión, que la situación de migrante irregular del padre o madre irregular no puede conllevar a una privación de la libertad del niño, aunque sea temporal. La defensa de la unidad familiar no puede ser un fundamento para privar de libertad al niño, por el contrario en caso que exista un niño en la familia debe ser motivo suficiente para que todos los miembros de esta puedan vivir en libertad y con las comodidades que un niño requiere durante el periodo que se decide la situación migratoria de la familia⁶⁹.

Los Estados tienen la obligación de implementar estos estándares en defensa de la libertad de los niños y niñas migrantes, legislar los casos excepcionales en los que podría un niño ser privado de libertad ante la violación grave de una norma penal y principalmente, diseñar medidas alternativas a la privación de libertad. Algunas opciones ya han sido señaladas anteriormente como que los niños no acompañados sean dados en adopción o entregados a parientes cercanos, que sean llevados a albergues o instituciones para el cuidado de niños. Por su parte, los niños que se encuentren en compañía de sus padres podrán ser llevados junto con sus familias a centros para migrantes que no sean cerrados, manteniéndose para ellos un régimen de caución frente a la autoridad competente o la fijación de medidas para asegurar la presencia de las personas migrantes en las etapas de los procesos ligados a solucionar su condición⁷⁰. Finalmente, debe reiterarse que en todo proceso que vaya a resolver cualquier tipo de medida sobre el futuro del niño migrante deben seguirse los estándares del debido proceso y acceso a la justicia señalados con anterioridad.

V.2 Garantías ante medidas que impliquen privación de la libertad de niños en el marco de procedimientos migratorios.

En América Latina y el Caribe existen varios países cuyas legislaciones no solo criminalizan la inmigración irregular, sino que además no eximen de estas penas a los niños⁷¹. Por ello, a pesar que la privación de libertad de niños no es conforme al Derecho internacional de los derechos humanos se deben desarrollar ciertas medidas para que en caso que suceda, se respeten las garantías del debido proceso y por sobre todo se dé la liberación del niño migrante.

En primer lugar, toda medida de privación de libertad para los niños debe ser el último recurso y otorgada por el menor tiempo posible⁷². Debe ser otorgada por una ley anterior y por un juez

⁶⁹ Asamblea General de las Naciones Unidas. Informe del relator sobre los derechos humanos de los migrantes. Misión a los Estados Unidos de América. Resolución A/HRC/7/12/Add.2. 5 de marzo de 2008. párr. 125

⁷⁰ UNICEF. Óp. cit. p. 23.

⁷¹ UNICEF. Óp. Cit. p. 20.

⁷² Asamblea General de las Naciones Unidas. Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (Reglas de La Habana). Resolución No. 45/113. 14 de diciembre de 1990. Regla 2.

competente⁷³. La ley debe estar dirigida específicamente para el caso de niños⁷⁴ y deben existir juzgados o entes administrativos especializados en determinar la privación temporal de la libertad del menor.

En caso que exista cualquier tipo de privación de libertad los familiares directos, de preferencia padre o madre, deberán ser notificados de la medida⁷⁵. Según la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares la asistencia consular es un derecho de todo migrante⁷⁶ y lo será también en el caso del niño migrante, tal como ha sido mencionado en el apartado de debido proceso. Además, la asistencia consular, al igual que todas las garantías del debido proceso, se reviste de especial importancia en caso que se prive de libertad a grupos en situación de vulnerabilidad como es el caso de los niños o niñas migrantes.

De igual manera, en caso que suceda la privación de libertad el lugar de detención deberá seguir los estándares requeridos para que los niños y niñas puedan desarrollarse de manera adecuada y separados de los adultos, al menos que sea contrario a su interés superior. Deberán ser lugares seguros, higiénicos, con personal capacitado para el trato a menores, con lugares donde puedan realizar sus prácticas religiosas y con personal que vigile que no se produzca cualquier tipo de atentado contra su libertad sexual⁷⁷.

En todo momento debe resaltarse que el menor no ha cometido ninguna falta punible y el trato debe ser de acuerdo a ello. Además, no se les puede privar de educación, salud, servicios básicos, como alimentación y agua, y todas las obligaciones ya señaladas. Por sobre todo, debe recordarse que los niños migrantes no deben ser privados de libertad por solo razones de carácter migratorias. En ese sentido, el niño o niña migrante, acompañado o no, tiene el derecho al acceso a un recurso para que sea liberado lo antes posible. Dicho recurso debe ser inmediato y de corta duración, debe tenerse presente que cada instante que el niño se encuentra privado de su libertad se está afectando de manera grave su integridad física y psicológica lo cual puede devenir en tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes⁷⁸.

VI. Conclusión.

El trabajo ha buscado presentar algunos de los problemas que afrontan los niños migrantes y cómo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha respondido frente a estos. Al respecto, es esencial entender la doble situación de vulnerabilidad del niño migrante y comprender que, por ello, se debe reinterpretar muchos de los derechos ya regulados en diferentes tratados de derechos humanos. La migración no debe ser entendida solo como un problema de seguridad de los Estados, por el contrario, el enfoque debe centrarse desde un punto de vista humanitario. Bajo esta perspectiva, son los niños los que deben tener una mayor protección por parte de los Estados, por lo que es su obligación tomar medidas que en todo momento estén guiadas por su interés superior.

⁷³ Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares artículo 16.4.

⁷⁴ Asamblea General de las Naciones Unidas. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing). Resolución No. 40/33. 29 de noviembre de 1985. Regla 2.3.

⁷⁵ Ídem. Regla 22.

⁷⁶ Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares artículo 16.7.

⁷⁷ Ídem. Reglas 31 al 37.

⁷⁸ TEDH. Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga V. Bélgica. Sentencia de 12 de enero de 2007. párr. 58.

Bibliografía.

ACNUR. Directrices de protección internacional. Solicitudes de asilo bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de Refugiados.

Asamblea General de las Naciones Unidas. Informe del relator sobre los derechos humanos de los migrantes. Misión a los Estados Unidos de América. Resolución A/HRC/7/12/Add.2. 5 de marzo de 2008.

CIDH. Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: Detenciones y debido proceso. Washington: 2010

Comité de derechos del niño. Observación General No 6.

Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares. Sentencia de 11 de Septiembre de 1997. Serie C No. 32

Corte IDH. Opinión Consultiva No 18. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. 17 de setiembre de 2003.

Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71.

Corte IDH. Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100.

Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.

Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214.

Corte IDH. Caso Vélez Loo Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218.

Corte IDH. Caso Atala Riffo e hijas Vs. Chile. Resolución de 29 de noviembre de 2011. Participación de las niñas.

LIWSKI, Norberto. Migraciones de niños, niñas y adolescentes bajo el enfoque de derechos. Washington DC: Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes.

OIM. International migration law No 15: Human rights of migrant children. Ginebra: Organización internacional para las migraciones. 2008.

OIM. Migración irregular y flujos migratorios mixtos: Enfoque de la OIM. 19 de octubre de 2009.

OIM. Informe sobre las migraciones en el mundo. Ginebra: Organización Mundial para las Migraciones. 2011.

SALMÓN, Elizabeth. *Los derechos de los niños y las niñas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estándares en torno a su protección y promoción*. Lima: Cooperación Alemana al Desarrollo GTZ, 2010

SERRA, María Laura. La migración y los derechos del niño. *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja"* - Año V, Número Especial, 2011. Argentina.

TEDH. Caso Boultif V. Suiza. Sentencia de 2 de agosto de 2001.

TEDH. Caso de Siliadin V. Francia. Sentencia de 26 de julio de 2005.

TEDH. Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga V. Bélgica. Sentencia de 12 de enero de 2007.

TEDH. Caso de Darren Omoregie y otros V. Noruega. Sentencia de 31 de julio de 2008.

TEDH. Caso A.W. Khan V. Reino Unido. Sentencia de 12 enero de 2010.

TEDH. Caso de Geleri V. Rumania. Sentencia de 15 de febrero de 2011.

TEDH. Caso Alim V. Rusia. Sentencia de 27 de diciembre de 2011.

UNICEF. Estudio sobre los estándares jurídicos básicos aplicables a niños y niñas migrantes en situación migratoria irregular en América Latina y el Caribe. Argentina: Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Lanús. 2009.