



ESTUDIO SOBRE LOS ESTÁNDARES JURÍDICOS BÁSICOS APLICABLES A NIÑOS Y NIÑAS MIGRANTES EN SITUACIÓN MIGRATORIA IRREGULAR EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE

Estándares jurídicos básicos y líneas de acción para su protección

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LANUS,
CENTRO DE DERECHOS HUMANOS

Equipo de investigación:

Víctor Abramovich - Dirección
Pablo Ceriani Cernadas - Coordinación
Leonardo Franco - Consultor Académico

Pablo Asa
Verónica Asurey
María Capurro Robles
Edurne Cárdenas
Ricardo Fava
Carina A. Sobieray
Sabrina Vechionni
Magdalena Zold

ISBN: 978-92-806-4533-0

Lanús, Provincia de Buenos Aires, Febrero de 2009
(Actualizado en diciembre de 2009)

Fotos Portada
Gonzalo Bell, Republica Dominicana

Las opiniones y datos incluidos en la presente obra representan los puntos de vista de los autores y no reflejan necesariamente los puntos de vista del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF)

Esta investigación ha sido realizada en el marco del memorando de entendimiento celebrado en julio de 2008, entre la Oficina Regional de UNICEF para América Latina y el Caribe (UNICEF TACRO) y la Universidad Nacional de Lanús (UNLa) para el desarrollo de un “Estudio sobre los estándares jurídicos básicos aplicables a niños y niñas migrantes en situación irregular y algunas líneas de acción para su protección”

INDICE

Siglas y abreviaturas

Presentación

Capítulo 1- Detención de niños y niñas migrantes

1. Introducción
2. La privación de la libertad de niños migrantes: el principio de no criminalización, las medidas alternativas y las causas y requisitos para disponer una detención
 - 2.1 Criminalización de la migración irregular
 - 2.2 La obligación de adoptar medidas alternativas a la detención de niños migrantes
 - 2.3 Causas, condiciones y límites para disponer la detención de niños migrantes
3. Privación de libertad de niños y niñas migrantes y garantías de debido proceso
4. Lugares, plazo y condiciones de detención de niños y niñas migrantes

Capítulo 2- Políticas migratorias, garantías de debido proceso y el derecho a la vida familiar de niños y niñas migrantes e hijos e hijas de migrantes

1. Introducción
2. El principio de no expulsión de niñas/as migrantes como sanción
3. Procedimientos migratorios y garantías de debido proceso
 - 3.1 El derecho a expresarse a y a ser oído. El derecho a un intérprete
 - 3.2 El derecho a la asistencia jurídica gratuita
 - 3.3 El derecho a un recurso efectivo y el acceso a la justicia
 - 3.4 El derecho a la asistencia consular
 - 3.5 Debido proceso, prohibición de expulsiones colectivas y principio de no devolución
 - 3.6 Los niños y niñas no acompañados y el debido proceso: la importancia de la designación oportuna de un tutor y un representante legal
4. El derecho a la vida familiar en procesos de expulsión y de reagrupación familiar
 - 4.1 El derecho a la vida familiar del niño/a en caso de disponerse la expulsión de sus padres
 - 4.2 El derecho a la reagrupación familiar de niños y niñas migrantes
5. Procedimientos migratorios, obstáculos administrativos y discriminación

Capítulo 3- Derechos económicos, sociales y culturales de niños y niñas migrantes

1. Introducción
2. El acceso al derecho a la educación de niños y niñas migrantes
 - 2.1 Las garantías y restricciones para el acceso en condiciones de igualdad
 - 2.2 Restricciones económicas que impiden el acceso igualitario a la educación
 - 2.3 Xenofobia y racismo en el ámbito educativo: límites al ejercicio del derecho a la educación
3. El derecho a la salud de niños y niñas migrantes
 - 3.1 Garantías y restricciones en el acceso a la salud
 - 3.2 La atención sanitaria de las mujeres migrantes embarazadas y su impacto en los niños y niñas
 - 3.3 La salud como un impedimento para ingresar y residir en el país
4. Otras reflexiones relacionadas con el acceso a los derechos sociales de niños y niñas migrantes e hijos e hijas de migrantes
 - 4.1 El derecho a un nivel de vida adecuado. Los derechos sociales de los padres y las políticas de regularización migratoria
 - 4.2 La explotación laboral infantil y la trata y tráfico de niños y niñas migrantes
 - 4.3 Normas y mecanismos de control migratorio que afectan la realización de derechos sociales

Capítulo 4- La inscripción de nacimiento de hijos e hijas de migrantes. El impacto en sus derechos humanos

1. Introducción
2. El principio ius soli en América Latina y el Caribe
3. La negativa a inscribir el nacimiento de hijos de migrantes: su impacto en la vigencia de sus derechos fundamentales
 - 3.1 Control migratorio y no inscripción del nacimiento
 - 3.2 El problema de las personas que carecen de documentos en su país de origen
 - 3.3 Inscripción de nacimiento, nacionalidad e igualdad de género
 - 3.4 El derecho a la nacionalidad: los migrantes “en tránsito” y la no aplicación del principio ius soli
4. Otros derechos afectados por la falta de inscripción del nacimiento

Anexo: Normativa Migratoria en América Latina y el Caribe

Bibliografía

Siglas y abreviaturas utilizadas en este estudio

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (**ACNUR**)

Convención Americana sobre Derechos Humanos (**CADH**)

Convención sobre los Derechos del Niño (**CDN**)

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (**CIDH**)

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (**Comité DESC**)

Corte Interamericana de Derechos Humanos (**Corte IDH**)

Derecho Internacional de los Derechos Humanos (**DIDH**)

Organización Mundial de la Salud (**OMS**)

Organización de las Naciones Unidas (**ONU**)

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (**UNESCO**)

Organización Internacional del Trabajo (**OIT**)

Organización Internacional para las Migraciones (**OIM**)

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (**PIDESC**)

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (**PNUD**)

Unión Europea (**UE**)

Presentación

En América Latina y el Caribe, se estima que alrededor de 25 millones de personas han migrado hacia países de Norte América y Europa, y seis millones han migrado a otros países de la región¹. De ellas, una cantidad creciente, aunque todavía no cuantificada, son niños, niñas y adolescentes, algunos de los cuales migran junto a sus padres (o con uno de ellos) al tiempo que otros lo hacen en forma no acompañada o separada².

Sin embargo, los niños y niñas afectados de una u otra forma por la migración internacional representan un número significativamente más alto, ya que estas cifras no contabilizan, por ejemplo, a muchos hijos e hijas de migrantes, nacidos con posterioridad a la migración de sus padres, quienes adquieren la nacionalidad del país de destino en razón del principio *ius soli* que rige en prácticamente toda la región. Tampoco se incluye a muchos niños y niñas que permanecen en el país de origen cuando sus padres deciden migrar.

La cantidad de niños migrantes que se encuentran en situación irregular en la región es otro dato del que no se tiene certeza.

De acuerdo con la opinión de diversos organismos internacionales de derechos humanos, las personas migrantes en situación migratoria irregular, por un lado, y los niños y niñas, por otro, son grupos sociales que se encuentran generalmente en una condición de vulnerabilidad. Ambos colectivos requieren, por ello, una atención especial por parte de los Estados que deben procurar el respeto, la protección y la garantía de sus derechos fundamentales³.

En el caso de la niñez migrante sin estatus migratorio regular, el cuadro de vulnerabilidad se profundiza, como resultado de la combinación entre edad y condición migratoria, demandando una atención específica y adecuada por parte de los Estados (de origen, tránsito y destino de migrantes) y de otros actores implicados. La acción estatal, desarrollada fundamentalmente a través de las políticas migratorias, debería estar guiada por dos directrices principales: la garantía de los derechos fundamentales y un enfoque transversal de edad que tenga debidamente en cuenta los intereses, necesidades y derechos de los niños y niñas afectados por la migración.

No obstante, la acción estatal en relación con los niños y niñas migrantes, especialmente aquellos en situación migratoria irregular, no puede restringirse al ámbito de las políticas migratorias. Por el contrario, la particular situación de este colectivo debe ser considerada también por las políticas públicas de infancia, las cuales deben incluir medidas específicas destinadas a la protección de estos niños y niñas y a la promoción de su desarrollo.

Al analizar esta cuestión, los Estados de la región iberoamericana se han comprometido a promover “el fortalecimiento de los derechos humanos como un componente central de las políticas y prácticas migratorias de los países de origen, de tránsito y de destino, asegurando la protección de los derechos humanos de los migrantes en el marco del ordenamiento jurídico de cada Estado, independientemente de su condición migratoria, y cualquiera que sea su nacionalidad, origen étnico, género o edad”⁴. En el mismo

sentido, los gobiernos sudamericanos, al reafirmar “la importancia de proteger y garantizar el pleno respeto de los derechos humanos de las personas migrantes y de sus familias, en particular mujeres y niños, independientemente de su condición migratoria”, declararon “su absoluta convicción de que el ser humano es el centro de las políticas y programas migratorios y, consecuentemente, se debe priorizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas migrantes”⁵.

Estas declaraciones se enmarcan en un contexto en el cual la migración, tanto a nivel global como en el espacio latinoamericano y caribeño, ha adquirido una creciente relevancia, ocupando progresivamente la agenda de los Estados, organismos internacionales (entre otros, UNICEF, PNUD, OIT), organizaciones de la sociedad civil, asociaciones de migrantes de la diáspora y familiares en el país de origen. En este marco, durante los últimos años, los Estados de América Latina y el Caribe han desarrollado diversos programas de acción y han hecho públicas numerosas opiniones sobre la temática, la mayoría de ellas referidas a la situación de las personas originarias de la región que han migrado hacia otras latitudes, fundamentalmente a Estados Unidos y algunos países de la Unión Europea. En 2008, esas manifestaciones han enfatizado la necesidad de un enfoque de derechos humanos en las políticas migratorias⁶.

En este escenario, resulta oportuno observar, por un lado, cuáles son los estándares, principios y

obligaciones concretas que los Estados deben cumplir en materia de derechos humanos de las personas migrantes. Y por el otro, en qué medida los Estados de América Latina y el Caribe han desarrollado estos compromisos en el marco de sus políticas y prácticas migratorias. Más específicamente, este estudio se propone desarrollar esas dos líneas de análisis en relación con los derechos fundamentales de los niños y niñas migrantes y de los hijos e hijas de padres que han migrado hacia otros países.

Un elemento central a considerar en este contexto -que por su trascendencia influenciará las diferentes instancias de nuestra indagación-, son los impactos de la irregularidad migratoria en un escenario marcado por procesos generales de exclusión social y de aumento de la movilidad internacional. En este sentido, se ha argumentado que mientras las causas de la irregularidad migratoria resultan tan numerosas como diverso es el fenómeno, las medidas de control migratorio en sí mismas no son suficientes para gestionar la migración irregular, siendo necesario un enfoque global e integral que incorpore respuestas más constructivas. Por ello, la protección de los derechos humanos de un grupo en situación tan vulnerable como los migrantes sin residencia regular, debe incluir el abordaje de la cuestión del mercado informal de trabajo, proveer más vías regulares para la migración de trabajadores y trabajadoras y contemplar seriamente la cuestión de las políticas de regularización migratoria⁷.

¹ 1 Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Migración internacional, derechos humanos y desarrollo, Santiago, agosto de 2006, p. 73. ² Según el Comité de los Derechos del Niño, los niños no acompañados son quienes se encuentran fuera de su país de origen y están “separados de ambos padres y otros parientes y no están al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumbe esa responsabilidad”; mientras que los niños separados serían los que están “separados de ambos padres o de sus tutores legales o habituales, pero no necesariamente de otros parientes”; Observación General No. 6 (2005), Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, CRC/GC/2005/6, del 1 de septiembre de 2005, párrs. 8-9. ³ Sobre la vulnerabilidad de la situación de las personas migrantes, véase, entre otros documentos, la Convención Internacional para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, preámbulo; y el Estudio del Grupo de Trabajo Intergubernamental de Expertos en los Derechos Humanos de los Migrantes, E/CN.4/AC.46/1998/5 noviembre de 1998.

⁴ 4 XVI Cumbre Iberoamericana, Compromiso de Montevideo sobre Migraciones y Desarrollo de los Jefes de Estado y de Gobierno de la Comunidad Iberoamericana, Montevideo, diciembre de 2006, p. 25.g.

⁵ 5 VIII Conferencia Sudamericana de Migraciones, Declaración de Montevideo sobre Migración, Desarrollo y Derechos Humanos de las personas migrantes, del 19 de septiembre de 2008, preámbulo y párr. 1. De igual manera, todos los Estados, a través del Programa de Acción adoptado en la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y Formas Conexas de Intolerancia, se comprometieron a promover y proteger “cabal y efectivamente los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos los migrantes, de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y sus obligaciones en virtud de los instrumentos internacionales de derechos humanos, prescindiendo de la situación de inmigración de los migrantes” (Durban 8 de septiembre de 2001, párr. 26).

⁶ 6 Véase, por ejemplo, las siguientes reacciones críticas en la región al ser adoptada la Directiva de Retorno de Inmigrantes en situación irregular por parte del Parlamento Europeo: Organización de los Estados Americanos (OEA), Resolución del 26 de junio de 2008; Parlamento Centroamericano, Guatemala, del 30 de junio de 2008; Parlamento Latinoamericano, Santiago, del 4 de julio de 2008; Parlamento Andino, Decisión No. 1219, del 25 de junio de 2008; Unión de Naciones Sudamericanas, decisión del 4 de julio de 2008; MERCOSUR y Asociados, Declaración de Tucumán, del 1 de julio de 2008; Conferencia Sudamericana de Migraciones, Declaración de Montevideo sobre Migración, Desarrollo y Derechos Humanos de las personas migrantes, cit., párrs. 4-10.

⁷ 7 Global Migration Group, International Migration and Human Rights. Challenges and Opportunities on the Threshold of the 60th Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights, octubre de 2008, p. 43.

Estos desafíos demandan un examen de las políticas públicas existentes respecto de la migración irregular, y de los niños y niñas en esa circunstancia, desde un enfoque basado en los principios y obligaciones de derechos humanos. También instan a plantear lineamientos en relación con las medidas que más acabadamente cumplimentarían esos estándares. En este punto, es preciso recordar que la política migratoria, como ha destacado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “está constituida por todo acto, medida u omisión institucional (leyes, decretos, resoluciones, directrices, actos administrativos, etc.) que versa sobre la entrada, salida o permanencia de población nacional o extranjera dentro de su territorio”. Por ello, subraya la Corte que no basta con que la legislación de un país se adecue a la normativa internacional, sino que es preciso que los órganos o funcionarios estatales (a nivel ejecutivo, legislativo o judicial) ejerzan sus funciones y realicen o emitan sus actos, resoluciones y sentencias de manera efectivamente acorde con el derecho internacional aplicable⁸.

Ahora bien, en el marco del abanico de respuestas que los Estados (especialmente, de tránsito y destino de migrantes) dan usualmente frente a esta realidad, se encuentran situaciones como la privación de libertad, las medidas de expulsión del país, la denegación o restricción de derechos sociales de la que son objeto tanto adultos como niños, niñas y adolescentes, o ciertos obstáculos para la inscripción del nacimiento de los hijos e hijas de migrantes.

A lo largo de este estudio se abordarán las temáticas mencionadas. El primer capítulo estará dedicado a la cuestión de la privación de libertad de

niños y niñas migrantes en razón de la infracción a disposiciones migratorias relativas al ingreso y la permanencia en el país de destino. A continuación, se examinarán las garantías de debido proceso legal que deberían asegurarse a los niños y niñas en el marco de los procedimientos migratorios referidos a la entrada, residencia y expulsión de migrantes. Asimismo, se evaluará el impacto de estos procesos en el derecho a la vida familiar de los niños. El tercer capítulo analizará la situación de los derechos económicos, sociales y culturales de niños y niñas e hijos e hijas de migrantes, con un énfasis particular en los derechos a la salud y a la educación. La última sección tratará la inscripción del nacimiento y el derecho a un nombre y una nacionalidad por parte de los hijos e hijas de personas migrantes nacidos en el país de acogida.

Como hemos adelantado, estas temáticas serán examinadas a partir de los estándares internacionales de derechos humanos, para luego observar el marco jurídico y las prácticas concretas de los países de América Latina y el Caribe. A partir de este análisis, y luego de señalar las lagunas o vacíos más relevantes que hayan podido detectarse, se propondrán recomendaciones sobre las políticas públicas que los Estados podrían diseñar e implementar a efectos de ajustar su actuación a los criterios consensuados a través de los instrumentos internacionales de derechos humanos. También se indicarán algunas recomendaciones sobre posibles iniciativas y líneas de acción para las oficinas de UNICEF en la región.

En relación con los aspectos sustantivos que se presentarán en las páginas que siguen, es posible adelantar que los marcos normativos y operativos

de la gran mayoría de países de la región aún no han sido adecuados para atender eficaz y legítimamente el fenómeno de la migración de niños, niñas y adolescentes⁹. En este sentido, uno de los primeros hallazgos del presente estudio es la ausencia generalizada de normas, regulaciones o políticas públicas dirigidas específicamente a velar por los niños que son migrantes en otro país (de tránsito o destino), particularmente cuando se encuentran en condición migratoria irregular.

Es por ello factible afirmar que en América Latina y el Caribe, la conciliación entre la legislación y las prácticas que constituyen la política migratoria de los Estados, y los parámetros de la Convención sobre los Derechos del Niño, es una de las tareas pendientes en el proceso complejo, considerablemente lento en muchos casos, que ha supuesto la aplicación de ese instrumento internacional en los países de la región¹⁰.

La ausencia de una perspectiva particular —y transversal— en relación con los niños y niñas migrantes, de la que adolecen tanto la legislación como las políticas públicas, invisibiliza el impacto de la migración en la niñez y determina la falta de mecanismos jurídicos y operativos necesarios para la protección de sus derechos. Ello repercute también en cuestiones tales como la inexistencia de estadísticas adecuadas sobre el fenómeno de la niñez migrante y sobre la repercusión del proceso migratorio en los niños, la insuficiencia de los programas de capacitación en niñez y derechos humanos de los organismos encargados de las políticas migratorias, y la muy escasa aplicación de los estándares sobre derechos de niños y niñas en la legislación, las políticas de control migratorio o los planes de integración social de la población

inmigrante¹¹.

En razón de esta falta de distinción entre adultos y niños en el campo de las políticas migratorias, al momento de examinar los diferentes temas incluidos en este estudio, se hará alusión a numerosas situaciones que involucran, en general, a todas las personas migrantes.

En el análisis de la legislación vigente, por ejemplo, se advertirá que existen vastas y diversas lagunas en materia de aplicación de los estándares internacionales de derechos humanos, que afectan el reconocimiento y ejercicio de estos derechos por parte de las personas migrantes. Criterios como la nacionalidad o el estatus migratorio son usualmente invocados para denegar o restringir el acceso a sus derechos fundamentales. Resulta indudable que estas circunstancias repercuten de un modo particular y específico en los niños y niñas en función de su especial condición de vulnerabilidad.

Junto con las reformas pendientes en el ámbito normativo, se señalarán importantes problemas derivados de las prácticas y políticas implementadas por los Estados de la región para regular las condiciones de ingreso, residencia y, eventualmente, las causales de expulsión de la población migrante. Tal como ha señalado la Relatoría Especial de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre los Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, “en la región coexisten legislaciones bastante avanzadas de protección a los derechos fundamentales de los trabajadores migratorios y sus familias con violaciones sistemáticas y muy serias a los derechos fundamentales de este grupo”¹².

• 8 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, Condición Jurídica y Derechos De los Migrantes Indocumentados, del 17 de septiembre de 2003, párrs. 163 y 171.

• 9 Como subraya De Lucas, las políticas migratorias no sólo deben ser “eficaces”, sino también “legítimas” y ello implica el respeto y la garantía de los derechos fundamentales; De Lucas, Javier, “La inmigración, como res política”, en Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, No. 10, Valencia, 2004, p. 11.

• 10 Nos referimos a la paulatina reforma de las leyes y códigos de infancia y adolescencia en los países de la región, particularmente en cuestiones como: mecanismos de protección integral de la infancia, justicia penal juvenil, etc. Al respecto, véase UNICEF, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, La Convención sobre los Derechos del Niño quince años después. América Latina, Panamá, 2004.

• 11 La recientemente aprobada Ley de Migración y Extranjería de Costa Rica señala, entre los objetivos de la política migratoria, el de “Garantizar el cumplimiento de los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes migrantes, de conformidad con las convenciones internacionales en esta materia. Se tendrá especialmente en cuenta el interés superior de estas personas” (art. 6, publicada el 01/09/2009).

• 12 Relatoría de la CIDH sobre Trabajadores Migratorios y sus Familias en el Hemisferio, Segundo Informe de progreso, del 16 de abril de 2001, párr. 126.

No obstante la gravedad del diagnóstico que puede formularse en relación con algunas de las temáticas analizadas, es preciso reconocer también que, en los últimos años, diversos Estados de la región han efectuado importantes avances en cuanto al reconocimiento, la protección y la garantía de los derechos humanos de las personas migrantes, independientemente de su estatus migratorio. Las nuevas leyes migratorias de países como Argentina, Panamá y Uruguay evidencian un cambio sustancial en el enfoque de las políticas migratorias y el tratamiento que los Estados deben brindar a los y las migrantes, adultos y niños, que se encuentran bajo su jurisdicción. En el mismo sentido, la reforma constitucional realizada en Ecuador en septiembre de 2008, es otro paso digno de mención¹³. Como luego se indicará, estos cambios normativos requieren aun de otras medidas que incorporen un enfoque transversal de edad, a fin de garantizar los derechos y necesidades específicos de la niñez migrante.

En el ámbito de las prácticas y los programas adoptados por los países de la región, también pueden destacarse valiosas iniciativas dirigidas a asegurar los derechos de la población migrante. Entre ellas, cabe mencionar la creación del cuerpo de Oficiales de Protección a la Infancia (OPIs), en el marco del Instituto Nacional de Migración de México, diseñado con el apoyo de UNICEF y cuya función consiste en asegurar la protección integral de los derechos de la niñez migrante no acompañada en las fronteras norte y sur del país¹⁴. En igual sentido, los programas de regularización migratoria implementados en los últimos años por varios países de la región (entre ellos, Argentina, Brasil, Chile, México, cada uno con distinta

extensión), constituyen una medida relevante para la integración social de las personas migrantes en el Estado de destino y la garantía de sus derechos.

Como cierre de esta breve introducción, resulta oportuno destacar que, al examinar los estándares internacionales aplicables específicamente a los temas en cuestión, debe tenerse presente la necesidad de articular y complementar tales preceptos con otros principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos de carácter más general, que deben ser incorporados en todo análisis que se articule en un enfoque de derechos humanos. Ello incluye, entre otros:

1- el principio pro homine, que exige recurrir a la interpretación más favorable a la persona¹⁵;

2- el principio de no discriminación, que prohíbe la restricción irrazonable de derechos fundamentales con base en diversos factores, como podría ser la nacionalidad o la condición migratoria de la persona¹⁶;

3- la progresividad y el dinamismo de los derechos humanos, que demanda interpretar las normas de forma tal de enfrentar los desafíos presentes (en este caso, el fenómeno migratorio) con el objetivo de asegurar, progresivamente, la garantía de los derechos a todas las personas;

4- la obligación de proteger especialmente los derechos de los grupos que se encuentran en condición vulnerable, como los niños y niñas migrantes indocumentados;

5- el principio del “interés superior del niño”¹⁷, que debe ser una consideración primordial en cada medida que pueda afectarlo y exige una protección especial a sus derechos y su desarrollo;

6- y el principio de “protección integral del niño”¹⁸, que demanda un tratamiento centrado no sólo en los derechos de los niños sino también en la garantía efectiva e interdependiente de esos derechos.

En resumen, tomando en consideración estos principios elementales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el presente estudio aspira a dar cuenta de los pasos realizados, las tareas pendientes y los problemas más graves relativos a los derechos fundamentales de la niñez en el contexto de la migración internacional en los países de América Latina y el Caribe. La convicción que subyace a estas páginas es que las actuales restricciones y privaciones de derechos de las que son víctimas los niños y niñas migrantes en razón de su nacionalidad, su condición migratoria o la de sus padres, representan un desafío (y un deber) inaplazable para los países de la región¹⁹.

Metodología y fuentes utilizadas en la elaboración de este estudio.

En cuanto a la metodología de la investigación realizada para la elaboración de este estudio, cabe mencionar que los temas examinados han resultado del acuerdo celebrado entre la Oficina Regional de UNICEF para América Latina y el Caribe (UNICEF TACRO) y el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús (UNLa), en una reunión mantenida en la Ciudad de Buenos Aires en el mes de julio de 2008²⁰. Seguidamente, se conformó un equipo compuesto por investigadores especializados en el área de derechos humanos y políticas públicas, y particularmente en la aplicación de los estándares internacionales de derechos humanos en el ámbito de las políticas migratorias²¹.

Las primeras actividades de la investigación estuvieron dedicadas a identificar y sistematizar los estándares y principios internacionales de derechos humanos relativos a las temáticas seleccionadas (detención y expulsión de niños y niñas migrantes, garantías de debido proceso, derecho a la vida familiar y políticas de reunificación familiar, derechos sociales e inscripción del nacimiento de hijos e hijas de personas migrantes).

Una vez finalizada esa etapa, y tal como se había acordado, la UNLa, a través de UNICEF TACRO, efectuó un pedido de información a las oficinas de UNICEF ubicadas en los países de la región. Entre los meses de septiembre y noviembre de 2008, se recibieron respuestas de las oficinas de UNICEF correspondientes a los siguientes países: Argentina, Belice, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Guatemala, México, Panamá y República Dominicana.

A su vez, durante el transcurso de la investigación, representantes del equipo participaron en dos eventos internacionales en los cuales se concretaron diversos intercambios con personal de UNICEF y de otros organismos intergubernamentales, internacionales y de organizaciones de la sociedad civil. En el Seminario sobre Niñez y Migración organizado por las Oficinas de UNICEF de Ecuador y El Salvador, en la ciudad de San Salvador (del 9 al 11 de septiembre de 2008), se presentaron las líneas generales del proyecto de investigación y se realizó un taller de discusión con los participantes del encuentro, con el objetivo de recabar información, ideas y propuestas para el desarrollo del estudio. En la Conferencia Internacional sobre la Protección de los Niños y Niñas Migrantes, organizada por el

• 13 Entre los artículos de la nueva Constitución referidos a los derechos de las personas migrantes, cabe mencionar los siguientes: “artículo 9: Las personas extranjeras que se encuentren en el territorio ecuatoriano tendrán los mismos derechos y deberes que las ecuatorianas, de acuerdo con la Constitución”; “artículo 11.2: Nadie puede ser discriminado por razones de...condición migratoria...”; “artículo 40: Se reconoce a las personas el derecho a migrar. No se identificará ni se considerará a ningún ser humano como ilegal por su condición migratoria...”. Esta reforma ha dado lugar a un proceso que actualmente (finales de 2009) está dirigido a adoptar una nueva legislación migratoria en Ecuador.

• 14 Información proporcionada por la Oficina de UNICEF de México..

• 15 Respecto del principio pro homine, véase, entre otros, Henderson, H., “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine”, en Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos, No. 39, San José, enero-junio de 2004. • 16 Al respecto, ver Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, del 17 de septiembre de 2003. • 17 Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 3. • 18 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Instituto de Reeducación del Menor v. Paraguay, sentencia del 2 de septiembre de 2004, p. 147; Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva OC-17/02, del 28 de agosto de 2002, p. 54.

• 19 En relación con las restricciones a los derechos de los niños y niñas en virtud de la condición migratoria de sus padres, cabe adelantar, en palabras de la Corte Interamericana, que “el estatus migratorio de una persona no se transmite a sus hijos”; Corte IDH, caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, sentencia del 8 de septiembre de 2005, párr. 156.

• 20 Participaron de este encuentro: integrantes del Centro de Derechos Humanos de la UNLa y personal de UNICEF TACRO, y de las oficinas de UNICEF de Argentina, Bolivia, Ecuador, y de la Oficina Regional del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH). • 21 El equipo está integrado por: Víctor ABRAMOVICH (Director de la investigación, Abogado, LL.M. American University, Washington College of Law, International Legal Studies Program), Pablo CERIANI CERNADAS (Coordinador de la investigación, Abogado, Doctorando en Derechos Humanos y Políticas Migratorias, Universidad de Valencia), Verónica ASUREY (Abogada, Consultora de la Oficina Regional de la Organización Internacional para las Migraciones), Pablo ASA (Abogado, Coordinador de la Clínica Jurídica Derechos de Inmigrantes y Refugiados, UBA-CAREF-CELS), María CAPURRO ROBLES (Abogada, Doctoranda en Ciencias de la Comunicación, Universidad Autónoma de Barcelona), Ricardo FAVA (Antropólogo, Candidato a Magíster en Antropología Social, IDES), Carina SOBIERAY (Abogada), Sabrina VECHIONNI (Abogada) y Magdalena Zold (abogada). Edurne Cárdenas (abogada, investigadora del Centro de DDHH, UNLa) participó en la última actualización del estudio, realizada a fines de 2009.

Gobierno de México y la Oficina Regional del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (Ciudad de México, 31 de septiembre y 1 de octubre de 2008), se presentó un adelanto de la investigación, referido específicamente a la cuestión de la privación de libertad de niños y niñas migrantes en América Latina y el Caribe. En esta oportunidad también se mantuvieron reuniones con personal de UNICEF (México, especialmente) a efectos de reunir información y datos valiosos para la investigación.

Por otra parte, cabe señalar que la presentación de este estudio no constituye la etapa final del mismo. Tal como han acordado UNICEF TACRO y el Centro de Derechos Humanos de la UNLa, se han fijado otras instancias que podrán coadyuvar a cumplimentar este estudio contemplando nuevas perspectivas sobre las necesidades, realidades y desafíos existentes en los países de la región.



Foto: Geregely Siméyi

Detención de niños y niñas migrantes

1. Introducción

Las necesidades particulares de protección que tienen los niños y niñas migrantes, dada su situación de vulnerabilidad, se visibilizan con especial intensidad en ciertas circunstancias. Una de ellas es, sin dudas, la privación de la libertad dispuesta en razón de haber ingresado a otro país sin autorización o de encontrarse allí sin permiso de residencia o con éste vencido, tal como ha evidenciado un informe solicitado por el Parlamento Europeo²². En la actualidad, la detención de migrantes (adultos y niños) debido a la infracción de las normas migratorias constituye una problemática que suscita una profunda preocupación en diferentes ámbitos nacionales e internacionales. La afectación del derecho a la libertad de las personas migrantes ha llevado a la Asamblea General de Naciones Unidas a instar a los Estados “a adoptar medidas efectivas para poner fin a los arrestos y detenciones arbitrarios de migrantes y a tomar acción para prevenir y castigar cualquier forma de privación ilegal de la libertad de migrantes”²³.

Al examinar la problemática de la detención de

personas migrantes, corresponde dejar aclarado desde el comienzo que, sin perjuicio de la diferente terminología que cada país pueda utilizar para denominar esta situación (albergar, aprehender, asegurar, internar, retener, etc.), lo relevante está en sus implicaciones prácticas y su naturaleza jurídica. Es decir, si una persona está privada de su libertad, sin tener la posibilidad de entrar y salir libremente (o abandonar) el lugar donde ha sido alojada²⁴, entonces las circunstancias deben ser evaluadas con base en los principios, normas y estándares que rigen el derecho a la libertad personal²⁵.

En este marco, el presente capítulo aspira a cumplimentar los siguientes cuatro objetivos:

1. Señalar los estándares internacionales de derechos humanos más relevantes en relación con la privación de libertad de niños y niñas migrantes debido a su condición migratoria;
2. Reflexionar sobre las implicaciones de esos principios en términos de políticas públicas, es decir, en cuanto obligaciones positivas y negativas para los Estados;

3. Destacar algunas respuestas normativas y prácticas existentes en la región latinoamericana y caribeña, a través de las cuales es posible tener un panorama general sobre el grado de adecuación de estas políticas a los compromisos internacionales asumidos en los instrumentos de derechos humanos; y 4. Efectuar recomendaciones dirigidas principalmente a los Estados de la región, aunque también a otros actores, entre ellos UNICEF, cuando se considere oportuno.

Nos interesa especialmente analizar la cuestión de la detención de niños y niñas cuando ésta se encuentra asociada a su condición migratoria, es decir: en razón del ingreso a otro país de manera no autorizada; por encontrarse sin residencia, bien porque carecen de permiso o porque éste ha expirado; en el marco de procesos de identificación de personas migrantes sin documentación alguna; o cuando se dispone la privación de libertad hasta tanto se resuelve su estatus migratorio (normalmente, entre la opción de permitir su estancia en el país u ordenar su retorno al país de origen).

Un primer acercamiento al tema de la detención de estos niños y niñas migrantes en la región latinoamericana y caribeña nos permite identificar algunos de los problemas y desafíos más significativos que se enfrentan en esta materia, tal

como se describirá más adelante. Sin embargo, muchos de los inconvenientes, abusos y privación de derechos sufridos por las personas migrantes privadas de la libertad en los países del continente fueron advertidos hace ya casi una década por la Relatoría sobre Trabajadores Migrantes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos²⁶.

Como se destacó en la introducción de este estudio, un rasgo común en las políticas migratorias en la región es la omisión de un enfoque específico que tenga en cuenta las necesidades y derechos de los niños y niñas. En este escenario de ausencias políticas y normativas, se ubica el debate sobre la posibilidad (o no) de privar de libertad a niños y niñas en razón de su estatus migratorio, hayan migrado junto a sus padres o de manera no acompañada. Es decir, en la amplia mayoría de los países, tanto cuando se habilita por ley la detención de personas migrantes como cuando se lleva a la práctica sin sustento legal, no se prevén disposiciones, enfoques y tratamientos especiales para los casos de niños y niñas migrantes. Tampoco existen, en la generalidad de los casos, medidas alternativas a la detención, dirigidas específicamente a asegurar una protección integral de la infancia migrante.

²² Estudio The conditions in centres for third country national (detention camps, open centres as well as transit centres and transit zones) with a particular focus on provisions and facilities for persons with special needs in the 25 EU member states, elaborado por STEPS Consulting Social, por solicitud de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos Internos del Parlamento Europeo, Ref. IP/C/LIBE/JC/2006-181, Bruselas, 12/2007, pp. 29-35, 205-217.

²³ Asamblea General, Resolución 59/194, Protección de migrantes, 2005. En los mismos términos se expresó la (extinta) Comisión de Derechos Humanos, en la Decisión 2001/52 sobre Derechos humanos de los migrantes, E/CN.4/RES/2001/52, del 24 de abril de 2001, párr. 18. A su vez, el Comité sobre la Eliminación de la Discriminación Racial recomendó a los Estados “asegurar la seguridad de los no-ciudadanos, en particular con respecto a la detención arbitraria...” (CERD, Recomendación General XXX, Discriminación Contra No Nacionales, 2004).

²⁴ En este sentido, véase, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría de Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, Cuarto Informe de Progreso. Visita in loco a Guatemala, en Informe Anual 2002, párr. 376.

²⁵ Entre otros instrumentos internacionales, este derecho se encuentra consagrado en: Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 9); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 9); Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (art. 25); y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 7).

²⁶ CIDH, Relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias en el hemisferio, Segundo Informe de progreso, del 16 de abril de 2001, párrs. 101-119.

Esta situación no sólo puede constituir un escenario de incertidumbre en cuanto a la protección jurídica e integral de estos niños y niñas -marco que suele ser proclive a las propagación de decisiones discrecionales e incluso arbitrarias- sino que, además, puede determinar, como sucede en muchas ocasiones, que esos niños y niñas sean tratados de idéntica forma que a los adultos, con los perjuicios que ello acarrea para su desarrollo presente y futuro. En este sentido, por una parte, en diversos países la ausencia de preceptos legales dirigidos a proteger a los niños en estas circunstancias repercute en cuestiones como la detención de niños junto con personas adultas (migrantes, pero también, en ciertos casos, personas acusadas y/o condenadas por la comisión de delitos penales), la no prestación de asistencia jurídica gratuita y la falta de garantías procesales adecuadas a su edad en el marco de las cuales puedan defender sus derechos, o la inexistencia de políticas públicas que aseguren el ejercicio de derechos como la educación, la salud, la vida familiar o la recreación, en el contexto de detención por razones migratorias.

Al existir un tratamiento indiferenciado entre migrantes adultos y niños en la mayoría de los Estados de la región, será necesario analizar algunas problemáticas relativas a la privación de la libertad de migrantes en situación migratoria irregular en general. En este sentido, como observaremos en detalle, mientras que algunos países prevén la detención de migrantes (sin perjuicio de su edad) como sanción penal por infringir la legislación migratoria, en otros se dispone la detención administrativa como medida cautelar en el marco de procedimientos migratorios, sin ofrecer medidas alternativas a la detención, las cuales deberían aplicarse prioritariamente. A su vez, en muchos casos esta detención de niños y adultos

migrantes se impone (con base legal o de facto) en virtud de la condición migratoria de la persona, sin necesidad de alegar otros motivos o causas para justificar la medida.

En cuanto al procedimiento ligado a la detención de adultos y niños migrantes, nos encontramos con importantes carencias respecto de la autoridad competente para dictar y ejecutar esa decisión, particularmente debido a la falta de intervención del poder judicial, la no estipulación de plazos máximos de detención y la ausencia de garantías elementales del debido proceso.

Al mismo tiempo, en numerosas ocasiones, niños y adultos migrantes son alojados en centros carcelarios o comisarías policiales. Estas dependencias, por un lado, no han sido destinadas a guarecer a personas acusadas de cometer infracciones migratorias, y por otro, no se adecuan a las necesidades y derechos de los niños y niñas. Por otra parte, en diversos países en que existen centros especialmente creados (o acondicionados) para la retención de migrantes, éstos presentan una lógica de funcionamiento que en poco, o nada, se distingue de un régimen penitenciario, lo que incide en la criminalización y estigmatización de la población migrante sin residencia, repercutiendo de forma particularmente negativa y perjudicial en la niñez.

En este contexto, nuestra indagación sobre los estándares, las políticas públicas y la situación regional relativa a la detención de niños y niñas migrantes, se articulará en torno a tres temáticas concretas en función de las cuales se estructura el presente capítulo. En primer lugar, las implicaciones del principio de no detención de migrantes como sanción por su condición migratoria, las medidas alternativas que debieran

constituir la respuesta estatal prioritaria y las causas absolutamente excepcionales que justificarían la detención de niños y niñas migrantes. En segundo término, las garantías de debido proceso que deben regir en el marco de toda medida que suponga esta restricción al derecho a la libertad personal. Por último, las características y requisitos que debieran cumplimentar los espacios de alojamiento de niños y niñas migrantes, y las condiciones y derechos que deben asegurarse en este contexto.

2. La privación de la libertad de niños y niñas migrantes: el principio de no criminalización, las medidas alternativas, y las causas y requisitos para disponer una detención

2.1. Criminalización de la migración irregular

Entre las diferentes respuestas que los Estados diseñan o implementan a fin de gestionar la inmigración irregular, se encuentra la opción de recurrir a la detención o privación temporal de su libertad ambulatoria a las personas extranjeras que no cuentan con un permiso de ingreso o residencia en el país²⁷. En estas circunstancias, y desde un enfoque basado en los estándares internacionales de derechos humanos, es preciso subrayar en primer lugar que la detención de migrantes (adultos o niños) no debería constituir un castigo por la entrada irregular al territorio de otro Estado, o bien

por la carencia o el vencimiento de la autorización para residir allí. En este sentido, ha sido subrayado por los organismos especializados que la detención administrativa de migrantes nunca debe tener carácter punitivo²⁸.

La interdicción de respuestas de tipo punitivo a la irregularidad migratoria (en el ingreso o la permanencia) está especialmente enfocada en evitar que los Estados sancionen con penas privativas de la libertad infracciones de esa naturaleza, es decir, impedir la penalización de meras infracciones administrativas²⁹. Al respecto, el Comité de Naciones Unidas para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, al examinar disposiciones que establecen la privación de la libertad por infringir la regulación relativa al ingreso a un país, ha recomendado que, a fin de ajustar la legislación a la Convención y otros instrumentos internacionales, se debe eliminar “como delito penado con privación de libertad la entrada irregular de una persona [al] territorio [de otro Estado]”³⁰. En el mismo sentido, todos los Estados del ámbito iberoamericano han afirmado unánimemente que en tanto “migrar no es un delito, [...] los Estados no desarrollarán políticas orientadas a criminalizar al migrante”³¹. También a nivel sudamericano se ha decidido “rechazar enfáticamente la criminalización de la irregularidad migratoria y su posible tratamiento como un hecho punible desde el derecho penal”³².

²⁷ Sin perjuicio del término formal que cada Estado otorgue a la detención de personas migrantes en razón de su estatus migratorio (detención, aprehensión cautelar, aseguramiento, retención, etc.), en cualquier caso estamos ante una situación que supone una privación de la libertad, y como tal requiere ser observada a través de los estándares internacionales referidos al derecho a la libertad personal y los derechos conexos a éste. Por ello, usaremos indistintamente diferente terminología, sin que por ello varíe la naturaleza jurídica del hecho y, consecuentemente, sus implicaciones.

²⁸ Informe de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos de Migrantes, Gabriela Rodríguez Pizarro, E/CN.4/2003/85, párrs. 43 y 73. Véanse también, Informe del Relator Especial sobre Derechos Humanos de Migrantes, Jorge Bustamante, A/HRC/7/12, 25 de febrero de 2008, párrs. 15, 19, 42 y 43; Informe del Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria, A/HRC/7/4, del 10 de enero de 2008, párrs. 41-54.

²⁹ Según el Global Migration Group, constituido por UNICEF, PNUD, UNESCO, ACNUR y otras agencias internacionales, es importante que la irregularidad migratoria sólo sea vista como una infracción administrativa y no de índole criminal (GMG, International Migration and Human Rights. Challenges and Opportunities on the Threshold of the 60th Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights, octubre de 2008, pp. 72, 73).

³⁰ Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, Observaciones Finales, México, CMW/C/MEX/CO/01, del 8 de diciembre de 2006, párr. 15. La Convención a la que se hace referencia es la Convención sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias.

³¹ Compromiso de Montevideo sobre Migración y Desarrollo de los Jefes de Estado y de Gobierno de la Comunidad Iberoamericana de Naciones, XVI Cumbre Iberoamericana, Montevideo, 5 de noviembre de 2006, párr. 17.

³² Declaración de Asunción, VI Conferencia Sudamericana de Migraciones, 4 y 5 de mayo de 2006, párr. 3.b.

De estas posiciones se deriva una precisa obligación negativa para los Estados: la prohibición de imponer penas de prisión a personas migrantes como sanción a una infracción a las regulaciones acerca del ingreso y la permanencia en el territorio. De hecho, la nítida posición de los Estados de la región sobre esta cuestión, reforzada por los estándares fijados por diversos organismos internacionales de protección de derechos humanos, habilita a hablar de un *principio de no criminalización de la migración irregular*.

La irregularidad migratoria, esto es, la entrada al país sin cumplir con las condiciones exigidas en la legislación, o la circunstancia de encontrarse dentro de un país sin autorización de residencia (o con ésta vencida), no puede dar lugar a la iniciación de un proceso que pueda determinar la detención de una persona como pena en razón de alguna de esas conductas. Mucho menos en el caso de niños y niñas migrantes. En los Estados que tienen en su ordenamiento jurídico disposiciones de esa naturaleza, esta prohibición supone el deber de reformar la normativa con el objetivo de eliminar cualquier clase de sanción privativa de la libertad con base en infracciones administrativas en el ámbito migratorio.

La penalización de infracciones migratorias, por otra parte, contribuye a fomentar una incorrecta asociación entre migrantes en situación irregular y delincuencia, lo cual puede repercutir en, por un lado, el surgimiento o incremento de opiniones y acciones xenófobas contra la población migrante de una sociedad, y por el otro, el intento de legitimación de normas y prácticas restrictivas a sus

derechos fundamentales.

Ahora bien, aún cuando los estándares internacionales no autorizan la detención como sanción de las personas migrantes en situación irregular o por ingreso no permitido, al examinar la legislación migratoria vigente en los países de la región de América Latina y el Caribe, es posible identificar diversos casos en los que se establecen sanciones punitivas (privativas de la libertad) en tales circunstancias, sin que alguna de ellas, a su vez, exceptúe a niños o niñas de esos castigos.

En este sentido, en algunos Estados la normativa fija penas de prisión por ciertas conductas como las siguientes: el ingreso a un país de manera irregular o “clandestinamente”, la entrada por lugares no habilitados o mientras está vigente una prohibición de reingresar, la circunstancia de que una persona se encuadre en uno de los “impedimentos de ingreso” establecidos en la ley³³, la permanencia en un país sin autorización de residencia o con ésta vencida, etc. En la mayoría de estos casos, al cumplimiento de la pena impuesta le sigue la ejecución de una medida de expulsión. Algunas de las leyes en vigor en la región sobre este aspecto establecen:

- Penas de “presidio” de 61 días a 10 años por ingreso irregular, por pasos no autorizados o bien con una prohibición de reingreso o un impedimento;³⁴
- Sanción de tres meses a dos años de penitenciaría a las personas migrantes expulsadas que reingresan sin el permiso correspondiente;³⁵
- Prisión por un plazo de hasta 6 o 12 meses por ingreso al país de manera contraria al fijado en la

ley;³⁶

- Penas de hasta 2 años de prisión por ingresar al país siendo un “inmigrante prohibido” o incumplimiento de las condiciones del permiso de residencia³⁷; o de hasta 3 años por diversas ofensas a la normativa migratoria (como ingreso irregular)³⁸;
- Arresto de hasta treinta días por ingreso al país en violación de la normativa migratoria.³⁹

Por otra parte, cabe mencionar que recientemente algunos países de la región han reformado su marco normativo, derogando disposiciones que imponían penas de hasta 10 años por reingreso luego de una expulsión, o de 2 años por ingreso irregular⁴⁰, o sanciones de 2 años en establecimientos carcelarios por no cumplir una

orden de deportación⁴¹. En ambos casos las sanciones fueron reemplazadas por otro tipo de medidas no privativas de la libertad. Finalmente, cabe señalar que en ninguna de las legislaciones de la región que establecen la privación de libertad como sanción a conductas como las mencionadas, existe cláusula alguna que exima de dicha penalidad, o la restrinja, cuando las personas involucradas son niños o niñas migrantes.

En este contexto, por lo tanto, es oportuno efectuar algunas recomendaciones a los Estados de la región, a fin de ajustar la regulación de la migración a los estándares internacionales de derechos humanos.

Recomendaciones sobre la no criminalización de las infracciones migratorias

- Los Estados deben efectuar de manera urgente las reformas normativas pertinentes con el fin de eliminar cualquier clase de sanción privativa de libertad a infracciones de disposiciones relativas al ingreso o permanencia de migrantes en el territorio.
- Hasta tanto se hagan efectivas esas reformas, los Estados deberían adoptar las medidas pertinentes para suspender la ejecución de penas de esta naturaleza. Se debe asegurar que dichas sanciones no se apliquen, en modo alguno, a niños y niñas migrantes.
- Los Estados deberían diseñar e implementar, con participación de organizaciones sociales y organismos especializados, estrategias de comunicación y capacitación dirigidas a evitar la asociación entre migración irregular y delincuencia.
- Incluir estas medidas en el plan contra la discriminación asumido por cada Estado en la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y formas conexas de Intolerancia (Durban, 2001) y evaluada en Ginebra en el 2009.
- En relación con las oficinas de UNICEF en la región, velar por la derogación efectiva de esta clase de normas y, en particular, por su no aplicación a niños y niñas.
- UNICEF podría desarrollar, junto a otras instituciones implicadas, campañas destinadas a evitar cualquier tipo de asociación entre la inmigración irregular -en particular, de niños y niñas- y criminalidad.

33 Sobre estos impedimentos, y particularmente sobre ciertas causales arbitrarias y discriminatorias establecidas en la normativa de diversos países de la región, ver en el siguiente capítulo de este estudio el acápite titulado “procedimientos migratorios y discriminación”.

34 Chile, Decreto Ley 1094 (Normas sobre Extranjeros en Chile), del 14 de julio de 1975, artículos 69 y 87

• 35 Paraguay, Ley N° 978 de Migraciones, del 27 de junio de 1996, artículo 108. En el caso de Nicaragua, la sanción será de tres meses (Ley No. 240 de Control del Tráfico de Migrantes, según reforma de leyes Nos. 240-513, del 26 de Noviembre del 2004, art. 21).

• 36 Antigua y Barbuda, The Immigration and Passport Act, Chapter 208, del 10 de enero de 1946, arts. 40 y 41 (hasta 6 meses); Bahamas, Immigration Act, 1967, art. 19(2); Barbados, Immigration Act, art. 30 (hasta 12 meses).

• 37 Belice, Immigration Act, 1st January 1958, Revised Edition, 2000, art. 34.2.

• 38 Jamaica, The Aliens Act, del 28 de febrero de 1946, art. 20.

• 39 El Salvador, Ley de Migración, Decreto Legislativo N° 2272, del 19 de diciembre de 1958, art. 60.

• 40 México, Ley General de Población, artículos 118 a 124, derogados (Decreto por el que se reforma y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Población, publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 21 de julio de 2008).

• 41 Panamá, Decreto Ley 16, del 30 de junio de 1960, art. 67, vigente hasta agosto de 2008, cuando fuera reemplazado por el Decreto Ley 3, del 22 de febrero de 2008.

2.2. La obligación de adoptar medidas alternativas a la detención de niños migrantes

En virtud de lo señalado en el apartado anterior, es posible afirmar que sólo podría analizarse la legitimidad y pertinencia de una eventual detención por motivos migratorios, con base en los principios del DIDH, como medida cautelar, en circunstancias como: en el marco de una decisión acerca del ingreso o permanencia de un extranjero al territorio de un Estado, o durante un procedimiento de deportación o expulsión del país.

En estos casos, usualmente se alega que la detención procedería a fin de asegurar objetivos legítimos de un Estado, esto es, evitar la entrada irregular al país (o la permanencia no autorizada) o asegurar la ejecución efectiva de una orden de expulsión. Es por ello que, al momento de analizar los estándares aplicables a esta situación, es preciso, primero, evaluar si está permitido disponer la privación de la libertad de niños y niñas migrantes y, en su caso, identificar en qué ocasiones y con qué condiciones y alcance puede ordenarse esa medida como medio para alcanzar uno de dichos objetivos de control migratorio.

Los estándares internacionales establecen, como punto de partida, que la privación de libertad de un niño sólo podría ser adoptada como medida de último recurso, por el período más breve que proceda y sólo en casos excepcionales⁴². Si la

prisión preventiva, en el ámbito penal y respecto de personas adultas, debe ser aplicada como una medida excepcional⁴³, esta excepcionalidad cobra una considerable trascendencia en caso de niños y niñas. Como destaca la Corte Interamericana, en estas ocasiones “la regla de la prisión preventiva se debe aplicar con mayor rigurosidad, ya que la norma debe ser la aplicación de medidas sustitutorias”⁴⁴. Si tenemos en cuenta que una infracción migratoria no equivale a una de orden penal y que los niños y niñas migrantes que carecen de residencia legal se encuentran, como hemos comentado, en una particular situación de vulnerabilidad, se refuerza la aplicación del principio que prohíbe la detención de niños por razones de índole migratoria⁴⁵.

Por otra parte, principios generales como el pro homine y el interés superior del niño, que en este contexto estarían simbolizados en el principio favor libertatis (protegiendo un derecho esencial como la libertad personal⁴⁶), tendrían un especial vigor en estos casos. Con este criterio, en las conclusiones de un extenso informe elaborado a petición del Parlamento Europeo, que supuso la visita y evaluación de cerca de 130 centros de detención de migrantes existentes en la Unión Europea. Los expertos subrayaron, por un lado, que la detención de niños, niñas y familias “deberían estar prohibidas”, y por el otro, que la privación de la libertad no podría, de ningún modo, ser en el “interés superior del niño”, por lo que debería recurrirse a medidas de otra naturaleza⁴⁷.

En cuanto a los niños y niñas migrantes no acompañados o separados de sus padres, los organismos internacionales subrayan, como principio general, que no deberían nunca ser detenidos⁴⁸. En el caso excepcional de que se opte por una medida privativa de libertad, ésta “no podrá justificarse solamente [en razón de que] el menor esté solo o separado de su familia, ni por su condición de inmigrante o residente”⁴⁹. En estas ocasiones, deben realizarse todos los esfuerzos posibles para permitir la liberación inmediata de los niños y niñas no acompañados o separados, y su posterior ubicación en otras formas más apropiadas de alojamiento⁵⁰.

Por estas razones, resulta pertinente evaluar -previo a examinar en qué consistirían esas excepcionales circunstancias que podrían derivar en la necesidad de disponer esta medida- qué implicaciones y derivaciones concretas tiene el principio o regla general que debe guiar esta materia: la no privación de la libertad.

Si la detención de niños y niñas migrantes supone una medida de último recurso y absolutamente excepcional, que muy difícilmente sería compatible con el principio de interés superior del niño, acatar seriamente estos criterios implica diseñar e implementar políticas públicas consecuentes y coherentes con esos estándares, lo cual conlleva a una serie de obligaciones.

La primera y fundamental es prever en la

legislación una serie de opciones alternativas a la privación de la libertad de las personas migrantes en el marco de procedimientos relativos a su ingreso y permanencia en el país de destino o su eventual retorno al país de origen. En este sentido, según subraya el Comité Australiano del UNICEF, los niños y niñas no deberían estar detenidos ni en “centros de migrantes” ni en ningún otro establecimiento, siendo de imperiosa necesidad que los Estados establezcan medidas alternativas a la detención de niños migrantes y sus familias⁵¹.

Estos criterios, tal como lo ha señalado el Relator Especial de la ONU para los Derechos de los Migrantes⁵², deberían incluir opciones expresamente adecuadas a los niños y niñas migrantes, tanto cuando se encuentren con su familia como en caso de no estar acompañados. Entre otras, mencionamos a continuación algunas alternativas: el alojamiento en centros de protección social, no cerrados; el albergue de niños y niñas no acompañados en instituciones de atención social cuya finalidad sea su protección integral y la garantía de sus derechos fundamentales; la exigencia de una caución juratoria (compromiso jurado ante la autoridad competente); la fijación de medidas para asegurar la presencia de las personas migrantes (niños y niñas, en su caso, sus padres) en las diferentes etapas de los procesos (administrativos y judiciales) ligados a su ingreso y/o residencia en el país, como podría ser la presentación periódica en determinada institución pública; el nombramiento de un garante; etc.

⁴² Artículo 37 de la Convención sobre Derechos del Niño y párrafo 1.2 de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990).

⁴³ Como ha destacado la Corte Interamericana, “la prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por el derecho a la presunción de inocencia, así como por los principios de necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática (...) No cumplir con estos requisitos equivale a anticipar una pena sin sentencia, lo cual contradice principios generales del derecho universalmente reconocidos.” (Corte IDH, caso Instituto de Reeducación del Menor, cit., párr. 228 y 229). En igual sentido, véase Corte IDH, caso Acosta Calderón v. Ecuador, del 24 de junio de 2005, párrs. 24-25.

⁴⁴ Corte IDH, Caso Instituto de Reeducación del Menor, cit., párr. 230.

⁴⁵ Véase, en este sentido: Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 6, Tratado de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, CRC/GC/2005/6, del 1 de septiembre de 2005, párrs. 40, 61; En igual sentido, Touzenis, Kristina, Human rights of migrant children, en International Migration Law, No. 15, IOM, 2008, p. 33.

⁴⁶ El derecho a la libertad personal goza de una protección especial en el derecho internacional (y constitucional), dado que es considerado un derecho angular para la democracia y el Estado de Derecho, y por ende la restricción a este derecho sólo puede ser adoptada en particulares circunstancias y con el debido respeto de requisitos sustantivos y formales.

⁴⁷ The conditions in centres for third country national (detention camps, open centres as well as transit centres and transit zones) with a particular focus on provisions and facilities for persons with special needs in the 25 EU member states, cit., p. 22, recommendations to Member States, y p. 210, recommendations to European Institutions.

⁴⁸ Informe del Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria, en su visita al Reino Unido, sobre la cuestión de inmigrantes y solicitantes de asilo, E/CN.4/1999/63/Add.3, p. 37. Véase también, Informe de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos de Migrantes, E/CN.4/2003/85, cit., párr. 75.a.

⁴⁹ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 6 (2005), Tratado de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, cit., párr. 61.

⁵⁰ *Ibidem*. A su vez, el Comité ha subrayado que “los Estados deberán tener en cuenta que la entrada o la estancia ilegales en un país de un menor no acompañado o separado de su familia también pueden justificarse a la luz de los principios generales del derecho, cuando la entrada o la estancia sean la única forma de impedir una violación de los derechos humanos fundamentales del menor” (*Ibidem*, párr. 62).

⁵¹ UNICEF Australia, Submission to the National Inquiry into Children in Immigration Detention, written submission to the Human Rights and Equal Opportunity Commission, HREOC, 2003, Summary of Recommendations.

⁵² Informe del Relator Especial sobre Derechos Humanos de los Migrantes, presentado ante el Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/11/7, 14 de mayo de 2009, párrs. 60-62.

Luego, en caso de que fuera necesario recurrir a medidas provisionales, ese marco normativo debe, además, exigir la aplicación prioritaria de alternativas como las identificadas en el párrafo anterior, dejando como recurso último y excepcional la utilización de una opción de detención temporal. No obstante, una aplicación estricta de los estándares podría ser interpretada en el sentido de que la legislación debería expresamente prohibir la detención como una opción posible, tal como estipula la normativa de Venezuela, que no permite la privación de libertad de personas migrantes por razones de esta índole, ni niños ni adultos (ver cuadro). En el caso de niños migrantes, la prohibición de cualquier tipo de detención está ampliamente sostenida en la normativa y los principios internacionales.

Ahora bien, a fin de que esas medidas alternativas puedan aplicarse de manera efectiva, la normativa y su reglamentación deben prever los mecanismos pertinentes y asegurar los recursos necesarios. A ello se suma la exigencia de un serio y positivo cumplimiento de esos mandatos normativos por parte de todas las autoridades e instituciones públicas responsables, junto al diseño de dispositivos de monitoreo y evaluación sobre el nivel de observancia de esas obligaciones.

Estas responsabilidades incluyen, a su vez, que la autoridad competente (administrativa y/o judicial), en caso de emitir una decisión que suponga la aplicación de una de esas opciones, acate debidamente las prioridades y obligaciones resultantes de estos criterios derivados de estándares internacionales y las leyes que los desarrollan en cada país. Así, cualquier resolución que no constituya la aplicación de la alternativa menos lesiva para el niño o niña migrante, debería estar suficientemente fundamentada. En primer lugar, indicando los argumentos que permitan concluir que la elección tiene en cuenta el interés superior del niño y luego demostrando por qué se descarta cada una de las posibilidades existentes, no privativas de la libertad, exigidas por las normas y disponibles a través de las políticas públicas que hayan sido adoptadas.

En el contexto de América Latina y el Caribe, sin embargo, son considerablemente pocos los Estados que siguen fielmente los criterios y estándares consagrados a nivel internacional: en la mayoría de las legislaciones que prevén la detención de personas migrantes en el marco de procesos de control migratorio, la medida que debería ser excepcional y de último recurso (la detención, incluida la de niños y niñas) se

transforma en la regla general, ya sea por la ausencia de opciones alternativas y prioritarias en la normativa o por la no aplicación de esas variantes menos gravosas para el derecho a la libertad personal. Es decir, que en varios casos, la herramienta excepcional y más extrema (severa) posible es no sólo la respuesta prioritaria sino la única que ofrece el marco normativo o la práctica que llevan adelante las autoridades competentes. En otros casos, las medidas alternativas no se aplican, bien por la ausencia de políticas públicas que aseguren su efectiva existencia, bien por la falta de voluntad o conocimiento de la persona u organismo a cargo de su ejecución. El otro aspecto que caracteriza a casi todas las normas vigentes es la omisión de medidas destinadas específicamente a regular la situación de los niños y niñas migrantes.

Para describir este escenario más detalladamente, nos encontramos con leyes que establecen la detención como único mecanismo cautelar que podría imponerse durante la tramitación de procedimientos de deportación o expulsión, sin hacer referencia alguna a medidas de otra índole o, más precisamente, a opciones que no supongan la privación de la libertad⁵³. A su vez, otro grupo de países, al regular los mecanismos de expulsión de una persona migrante en razón de su condición migratoria, no instituyen ninguna clase de medida provisoria⁵⁴. En unos pocos Estados, aunque sin establecer prioridad alguna entre ambas medidas, la legislación prevé, además de la detención, alternativas como la libertad vigilada⁵⁵, la

permanencia en una localidad determinada y la comparecencia en sede policial⁵⁶, o, de manera excepcional, la custodia a cargo de instituciones o personas “de reconocida solvencia”⁵⁷. En otro caso, se reconoce la posibilidad de disponer de la libertad bajo caución si no se puede ejecutar la expulsión luego de un plazo prudencial⁵⁸.

La nueva ley migratoria de Costa Rica establece las siguientes medidas cautelares: Presentación y firma periódica ante las autoridades competentes; Orden de aprehensión; Caución; Decomiso temporal de documentos; y Detención domiciliaria. Y luego, dispone que el derecho a la libertad de las personas migrantes podrá ser limitado con carácter excepcional y “siempre y cuando no exista otra medida menos gravosa”⁵⁹.

Por otra parte, cabe señalar que únicamente la normativa de Panamá prevé que la retención sólo podría aplicarse a personas mayores de 18 años de edad⁶⁰. Las demás legislaciones no contienen una excepción a fin de que la privación de libertad no se aplique a niños y niñas o adolescentes, sea acompañados o migrantes con sus familias. Igualmente, sin perjuicio de la necesidad de garantizar por ley la no detención de niños y niñas en razón de infracciones a la normativa migratoria, la ausencia de protección normativa no implica que no existan -en la práctica o en reglamentos administrativos- mecanismos dirigidos a evitar tal privación de la libertad.

Venezuela. Ley de Extranjería y Migración

(Nro. 37.944, del 24 de mayo de 2004).

Artículo 46. Medidas Cautelares: “A los fines de garantizar la ejecución de las medidas de deportación o expulsión, la autoridad competente en materia de extranjería y migración, en el auto de inicio del respectivo procedimiento administrativo, podrá imponer al extranjero o extranjera que se encuentre sujeto al procedimiento a que se contrae este capítulo, las medidas cautelares siguientes: 1. Presentación periódica ante la autoridad competente en materia de extranjería y migración. 2. Prohibición de salir de la localidad en la cual resida sin la correspondiente autorización. 3. Prestación de una caución monetaria adecuada, para lo cual deberá tomarse en cuenta la condición económica del extranjero o extranjera. 4. Residenciarse mientras dure el procedimiento administrativo en una determinada localidad. 5. Cualquier otra que estime pertinente a los fines de garantizar el cumplimiento de la decisión de la autoridad competente, siempre que dicha medida no implique una privación o restricción del derecho a la libertad personal”.

• 53 Antigua y Barbuda, The Immigration and Passport Act, arts. 19 y 25; Argentina, Ley de Migraciones, No. 25871, sancionada el 17 de diciembre de 2003, art. 70; Barbados, Immigration Act, Chapter 190, del 2 de febrero de 1976, art. 22; Belice, Immigration Act, arts. 28 y 29; Colombia, Decreto 4.000/04, Normas sobre Expedición de Visas, Control de Extranjeros y Migración, del 27 de diciembre de 2004; arts. 72 y 109; Cuba, Ley de Extranjería N° 1313, del 20 de septiembre de 1976, art. 21; Ecuador, Decreto Supremo No. 1899, del 30 de diciembre de 1971, art. 31; Guatemala, Ley de Migración, Decreto N° 95/98: art. 111; Jamaica, The Aliens Act, del 28 de febrero de 1946, art. 15; Nicaragua, Ley de Extranjería, N° 154, del 2 de junio de 1993, art. 65; Panamá, Decreto Ley No. 3, del 22 de febrero de 2008, art. 93; Paraguay, Ley N° 978, Ley de Migraciones, del 27 de junio de 1996, art. 83; República Dominicana, Ley sobre Migración, N° 285, del 15 de agosto de 2004, art. 126.

• 54 Bolivia, Régimen Legal de Migración, Decreto Supremo N° 24423, del 29 de noviembre de 1996; El Salvador, Ley de Migración, Decreto Legislativo N° 2772, del 19 de diciembre de 1958; Honduras, Decreto N° 208-2003, Ley de Migración y Extranjería, del 3 de marzo de 2004; Perú, Ley de Extranjería, Decreto Legislativo N° 703, del 5 de noviembre de 1991; Uruguay, Ley N° 18.250, Ley de Migración, del 17 de enero de 2008.

• 55 Brasil, Ley N° 6.815, Ley sobre la Situación Jurídica del Extranjero en Brasil, de 19 de agosto de 1980, art. 73.

• 56 Chile, Normas sobre extranjeros en Chile, Decreto Ley 1094, del 14 de julio de 1975, art. 82.

• 57 México, Ley General de Población, del 7 de enero de 1974, arts. 152 y 153.

• 58 Argentina, Ley 25.871, art. 71.

• 59 Costa Rica, Ley 8764, arts. 31.5 y 211, publicada el 01/09/2009, en vigor desde 02/03/2010.

• 60 Panamá, Decreto Ley No. 3, del 22 de febrero de 2008, art. 93.

Como señalamos al comienzo de este capítulo, la ausencia de mecanismos de protección específicos para niños y niñas migrantes en las normativas migratorias, conlleva la prácticamente absoluta inexistencia de medidas alternativas para cumplir con la obligación exigida por el derecho internacional. Por el contrario, siendo la no detención de niños migrantes la regla general, el deber prioritario de los Estados es diseñar políticas dirigidas a asegurar la protección de este grupo social sin que éstas incluyan la privación de libertad como posibilidad⁶¹.

En este escenario, consideramos pertinente efectuar una serie de recomendaciones relativas a las medidas alternativas a la detención de migrantes en general y de niños migrantes en particular.

2.3. Causas, condiciones y límites para disponer la detención de niños y niñas migrantes

En el caso excepcional de que no pudiera imponerse, o no haya resultado efectiva, ninguna de las medidas alternativas que de manera

prioritaria deberían aplicarse, es preciso evaluar si corresponde recurrir a la medida más gravosa posible, la detención, en el marco de un procedimiento migratorio que pudiera finalizar con una expulsión de una persona migrante⁶². El examen debe ser especialmente estricto cuando se encuentren involucrados niños y niñas, y sólo podría efectuarse una vez que se han hecho todos los esfuerzos posibles para aplicar medidas alternativas a la detención⁶³. En tal supuesto, además de fundamentar la inaplicabilidad e incapacidad de las opciones menos restrictivas, resulta inexcusable demostrar que la privación de libertad, en el caso concreto, será en el interés superior del niño.

Cuando los niños migrantes se encuentran junto a sus padres, la privación de libertad se suele justificar en razón de un equilibrio entre el principio de unidad familiar (es decir, el derecho a la vida familiar) y el interés estatal en el control de la migración irregular. Sin embargo, tales argumentos no pueden invocarse en detrimento de los otros estándares señalados, como la detención como último recurso y como medida excepcional. El interés superior del niño y la noción de protección integral de la infancia debería conducir, antes que a la detención de la familia, al mantenimiento de la unidad familiar sin recurrir a una medida privativa de

la libertad⁶⁴. A su vez, como ya se subrayó, de ninguna manera podría entenderse que la privación de libertad será en beneficio del interés superior del niño⁶⁵. En este sentido, se ha resaltado que está suficientemente documentado que la detención de niños y niñas tiene un efecto perjudicial para su desarrollo emocional y su bienestar físico ya que pueden padecer, entre otras consecuencias psicofísicas, depresiones, cambios de comportamiento, desórdenes de diverso carácter, pérdida de peso, negativa a alimentarse, falta de sueño, así como problemas dermatológicos y respiratorios, entre otros⁶⁶.

En cuanto a los niños migrantes no acompañados o separados, los organismos internacionales subrayan, como principio general, que éstos no deberían nunca ser detenidos⁶⁷. En el caso excepcional que se opte por una medida privativa de libertad, ésta “no podrá justificarse solamente [en el hecho de] que el menor esté solo o separado de su familia, ni por su condición de inmigrante o residente”⁶⁸. Por el contrario, cuando una persona menor de edad se encuentra en tales circunstancias, se debe procurar su liberación inmediata y su ubicación en lugares más apropiados⁶⁹.

Recomendaciones sobre las medidas alternativas a la detención de migrantes

- Los Estados deben introducir en la legislación migratoria diversas medidas alternativas a la detención, así como herramientas provisionales en el marco de procesos ligados al ingreso y permanencia de las personas migrantes. El diseño de estos mecanismos debería efectuarse con la participación de los organismos gubernamentales, internacionales y de la sociedad civil implicada, incluidas las asociaciones de migrantes.
- La normativa debe exigir expresamente que dichas medidas alternativas se apliquen en forma prioritaria a la detención, la cuál sólo podría disponerse como opción de último recurso.
- Asimismo, la legislación debe subrayar la obligación de justificar, en cada caso concreto, la no aplicación de las medidas menos lesivas existentes.
- Este marco normativo debe incluir medidas especiales para niños y niñas, con el objeto de brindar una protección integral centrada en asegurar los derechos humanos, que dé cumplimiento al principio general que prohíbe la detención de niños migrantes, estén con su familia o no acompañados.
- Los organismos competentes deben implementar las políticas públicas necesarias a fin de asegurar que dichas medidas alternativas estén disponibles y sean eficaces. Esto incluye la asignación de los recursos necesarios y la capacitación de las autoridades competentes.
- Cualquier decisión que no aplique, o que revoque, las medidas menos lesivas, debe estar debidamente fundamentada. En el caso de los niños y niñas, la justificación debe demostrar por qué una opción más restrictiva podría ser, en un caso determinado, en el interés superior del niño.
- A través de la legislación, deben diseñarse mecanismos independientes que supervisen la aplicación de las medidas alternativas, así como su eficacia y, eventualmente, recomienden la adopción de nuevas medidas o los cambios necesarios para optimizarlas.
- Las oficinas de UNICEF y otras instituciones pueden promover la adopción efectiva de estas medidas alternativas, en particular respecto de los niños y niñas migrantes, así como contribuir a su diseño, implementación y la evaluación de sus resultados.

• 62 En el informe elaborado a solicitud del Parlamento Europeo, se subraya que la detención debería ser la excepción a la regla y solo ser usada como último recurso, cuando medidas alternativas más flexibles hayan fallado, según lo ordena el derecho internacional de derechos humanos y el derecho internacional de refugiados. La detención de migrantes no debe ser utilizada como política para gestionar los flujos migratorios (Estudio The conditions in centres for third country national (detention camps, open centres as well as transit centres and transit zones) with a particular focus on provisions and facilities for persons with special needs in the 25 EU member states, cit., p. 209).

• 63 Convención de los Derechos del Niño, arts. 37 y 40.4; Reglas de Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad, Asamblea General, Resolución 45/113, del 14 de diciembre de 1990, reglas 1.2 y 17; Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, Reglas de Beijing, AG, Resolución 40/33, del 29 de Noviembre de 1985, reglas 13.1 y 19; Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, Resolución 2002/23, Protección Internacional de los Refugiados, 2002, p. 4; Informe del Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria, E/CN.4/1999/63, del 18 de diciembre de 1998, p. 78; Corte IDH, Caso Instituto de Reeducación del Menor v. Paraguay, cit., p. 228-231; Corte IDH, Caso Bulacio v. Argentina, sentencia del 18 de septiembre de 2003, párr. 133.

• 64 En este sentido, el Relator de Naciones Unidas sobre Derechos de Migrantes señaló que deben hacerse todos los esfuerzos para liberar a niños y su familia de centros de detención, y ubicarlos en alojamientos más apropiados para familias con niños (Mission to the United States of America, A/HRC/7/12/Add.2, del 5 de marzo de 2008, párr. 125, la traducción es propia).

• 65 The conditions in centres for third country national (detention camps, open centres as well as transit centres and transit zones), cit., p. 22. En igual sentido, según UNICEF Australia, la detención de niños y adultos en el mismo lugar no resulta en interés superior del niño ya que la detención de niños es inherentemente indeseable por una multiplicidad de motivos. La única opción sería dejar en libertad al niño junto a su familia. Por ello, deben desarrollarse modelos alternativos a la detención, que tengan en cuenta todos los aspectos del superior interés del niño, incluido preservar la unidad familiar (UNICEF, Submission to the National Inquiry into Children in Immigration Detention, cit., la traducción es propia).

• 66 Alternatives to immigration detention of families and children. A discussion paper by John Bercow MP, Lord Dubs and Evan Harris MP for the All Party Parliamentary Groups on Children and Refugees, Supported by the No Place for a Child Coalition, Julio de 2006, p. 9.

• 67 Informe del Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria, en su visita al Reino Unido, sobre la cuestión de inmigrantes y solicitantes de asilo, E/CN.4/1999/63/Add.3, p. 37. Véase también, Informe de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos de Migrantes, E/CN.4/2003/85, cit., párr. 75.a.

• 68 Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 6 (2005), cit., párr. 61.

• 69 Comité Derechos del Niño, Obs. Gral. 6, cit., párr. 61. A su vez, el Comité ha subrayado que “los Estados deberán tener en cuenta que la entrada o la estancia ilegales en un país de un menor no acompañado o separado de su familia también pueden justificarse a la luz de los principios generales del derecho, cuando la entrada o la estancia sean la única forma de impedir una violación de los derechos humanos fundamentales del menor” (Ibidem, párr. 62).

• 61 En este sentido, el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial ha cuestionado que los Estados recurran “automáticamente” a la detención de inmigrantes que no cuentan con la documentación exigida para ingresar o residir en el país, recomendando, contrariamente, que, en tanto la detención debe ser un último recurso, deberían adoptarse otras soluciones no privativas de la libertad. CERD, Observaciones Finales, Bahamas, CERD/C/64/CO/1, del 28 de abril de 2004, párr. 17.

En cualquiera de los casos, la eventual detención de niños y niñas migrantes requiere en primer lugar, que una ley formal autorice y regule esa posibilidad⁷⁰ y, como ya subrayamos, que expresamente lo haga como una opción de último ratio, dando prioridad a medidas alternativas a la detención⁷¹. A su vez, la normativa debe establecer las causas particulares en que las autoridades competentes podrían recurrir a este último y excepcional recurso. Asimismo, la aplicación de una de estas causales en cada caso debe estar basada y justificada en las circunstancias individuales correspondientes, a fin de asegurar fehacientemente que se trata de una restricción necesaria en una sociedad democrática y que constituye una medida proporcional al objetivo que se busca alcanzar.

La cuestión de las causas que podrían legitimar la aplicación de la opción más severa es un aspecto fundamental en relación con la detención de personas migrantes. En muchas ocasiones, los Estados justifican la decisión (sea a través de la normativa o en la práctica) por la existencia de un procedimiento de expulsión o de autorización de ingreso o permanencia en el país, sin alegar otro motivo que fundamente la privación de libertad. Es decir, usualmente no se esgrimen los criterios y estándares generales relativos a la privación de la libertad en tanto medida cautelar, por ejemplo, probar el riesgo de fuga o de obstrucción de la justicia, pese a que las infracciones migratorias no constituyen (o no deberían configurar) un delito penal. Si tal como exigen los estándares

internacionales deben existir, en la legislación y la práctica, medidas alternativas a la detención, resulta evidente que la privación de la libertad no puede estar sustentada en la mera irregularidad migratoria (como ya se indicó, en el caso de niños migrantes, la detención nunca puede basarse únicamente en su condición migratoria)⁷².

En los países de América Latina y el Caribe, hemos identificado ciertas respuestas normativas y prácticas que, en su mayoría, no se condicen con los estándares aquí señalados. La detención como medida cautelar se dispone, en muchos casos y sin exigir otras causas o fundamentos que justifiquen la decisión, cuando la persona no cuenta con un permiso de ingreso o residencia, para investigar su situación migratoria o su identidad, o durante la tramitación del expediente administrativo (de expulsión o deportación)⁷³, o bien a efectos de que abandone el país o de ejecutar la expulsión⁷⁴. A su vez, además de la ausencia en la mayoría de las legislaciones de causales que vayan más allá de la situación migratoria para justificar la detención, en la práctica las autoridades competentes (administrativas y/o judiciales, según el país) suelen no invocar supuestos generales justificantes de la privación de la libertad, como el demostrar que existe un riesgo real de fuga.

Por otra parte, ciertas normas prevén la detención, en procesos de expulsión de migrantes (adultos y niños, o familias enteras), con base en calificaciones tales como “personas indeseables” o “inmigrantes prohibidos o impedidos” de ingresar

y/o residir. La vigencia de estos criterios supone, en la mayoría de los casos, la vulneración del principio de no discriminación (por ejemplo, por razones económicas, características físicas, condición sanitaria o discapacidad). También se invocan, con un sentido peyorativo, criterios de identificación tales como “vagos”, “cretinos”, “inútiles”, “brujos”, “hechiceros o charlatanes”, etc., cuya inclusión en la normativa de diversos países también favorece la discriminación⁷⁵. En ocasiones, la causal de no admisión al país (y eventual detención cuando se prevé) es el hecho de ser menor de 18 años sin compañía de padres o representantes legales, supuestos que pueden vulnerar diversos derechos de los niños y niñas migrantes no acompañados⁷⁶. Finalmente, cabe señalar que sólo en escasísimos casos, se afirma que la detención durante el trámite de expulsión podrá dictarse por razones que excedan la situación migratoria, por ejemplo, en razón de antecedentes penales o de mala conducta de la persona, o si ésta fuera considerada “peligrosa”, o si se presumiera que intentará eludir el cumplimiento de la medida⁷⁷.

En cuanto a la legalidad de las detenciones, se ha verificado que, en ocasiones, la detención de migrantes (niños y adultos) se autoriza por medio de decretos administrativos⁷⁸, o se lleva adelante de facto, sin que exista un marco normativo (una ley emanada del poder legislativo) que autorice dicha privación de libertad y regule las causas y condiciones en que puede dictarse esa medida. En algunos casos los tribunales de justicia impugnan

estas prácticas, precisamente, invocando la falta de sustento legal⁷⁹.

Por otra parte, debe subrayarse que la amplia mayoría de los países de la región, aún cuando el marco jurídico recepta la privación de libertad de personas migrantes en razón de su condición migratoria, no cuenta con previsiones legales relativas específicamente a la detención de niños y niñas migrantes, estén con sus familias o no acompañados. Ello provoca que, en la práctica, los niños sean detenidos junto a las personas migrantes adultas, pese a contradecir, en diversos países, la normativa vigente sobre no detención administrativa (o incluso, penal) de personas menores de edad. Unos pocos países permiten expresamente la detención de niños cuando tienen una edad determinada (por ejemplo, entre 13 y 17 años⁸⁰), mientras que otros no autorizan la detención de ningún menor de 18 años de edad⁸¹.

Finalmente, en relación con el deber de justificar la aplicación de la opción más restrictiva en virtud de las excepcionales circunstancias individuales que pudieran concurrir en un caso concreto, cabe señalar que en general se omite el cumplimiento de este compromiso, precisamente por basar la decisión en la mera situación migratoria de la persona. Asimismo, en los últimos años, se ha comunicado la existencia de operativos de tipo “razzias” o “redadas” dirigidos a la detención grupal de migrantes (adultos y niños)⁸², por infracciones migratorias, lo cual implica una expresa omisión de

• 70 El requisito de ley formal para la restricción de un derecho fundamental ha sido fundamentado detalladamente, entre otros organismos internacionales, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (véase, entre otros, Corte IDH, Opinión Consultiva OC-6/86, La expresión leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del 9 de mayo de 1986).

• 71 Consejo de Europa, Asamblea Parlamentaria, Resolución 1509 (2006), Human rights of irregular migrants, del 27 de junio de 2006, p. 12.4; Consejo de Europa, Twenty Guidelines on Forced Return, Septiembre 2005, Directriz 11.

• 72 El Comité de Derechos Humanos consideró que “toda decisión de mantener detenida a una persona debe ser examinada periódicamente a fin de evaluar los motivos que justifican la detención” y explico que “por ejemplo, el hecho de que haya habido una entrada ilegal tal vez indique la necesidad de realizar una investigación, y puede haber otros factores privativos del individuo, como la probabilidad de huida y la falta de colaboración, que justifiquen la detención durante un período determinado” pero “si no concurren esos factores, puede considerarse arbitraria la detención, incluso si la entrada fue ilegal” (Comité de Derechos Humanos, Comunicación N° 560/1993, CCPR/C/59/D/560/1993, 30 de abril de 1997, párr. 9.3 y 9.4).

• 73 Brasil, Ley N° 6.815, art. 71; Guatemala, Ley de Migración, Decreto N° 95/98, art. 111. La ley de Costa Rica (arts. 211 y 219) exige cierta fundamentación en el caso de expulsión de migrantes con residencia legal (“cuando, por antecedentes personales, pueda presumirse que la persona extranjera intentará eludir el procedimiento de expulsión”), pero no requiere esa justificación para el caso de deportación de migrantes en situación migratoria irregular.

• 74 Argentina, Ley 25.871, art. 70 (excepcionalmente, también durante el proceso); Nicaragua, Ley de Extranjería, art. 65; Paraguay, Ley N° 978 de migraciones, art. 83; República Dominicana, Ley sobre Migración, art. 126.

• 75 Entre otras, véanse las siguientes normativas migratorias: Belice, Immigration Act, arts. 5, 28 y 29; Barbados, Immigration Act, art. 22, y First Schedule, Prohibited Persons; Paraguay, Ley de Migraciones, art. 6; República Dominicana, Ley No. 285 sobre Migración, art. 15.

• 76 Véase, entre otros, el art. 7.1 de la Lei que define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil (No. 6.815) y el art. 5 (1).f de la Immigration Act de Belice.

• 77 Colombia, Ley Migratoria, art. 65. • 78 Honduras, Reglamento de extranjería, art. 4.8.

• 79 Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional de Bolivia Nro. 0121/2005. El tribunal expresa que la normativa migratoria “no autoriza en ningún momento a efectuar aprehensión alguna en contra de los extranjeros que presentes defectos en su documentación migratoria, o sea que, una vez emitida la orden de expulsión, se la debe ejecutar sin que el extranjero pueda permanecer en el país en calidad de detenido ni arrestado...”. • 80 Ver, entre otros, ACNUR, La protección internacional de las niñas y niños no acompañados en la frontera sur de México (2006-2008), Oficina Regional del ACNUR para México, Cuba y América Central, 2008, p. 6. • 81 Panamá, Decreto Ley No. 3/08, art. 93.

• 82 Centro de Derechos Humanos Fray Matías de Córdova, Violaciones a derechos humanos en el contexto de la migración en la frontera sur, del 31 de mayo de 2005, México, p. 4; El Periódico de México, Redada contra indocumentados de CA en la frontera sur: 100 detenidos, del 11 de febrero de 2007; Relatoría de Trabajadores Migrantes, Cuarto Informe de Progreso, Visita in loco a Costa Rica, 2002, párrs. 221 y 236; Amnistía Internacional, República Dominicana. Vidas en tránsito: la difícil situación de la población migrante haitiana y de la población dominicana de ascendencia haitiana, Ref. AI: AMR 27/001/2007, p. 7, 14, 16 y 18.

la obligación de fundar previa y de manera individual una orden de detención⁸³.

En razón de los aspectos señalados en este apartado, consideramos pertinente formular las siguientes recomendaciones.

Recomendaciones sobre causas, condiciones y límites para disponer la detención de niños migrantes

- En caso que los Estados decidan establecer -como último recurso- la posibilidad de disponer la privación de libertad de personas migrantes en el marco de procedimientos migratorios, deben hacerlo a través de una ley formal y respetando los límites y condiciones impuestas en el derecho internacional de los derechos humanos.
- De establecerse, este marco normativo debe incluir, como principio general, la prohibición de detención de niños y niñas migrantes, sea que se encuentren con sus familias o no acompañados.
- La legislación debe establecer de manera expresa y taxativa las razones excepcionales que podrían llevar a la aplicación de una medida privativa de la libertad, así como la obligación de justificar la decisión en una de esas causales. La irregularidad migratoria no puede ser una causal suficiente para adoptar una decisión de esa naturaleza.
- La normativa debe exigir que la justificación de una orden de detención (adoptada por autoridades administrativas y/o judiciales) esté basada, además de en los criterios regulados en la ley, en las circunstancias individuales de cada caso concreto. La ley debe prohibir la ejecución de “razzias”, “redadas” o prácticas similares destinadas a la detención colectiva de migrantes.
- Los Estados deben revisar (y en su caso, reformar) la normativa migratoria con el fin de evitar que la privación de la libertad se base en criterios que supongan la violación del principio de no discriminación por cualquiera de los motivos prohibidos por dicho principio.
- UNICEF puede profundizar acciones en la región dirigidas al diseño de marcos jurídicos que prohíban expresamente cualquier privación de la libertad de niños y niñas basada en su condición migratoria.
- Instituciones públicas como las Defensorías del Pueblo, Ombudsman o Comisiones de Derechos Humanos, junto a organizaciones de la sociedad civil y organismos internacionales concernidos, deberían tener participación en el diseño de estas medidas, así como en el monitoreo de su ejecución acorde a los principios y normas de derechos humanos vigentes en cada país.

3. Privación de libertad de niños y niñas migrantes y garantías de debido proceso

Sin perjuicio de las limitaciones y prohibiciones que los estándares de derechos humanos imponen respecto de la posibilidad de detener personas migrantes en razón de su condición migratoria, y especialmente cuando se trata de niños y niñas, en caso de que se decida recurrir a una medida privativa de libertad es preciso cumplir con ciertos requisitos relativos al procedimiento a seguir.

En tal sentido, las normas internacionales que consagran el derecho a la libertad personal establecen una serie de condiciones que deben satisfacerse a fin de que una privación de la libertad sea legítima. Estos requisitos constituyen garantías procesales que buscan asegurar el derecho a no ser detenido arbitrariamente y que conforman el “debido proceso legal” que precisa ser observado en todas las instancias procesales a efectos de que las personas puedan defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos⁸⁴.

Los estándares internacionales reconocen -con particular intensidad, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos- que cualquier actuación de los órganos estatales en un proceso administrativo o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal y que estas garantías mínimas se aplican en todos los órdenes en los cuales puedan afectarse los derechos de las personas, lo que incluye los procedimientos de índole migratoria⁸⁵. La Corte Interamericana ha subrayado que, sin perjuicio de que los Estados pueden establecer mecanismos de

control de ingresos y salidas de migrantes “indocumentados”, esas medidas “deben siempre aplicarse con apego estricto a las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana”⁸⁶.

Estas garantías incluyen el derecho a ser informado de los motivos y razones de la detención, el control judicial inmediato de la privación de libertad por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial previamente establecido por ley, el derecho a ser oído, el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a que se informe sobre la detención a una tercera persona -por ejemplo, un familiar, un abogado y/o al cónsul del país de origen, según corresponda-, el derecho a recibir asistencia legal gratuita, a ser asistido por un intérprete si fuera necesario, etc. El debido proceso legal debe ser reconocido a todas las personas que se encuentren bajo la jurisdicción de un Estado, lo que indudablemente incluye a las personas migrantes sin perjuicio de su condición migratoria⁸⁷, y con especial atención, cuando se trata de niños y niñas.

Por lo tanto, además de las garantías sustantivas y procesales que exigen los estándares internacionales para evitar una detención arbitraria, deben contemplarse los mecanismos específicos de protección para adecuar dichas garantías a las condiciones de los niños y niñas (entre otras, la regla general de no detención, el fiel cumplimiento del principio de interés superior del niño, etc.). Para los niños y niñas migrantes, y particularmente para aquellos no acompañados, el derecho a ser oído (consagrado en el artículo 9.2 de la CDN) cobra una

⁸³ Según la Corte Interamericana, “las razzias son incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales, entre otros, de la presunción de inocencia, de la existencia de orden judicial para detener...” (Corte IDH, caso Bulacio v. Argentina, cit., párr. 137).

⁸⁴ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, cit., párr. 123. ⁸⁵ Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros, sentencia de 2 de febrero de 2001, párr. 124; Caso Ivcher Bronstein v. Perú, sentencia de 6 de febrero de 2001, párr. 102; OC-17/02, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, cit., párrs. 115-136; OC-18/03, Condición Jurídica y Derechos de Migrantes Indocumentados, cit., párrs. 121-126.

⁸⁶ Corte IDH, OC-18/03, cit., párr. 119.

⁸⁷ Véase, al respecto, los principios establecidos en el Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Anexo II, Deliberación N° 5: Situación relativa a los inmigrantes y a los solicitantes de asilo, E/CN.4/2000/4, del 28 de diciembre de 1999. La Corte Interamericana afirmó que “el derecho al debido proceso legal debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se deben brindar a todo migrante, independientemente de su estatus migratorio” y que “el amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso comprende todas las materias y todas las personas, sin discriminación alguna” (Corte IDH, OC-18/03, cit., párr. 173.7). En igual sentido se expresó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, Relatoría Especial sobre Trabajadores Migratorios y miembros de sus familias en el hemisferio, Segundo informe de progreso, cit., párrs. 89 y 90).

especial relevancia. También respecto de niños y niñas no acompañados o separados de sus familias es de suma importancia, a fin de garantizar eficazmente el derecho a la libertad personal, brindarles acceso rápido y gratuito a la asistencia jurídica y de otra índole, y nombrarles un tutor y representante legal a fin de defender sus intereses y asegurar su bienestar⁸⁸. Cabe tener en cuenta que la dilación en la adopción de estas medidas representa una amenaza a la seguridad de los niños y niñas, dejándolos más expuestos al riesgo de ser víctimas de trata y otros abusos⁸⁹. Estas garantías deben ser tenidas en cuenta también en el marco de los procedimientos relativos a las medidas alternativas a la detención (o incluso, para determinar la opción más adecuada al caso).

Por otra parte, el artículo 37 de la CDN consagra el derecho de todo niño 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. Esta garantía también incluye el derecho a contar con un recurso efectivo para evitar una detención arbitraria⁹⁰. La intervención judicial, bien como autoridad competente para disponer la eventual privación de la libertad, o bien para verificar de forma inmediata la legalidad y racionalidad de la medida dictada por un organismo administrativo, también supone una garantía esencial en el marco de los mecanismos de control migratorio, y especialmente si la medida involucra a niños y niñas.

El derecho a establecer contacto con un familiar, por su parte, puede ser esencial cuando se trata de detenciones de menores de edad. En esos casos, tanto la autoridad que practica la detención como la responsable del lugar en que se encuentra alojado el niño o niña, deben notificar inmediatamente a sus familiares o representantes, teniendo en cuenta el interés superior del niño. La finalidad de la notificación es que el menor de edad pueda recibir oportunamente la asistencia de la persona a quien se ha contactado⁹¹. Es importante recordar que los niños y niñas migrantes gozan también del derecho a la asistencia consular reconocido a toda persona extranjera detenida fuera de su país de origen⁹². La vigencia de este derecho implica, para la persona detenida, la posibilidad de comunicarse con un funcionario consular de su país, al tiempo que el Estado en cuyo territorio ocurre la detención tiene la obligación de informar al extranjero sobre dicho derecho y asegurar los medios para su vigencia efectiva⁹³.

Por otra parte, un problema recurrente que enfrentan los niños y niñas migrantes es el debate en torno a las modalidades y criterios para la definición de su edad. En muchos casos, los niños y niñas se encuentran en el país de tránsito o destino sin ningún documento que acredite su identidad y su edad, ante lo cual suelen ser tratados como adultos y no se les brinda la atención y protección adecuada a su condición. Al respecto, el Comité de Derechos del Niño ha

establecido que la determinación de la edad debe tomar en cuenta no sólo el aspecto físico del individuo sino también su madurez psicológica, y que la evaluación debe realizarse con criterios científicos, seguridad e imparcialidad, atendiendo al interés del niño y a consideraciones de género, evitando todo riesgo de violación de su integridad física, respetando debidamente su dignidad humana y, en caso de incertidumbre, otorgando al individuo el beneficio de la duda, de manera que, en la hipótesis de que se trate de un menor de edad, se le trate como tal⁹⁴, incluso al momento de resolver si correspondería adoptar una medida privativa de la libertad.

Por lo dicho, recurrir excepcionalmente a la detención de niños y niñas migrantes requiere el desarrollo de medidas y mecanismos que aseguren efectivamente, de manera previa y durante la ejecución de la medida, las garantías fundamentales de debido proceso, adecuadas a la condición y edad de la persona, centrándose en la protección especial de la cual es titular y sin perjuicio de su condición migratoria. A modo de ejemplo, ello exige la adopción de políticas que garanticen su derecho a la asistencia jurídica; procedimientos que satisfagan su derecho a ser oído de manera efectiva y ante un tribunal imparcial; mecanismos que impliquen la revisión periódica de la medida en el caso excepcional de que ésta sea dictada; instituciones y prácticas responsables de asegurar la comunicación con sus familiares y las autoridades consulares; provisión de asistencia de un intérprete y de especialistas en el área de protección de la infancia, etc.

Sin embargo, en muchas ocasiones, pese a la trascendencia de los derechos en juego y al impacto que puede ocasionar en las personas que se encuentran en tal situación de vulnerabilidad, las garantías mínimas no son reconocidas o implementadas efectivamente. Se verifica, por el contrario, una suerte de “zona gris”, asociada estrechamente a mecanismos y procedimientos administrativos discrecionales que redundan en la vulneración de derechos y garantías fundamentales, reconocidas tanto en tratados internacionales como en los textos constitucionales de todos los países de la región⁹⁵.

En las políticas y prácticas detectadas en los Estados latinoamericanos y caribeños, corresponde mencionar, en primer lugar, que numerosas normativas no establecen mecanismos para asegurar el debido proceso, el acceso a la justicia y a un recurso efectivo a los y las migrantes que estén privados de la libertad en el marco de políticas de control migratorio. A su vez, no existe casi de ninguna legislación en materia migratoria que establezca un procedimiento vinculado a la detención (o al menos ciertas cláusulas relativas a estos procesos) que esté especialmente diseñado para los casos que involucran a niños y niñas, tanto cuando éstos se encuentran con sus padres como cuando migran no acompañados. De esta manera, ante la eventual aplicación de una medida privativa de la libertad, en el marco de estos procesos relativos, las reglas procedimentales serán las mismas para adultos que para niños.

• 88 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, cit., párr. 63.

• 89 Así lo entendió la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en su Recomendación 1703 (2005) sobre protección y asistencia para niños no acompañados solicitantes de asilo.

• 90 Sobre el derecho a un recurso efectivo, véase la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre los artículos 25 y 13 de las convenciones americana y europea de derechos humanos, respectivamente. A modo de ejemplo, véase la Opinión Consultiva OC-18/03 de la Corte IDH (cit., párr. 126) y la sentencia del caso Conka v. Bélgica (TEDH, caso No. 51564/1999, del 5 de febrero de 2002).

• 91 Corte IDH, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, Opinión Consultiva OC-16/99, del 1 de octubre de 1999, párr. 106; Caso Bulacio v. Argentina, cit., párr. 130; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri v. Perú, sentencia de 8 de julio de 2004, párr. 93.

• 92 Artículo 36 de la Convención de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares y artículo 16.7 de la Convención para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y Miembros de sus Familias.

• 93 Según la Corte Interamericana, este derecho, al igual que el derecho a contar con un traductor cuando la persona (el niño, en este caso) desconoce el idioma en que se desarrolla el procedimiento, se fundamenta en la necesidad de “reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia” para alcanzar los objetivos del proceso atendiendo el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y la prohibición de discriminación (Corte IDH, OC-16/99, cit., párr. 119).

• 94 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 6 (2005): Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen (CRC/GC/2005/6, 1° de septiembre de 2005), párr. 31.

• 95 Como ha afirmado Mezzadra, “la inmigración ha demostrado ser un terreno de experimentación para irrupción de criterios administrativos en ámbitos de relevancia constitucional, con la carga de incertidumbre y arbitrariedad que esto comporta”; Mezzadra, Sandro, Derecho de fuga. Migraciones, ciudadanía y globalización, Ed. Mapas. Traficantes de Sueños, Madrid, 2005, p. 107.

En las legislaciones analizadas, a su vez, se evidencian otras circunstancias sobre las que profundizaremos a continuación.

En la mayoría de los países, la privación de libertad de migrantes es dispuesta por organismos del poder ejecutivo⁹⁶, aunque en ciertas ocasiones la autoridad competente es un juez o tribunal de justicia⁹⁷. Aquellas legislaciones que disponen que sea un organismo administrativo, difieren en relación con la posibilidad y alcance de un control posterior de la medida por parte del poder judicial o de otro órgano administrativo: en ocasiones, la normativa dispone de un recurso de apelación ante un tribunal administrativo (sin efecto suspensivo)⁹⁸, o un recurso sumario ante un tribunal judicial⁹⁹; en otros casos, la normativa establece que la medida privativa de la libertad de migrantes no puede ser revisada por tribunal alguno¹⁰⁰. A su vez, hay leyes que, aún cuando regulan el procedimiento relativo al ingreso o expulsión del país, no fijan ningún tipo de recurso contra una orden de detención¹⁰¹. En algunos Estados, en los que la ley no prevé la interposición de recursos contra la detención ni regula el procedimiento a seguir, ha sido la intervención judicial (en particular, a través del recurso de hábeas corpus) la que ha reconocido las garantías de debido proceso¹⁰².

Por otro lado, y al contrario de lo establecido por la Corte Interamericana¹⁰³, la amplia mayoría de las legislaciones de la región no contemplan garantías para el ejercicio del derecho a la defensa gratuita para los migrantes que se encuentran detenidos en el marco de procedimientos migratorios¹⁰⁴. En alguno de los pocos países cuyas legislaciones contemplan la asistencia jurídica gratuita, resta adoptar políticas que la hagan plenamente efectiva¹⁰⁵. No obstante, en ningún caso se disponen formas específicas de asegurar este derecho a las personas menores de edad, particularmente a los niños y niñas no acompañados. De igual modo, prácticamente ninguna de las leyes vigentes en los países de América Latina y el Caribe, regula de manera expresa garantías procesales como el derecho a comunicarse con un abogado y con los representantes consulares¹⁰⁶ o a contar con la asistencia de un intérprete¹⁰⁷. En la mayoría de las normas analizadas tampoco se establece explícitamente la obligación de motivar la orden de detención de una persona migrante en un procedimiento relativo al ingreso o permanencia en el país, ni el deber de revisar periódicamente la pertinencia de mantener una medida privativa de la libertad.

Por último, y sin perjuicio de la mayor o menor regulación legal de las garantías de debido proceso, diversos informes elaborados especialmente por organizaciones de la sociedad civil¹⁰⁸, organismos internacionales¹⁰⁹ o, como hemos señalado, también por tribunales de justicia, han dado cuenta de la vulneración de estas garantías en las prácticas de detención y expulsión de migrantes, adultos y niños. Se ha denunciado, en tal sentido, la falta de previsión normativa de los recursos correspondientes, la inexistencia de un proceso debida e íntegramente regulado y el incumplimiento, por parte de las autoridades competentes, de los procedimientos vigentes.

Frente a este escenario, descrito hace unos años por la Relatoría sobre Trabajadores Migrantes de la Comisión Interamericana¹¹⁰, se considera oportuno efectuar las recomendaciones que se presentan a continuación.

• 106 Uno de los países que sí lo hace es Panamá (Decreto Ley N° 3/08, art. 94).

• 107 Entre las excepciones, el Reglamento de la Ley General de Población, México, del 14 de abril de 2000, art. 209.V.

• 96 Barbados, Immigration Act, art. 22 (puede ser detenido por un oficial de inmigración o por la policía); Brasil, Lei No. 6.815, art. 69 (Ministro de Justicia); Colombia, Decreto 4.000/04, art. 109 (autoridad migratoria); Costa Rica, Ley General de Migración y Extranjería, art. 211 (Dirección General de Migración y Extranjería); Ecuador, Ley de Migración, art. 31 (Intendente General de Policía); Guatemala, Ley de Migración, art. 111 (Dirección General de Migración); Nicaragua, Ley de Extranjería, art. 65 (Director de Migración y Extranjería); Panamá, Decreto Ley 3/2008, art. 93 (Servicio Nacional de Migración); República Dominicana, Ley 285, art. 126 (Director General de Migración).

• 97 Argentina, ley 25.871, art. 70; Paraguay, Ley N° 978 de Migraciones, art. 83.

• 98 Costa Rica, Ley General de Migración y Extranjería, art. 194.

• 99 Antigua y Barbuda, Immigration Act, art. 35.2; Belize, Immigration Act, art. 28.

• 100 Barbados, Immigration Act, art. 23.1; Colombia, Decreto 4.000/04, art. 72 (en relación a la decisión de inadmisión al territorio y -eventual- retención por 36 horas).

• 101 Entre otros casos, cabe mencionar la legislación de Argentina, Brasil, Chile, Ecuador, Guatemala, Paraguay y República Dominicana. De ello no se deriva que, en la práctica, las personas detenidas no puedan utilizar las vías recursivas previstas en el ordenamiento jurídico para cualquier caso de privación de libertad.

• 102 Al respecto véase, por ejemplo, las sentencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, en los casos 10-J-96 (Cañas y otros v. Dirección Nacional de Migración) y 70-98 (Rosales v. Ministerio del Interior y Director Nacional de Migración). En igual sentido, ver Guatemala, caso Exhibición personal C-24-2002, de la Sala duodécima de la Corte de Apelaciones, constituida en Tribunal Constitucional de exhibición personal, del 13 de febrero de 2002.

• 103 La Corte IDH señaló que "se vulnera el derecho a las garantías y a la protección judicial por varios motivos: por el riesgo de la persona cuando acude a las instancias administrativas o judiciales de ser deportada, expulsada o privada de su libertad, y por la negativa de la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a su favor, lo cual impide que se hagan valer los derechos en juicio", por lo que "el Estado debe garantizar que el acceso a la justicia sea no solo formal sino real" (OC-18/03, cit., párr. 126).

• 104 Relator de Naciones Unidas sobre derechos de Trabajadores Migrantes, Relator especial sobre los derechos humanos de los migrantes concluye su visita oficial a Guatemala, Nota de prensa, Guatemala, 28 de marzo de 2008.

105 Argentina, ley 25.871, art. 86. Sin embargo, a fines de 2008, cinco años después de la sanción de la ley de migraciones, ésta aún ha sido reglamentada, lo que ha demorado la puesta en funcionamiento de diversas disposiciones de esta normativa, como el referido a la asistencia jurídica gratuita.

• 108 Al respecto, véase, entre otros: Amnistía Internacional, República Dominicana. Vidas en Tránsito: la difícil situación de la población migrante haitiana y de la población dominicana de ascendencia haitiana, Ref.: AI: AMR 27/001/2007; Centro de Documentación en Derechos Humanos, Segundos Montes Mozo, Informe para el Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias, Misión al Ecuador, Detenciones arbitrarias a extranjeros/as, inmigrantes irregulares, solicitantes de refugio y refugiados, febrero de 2006; Centro de Derechos Humanos "Fray Matías de Córdoba", Hogar de la Misericordia y Due Process of Law Foundation, La crisis de derechos humanos en la frontera sur de México, 2008, pp. 16-18; Mesa Nacional de Migrantes y Refugiados, de Panamá para la CRM, Panamá, abril de 2007. □

• 109 Informe del Grupo sobre la Detención Arbitraria, Misión al Ecuador, A/HCR/4/40/Add.2, marzo de 2007; CIDH, casos Jesús Tranquilino Vélez Looor v. Panamá, Informe N° 95/06, Decisión de admisibilidad, 23 de octubre de 2006, párr. 56; Comité Haitiano de Derechos Humanos y otros v. Estados Unidos, Informe No. 51/96, 13 de marzo de 1997, párr. 180; Rafael Ferrer Mazorra y otros v. Estados Unidos, Informe No. 51/01, 4 de abril de 2001, párrs. 209-213, 242.

• 110 Relatoría de Trabajadores Migratorios y sus Familiares, Segundo Informe de Progreso, CIDH, Informe Anual 2002.

Recomendaciones sobre detención de niños migrantes y garantías de debido proceso

- Los Estados que aún no contemplen las garantías de debido proceso expresamente reconocidas en relación con la privación de libertad de migrantes en el marco de procedimientos migratorios (averiguación de identidad, ingreso, permanencia), deben reformar el marco jurídico a fin de introducir dichas garantías.
- La legislación debe contener garantías específicas para niños y niñas migrantes, en el caso excepcional de que se prevea, como último recurso, la posibilidad de adoptar una medida privativa de la libertad, tanto si se encuentran con su familia como no acompañados. Las garantías fundamentales de debido proceso deben estar plenamente adecuadas a la edad y madurez de cada niño y niña.
- En particular, todo niño o niña migrante debe tener reconocido normativamente, entre otros derechos, los siguientes: su derecho a ser oído, a contar con un abogado y a la asistencia jurídica gratuita, a tener un representante legal cuando estuviera separado o no acompañado por sus padres, al derecho a acceder a la justicia, encarnado en un tribunal independiente e imparcial frente al cual impugnar la medida privativa de su libertad, el derecho a que la decisión sobre su libertad esté escrita y debidamente fundamentada, el derecho a disponer de un recurso efectivo, a contar con un intérprete, a la asistencia consular, y a la revisión judicial inmediata y periódica de la orden de detención, etc.
- Esta protección normativa debe estar acompañada de los mecanismos y las políticas adecuadas. Para ello los Estados deben asignar los recursos que sean necesarios, a fin de asegurar el ejercicio pleno de estas garantías.
- Como principio general, la legislación debería establecer que sólo la autoridad judicial sea competente para disponer la privación de libertad de una persona. En el caso excepcional que se otorgue competencia a una autoridad administrativa, debe exigirse la revisión judicial inmediata de dicha medida, así como el control posterior sobre su ejecución y sobre la necesidad de mantener vigente la decisión adoptada.
- A fin de evaluar el cumplimiento del debido control judicial sobre la privación de libertad de personas migrantes, en especial cuando se trata de niños y niñas, los Estados deberían llevar una base de datos actualizada sobre la jurisprudencia en la materia, respetando debidamente el principio de confidencialidad en casos que involucren a menores de edad.
- A fin de garantizar un efectivo derecho a la asistencia jurídica gratuita, los Estados deberían desarrollar planes de formación y capacitación para abogados, jueces y otros agentes del sistema de administración de justicia y autoridades competentes en el área migratoria, con especial énfasis en derechos humanos y, más específicamente, en derechos de los niños y derechos de personas migrantes.
- Las oficinas de UNICEF podrían diseñar iniciativas dirigidas a cooperar con los Estados para la adecuación del marco normativo migratorio, y de las prácticas consecuentes, a los estándares en materia de garantías procesales de niños y niñas, en casos relativos a la privación de la libertad. Junto a otros actores concernidos, UNICEF podría evaluar la aplicación efectiva de estas medidas, desde un enfoque centrado en el interés superior del niño, la obligación de protección integral y la regla general de no detención de niños y niñas por cuestiones de índole migratoria.

4. Lugares, plazo y condiciones de detención de niños y niñas migrantes

Como principio general, los estándares internacionales exigen que toda persona privada de libertad sea tratada humanamente, respetando su dignidad inherente, sus derechos y garantías fundamentales. Asimismo, y tomando en cuenta la posición especial de garante que tienen los Estados, éstos deben respetar y garantizar la vida e integridad personal de quienes se encuentran en tales circunstancias. Esto supone la adopción de medidas vinculadas no solamente con el lugar donde las personas son detenidas sino también con las condiciones en las que se ejecuta la privación de la libertad.

Ahora bien, en el caso de las personas migrantes -que como ya se señaló no pueden ser detenidas como sanción sino, y excepcionalmente, en tanto medida cautelar y previo cumplimiento de una serie de requisitos formales y sustanciales¹¹¹-, hay ciertos estándares específicos a garantizar en cuanto al lugar y las condiciones en que debería desarrollarse esta detención, algunos referidos concretamente a los niños y niñas.

En este sentido, cabe señalar en primer lugar que las personas migrantes no pueden ser alojadas en establecimientos carcelarios u otros destinados a personas condenadas o acusadas de haber cometido infracciones de naturaleza penal¹¹². La detención en este tipo de instituciones resulta

“incompatible con las garantías básicas de los derechos humanos”¹¹³.

Respecto de las condiciones de la detención, se ha establecido que los migrantes detenidos no deben ser expuestos a circunstancias que atenten contra sus derechos fundamentales y que puedan poner en riesgo su integridad física o su vida¹¹⁴. Al respecto, la CIDH se refirió a las condiciones de detención apropiadas subrayando “la responsabilidad que le cabe a los Estados de garantizar que los extranjeros detenidos, sobre todo aquellos retenidos por razones administrativas, no sean expuestos a condiciones que atentan contra sus derechos fundamentales y pueden poner en riesgo su integridad física o su vida”¹¹⁵. En relación con las personas menores de edad, deben tenerse en consideración los principios generales (interés superior del niño, derecho a una protección especial e integral¹¹⁶) al momento de diseñar y desarrollar las condiciones en que se debe ejecutar una medida privativa de libertad en circunstancias tan especiales y excepcionales: se trata de niños y niñas en una especial condición de vulnerabilidad quienes, en el peor de los casos, han infringido una normativa administrativa¹¹⁷.

En lo que respecta a los niños y niñas migrantes que se encuentran en el país de tránsito o destino junto a sus padres, deben interpretarse, armónicamente y en el marco de los estándares generales del DIDH, diversos principios. Nos referimos a las exigencias de que “todo niño

¹¹¹ CIDH, Relatoría sobre Trabajadores Migratorios, Segundo Informe de Progreso, cit., párr. 115.

¹¹² Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, Resolución 01/08, marzo de 2008, Principio XIX. Véase también, Convención Internacional para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, artículo 17; CIDH, Segundo Informe de Progreso de la Relatoría Especial sobre Trabajadores Migratorios y sus Familias en el Hemisferio, cit., párr. 110; Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria, Deliberación N° 5 sobre la situación de los inmigrantes y solicitantes de asilo, cit., principio 9.

¹¹³ CIDH, Resolución 03/08. En igual sentido, véase el Segundo Informe de Progreso, Relatoría sobre Trabajadores migratorios y sus Familias de la CIDH, cit., párr. 110.

¹¹⁴ Informe del Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria, A/HRC/7/4, cit., párrs. 57 y 58. En igual sentido, CIDH, Relatoría para los Trabajadores Migratorios, Segundo Informe de Progreso, cit., párr. 99.g.

¹¹⁵ CIDH, Relatoría sobre Trabajadores Migratorios, Segundo Informe de Progreso, cit., párr.94.

¹¹⁶ Esto “debe entenderse como un derecho adicional, complementario, que el tratado establece para seres que por su desarrollo físico y emocional necesitan protección especial” (Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, OC-17/02, cit., párr.54)

¹¹⁷ La Corte IDH entiende que “la forma en que se trata a un detenido debe estar sujeta al escrutinio más estricto, tomando en cuenta la especial vulnerabilidad de aquél, función estatal de garantía que reviste de particular importancia cuando el detenido es un menor de edad” y agregó que “esta circunstancia obliga al Estado a ejercer su función de garante adaptando todos los cuidados que reclama la debilidad, el desconocimiento y la indefensión que presentan naturalmente, en tales circunstancias, los menores de edad”; Corte IDH, Caso Bulacio v. Argentina, cit., párr. 126.

privado de libertad est[é] separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño” (artículo 37.c de la CDN)¹¹⁸, a que los niños en situación de detención no pueden ser separados de sus padres¹¹⁹ y a la obligación de garantizar el derecho a la vida familiar consagrado en numerosos tratados internacionales de derechos humanos. Ahora bien, podría señalarse que los niños y niñas migrantes pueden ser alojados en centros de detención siempre y cuando se encuentren junto a sus padres. De todas maneras, es razonable considerar que el interés superior del niño será siempre el no estar en ninguna clase de régimen de privación de la libertad. Por ello, como se señaló, los Estados deberían hacer el mayor esfuerzo con el fin de adoptar medidas alternativas a la detención, por las cuales la familia entera pueda estar en libertad.¹²⁰

En el caso de los niños y niñas migrantes no acompañados, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que, en el caso excepcional de que se disponga su detención, “las condiciones de la privación de libertad [...] se regirán por el interés superior del niño [...] se dispondrá lo necesario para que el alojamiento sea adecuado para los menores y esté separado de los adultos, a menos que lo contrario se considere conveniente en interés superior del menor”. A su vez, “los centros de detención no deberán localizarse en zonas aisladas donde no pueda accederse a recursos comunitarios adecuados desde el punto de vista cultural ni a asesoramiento jurídico. Los menores deberán tener oportunidad de establecer contactos periódicos con

amigos y parientes y con su tutor y recibir la visita de éstos, así como asistencia espiritual, religiosa, social y jurídica”. Por otra parte, en cuanto al ejercicio de los derechos fundamentales del niño en estas circunstancias, el Comité destacó el derecho de los niños y niñas migrantes “a recibir productos de primera necesidad y, de ser necesario, tratamiento médico adecuado y ayuda psicológica. Durante el período de privación de libertad, los menores tendrán derecho a recibir enseñanza, de ser posible fuera del lugar de detención, a fin de facilitarles la continuación de su educación una vez en libertad. También tendrán derecho al esparcimiento y el juego con arreglo al artículo 31 de la Convención”¹²¹.

En cualquier caso, siguiendo los lineamientos del Comité, resulta fundamental destacar que cualquier medida privativa de la libertad de niños y niñas migrantes, debe estar acompañada por una serie de políticas públicas que aseguren que tanto la determinación de los espacios como las condiciones de detención (así como la causa que justifica tal decisión) se orienten por el principio de “atención” y no de “privación de libertad” del niño¹²². Para ello, como indica la Corte Interamericana, las personas encargadas de los centros en los que disponga la detención de niños y niñas, deben estar debidamente capacitadas para el desempeño de su cometido¹²³. La efectiva garantía y aplicación de estas obligaciones, principios y estándares, requiere la adopción de políticas estatales, a partir de un marco jurídico adecuado. Resulta verdaderamente difícil dar

cumplimiento a tales exigencias sin el desarrollo de medidas que, entre otras, creen lugares de atención y protección social (e integral) para niños migrantes o que aseguren su acceso a derechos tales como la educación, el esparcimiento, etc.

Otro aspecto central a tener en cuenta en relación con las condiciones de detención de personas migrantes, es el de las normas de funcionamiento y los objetivos de los lugares en que se concreta la privación de libertad. Si, por un lado, la detención de migrantes no es un castigo, y por el otro, el principio central es la protección de los niños y niñas, resulta obligatoria la elaboración de políticas públicas que regulen, desde estos enfoques, el funcionamiento de dichos centros, particularmente en cuanto al régimen disciplinario, las actividades a realizar, las facultades de sanción y castigo de las autoridades responsables, el uso de armas y otros instrumentos de coerción, o las relaciones de las personas allí alojadas con la comunidad y las instituciones sociales y estatales de la localidad en que se encuentran, entre otras cuestiones.

En este sentido, es necesario que los Estados, con la participación de instituciones competentes (gubernamentales, internacionales y de la sociedad civil), diseñen centros de alojamiento que no tengan relación ni similitud alguna con lugares destinados al cumplimiento de sanciones, y sí con medidas alternativas. No resulta legítimo ni adecuado, por lo tanto, partir de un paradigma asociado a un régimen carcelario pues las circunstancias son radicalmente diferentes. Un sistema con mecanismos coercitivos

propios de una prisión contradice abiertamente las supuestas finalidades que legitimarían una eventual retención temporal de personas migrantes. Por el contrario, las asociaría al delito.

Al respecto, un extenso informe elaborado por expertos a solicitud del Parlamento Europeo, sobre el funcionamiento de unos 130 centros de detención de migrantes en los países de la UE, ha subrayado que en la amplia mayoría de los países existen regímenes de naturaleza carcelaria, lo cual es una política desproporcionada e inapropiada, que lleva a la criminalización de personas que no han cometido delito alguno¹²⁴.

En la mayoría de los países de América Latina y el Caribe, la cuestión de la detención de migrantes (adultos y niños), en particular en lo relativo al lugar y las condiciones en que se lleva a cabo esa privación de libertad, se aleja considerablemente de los principios y estándares de derechos humanos.

En relación con los lugares de detención, son muy escasos los países que han regulado normativamente los aspectos ligados a los establecimientos donde alojar a personas migrantes¹²⁵. Luego, casi ningún país cuenta con disposiciones específicas sobre los espacios donde albergar a niños y niñas migrantes, en caso de que la legislación admita la posibilidad de detenerlos en el marco de procedimientos migratorios¹²⁶.

Algunos países alojan a personas extranjeras en centros destinados exclusivamente a migrantes en

• 118 En igual sentido, la Corte IDH estableció que “para salvaguardar los derechos de los niños detenidos, especialmente su derecho a la integridad personal, es indispensable que se les separe de los detenidos adultos”. Corte IDH. OC-17/02, Condición Jurídica y derechos humanos del niño, Párr.28.

• 119 CIDH, Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, cit., Principio XIX.

• 120 Según el Relator de la ONU sobre Derechos de los Migrantes, los familias migrantes con niños no deberían ser alojadas en establecimientos similares a las prisiones, sino ubicados en lugares alternativos, apropiados a su condición (Mission to the United States of America, cit., 2008, párr. 125). En igual sentido, véase UNICEF Australia, Submission to the National Inquiry into Children in Immigration Detention, cit.

• 121 Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 6, cit., párr. 63.

• 122 Comité de Derechos del Niño, Obs. Gral. 6, cit., párr. 63. El mismo Comité recomendó al Estado mexicano que los niños que buscan asilo y los que no tienen un estatus migratorio regular, “no sean detenidos y tengan acceso a servicios especiales de recepción y atención” (CDN, Observaciones Finales, México, CRC/C/MEX/CO/3, del 8 de junio de 2006, párr. 61.d). Véase también, Corte Suprema de Sudáfrica (Transvaal Provincial Division), Caso Centre for Child Law and Isabelle Ellis v The Minister for Home Affairs and others, Caso no. 22866/2004, del 8 de septiembre de 2004.

• 123 Corte IDH, Caso Bulacio v. Argentina, cit., párr. 136.

• 124 Estudio The conditions in centres for third country national (detention camps, open centres as well as transit centres and transit zones)...in the 25 EU member states, cit., pp. 15, 180.

• 125 Uno de esos pocos es México, a través de las Normas para el funcionamiento de las Estaciones Migratorias del Instituto Nacional de Migración.

• 126 Como ya se destacó, sólo Panamá prohíbe la detención de niños, mientras que Venezuela no permite la detención cautelar de ninguna persona migrante. En el caso de México, las Normas para el funcionamiento de las Estaciones Migratorias del Instituto Nacional de Migración reconocen a los niños migrantes en situación de detención los siguientes derechos: el derecho a permanecer al lado de su familia o reintegrarse a ella; a participar en actividades recreativas, educativas, culturales, deportivas y de esparcimiento acordes a sus necesidades; a contar con actividades que propicien la convivencia y estancia con otros niños, niñas y adolescentes; y a que se privilegie su estancia en instituciones adecuadas para su sano desarrollo físico y emocional (art. 27). De todos modos, en la práctica, el tratamiento a los niños se distingue según éstos tengan entre 13 y 17 años o sean menores de 12 años, siendo los primeros detenidos junto a los adultos, y los segundos en centros específicos para niños. Al respecto, el ACNUR ha cuestionado esta diferenciación ya que todos son niños según la Convención (ACNUR, La protección internacional de las niñas y niños no acompañados o separados en la frontera sur de México (2006-2008), cit., p. 6).

• 127 Guatemala, Ley de Migración, art. 111; Nicaragua, ley 154, art. 65; Panamá, Decreto Ley 3/08, art. 93.

otros lo hacen en dependencias policiales o carcelarias¹²⁸. En otros casos, la normativa deja a la discrecionalidad de la autoridad competente la decisión acerca del lugar donde retener a las personas migrantes en este tipo de procedimientos, o bien no dice nada al respecto¹²⁹. Algunos países han reformado su legislación, pasando de un régimen que preveía la detención en centros carcelarios o policiales a otro en el cual la privación de libertad sólo podría realizarse en albergues preventivos de corta estancia u otros centros especialmente creados al efecto¹³⁰. Ello, sin perjuicio de lo ya señalado sobre la ausencia de medidas alternativas o de las diferencias que puedan existir en cada lugar respecto de las condiciones de detención.

En países cuya legislación indica que la detención debe efectuarse en centros especializados, se ha informado sobre la detención de migrantes (incluyendo niños y adolescentes) en comisarías o penitenciarias, ante la ausencia de espacio suficiente en los centros de detención migratorios¹³¹. En las instituciones penitenciarias, a su vez, se ha evidenciado que la detención de migrantes no se produce en un espacio separado al que ocupan las personas acusadas por la comisión de delitos¹³².

Por otra parte, sin perjuicio de la falta de regulación de la particular situación de los niños y niñas, en la práctica de varios países se dispone su detención junto a sus familiares en los mismos centros de detención que albergan a otros adultos¹³³. En pocos casos, los niños y niñas son alojados en centros de atención, a veces junto a sus familias y otras veces de manera separada a sus padres¹³⁴. A su vez, la normativa de muy pocos países establece, en leyes o reglamentos administrativos, la prioridad del alojamiento de niños y niñas migrantes en centros separados, destinados a asegurar su desarrollo y atención integral en tales circunstancias¹³⁵. En escasas oportunidades, la normativa señala que cuando se trate del aseguramiento de familias, se alojarán en la misma instalación y la autoridad permitirá la convivencia diaria, de conformidad con las disposiciones administrativas aplicables¹³⁶.

Por otra parte, aún cuando la normativa establece expresamente la opción de detención de migrantes, en la generalidad de los países no está explícitamente fijado el plazo máximo que puede tener esa privación de libertad¹³⁷. En ningún caso se hace una distinción, en cuanto al plazo de esa duración según se trate de niños o adultos. En la práctica, esa detención puede durar horas, días, semanas, meses o incluso años¹³⁸. En ciertas

ocasiones, situaciones como la inexistencia de un plazo legal, la ausencia de plazo en la orden de detención o la superación del plazo previsto en la ley o en la decisión de la autoridad competente, han sido impugnadas por tribunales de justicia¹³⁹. En alguno de estos casos, se ha prolongado la detención bajo el argumento de la carencia de recursos económicos para costear los gastos de traslado al país de origen¹⁴⁰. La detención también se extiende por problemas logísticos, o por la falta de representación consular o diplomática para determinar la nacionalidad de la persona migrante, sobre todo cuando ésta no es nacional de países de la región¹⁴¹.

En otro orden de ideas, cabe subrayar que en la mayoría de los países en los que existen instituciones destinadas a la detención de personas migrantes, éstos carecen de una regulación que establezca las condiciones para su funcionamiento¹⁴². Al respecto, informes de organizaciones no gubernamentales, organismos internacionales o bien resoluciones de tribunales judiciales, han dado cuenta de las inadecuadas condiciones de estos lugares. En estos diagnósticos cuestiones como las siguientes: escasez de camas, la mala calidad nutricional de los alimentos

suministrados, las condiciones de hacinamiento, la insuficiencia de ventilación y de luz, tanto natural como artificial, la falta o deficiente atención médica, las malas condiciones higiénicas, etc.¹⁴³. Asimismo, se ha señalado que hay centros de detención de migrantes en aeropuertos internacionales, espacios que resultan inadecuados cuando la detención se prolonga por más de un día, debido a la falta de instalaciones básicas (camas, duchas, comedores, cocinas, etc.)¹⁴⁴.

En cuanto a los niños y niñas, la revisión de la normativa y las políticas aplicadas en cada país, así como informes existentes al respecto, demuestran la ausencia de políticas específicamente destinadas a considerar sus necesidades, intereses y derechos. En la generalidad de los casos, la falta de actividades y espacios de recreación, la falta de provisión de servicios educativos y, en general, la no aplicación (en estas circunstancias) de los mecanismos existentes en el país para la protección integral de la infancia, contribuyen a generar condiciones arbitrarias de privación de libertad y al incremento del nivel de vulnerabilidad de la situación en que se encuentran muchos de esos niños y niñas¹⁴⁵.

• 127 Guatemala, Ley de Migración, art. 111; Nicaragua, ley 154, art. 65; Panamá, Decreto Ley 3/08, art. 93.

• 128 Chile, Decreto 1094/75, art. 89; Ecuador, Decreto Supremo No. 1899/71, art. 31. En Argentina, hasta 2004, la detención se efectuaba en comisarías y centros penitenciarios (Véase, Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria sobre su visita a Argentina, del 23 de diciembre de 2004, E/CN.4/2004/3/Add.3, párr. 58).

• 129 Antigua y Barbuda, Immigration Act, art. 35.1; Argentina, Ley de Migraciones, art. 72; Jamaica, Immigration Restriction (Commonwealth Citizens) Act, del 27 de diciembre de 1945, art. 32.4.1; Paraguay, Ley de Migraciones, art. 83; República Dominicana, ley 285, art. 126.

• 130 Panamá, Decreto Ley No. 3, del 22 de febrero de 2008, art. 93 (a diferencia de lo que disponía el art. 67 del Decreto Ley 16, del 30 de junio de 1960).

• 131 Relatoría de la CIDH sobre Trabajadores Migratorios, Segundo Informe de Progreso, cit., capítulo VII.

• 132 Comité de Protección de los Derechos de los Todos los Trabajadores Migrantes y sus Familias, Observaciones Finales: Ecuador, CMW/C/Ecuador/CO/1, del 5 de diciembre de 2007, párrs. 23, 24.

• 133 Es el caso de las Estaciones migratorias en México, especialmente cuando los niños son mayores de 12 años. Ver también, Amnistía Internacional, Bahamas, Forgotten Detainees? Human Rights in Detention, AMR 14/005/2003, octubre de 2003; Coalición Interinstitucional para el seguimiento y difusión de la Convención sobre la protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias, Informe sombra al primer informe del Estado ecuatoriano sobre cumplimiento de la Convención, Ecuador, abril de 2007, p. 16.

• 134 Por ejemplo, en algunas regiones de México (como Chiapas), cuando se trata de niños de hasta 12 años de edad.

• 135 México, Normas para el Funcionamiento de las Estaciones Migratorias del Instituto Nacional de Migración, art. 27.IV.

• 136 Reglamento de la Ley General de Población, México, art. 208.VIII.

• 137 Esta ausencia ha sido cuestionada por diversos organismos internacionales, entre ellos: Comité contra la Tortura, Observaciones Finales, Costa Rica, CAT/C/Costa Rica/CO/1, del 15 de mayo de 2008, párr. 10; Relator de Naciones Unidas sobre derechos de las personas migrantes, Visita a Guatemala, 2008, nota de prensa, cit. Una excepción se verifica en Nicaragua, que fija en 48 horas el plazo máximo de detención, el cual puede extenderse hasta 30 días en caso que "no existiera en el territorio nacional representación diplomática del país de origen" (Ley No. 240 de Control del Tráfico de Migrantes, cit., art. 21).

• 138 Según CERD, en Bahamas algunas detenciones se han prolongado por un año o más (CERD, Observaciones Finales, Bahamas, CERD/C/64/CO/1, del 28 de abril de 2004, párr. 17). En Brasil, por su parte, la detención puede extenderse por 90 días, prorrogable por 90 días más (Lei No. 6.815, art. 69).

• 139 La Corte Suprema de El Salvador señaló: "advierte con preocupación la 'práctica' ejecutada por la autoridad administrativa, específicamente el Ministerio del Interior y la Dirección General de Migración, de privar de su libertad por tiempo indefinido al extranjero que ingresa ilegalmente al territorio. En materia de privación de derechos fundamentales, priva el llamado principio de legalidad, por el cual, únicamente el legislador puede establecer los supuestos por los cuales el Estado podrá limitar o restringir el ejercicio de ciertos derechos; es el llamado principio de reserva de ley, por el cual, es competencia exclusiva del legislador establecer los casos de limitación o restricción de derechos, y siempre dentro de los límites que la Constitución le señala al legislador" (caso No. 70-98, Rosales vrs. Ministro del Interior y del Director General de Migración).

• 140 CIDH, caso Jesús Vélez Loor v. Panamá, cit., caso 12.581, Audiencia del 28 de octubre de 2008, en www.cidh.org/audiencias; Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos de El Salvador, Informe del Procurador al Comité de la ONU sobre Trabajadores Migrantes y sus Familias, El Salvador, abril de 2008, párrs. 196-198 y 236.

• 141 Relatoría de Trabajadores Migratorios de la CIDH, Segundo Informe de Progreso, cit., cap. VII.

• 142 En el caso mexicano, las Normas para el funcionamiento de las Estaciones Migratorias del Instituto Nacional de Migración.

• 143 Entre los organismos internacionales, véanse: CIDH, Relatoría de Trabajadores Migrantes, Visita in loco a Guatemala, en Cuarto Informe de Progreso, 2002, párrs. 385-389, y Segundo Informe de Progreso, cit., cap. VII; Comité de Derecho Humanos, Observaciones Finales, Costa Rica, CCPR/C/Costa Rica/CO/5, del 16 de noviembre de 2007, párr. 9. En cuanto a resoluciones judiciales, ver Corte Suprema de Costa Rica, Tribunal Constitucional, Sala Constitucional, voto N° 12819-07, del 4 de septiembre del 2007; Guatemala, caso Exhibición personal C-24-2002, de la Sala duodécima de la Corte de Apelaciones, constituida en Tribunal Constitucional de exhibición personal, del 13 de febrero de 2002. Entre los informes de organizaciones no gubernamentales, véase Amnistía Internacional, Bahamas, Forgotten Detainees?, cit.

• 144 CERD, Observaciones Finales, Bahamas, CERD/C/64/CO/1, del 28 de abril de 2004, párr. 20; Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos de El Salvador, Informe al Comité de Trabajadores Migrantes, cit., 2008.

• 145 Sin Fronteras, Migrantes adolescentes no acompañados, Documento elaborado en el marco del proyecto Desarrollo de un Modelo de Atención para Migrantes Adolescentes no Acompañados durante su proceso migratorio en México y Propuestas para mejoramiento de los procesos de deportación desde México y recepción y reintegración en Guatemala; Ciudad de México, 2008; Sin Fronteras, Situación de los derechos humanos de la población migrante en las estaciones migratorias de la ciudad de México y de Tapachula, Chiapas, 2005-2007; Ciudad de México, 2007.

En relación con el derecho a la integridad física de las personas alojadas en esta clase de centros, es preciso indicar que organismos internacionales, como el Comité para los Derechos de los Trabajadores Migrantes y sus Familias, han indicado que existen reportes de casos de tratos crueles y hacinamiento en algunos centros de detención de migrantes, incluso respecto de niños y niñas¹⁴⁶.

Para finalizar, tanto el marco normativo existente en diversos países, que regula la detención de migrantes, independientemente del lugar concreto, a partir de una perspectiva que prioriza la cuestión de la seguridad¹⁴⁷ -cuando no del castigo-, como la información existente sobre el funcionamiento real de esos espacios, dan cuenta de regímenes de privación de libertad que se asimilan a los previstos para las instituciones carcelarias. En la amplia

mayoría de los países de América Latina y el Caribe, las personas migrantes se ven sometidas a sistemas de retención que lejos de procurar la protección y la atención, se caracterizan por regímenes disciplinarios, de castigo y de restricción de la libertad y los derechos. Estos parámetros no varían en el caso de los niños y niñas migrantes que son alojados en tales establecimientos¹⁴⁸.

A partir de este repaso sucinto sobre las características de los ámbitos y condiciones en que se priva de la libertad a personas migrantes en los países de América Latina y el Caribe, y a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos aplicables a estas circunstancias, consideramos apropiado formular las siguientes recomendaciones destinadas a los Estados y otros actores relevantes.

Recomendaciones sobre lugares y condiciones de detención

- Para los casos en que correspondiera aplicar alguna medida que implique la detención de personas migrantes en el marco de procedimientos migratorios, los Estados deben regular, en su legislación, el funcionamiento de los ámbitos físicos en los que se concretará a privación de libertad. Del mismo modo, se debe establecer legalmente el plazo máximo y las condiciones de esa detención.
- Dicha regulación debería establecer explícitamente que el enfoque de derechos humanos y el principio de protección y no castigo, constituirán los vectores fundamentales a partir de los cuales se definirán esos centros y las condiciones de la detención.
- En cuanto a la detención de niños y niñas migrantes, los Estados deben asegurar que la ley regule dicha posibilidad (salvo que expresamente la prohíba), con base en los estándares internacionales de derechos humanos, en particular el interés superior del niño y la obligación de proteger integralmente sus derechos. Entre los aspectos prioritarios a considerar en dicha regulación destacamos:
 - Cuando se trate de niños y niñas no acompañados, respetando la regla general que impide su detención, la ley debe crear los centros de atención y protección social adecuados.
 - En el caso de niños y niñas migrantes con sus padres, la normativa debe diseñar los centros sociales apropiados para asegurar un alojamiento respetuoso del principio de unidad familiar.
 - En cualquier caso en que los niños y niñas migrantes (solos o acompañados) sean alojados en un centro determinado en razón de su condición migratoria, y sin perjuicio del tipo de establecimiento, la legislación deberá establecer que el plazo y las condiciones de detención se definan en función del interés superior del niño, para su protección integral y el aseguramiento efectivo de sus derechos fundamentales.

Recomendaciones sobre lugares y condiciones de detención (continuación)

- Los Estados deben diseñar las políticas públicas correspondientes a fin de hacer efectiva la existencia de lugares que cuenten con las características y condiciones antes señaladas. Ello incluye, por un lado, el aseguramiento de los recursos necesarios, y por el otro, la realización de acciones que garanticen una adecuada capacitación de las personas que desempeñen tareas en estas dependencias.
- Las políticas relativas a regular los centros de detención o alojamiento de personas migrantes deberán asegurar el diseño de un sistema completamente diferente al existente en centros penitenciarios, ya que se trata de personas en situación de vulnerabilidad cuyo alojamiento en tales sitios no se motiva en la comisión de un delito.
- Los Estados deberían crear, por ley, mecanismos independientes de control de los centros, en particular de las condiciones de detención y el efectivo ejercicio de los derechos y garantías fundamentales por parte de las personas allí alojadas.
- Los Estados deben asegurar mecanismos independientes que evalúen las denuncias de malos tratos efectuadas por migrantes detenidos en estos establecimientos, así como el cumplimiento por parte del poder judicial del deber de investigar seria y diligentemente este tipo de delitos. Un mecanismo que supervise esta clase de hechos debería estar específicamente adecuado a los casos en que las víctimas sean niños y niñas.
- Los Estados deben reconocer por ley -y reglamentar razonablemente-, la posibilidad de acceso permanente a estos centros para las organizaciones sociales, incluidas las entidades defensoras de derechos humanos, las asociaciones de migrantes y demás instituciones concernidas.
 - Es necesario que tanto las normas como la práctica institucional en estas dependencias, garanticen el derecho de los niños y niñas a ser visitados periódicamente por familiares, amigos, representantes legales, religiosos y de la sociedad civil (entre ellos, asociaciones de personas oriundas de su mismo país).
- Los funcionarios y personal de dichos establecimientos deben estar particularmente capacitados para atender y proteger a grupos sociales en tal nivel de vulnerabilidad, como son las personas migrantes en situación irregular, y especialmente los niños y niñas. A tal fin, se deberían diseñar los mecanismos apropiados para alcanzar y certificar esa capacitación, que debe estar basada en un enfoque de derechos humanos y la noción de protección integral de la infancia.
- Deben implementarse las medidas dirigidas a asegurar las condiciones de higiene, alimentación y salubridad, entre otras, tomando en consideración, y como objetivos prioritarios, el mejor interés y desarrollo de los niños.
- Deben arbitrarse las medidas y los mecanismos oportunos para garantizar que los niños y niñas ejerzan, en tales circunstancias, derechos fundamentales tales como la recreación, la salud (física y psíquica) y la educación (que debe procurarse fuera del lugar de retención, salvo que el centro -no cerrado- cuente con las instalaciones adecuadas).
- Las oficinas de UNICEF podrían desarrollar, en la región y junto a otras instituciones concernidas, iniciativas que permitan supervisar eficazmente los lugares creados por los Estados para el alojamiento o detención de personas migrantes (niños y niñas, en particular) en el marco de procedimientos migratorios. Entre otros aspectos, podrían evaluarse los marcos normativos que regulan estos establecimientos, su ubicación, el cumplimiento de los plazos de detención, las condiciones de habitabilidad, el régimen disciplinario, la capacitación del personal a cargo, la garantía de derechos en esas circunstancias, el rol del poder judicial y otros organismos públicos (defensorías del pueblo, institutos de protección de la infancia, entre otros), el acceso de instituciones sociales, etc.

• 146 Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y sus Familias, Observaciones Finales: México, CMW/C/MEX/CO/1, del 8 de diciembre de 2006, párrs. 27-30.

• 147 Véase, en este sentido, la reglamentación de los albergues previstos en la legislación migratoria de Guatemala (Reglamento de la ley de migración, Acuerdo Gubernativo 529/99, art. 96).

• 148 Existen legislaciones, como las Normas para el Funcionamiento de las Estaciones Migratorias del Instituto Nacional de Migración (México) que prevén la imposición de medidas disciplinarias de hasta 20 días de encierro como castigo (art. 39). Organizaciones no gubernamentales tomaron conocimiento de medidas de "aislamiento" aplicadas a niños (Foro Migraciones, Informe Alternativo México, presentado al Comité de Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias, diciembre de 2005, p. 22).



Foto: Luis Vera, Paraguay

Políticas migratorias, garantías de debido proceso y el derecho a la vida familiar de niños y niñas migrantes e hijos e hijas de migrantes

Políticas migratorias, garantías de debido proceso y el derecho a la vida familiar de niños y niñas migrantes e hijos e hijas de migrantes

Capítulo 2

1. Introducción

Las garantías de debido proceso son herramientas esenciales para la defensa y protección de los derechos fundamentales. El ejercicio de los derechos humanos por parte de las personas migrantes que buscan ingresar en el territorio del país de destino, o no ser expulsados del lugar en el que anhelan instalarse, se vincula estrechamente con el tipo de procedimientos migratorios regulados por ese Estado. La vigencia, o no, de las mencionadas garantías en los procesos previstos puede ser determinante no sólo para su permanencia en el país sino también para la realización de sus derechos. Concientes de ello, los gobiernos sudamericanos han afirmado que “las garantías procesales para la protección de los derechos humanos de los migrantes y la observancia de los principios fundamentales del Derecho Internacional y de los acuerdos internacionales en la materia, tienen primacía y no deben estar subordinadas a la implementación de políticas públicas”¹⁴⁹.

En el marco de los referidos procesos, un derecho que suele estar fuertemente implicado es el derecho a la vida familiar. Garantizado en diversos tratados internacionales de derechos humanos, este derecho tiene una particular relevancia para las personas migrantes ya que las decisiones estatales pueden afectar la vida familiar

fundamentalmente en dos circunstancias: en primer lugar, a través de aquellas medidas de control migratorio (entre ellas la expulsión) que pudieran significar la separación de padres e hijos; en segundo término, en el tratamiento que se dé al principio de unidad familiar en las disposiciones relativas al ingreso y la residencia, y en particular, en la radicación por vínculo familiar y el mecanismo de reagrupación familiar.

En el caso de los niños y niñas en contextos de migración, tanto las garantías procesales como el derecho a la vida familiar, tienen una importancia sustancial. Por ello, en este capítulo se examinará la vigencia de las garantías de debido proceso de niños y niñas migrantes e hijos e hijas de migrantes en trámites de expulsión, ingreso, repatriación o residencia, y el respeto o vulneración, según el caso, del derecho a la vida familiar en dichos procedimientos. En función de dicho análisis, junto a los estándares internacionales aplicables a estas temáticas, se describirá el marco jurídico, prácticas y políticas públicas desarrolladas por los Estados de la región, que inciden en la vigencia, o no, de esas garantías. Asimismo, evaluaremos el grado de reconocimiento del derecho a la vida familiar de niños y niñas en esas circunstancias, así como las cuestiones pendientes en relación con ambas temáticas.

En cuanto a las garantías, se observarán en

particular los siguientes procedimientos: aquellos relativos a la entrada al país de destino en una zona de frontera; los que atañen a la determinación del estatus migratorio o el otorgamiento de una residencia de acuerdo con una categoría prevista en la normativa migratoria vigente (familia, trabajo, estudios, otros); y, finalmente, los que se refieren a la emisión y tramitación de una decisión de expulsión, repatriación o retorno.

En el análisis de cada uno de estos procesos, se tendrán en cuenta las distintas situaciones en las que puede encontrarse el niño. Estas circunstancias pueden ser: que haya migrado con su familia o lo haya hecho no acompañado -tanto si sus padres han permanecido en el país de origen como si se encuentran en el país de destino-, que exista un proceso de expulsión seguido contra alguno de sus progenitores migrantes siendo el niño nacional del país en que habita el grupo familiar, y que sus padres hayan iniciado los trámites para la reunificación familiar.

A continuación indagaremos en la vigencia del derecho a la vida familiar en el marco de los mencionados procesos. El modo en que se regulan las condiciones de acceso y permanencia de personas migrantes en el territorio de un Estado del cual no son nacionales, puede ser concluyente en cuanto a la posibilidad, o no, de ejercer una vida familiar en el país de destino. Como se verá, diferentes organismos internacionales y tribunales

nacionales se han referido a esta cuestión. Por ello, en los procedimientos de índole migratoria, analizaremos en qué medida su regulación e implementación se ajusta a los deberes concretos que se derivan de la obligación de proteger y garantizar tal derecho a todas las personas que están bajo la jurisdicción de un Estado.

Por último, comentaremos las implicaciones que tienen, en los procedimientos de ingreso y residencia de migrantes, ciertas cláusulas normativas que establecen causales que impedirían a los migrantes ingresar y permanecer en otro país, algunas de las cuales configuran mecanismos contrarios al principio de no discriminación.

La vigencia de las garantías de debido proceso y del derecho a la vida familiar de la niñez en contexto de migración requiere, por un lado, políticas públicas que reconozcan y busquen asegurar tales derechos a todas las personas migrantes, y por el otro, que esas medidas contemplen mecanismos especiales que tengan en cuenta las necesidades y derechos específicos de los niños y niñas. En este sentido, la Corte Interamericana ha subrayado que “si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños y niñas el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran [...], la adopción de ciertas medidas específicas con .../.

¹⁴⁹ Declaración de la VIII Conferencia Sudamericana de Migraciones, Montevideo, 19 de septiembre de 2008, párr. 6.

el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías”¹⁵⁰.

Sin embargo, tal como hemos advertido al analizar las políticas de detención de niños y niñas migrantes, una primera reflexión sobre la realidad en América Latina y el Caribe revela una ausencia generalizada de mecanismos normativos y ejecutivos destinados específicamente a las garantías de debido proceso de los niños y niñas en los procedimientos migratorios. La amplia mayoría de las legislaciones, políticas y prácticas de la región, referidas a los trámites de ingreso, permanencia o salida de personas migrantes, y concretamente a la provisión de garantías esenciales en esos casos, carece del enfoque transversal de edad necesario para garantizar el ejercicio de los derechos por parte de los niños y niñas migrantes. Por el contrario, una característica de la regulación vigente en muchos Estados de la región es la falta de mecanismos ceñidos a los derechos y necesidades de la niñez migrante -por ejemplo, la provisión de tutores a niños y niñas no acompañados, o su participación en los procesos de expulsión de sus padres-, que permitan hacer efectivo, entre otras cuestiones, que la decisión contemplará el principio de interés superior del niño.

Esta omisión se ve agravada, como se observará, por el hecho de que algunas de las normativas vigentes omiten prever, o incluso niegan expresamente, en los diferentes procesos reglamentados, ciertas garantías procesales fundamentales, como por ejemplo, el derecho a un recurso administrativo y/o judicial o el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Asimismo, en la normativa migratoria de la región existen lagunas en cuanto al derecho a la

vida familiar de niños, niñas o hijos e hijas de migrantes. Por ejemplo, las disposiciones vigentes en los procesos que pueden derivar en una separación de padres e hijos, como consecuencia de una orden de expulsión del país dictada a los padres de niños y niñas nacidos en el país de destino, la regulación de la reunificación familiar en el país de destino o de la vida familiar de niños y niñas no acompañados, bien en el país de origen o en el de destino. Las omisiones e incluso francas transgresiones a los principios de derechos humanos verificadas en la regulación de estas cuestiones, configuran un escenario en el cual urgen importantes cambios que permitan asegurar el respeto del derecho a la vida familiar.

Antes de ingresar en detalle en las dos temáticas centrales de este capítulo, ofrecemos, a modo de introducción conceptual, una aproximación al contenido del principio que debería guiar los procedimientos posibles derivados del retorno de un niño migrante al país de origen, ya sea que se encuentre solo o con sus padres. Nos referimos al principio que prohíbe identificar la expulsión como una sanción. El corolario de este principio es que la repatriación, cuando corresponda, sólo podrá constituirse como una medida de protección dispuesta en el interés superior del niño y luego de un proceso respetuoso de las garantías fundamentales de debido proceso y de otros derechos que pudieran estar involucrados en cada caso (entre ellos, el derecho a la vida familiar).

2. El principio de no expulsión de niños y niñas migrantes como sanción

La decisión de repatriar a un menor de edad desde el país donde habita hacia su país de origen, sea que se encuentre con su familia o que se trate de un niño no acompañado, deberá adoptarse teniendo en cuenta el interés superior del niño. Ello implica que la medida tendrá que estar enmarcada en una lógica de protección y no de sanción. En ningún caso una medida que disponga el retorno de un niño migrante al país del que es nacional debiera tener una naturaleza sancionatoria.

Si se trata de niños y niñas que migran con su familia, es razonable entender que, sin perjuicio de las causas puntuales que hayan impulsado el traslado, la decisión de migrar ha sido de los padres, por lo que difícilmente el Estado de destino puede imponer una sanción a niños o niñas en razón de aquello que han determinado sus padres. Menos aún si la expulsión conlleva, como sucede usualmente, una pena adicional generalmente materializada en la prohibición de reingreso a ese país por una determinada cantidad de años. Por lo tanto, ante una eventual expulsión de los padres debido a un ingreso irregular o a la falta de permiso de residencia, la repatriación o retorno de su hijo o hija al país de origen no debería disponerse con el carácter de sanción sino como una medida para su protección en razón del principio de unidad familiar, y siempre que ello sea en su interés superior (lo que implica, entre otras cuestiones, asegurar su derecho a ser oído, atendiendo a su edad y madurez).

En el caso de niños y niñas no acompañados, la respuesta del Estado de destino debe estar basada,

indefectiblemente, en una lógica de protección integral de la infancia. La situación de vulnerabilidad en que se encuentran los migrantes menores de edad en estos casos es un elemento que refuerza la imposibilidad de concebir la decisión sobre su futuro en los términos de una sanción. Asimismo, es preciso que la evaluación que haga el Estado sobre si el retorno al país de origen es la solución que mejor satisface el interés superior del niño, particularmente por razones de unidad y reunificación familiar, se alcance luego de un procedimiento que, por un lado, respete las debidas garantías procesales del niño, y por el otro, incluya las pertinentes indagaciones a fin de asegurar que la repatriación a su familia y comunidad no sólo será posible y efectiva sino también en su mejor interés y protección.

Organismos internacionales como el Comité de los Derechos del Niño y el ACNUR, así como otras instituciones públicas y de la sociedad civil de distintos países, han afirmado el principio de protección que debería guiar la actuación de los Estados en estos procedimientos, frente a los objetivos y metas que se puedan fijar en materia migratoria. En este sentido, el Comité ha señalado, en relación con los niños y niñas no acompañados, que “el retorno al país de origen podrá decidirse, una vez ponderados debidamente el interés superior del menor y otras consideraciones, si estas últimas están fundadas en derechos y prevalecen sobre el interés superior del menor [...] 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”¹⁵¹.

• 150 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/02, Condición Jurídica y Derechos de los Niños, cit., párr. 98.

• 151 Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 6, cit., párr. 86.

Asimismo, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y la Alianza Internacional Save the Children destacaron la necesidad de ponderar el interés superior del niño al momento de decidir su retorno: “Un menor no acompañado sólo podrá ser devuelto si se considera que la devolución es en interés superior del menor. Todas las demás consideraciones, por ejemplo, la lucha contra la inmigración ilegal, han de ser secundarias. La mejor forma de llevar a cabo la reunificación familiar y el regreso al país de origen es hacerlo de forma voluntaria. Los menores han de ser plenamente informados y consultados y sus opiniones respetadas a lo largo de todo el proceso. El tiempo que un menor haya estado fuera de su país de origen y su edad son factores importantes a tomar en cuenta en ese proceso”¹⁵².

Por su parte, la Red Europea de Defensores de la Niñez señala la importancia de que la repatriación sólo sea decidida si atiende al mejor interés del niño: “El principio ENOC [European Network Ombudspersons for Children] no.10 define el regreso de los menores como una re-integración en su entorno social de origen (familia, institución de atención u otros), la cual debe ser buscada sólo a través de una repatriación asistida voluntaria y sólo si esta es considerada ser de sus mejores intereses, después de una cuidadosa evaluación incluyendo la debida atención de sus puntos de vista. El Artículo 10 de la Directiva no garantiza una re-integración, sino deja la re-patriación como una tarea de la policía...”¹⁵³

En definitiva, las políticas de control migratorio, aplicadas en las circunstancias comentadas, deben

partir de un principio que podríamos sintetizar como “niño primero, migrante segundo”, lo cual exige asegurar un enfoque de “protección de la niñez” en materia de control migratorio. El énfasis debe colocarse en garantizar que las normas y las prácticas de control sean compatibles con las obligaciones que emanan de las normas nacionales y los tratados internacionales relativos a los derechos de la niñez¹⁵⁴.

En la amplia mayoría de las normativas migratorias de los países de América Latina, la regulación de las causas de expulsión por infracciones de índole migratoria y de los procedimientos a seguir en estos casos, no incluye alusión alguna o distinción respecto de los niños y niñas migrantes¹⁵⁵. Es por ello que una primera observación en relación con la legislación vigente en la región nos obliga a enfatizar en la necesidad de reformular el marco jurídico a fin de ajustar cualquier acto que involucre la repatriación de un niño a una lógica centrada en la protección y no en la sanción de la condición migratoria irregular en que pueda encontrarse.

3. Procedimientos migratorios y garantías de debido proceso

De acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el debido proceso legal es el conjunto de requisitos que deben respetarse en las instancias procesales a fin de que las personas estén en condiciones de defender sus derechos frente a cualquier acto del Estado que pueda afectarlos, se trate de un procedimiento administrativo o jurisdiccional¹⁵⁶. Entre estos procesos, deben incluirse todos aquellos que resuelvan acerca del ingreso, la permanencia o la salida del país de las personas migrantes.

De manera más específica, la Corte IDH señaló que el derecho al debido proceso legal debe ser reconocido y garantizado a todo los migrantes, sin perjuicio de la condición migratoria en que se encuentren¹⁵⁷. De esta manera, ha fijado un amplio marco protector al debido proceso legal en el ámbito de la migración¹⁵⁸. A modo de ejemplo, la Corte destacó que en estos procedimientos puede vulnerarse el derecho a las garantías y a la protección judicial por circunstancias tales como el riesgo de la persona a ser deportada o privada de su libertad cuando acude a las instancias administrativas o judiciales, así como por la negativa de la prestación de un servicio público y gratuito de defensa legal a su favor, lo cual impide que se hagan valer los derechos en juicio, siendo un deber del Estado garantizar que el acceso a la justicia sea efectivo, no solo formal sino real¹⁵⁹.

Por su parte, la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y sus Familias de la CIDH, ha señalado

que en todo procedimiento de carácter no penal a que pueda verse sometido un trabajador migrante, debe regir un cierto quantum de debido proceso y destacó que, en todos los casos en los que está en juego el goce efectivo de un derecho o un interés legítimo, las decisiones de la autoridad pública deben adoptarse sólo después de que el interesado sea debidamente escuchado por las autoridades. Finalmente indicó que el principio del debido proceso, es aplicable no sólo a las decisiones jurisdiccionales sino también a las que adoptan las autoridades administrativas¹⁶⁰.

En el ámbito migratorio predominan los procesos de tipo administrativo, sin perjuicio de las mayores o menores facultades que cada país otorga a los tribunales de justicia. Los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos han afirmado que en aquellos casos en que las personas involucradas en el proceso son niños o niñas, se mantiene -e incluso podríamos enfatizar que se refuerza- el deber de asegurarles las garantías fundamentales de debido proceso¹⁶¹.

Los diferentes elementos que conforman el debido proceso legal a nivel administrativo y judicial (por ejemplo, el derecho a un proceso y a que éste se encuentre regulado por ley, el derecho a una decisión fundada, a ser oído, a contar con asistencia jurídica gratuita, a recurrir la decisión, a acceder a la justicia para que sea revisada la decisión, etc.) no sólo deben estar garantizados a toda persona sujeta a la jurisdicción de un Estado, incluidos los y las migrantes con independencia de su estatus migratorio, sino que, en el caso de los niños y niñas, deben estar ajustados a su condición, necesidades

• 152 ACNUR y Save the Children, Tercera Edición de la Declaración de Buenas Prácticas del Programa de Menores no Acompañados en Europa, 2004, párr. 13.6.1.

• 153 ENOC, Declaración sobre el ‘Retorno’ de la Directiva de la UE, del 18.6.2008.

• 154 Crowley, Heaven, ILPA (Immigration Law Practitioners’ Association) position paper, “Child First, Migrant Second. Ensuring that every child matters”, London, 2006, pp. 64-66.

• 155 A modo de excepción, la nueva ley migratoria de Costa Rica establece que: “Las personas menores de edad no serán sujetos de deportación, ni expulsión del territorio nacional, salvo en resguardo de su propio interés” (art. 185).

• 156 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, cit., párrs. 124-127.

• 157 Ídem, párr. 122.

• 158 Instituto Interamericano de Derechos Humanos, “El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: su jurisprudencia sobre debido proceso. DESC, libertad personal y libertad de expresión”, Costa Rica, 2005, p. 61.

• 159 Corte IDH, OC-18/03, párr. 126.

• 160 CIDH, Relatoría sobre Trabajadores Migratorios, Segundo Informe de progreso, cit., párr. 95.

• 161 Corte IDH, OC-17/02, Condición Jurídica y Derechos del Niño, cit., párrs. 92-103.

y derechos. A su vez, tal como hemos comentado en otros pasajes de este estudio, las personas migrantes cuentan con garantías específicas, como el derecho a la asistencia consular, la prohibición de dictar expulsiones colectivas (que obliga al examen individual de la situación de cada persona) y el derecho a contar con la asistencia de un intérprete.

La identificación de la solución que mejor respeta el interés superior del niño en cada caso particular, sólo podrá obtenerse a través de un procedimiento que cumpla con las garantías del debido proceso ya

que, de lo contrario, resultaría imposible conocer debidamente las circunstancias del caso y, por ende, determinar si la medida a adoptar tiene en cuenta el interés superior del niño y otros principios de derechos humanos. Por otra parte, si se brinda a los niños y niñas el marco adecuado para que se expresen, si son asistidos por un defensor y si se produce la prueba que señalan, sin dudas quienes deban resolver sobre su situación contarán con los mejores elementos posibles para alcanzar una solución respetuosa de los derechos humanos y el interés superior del niño.

Los derechos de los niños y los procedimientos administrativos y judiciales

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/02, párrafo 93-94.

“Entre estos valores fundamentales figura la salvaguarda de los niños, tanto por su condición de seres humanos y la dignidad inherente a éstos, como por la situación especial en que se encuentran. En razón de su inmadurez y vulnerabilidad, requieren protección que garantice el ejercicio de sus derechos dentro de la familia, de la sociedad y con respecto al Estado. Estas consideraciones se deben proyectar sobre la regulación de los procedimientos, judiciales o administrativos, en los que se resuelva acerca de derechos de los niños y, en su caso, de las personas bajo cuya potestad o tutela se hallan aquéllas”

Los acápites que conforman esta sección examinan diversos elementos que componen el debido proceso legal respecto de la niñez en el contexto de la migración internacional. Como se verá, en la mayoría de los países de América Latina y el Caribe pueden identificarse numerosas ausencias normativas y diversas irregularidades en las prácticas administrativas, que repercuten negativamente en los derechos fundamentales de niños y niñas migrantes o de los hijos e hijas de padres migrantes nacidos en el país de destino. Entre estas omisiones, como ya se indicó, la más frecuente es la falta de previsiones y mecanismos específicos para asegurar las garantías procesales a la niñez migrante. Excepcionalmente, existen

normas en las cuales se establece la obligación de asegurar el interés superior del niño y respetar su derecho a la vida familiar, en el marco de procedimientos de expulsión (ver cuadro aparte).

Por estas razones, una primera recomendación general que debería hacerse a los Estados es la revisión de la legislación y las prácticas migratorias con el objeto de introducir transversalmente un enfoque basado en las necesidades y los derechos específicos de la niñez, en particular en los procedimientos migratorios referidos al ingreso, permanencia o salida del país, tanto de los niños y niñas como de sus padres.

Niños, procedimientos migratorios y vida familiar

Panamá, Decreto-ley 3/2008, artículo 66:

“El Servicio Nacional de Migración, antes de ordenar la deportación, deberá: [...] 6. Procurar que se preserve el interés superior de las personas de edad y la unidad familiar”.

3.1. El derecho a expresarse y a ser oído. El derecho a un intérprete.

El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece la obligación de los Estados de garantizar, a todos los niños y niñas que estén en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, debe otorgarse a los niños y niñas la oportunidad de ser escuchados, “en todo procedimiento judicial o administrativo que [les] afecte [...], 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”. El derecho a ser oído es una garantía imprescindible en el caso de los niños y niñas (ver cuadro aparte).

El derecho a ser oído está, a su vez, intrínsecamente ligado al derecho a expresarse y a recibir información. Por ello, a fin de formarse una opinión que pueda expresar y ser escuchada en dichos procedimientos, el niño tiene derecho a buscar, recibir y difundir información e ideas de todo tipo (artículo 13, CDN).

En el marco de procedimientos referidos a la situación migratoria, estos derechos deben ser plenamente respetados a todas las personas sujetas a ellos, tal como han señalado diversos organismos internacionales¹⁶². En ese sentido se ha pronunciado la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios de la Comisión Interamericana que ha destacado, además de la importancia de respetar el derecho a ser oído, la trascendencia de que las personas cuenten, en aquellos procesos que

El derecho de los niños y niñas a ser oídos

Asamblea General del Consejo de Europa, Recomendación No.1286 (1996)
sobre una estrategia europea para la infancia

“El derecho a ser oído es un derecho fundamental que se constituye en un mecanismo integrador de su interés superior, que se garantiza no sólo con preguntarle al niño o a la niña su opinión, puesto que incluye además la materialización de otros igualmente importantes, tales como el previo a ser informado sobre sus derechos (artículo 42 de la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas), las circunstancias en que se encuentra, las decisiones que respecto a él puedan ser acordadas, y sobre los medios y las vías de recurso con las que cuenta [...] Supone además la necesidad de ofrecerle al menor la oportunidad de manifestar «libremente» su opinión, la cual deberá ser respetada y sopesada con seriedad en cualquier procedimiento de tipo judicial o administrativo que le afecte. La participación especial de los niños y las niñas en tales asuntos no debe ser meramente simbólica, sino que ha de estar dirigida a determinar unas opiniones que sean representativas”.

¹⁶² Global Migration Group, International Migration and Human Rights, cit., p. 22.

podieran derivar en una medida de expulsión, con la asistencia de un traductor que les permita darse a entender y comprender acabadamente lo que se disponga en relación con su situación. En palabras de la Relatoría, “en estos procedimientos, el trabajador migratorio debe tener y gozar efectivamente del derecho a ser escuchado para alegar lo que estime correspondiente y así defender su derecho a no ser deportado. Este derecho a una audiencia debe extenderse a su capacidad para conocer y contradecir la prueba que se ofrezca en su contra, y para ofrecer y producir pruebas pertinentes, así como la oportunidad razonable para hacerlo [...] Debe garantizarse que el inmigrante, cualquiera que sea su estatus, entienda el procedimiento al que está sujeto, incluidos los derechos procesales que le asisten. A tal fin, de ser necesario, deben ofrecerse servicios de traducción e interpretación en el idioma que la persona entienda”¹⁶³.

En el ámbito migratorio, el derecho a ser oído también es esencial para evitar la vulneración de otros derechos. A modo de ejemplo, en caso de niños y niñas no acompañados, resulta fundamental escuchar al niño para evitar la afectación del principio de no devolución, o para evaluar su grado de integración en la sociedad de destino o los efectos que su repatriación podría acarrear en el goce de derechos como la salud, la educación o la vida familiar. Asimismo, en los procesos de expulsión de migrantes adultos, escuchar a sus hijos (nacidos en el país de destino o incluso migrantes como sus padres) puede ser determinante para, por ejemplo, optar por la regularización migratoria en lugar de la deportación, en virtud de principios como el de la unidad familiar o el interés superior del niño. Más adelante, se

retomarán algunas de estas cuestiones al analizar la relación entre los procedimientos migratorios y el derecho a la vida familiar.

Por otra parte, ha sido subrayado el impacto negativo que puede tener la deportación en los niños y niñas, tanto si están solos como con sus padres. En caso de haber migrado junto a su familia, la migración suele haber sido ya un proceso complejo y traumático para un niño. Luego, una eventual expulsión de la familia al país de origen podría implicar, según las circunstancias del caso, nuevos perjuicios. La repatriación puede ser una experiencia muy estresante para un niño, y si bien no hay suficiente información sobre los efectos de un retorno forzoso sobre los niños y niñas, se ha señalado que, generalmente, no quieren regresar al país de origen en particular cuando ellos o sus padres han invertido un gran esfuerzo en su proyecto migratorio¹⁶⁴.

Consideraciones de esta naturaleza refuerzan la trascendencia de permitir que el niño se exprese y sea escuchado en el marco de un procedimiento que pudiera devenir en su repatriación.

A su vez, en los procedimientos que pudieran suponer la expulsión de ambos padres (o uno de ellos), y siendo los niños o niñas nacionales del país donde habitan, el derecho a ser oído del niño será fundamental para determinar los impactos que una medida de este carácter pudiera generar en ellos. Asimismo, es un paso fundamental para tener en cuenta qué alternativa estaría más ajustada, en cada caso, al interés superior del niño.

Pese a la importancia del derecho a ser oído, no todas las legislaciones de la región reconocen expresamente ese derecho para los extranjeros en

los procedimientos migratorios. Muchas de ellas, tampoco regulan instancias para que la persona migrante pueda expresarse sobre el asunto en discusión (por ejemplo, una audiencia oral durante la cual alegar los motivos que justificarían una autorización de residencia o ingreso, o que cancelarían una medida de expulsión). Son muy pocos los países que incluyen la celebración de una audiencia en estos procedimientos¹⁶⁵. A su vez, aún en las normas que sí contemplan la realización de un proceso en el que se prevé el derecho a ser escuchado, prácticamente ninguna menciona textualmente este derecho en relación con los niños y niñas ni regula específicamente las modalidades para garantizar su participación y/o los mecanismos para que sean oídos según su edad, su grado de madurez, sus necesidades, derechos y otros elementos involucrados en el análisis de esos casos.

Por otra parte, tal como ha señalado la Relatoría de la CIDH, a fin de que las garantías de debido proceso, y en particular el derecho a ser oído, se respeten efectivamente, es necesario que el niño cuente con un intérprete o traductor que lo asista, en caso de hablar un idioma distinto al del país en que se encuentra. Algunas leyes migratorias vigentes en la región prevén expresamente la provisión de un intérprete¹⁶⁶.

Por último, cabe señalar que el derecho a ser oído, en toda su extensión, no sólo ha tenido una limitada atención en las leyes migratorias sino también en las prácticas de los Estados de la región. Así, en la última década se han divulgado diferentes

informes que dan cuenta de la existencia de numerosos casos de expulsión de facto de migrantes, que se han concretado en el traslado de personas al otro lado de la frontera, sin que se les haya dado posibilidad de ser oídas ante alguna autoridad competente¹⁶⁷. También se han relevado casos en los que no se ha garantizado a los migrantes el derecho a ser oídos, no se les ha ofrecido información adecuada ni tampoco servicios de interpretación¹⁶⁸.

En función de lo expuesto a lo largo del presente epígrafe, consideramos pertinente formular las siguientes recomendaciones.

• 163 CIDH, Relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias, Segundo Informe de progreso, cit., párr. 99.c.

• 164 Touzenis, K., Human Rights of Migrant Children, IOM, cit., p. 44.

• 165 Guatemala, Ley de Migración, art. 113; Venezuela, Ley de Extranjería y Migración, art. 43.

• 166 Entre ellas, Argentina, Ley de Migraciones, art. 86; Venezuela, ley de extranjería y migración, art. 43.

• 167 CIDH, Relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias en el hemisferio, Cuarto Informe de progreso. Visita in loco a Costa Rica, párr. 199.

• 168 CIDH, Relatoría de Trabajadores Migratorios, Cuarto Informe de progreso, Visita in loco a Guatemala, cit., párr. 16; Procuraduría de Derechos Humanos de El Salvador, Informe al Comité de trabajadores migratorios de la ONU, cit., p. 62; Centro de Derechos Humanos “Fray Matías de Córdoba”, crisis de derechos humanos en la frontera sur de México, cit., p. 17.

Recomendaciones sobre el ejercicio del derecho a ser oído por parte de niños migrantes e hijos de migrantes

- Los Estados deberían diseñar mecanismos destinados a asegurar el derecho a ser oído de los niños y niñas en los procedimientos de repatriación (tanto si están solos como junto a su familia).
- La normativa y las prácticas también deben asegurar que los niños y niñas sean escuchados en el marco de procedimientos relativos al ingreso, residencia o expulsión de sus padres, o de todo el grupo familiar.
- Deberían asegurarse los recursos humanos y económicos necesarios para garantizar el ejercicio del derecho de los niños a ser oídos. Ello incluye, entre otras cuestiones:
 - Que sean los funcionarios capacitados en niñez, derechos humanos y migración quienes tengan a su cargo la atención y tratamiento de los casos.
 - Que se disponga de intérpretes (a través, por ejemplo, de convenios entre el Estado y asociaciones de traductores profesionales)

3.2. Derecho a la asistencia jurídica gratuita

Otro elemento fundamental del debido proceso legal es la posibilidad de contar con asistencia jurídica, en el marco de los procedimientos migratorios en los cuales puede definirse la entrada, la adquisición de un permiso de estancia o la expulsión del país de una persona. Tal como ocurre en otros procedimientos jurídicos, las personas que no pueden pagar los costos de un asesor legal, deben tener acceso a un asesoramiento gratuito. En el caso de las persona migrantes, y particularmente de quienes se encuentran en situación migratoria irregular, la gratuidad suele ser imprescindible. Más aún en el caso de los niños y niñas no acompañados.

Según la Relatoría de la Comisión Interamericana, los Estados deben garantizar “a la persona presuntamente deportable la posibilidad de ser representada por abogados de su elección, o bien por personas idóneas en la materia”. Si bien la Relatoría reconoce que posiblemente no sea exigible que el Estado provea defensa profesional

gratuita como ocurre en materia penal, ésta sí debiera ofrecerse a aquellas personas que no puedan afrontar su costo¹⁶⁹. En estos supuestos, la asistencia jurídica gratuita resulta ser un derecho a garantizar, ya que de lo contrario se trataría de un servicio prestado en forma discriminatoria en virtud de la condición económica de la persona. Por tal razón, la Corte IDH ha afirmado que se vulnera el derecho a las garantías y a la protección judicial “por la negativa de la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal” a migrantes en casos de expulsiones¹⁷⁰.

Sin embargo, en muchos países de América Latina y el Caribe, los migrantes no cuentan con patrocinio letrado en los trámites migratorios, ni se reconoce este derecho en la legislación. Son menos aun las ocasiones en las que se prevé el derecho a la gratuidad de este servicio. Las relatorías sobre los derechos de las personas migrantes, tanto de la CIDH como de la ONU, han señalado, al visitar países de la región, que en general las personas no cuentan con asistencia legal en los procedimientos migratorios¹⁷¹.

El derecho a la representación legal se concreta en la existencia y disponibilidad de mecanismos y medios que permitan obtener de manera efectiva esa representación legal. Por ello, es necesario que los Estados diseñen e implementen políticas públicas que permitan asegurar el acceso a ese derecho en el marco de los procedimientos migratorios. En Argentina, por ejemplo, a fines de 2008 se celebró un acuerdo entre la Dirección Nacional de Migraciones y la Defensoría General de la Nación, a fin de contratar abogados cuya función sería brindar asistencia legal gratuita a los migrantes, en virtud de lo ordenado por el artículo 86 de la ley migratoria vigente (ver cuadro aparte).

En otras oportunidades se ha detectado que aún cuando la legislación reconoce este derecho y se crean mecanismos para hacerlo efectivo, no se designan las partidas presupuestarias necesarias para organizar un sistema de asistencia jurídica efectiva. En éstas y otras ocasiones, dicho servicio es brindado por organizaciones de la sociedad civil¹⁷². En algunos casos, se señaló que los servicios jurídicos gratuitos que con carácter general provee el Estado a las personas que no cuentan con recursos económicos, exigían el documento

nacional de identidad del país, excluyendo así a las personas extranjeras en situación migratoria irregular¹⁷³.

Más adelante, al examinar la situación de los niños y niñas no acompañados, se mencionarán algunos aspectos específicos sobre el derecho a la asistencia jurídica. No obstante corresponde adelantar que, en dichas circunstancias, el acceso al servicio resulta ineludible ya que, de encontrarse con sus padres, éstos últimos ejercerían el derecho por ellos (aunque en algunos casos excepcionales el interés superior del niño obligaría a proveer un asesoramiento jurídico diferenciado). En cualquier caso, es preciso señalar que la legislación migratoria en la región no alude específicamente a la asistencia legal a los niños y niñas, aunque el reconocimiento de este derecho en algunas de las normas migratorias permitiría predicar que éste se extiende a todas las personas migrantes, tanto adultos como niños.

Como corolario de las consideraciones presentadas en este epígrafe, presentamos a continuación las recomendaciones respectivas.

Derecho de asistencia jurídica gratuita Argentina, Ley de Migraciones (ley 25.871), artículo 86:

“Los extranjeros que se encuentren en territorio nacional y que carezcan de medios económicos, tendrán derecho a asistencia jurídica gratuita en aquellos procedimientos administrativos y judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, al retorno a su país de origen o a la expulsión del territorio argentino”.

• 169 CIDH, Relatoría de Trabajadores Migratorios y sus Familiares, Segundo Informe de Progreso, cit., párr. 99.d.

• 170 Corte IDH, OC-18/03, cit., párr. 126. En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional de España, en su sentencia STC 95/2003 (del 22 de mayo de 2003) declaró la inconstitucionalidad del artículo 2.a de la Ley sobre asistencia jurídica gratuita nro. 1/1996, que únicamente reconocía el derecho a la asistencia jurídica gratuita a los extranjeros que tuvieran residencia legal en el país.

• 171 CIDH, Relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias, Cuarto Informe de progreso, Visita in loco a Guatemala, cit., párr. 371; Relator especial de Naciones Unidas sobre los derechos humanos de los migrantes, Visita oficial a Guatemala, nota de prensa, 28 de marzo de 2008.

• 172 CIDH, Relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias, Visita in loco a México, 2002, párr. 303; Montero, Mora, F., Estudio y diseño del Área Encargada de las Políticas de Integración para el desarrollo de la población migrante y refugiada de la Dirección General de Migración y Extranjería -Versión Ejecutiva-, República de Costa Rica, PNUD, UNFPA, UNICEF, ACNUR, OIM, Dirección General de Migración y Extranjería, San José, 2007, p. 36.

• 173 Clínica Jurídica Derechos de Inmigrantes y Refugiados (CELS-CAREF-Universidad de Buenos Aires), “Derechos de las personas migrantes luego de la sanción de la nueva Ley de Migraciones 25.871: sin cambios efectivos”, en CELS, Informe Anual de Derechos Humanos, Siglo XXI Ed., Buenos Aires, 2007, pp. 293-309, p. 304.

Recomendaciones sobre el derecho a la asistencia jurídica gratuita

- Los Estados deberían organizar servicios de asistencia jurídica gratuita dirigidos a asesorar y defender a las personas migrantes en los procedimientos relativos al ingreso y la residencia en el país de destino, o la repatriación a su país de origen.
- Según el caso, podría tratarse de un servicio exclusivamente abocado a la cuestión migratoria, o bien asegurar que estos temas sean abordados por los servicios generales de asistencia jurídica gratuita que provee el Estado. En ambos supuestos, los abogados/as deben estar capacitados en la temática migratoria y en los derechos de las personas migrantes.
- Este cuerpo de asesores legales tiene que contar con personas debidamente capacitadas, además, en los derechos de la infancia, y trabajar junto a profesionales de diversas disciplinas (psicología infantil, pedagogía, etc.), a fin de brindar una atención integral a los niños y niñas migrantes
- Los servicios jurídicos gratuitos deben brindarse asegurando su acceso efectivo a las diferentes regiones del país, tanto en las ciudades como en las áreas rurales, y específicamente en las zonas de frontera.

3.3. El derecho a un recurso efectivo y el acceso a la justicia

Antes de adoptar una decisión respecto a la situación migratoria de una persona (adultos y niños) se deberá garantizar, a cada una de las partes involucradas, la posibilidad de llevar adelante las siguientes actividades: brindar los fundamentos sobre el sentido que debería tener la resolución, presentar pruebas y refutar los razonamientos y pruebas de la otra parte. Además, como se señaló, debe asegurarse el derecho a ser oído y la asistencia jurídica gratuita. Luego de la decisión, se debe permitir la presentación de recursos dirigidos a revisar la medida adoptada, tanto a nivel administrativo como judicial.

El artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) determina las garantías de las que goza toda persona involucrada en un proceso administrativo o judicial que pueda afectar sus derechos fundamentales: “Toda persona

tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. A su vez, el artículo 25 regula el derecho al recurso judicial del que gozan todas las personas que vean afectados sus derechos¹⁷⁴.

La Comisión Interamericana, en referencia a procesos de expulsión de migrantes, ha señalado que “...tratándose pues de todo tipo de juicios, deben considerarse como elementos constitutivos del derecho a la defensa: estar presentes durante el proceso, tener abierta la posibilidad de ofrecer pruebas y de contradecir las que ofrezca la parte contraria...”¹⁷⁵. A su vez, la Comisión ha analizado la jurisprudencia de varios países en materia de deportación de migrantes, con el objeto de

destacar diversos elementos del debido proceso que deben resguardarse, como el derecho a una audiencia, a exponer las razones en contra de la expulsión, y a contar con asistencia legal, tanto en las instancias administrativas como judiciales¹⁷⁶. Según la CIDH, las normas del debido proceso deben aplicarse no sólo en procedimientos de carácter penal, sino también en otros, como aquellos no penales, llevados adelante contra “no ciudadanos”¹⁷⁷.

Entre los elementos del debido proceso, la Comisión destacó el derecho a ser notificado de una decisión de expulsión del país. En ocasión de analizar casos concretos sometidos a su consideración, la CIDH entendió que la omisión de asegurar tal derecho podría constituir una violación del debido proceso legal garantizado en el artículo 8 de la CADH¹⁷⁸.

Por otra parte, la Comisión ha examinado con particular atención dos aspectos del debido proceso en el ámbito migratorio: por un lado, el derecho a contar con un recurso efectivo contra una decisión que ordene la expulsión del país o deniegue un permiso de ingreso o residencia; por otro, el derecho a que la decisión, si fuera adoptada por una autoridad administrativa, pueda ser revisada judicialmente, para que un tribunal de justicia determine si la disposición se ajusta al marco jurídico vigente, y en particular, a los derechos humanos garantizados en los tratados internacionales. En el caso de niños y niñas, esta instancia de revisión permite, entre otras cuestiones, identificar si la resolución ha tenido debidamente en

consideración el principio del interés superior.

En este sentido, al analizar casos de expulsiones de migrantes en los países de la región, la Comisión ha subrayado que de acreditarse la realización de deportaciones inmediatas, que no brindan a los migrantes que son objeto de las mismas la oportunidad de cuestionar la medida ante las autoridades competentes, se estaría ante una violación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana¹⁷⁹. En otra oportunidad, destacó la relevancia del derecho a la revisión judicial de las decisiones de las autoridades estatales referidas a la cancelación de residencia y posterior expulsión de extranjeros. Allí, precisó que las personas deberían haber tenido acceso a un órgano judicial a fin de que éste determinase la legalidad de la detención y la validez de las pruebas de cargo, diera lugar a la presentación de pruebas de descargo y permitiera la impugnación judicial de la decisión de expulsión¹⁸⁰.

El derecho a acceder a los tribunales de justicia por parte de personas migrantes fue examinado en otro caso sujeto a la consideración de la CIDH, quien decidió que las acciones de interceptación y devolución sumarias de migrantes y solicitantes de asilo, ejecutadas en omisión de un procedimiento adecuado, constituían una afectación del derecho a acceder a la justicia. Ello porque estas medidas no brindan a las personas migrantes afectadas la oportunidad de plantear y defender sus derechos ante una autoridad competente, particularmente ante un tribunal de justicia¹⁸¹. En el mismo sentido, afirmó que la aplicación de una pena de prisión y posterior deportación de una persona migrante,

• 174 CADH, artículo 25: “1) Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2) Los Estados partes se comprometen: a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos: a- de toda persona que interponga tal recurso; b- a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c- a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso...”

• 175 CIDH, Informe 49/99, caso Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz c. México, caso 11.610, del 13 de abril de 1999, párr. 58.

• 176 Ídem, párr. 67.

• 177 CIDH, Informe N° 56/06, Admisibilidad, caso Wayne Smith c/ Estados Unidos, 20 de julio de 2006, párr. 51.

• 178 CIDH, Informe n° 09/05, Petición 1/03, Admisibilidad, caso Elías Gattass Sahih, Ecuador, 23 de febrero de 2005, párrs. 6 y 41. La falta de notificación previa sobre la existencia del procedimiento administrativo también resulta un factor de relevancia en el caso Benito Tide Méndez, Antonio Sensión, Andrea Alezi, Janty Fils-Aime, William Medina Ferreras, Rafaelito Pérez Charles, Berson Gelim y otros v. República Dominicana; CIDH, Informe N° 68/05, Petición 12.271, Admisibilidad, del 13 de octubre de 2005.

• 179 CIDH, caso José Sánchez Guner Espinales y otros c/ Costa Rica, Informe N° 37/01, caso 11.529, del 22 de febrero de 2001, párr. 51; CIDH, caso Juan Ramón Chamorro Quiroz vs. Costa Rica, caso 11.495, Informe No. 89/00, del 5 de octubre de 2000, párrs. 32-36.

• 180 CIDH, caso Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz c. México, cit., párr. 44.

• 181 CIDH, caso Comité Haitiano de Derechos Humanos et al. v. Estados Unidos de América, caso 10.675, Informe No. 51/96, del 13 de marzo de 1997, párr. 180.

por parte de una autoridad administrativa y sin la posibilidad de contar con un control judicial posterior de la decisión, configuraría una violación de los citados artículos 8 y 25 de la CADH¹⁸².

Con el mismo criterio, la Relatoría de la CIDH sobre trabajadores migratorios precisó que las personas migrantes sin permiso de residencia deben tener el derecho a presentar un recurso de amparo que asegure una revisión judicial de medidas adoptadas por autoridades migratorias. En particular, destacó que, independientemente del estatus migratorio, todas las personas deberían poder acceso a un recurso judicial efectivo a fin de controvertir las decisiones en materia migratoria que establezcan los organismos administrativos competentes¹⁸³.

A pesar de los estándares comentados, la legislación migratoria de diversos países de la región, al definir los procedimientos que conducen a la expulsión del país o la denegación de ingreso al territorio, dispone expresamente que la persona no tendrá recurso administrativo y/o judicial alguno contra la decisión adoptada por la autoridad competente¹⁸⁴. En alguna ocasión, los tribunales de justicia han declarado la inconstitucionalidad de esta clase de disposiciones¹⁸⁵, mientras que otros han resuelto que se trata de una restricción

legítima¹⁸⁶. Por otra parte, el Comité de Trabajadores Migratorios de la ONU ha tenido oportunidad de señalar falencias en la normativa de estados latinoamericanos en cuanto a los recursos disponibles en la normativa para las personas migrantes, especialmente en los casos de expulsión¹⁸⁷.

Algunos países disponen como única vía recursiva, una petición ante el Consulado, una vez ejecutada la expulsión¹⁸⁸. A su vez, instituciones de la sociedad civil han señalado que, en el ámbito migratorio, la legislación otorga facultades excesivamente discrecionales al poder ejecutivo, facilitando de este modo la adopción de decisiones arbitrarias por parte de las autoridades. Así, las medidas de expulsión adoptadas carecen de las garantías básicas¹⁸⁹. Entre estas irregularidades, se encuentran los procedimientos de control migratorio llevados adelante por funcionarios que no están autorizados por ley a efectuar estas actividades¹⁹⁰.

Por el contrario, otros países reconocen a los migrantes las vías recursivas establecidas con carácter general para todas las personas que son parte de un procedimiento administrativo. Sin perjuicio de estipular alguna forma de intervención previa de la autoridad migratoria, las clases de

recursos y el procedimiento a seguir, así como los derechos y garantías procesales, son los mismos que rigen para todos los habitantes (nacionales o extranjeros)¹⁹¹.

En cuanto a la posibilidad de cuestionar la medida en sede judicial, también son pocos los países cuya normativa migratoria regula el derecho a la revisión judicial de una disposición administrativa relativa al ingreso o la expulsión de migrantes¹⁹². La mayoría de las legislaciones no prevé mecanismo judicial alguno en estos casos¹⁹³. En otros, se establece expresamente que dichas decisiones no pueden ser revisadas por ninguna corte o tribunal¹⁹⁴.

En algunos países que reconocen el derecho a un recurso judicial, éste sólo se concede a personas que hayan adquirido la residencia permanente¹⁹⁵ o que tengan “condición legal”, o bien se dispone que los recursos se estipularán de acuerdo al “estatus legal” de la persona¹⁹⁶. En estos casos, las personas extranjeras con determinada categoría migratoria o con estatus migratorio irregular, no pueden ejercer el derecho de apelar ante la justicia en caso de haberseles negado el ingreso al país y tampoco pueden solicitar la revisión de una orden de expulsión.

En el aspecto material de esta problemática, es decir, la falta de control judicial en estos procedimientos, se ha podido verificar cómo

estadísticas oficiales sobre procesos de expulsión (información provista a solicitud de organizaciones no gubernamentales) revelaban la ejecución de miles de medidas de deportación de migrantes sin ninguna clase de intervención del poder judicial¹⁹⁷.

Una cuestión relevante en cuanto a los recursos provistos en la legislación (tanto administrativos como judiciales), es que éstos resulten efectivos. De lo contrario, la garantía es meramente formal. Tanto la Corte Interamericana como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han destacado, concretamente en relación con casos de expulsión de migrantes, que el derecho a un recurso efectivo precisa ser idóneo, capaz de solucionar o reparar la afectación de los derechos en juego, y ser una garantía real y no una mera declaración de intenciones. Asimismo, han ratificado que debe ser reconocido a todas las personas, independientemente de su condición migratoria¹⁹⁸. En relación con los países de la región, sin embargo, distintos organismos internacionales han indicado la ausencia de recursos que resulten efectivos en los términos descritos¹⁹⁹.

Las legislaciones que disponen recursos dirigidos a cuestionar las decisiones adoptadas, plantean opciones variadas en relación con los plazos de presentación de dichos cuestionamientos, siendo éstos en algunos casos de horas y en otros de semanas²⁰⁰.

• 182 CIDH, caso Jesús Tranquilino Vélez Loo v. Panamá, Informe Nº 95/06, Decisión de Admisibilidad, del 23 de octubre de 2006, párr. 56.

• 183 CIDH, Relatoría de Trabajadores Migratorios y miembros de sus Familias, Visita in loco a México, 2002, párr. 307.

• 184 Belice, Immigration Act, art. 27 (decisión de no ingreso de “inmigrantes prohibidos”; Chile, Decreto 1094/75, art. 84 (expulsión por tener el permiso de estancia vencido); Colombia, Decreto 4000/04, art. 72 (rechazo de ingreso); Costa Rica, Ley General de Migración y Extranjería, art. 222 (en casos de rechazo al ingreso, y deportación); Honduras, Decreto 208-2003, art. 81 (no ingreso y expulsión de personas no admitidas); Panamá, Decreto-Ley 3/2008, art. 51 (negativa a ingresar); República Dominicana, Ley 285, art. 137.II (en caso de no admisión al territorio); Trinidad y Tobago, Immigration Act, art. 27.1 (en referencia a la deportación de “inmigrantes prohibidos”).

• 185 En Ecuador, el artículo 30 de la Ley de Migración expresaba que la orden de deportación “no será susceptible de recurso administrativo o judicial”. En 1993, el Tribunal de Garantías Constitucionales No. 12 había decretado su inconstitucionalidad. Sin embargo, la Corte Suprema revocó esta decisión (Resolución No. 57, Registro Oficial del 04/03/1994). En 2003, el Tribunal Constitucional confirmó la posición acerca de la constitucionalidad de tal disposición (Resolución No. 040-2002-TC). Finalmente, se reformó el artículo, estableciendo que la decisión será susceptible de impugnación ante el órgano competente de la Función Judicial”.

• 186 Costa Rica, Sala Constitucional de la Suprema Corte de Justicia, Exp. 05-007009-0007-CO, Res: 2005-09618, del 20 de julio de 2005.

• 187 Véase las Observaciones Finales del Comité de Protección de los Derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familiares, respecto de los siguientes países: México, cit., del 8 de diciembre de 2006, párrs. 12 y 13; Ecuador, CMW/C/EQU/CO/1, del 5 de diciembre de 2007, párrs. 25 y 26; Bolivia, CMW/C/BOL/CO/1, del 2 de mayo de 2008, párrs. 29 y 30; y El Salvador, CMW/C/SLV/CO/1, del 4 de febrero de 2009, párrs. 25-28.

• 188 Perú, Ley de Extranjería, art. 67.

• 189 Por ejemplo, según la Mesa Permanente sobre Derechos de los Migrantes de El Salvador, en la aplicación de la ley migratoria, “abusada de procedimientos administrativos restrictivos de derechos, la autoridad migratoria se convierte en juez y parte en el proceso, determina la infracción en un proceso verdaderamente sumarisimo que termina con la inminente expulsión del territorio nacional, muchas veces las personas son puestas inmediatamente en un vuelo de regreso o dejadas en el borde de la frontera próxima cercana, sin más...”. (Mesa Permanente sobre Derechos de los Migrantes de El Salvador, Informe alternativo relativo al cumplimiento por El Salvador de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus familias, cit., p. 10).

• 190 Comité sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migrantes y sus Familias, Observaciones Finales, México, cit., párrs. 31 y 32.

• 191 Argentina, ley 25.871, art. 75 y ss.; Guatemala, Ley de Migración, art. 116.

• 192 Argentina, Ley de Migraciones, arts. 75-84; Paraguay, Ley 978, art. 116; Uruguay, Ley de Migración, art. 52; Venezuela, Ley 37.944, art. 44.

• 193 El Salvador, Ley de Migración, art. 67; Nicaragua, Ley de extranjería, art. 74; Panamá, Decreto Ley 3/2008, art. 96; Paraguay, Ley de Migraciones, art. 78 (sobre negativa de ingreso); El Salvador, México; Brasil, art. 72.

• 194 Trinidad y Tobago, Immigration Act, art. 27.3.

• 195 Barbados, Immigration Act, arts. 2.c, 23.1 y 23.2.

• 196 República Dominicana, Ley de Migración, arts. 137.1 y 138.

• 197 En Argentina, ésta era la práctica habitual hasta la derogación de la anterior ley migratoria, en diciembre de 2003. Véase, al respecto, Ceriani Cernadas, P., “Migrantes: Una deuda pendiente. Veinte años de vigencia de la ‘Ley Videla’ en democracia”, en CELS, Derechos Humanos en Argentina: InformeEstudio 2002-2003, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2003, pp. 517-536.

• 198 Corte IDH, OC-18/03, cit., párr. 108; TEDH, casos Conka v. Bélgica, demanda No. 51564/1999, sentencia del 5 de febrero de 2002, y caso Hlail v. Reino Unido, demanda No. 45276/1999, sentencia del 6 de marzo de 2001.

• 199 Comité sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migrantes y sus Familias, Observaciones Finales, Ecuador, cit., párrs. 25 y 26.

• 200 En algunos casos, se brinda un plazo de 24 o 48 horas para presentar una apelación de la medida de expulsión ante un tribunal de justicia (Bolivia, Decreto Supremo 24.423, art. 20.h; Chile, Decreto 1094/1975, art. 89); en otros, se fija un plazo entre 8 y 15 días para presentar recurso administrativo (leyes migratorias de Argentina, arts. 75-81; Brasil, art. 72 y Paraguay, art. 116).

Los plazos muy breves corren el riesgo de provocar la pérdida de efectividad de los recursos y, por ende, la imposibilidad de ejercer el derecho. La ineficacia de los recursos en esta clase de procesos, puede aumentar cuando no existen políticas o mecanismos que provean a las personas migrantes de la información necesaria para interponer los recursos. De hecho, puede darse que la decisión (de no ingreso, por ejemplo) se comunique oralmente y no por escrito, careciendo además de los fundamentos necesarios; también puede ocurrir que la resolución no se notifique fehacientemente a la persona. En estos casos, los recursos pueden resultar inefectivos si las normas prevén plazos breves de apelación, si la resolución no informa por escrito cuáles son los recursos disponibles y cuáles son los plazos para presentarlos.

Asimismo, son contadas las legislaciones que establecen expresamente el carácter suspensivo de los recursos, lo cual implica que hasta que la autoridad competente no resuelva el recurso, el Estado no podría ejecutar la decisión (por ejemplo, la expulsión del país)²⁰¹. El Comité de la ONU sobre la Protección de los Trabajadores Migrantes ha señalado, al examinar la normativa de los países de la región, que entre los requisitos para garantizar un recurso efectivo, debe incluirse el derecho a que la decisión de expulsión se suspenda mientras esté pendiente un recurso²⁰². En la región, sin embargo, las pocas normas que regulan la vía recursiva en estos casos, disponen que esos recursos son de

carácter suspensivo o devolutivo (es decir, que la decisión podría realizarse sin aguardar la resolución del recurso), dependiendo de la causa por la cual se dictó la expulsión o deportación del país²⁰³.

En relación con los niños y niñas migrantes (o hijos de migrantes), las leyes no hacen ninguna referencia específica sobre los recursos administrativos y/o judiciales que tendrían disponibles en el caso de que una decisión de la autoridad migratoria pudiera afectar sus derechos. De todas maneras, podría decirse, por un lado, que en caso de niños y niñas no acompañados la persona asignada como tutor será quien, junto con el representante legal, interpongan los recursos que la ley prevea, de acuerdo a los intereses, los derechos y la voluntad de estos niños y niñas. Por otra parte, cuando se trate de hijos e hijas de migrantes sujetos a un proceso de expulsión, o de una familia migrante en tales circunstancias, serán los padres (por sí y en representación de sus hijos e hijas) quienes ejerzan esos recursos. Ello, independientemente del derecho de los niños y niñas a ser oídos y participar en el proceso.

En cualquier caso, considerando las importantes carencias que se han podido identificar en el ordenamiento jurídico de la mayoría de los países de la región, en cuanto al derecho de defensa, a un recurso efectivo y al acceso a la justicia en el marco de procedimientos migratorios, corresponde efectuar una serie de recomendaciones:

ver el siguiente cuadro:

Recomendaciones sobre el derecho a un recurso efectivo y el acceso a la justicia

- Los Estados deberían efectuar reformas legislativas a fin de que exista la posibilidad de interponer recursos efectivos ante todas las resoluciones acerca del ingreso, la permanencia o la salida (repatriación, expulsión, retorno, etc.) de migrantes, incluyendo expresamente a los niños y niñas.
- La legislación debe prever la obligación de notificar, por escrito y con la correspondiente fundamentación, aquellas decisiones que denieguen el ingreso al país, o el otorgamiento de un permiso de residencia (o su renovación), o determinen la expulsión del territorio. La decisión debería informar también los recursos administrativos y judiciales disponibles, así como los plazos para presentarlos.
- A fin de asegurar que se trate de recursos efectivos, los plazos para presentarlos deberían ser de una extensión razonable, que facilite a las personas el tiempo suficiente para preparar debidamente su defensa.
- Los recursos, particularmente aquellos destinados a impugnar una decisión de repatriación o expulsión, deberían tener un carácter suspensivo, con el fin de prevenir perjuicios de difícil reparación posterior.
- La legislación debería reconocer expresamente el derecho a acceder a la justicia, a través de recursos efectivos, para que sean revisadas las decisiones relativas al ingreso, la residencia o expulsión. Debe estar asegurada la función de control jurisdiccional sobre la actuación de las autoridades migratorias.

3.4. El derecho a la asistencia consular

El artículo 23 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares establece que los trabajadores migratorios y sus familiares “tendrán derecho a recurrir a la protección y la asistencia de las autoridades consulares o diplomáticas de su Estado de origen [...] en todos los casos en que queden menoscabados los derechos reconocidos en la presente Convención. En particular, en caso de expulsión, se informará sin demora de ese derecho a la persona interesada, y las autoridades del Estado que haya dispuesto la expulsión facilitarán el ejercicio de ese derecho”. Tal como ha señalado la Corte Interamericana, este derecho debe ser reconocido y considerado en el marco de las garantías mínimas a fin de brindar a los extranjeros la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa y contar con un juicio justo²⁰⁴.

Por su parte, la Relatoría de la CIDH sobre

trabajadores migratorios y sus familiares ha subrayado que el “papel de los Estados emisores en la protección y garantía de los derechos humanos de los trabajadores migratorios y sus familias es supremamente relevante. Mediante acciones concretas a través de sus representaciones consulares y mediante gestiones diplomáticas, los Estados emisores deben tomar medidas que repercutan de manera directa en la protección y garantía de los derechos de sus nacionales residentes en el exterior”²⁰⁵.

De esta manera, en los procedimientos que pudieran suponer la repatriación de niños, niñas y adultos migrantes a su país de origen, los Estados deben, en primer lugar, comunicar a las personas que tienen el derecho a que se informe de su situación a la autoridad consular de su país de origen y, luego, a que estas autoridades les brinden asistencia y protección. En el caso de los niños y niñas migrantes, especialmente cuando no están acompañados, este derecho (ante los Estados de destino y de origen) puede significar una importante

• 201 Argentina, ley 25.871, art. 61. Régimen Legal de Migración, Bolivia, art. 20.h; Ley de Migración y Extranjería, Costa Rica, art. 229 (respecto de la expulsión de personas con residencia legal, ya que un recurso contra la deportación de migrantes en situación irregular no puede tener efecto suspensivo); Ley de Migraciones, Paraguay, art. 117; Ley de Migración, Uruguay, art. 53.

• 202 Comité sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, Observaciones Finales, El Salvador, cit., párrs. 27 y 28.

• 203 En Panamá, por ejemplo, el recurso contra una orden de deportación tiene carácter suspensivo (art. 67, Decreto Ley 3/2008), mientras que el recurso de reconsideración de una medida de expulsión con base en un reingreso irregular posterior a una deportación, es de carácter devolutivo (arts. 71-73).

• 204 Corte IDH, OC-16/99, cit., párr. 122.

• 205 CIDH, Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y sus Familiares, Séptimo Informe de Progreso, cit., párr. 184.

garantía de protección, considerando la situación de vulnerabilidad en que normalmente se encuentran. Como veremos más adelante, en los procesos de retorno de niños y niñas no acompañados, si esta medida resulta ser en interés superior del niño, la participación del país de origen resulta esencial, no sólo para brindarle la protección que precise, sino también para garantizar que esa repatriación se realiza debidamente.

Por otra parte, debe destacarse que, en cuanto constituyen derechos personales, el o la migrante puede oponerse a la comunicación con el representante consular del país de origen y a cualquier otra intervención de estas autoridades en el procedimiento²⁰⁶. Este aspecto del derecho a la asistencia consular puede ser fundamental, por ejemplo, en caso de que los niños y niñas, solos o con sus padres, se encuentren en el país de destino como solicitantes de asilo y por ende tengan un temor fundado de persecución por parte de su Estado de origen.

En América Latina y el Caribe, prácticamente ninguna ley migratoria incluye este derecho en el contexto de procedimientos de expulsión²⁰⁷, tal como sucede en los casos de detención que comentamos en el capítulo anterior. Asimismo, organizaciones de la sociedad civil han indicado, por un lado, que los Estados de destino no dan cumplimiento a su obligación de informar de manera oportuna a las personas (tanto adultos como niños, niñas y adolescentes) sobre el derecho a la asistencia consular del que son titulares (en

casos de expulsión u otras medidas asociadas a esos procesos, como la detención administrativa). Otros lo hacen tardíamente, lo cual limita la función consular de asistencia y protección²⁰⁸. Por otra parte, estas mismas entidades han advertido que las representaciones consulares de los países de origen no prestan asistencia ágil y eficaz a sus nacionales, en particular en los casos de deportación. Del mismo modo, el Comité de la ONU sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios, ha recomendado a países de la región la adopción de medidas para garantizar el derecho a la asistencia consular en los procedimientos de expulsión²⁰⁹.

Algunos países llevan adelante programas específicos para garantizar la asistencia jurídica y la protección de los derechos de las personas migrantes en diferentes circunstancias, por ejemplo, frente a la iniciación de un proceso de expulsión, que en muchos casos está acompañado por una medida privativa de la libertad. Entre estas iniciativas, cabe mencionar la creación de organismos que tienen la función de velar por la protección de sus nacionales en el exterior²¹⁰. En ciertas ocasiones, esas políticas incluyen programas específicamente diseñados para la protección y asistencia de niños y niñas no acompañados. No obstante, la prioridad de estos planes es asegurar una repatriación segura y ordenada de los niños y niñas a su país de origen²¹¹, y, en menor medida, brindar asistencia jurídica (y de otra índole) para impedir la expulsión u obtener un permiso de residencia (por ejemplo,

por reagrupación familiar) en el país de destino.

Por otra parte, cabe señalar que el Estado de México, al evaluar la situación de los derechos de sus nacionales que habitan en otro país como migrantes (en particular, en los Estados Unidos), ha recurrido en dos oportunidades ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a fin de que

ésta, en su función consultiva, coadyuve a establecer estándares mínimos de protección de los derechos de las personas migrantes (entre ellos, el derecho a la asistencia consular)²¹².

En función del análisis presentado en este epígrafe, se presentan las recomendaciones siguientes.

Recomendaciones sobre el derecho a la asistencia consular en casos de expulsión o retorno de migrantes

- La legislación de los Estados debe fijar expresamente la obligación de informar a las personas migrantes involucradas en procedimientos de repatriación, que tienen derecho a comunicarse y recibir asistencia de las autoridades consulares de su país de origen.
- A fin de implementar eficazmente tal disposición, los Estados deberían diseñar mecanismos de actuación que aseguren la comunicación inmediata a los migrantes (y sus tutores, en caso de niños y niñas no acompañados) de su derecho a la asistencia consular.
- El Estado debería elaborar mecanismos de evaluación periódica del grado de cumplimiento de esta obligación por parte de las autoridades competentes.
- Los Estados deben diseñar políticas destinadas a proveer de manera efectiva a sus nacionales migrantes, la asistencia que precisen en el marco de procedimientos de expulsión que pueda haber iniciado contra ellos el Estado en el cual habitan. Estos programas deben contemplar medidas de protección especial a niños y niñas no acompañados.

3.5. Debido proceso, prohibición de expulsiones colectivas y principio de no devolución

3.5.1 Niños y niñas migrantes y expulsiones colectivas

La prohibición de disponer expulsiones colectivas es uno de los principios de derechos humanos, regulado en diversos tratados internacionales, que atañe específicamente a las personas migrantes²¹³. Esta clase de medidas constituye una grave

vulneración a las garantías esenciales de un debido proceso legal. En este sentido, según la Relatoría de la CIDH sobre trabajadores migratorios y sus familiares, la “existencia de situaciones en las que un grupo considerable de personas de una misma nacionalidad son detenidas en desarrollo de operaciones de control migratorio no puede generar situaciones en las que se desconozca este principio. Las operaciones de control migratorio pueden resultar en la necesidad de iniciar procedimientos migratorios contra un número considerable

• 206 Corte IDH, OC-16/99, cit., párr. 83.

• 207 El artículo 93 del Decreto 3/2008 de Panamá establece que en caso de personas menores de edad que hayan infringido las normas migratorias, “se comunicará al representante diplomático o consular de su país de origen o residencia, si éste estuviere acreditado en la República de Panamá, o a un gobierno amigo en caso que no lo estuviere”.

• 208 Entre otros, véase Foro Migraciones, Informe Alternativo al Comité de Derechos de Trabajadores Migrantes, México, cit., p. 20, 34, 40 y 41; Sin Fronteras, Situación de los Derechos Humanos de la población migrante en las Estaciones Migratorias de Ciudad de México y Tapachula, Chiapas, 2005-2006, México, 2007, pp. 13, 31 y 32.

• 209 Ver las Observaciones Finales del Comité de Trabajadores Migrantes, ya citadas, a los Estados de Ecuador (párr. 26.c), México (párr. 28.d).

• 210 En el caso de El Salvador, las organizaciones sociales han destacado que “el gobierno de la República a través de la Cancillería ha extendido algunos servicios para atender la creciente demanda de los salvadoreños en el exterior, estos servicios se han incrementado con la creación de la Vice Cancillería para los salvadoreños en el exterior, se han abierto más consulados en México y Guatemala, se atiende en otras grandes ciudades de los Estados Unidos, se ha creado el programa Bienvenido a Casa y se está incrementando el servicio consular para algunos trámites legales en el extranjero” (en Informe Alternativo al Comité de Trabajadores Migratorios, cit., p. 4).

• 211 Por ejemplo, el Programa Interinstitucional de Atención a Menores Fronterizos, de México. Al respecto, véase la información sobre este programa provista en el sitio web oficial del Instituto Nacional de Migración (INM) [En línea http://www.inm.gob.mx/index.php?page/Menores_Fronterizos_Antecedentes] [Consulta febrero de 2009]. Sobre este Programa, véase también: Acción Canadá para la Población y el Desarrollo; Colegio de Michoacán, Menores migrantes: derechos humanos, protección y servicios en los países miembros de la Conferencia Regional sobre Migración, Octubre de 2002, p. 21.

• 212 Opiniones Consultivas OC-16/99 y OC/18/03, cit., ambas solicitadas por los Estados Unidos Mexicanos.

• 213 Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 22.9; Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, artículo 22.1.

de personas [...] Es necesario que la situación migratoria de cada persona se determine de manera individual”²¹⁴.

En América Latina y el Caribe, muy pocas legislaciones han prohibido expresamente la ejecución de medidas de expulsión de migrantes de carácter colectivo²¹⁵. Por el contrario, la amplia mayoría no hacen alusión alguna a esta cuestión en el marco de sus políticas migratorias. Ello, pese a que varios países han ratificado la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias, al tiempo que todos los Estados latinoamericanos y la mayoría de los caribeños son parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Además de estas omisiones normativas, la información provista por organismos

internacionales²¹⁶ y organizaciones de la sociedad civil²¹⁷ sobre la actuación de los Estados de la región, revela diversos casos de expulsiones masivas de extranjeros, tanto de adultos como niños y niñas, durante la última década. Incluso algunas instituciones sociales y asociaciones de migrantes han debido recurrir a la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para solicitar medidas provisionales y urgentes que pudieran evitar la realización de expulsiones colectivas²¹⁸.

En oportunidad de responder a estos cuestionamientos, algunos Estados han alegado la inexistencia de prácticas de expulsión colectivas de migrantes, no obstante otras instituciones públicas del mismo país han indicado lo contrario²¹⁹.

En este contexto, es preciso efectuar algunas recomendaciones:

Recomendaciones sobre la prohibición de expulsiones colectivas

- Los Estados, en cumplimiento de los tratados internacionales, deben incluir expresamente en su legislación migratoria la prohibición de adoptar medidas de expulsión colectiva de personas migrantes.
- Debe quedar igualmente establecido que cada decisión de repatriación debe ser resultado de un procedimiento que respete el debido proceso legal, estar basada en las circunstancias del caso y respetar los principios y normas de derechos humanos aplicables a cada situación.
- Los organismos públicos competentes deben diseñar políticas y mecanismos que aseguren la evaluación individualizada de cada caso en el que se resuelva el ingreso, la permanencia o la salida del territorio de una persona migrante.
- Los Estados deberían elaborar mecanismos de control periódico para la prevención y, en su caso, reparación y sanción, de las medidas de expulsión colectiva que pudieran disponer los funcionarios públicos y/o las autoridades de las fuerzas de seguridad que tengan a su cargo tareas de control migratorio. Ello debe incluir la provisión de un recurso efectivo contra medidas de esta naturaleza.

• 214 CIDH, Relatoría de Trabajadores Migratorios y sus Familiares, Cuarto Informe de progreso, cit., párrs. 367, 376-378.

• 215 Argentina, Ley 25.871, artículo 66; Uruguay, Ley de Migración, artículo 56.

• 216 De acuerdo con la Relatoría de Trabajadores Migratorios de la CIDH, “en las zonas rurales y particularmente en las zonas fronterizas..., las deportaciones colectivas parecen ser frecuentes. Según datos obtenidos, las deportaciones colectivas de trabajadores migratorios tienen lugar bajo la apariencia de rechazos colectivos. La práctica de deportaciones masivas, sobre todo en áreas fronterizas, implica una trasgresión a las normas y garantías del debido proceso, así como a la prohibición expresa del artículo 22 inciso 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (Visita in loco a Costa Rica, cit., párr. 198).

• 217 Según Human Rights Watch, “las autoridades dominicanas han realizado expulsiones masivas de haitianos y dominico-haitianos, deteniendo a miles de personas en un período de semanas o meses y expulsándolas a la fuerza del país...” (HRW, “Personas Ilegales”: Haitianos y Dominicanos en la República Dominicana, 2002, pp. 3, 16-17). En igual sentido, véase Amnistía Internacional, *Vidas en tránsito: la difícil situación de la población migrante haitiana y de la población dominicana de ascendencia haitiana*, AI: AMR 27/001/2007, marzo de 2007, pp. 14-17. Véase también Centro de Derechos Humanos “Fray Matías de Córdoba”, *La crisis de derechos humanos en la frontera sur de México*, cit., p. 18.

• 218 Corte IDH, *Medidas Provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República Dominicana, caso de haitianos y dominicanos de origen haitiano en la República Dominicana*, dictadas en fechas 2 de febrero de 2006, 26 de mayo de 2001 y 7 de agosto de 2000, entre otras.

• 219 Véanse Informe del Estado de El Salvador al Comité sobre los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, CMW/C/SLV/1, del 20 de agosto de 2007, p. 63; Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos de El Salvador, Informe al Comité sobre Trabajadores Migratorios, cit., p. 63.

3.5.2 Niñez migrante y principio de no devolución

Las garantías de debido proceso también constituyen una salvaguarda esencial para el respeto del principio de no devolución, una norma imperativa del derecho internacional. Al respecto, la Convención Americana establece en su artículo 22.8 que “en ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas”. La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes también recepta el principio de no devolución en su artículo 3.

Al examinar el tratamiento que los Estados deberían otorgar a los niños y niñas no acompañados, el Comité de los Derechos del Niño llamó la atención sobre la prohibición de efectuar retornos como consecuencia de los cuales pudiera configurarse un peligro de daño para los derechos del niño. Por ello, destacó la importancia de efectuar previamente una evaluación seria sobre el riesgo que podría suponer una medida de repatriación. A su vez, según el Comité, dicho riesgo no se limita a la posible privación de la libertad o a la vulneración de derechos como la integridad física o la vida sino que, “la evaluación del riesgo de dichas violaciones graves deberá efectuarse teniendo en cuenta la edad y el género y tomando asimismo en consideración, por ejemplo, las consecuencias particularmente graves para los menores que presenta la insuficiencia de servicios alimentarios o sanitarios [...] El retorno al país de origen sólo podrá contemplarse en principio si redundaría en el interés

superior del niño. A fin de determinar esta circunstancia, se tendrá en cuenta, entre otras cosas, la seguridad personal y pública y otras condiciones, en particular socioeconómicas, que encontrará el niño a su regreso...”²²⁰.

Es así que ningún niño podría ser expulsado a un territorio en el que su vida, su supervivencia, su desarrollo integral o su libertad corrieran riesgo, no sólo por el temor de ser sometido a torturas u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, sino también por la ausencia de elementos esenciales para un crecimiento normal y digno.

Al momento de examinar si correspondería adoptar una medida de repatriación, los Estados están obligados a tener en cuenta estas circunstancias, cuya valoración resulta ineludible si se aspira a identificar la solución que respete más adecuadamente el interés superior del niño. En este sentido, los niños, sus familias o tutores, así como sus representantes legales, deberán tener a su alcance la información y las herramientas que les posibiliten incorporar estas variables a fin de solicitar un examen exhaustivo del caso. Todo ello, en el marco del respeto de las garantías del debido proceso, especialmente del derecho del niño a ser oído.

Tal como ocurre con la prohibición de las expulsiones colectivas, en los países de la región se evidencia una importante laguna en cuanto a la regulación normativa del principio de no devolución. A diferencia de lo que establecido en numerosas legislaciones en materia de refugio, en el campo de las políticas migratorias, y particularmente en la regulación de los procedimientos de rechazo en frontera o expulsión del territorio, el principio

220 Comité de los Derechos del Niño, Observación General 6, cit., párrs. 27 y 84.

de non refoulement (no devolución) suele estar ausente. De allí no se deriva necesariamente su violación, pero sí la necesidad de que se reconozca expresamente en la normativa, un principio tan

medular del derecho internacional. A continuación presentamos las recomendaciones que consideramos pertinentes en relación con esta temática.

Recomendaciones sobre el principio de no devolución de niños no acompañados

- Al iniciar un procedimiento relativo a la situación migratoria (ingreso, permanencia, repatriación) de un niño migrante no acompañado, los Estados, a través de los organismos concernidos, debe adoptar todas las medidas necesarias para establecer si una disposición de retorno podría significar un riesgo para la seguridad, libertad y desarrollo del niño.
- En el marco de este proceso, los Estados deben asegurar los mecanismos que garanticen el derecho del niño a ser oído.
- Para la evaluación del riesgo debe tenerse en cuenta, además de la opinión del niño, la valoración de las condiciones en el país de origen (incluidas, las socio-económicas) y cualquier otro factor indicativo de que la repatriación podría constituir un serio peligro para la integridad del niño o niña.

3.6. Los niños y niñas no acompañados y el debido proceso: la importancia de la designación oportuna de un tutor y un representante legal

En los casos en que el niño o niña migrante se encuentre no acompañado o separado de su familia, a fin de brindarle la protección que precisa desde el mismo momento en que se presenta en un puesto fronterizo, solicita la regularización migratoria en el país de destino o se ve involucrado en un procedimiento de repatriación, es esencial que el Estado adopte las medidas necesarias para asegurar un proceso con las debidas garantías. Ello incluye la designación de un tutor y un representante legal, en el plazo más breve posible y con la participación del niño en el proceso. La designación temprana del tutor, así como del asesor legal, posibilitará la representación de los intereses del niño y la defensa de sus derechos desde la primera oportunidad en que se analiza su situación

migratoria.

En cuanto a las facultades de los tutores de los niños y niñas no acompañados, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado, por un lado, el deber de los Estados de consultarle e informarle “de todas las medidas adoptadas en relación con el menor”. Además, ha indicado que el tutor debe estar autorizado a “asistir a todos los procedimientos de planificación y adopción de decisiones, incluidas las comparecencias ante los servicios de inmigración y órganos de recurso, los encaminados a definir la atención del menor y buscar una solución duradera”. Sobre las cualidades del tutor, el Comité indica que debe poseer “los conocimientos necesarios especializados en atención de la infancia, para que los intereses del menor estén protegidos y sus necesidades en materia jurídica, social, sanitaria, psicológica, material y educativa, etc., debidamente satisfechas”²²¹. A estos atributos debiera sumarse

el necesario conocimiento de las cuestiones migratorias, en particular de los impactos del proceso de migración en aquellos niños y niñas que lo transitan de manera no acompañada, y otros aspectos vinculados con la migración internacional, en particular la que protagonizan los niños y niñas.

El Comité destaca además, en cuanto a la actuación del tutor, la necesidad de crear “mecanismos que permitan evaluar el ejercicio de la tutoría, a fin de que el interés superior del menor esté representado durante todo el proceso de adopción de decisiones y, en particular, se prevengan los malos tratos”²²². En el marco del monitoreo de la actuación del tutor, resulta fundamental que se escuche la opinión del niño respecto de la relación que han entablado, a fin de que pueda solicitar una nueva designación si fuera oportuno, en función del respeto del principio de interés superior.

Retomando las directrices fijadas por el Comité acerca del tratamiento mínimo que los Estados deberían otorgar para proteger los derechos de los niños no acompañados, es preciso puntualizar que si éste “solicita el asilo o entabla otros procesos o actuaciones administrativas o judiciales, además del tutor, se le nombrará un representante legal”²²³. De esta manera, a partir de la obligación general que tiene todo Estado de garantizar la asistencia jurídica a todas las personas bajo su jurisdicción, en este caso, a través de la interpretación efectuada por el Comité, se afirma el deber de proveer este recurso a todos los niños y niñas no acompañados, en el marco de los procedimientos migratorios relativos a su ingreso al país, su permanencia o, eventualmente, su repatriación. Como en el caso del

tutor, aquí cabrían las mismas particularidades en cuanto al mecanismo de designación, la necesaria participación del niño y la posibilidad de que él mismo proponga revertir su nombramiento cuando pueda ser perjudicial o inefectivo en relación con la protección de sus derechos en tales procesos.

Las zonas de frontera constituyen entornos en los que resulta esencial la provisión de tutores y representantes legales eficientes en el cumplimiento de sus funciones²²⁴. Ello porque, en estos contextos, la situación de vulnerabilidad de los niños y niñas no acompañados se acrecienta por múltiples y diversos factores. Entre ellos, el temor a ser detenidos y expulsados por las fuerzas de seguridad del país al que pretenden ingresar, el riesgo de ser engañados por redes de tráfico y trata de personas, o incluso resultar víctimas de grupos civiles que rechazan, por medio de acciones violentas, el ingreso de migrantes por vías irregulares. En estas circunstancias y por los motivos expuestos, una medida fundamental que debieran desarrollar los Estados es disponer la rápida identificación del niño a fin de poner en marcha los mecanismos de asistencia y protección que requieren (entre ellos, la provisión de un tutor y, si fuera necesario, de un asesor legal). La obligación de identificación debería regir tanto si el niño ya ingresó en el territorio del Estado, como si se apersona o es encontrado en una zona de frontera.

Ahora bien, al observar las prácticas que los Estados llevan adelante estos casos, el Comité de los Derechos del Niño ha advertido que “en muchos países, se rehúsa sistemáticamente la entrada a los menores no acompañados o separados de su familia o son detenidos por funcionarios de los

²²¹ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 6, cit., párr. 33.

²²² Ídem, párr. 35.

²²³ Ídem, párr. 21.

²²⁴ UNICEF, Niñez migrante en las fronteras [En línea http://www.unicef.org/lac/overview_12240.htm] [Consulta febrero de 2009].

servicios de fronteras o de inmigración”²²⁵, pese a que la respuesta debería estar en la posición inversa: la asistencia y la protección.

En algunos Estados de América Latina y el Caribe, el incumplimiento de los estándares internacionales de derechos humanos y de derechos del niño no sólo se manifiesta en la práctica administrativa en las zonas de frontera, sino también de la legislación vigente. En este sentido es preciso recordar que algunos países de la región incluyen a los niños y niñas no acompañados entre las categorías de personas que tienen prohibido ingresar al territorio²²⁶. Por el contrario, Costa Rica ha establecido recientemente que en ningún supuesto podrán rechazarse personas menores de edad no acompañadas ni a las personas de las que no exista certeza de su mayoría de edad, y que en tal caso se deberá informar de manera inmediata a las autoridades en materia de infancia, que asumirán la representación temporal del niño o niña y su traslado a un albergue²²⁷.

Al posible rechazo en la frontera se suma que, en muchos casos, la negativa a ingresar es una decisión que no admite recurso ni se prevé la realización de una (o más) audiencias previas a su adopción, las trabas para el ingreso de estos niños y niñas pueden ser definitivas, como así también los perjuicios que esta situación -que puede afectar el principio de no devolución- ocasiona para su desarrollo futuro.

De allí se deduce que es preciso desarrollar una serie de reformas legislativas que aseguren la consideración del interés superior del niño en el

contexto del ingreso en las fronteras de cada país.

En este marco, un primer paso consistiría en derogar toda disposición que estipulara la prohibición de entrada al país de niños y niñas no acompañados. Por el contrario, cualquier decisión que implique rechazar su ingreso al territorio del Estado, deberá ser tomada por el organismo competente, con la respectiva intervención judicial y el asesoramiento de profesionales idóneos que hayan mantenido entrevistas con el niño y evaluado su situación. La decisión sólo podrá fundarse en el principio de interés superior en ese caso particular, y deberá ser tomada respetando todas las garantías procesales a las que hemos hecho referencia a lo largo del presente capítulo. Asimismo, debe respetarse, sin excepción, el principio de no devolución.

De acuerdo con el Comité de los Derechos del Niño, la determinación del interés superior “exige una evaluación clara y a fondo de la identidad de éste y, en particular, de su nacionalidad, crianza, antecedentes étnicos, culturales y lingüísticos, así como las vulnerabilidades y necesidades especiales de protección”. Por ello, en el marco del control de ingreso en las fronteras, “permitir el acceso del menor al territorio es condición previa de este proceso de evaluación inicial, el cual debe efectuarse en un ambiente de amistad y seguridad y a cargo de profesionales competentes formados en técnicas de entrevistas que tengan en cuenta la edad y el género”²²⁸.

En base a estos parámetros, los Estados deben diseñar mecanismos que brinden un tratamiento adecuado a los niños y niñas no acompañados.

Ello debiera implicar, en primer lugar, la imposibilidad de rechazarlos sin procedimiento alguno en las zonas de frontera. Luego, junto con medidas de protección inmediatas (por ejemplo, en materia de alojamiento, salud, alimentación), dicho tratamiento obligaría a iniciar un proceso que tenga en consideración los aspectos antes señalados y que se dirija a evaluar las alternativas a seguir, respetando y tomando siempre como referencia el interés superior del niño. Este deber, como ha señalado el Comité, se extiende “a todos los poderes del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial)...”²²⁹.

En cuanto a la situación en América Latina y el Caribe, cabe señalar que las leyes migratorias, en su amplia mayoría, no contemplan expresamente el derecho a un tutor y un representante legal de los niños y niñas no acompañados. Esta omisión

acredita nuevamente el rasgo que caracteriza las políticas migratorias en la región: la falta de un enfoque transversal de edad, es decir, de mecanismos normativos y operativos destinados específicamente a asegurar los derechos de la niñez en el contexto de la migración, particularmente cuando se trata de niños y niñas no acompañados y en situación migratoria irregular²³⁰. Es por ello que formulamos las siguientes recomendaciones. (ver cuadro)

Por último, en relación con la cuestión de los niños y niñas no acompañados y las medidas de repatriación, cabe hacer mención de una reciente medida adoptada en la región. Algunos países del Caribe, Centroamérica y Norteamérica han aprobado unos *Lineamientos regionales para la atención de niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados en casos*

Recomendaciones sobre derecho a un debido proceso de los niños y niñas no acompañados y sobre las condiciones para la designación de un tutor y de un representante legal

- Los Estados deberían eliminar de su legislación las disposiciones que prohíben el ingreso de niños y niñas no acompañados. En su lugar, deberían desarrollar un marco normativo dirigido a crear mecanismos que protejan a los niños y niñas en esas circunstancias.
- Entre esos mecanismos, la normativa debería, en primer lugar, facilitar el inmediato ingreso al país del niño no acompañado que se encuentre en zona de frontera. Luego, disponer las instancias y el ambiente adecuado para que sea entrevistado por profesionales idóneos, y que sean ellos quienes determinen sus necesidades de asistencia y protección y, consecuentemente, las medidas a adoptar, aplicando el principio de interés superior.
- En los procedimientos relativos al ingreso, permanencia o salida del territorio de niños y niñas no acompañados, los Estados deben garantizar (por ley y en la práctica) el derecho a un tutor y, cuando corresponda, a un representante legal.
- A tal fin, se recomienda la conformación de equipos de tutores y asesores legales idóneos, cuyos antecedentes sean públicos, y estén debidamente capacitados en materia de derechos de inmigrantes, solicitantes de asilo, refugiados, niños y niñas. La designación y actuación del tutor debiera analizarse periódicamente y con la correspondiente participación del niño.
- Los programas diseñados para realizar de forma efectiva estos derechos deberán contar, en todo el territorio (incluidas las zonas de frontera), con los recursos materiales y humanos necesarios para su concreción.

• 225 Comité de los Derechos del Niño, Observación General 6, cit., párr. 3.

• 226 Bolivia: Decreto Supremo 24423 del 29/11/1996, art. 46; Brasil, Ley Migratoria, art. 7.1; Chile, Decreto-ley 1094, art. 16.4; Ecuador, Ley de Migración, art. 9.III.

• 227 Costa Rica, Ley de Migración y Extranjería, art. 65.

• 228 Comité de los Derechos del Niño, Observación General 6, cit., párr. 20.

• 229 Ídem, párr. 13. Más adelante se analizará cómo debería ser tenido en cuenta, en el marco de procesos relativos a la permanencia en el país de destino o su retorno al país de origen, el derecho a la vida familiar.

• 230 Véase, a modo de ejemplo, ACNUR, La protección internacional de las niñas y niños no acompañados en la frontera sur de México (2006-2008), cit., p. 6.

de repatriación (Conferencia Regional de Migración –CRM-, Guatemala, 9 de julio de 2009²³¹). Este documento es considerado “una herramienta guía para llevar a cabo la repatriación legal, ágil, digna, segura y ordenada de niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados”, cuyo propósito “es fomentar la colaboración en la protección y repatriación entre los países miembros de la CRM, y fungir como guía, desde el momento de su detección hasta el de su repatriación, siempre salvaguardando sus derechos y su interés superior”.

Este documento puede contribuir, especialmente si se armoniza con estándares internacionales, a asegurar un marco de protección efectiva de niños y niñas no acompañados en los países de la región. Igualmente, es preciso precisar que, si bien estos Lineamientos contienen una cláusula sobre “alternativas a la repatriación” (en caso que ésta pueda generar algún riesgo para el niño o niña), el objetivo central de esta herramienta no es determinar cuándo corresponde la repatriación y cuándo, en virtud del interés superior, deben adoptarse otras políticas de protección (como podría ser la concesión de residencia y, eventualmente, la reunificación familiar en el país de destino), sino de facilitar y gestionar la repatriación. Por otra parte, cabe también señalar que ciertas garantías fundamentales de debido proceso (como la asistencia jurídica y el derecho a un tutor) que figuraban en versiones preliminares de los lineamientos, finalmente no han quedado incorporadas en el documento aprobado por los Estados.

4. El derecho a la vida familiar en procesos de expulsión y de reagrupación familiar

En el prólogo a la Convención sobre los Derechos del Niño, los Estados han afirmado su convicción “de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños y niñas, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”. Sobre este principio protector, es pertinente observar la trascendencia de la relación entre la vida familiar, los derechos del niño y las políticas migratorias.

En este sentido, cabe señalar, en primer lugar, que numerosas decisiones que los Estados adoptan regularmente en el ámbito de las políticas migratorias, referidas al ingreso, la permanencia o la salida de migrantes, pueden tener un impacto determinante en la unidad o separación de la familia. Así, la resolución de una solicitud de entrada al país o de adquisición o renovación de un permiso de residencia, o bien la decisión sobre una eventual expulsión del territorio de un niño o sus padres, pueden afectar positiva o negativamente el derecho a la vida familiar.

Este derecho ha sido ampliamente reconocido por toda la comunidad internacional, y particularmente por los Estados de América Latina y el Caribe. Por ello, tanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos como diversos tratados de derechos humanos contemplan el derecho de toda persona a la vida familiar y, consecuentemente, han fijado las obligaciones de

protección, respeto y garantía que tienen los Estados respecto de todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción²³². También ha sido incluido explícitamente en la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, en la cual se estipula que los Estados, reconociendo que la familia es el grupo básico natural y fundamental de la sociedad y que tiene derecho a protección por parte de ésta última y del Estado, adoptarán las medidas apropiadas para asegurar la protección de la unidad de la familia del trabajador migratorio²³³.

En cuanto a la vida familiar y los derechos de los niños y niñas, la Corte Interamericana ha señalado que los Estados, dentro de su responsabilidad de asegurar la protección de los niños y niñas, tienen la obligación de favorecer de la manera más amplia posible el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar, ya que el reconocimiento de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, y el derecho de ésta a la protección estatal, “constituye un principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”²³⁴.

Sobre esta firme protección normativa, se examinarán a continuación algunos aspectos del derecho a la vida familiar de los niños y niñas migrantes y de los hijos e hijas de padres migrantes, su regulación en la legislación migratoria de los países de la región y los obstáculos existentes para su ejercicio efectivo (particularmente aquellos vinculados con la nacionalidad o condición migratoria de las personas migrantes y sus familias).

4.1. El derecho a la vida familiar del niño en casos de disponerse la expulsión de los padres

La Convención sobre los Derechos del Niño establece en su artículo 9, que los Estados deben velar porque los niños no sean separados 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”.

Como corolario de este principio, la separación sólo podría disponerse (como medida excepcional) si se dan una serie de requisitos: en primer lugar, que esté prevista en la ley; luego, que la decisión sea adoptada con respeto de las garantías de debido proceso (tanto de los niños como de sus padres); a su vez, dicha resolución debe poder ser revisada por una autoridad judicial; y finalmente, que sea “necesaria” para el interés superior del niño.

Los criterios emanados de la Convención permiten extraer una serie de consecuencias. Una de ellas es que sería muy difícil concluir que la separación generada por la expulsión de los padres en razón de su irregularidad migratoria, constituye la medida más adecuada al interés superior del niño. Los niños nacidos en el país de destino -que no pueden ser expulsados por poseer la nacionalidad de este país, tal como obliga el criterio de *ius soli* que rige en casi toda América Latina y el Caribe²³⁵-, en nada se beneficiarían por la deportación de sus padres. Todo lo contrario.

• 231 Los países miembros de la CRM son: Belice, Canadá, Costa Rica, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá y República Dominicana.

• 232 Artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículos 8, 9, 10, 16, entre otros, de la Convención sobre los Derechos del Niño; artículos 11 y 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 16 del Protocolo de San Salvador en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; artículos 17 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
• 233 Convención sobre los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias, artículo 44.
• 234 Corte IDH, OC-17/02, cit., párr. 66.
• 235 Véase el capítulo IV de este mismo Informe.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha precisado que cualquier “decisión relativa a la separación del niño de su familia debe estar justificada por el interés del niño”²³⁶. Entonces, “el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal”²³⁷. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por su parte, también ha reconocido el derecho a la vida familiar. En ocasión de analizar un caso sometido a su consideración, el Tribunal entendió que la expulsión de la madre de una niña holandesa afectaba el interés superior de la niña y señaló que el bienestar económico del país no puede estar por encima del derecho a la vida familiar de la madre y su hija²³⁸. En otro caso, estableció que debía tenerse en cuenta el mejor interés y el bienestar de los niños y niñas²³⁹.

Por su parte, la Comisión Interamericana ha señalado que los procedimientos de expulsión de adultos migrantes deben garantizar que los derechos e intereses de sus hijos serán tomados en cuenta, ya que la decisión tendría un impacto dramático sobre su bienestar y desarrollo. Subrayó que un Estado no puede dejar librada a los padres (que serían expulsados) una elección entre, por un lado, “el amor y cuidado” a sus hijos en un contexto de pobreza, o por el otro, los “beneficios de salud,

educación y bienestar” de los niños en un país con servicios como educación y salud eficientes. Por esta razón, la Comisión resalta la relevancia de incluir la perspectiva e intereses del niño en esos procesos²⁴⁰.

Además de ser contrarias al interés superior del niño, las medidas de expulsión de padres resultan de difícil justificación si se consideran debidamente ciertos principios del DIDH, como el interés superior del niño, el pro homine o el principio de proporcionalidad. Si tal como afirma la Corte Interamericana apoyándose en las Directrices de Riad²⁴¹, “la familia es la unidad central encargada de la integración social primaria del niño” y por ende “los gobiernos y la sociedad deben tratar de preservar” su integridad, resulta evidente que una infracción administrativa (en este caso, la irregularidad migratoria) no configuraría una conducta justificante de una medida que implicara la separación entre padres e hijos²⁴². La Comisión Interamericana ha indicado que las facultades del Estado en materia de control de ingreso, residencia y expulsión de extranjeros, deben equilibrarse con el perjuicio que puede causarse a los derechos de las personas involucradas en el caso particular, como el derecho a la vida familiar. Ello exige, entre otras cuestiones, recurrir al principio de razonabilidad²⁴³, así como a los demás principios emanados de los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Por otra parte, como ya se indicó, la Convención sobre los Derechos del Niño exige que la separación de padres e hijos esté prevista en la ley, sea el resultado de un proceso respetuoso de las garantías fundamentales y asegure la intervención judicial.

Estos aspectos también requieren ser examinados en el contexto de América Latina y el Caribe, donde la amplia mayoría de las legislaciones no los contemplan al regular la expulsión de migrantes que son padres de niños y niñas que

residen en el mismo país y no pueden ser deportados. En la mayoría de las leyes de la región no se prevé el interés superior de niño como criterio para la suspensión de una medida de deportación (ver cuadro aparte). Tampoco se establece la posibilidad de la reunificación familiar posterior a la expulsión, pese a que esa separación, además de excepcional, debería tener carácter temporal.

Expulsión de padres migrantes, vida familiar y regularización migratoria

Argentina, Ley de Migraciones (ley 25.871) artículo 70:

“Firme y consentida la expulsión de un extranjero, el Ministerio del Interior o la Dirección Nacional de Migraciones, solicitarán a la autoridad judicial competente que ordene su retención, mediante resolución fundada, al solo y único efecto de cumplir aquella [...] Producida tal retención y en el caso que el extranjero retenido alegara ser padre, hijo o cónyuge de argentino nativo [...] la Dirección Nacional de Migraciones deberá suspender la expulsión y constatar la existencia del vínculo alegado en un plazo de cuarenta y ocho (48) horas hábiles. Acreditado que fuera el vínculo el extranjero recuperará en forma inmediata su libertad y se habilitará respecto del mismo, un procedimiento sumario de regularización migratoria”.

• 236 Corte IDH, OC-17/02, cit., párr. 73.

• 237 Corte IDH, OC-17/02, cit., párr. 77.

• 238 TEDH, caso Rodríguez Da Silva c. Holanda, Demanda Núm. 50435/99, sentencia del 31 de enero de 2006. En el caso se analizó la expulsión de la madre de una niña holandesa de tres años, quien al momento del nacimiento de su hija se encontraba en situación migratoria irregular.

• 239 TEDH, caso Üner c. Holanda, demanda 46410/99, sentencia de 18 de octubre de 2006, párr. 55 y ss.

• 240 CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado, del 28 de febrero de 2000, párrs. 158 y 159.

• 241 Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad), adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su resolución 45/112, del 14 de diciembre de 1990.

• 242 Corte IDH, OC-17/02, cit., párr. 67.

• 243 Según la CIDH, si se interpretan conjuntamente la Declaración Americana y la Convención sobre Derechos del Niño, “en los casos en que la toma de decisiones implica la potencial separación de una familia, la resultante interferencia en la vida familiar puede justificarse solamente cuando es necesaria para satisfacer una necesidad apremiante de proteger el orden público y cuando los medios son proporcionales al fin. La aplicación de estos criterios por parte de varios órganos de supervisión de los derechos humanos indica que se debe buscar este equilibrio caso por caso y que las razones que justifiquen la interferencia en la vida familiar deben realmente ser muy serias”. (CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado, cit., párr. 166).

A lo largo de este Informe hemos hecho alusión a la importante ausencia de mecanismos normativos que reglamenten el debido proceso legal en estas ocasiones o que faciliten la participación del niño en estos procedimientos. El panorama es similar cuando se trata de la (necesaria) implicación del poder judicial en esta clase de decisiones, algo que también exige el Protocolo de San Salvador²⁴⁴.

Como ocurre con otros temas analizados en este capítulo, la mayoría de las leyes migratorias de los países de la región no prevé un recurso judicial en los procesos de expulsión de migrantes. Por ello, en muchos casos, no es la autoridad judicial sino la administrativa, quien dispone la separación entre padres e hijos, al expulsar a aquéllos del país. Ello no obstante el Comité de los Derechos del Niño ha subrayado expresamente que el principio general del interés superior del niño debe aplicarse íntegramente, tanto en decisiones administrativas como judiciales, frente a una eventual expulsión de padres migrantes, que pudiera suponer la separación de la familia. Por el contrario, tales situaciones requieren la adopción de medidas tendentes a evitar esa desunión²⁴⁵.

Pese a que muchos países establecen como criterio para obtener la radicación el hecho de ser padre o madre de un niño de la nacionalidad del país de destino²⁴⁶, y aun cuando sus legislaciones tienen en cuenta el interés del niño²⁴⁷, la vigencia

del derecho a la vida familiar de los niños nacionales que conviven con sus padres extranjeros no cuenta en los países de la región con la protección debida.

En ese sentido, a las lagunas normativas comentadas en el párrafo anterior, deben sumarse las prácticas concretas desarrolladas en varios países, en los que se han denunciado, por ejemplo, casos de expulsión de padres extranjeros de niños y niñas nacionales, en el marco de procedimientos irregulares y sin la correspondiente consideración del deber de protección de la unidad familiar y de las afectaciones que tales medidas ocasionan al derecho del niño de convivir en condiciones familiares que permitan su desarrollo integral²⁴⁸. Asimismo, en ocasión de deportaciones sumarias, y en los momentos previos a la ejecución de la medida, se ha privado a padres e hijos de posibilidad de contacto²⁴⁹.

En atención a los aspectos comentados en este apartado, resulta pertinente efectuar algunas recomendaciones.

Recomendaciones sobre la excepcionalidad de la expulsión de padres migrantes

- La legislación migratoria de los Estados debe contemplar, si aun no lo hace, los derechos de los niños (en particular el derecho a no ser separados de sus padres) en los casos en que pudiera aplicarse una medida de deportación de uno o ambos progenitores como consecuencia de su estatus migratorio.
- Específicamente, debería establecerse, como principio general y en atención al interés superior del niño, la inhibición de la ejecución de una medida de esa naturaleza cuando pudiera suponer la separación de la familia.
- En caso de que exista normativamente la posibilidad de dicha separación, deben asegurarse las garantías de debido proceso (tanto del padre como de los niños y niñas que resultarían afectados por la medida), y debe asegurarse la revisión judicial de la resolución.
- En el supuesto de que, excepcionalmente, se ejecutara una decisión de esta naturaleza, los Estados de destino deberían asegurar que esa medida tiene un carácter temporal. Para ello, deberían diseñarse mecanismos accesibles que permitan la reunificación familiar, otorgando a los padres el permiso de residencia y trabajo por criterios de unidad familiar y a fin de garantizar los derechos del niño.

• 244 De acuerdo con su artículo 16, "Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre".

• 245 Comité de los Derechos del Niño, Observaciones Finales, Malasia, CRC/C/MYS/CO/1, del 25 de junio de 2007, párrs. 36 y 37.

• 246 Entre otros, véanse las siguientes normas: Bolivia, Decreto Supremo 24.423, arts. 33 y 37; Honduras, Decreto 208-2003, art. 35; México, Ley General de Población, art. 39; Paraguay, Ley de Migraciones, art. 82.a.

• 247 "La Relatoría tomó nota de la especial protección a la familia que garantiza la Constitución Política costarricense mediante los recursos de amparo presentados por padres extranjeros de menores nacidos en Costa Rica, que solicitaban se tuviera en cuenta el interés del menor quien se vería obligado a abandonar su país con sus padres o madres [...] la Dirección General de Migración tuvo en consideración el interés de la unidad familiar y suspendió órdenes de deportación u ordenó otorgar la visa, permitiendo a las personas migrantes regularizar su estatus [...] la Corte Suprema concedió amparos por casos similares en los que la Dirección General había ordenado la deportación..." (CIDH, Relatoría sobre Trabajadores Migratorios, Visita in loco a Costa Rica, cit., párr. 189).

• 248 Véase al respecto, Informe presentado por la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos de El Salvador ante el Comité sobre los Derechos de los Trabajadores Migrantes, cit., p. 75.

• 249 HRW, "Personas Ilegales": Haitianos y Dominicano-Haitianos en la República Dominicana, cit., p. 3.

4.2. El derecho a la reagrupación familiar de niños y niñas migrantes

Las obligaciones de los Estados en relación con el derecho a la vida familiar, y su inserción en la política migratoria, pueden suponer no sólo la necesidad de abstenerse de adoptar decisiones que impliquen la separación de los miembros de una familia, sino también la acción positiva de promover la reunión de los niños y niñas (nacionales y migrantes) con sus familiares.

El principio de reagrupación familiar ha sido reconocido en la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, cuyo artículo 44.2 dispone que los Estados “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”. En el mismo sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 10 alude al derecho a la reunificación familiar al señalar que, de conformidad con la obligación que incumbe a los Estados en virtud del artículo 9 (no separación de niños y padres), “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”.

La importancia de la reunificación familiar también ha sido destacada por los Gobiernos sudamericanos, para los cuales debe considerarse la reunificación familiar como “un derecho de los migrantes y un elemento fundamental para una

mejor integración en la sociedad receptora”²⁵⁰. En la Declaración de Santiago sobre Principios Migratorios, los representantes de los Estados del MERCOSUR y Asociados destacaron “la importancia de la reunificación familiar, como elemento necesario para la estabilidad plena de los inmigrantes, reconociendo a la familia como base fundamental de la sociedad”²⁵¹. En igual sentido, la Asamblea General de Naciones Unidas resolvió que “todos los gobiernos, en particular los de los países de acogida, deben reconocer la importancia vital de la reunificación de la familia y promover su incorporación en la legislación nacional a fin de proteger la unidad de las familias de los migrantes, de conformidad con los instrumentos de derechos humanos universalmente reconocidos”²⁵².

En el ámbito regional, aún cuando el principio de unidad familiar, o específicamente la reunificación familiar, han sido receptados en algunas legislaciones migratorias de reciente sanción (ver cuadro aparte)²⁵³, su incorporación aún está pendiente en la gran mayoría de los Estados. En algunos casos, la legislación sólo reconoce este derecho a quienes son reconocidos como refugiados²⁵⁴. Asimismo, no puede soslayarse que en muchas oportunidades, pese a ser un principio reconocido por las normas nacionales, los trámites previstos para efectivizarlo pueden llegar a ser tan engorrosos y costosos, al punto que tornan imposible el ejercicio del derecho, en especial cuando se trata de familias con escasos recursos económicos²⁵⁵.

En el contexto de las migraciones internacionales, y concretamente en relación con los niños y niñas involucrados en estos

El derecho a la reunificación familiar de todas las personas migrantes

Uruguay, Ley de Migración (ley 18.250) del 17 de enero de 2008, artículo 1:
“El Estado uruguayo reconoce como derecho inalienable de las personas migrantes y sus familiares, sin perjuicio de su situación migratoria, el derecho a la migración, el derecho a la reunificación familiar, al debido proceso y acceso a la justicia...”.

movimientos, la reunificación familiar, así como los principios jurídicos aplicables a ella, pueden ser examinados en dos escenarios particulares. Uno de ellos es el de los niños y niñas que se encuentran solos en el país de destino y desean reunificar allí a sus padres. El otro se configura cuando ambos padres, o uno de ellos, residen en el país de destino y pretenden que sus hijos se reúnan allí con ellos. Analicemos en detalle ambas situaciones.

En el primer caso, se trata de niños y niñas no acompañados que han dejado atrás a sus familiares.

Ya hemos hecho referencia a diversas responsabilidades que tienen los Estados desde que estos niños y niñas buscan ingresar al país o se les inicia un procedimiento para determinar su estatus migratorio y definir su permanencia o su regreso al país de origen (asistencia de un tutor y de un asesor legal, cuando corresponda, vigencia de las garantías del debido proceso, respeto del derecho a ser oído, etc.). Ahora bien, tal como hemos comentado, un paso ineludible que deben cumplimentar los Estados consiste en reunir todos los elementos necesarios para evaluar qué decisión satisface más íntegramente el interés superior del niño. Como destaca el Comité de Derechos del Niño, lo esencial es identificar una solución duradera que resuelva

todas sus necesidades de protección²⁵⁶. En este marco, las alternativas serán básicamente dos:

1. Disponer el retorno del niño, a fin de que se reencuentre con sus padres, otros familiares y seres queridos en el país de origen, o en su defecto, sea incorporado a los programas de protección integral de la infancia de ese país;
2. Disponer su permanencia en el país de destino, su regularización migratoria y, si fuera en su interés superior, gestionar el ingreso de sus padres a efectos de la reunificación familiar.

Si luego de escuchar al niño en forma debida²⁵⁷, se considera que decretar el retorno constituye la opción más beneficiosa para los intereses y derechos del niño -por razones de reunificación familiar u otras que garanticen su mejor protección-, el Estado debería arbitrar los medios para ubicar a la familia del niño en el país de origen. Para ello, requiere indefectiblemente la participación activa del otro Estado. Debe recordarse que se trataría de una medida dirigida a su protección (ver cuadro aparte).

• 250 V Conferencia Sudamericana de Migraciones, La Paz, Declaración, noviembre de 2004, párr. 8. • 251 Declaración de Santiago sobre Principios Migratorios, del 17 de mayo de 2004, párr. VI.

• 252 Asamblea General, Resolución 59/203, Respeto del derecho a la libertad universal de viajar e importancia vital de la reunificación de las familias, del 23 de marzo de 2005, párr. 2.

• 253 Argentina, ley 25.871, artículo 3; Panamá, Decreto ley 3/2008, artículo 66; Uruguay, Ley de Migración, artículo 1. • 254 Honduras, Ley de Migración y Extranjería, artículo 47.

• 255 Montero Mora, F., Estudio y diseño del Área Encargada de las Políticas de Integración para el desarrollo de la población migrante y refugiada de la Dirección General de Migración y Extranjería, Costa Rica, cit., pp. 35-36.

• 256 Comité de los Derechos del Niño, Observación General 6, cit., párr. 79.

• 257 “La opinión del niño y la niña debe ser escuchada y considerada en relación con la edad y madurez del niño o niña. Los niños y las niñas deben mantenerse informados de los planes que se hacen para ellos. Esto incluye decisiones acerca de su [...] reunificación” (Comité Internacional de la Cruz Roja, Directrices Generales Inter-Agenciales sobre Niñas y Niños no acompañados y separados, enero de 2004, p. 11).

Retorno de niños no acompañados y políticas de control migratorio

Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 6, párrafo 86:

“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”.

Si el niño o niña se opusiera a tal solución, informando su voluntad a su tutor y o a su representante legal, debería contar con los medios adecuados para hacer valer su opinión en las distintas instancias (es decir, ejercer su derecho de defensa, acceder a la justicia y a un recurso efectivo). Debe subrayarse que la reunión familiar en origen no podría considerarse como una alternativa a evaluar, si ella pudiera conllevar la violación de los derechos del niño o si alguna razón fundada en su interés superior aconseja no inclinarse por esta opción²⁵⁸. También es preciso considerar nuestros comentarios previos en relación con el principio de no devolución.

Por otra parte, si el niño o niña estuviera de acuerdo con la repatriación, o la decisión estuviera confirmada por los tribunales de justicia, deben garantizarse otra clase de extremos. En tal sentido, ambos países deben contar con las previsiones legales, los recursos y los mecanismos administrativos necesarios para asegurar de forma efectiva y segura la reunificación. Ello incluye la adopción de medidas dirigidas a proteger al niño en el transcurso del proceso y a garantizar su reinserción social en el país de origen, tal como ha indicado el Comité de los Derechos del Niño²⁵⁹.

Ahora bien, el Comité ha considerado también el

supuesto en que la reunificación familiar en el país de origen no resulte posible o aconsejable. En tales circunstancias, “entran en juego las obligaciones estipuladas en los artículos 9 y 10 de la Convención, que deben regir las decisiones del Estado de acogida sobre la reunión familiar en su propio territorio [...] La integración en el país de acogida constituye la opción principal si el retorno al país de origen se revela imposible por razones jurídicas o de hecho”²⁶⁰. Esto implica que los Estados deberían, por una parte, contar con mecanismos que faciliten el ingreso al país de manera regular de los padres, a fin de garantizar el derecho a la vida familiar de esos niños y niñas, siempre que razones de peso no aconsejen lo contrario en su interés superior; por otro lado, arbitrar políticas que aseguren los derechos y necesidades de esos niños y niñas de manera integral y duradera.

En la región latinoamericana, los pocos programas e instrumentos normativos referidos a esta cuestión, están centrados especialmente en los mecanismos de retorno al país de origen de niños y niñas no acompañados. Acuerdos bilaterales e iniciativas regionales han regulado diversas actuaciones para los casos de repatriación de niños y niñas no acompañados, de manera “ordenada y segura”²⁶¹.

No obstante la opción alternativa, es decir, la reagrupación e integración en la sociedad de acogida, no ha sido desarrollada debidamente, ni en la normativa y la práctica interna de los países, ni a nivel bilateral o multilateral.

En el segundo supuesto, son los padres quienes han migrado al país de destino y pretenden que sus hijos se reúnan allí con ellos.

En estas circunstancias, tanto el país en que se encuentra el niño (que puede ser su país de origen o no) como el país de acogida, deben arbitrar todos los medios posibles a fin de facilitar, y no obstruir, la reagrupación familiar. Tanto a través de acuerdos bilaterales como en la normativa interna de cada Estado, es preciso que se diseñen mecanismos que puedan, de manera sencilla y accesible, hacer efectivo el ejercicio del derecho a la vida familiar, que en estos casos se materializa en la previsión de procedimientos de reunificación familiar.

La inexistencia de vías legales sencillas para llevar adelante exitosa y oportunamente estos procesos, o bien la ausencia de información sobre esta alternativa y/o sobre los requisitos que deben cumplirse para activarla, repercute en la imposibilidad de concretar la reunión familiar en el país de destino. Paralelamente, estos factores constituyen una explicación del origen e incremento de la migración irregular de niños y niñas no acompañados que van en busca de sus padres que han migrado previamente. De esta manera, se profundiza considerablemente el riesgo de que los niños y niñas sean víctimas de redes de tráfico y trata de personas, al tiempo que se configuran otros abusos y peligros para sus derechos, su integridad

física y sus vidas. En muchos casos, incluso si logran ingresar al país en el cual habitan sus padres, las sanciones previstas contra las infracciones a las normas migratorias, así como la falta de mecanismos de regularización en el país de destino, pueden no sólo obstruir la reunión con su familia sino conllevar la aplicación de medidas de expulsión del país, la prohibición de reingreso u otra clase de penalidades.

En la región de América Latina y el Caribe, son pocos los países que disponen de procesos de reunificación familiar regulados en la legislación. Tampoco son muchos los que cuentan con acuerdos bilaterales con países vecinos, dirigidos específicamente a facilitar el ingreso de niños y niñas migrantes a fin de que puedan reunirse con sus padres.

Al respecto, la Relatoría de la CIDH sobre Trabajadores Migratorios y sus Familias ha destacado las dificultades que encuentran los padres que residen en forma regular en el país de destino, para lograr que sus hijos se reúnan con ellos²⁶². En relación con los países de origen y sus obligaciones respecto de los derechos de los niños y niñas a reunirse con sus padres migrantes, los organismos internacionales han instado a los Estados a desarrollar iniciativas dirigidas a promover la reunificación familiar, por ejemplo, a través de acuerdos bilaterales con los países de destino²⁶³.

En aquellos casos en que los padres no cuentan con un permiso de residencia en el país de destino, la reunificación familiar encuentra uno de sus obstáculos más complejos.

• 258 Comité de los Derechos del Niño, Observación General 6, cit., párrs. 81 y 82.

• 259 Comité de los Derechos del Niño, Observaciones Finales, México, CRC/C/MEX/CO/3, del 8 de junio de 2006, párr. 61. e.

• 260 Comité de los Derechos del Niño, Observación General 6, cit., párrs. 83 y 89.

• 261 Cabe mencionar, entre ellos, el Memorándum de Entendimiento entre México, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua, para la repatriación digna, ordenada, ágil y segura de nacionales centroamericanos migrantes, firmado el 5 de mayo de 2006.

• 262 CIDH, Relatoría de Trabajadores Migratorios, Séptimo informe de progreso, 2005, cit., párr. 182.

• 263 Comité de los Derechos del Niño, Observaciones Finales, Ecuador, CRC/C/15/Add.262, del 13 de septiembre de 2005, párr. 42; Comité de los Derechos del Niño, Observaciones Finales, República Dominicana, 2008, cit., párr. 51.b..

Incluso cuando la normativa permitiera el ingreso (a efectos de reunificación familiar) de sus hijos, esta opción no estaría disponible para quienes no tienen un estatus migratorio regular. Como subraya la Relatoría, en muchos casos “la condición migratoria irregular de los padres no les permite ir a buscar a sus hijos por lo que acuden a redes de tráfico de migrantes para reunirse con ellos”²⁶⁴.

Un abordaje integral a esta compleja situación, basado en un enfoque de derechos y especialmente en el interés superior del niño (a corto y largo plazo), indicaría que los Estados deberían reconducir sus respuestas y, en lugar de centrarse en la sanción de la inmigración irregular, contemplar mecanismos que garanticen la protección de las personas que se encuentran en tal situación de vulnerabilidad (tanto los padres en situación migratoria irregular como los hijos e hijas con quienes ellos anhelan reencontrarse). Tal como han destacado repetidamente los países de la región, una de las respuestas posibles y más eficaces en estos casos,

es la regularización de la condición migratoria de los padres y, luego, por vía de reunificación familiar, la de los niños una vez que han ingresado al país (o bien, la regularización de todo el grupo en caso de que los niños y niñas ya se encuentran en el país de destino).

En función de las circunstancias analizadas en el presente epígrafe, consideramos pertinente formular las siguientes recomendaciones.

5. Procedimientos migratorios, obstáculos administrativos y discriminación

En la mayoría de los países de América Latina y el Caribe, los procedimientos migratorios, en particular aquellos destinados a obtener un permiso de ingreso o de residencia, suelen contener una serie de obstáculos burocráticos y exigencias administrativas que dificultan las posibilidades de cumplimentarlos exitosamente. Ello contribuye a aumentar los índices de irregularidad migratoria.

En el caso de niños y niñas que buscan ingresar al país, como se destacó, tales impedimentos contribuyen al aumento de las situaciones de explotación y trata de personas. Cuestiones como los altos costos de los trámites, exigencias irrazonables de documentación, largas demoras en el procesamiento de la solicitud o en la provisión de documentación necesaria por parte de diferentes organismos públicos (del Estado de destino o de origen), o la falta de notificación de la decisión (y por ende, la pérdida de la posibilidad de apelar la resolución), son algunos de esos obstáculos²⁶⁵.

Estas circunstancias exigen a los Estados una revisión de los mecanismos vigentes, a fin de facilitar el acceso a los procedimientos, colaborar en su adecuada finalización y evitar la subsistencia de trabas no razonables o incluso discriminatorias (por ejemplo, aquellas basadas en la exigencia de requisitos de índole económica).

Por otra parte, y como comentario final de este capítulo, es preciso hacer una mención sobre otros aspectos preocupantes de la normativa que rige en esta clase de procedimientos.

Ya hemos señalado que varios países establecen restricciones al ingreso o radicación de quienes padecen alguna discapacidad o enfermedad, o incluso permiten cancelar la residencia (y eventualmente,

decretar la expulsión) a personas que carecen de recursos económicos²⁶⁶.

Sin embargo, no son éstos los únicos criterios discriminatorios aplicados a los extranjeros. Pese a que el principio de no discriminación se encuentra previsto en numerosas normas internacionales -entre otros la CDN en su artículo 2-, las legislaciones nacionales establecen categorías discriminatorias para vedar el ingreso o la permanencia de extranjeros, o para decidir su expulsión. Por ejemplo, existen legislaciones que incluyen las siguientes calificaciones personales e impedimentos para ingresar y residir en el país, absolutos o sujetos a condiciones, según el caso:

- carecer de recursos económicos para solventar los gastos de su permanencia; carecer de profesión, oficio, industria, arte, o medio de vida lícito; practicar la mendicidad, vagancia, ebriedad habitual o consuetudinaria²⁶⁷;
- idiotas, imbeciles, débiles mentales, epilépticos, mudos, ciegos, personas con deficiencia mental²⁶⁸;
- brujos, hechiceros, curanderos, adivinos o charlatanes²⁶⁹;
- prostitutas²⁷⁰;
- profesar ideas anárquicas²⁷¹.

Por lo expuesto, consideramos relevante formular las siguientes recomendaciones.

Recomendaciones sobre la reunificación familiar de niños migrantes

- Los Estados deben reconocer expresamente en su normativa el derecho a la reagrupación familiar de las personas migrantes.
- Asimismo, deben incluir en la legislación un protocolo de actuación relativo a los niños y niñas migrantes no acompañados que ingresan en su territorio. Este protocolo, guiado por el interés superior del niño y otros principios y derechos del niño aplicables a estas circunstancias, debe proveer diferentes soluciones y medidas que tengan en cuenta tanto el corto como el largo plazo.
- Luego de un debido proceso legal, los Estados podrán disponer la repatriación del niño a su país de origen a efectos de su reunificación con su familia, en caso de que la medida se considere en interés superior del niño y no suponga una afectación de sus derechos fundamentales.
- Si la alternativa en el mejor interés del niño fuera la integración en la sociedad de acogida, y su reunificación en el país de origen no fuera aconsejable o posible, los Estados de destino deberán implementar las medidas necesarias para su protección integral (entre ellas, expedirle la correspondiente autorización de residencia). Si fuera en su interés superior, deberían garantizar, a través de un proceso sencillo y accesible, el ingreso al país de los padres a fin de asegurar la unidad familiar.
- Los Estados de origen y destino de migrantes deberían desarrollar iniciativas, bilaterales y multilaterales, que aseguren, por un lado, la repatriación de los niños no acompañados de acuerdo con los estándares internacionales de derechos humanos, y por el otro, la reunificación familiar en el país de acogida o en el de origen, según su interés superior.
- La irregularidad migratoria no debería constituir un obstáculo para que las personas migrantes puedan reagrupar a sus niños y niñas que permanecen en el país de origen. Por el contrario, las medidas de regularización deberían ser una opción accesible en estas circunstancias.

Recomendaciones sobre no discriminación en los procedimientos migratorios

- Los Estados deberían revisar su legislación migratoria a la luz del principio de no discriminación, con el objetivo de derogar cualquier cláusula discriminatoria por alguno de los motivos prohibidos por el derecho internacional de los derechos humanos.
- Las restricciones en el ingreso y residencia de personas migrantes deben estar basadas en criterios razonables y no discriminatorios. A su vez, la aplicación de las restricciones normadas precisa estar debidamente justificada en cada caso concreto.
- En la aplicación de los criterios relativos a las condiciones de ingreso a un país, debe tenerse en consideración el principio del interés superior del niño.

• 264 CIDH, Relatoría de Trabajadores Migratorios, Séptimo informe de progreso, cit., párr. 182.

• 265 Comité sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familias, Observaciones Finales, Bolivia, cit., párrs. 31 y 32.

• 266 Perú, Ley de Extranjería, artículo 63.2.

• 267 Véase, entre otras, la normativa de los siguientes Estados: Brasil, Ley 6.815, art. 65.c; Honduras, Ley de Migración y Extranjería, art. 81.5; Paraguay, Ley de Migraciones, art. 6.7; Perú, Ley de Extranjería, art. 29.d; República Dominicana, Ley 285, art. 15.5;

• 268 Barbados, Immigration Act, First Schedule, Prohibited Persons; Belice, Immigration Act, artículo 5.1; Perú, Ley de Extranjería, artículo 28.

• 269 Honduras, Ley de Migración y Extranjería, artículo 81.5.

• 270 Barbados, First Schedule, Prohibited Persons; Honduras, Ley de Migración y Extranjería, artículo 81.5.

• 271 El Salvador, Ley de Migración, artículo 10.b.



Foto: Gonzalo Bell, Nicaragua

**Derechos económicos, sociales y culturales
de los Niños y niñas migrantes**

1. Introducción

Las personas migrantes, en razón de las condiciones de vulnerabilidad en las que pueden encontrarse, están expuestas a diversas restricciones o violaciones a sus derechos económicos, sociales y culturales, tal como ha sido reconocido por la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. De acuerdo con la Relatoría, estas afectaciones configuran una situación paradójica ya que, en la mayoría de los casos, la decisión de migrar está determinada, precisamente, por la privación o falta de acceso a estos mismos derechos en el país de origen²⁷².

Como se ha señalado en otros pasajes de este estudio, la vulnerabilidad y el impacto de las restricciones a los derechos fundamentales se acrecientan sensiblemente cuando las personas no cuentan con un permiso de residencia en el país en el que habitan. La situación adquiere una gravedad mayor cuando los migrantes son personas menores de edad. Por ello, el Comité sobre los Derechos del Niño ha instado a los Estados a garantizar “el acceso de todos los niños y niñas a servicios adecuados y efectivos, en particular a programas

de atención de la salud, cuidado y educación específicamente diseñados para promover su bienestar”, prestando “especial atención a los grupos más vulnerables de niños pequeños y a quienes corren riesgo de discriminación (artículo 2). Ello incluye a las niñas, los niños [...] de familias migrantes”²⁷³.

En relación con el reconocimiento y ejercicio efectivo de los derechos sociales de las personas migrantes, es preciso subrayar, en primer lugar, que estamos aludiendo a un aspecto clave de su integración en la sociedad en que habitan, de su pertenencia a una nueva comunidad socio-política²⁷⁴. El ejercicio de estos derechos en condiciones de igualdad con los nacionales del país de destino constituye una condición sine qua non de la inclusión de los migrantes en la sociedad de acogida²⁷⁵. La relación entre protección de derechos e integración social no solamente ha sido destacada desde un punto de vista teórico sino también político ya que, en el ámbito iberoamericano, los Estados han resaltado su importancia²⁷⁶.

A su vez, la integración de las personas migrantes, es decir, la realización de sus derechos sin discriminación, puede constituir un factor

esencial para elevar los índices de cohesión social así como para reducir la conflictividad en una sociedad integrada por grupos de población de diversas procedencias u origen. Es por ello que diversos organismos internacionales han destacado la necesidad de diseñar instrumentos legislativos más comprehensivos y basados en un enfoque de derechos, que aseguren los derechos económicos y sociales de los niños y niñas migrantes, sin perjuicio de su nacionalidad y estatus migratorio²⁷⁷. La igualdad de oportunidades en el acceso a la salud, la educación o la vivienda, o el nivel de éxito o fracaso escolar de los niños y niñas migrantes, constituyen indicadores objetivos para medir el grado de integración en la sociedad de acogida²⁷⁸.

En este sentido, debe notarse también que el acceso a los derechos sociales de las personas migrantes repercute positivamente en el resto de la sociedad de acogida, y no en sentido contrario, como a menudo se alega. Al respecto, se ha señalado, por ejemplo, que “la garantía de un entorno habitacional digno o de servicios públicos adecuados condiciona la salud y la seguridad de barrios enteros, sobre todo de los que ya padecen una mayor deficiencia de equipamientos. La concentración de alumnado extranjero en los centros educativos más deteriorados [en relación

con las condiciones del resto de los institutos] es un factor de erosión de la pluralidad y de la calidad en general de la esfera pública, tanto presente como futura. La existencia de trabajadores y trabajadoras inmigrantes sin derechos laborales suficientes y sin capacidad de negociación frente a los empresarios incide en la precariedad y en la explotación del resto de trabajadores. La situación de marginación y exclusión a la que las leyes condenan a los inmigrantes generan focos de violencia o atentados contra la pequeña propiedad que tienen lugar, principalmente, en los barrios y entre los sectores en situación de mayor vulnerabilidad económica”²⁷⁹.

En el plano normativo, los derechos sociales son reconocidos en diversos instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos, a todas las personas sujetas a la jurisdicción de un Estado. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC) y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”), constituyen dos tratados esenciales al momento de analizar cuáles son los derechos sociales que deben ser asegurados a todas las personas sin discriminación alguna. Por su parte, la Convención sobre los

• 272 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría Especial sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, Séptimo Informe de Progreso, en CIDH, Informe Anual, 2005, párr. 175.

• 273 Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 7, Realización de los derechos del niño en la primera infancia, 2005, párr. 24.

• 274 Añón, María J., “Límites de la universalidad: los derechos sociales de los inmigrantes”, en VV.AA., La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración, Universidad de Valencia, Valencia, 2004, 9-25., p. 10.

• 275 De Lucas, Javier, “Reconocimiento, inclusión, ciudadanía. Los derechos sociales de los inmigrantes”, VV.AA., La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración, cit., 27-36., p. 28.

• 276 Foro Iberoamericano sobre Migración y Desarrollo, Informe Final. Aportes y Conclusiones principales, Sesión IV: Integración de Migrantes, Cuenca, Ecuador, 10-11 de abril de 2008.

• 277 Global Migration Group, International Migration and Human Rights. Challenges and Opportunities on the Threshold of the 60th Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights, cit., p. 22.

• 278 Zapata-Barrero, Ricard, La gestión política de la inmigración: indicadores y derechos, VV.AA., La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración, cit., 199-221., p. 215.

• 279 Pisarello, Gerardo, “Derechos sociales e inmigración: razones para una comunidad de iguales”, en Universitas, N° 110, Bogotá (Colombia), julio-diciembre de 2005, pp. 13-60, p. 18.

Derechos del Niño establece también una serie de derechos sociales que deben ser garantizados a todos los niños y niñas, como la salud, la educación, la vivienda, la alimentación y un nivel de vida adecuado, sin ningún tipo de distinción basada en aspectos como la nacionalidad o la condición migratoria²⁸⁰. Como ya se precisó, los Estados de Sudamérica han subrayado la relevancia de proteger y garantizar los derechos humanos de todas las personas migrantes, sin perjuicio de su estatus migratorio, y especialmente en el caso de las mujeres y los niños²⁸¹.

De estos acuerdos surgen, a su vez, obligaciones concretas para los Estados firmantes. Entre otras, adoptar medidas de manera inmediata para garantizar un contenido mínimo de cada uno de estos derechos a todas las personas bajo la jurisdicción estatal y no implementar iniciativas que supongan una regresión respecto a los niveles de satisfacción alcanzados. Asimismo, prohibir cualquier tipo de discriminación en el ejercicio de estos derechos y asegurar el derecho a exigir judicialmente el cumplimiento de estos deberes²⁸². Y finalmente, diseñar y ejecutar medidas que progresivamente amplíen los niveles de protección y satisfacción de estos derechos por parte de toda la población.²⁸³

Ahora bien, aún cuando los Estados de América Latina y el Caribe han afirmado en repetidas ocasiones y en distintos escenarios internacionales

la necesidad de adecuar la legislación y las prácticas en materia migratoria a las obligaciones asumidas en relación con los derechos sociales, y han reconocido además el deber que les cabe en tal sentido²⁸⁴, en la actualidad se observa que diversos países cuentan con normas y políticas públicas que establecen restricciones a los derechos sociales de los trabajadores y trabajadoras migrantes y sus familias, tanto en razón de su nacionalidad como de su condición migratoria²⁸⁵. Incluso los propios Estados de la región han convenido que en el derecho interno de muchos países de destino de flujos migratorios, uno de los principales problemas es la falta de adecuación -o en algunos casos la abierta contradicción- entre los derechos legalmente reconocidos y la práctica estatal. En tal sentido, por un lado, en respuesta a intereses sectoriales de los Estados receptores, se tolera o incluso se promueve implícitamente la inmigración. Sin embargo, por otra parte, la población migrante es tratada, en el discurso y en la práctica política, como “irregular” o “indocumentada”, lo cual provoca la marginación, tanto jurídica como social, de las personas migrantes²⁸⁶.

A su vez, en relación con los derechos sociales de los niños y niñas migrantes, la amplia mayoría de las normas migratorias vigentes en los países de la región omite aludir expresamente a la cuestión. En principio, a diferencia de lo que sucede con la regulación de materias como la

detención y expulsión del país²⁸⁷, esta ausencia podría indicar que los niños y niñas migrantes gozan de los mismos derechos que los nacionales, regulados en normas destinadas a la población infantil en general, sin perjuicio de su nacionalidad y estatus migratorio. Sin embargo, es preciso efectuar dos observaciones. Por un lado advertir que, en la práctica, en la implementación de las políticas públicas, se verifican diversos obstáculos y restricciones a los derechos sociales de este colectivo. Por otra parte, indicar que dicha omisión suele significar la inexistencia de programas adecuados para atender debidamente la particular situación de los niños y niñas migrantes, sus necesidades y derechos, en especial cuando no están acompañados por sus padres.

En este contexto, debe resaltarse que la privación de derechos sociales a las personas migrantes en razón de su condición migratoria, repercute y afecta con especial intensidad a los niños y niñas en las diversas situaciones en que suelen atravesar la experiencia de la migración, es decir, tanto cuando se hallan no acompañados -e indocumentados- en el país de destino como cuando han migrado junto a su familia (o a uno de sus progenitores) y ésta no cuenta con residencia legal, y también si se trata de niños o niñas que han nacido en el país en que habitan no obstante sus padres continúan siendo migrantes en situación migratoria irregular. En cualquiera de estos supuestos, los niños y niñas pueden vivir en un contexto de manifiesta vulnerabilidad, condición que se acrecienta si sus derechos sociales se ven restringidos o negados debido a su estatus

migratorio o el de sus padres.

En este capítulo se efectuará un sucinto análisis sobre la vigencia, en los países de la región, de los derechos sociales de los niños y niñas en las circunstancias antes mencionadas. Haremos especial referencia al derecho a la educación y el derecho a la salud. Ello no solamente por la trascendencia de estos derechos en sí mismos y su incidencia en el ejercicio de otros derechos fundamentales²⁸⁸, sino porque precisamente en el acceso a la salud y a la educación se manifiestan las más serias vulneraciones a los derechos de las niñas y niños migrantes (o hijos e hijas de migrantes) que se encuentran en situación migratoria irregular. Al respecto, se ha señalado que la distinción entre niños y niñas migrantes y no migrantes, o entre niños y niñas migrantes regularizados y no regularizados, trae aparejada la vulneración de derechos básicos como la educación y la salud, pese a que la Convención sobre los Derechos del Niño y otros tratados garantizan una protección especial a todas las personas menores de edad, sin perjuicio de su nacionalidad o su permanencia regular o irregular en un país²⁸⁹.

A su vez, en tanto diversas normas o prácticas vigentes en la región pueden también implicar una restricción a otros derechos económicos, sociales y culturales de los niños y niñas migrantes, resulta oportuno analizar, si bien brevemente, cuestiones tales como: el derecho a un nivel de vida adecuado de los niños y niñas migrantes ante las restricciones a los derechos de sus padres debido a su condición migratoria; la explotación laboral infantil y la

• 280 Convención sobre los Derechos del Niño, artículos 24 a 29.

• 281 Declaración de Montevideo sobre Migración, Desarrollo y Derechos Humanos de las personas migrantes, VII Conferencia Sudamericana de Migraciones, Montevideo, 19 de septiembre de 2008, introducción, cuarto párrafo.

• 282 Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2006, pp. 47-63.

• 283 Sobre las características de estas obligaciones (inmediatez, contenido mínimo, no regresividad y progresividad), véanse, entre otros, Abramovich, V. y Courtis, Ch., Los derechos sociales como derechos exigibles, Trotta, Madrid, 2002; Courtis, Ch. (comp.), Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2006; Gutiérrez Contreras, Juan Carlos (Coord.), Los Derechos económicos, sociales y culturales, Programa de Cooperación en Derechos Humanos México-Unión Europea, 2005; Sepúlveda, Magdalena, The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic Social and Cultural Rights, Intersentia, Antwerp 2003.

• 284 Declaración de Montevideo de la VIII Conferencia Iberoamericana de Ministros, Ministras y Altos Responsables de Infancia y Adolescencia, del 7 de octubre de 2006; Declaración de Caracas, VII Conferencia Sudamericana de Migraciones, 1-3 de julio de 2007; Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, Programa de Acción, Durban, 8 de septiembre de 2001, párr. 30.g.

• 285 Entre otros, véase CIDH Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio, Cuarto Informe de Progreso, 2001, párrs. 66-69, 231-249.

• 286 Conclusiones Preliminares del Encuentro Iberoamericano sobre Migración y Desarrollo, Mesa de trabajo 2: Migración, Derechos Humanos y Ciudadanía, Migración y Derechos Humanos, Hechos y problemas detectados, Madrid, 18 y 19 de julio de 2006.

• 287 Como se explica en los capítulos I y II de este mismo Estudio, la ausencia de previsiones legales específicas sobre niños y niñas conduce a que éstos puedan ser objeto de medidas privativas de la libertad y deportación al igual que los adultos, sin ninguna clase de protección especial, en contravención con los derechos y garantías de la infancia.

• 288 Según la Corte IDH, “la educación y el cuidado de la salud de los niños...constituyen los pilares fundamentales para garantizar el disfrute de una vida digna por parte de los niños...” (Corte IDH, OC-17/00, cit., párr. 86).

• 289 Liwski, Norberto, Migraciones de niños, niñas y adolescentes bajo el enfoque de derechos, Instituto Interamericano del Niño, 2007, p. 3.

situación de los niños y niñas víctimas del delito de trata de personas; el impacto de los diversos mecanismos de control migratorio en los derechos económicos, sociales y culturales; y la incidencia de las políticas de regularización en el disfrute de los derechos sociales y la integración social de los migrantes en el país de acogida.

2. El acceso al derecho a la educación de niños y niñas migrantes

2.1 Las garantías y restricciones para el acceso en condiciones de igualdad

Los numerosos instrumentos internacionales que consagran el derecho a la educación establecen la obligación del Estado de garantizar este derecho a todos los niños y niñas bajo su jurisdicción, sin establecer distinciones o restricciones entre nacionales y extranjeros, o entre los extranjeros que se encuentran en situación regular o irregular²⁹⁰.

Por el contrario, de acuerdo con estos estándares, todas las personas bajo la jurisdicción de un Estado, y en particular los niños y niñas, deben tener acceso a la educación en condiciones de igualdad. Este derecho no puede ser denegado si los niños y niñas, a raíz de su condición migratoria, no cuentan con un determinado documento de identidad provisto por el país de destino o con alguna categoría específica de residencia. Los niños y niñas nacidos en el país al que migraron sus padres, a su vez, no pueden sufrir un menoscabo a este derecho en razón de la falta de residencia legal de sus padres²⁹¹.

En este sentido, la Convención sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y de sus Familias establece que los hijos de todos los trabajadores migratorios gozarán del derecho fundamental de acceso a la educación en igualdad de trato con los nacionales del Estado. Tal como ha reafirmado el Comité que supervisa el cumplimiento de esta Convención, dicho acceso no podrá denegarse ni limitarse a causa de la situación irregular de permanencia o empleo de cualquiera de los padres, ni del carácter irregular de la permanencia del hijo en el Estado de empleo²⁹².

De igual manera, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que el principio de no discriminación “se aplica a todas las personas en edad escolar que residan en el territorio de un Estado Parte, comprendidos los no nacionales y con independencia de su situación jurídica”²⁹³ y que “la educación debe ser accesible a todos, especialmente a los grupos mas vulnerables de hecho y de derecho”²⁹⁴. A su vez, es importante destacar que la prohibición de discriminación, consagrada en artículo 2.2 del PIDESC, no está supeditada ni a una implantación gradual ni a la disponibilidad de recursos en las arcas estatales, sino que se aplica plena e inmediatamente a todos los aspectos de la educación y abarca todos los motivos de discriminación rechazados internacionalmente²⁹⁵.

Recurriendo a los tratados y estándares internacionales de derechos humanos, el Tribunal Constitucional español declaró la

inconstitucionalidad de una disposición de la ley de extranjería que denegaba el acceso a cierto nivel del sistema educativo a los niños y niñas migrantes sin residencia legal. Al respecto, el tribunal subrayó que el derecho a la educación “incluye el acceso no sólo a la enseñanza básica, sino también a la enseñanza no obligatoria, de la que no pueden ser privados los extranjeros que se encuentren en España y no sean titulares de una autorización para residir. El precepto impugnado [en el caso bajo estudio] impide a los extranjeros menores de dieciocho años sin autorización de estancia o residencia acceder a la enseñanza secundaria postobligatoria, a la que sin embargo pueden acceder [...] aquéllos que hayan obtenido el título de graduado en educación secundaria obligatoria, normalmente a la edad de dieciséis años. Ese derecho a la educación no obligatoria de los extranjeros menores de edad forma parte del contenido del derecho a la educación, y su ejercicio puede someterse a los requisitos de mérito y capacidad, pero no a otra circunstancia como la situación administrativa del menor”²⁹⁶.

El reconocimiento del derecho a la educación sin discriminación alguna que surge de los tratados internacionales, exige a su vez a los Estados una serie de obligaciones. Fundamentalmente, adoptar medidas positivas que permitan y aseguren a individuos y comunidades disfrutar del derecho a la educación, abstenerse de implantar medidas que obstaculicen o impidan su disfrute (por ejemplo, con base en los motivos prohibidos por el principio de no discriminación) y evitar que el derecho sea obstaculizado por terceros²⁹⁷. Además, según el Comité DESC, los Estados deben garantizar que la educación en todas sus formas y en todos los

niveles cumpla con las siguientes cuatro características interrelacionadas: disponibilidad, accesibilidad -no discriminación, accesibilidad material y accesibilidad económica-, aceptabilidad y adaptabilidad²⁹⁸. De esta manera, los niños migrantes, o hijos de migrantes, tienen el derecho a acceder material y económicamente, y sin obstáculos fundados en su nacionalidad o estatus migratorio, o de sus padres, a las instituciones educativas disponibles. Éstas deben estar distribuidas geográficamente de un modo tal que asegure el acceso universal y adecuarse apropiadamente a la diversidad cultural de los grupos, pueblos y comunidades que componen una sociedad.

En relación con los niños y niñas no acompañados, el Comité sobre los Derechos del Niño señaló que “todo menor no acompañado o separado de su familia, independientemente de su estatuto, tendrá pleno acceso a la educación en el país de acogida” y que los Estados deben inscribir a los menores no acompañados o separados de su familia ante las autoridades escolares competentes lo antes posible y ayudarlos a que aprovechen al máximo las oportunidades de aprendizaje. Asimismo, indicó que los Estados deben velar por que los menores no acompañados o separados de su familia reciban certificados escolares u otros documentos donde conste su nivel de educación, en particular cuando se preparan para la reinstalación, el reasentamiento o el retorno²⁹⁹.

• 290 Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 26); Convención de los Derechos del Niño (artículos 28 y 29); Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 5); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículos 13 y 14); Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores y todas las trabajadoras migrantes y de sus familias (artículo 30); Convención de la UNESCO contra la Discriminación en la Educación (artículo 3); Protocolo de San Salvador (artículo 13).

• 291 Según la Convención sobre los Derechos del Niño, los Estados deben garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición o las actividades de sus padres (artículo 2.2).

• 292 Comité para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias, Observaciones Finales, Egipto, CMW/C/EGY/CO/1, del 25 de mayo de 2007, párrs. 36-37.

• 293 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 13: El derecho a la educación (artículo 13), E/C.12/1999/10, del 8 de diciembre de 1999, párr. 34.

• 294 Comité DESC, Observación General 13: El derecho a la educación (artículo 13), cit., párr. 6.b.i.

• 295 Comité DESC, Observación General 13: El derecho a la educación (artículo 13), cit., párr. 31; Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Los derechos de los no ciudadanos, HR/PUB/06/11, Nueva York y Ginebra, 2006, pag. 28.

• 296 STC 236/07, del 7 de noviembre de 2007, fundamento jurídico 8.

• 297 Comité DESC, Observación General 13: El derecho a la educación (artículo 13), párr. 47.

• 298 Para un desarrollo más exhaustivo sobre las implicaciones de estas obligaciones, véase Comité DESC, Observación General 13: El derecho a la educación, párrs. 6, 43-59.

• 299 Comité sobre los Derechos del Niño, Observación General 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, cit., párrs. 41 y 42.

El derecho de acceder a la educación y recibir una educación adecuada que se les reconoce a todos los niños y niñas migrantes (con sus familias o no acompañados) constituye, además, un instrumento esencial para favorecer su integración en las respectivas sociedades de acogida. La integración es un objetivo al que todos los Estados receptores de flujos migratorios deberían aspirar, tal como ha subrayado el Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas³⁰⁰. En el mismo sentido destaca un trabajo publicado por la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), que el acceso a la educación de niños y niñas migrantes, independientemente de su estatus migratorio, también debe ser considerado por los Estados de destino como un instrumento efectivo para alcanzar la igualdad y el mutuo entendimiento en sociedades multiculturales³⁰¹.

De los estándares comentados se desprende, por un lado, la obligación estatal de reconocer expresamente, en la legislación, el acceso a este derecho sin ninguna clase de discriminación; y por otro lado, el deber de desarrollar mecanismos administrativos, judiciales y de otra índole que aseguren la realización efectiva de este derecho por parte de todos los niños y niñas migrantes, eliminando cualquier tipo de obstáculo, evaluando la ejecución de las políticas destinadas a garantizar el derecho y, de ser necesario, impugnando, revisando o reformulando las políticas públicas existentes. Es oportuno recordar que, como

destaca el Comité de los Derechos del Niño, por ser la infancia migrante un colectivo en situación vulnerable, los Estados deben dedicarle una atención especial a fin de salvaguardar su derecho a la educación³⁰².

Si bien en la generalidad de la legislación de los países de la región no se establecen, expresamente, distinciones entre niños y niñas nacionales y extranjeros en cuanto al derecho a la educación, ni entre personas migrantes en razón de su condición migratoria³⁰³, en la práctica existen diversos obstáculos que restringen el acceso a este derecho a quienes se encuentran en una situación migratoria irregular. El derecho a la educación es limitado en numerosas ocasiones en razón del estatus migratorio del niño (o el de sus padres), advirtiéndose en algunos casos problemas o limitaciones en el acceso a la educación o elevadas tasas de deserción escolar entre la población migrante, particularmente en el nivel secundario³⁰⁴. Asimismo, en la mayoría de los países se advierte la ausencia de políticas específicas destinadas a promover la integración y el acceso a la educación de niños y niñas migrantes, lo cual impide satisfacer el deber estatal de brindar una protección especial a los grupos en situación vulnerable, así como el compromiso manifestado en diversos foros internacionales en tal sentido. Por último, son muy escasas las normas que reconocen expresamente la igualdad del derecho a la educación entre nacionales y extranjeros,

independientemente de su condición migratoria (véase cuadro aparte).

El derecho a la educación de niños migrantes en las legislaciones argentina y uruguaya

Argentina, Ley de Migraciones (ley 25.871, del 17 de diciembre de 2003) "Artículo 7: En ningún caso la irregularidad migratoria de un extranjero impedirá su admisión como alumno en un establecimiento educativo, ya sea este público o privado; nacional, provincial o municipal; primario, secundario, terciario o universitario".

Uruguay, Ley de Migración (ley 18.250, del 17 de enero de 2008) Artículo 11: "Los hijos de las personas migrantes gozarán del derecho fundamental de acceso a la educación en condiciones de igualdad de trato con los nacionales. El acceso de los hijos de trabajadores migrantes a las instituciones de enseñanza pública o privada no podrá denegarse ni limitarse a causa de la situación irregular de los padres".

Uno de los obstáculos más comunes que deben enfrentar los niños y niñas migrantes en situación irregular para acceder a la educación, es la exigencia de un documento de identidad emitido por las autoridades del país de acogida. En la práctica de algunos países de la región, y sin perjuicio de lo que establezca la normativa, el ingreso o inscripción en una institución educativa sólo pueden concretarse si se presenta un documento de identidad del país en que habita. Para ello, evidentemente, es preciso contar con un permiso de residencia³⁰⁵. En ciertas oportunidades, se alega la falta de documentación de los padres (y no de los niños y niñas) para denegar la inscripción.

En otros casos, el mismo niño migrante a quien

se rechazaba sin fundamentos en un establecimiento público, era aceptado en otro. El riesgo de situaciones como ésta es que se promueva la segmentación, en el sistema público, entre instituciones con alumnado de origen nacional e instituciones con presencia mayoritaria de extranjeros³⁰⁶. Otro tipo de restricción vigente en alguna de las normas de la región es la imposición de un plazo mínimo de residencia para acceder al sistema educativo³⁰⁷.

Algunos de los casos de denegación al acceso a la educación han motivado la presentación de reclamos por parte de las defensorías del pueblo; otros han sido impugnados judicialmente³⁰⁸.

• 300 Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, OHCHR discussion paper: Le droit à l'éducation des enfants migrants, marzo de 2007, p. 2.

• 301 Touzenis, K., "Human Rights of Migrant Children", en International Organization for Migration (IOM), International Migration Law, N° 15, Ginebra, 2008, p. 42.

• 302 Comité sobre los Derechos del Niño, Observaciones Finales, Belice, CRC/C/15/Add.252, del 31 de marzo de 2005, párr. 62.d).

• 303 Una excepción es la Ley de Extranjería de Cuba, cuyo artículo 22 establece que los "responsables administrativos de [...] centros de estudios, no admitirán en los centros de trabajo o estudio a extranjeros o personas sin ciudadanía desprovistos de los documentos de identidad correspondientes o que estén éstos vencidos" (ley 1.313, del 20 de septiembre de 1976). Otro ejemplo de la restricción al derecho a la educación en razón de la condición migratoria se hallaba -hasta hace pocos años- en la ley 22.439 de Argentina (derogada por la ley 25.871 del 21 de enero de 2004), la cual establecía en su artículo 102 que "Los institutos de enseñanza media o superior, ya sean públicos o privados, nacionales, provinciales o municipales, solamente podrán admitir como alumnos, a aquellos extranjeros que acrediten, para cada curso lectivo, su calidad de 'residentes permanentes' o 'residentes temporarios', debidamente habilitados a tales efectos".

• 304 Como prueba de estas circunstancias, nos remitimos a los informes de distintos órganos de supervisión del cumplimiento de tratados de Naciones Unidas que dan cuenta de ello, entre otros: Comité sobre los Derechos del Niño, Observaciones Finales, Argentina, CRC/C/15/Add.187, 9 de octubre de 2002, párrs. 29, 56; Comité sobre los Derechos del Niño, Observaciones Finales, Chile, CRC/C/CHL/CO/3, 23 de abril de 2007, párrs. 29, 63; Comité sobre los Derechos del Niño, Observaciones Finales, Costa Rica, CRC/C/15/Add.266, 21 de septiembre de 2005; Comité sobre los Derechos del Niño, Observaciones Finales, México, CRC/C/MEX/CO/3, 8 de junio de 2006, párr. 56; Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, Observaciones Finales, Ecuador, CMW/C/EQU/CO/1, 5 de diciembre de 2007, párr. 35; Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), Observaciones Finales, República Dominicana, CERD/C/DOM/CO/12, 16 de mayo de 2008, párrs. 15, 18; CERD, Observaciones Finales, Bahamas, CERD/C/64/CO/1, 28 de abril de 2004, párr. 14; Comité sobre los Derechos del Niño, Observaciones Finales, República Dominicana, CRC/C/DOM/CO/2, 11 de febrero de 2008, párrs., 27, 70, 72, 77.

• 305 Por ejemplo, en Panamá (según información proporcionada por UNICEF Panamá) y en República Dominicana (de acuerdo con la Corte IDH, caso de las Niñas Yean y Bosico c. República Dominicana, sentencia del 8 de septiembre de 2005, y con el Comité sobre los Derechos del Niño en las Observaciones Finales sobre este país emitidas en 2008), entre otros. En México, organizaciones de la sociedad civil han revelado que en ocasiones se exigía una constancia de estancia legal para la inscripción de niños migrantes en la escuela primaria (según Foro Migraciones, Informe alternativo presentado ante el Comité de Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familias, diciembre de 2005, p. 45). De igual manera, estos obstáculos han sido señalados por organizaciones sociales de Bolivia (Mesa Técnica de Migraciones, Respuestas al Cuestionario del Comité de protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares [CMW/C/BOL/1] sobre el Informe inicial presentado por el Estado boliviano de conformidad con el artículo 73 de la Convención, Bolivia, abril de 2007, párr. 17).

• 306 Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2007. Hechos 2006, Santiago, 2007, p. 345.

• 307 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Observaciones Finales, Antigua y Barbuda CERD/C/ATG/CO/9, 11 de abril de 2007, párr. 18. El plazo impuesto es de dos años.

• 308 En Argentina, especialmente hasta la vigencia de la ley migratoria anterior, la existencia de casos en que niños migrantes se han visto privados de acceder a estudios primarios, secundarios o universitarios, en razón de su situación migratoria o la de sus padres, dio lugar a la intervención de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires (resolución 3577/01) y a planteos ante el poder judicial. Véase en este sentido, Ceriani Cernadas, Pablo, Morales, Diego y Ricart, Luciana, "Los derechos de los migrantes en la jurisprudencia argentina (1994-2005)", en Abramovich V., Bovino A. y Courtis C. (comps.), La aplicación local de los tratados de derechos humanos: la experiencia de una década (1994-2005), Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2007.

Recomendaciones sobre el acceso a la educación en condiciones de igualdad

La legislación migratoria debe reconocer expresamente el derecho a la educación, sin restricción alguna, a todo niño y niña migrante. Cuestiones como la nacionalidad, el origen nacional o la condición migratoria deberían ser explícitamente motivos prohibidos para negar o restringir el acceso y ejercicio del derecho a la educación, en cualquiera de sus modalidades y niveles. Para ello, los Estados deben diseñar e implementar políticas públicas destinadas a asegurar la realización de este derecho. Entre estas políticas, podrían incluirse las siguientes:

- Disponer medidas que impidan la imposición de obstáculos formales al acceso a la educación, como la exigencia de un cierto documento de identidad como criterio excluyente. Ello requiere, además, el diseño de mecanismos de evaluación del cumplimiento de este deber, así como la provisión de recursos efectivos, oportunos y sencillos para eliminar esta clase de obstáculos.
- Establecer expresamente que la documentación de identidad tampoco puede ser un criterio excluyente para la rendición de exámenes o el paso a un nivel superior de educación.
- Desarrollar mecanismos alternativos de acreditación de la identidad de niños y niñas migrantes, a fin de asegurar su acceso y permanencia en el sistema educativo.
- Diseñar mecanismos que permitan y faciliten la regularización migratoria de niños y niñas migrantes que estén incorporados en el sistema educativo
- Realizar relevamientos periódicos de información a fin obtener datos fehacientes que permitan al Estado conocer la situación de acceso a la educación de niñas y niños migrantes para así evaluar y elaborar las políticas públicas pertinentes.
- Evaluar las causas que inciden en la deserción escolar de los niños y niñas migrantes, a fin de adoptar medidas de estímulo a la continuidad y finalización de los estudios en todos los niveles. Implementar, asimismo, programas específicos de reinserción escolar.
- Capacitar a maestros, profesores y demás funcionarios que se desempeñen en instituciones de enseñanza, en temáticas tales como la aplicación del principio de igualdad y no discriminación, procurando enfocar los contenidos en el derecho de los migrantes a disfrutar de una educación en condiciones de igualdad con los nacionales.
- Elaborar programas específicos para garantizar la inserción educativa de los niños y niñas migrantes no acompañados en el nivel escolar que les corresponda, según los estudios realizados en el país de origen.
 - UNICEF podría desarrollar o apoyar iniciativas dirigidas a evaluar las condiciones de acceso a la educación por parte de niños y niñas migrantes, sin perjuicio de su estatus migratorio o el de sus padres.
 - UNICEF podría realizar, junto a instituciones públicas y organizaciones de la sociedad civil, evaluaciones periódicas sobre el acceso a la educación de niños y niñas migrantes, los índices y causas de la deserción escolar y las políticas públicas implementadas para revertirla.

En otros casos, donde la exigencia de una documentación específica no resulta un obstáculo para ingresar a la escuela, sí lo ha sido, según relevaban organizaciones de la sociedad civil, para

realizar otras instancias fundamentales del desarrollo educativo (por ejemplo, rendir exámenes u obtener un título que certifique los estudios cursados que permita pasar al siguiente curso³⁰⁹).

Es preciso indicar, no obstante, que en algunos países de la región este requisito puede suplirse presentando la documentación de identidad emitida por el país de origen (pasaporte, carnet de identidad o certificado expedido por el consulado)³¹⁰. Otra opción, ante la ausencia de cualquier clase de documento que acredite identidad y el nivel educativo del niño o niña, ha sido la aceptación de declaraciones juradas o pruebas de admisión³¹¹.

En virtud de este panorama, es preciso efectuar una serie de recomendaciones que podrían coadyuvar a evitar la afectación del derecho a la educación de niños y niñas en razón de su condición migratoria o la de sus padres.

2.2 Restricciones económicas que impiden el acceso igualitario a la educación

Otra traba que puede obstaculizar el ejercicio del derecho a la educación es la falta de acceso de niños y niñas migrantes a becas de ayuda económica, lo cual afecta especialmente a aquellos que se encuentran en una situación migratoria irregular quienes, por lo general, poseen escasos recursos³¹².

Es preciso reiterar que la accesibilidad económica es una de las características que integran el derecho a la educación e implica que la educación ha de estar al alcance de todos. En este sentido, el PIDESC establece que la enseñanza primaria ha de ser gratuita. Además, los Estados

tienen la obligación de implementar progresivamente la enseñanza secundaria y superior, también gratuita, y deben “implantar un sistema adecuado de becas” que respete los principios de igualdad y no discriminación, y fomente la igualdad de acceso a la educación de las personas procedentes de grupos desfavorecidos³¹³.

En la región, la justicia ha impugnado la denegación de becas y apoyos económicos similares a los niños y niñas migrantes. La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (decisión 8857-98), por ejemplo, declaró la inconstitucionalidad de un decreto que regulaba un subsidio llamado bono escolar y vedaba el acceso al mismo a los niños y niñas extranjeros³¹⁴. Por su parte, la Relatora Especial sobre el derecho a la educación incluyó a los niños y niñas migrantes en la categoría de niños y niñas especialmente susceptibles de ser excluidos de la educación, categoría que a su vez suma varios motivos de discriminación a la exclusión de la educación por motivos de pobreza. Por ello, afirma la necesidad de unir el enfoque de las medidas legislativas para eliminar la discriminación por un motivo prohibido (como la nacionalidad) a las medidas destinadas a superar la exclusión basada en la pobreza³¹⁵.

En función de dicho análisis, se considera pertinente formular las siguientes recomendaciones. (ver el siguiente cuadro .../.)

• 310 En Ecuador, ver el acuerdo ministerial 337 del Ministerio de Educación, del 26 de septiembre de 2008 (cabe resaltar que, entre los fundamentos de esta decisión, además de los tratados de derechos humanos vigente en ese país, se aludió a las observaciones efectuadas por el Comité para la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familias, al gobierno ecuatoriano en 2007). En Argentina, en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires, véanse las leyes 114 y 203.

• 311 Por ejemplo, en el caso de Costa Rica (CIDH, Informe Anual 2002, Relatoría Especial sobre Trabajadores Migratorios y sus Familias, Capítulo V, Visita in loco a Costa Rica, párr. 248).

• 312 Según datos de la Oficina de Estadística de la OIT, el 96% de los niños que trabajan y duermen en las calles son migrantes, que viven en la mayor pobreza e indigencia, sin un lugar fijo de trabajo y sin padres que los cuiden o vigilen (véase Informe presentado por la Relatora Especial, Gabriela Rodríguez Pizarro, de conformidad con la resolución 1999/44 de la Comisión de Derechos Humanos, /CN.4/2000/82, 6 de enero de 2000).

• 313 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 13, cit., párr. 26.

• 314 Sin embargo, en el año 2005 el Comité sobre los Derechos del Niño manifestó su preocupación por información de acuerdo con la cual los niños migrantes seguían sin tener derecho a obtener becas (Comité sobre los Derechos del Niño, Observaciones Finales, Costa Rica (CRC/C/15/Add.266, 21 de septiembre de 2005, párr. 18).

• 315 Informe de la Relatora Especial sobre el derecho a la educación, Katarina Tomaševski, presentado de conformidad con la resolución 2002/23 de la Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2003/9, 16 de enero de 2003, párr. 24.

Recomendaciones sobre acceso a la educación y condición económica

Los Estados deben elaborar e implementar políticas que garanticen una protección especial a los niños y niñas migrantes en situación irregular con base en su alto grado de vulnerabilidad.

Un corolario fundamental de dicha obligación consiste en diseñar o en su caso mejorar los programas de becas de ayuda económica u otras medidas similares de apoyo, procurando garantizar que todos los niños y niñas migrantes puedan acceder a ellas, según los criterios fijados para todos los niños y niñas que precisarían esas ayudas. De esta manera, se colaborará en evitar que la situación económica de los padres constituya un obstáculo para la realización del derecho a la educación de los niños y niñas migrantes en igualdad de condiciones con los nacionales del país de acogida.

2.3 Xenofobia y racismo en el ámbito educativo: límites al ejercicio del derecho a la educación

La xenofobia y el racismo constituyen graves problemas sociales que se presentan en general en todos los países de la región y que se manifiestan de manera particular en el ámbito de la educación³¹⁶. En este sentido, la ex Alta Comisionada para los Derechos Humanos de Naciones Unidas, Mary Robinson, ha declarado que la migración a gran escala ha provocado un aumento preocupante de casos de racismo y xenofobia en el hemisferio³¹⁷.

En el ámbito educativo, el fenómeno de la discriminación puede materializarse tanto en las políticas públicas como en actitudes más o menos sistemáticas de los diferentes actores que participan en el sistema (desde maestros o autoridades escolares hasta compañeros de estudios). En estos contextos, la discriminación y la xenofobia pueden amenazar seriamente las

posibilidades de integración de los niños y niñas migrantes con otros niños y niñas y con la sociedad de acogida en general³¹⁸.

Es por ello que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales indicó que “[l]os Estados Partes deben supervisar cuidadosamente la enseñanza, comprendidas las correspondientes políticas, instituciones, programas, pautas de gastos y demás prácticas, a fin de poner de manifiesto cualquier discriminación de hecho y adoptar las medidas para subsanarla”³¹⁹. A su vez, el Comité de los Derechos del Niño recomendó a los Estados “que adopten políticas amplias y coordinadas para enfrentarse al fenómeno en auge de la inmigración, incluida la realización de campañas de información pública para promover la tolerancia, la reunión y análisis de los datos sobre actos realizados por motivaciones raciales, y el estudio de la situación de los niños y niñas no ciudadanos, especialmente en el sistema de enseñanza, y el examen de la eficacia de las medidas adoptadas para facilitar su integración” y

señaló que “los Estados también deben adoptar medidas eficaces para enfrentarse a las actitudes o los prejuicios de carácter discriminatorio, en particular dirigidos contra niños y niñas no ciudadanos, aplicar las medidas jurídicas de prevención de la discriminación que ya estén en vigor y asegurar que su legislación esté en plena conformidad con el artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño”³²⁰.

Una actitud de los Estados que resulte tolerante hacia los discursos xenófobos y racistas, además de ser grave en sí misma, puede coadyuvar a la formación de un consenso social legitimador de la privación de derechos a los migrantes, e incluso a la adopción de normas discriminatorias y contrarias a los estándares de derechos humanos reconocidos internacionalmente.

En la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, suscripta por los presidentes de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú

y Venezuela en el año 2002, los Estados reafirmaron su decisión de combatir toda forma de racismo, discriminación, xenofobia y cualquier forma de intolerancia o de exclusión en contra de individuos o colectividades por razones de condición migratoria, entre otras (artículo 10) y se comprometieron a fortalecer los planes educativos y programas de educación en derechos humanos, para promover una cultura social sustentada en la tolerancia, el respeto a las diferencias y la no discriminación (artículo 11). A su vez, en la Declaración de La Paz, adoptada durante la Quinta Conferencia Sudamericana sobre Migraciones (La Paz, 26 de noviembre de 2004), los Estados declararon la necesidad de “apoyar la realización de actividades de capacitación y formación de funcionarios, profesionales, técnicos y miembros de la sociedad civil que trabajan en labores vinculadas a los migrantes, destacando la importancia de incluir en la currícula educativa, programas de educación que colaboren con la adopción de una cultura de acogida entre los pueblos de la región”.

Discriminación y xenofobia en el ámbito de la educación: los compromisos adoptados en la Conferencia Mundial contra el Racismo

Durban, 2001, Programa de Acción de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y Formas conexas de Intolerancia

- Párrafo 123, f: Los Estados deben apoyar “las medidas para garantizar un entorno seguro en las escuelas, en que no haya violencia ni hostigamientos motivados por el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia”.
- Párrafo 138: Se insta “a los Estados a que refuercen las actividades de capacitación y sensibilización en materia de derechos humanos destinadas a los funcionarios de inmigración, la policía de fronteras, el personal de los centros de detención y las cárceles, las autoridades locales y otros funcionarios de orden público, así como los maestros, prestando especial atención a los derechos humanos de los migrantes [...], con el fin de prevenir actos de discriminación racial y xenofobia y evitar situaciones en que los prejuicios puedan hacer que se adopten decisiones basadas en el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y otras formas conexas de intolerancia”.

• 316 Véase al respecto: Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Observaciones Finales, Bahamas, CERD/C/64/CO/1, del 28 de abril de 2004, párr. 14, y Comité sobre los Derechos del Niño, Observaciones Finales, Costa Rica, CRC/C/15/Add.266, del 21 de septiembre de 2005, párr. 19.

• 317 Citada en CIDH, Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, Segundo Informe de Progreso, cit., párr. 73.

• 318 Estudio de los efectos de la discriminación racial en los hijos de grupos minoritarios y de trabajadores migratorios en las esferas de la educación, la capacitación y el empleo, Informe del Secretario general de Naciones Unidas presentado ante el Comité preparatorio de la Conferencia mundial contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia (A/CONF.189/PC.1/11, 10 de abril de 2000), párrs. 5 y 28.

• 319 Observación General 13: El derecho a la educación (Art.13), cit., párr. 37.

• 320 Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales, Rumania, CRC/C/15/Add.199, párr. 26; también citado en: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Los derechos de los no ciudadanos, HR/PUB/06/11, Nueva York y Ginebra, 2006, p. 38.

No obstante los compromisos asumidos en los ámbitos intergubernamentales, el riesgo que representa para el desarrollo individual y social de los niños y niñas migrantes la subsistencia de

situaciones de discriminación en el ámbito educativo, conduce a la necesidad de formular las siguientes recomendaciones.

Recomendaciones sobre prevención y eliminación de la xenofobia y el racismo en el ámbito educativo

Los Estados deberían:

- Adoptar políticas antidiscriminatorias a fin de prevenir la discriminación padecida por los niños migrantes, en especial en las escuelas, fomentando el respeto, los valores democráticos, y la educación en derechos humanos, principalmente, en lo que respecta al principio de igualdad.
- Implementar programas específicamente dirigidos a prevenir la xenofobia de la que son víctimas los niños migrantes en función de actitudes generadas por otros niños. Evaluar las causas de este fenómeno y desarrollar iniciativas destinadas a su reversión y especialmente enfocadas en la población infantil.
- Diseñar acciones de sensibilización de la opinión pública contra la xenofobia y otras formas de intolerancia, promoviendo los valores de la interculturalidad y la igualdad de oportunidades y derechos en sociedades multiculturales.
- Implementar programas dirigidos a la formación de los maestros y profesores en materia de diversidad cultural, migraciones internacionales y derechos humanos.

3. El derecho a la salud de niños y niñas migrantes

3.1. Garantías y restricciones en el acceso a la salud

La salud es un derecho humano fundamental y resulta indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Por ello los Estados han reconocido en numerosos instrumentos internacionales que todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente³²¹. En particular, la Convención sobre los Derechos del Niño establece que los Estados deben esforzarse para asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al

disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud (artículo 24).

Además, el derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos, de los cuales a su vez depende. Nos referimos en particular a derechos como el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación³²².

Estos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud,

cuyos elementos esenciales e interrelacionados son la disponibilidad, la accesibilidad, la aceptabilidad y la calidad. En cuanto al elemento de accesibilidad, éste presenta cuatro dimensiones superpuestas que son la no discriminación -esto es, los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos-, la accesibilidad física, la accesibilidad económica o asequibilidad, y el acceso a la información³²³.

En relación con las personas migrantes, no debe dejar de mencionarse que el Comité DESC menciona expresamente, entre las obligaciones estatales derivadas del derecho a la salud, la de abstenerse de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas (incluidos los migrantes sin residencia legal) a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos³²⁴. Asimismo, de forma más general, afirmó que los Estados tienen la obligación fundamental de asegurar, como mínimo, la satisfacción de niveles esenciales en cada uno de los derechos enunciados en el Pacto, incluida la atención primaria básica de la salud, garantizando el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, especialmente en lo que respecta a los grupos en situación vulnerable o marginados³²⁵. Entre éstos grupos se encuentran, tal como ha dejado establecido el Comité de los Derechos del Niño, todos los niños y niñas afectados de una manera u otra por la migración³²⁶.

En cuanto a los niños y niñas no acompañados, el Comité de los Derechos del Niño señaló que “al reconocer el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud con arreglo al artículo 24 de la Convención, los Estados están obligados a proporcionar a los niños y niñas no acompañados o separados de su familia el mismo acceso a la atención de la salud que los nacionales”³²⁷.

Por otra parte, es pertinente comentar que el Comité Europeo de Derechos Sociales, en una decisión que constituye uno de los pocos antecedentes de jurisprudencia internacional sobre el derecho a la salud de niños y niñas migrantes indocumentados, ha afirmado que los tratados de derechos humanos son un instrumento vivo dedicados a asegurar la dignidad, igualdad, solidaridad y autonomía personal, y por ello las limitaciones a los derechos fundamentales deben ser restrictivas. A su vez, todos los niños y niñas (entre ellos, migrantes, incluido los no acompañados) son titulares de una protección especial respecto de sus derechos. Como corolario de estos fundamentos, entre otros, el Comité entendió que la limitación del acceso a la salud de niños y niñas migrantes sin residencia legal en situaciones de emergencia, así como ciertas restricciones relativas al tiempo de presencia en el país de destino, eran contrarias a las obligaciones asumidas por los Estados en los tratados de derechos humanos (en el caso, la Carta Social Europea)³²⁸.

• 321 Entre otros: Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 25); PIDESC (artículo 12); Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 5); Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículos 11 y 12); Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 24); Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares (artículo 28); Protocolo de San Salvador (artículo 10).

• 322 Relator Especial de Naciones Unidas sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel de salud física y mental (“el derecho a la salud”), Informe El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, E/CN.4/2003/58, 13 de febrero de 2003, párr. 31.

• 323 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12), E/C.12/1999/10, del 8 de diciembre de 1999, párrs. 1, 3 y 12.

• 324 Comité DESC, Observación General 14, cit., párr. 34.

• 325 Comité DESC, Observación General 14, cit., párr. 43.

• 326 Comité sobre los Derechos del Niño, Observación General No. 4, La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, CRC/GC/2003/4, junio de 2003, párr. 38.

• 327 Comité sobre los Derechos del Niño, Observación General 6, cit., párr. 46.

• 328 Comité Europeo de Derechos Sociales, caso FIDH v. Francia, N° 14/2003, decisión del 8 de septiembre de 2004, párrs. 26-38.

A partir de los estándares que surgen de tratados internacionales, informes de expertos y decisiones de organismos internacionales de protección, se derivan una serie de obligaciones para todos los Estados respecto del derecho a la salud de todas las personas sujetas a su jurisdicción, lo cual incluye a los niños y niñas migrantes, en cualquier condición migratoria en que se encuentren. Es por ello que la legislación -especialmente en materia migratoria y sanitaria- no debería contemplar ninguna restricción con base en la nacionalidad o estatus migratorio de la persona, como así tampoco las políticas de salud en su diseño y ejecución.

Sin embargo, en América Latina y el Caribe, encontramos un panorama bastante similar al descrito respecto del derecho a la educación: si bien la mayoría de las normas analizadas no establece distinciones en cuanto al acceso a la salud de extranjeros y nacionales, o en razón del estatus migratorio de los primeros, muchas personas (entre ellas, niños y niñas migrantes) ven limitado, en la práctica, su acceso a los servicios de salud debido a su condición migratoria³²⁹.

Un problema recurrente que deben enfrentar los migrantes sin residencia legal es la imposibilidad de recibir una atención adecuada de su salud por no contar con un documento de identidad, requisito muchas veces indispensable para lograr ser atendidos en instituciones médicas³³⁰. En la mayoría de los casos, se exige que este documento haya sido expedido por las autoridades

del país en el la persona reside (lo cual implica que debe tener un permiso de residencia y un estatus migratorio regular). En otras ocasiones, se debe poseer cualquier documentación que pueda demostrar la identidad de la persona que precisa atención en un centro sanitario.

La salud de los migrantes en situación migratoria irregular (tanto niños como adultos) se ve afectada, además, por la falta de acceso a otros derechos básicos -por ejemplo, una vivienda y un empleo dignos, una alimentación adecuada, agua potable-, así como por la violación de la prohibición de trabajo infantil o la existencia de prácticas de explotación laboral. Estos vínculos evidencian una de las características esenciales de los derechos humanos, su interdependencia, una cuestión que se retomará más adelante en este Estudio.

En los países de la región, además, se han detectado diversos obstáculos presentes en la instancia de implementación de las políticas públicas, que vedan el acceso a migrantes en situación irregular a distintos servicios médicos.

A modo de ejemplo, han podido verificarse impedimentos de acceso a ciertos tratamientos médicos prolongados -como el antiretroviral necesario en casos de HIV-SIDA³³¹ o el indicado para tratar la tuberculosis³³²-, a las personas que no contaran con un documento de identidad que pruebe su residencia legal. Se han verificado casos en los que un Estado aceptaba brindar un tratamiento a los niños y niñas nacidos en el país

de destino, mientras que paralelamente negaba el mismo servicio a los padres por no contar éstos con permiso de residencia. Es evidente que además de la vulneración concreta de los derechos de los adultos, prácticas de esta naturaleza inciden en los derechos de los niños ya que la eventual pérdida de la salud o incluso de la vida de sus padres, repercutirá en su derecho a la vida familiar y en otros derechos fundamentales (entre ellos, el derecho a un nivel de vida adecuado).

En otras ocasiones, reglamentaciones administrativas en el ámbito sanitario, por ejemplo, en materia de donaciones de órganos, han excedido el marco regulador de la legislación migratoria, estableciendo diferencias entre nacionales y extranjeros, y entre éstos últimos, en razón de su categoría migratoria³³³.

En algunos casos, a través de convenios interagenciales, los Estados han elaborado programas para “regularizar y otorgar atención de salud a la población inmigrante en riesgo social”, incluyendo el otorgamiento de una residencia temporal a niños y niñas menores de 18 años, para asegurar su acceso a las instituciones sanitarias en igualdad de condiciones que los nacionales. Para ello, según subraya UNICEF, se les requiere la inscripción en el centro sanitario correspondiente a su domicilio y luego solicitar esa residencia temporal (en caso de que el niño esté matriculado en un establecimiento educativo, también podría obtener un permiso de residencia de estudiante)³³⁴.

En función del panorama descrito, se considera pertinente presentar las siguientes recomendaciones:

Recomendaciones sobre el acceso de niños migrantes a los servicios de salud

Los Estados deben asegurar que todos los migrantes, y en particular los niños y niñas, independientemente de su condición migratoria, accedan a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos de todo tipo de enfermedades, sobre la base de la igualdad de trato con los nacionales eliminando todos los obstáculos formales e informales que en la actualidad restringen el ejercicio del derecho a la salud a este grupo vulnerable.

A tal fin, deberían:

- Asegurar un marco jurídico que reconozca expresamente el derecho a la salud de todas las personas migrantes, con independencia de su condición migratoria.
- Diseñar mecanismos dirigidos a evaluar el efectivo acceso a la salud de los grupos en situación más vulnerable, entre ellos, los niños y niñas migrantes.
- Producir y difundir periódicamente información sobre la atención sanitaria de la población inmigrante, incluida aquella sin permiso de residencia, con el objetivo de adecuar las políticas públicas de tal modo que aseguren dicha atención.
- Brindar capacitación al personal médico, otros profesionales de la salud y funcionarios de instituciones sanitarias, acerca del principio de igualdad y no discriminación, con particular énfasis en los derechos de las personas migrantes.

continúa .../.

• 329 Ver al respecto: Comité sobre los Derechos del Niño, Observaciones Finales, Costa Rica (CRC/C/15/Add.266, 21 de septiembre de 2005), párr. 18; Comité sobre los Derechos del Niño, Observaciones Finales, Chile, cit. párr. 63; Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, Observaciones Finales, Ecuador (CMW/C/EQU/CO/1, 5 de diciembre de 2007), párr. 39; Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Observaciones Finales, República Dominicana (CERD/C/DOM/CO/12, 16 de mayo de 2008), párr. 18; etc.

• 330 Por ejemplo, el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) da cuenta de un caso en el que a una mujer migrante que concurría a un hospital público a dar a luz a su hijo, en razón de su falta de un documento nacional de identidad, se le exigió que aportara un litro de sangre o que abonara 30 pesos al banco de sangre del hospital, ya que de lo contrario no se le otorgaría el certificado de nacimiento de su hijo (Asa, Pablo y Ceriani Cernadas, P. “A dos años de la nueva ley de migraciones: avances, cuestiones pendientes y casos preocupantes”, en CELS, Derechos Humanos en Argentina. Informe 2005, Buenos Aires, Siglo XXI editores, 2005, p. 344).

• 331 Por ejemplo, en Argentina se presentaron varios casos de inmigrantes sin residencia legal en el país, portadores de VIH, que no recibían la medicación que brindaba el Programa Nacional de SIDA, en razón de no contar con el documento nacional de identidad (véase Ceriani Cernadas, P., Morales, D. y Ricart, L., op. cit.).

• 332 Un informe elaborado por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales destaca cómo la exigencia de la cédula nacional de identidad (no requerida normativamente) impide en la práctica el acceso de migrantes en situación irregular a los tratamientos previstos en el “Programa Nacional de tuberculosis” en Chile. (véase Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, op. cit., p. 342)

• 333 Es el caso de la resolución 085/04 del INCUCAI (Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante), del 15 de abril de 2004, Argentina. Aludiendo a “criterios de justicia local”, se aparta de la igualdad de derechos entre nacionales y extranjeros, así como la plena garantía del derecho a la salud a toda persona migrante, sin perjuicio de su condición migratoria, ambas fijadas en los artículos 6 y 8 de la Ley de Migraciones, ley 25.871.

• 334 UNICEF, Situación de los niños migrantes en Chile, 2008, inédito.

Recomendaciones sobre el acceso de niños migrantes a los servicios de salud (Continuación)

Asimismo, los Estados deben garantizar el pleno ejercicio de todos los derechos que condicionan el goce del derecho a la salud, como el derecho a una alimentación adecuada, al agua potable y saneamiento, a una vivienda digna, al trabajo y a la educación, entre otros, adoptando las medidas necesarias para mejorar su nivel de vida.

A tal fin, deberían:

- Desarrollar políticas coordinadas por múltiples agencias públicas.
- Producir información periódica sobre la ejecución de las políticas llevadas adelante.
- Facilitar la participación de las organizaciones de la sociedad civil en el diseño, ejecución y evaluación de estas políticas.

UNICEF podría realizar, junto a instituciones gubernamentales, organizaciones sociales y organismos internacionales como la Organización Panamericana de la Salud (OPS), iniciativas dirigidas a promover el acceso pleno de los niños y niñas migrantes a los servicios y establecimientos de salud, sin ninguna clase de discriminación u obstáculo en razón de su nacionalidad o condición migratoria, o la de sus padres.

3.2. Derecho a la salud, la atención de mujeres migrantes embarazadas y su impacto en los niños y niñas

Otro problema que afecta a los hijos de migrantes es la falta de acceso al derecho a la salud de las madres durante el embarazo y el parto.

En este sentido, tanto el PIDESC como la CDN (artículos 10.2 y 24.d respectivamente) establecen la obligación de los Estados de conceder una especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Es por ello que el Comité DESC ha señalado que la disposición relativa a la reducción de la mortalidad materna y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños y niñas se puede entender en el sentido de que es preciso adoptar, entre otras, medidas para mejorar la salud infantil y materna, la atención anterior y posterior al parto y

los servicios obstétricos de urgencia³³⁵. Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño ha instado a los Estados a adoptar todas las medidas posibles para mejorar el cuidado prenatal de las madres³³⁶.

En relación con la particular situación de las mujeres migrantes, la anterior Relatora Especial para los Derechos Humanos de los Migrantes, señaló que “muchas mujeres también reportan [...] el no poder acceder a servicios básicos de salud destinados a mujeres, por estar en condición de irregularidad” y afirmó que “[e]sto es particularmente preocupante para las mujeres migrantes que están embarazadas y que no siempre cuentan con un seguimiento apropiado de su embarazo”³³⁷.

Los obstáculos generales al acceso a la salud de las personas migrantes, afectan con particular

gravedad a las mujeres embarazadas y en situación de parto. En algunos casos, luego de diversos estudios que desvelaban la negativa de atención sanitaria a mujeres migrantes embarazadas en razón de su condición migratoria (irregular)³³⁸, se diseñaron programas estatales destinados a asegurar el acceso sin restricciones a dicho tratamiento, conjuntamente con medidas de regularización migratoria para esas mujeres.³³⁹

A su vez, algunas mujeres migrantes indocumentadas que están embarazadas no asisten

a los consultorios de atención primaria por temor a ser denunciadas y deportadas o porque no se brinda información suficiente sobre la existencia de la normativa que prevé su atención. La falta de atención del embarazo y o el parto en todas sus instancias, no sólo vulnera el derecho a la salud de las mujeres embarazadas sino que puede afectar seriamente el desarrollo de sus hijos e hijas en los primeros meses de vida e incluso limitar su crecimiento futuro. Es por ello que se formulan las siguientes recomendaciones.

Recomendaciones sobre la protección de la salud de las mujeres migrantes embarazadas

- Los Estados deben asegurar que todas las mujeres embarazadas reciban una protección adecuada a su salud, adoptando todas las medidas necesarias a fin de que su condición de irregularidad no sea un obstáculo para acceder a una atención adecuada durante el embarazo, el parto y una vez acontecido éste.
 - Entre otras medidas, los Estados podrían implementar campañas de información dirigidas a mujeres migrantes embarazadas acerca de su derecho a la salud.
- UNICEF podría asistir a los Estados, junto a otras instituciones, a diseñar políticas públicas dirigidas a asegurar la atención integral de la salud, sin restricción alguna, para las mujeres migrantes durante su embarazo, el parto y posparto.

3.3. La salud como un impedimento para ingresar y residir en un país

El examen de las legislaciones relativas al ingreso y permanencia de personas migrantes muestra que, en algunos países de la región, el estado de salud puede ser un criterio determinante para otorgar, o denegar, un permiso de ingreso y residencia. Es decir, que muchos países de la región limitan el acceso al país de personas con problemas de salud. Algunas leyes prohíben, por ejemplo, la

admisión de personas que padezcan enfermedades infecto-contagiosas, enfermedades mentales, limitaciones físicas crónicas o psíquicas permanentes, o aquellas con una enfermedad que les imposibilite el ejercicio de la profesión, oficio, industria o arte que se pretende ejercer conforme a la finalidad del ingreso al país³⁴⁰, personas ciegas, sordas o mudas³⁴¹, o personas que no se encuentren física o mentalmente sanos a criterio de la autoridad sanitaria³⁴².

• 335 Comité DESC, Observación General 14, cit., párr. 14.

• 336 Comité de los Derechos del Niño, Observación General 7: Niños en edad temprana, CRC/GC/7, Rev.1, del 20 de septiembre de 2006, párrs. 10 y 20.

• 337 Informe presentado por la Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, de conformidad con la resolución 2001/52 de la Comisión de Derechos Humanos (E/CN.4/2002/94, 15 de febrero de 2002), párr. 50.

• 338 Fundación Instituto de la Mujer, Mujeres migrantes peruanas y salud reproductiva, versión preliminar, abril de 2007, p. 12, citado en Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile, Santiago, 2007, p. 339

• 339 En 2004, en Chile, se firmó el “Convenio de la Mujer embarazada” entre el Ministerio del Interior y el Ministerio de Salud, por el cual se garantiza el acceso al tratamiento del embarazo y el parto a las mujeres migrantes embarazadas que no cuentan con un permiso de residencia.

• 340 Véanse los diferentes impedimentos establecidos en la legislación de los países de la región, en particular los siguientes: Bolivia, Decreto Supremo 24.423; Ecuador, Ley de Migración (ley 1899), art. 9; Honduras, Ley de Migración y Extranjería, art. 81; Paraguay, Ley Migratoria, art. 6.3; y República Dominicana, Ley 285, art. 15.

• 341 Antigua y Barbuda, Immigration Act, art. 7.b; Belize, Immigration Act, art. 5.1.b; Trinidad y Tobago, Immigration Act, art. 8.c.

• 342 Artículo 37 de la Ley General de Población de México (la reglamentación aclara que se podrá negar la entrada a extranjeros “cuando la autoridad sanitaria manifieste a la de migración que el extranjero o extranjera padece alguna enfermedad infectocontagiosa, que constituya un riesgo para la salud pública o que no se encuentre física o mentalmente sano, a juicio de la autoridad sanitaria”, art. 106.VIII). En un sentido similar, Decreto 1094/1975, Chile, artículo 3.5.

Si bien de acuerdo con los estándares internacionales de derechos humanos, los Estados podrían establecer ciertas restricciones relativas al ingreso al país por razones de salud pública (tal como regulan diversos Estados de la región³⁴³), tales limitaciones deben satisfacer, tanto en la faz normativa como en su aplicación en los casos concretos, los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Ello implica, entre otras cuestiones, el estricto respeto de la prohibición de discriminación (por ejemplo, respecto de las personas que viven con VIH-SIDA o personas con alguna clase de discapacidad, etc.) y la obligación de justificar, oportuna y expresamente, que una

determinada enfermedad, en un contexto concreto, puede afectar la salud pública. Debe recordarse, a su vez, que los organismos internacionales de derechos humanos han afirmado que la devolución a otro país de una persona viviendo con VIH-SIDA, podría significar la violación del principio de no devolución, en caso que la persona no pudiera acceder a un tratamiento antiretroviral en el territorio al que sería enviado³⁴⁴.

En función de lo antes dicho, se presentan las siguientes recomendaciones dirigidas a los Estados de la región.

Recomendaciones sobre las restricciones basadas en la condición de salud de las personas migrantes

Los Estados deben eliminar o modificar todas las normas sobre prohibición de ingreso al país que impliquen un acto de discriminación, en particular respecto de:

- Las personas con discapacidad y sus familias.
- Las personas que viven con VIH-SIDA y sus familias.
- Cualquier otra condición o estado de salud que no suponga un riesgo cierto, fundamentado y temporal para la salud pública, en cuyo caso la decisión deberá asegurar los principios y estándares internacionales de derechos humanos aplicables.

4. Otras reflexiones relacionadas con el acceso a derechos económicos, sociales y culturales de niños y niñas migrantes e hijos e hijas de migrantes

4.1 El derecho a un nivel de vida adecuado de niños y niñas migrantes e hijos e hijas de migrantes. Los derechos sociales de sus padres y las políticas de regularización migratoria

Además de lo señalado respecto a la salud y la educación, quienes se encuentran en un país de la región en una situación migratoria irregular suelen tener restringido su acceso a otros derechos económicos, sociales y culturales.

Uno de ellos es el derecho a un nivel de vida adecuado, cuyo contenido manifiesta, a su vez, la confluencia de distintos derechos del mismo género. Al respecto, el PIDESC reconoce en su artículo 11.1 “el derecho de toda persona a un nivel

de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia” y el órgano supervisor del cumplimiento de dicho tratado ha establecido que tanto los individuos como las familias son titulares de estos derechos sin importar su edad, situación económica, pertenencia a determinado grupo o cualquier otro estatus o situación y que el goce de estos derechos no debe estar sujeto a ninguna forma de discriminación³⁴⁵. Por su parte, el Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas ha destacado que “los Estados deben asegurar que los servicios sociales proporcionen un nivel de vida mínimo a los no ciudadanos”³⁴⁶.

En relación con los niños y niñas, la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce en su artículo 27 “el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social” y su respectivo Comité observó con preocupación que incluso los más bajos estándares de vida no son asegurados a millones de niños y niñas, a pesar del reconocimiento generalizado de las consecuencias adversas de su privación³⁴⁷. Asimismo, estableció que los Estados deben velar para que “los menores no acompañados o separados de su familia tengan un nivel de vida acorde con su desarrollo físico, mental, espiritual y moral” y proporcionar “asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda”³⁴⁸.

Declaración de Montevideo, VIII Conferencia Iberoamericana de Ministros, Ministras y Altos Responsables de Infancia y Adolescencia, 6 y 7 de octubre de 2006, “La migración y sus efectos sobre los derechos de las niñas, niños y adolescentes”

Los ministros, ministras y altos responsables de infancia y adolescencia de los Estados de la región acordaron y se comprometieron a “impulsar y desarrollar políticas públicas migratorias de integración en los países de tránsito y acogimiento, para dar cumplimiento a los compromisos acordados por los países iberoamericanos a favor de las niñas, niños y adolescentes, a través de inversión social pública más equitativa, eficaz y eficiente, que garantice el derecho a la cobertura universal y de calidad de los servicios sociales básicos fundamentalmente relacionados con nutrición, salud, educación y vivienda digna”.

• 343 Colombia, Decreto 4.000/04, art. 73; Costa Rica, Ley de Migración y Extranjería, art. 61; Nicaragua, Ley de Extranjería, art. 4; Panamá, Decreto Ley No. 3/2008, art. 50.6; Uruguay, Ley de Migración, art. 45.e; Venezuela, Ley de Extranjería y Migración, art. 8.6.

• 344 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso Andrea Mortlock v. Estados Unidos de América, caso No. 12.524, petición 950/05; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso D. v. Reino Unido, del 2 de mayo de 1997.

• 345 Comité DESC, Observación General 4: El derecho a una vivienda adecuada (artículo 11.1), del 13 de diciembre de 1991, párr. 6.

• 346 Alto Comisionado para los Derechos Humanos (OACNUDH), Los derechos de los no ciudadanos, cit., p. 29.

• 347 Comité sobre los Derechos del Niño, Observación General 7, cit., párr. 26.

• 348 Comité sobre los Derechos del Niño, Observación General 6, cit., párr. 44..

Ahora bien, sin perjuicio de las políticas específicas que los Estados deben implementar para garantizar un nivel de vida adecuado a todos los niños y niñas, incluidos los migrantes, en el ámbito de las políticas migratorias, así como en otros relativos a grupos sociales en situación vulnerable, es preciso vincular y coordinar esas medidas con aquellas que afectan o inciden en la vigencia de derechos sociales de los padres. Ello porque, indefectiblemente, el nivel de vida de los niños y niñas migrantes (con sus familias) o de los hijos de migrantes que han nacido en el país de destino, estará determinado -en buena medida- por las condiciones de vida de sus padres. Así, la negación o restricción al derecho al empleo, la seguridad social o la vivienda, basadas en la nacionalidad o condición migratoria de los padres, repercutirá directamente sobre la calidad de vida y el desarrollo de los hijos.

Por estas razones, las políticas destinadas a garantizar los derechos sociales de los niños y niñas migrantes e hijos de migrantes, deberían tener en cuenta las limitaciones (normativas y prácticas) impuestas a sus progenitores para el ejercicio de tales derechos. En tal sentido, la amplia mayoría de las legislaciones migratorias (entre ellas, las de los países latinoamericanos y caribeños) niegan el derecho al empleo y a la seguridad social a los trabajadores y trabajadoras migrantes que no cuentan con el permiso correspondiente. En algunos casos, basta con una autorización de residencia³⁴⁹ pero en otros se exige una autorización específica para trabajar o se restringe el permiso de trabajo a determinadas categorías de residencia³⁵⁰.

Es importante destacar que a pesar de la vigencia de las limitaciones comentadas, en diversas leyes se establece expresamente que las personas, aún cuando trabajen sin el debido permiso, gozan de los derechos que les corresponden en calidad de trabajadores, es decir, los derechos laborales³⁵¹. Asegurar el derecho al trabajo de los padres no sólo contribuye a la realización de los derechos de los niños y niñas (piénsese en cuestiones como el acceso de la familia a la vivienda, la alimentación, el vestido o la salud) sino que constituye una herramienta central para prevenir el trabajo infantil o incluso la explotación de la que pueden ser objeto los niños y niñas.

Estos nexos entre la situación de adultos, niños y niñas muestran la importancia de que los Estados, por un lado, garanticen los derechos sociales de los padres de niños y niñas migrantes (tanto si éstos han nacido en el país de destino, han migrado con su familia o si permanecen en el país de origen), y por el otro, establezcan mecanismos que permitan la regularización migratoria de los padres o toda la familia, según el caso, en el país en que habitan. En algunos países de América Latina, como Argentina y Chile, entre otros, la persona migrante sin residencia que comienza una relación laboral o cuenta con una oferta de trabajo, está habilitada a iniciar un trámite de regularización migratoria, sin necesidad de regresar (voluntaria o forzosamente) a su país de origen, lo cual es casi imposible para la mayoría de quienes se encuentran en una situación de alta vulnerabilidad³⁵². Estas posibilidades de regularización requieren, a su vez, que los trámites

y procedimientos estén exentos de exigencias burocráticas o irrazonables que hagan inaccesible u obstaculicen la obtención de un permiso de residencia o trabajo³⁵³.

Otra política que puede tener un impacto positivo en ciertas circunstancias son los programas de regularización migratoria. En los últimos años, varios Estados de América Latina han diseñado diversas iniciativas de regularización de las personas migrantes que habitan en su territorio sin autorización, si bien cada uno ha tenido sus propias características y alcance (regularización general o según la nacionalidad de la persona; regularización a toda persona en situación migratoria irregular, o solamente a aquéllas con contrato u oferta laboral). El plan Patria Grande adoptado en Argentina ya ha permitido la regularización de unas 500.000 migrantes sudamericanos desde 2007 hasta la actualidad, siendo más de medio millón de personas las que obtuvieron, por esa u otra vía, autorización de residencia (temporaria o permanente)³⁵⁴. Países como Brasil³⁵⁵, Chile³⁵⁶ y México³⁵⁷ también han adoptado programas de regularización recientemente.

Asimismo, los Estados de la región han afirmado en foros internacionales la necesidad y relevancia de esta clase de políticas (véase cuadro aparte). En estas instancias han reconocido que la regularización es “un elemento fundamental de las

políticas públicas en el ámbito migratorio”³⁵⁸, y que “sin regularidad migratoria no hay integración posible”³⁵⁹. De igual manera, el Global Migration Group, conformado por diferentes organismos internacionales (entre ellas, UNICEF, ACNUR, OIT y OIM), destacó la ineficacia de las políticas de control migratorio para atender debidamente la cuestión de la migración irregular, señalando la necesidad de adoptar una serie de medidas “más constructivas”, entre ellas, la de considerar seriamente la regularización de quienes están con estatus migratorio irregular³⁶⁰.

• 349 Entre otras, véase: Argentina, ley 25.871, art. 20; Bolivia, Régimen legal de Migración, art. 53; Uruguay, Ley de Migración, art. 19.

• 350 Al respecto, véanse, entre otras, las siguientes disposiciones: art. 98, Ley Migratoria, Brasil; art. 27, Decreto 1094/75, Chile; art. 116, Decreto 4.000/04, Colombia; arts. 95 y 171, Ley de Migración y Extranjería, Costa Rica; art. 80, Ley de Migración, Guatemala; art. 74, Ley General de Población, México.

• 351 Argentina, Ley de Migraciones, art.; Costa Rica, art. 178 de la Ley de Migración y Extranjería; Paraguay, Ley de Migraciones, art. 72.

• 352 La imposibilidad de tramitar una regularización migratoria en el país de destino puede repercutir en un incremento de las personas en situación irregular. Situaciones como la eventual pérdida del empleo de los padres o de la escolarización de los niños y niñas, la separación de la familia o la ausencia del dinero necesario, inciden en las dificultades y riesgo que podría suponer la exigencia e retornar al país de origen para requerir, desde allí, un permiso de residencia en el país en que están habitando.

• 353 En la mayoría de los países de la región, las restricciones a los derechos económicos, sociales y culturales se perpetúan o facilitan en conjunción con una serie de exigencias arbitrarias, discriminatorias y burocráticas que se suelen efectuar a las personas migrantes en cuanto a los requisitos para obtener una autorización de residencia en el país. En la generalidad de los casos, la irregularidad migratoria es el resultado de políticas y prácticas restrictivas e irrazonables, antes que como consecuencia de la conducta o voluntad de la persona migrante.

• 354 Específicamente, entre 2007 y 2009, 195.727 sudamericanos obtuvieron residencia permanente, y 318.897 obtuvieron residencia temporaria, la cual, por ley, a los dos años, habilita a solicitar la permanente (Información provista por la Dirección Nacional de Migraciones, Base: Registros del aplicativo SAdEx de la DNM; diciembre de 2009). Es oportuno mencionar que, a partir de la entrada en vigor de la ley 25.871 (2004), las personas de nacionalidad sudamericana pueden obtener una residencia temporaria, y luego permanente, sin ningún otro criterio que su nacionalidad (no se exige oferta de trabajo, vínculos familiares, etc.).

• 355 Lei 11.961, del 2 de julio de 2009, dispõe sobre a residência provisória para o estrangeiro em situação irregular no território nacional e dá outras providências.

• 356 Véase Resolución EX. N° 36.339, del 21-10-07, de la Subsecretaría del Interior, Departamento de Extranjería y Migración (Ministerio del Interior de Chile), <http://www.extranjeria.gob.cl>.

• 357 El programa de regularización, que estará abierto hasta 2011, permitirá regularizar a migrantes que, habiendo ingresado a México antes del 1 de enero de 2007, acrediten tener un trabajo lícito o determinados vínculos familiares con nacionales mexicanos o extranjeros con residencia legal [En línea www.gob.mx/Portal/PTMain.php?pagina=salaprensa&articulo=1555&pref=0&cat=1, consulta diciembre 2009].

• 358 Quinta Conferencia Sudamericana de Migraciones, Declaración de La Paz, 26 de noviembre de 2004, párr. 17.

• 359 Foro Iberoamericano sobre Migración y Desarrollo, Cuenca, Ecuador, 10-11 de abril de 2008, Informe Final, Sesión IV, Integración de Migrantes, párr. e)

• 360 Global Migration Group, International Migration and Human Rights. Challenges and Opportunities on the Threshold of the 60th Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights, October 2008, p.

Las políticas de regularización migratoria en Iberoamérica

- Foro Iberoamericano de Migración y Desarrollo, Madrid, Julio de 2006. Conclusiones: La regularización migratoria constituye un primer paso y “una condición necesaria para la integración social y económica de los migrantes indocumentados en los países de acogida [...] la regularización debe ser flexible dinámica y adecuada a las necesidades de los migrantes y los países. En algunos casos más que una medida aislada y coyuntural la regularización puede ser parte de una política de Estado [...] la regularización representa un acto de justicia social puesto que dota de identidad a los inmigrantes indocumentados los protege de abusos y los habilita para una inserción efectiva en la sociedad receptora incluyendo su acceso al mercado laboral y a los servicios públicos de protección social. Para los países de acogida estos programas permiten recuperar un potencial humano encubierto, conferir a los inmigrantes indocumentados la calidad de sujetos de derecho con garantías y obligaciones, otorgar mayor transparencia a la gestión migratoria y formalizar parte de la economía sumergida”.

- VI Conferencia Sudamericana de Migraciones, mayo de 2006. Declaración de Asunción: Los Estados declaran: “1. Respetar de manera irrestricta los derechos humanos de los migrantes, especialmente los de la mujer migrante y menores no acompañados, con independencia de su situación migratoria, dentro del marco legal de cada país y conforme a los principios universales, instrumentos internacionales y regionales de protección de las personas, en especial: [...] b) Instando a los gobiernos de los países receptores a realizar los máximos esfuerzos para regularizar la situación de los migrantes que se encuentran residiendo en condición de irregularidad”.

- IX Conferencia Sudamericana de Migraciones, septiembre de 2009. Declaración de Quito: “Nos comprometemos a: (...) f) (...) Alentar las iniciativas unilaterales y los acuerdos para facilitar y regularizar las condiciones de residencia de los migrantes en nuestra región, al tiempo que exhortamos a los países que aún tengan procedimientos y procesos pendientes al tiempo que lo realicen bajo el principio de coherencia, sin que medie cualquier otra consideración ajena a este propósito”.

Por otra parte, cabe señalar que en el ámbito del MERCOSUR, a partir de la ratificación efectuada por Paraguay a mediados de 2009, ha entrado en vigor el Acuerdo de Libre Residencia que habían firmado en Brasilia en diciembre de 2002 los Estados de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay. Este acuerdo otorga el derecho de los nacionales de cualquiera de esos países a obtener una residencia en otro de los Estados parte. Se trata de una residencia por dos

años, renovables, que luego habilita a solicitar la residencia permanente. La efectiva puesta en práctica de este acuerdo por cada país (algunos ya lo han implementado unilateralmente³⁶¹), podría reducir significativamente los índices de irregularidad migratoria en los países de la región, al menos entre las personas migrantes de esas nacionalidades. Y, por ende, en una integración sin restricciones en el acceso a derechos (laborales, entre otros), lo cual incide en las condiciones

socio-económicas y los derechos de las personas migrantes y sus familias, especialmente los niños y niñas.

En definitiva, respetar y garantizar los derechos sociales de los trabajadores y trabajadoras migrantes, así como adoptar medidas dirigidas a promover su integración en la sociedad de destino y eliminar -o cuanto menos reducir- las condiciones vulnerables en que se encuentran, están estrechamente vinculadas con las políticas públicas

destinadas a asegurar los derechos sociales de los niños y niñas afectados por la migración (incluido su derecho a un nivel de vida adecuado). Ello incluye tanto a los niños y niñas que han migrado junto a sus padres (o uno de ellos), a los niños y niñas que nacen en el país de acogida, y a quienes permanecen en el país de origen.

En relación con el derecho a un nivel de vida adecuado, las recomendaciones a los Estados de la región son las siguientes.

Recomendaciones sobre el derecho a un nivel de vida adecuado de niños y niñas migrantes

Los Estados deben garantizar el derecho a un nivel de vida adecuado a todos los niños y niñas migrantes e hijos e hijas de migrantes que se encuentren en su territorio, con independencia de su condición migratoria o la de sus padres.

A tal fin, entre las medidas a adoptar pueden mencionarse las siguientes:

- Diseñar e implementar políticas públicas que aseguren a todo niño y niña migrante el ejercicio efectivo de derechos como la educación, la vivienda, el vestido, la alimentación y la salud. Los planes y programas para la protección integral de la infancia deben incluir las necesidades específicas de los niños y niñas migrantes, así como los de los hijos e hijas de personas migrantes.

- Las políticas dirigidas a garantizar el derecho a un nivel de vida adecuado deben estar coordinadas y ser coherentes con las disposiciones que inciden en el acceso y ejercicio de los derechos sociales por parte de sus padres, especialmente cuando éstos no cuentan con una autorización de residencia y/o trabajo.

- Debe contemplarse como componente importante de las políticas migratorias, la regularización de los trabajadores y trabajadoras migrantes y sus familiares:

- Para ello, los Estados deberían contemplar circunstancias que indican el arraigo de las personas migrantes en el país (por ejemplo, actividad laboral, escolarización de niños y niñas, relaciones familiares o sociales, y cualquier otro indicador en tal sentido).
- En casos de una población migrante numerosa sin residencia legal, los Estados deberían desarrollar programas o planes especiales para facilitarles la regularización migratoria.

³⁶¹ Argentina lo ha hecho hace más de cinco años, a partir de la entrada en vigor, en 2004, de la ley migratoria 25.871 (art. 23.I). Chile, mediante el Oficio Circular N° 264.645, del 04-12-09, del Subsecretario del Interior, ha dispuesto otorgar “visación de residente temporario por un año, prorrogable por igual período a los ciudadanos argentinos, bolivianos, brasileros, paraguayos y uruguayos, que se encuentren en Chile, independiente de la actividad que vengán a realizar”.

4.2 La explotación laboral infantil y la trata y el tráfico de niños y niñas migrantes

En este epígrafe comentaremos, si bien brevemente, las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales que deben enfrentar, a diario, muchos niños y niñas migrantes en situación migratoria irregular en la región, que son víctimas de la explotación laboral y la trata de personas³⁶².

La explotación laboral infantil se encuentra terminantemente prohibida por el derecho internacional. En este sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño consagra el derecho de todo niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social (artículo 32). A su vez, el Convenio 182 de la OIT, sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, establece que todos los Estados deben adoptar medidas efectivas a los fines de impedir la ocupación de niños y niñas en las peores formas de trabajo infantil, prestar la asistencia directa necesaria y adecuada para librar a los niños y niñas de las peores formas de trabajo infantil y asegurar su rehabilitación e inserción social, garantizar a todos los niños y niñas -en tales circunstancias- el acceso a la enseñanza básica gratuita y, cuando sea posible y adecuado, a la formación profesional, identificar a los niños y niñas que están particularmente expuestos a riesgos y entrar en contacto directo con ellos, y tener en cuenta la

• 362 Por ejemplo, en sus Observaciones Finales sobre Argentina el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial manifestó su preocupación acerca de la información recibida sobre trata de migrantes, especialmente de mujeres migrantes explotadas como trabajadoras sexuales, e instó al Estado a elaborar políticas amplias y a asignar recursos suficientes para prevenir, investigar y castigar esos delitos, así como a prestar asistencia y apoyo a las víctimas (CERD/C/65/CO/1, 10 de diciembre de 2004, párr. 14). Podemos mencionar también el caso de niños y niñas migrantes nicaragüenses en Costa Rica que trabajan como vendedores y vendedoras, articulados al comercio informal urbano, desprotegidos por la ley, expuestos a riesgos como la violencia y el despojo del que son objeto por parte de los consumidores y de ciertas autoridades que se valen de su condición para amedrentarlos. Por otra parte, se tienen algunas evidencias generales sobre la participación de niñas migrantes en labores de trabajo infantil y adolescente doméstico, que no gozan de garantías laborales, perciben bajos salarios, realizan largas jornadas laborales, sufren la ampliación de las funciones para las que fueron contratadas y reciben un trato desigual en relación con otras categorías ocupacionales (véase Acuña González, Guillermo, Migración, trabajo infantil y adolescente: una aproximación para la construcción de una agenda, en el marco del III Foro de ONGs de niñez y adolescencia de Iberoamérica, Montevideo, Uruguay, octubre 2006).

• 363 *Ibidem*.

situación particular de las niñas.

En la actualidad, el alto grado de vulnerabilidad de los niños y niñas migrantes en situación migratoria irregular hace que éstos se encuentren más expuestos a ser explotados laboralmente en el país de acogida, y por ende privados de derechos básicos, con jornadas de trabajo extenuantes, en condiciones laborales extremadamente precarias y sin garantías laborales mínimas. Muchas veces, la incierta situación jurídica y económica de las familias migrantes en el país de destino, que impacta como hemos señalado en la restricción de diversos derechos económicos sociales y culturales, provoca que las ganancias obtenidas del trabajo de los niños y niñas se conviertan en una de las principales fuentes de ingreso. De esta manera, el trabajo infantil constituye simultáneamente una causa y una consecuencia de la violación de los derechos económicos, sociales y culturales³⁶³.

La trata de niños y niñas migrantes supone, por su parte, la violación de múltiples derechos fundamentales, entre ellos los derechos sociales. Muchas veces la violación de estos derechos se puede verificar en el marco de los procedimientos por medio de los cuales se pretende determinar la condición de víctima del delito del niño o niña migrante. En algunas oportunidades, los menores de edad no tienen acceso, en el marco de estos procesos, a una vivienda adecuada, atención sanitaria o acceso a la educación, o no cuentan con la debida asistencia profesional (médica, psicológica y jurídica). Estas situaciones contradicen, entre otros preceptos, el artículo 25 de

la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, establece la obligación de los Estados Parte de adoptar medidas apropiadas para prestar asistencia y protección a las víctimas de estos delitos³⁶⁴.

En cuanto a una eventual medida de retorno al país de origen de niños y niñas víctimas de trata, nos remitimos a lo señalado en el capítulo destinado a la cuestión del retorno de niños no acompañados. No obstante, cabe señalar que, según el Comité de los Derechos del Niño, “los Estados considerarán la conveniencia de adoptar formas complementarias de protección de los menores víctimas de la trata cuando el regreso [al país de origen] no venga indicado por el interés superior”³⁶⁵. Entre estas iniciativas, sin dudas, deberían incluirse mecanismos de regularización migratoria y planes sociales que aseguren una integración social basada en la garantía de sus derechos sociales (educación, salud física y psíquica, etc.).

En América Latina y el Caribe, se han verificado numerosas situaciones en las cuales niños y niñas migrantes han sido sometidos a diversas formas de explotación laboral y sexual. Por ejemplo, se han detectado casos de niños y niñas migrantes dedicados a la venta informal callejera, expuestos a situaciones de riesgo y violencia. También, casos de niñas y adolescentes migrantes empleadas en largas jornadas de trabajo doméstico. Asimismo, se ha señalado que en algunos países existen serios

problemas de explotación sexual de la niñez: Centroamérica es señalada como uno de los destinos de turismo con fines sexuales, junto con el Caribe, África y el sudeste asiático; la “clientela” de este mercado la constituyen personas adultas sin escrúpulo provenientes de países económicamente desarrollados³⁶⁶. La trata de personas es un delito que ha sido detectado en innumerables oportunidades en la región³⁶⁷, sin embargo, su tipificación en las legislaciones internas, de conformidad a las pautas establecidas en el Protocolo de Palermo aún se encuentra pendiente en varios países.

Por otra parte, una de las modalidades de trata de personas que ha sido verificada en la región, es la explotación de familias en talleres clandestinos de costura, en los que los niños y niñas, junto a sus padres, trabajan en largas jornadas en condiciones indignas, asociadas a formas contemporáneas de esclavitud³⁶⁸.

Los niños y niñas víctimas de la explotación laboral y de la trata de personas deben recibir asistencia a fin de lograr su rehabilitación e inserción social. El Convenio Nro. 182 de la OIT sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, establece que todos los Estados deben adoptar medidas efectivas y en un plazo determinado con el fin de prestar la asistencia directa necesaria y adecuada para liberar a los niños y niñas de las peores .../.

• 364 A su vez, 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 establece un deber de los Estados de asistencia y protección a las víctimas de la trata de personas (artículo 6) que implica, entre otras medidas, las necesarias para asegurar un alojamiento adecuado, asistencia médica, psicológica y material, y oportunidades de empleo, educación y capacitación, teniendo en consideración las necesidades especiales de las víctimas de la trata de personas, en particular las necesidades especiales de los niños, incluidos el alojamiento, la educación y el cuidado adecuados. Por su parte, el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire impone también el deber de los Estados Parte de adoptar medidas de protección y asistencia (artículo 16) teniendo en cuenta las necesidades especiales de las mujeres y los niños.

• 365 Comité de los Derechos del Niño, Observación General 6, cit., párr. 53.

• 366 Instituto Interamericano de Derechos Humanos, El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y los derechos de las poblaciones migrantes, las mujeres, los pueblos indígenas y los niños, niñas y adolescentes, Tomo I, San José, 2004, p. 254.

• 367 Sobre los abusos a niños y niñas víctimas de trata en países latinoamericanos, véanse los siguientes documentos de OIM: Estudio exploratorio sobre la trata de personas con fines de explotación sexual en Argentina, Chile y Uruguay, Buenos Aires, 2008; Nicaragua. Nuevo video de la OIM sobre la trata de personas en Nicaragua, 2009 [en línea, www.oimconosur.org/notas/buscar.php?tipo=unico¬a=781] [consulta febrero de 2009].

• 368 En los últimos años, se ha denunciado la existencia de numerosos talleres de esta clase en Argentina, en la cual niños, niñas y adultos migrantes, particularmente de origen boliviano, son sometidos a situaciones de explotación laboral. Al respecto, véase D'Ovidio, María (Dir.) y otros, Quién es quién en la cadena de valor del sector de Indumentaria Textil. Hacia un solución conjunta en el sector, investigación de la Fundación El Otro y de Interrupción, con el apoyo de Novib (Oxfam, Holanda), Buenos Aires, Mayo 2007. Otra información al respecto puede hallarse en <http://laalameda.wordpress.com/>.

formas de trabajo infantil y asegurar su rehabilitación e inserción social; garantizar a todos los niños y niñas –en tales circunstancias- el acceso a la enseñanza básica gratuita y, cuando sea posible y adecuado, a la formación profesional; identificar a los niños y niñas que están particularmente expuestos a riesgos y entrar en contacto directo con ellos; y tener en cuenta la situación particular de las niñas. A su vez, el Protocolo de Palermo en su artículo 6 establece que “cada Estado Parte considerará la posibilidad de aplicar medidas destinadas a prever la recuperación física, psicológica y social de las víctimas de la trata de personas”³⁶⁹.

Asimismo, y en tanto ello redunde en beneficio del interés superior del niño, los Estados deberán facilitar la radicación de los niños víctimas de trata. En efecto, el Protocolo de Palermo en su artículo 7 prevé que “1...cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar medidas legislativas u otras medidas apropiadas que permitan a las víctimas de la trata de personas permanecer en su territorio, temporal o permanentemente, cuando proceda”.

En función de lo expuesto, se exponen a continuación las siguientes recomendaciones:

Recomendaciones sobre la prevención y erradicación de la explotación laboral infantil y de la trata y tráfico de niños migrantes

Los Estados deben:

- Consagrar en su legislación el delito de trata de personas.
- Diseñar políticas públicas dirigidas a prevenir, investigar, juzgar y sancionar dicho delito.
- Elaborar políticas integrales de defensa y protección de las víctimas de este delito, en particular de mujeres, niñas y niños, garantizando el pleno respeto de sus derechos económicos, sociales y culturales. Ello puede incluir la regularización migratoria y el ingreso al país de sus padres.
- En caso de disponer el retorno a su país de origen, se debe asegurar el interés superior del niño, así como tener en cuenta su voluntad. Si el retorno no fuera en su interés superior, los Estados deberían garantizar a los niños y niñas un permiso de residencia, el acceso a los derechos sociales básicos y, eventualmente, facilitar la reunificación familiar de sus padres u otros familiares.

4.3 Normas y mecanismos de control migratorio que afectan la realización de derechos económicos, sociales y culturales

Las normas y mecanismos de control migratorio que obligan a los funcionarios y empleados públicos a denunciar cualquier situación que contravenga la normativa migratoria, afectan seriamente el acceso

de las personas migrantes en situación irregular a los derechos sociales. Como corolario de la vigencia de tales dispositivos, las personas que desempeñan tareas en hospitales, escuelas, servicios laborales o programas de inserción social, o incluso los representantes del poder judicial, están obligados a verificar la situación migratoria de una persona, y, luego, a denunciarla en caso de que se encuentre en el país sin autorización de

residencia³⁷⁰.

En los casos en que la legislación prevé tales mecanismos, éstos funcionan como una amenaza para los migrantes quienes, frente a la posibilidad de ser detenidos y expulsados del país, evitan utilizar servicios públicos como la salud, la educación o la justicia. De esta forma, en la práctica, se ven privados de ejercer derechos fundamentales. Ello también puede repercutir en situaciones de explotación laboral de niños u otras formas de maltrato³⁷¹. Para la Organización Mundial de la Salud (OMS), estas medidas de control migratorio no sólo pueden tener un efecto paralizador sobre los migrantes irregulares que intentan acceder a los

servicios de atención médica, sino que también “pueden comprometer también el empeño de los profesionales sanitarios de respetar el derecho a la privacidad de los que solicitan atención médica”³⁷².

Sin perjuicio de ello, debemos destacar que, en reformas legislativas recientes, se ha establecido la obligación de los funcionarios públicos de brindar a los migrantes en situación irregular orientación y asesoramiento respecto de los trámites correspondientes a los efectos de subsanar la irregularidad migratoria (véase cuadro aparte).

El cambio de enfoque en la ley argentina: de la obligación de denuncia al deber de asistencia

El artículo 103 de la anterior ley migratoria argentina (ley 22.439), establecía que: “Las instituciones hospitalarias o asistenciales, ya sean públicas, nacionales, provinciales o municipales, o las privadas, cualquiera sea la forma y estructura que tengan, deberán exigir a los extranjeros que solicitaren, o a aquéllos a quienes se les prestare, asistencia o atención, que acrediten identidad y justifiquen, mediante constancia hábil, su permanencia legal en la República. Cuando no los posean -sin perjuicio de su asistencia o prestación- quedarán obligados a comunicar, dentro de las veinticuatro (24) horas a la autoridad migratoria, los datos filiatorios y el domicilio de los mismos.

La ley actualmente vigente (ley 25.871) dispone en su artículo: “No podrá negársele o restringírsele en ningún caso, el acceso al derecho a la salud, la asistencia social o atención sanitaria a todos los extranjeros que lo requieran, cualquiera sea su situación migratoria. Las autoridades de los establecimientos sanitarios deberán brindar orientación y asesoramiento respecto de los trámites correspondientes a los efectos de subsanar la irregularidad migratoria”.

• 370 A modo de ejemplo, podemos mencionar el artículo 103 de la hoy derogada Ley Migratoria de Argentina (ley 22.439), el artículo 76 del Decreto 1094 del 14 de julio de 1975 que establece normas sobre extranjeros en Chile (y artículo 155 del Reglamento de Extranjería), los artículos 67 y 69 de la Ley General de Población de México (y los artículos 149-153 de su reglamentación), y el art. 28.3 de la ley migratoria (ley 285) de República Dominicana.

• 371 Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, Observaciones Finales, El Salvador, CERD/C/SLV/CO/13, del 4 de abril de 2006, párr. 12.

• 372 OMS, Migración Internacional, Salud y Derechos Humanos, Serie de Publicaciones sobre Salud y Derechos Humanos, No. 4, Ginebra, 2003, p. 22.

• 369 Entre los países que han regulado legislativamente los derechos de las víctimas de trata de personas se encuentran Panamá (Decreto Ley Nro. 3, art. 82) y Uruguay (Ley de Migración, art. 78).

También como mecanismo de control migratorio, varias legislaciones establecen la prohibición de brindar alojamiento a toda persona migrante en situación irregular o la obligación de los propietarios (de inmuebles, hoteles, etc.) y, en algunos casos, la obligación de informar a la autoridad migratoria la presencia, la identidad y condición migratoria de personas extranjeras³⁷³.

De esta manera, diversas herramientas a las que recurre el Estado para, en principio, controlar y sancionar la irregularidad migratoria, determinan en

muchos casos la privación de derechos fundamentales como la vivienda, la educación, la salud u otros derechos sociales. Asimismo, la legislación cercena el acceso a la justicia para denunciar esas privaciones ya que en muchos casos la obligación de denuncia rige también para los jueces y los integrantes del ministerio fiscal. Frente a la subsistencia de este tipo de mecanismos en la legislación vigente en la región consideramos pertinente formular las siguientes recomendaciones.

Recomendaciones sobre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales frente a los mecanismos de control migratorio

- Los Estados deben reformar las normas y mecanismos de control migratorio que obligan a los funcionarios públicos y ciudadanos particulares (propietarios de inmuebles, responsables de hospedajes, etc.) a denunciar la irregularidad migratoria de las personas sobre cuya situación toman conocimiento.
- Por el contrario, las políticas públicas en el ámbito migratorio deberían optar por la imposición de un deber de asistencia para asegurar el ejercicio de los derechos, en particular cuando se trata de instituciones ligadas al acceso a los derechos sociales, y asesoramiento sobre la forma de subsanar la condición de irregularidad

• 373 Artículos 55 de la ley 25.871 de Argentina; 52 del Régimen Legal de Migración de Bolivia; 77 del Decreto 1094/1975 de Chile; 182 de la Ley de Migración y Extranjería de Costa Rica; 54 de la Ley de Extranjería de Nicaragua; y 69 de la Ley de Migraciones de Paraguay.



Foto: Luis E. González, República Dominicana

**La inscripción del nacimiento de hijos e hijas de migrantes.
El impacto en sus derechos humanos**

La inscripción del nacimiento de hijos e hijas de migrantes. El impacto en sus derechos humanos

Capítulo 4

1. Introducción

La identidad de una persona puede ser vista desde dos aspectos, uno dinámico y otro estático. El primero se refiere a la expresión misma de la personalidad mediante toda clase de actos, usualmente relacionados con pautas culturales, sociales, éticas o económicas, entre otras. El aspecto estático de la identidad, por su parte, está ligado a la inscripción del nacimiento en los registros públicos. Ambos aspectos se encuentran íntimamente relacionados, siendo preciso contar con una identificación para ejercer derechos tales como la educación, la vivienda o la salud, acceder a la justicia o ejercer derechos políticos como el voto. De este modo, el registro del nacimiento y el consecuente otorgamiento de un nombre, una identidad, una personalidad jurídica, se muestran como pasos previos, básicos e ineludibles para la integración de las personas en la sociedad desde su nacimiento.

El derecho a la identidad consiste, de esta manera, “en el reconocimiento del derecho a un nombre, derecho a la nacionalidad y el derecho a la personalidad jurídica que le permiten a un individuo ejercer su ciudadanía. Asimismo, es la clave para el acceso y la exigibilidad de derechos políticos, civiles, económicos, sociales y culturales, tales como salud y educación. La ausencia de este

derecho genera desigualdad y discriminación, problema grave en las Américas, impidiendo a la persona su actividad e inclusión en los aspectos políticos, económicos y jurídicos de una sociedad democrática. En el caso específico de los niños y niñas, la ausencia de este derecho implica la negación de sus derechos humanos y puede producir una cadena de violaciones, desde la negación de la matrícula escolar hasta la explotación sexual. El reconocimiento del derecho a la identidad, a través del registro del nacimiento implica la incorporación del niño como sujeto de derecho dentro de un Estado”³⁷⁴.

Según la Convención sobre Derechos del Niño, ratificada por la totalidad de los países de América Latina y el Caribe, todos los niños y niñas deben ser inscriptos “inmediatamente después de su nacimiento” y tendrán, desde que nacen, derecho a un nombre y a adquirir una nacionalidad (artículo 7.1). Asimismo, los Estados deben respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad y el nombre (artículo 8.1).

Estas prescripciones básicas deben ser cumplimentadas por los Estados respecto de todas las personas sujetas a su jurisdicción, sin discriminación alguna entre hijos de nacionales o extranjeros, o en razón de la condición migratoria de los padres de los niños y niñas nacidos en su

territorio. A tal efecto, como sucede con el resto de los derechos reconocidos en la Convención, los Estados están obligados a adoptar todas las medidas administrativas, legislativas o de cualquier otra índole, para hacerlos efectivos (artículo 4 CDN).

En el caso de las niñas y niños hijos de migrantes, la inscripción y el registro de su nacimiento resulta de vital importancia y debe cumplimentarse independientemente de la condición migratoria de los padres, es decir, se encuentren éstos regular o irregularmente en el país. Ello porque la inscripción y el registro del nacimiento, así como la concesión de un nombre, no sólo son elementos esenciales para el reconocimiento de la personalidad jurídica sino que constituyen un presupuesto básico e indispensable para el acceso a otros derechos fundamentales, y pueden representar un factor determinante para la integración social y la regularización migratoria de la familia en el país de destino.

Por el contrario, la negativa de inscripción del nacimiento a hijos e hijas de migrantes, o a su inscripción tardía, puede provocar, además de la afectación inmediata de derechos -como la igualdad, el derecho al nombre, a la identidad y a la personalidad jurídica-, la vulneración de otros derechos en situaciones de apatridia (dependiendo de la normativa vigente sobre adquisición de nacionalidad en el país de nacimiento del niño y en el país de origen de sus padres), restricciones en el

acceso a derechos sociales como la salud o la educación, la expulsión del país del niño y sus padres, la privación de la libertad debido a su estatus migratorio, etc.

En relación con el derecho a la nacionalidad, esa clase de restricciones, verificadas en especial en la práctica de organismos administrativos (y no en la legislación vigente), tienen una incidencia particular en la región latinoamericana y caribeña, dada la vigencia del principio del *ius soli*, por el cual las personas tienen la nacionalidad del país en cuyo territorio han nacido.

En ocasiones, la no inscripción del nacimiento de hijos o hijas de personas migrantes que no cuentan con residencia legal en el país en el que habitan se produce en el contexto de diversos factores vinculados a su estatus migratorio y las restricciones que puedan existir para quienes no cuentan con un permiso de residencia. Así, puede ocurrir que, en razón de la irregularidad migratoria, no tengan acceso (por prohibición legal o, más usualmente, por una práctica administrativa) a los servicios de salud en establecimientos públicos. Puede ocurrir también que la negativa responda a la creencia, asociada estrechamente a la falta de políticas de información adecuadas, de que la ausencia de un permiso de residencia supone la pérdida o la no titularidad de tal derecho. Ambos casos pueden derivar en que las mujeres migrantes no tengan su parto en los centros de salud y, consecuentemente, en la no iniciación

³⁷⁴ OEA, UNICEF y PIA (Plan Integral para las Américas), Documento Conceptual, presentado en la Conferencia Regional Latinoamericana sobre Derecho a la Identidad y Registro Universal del Nacimiento, Asunción, 28-30 agosto de 2007, p. 1.

del procedimiento de registro del nacimiento.

A su vez, la no inscripción, acompañada muchas veces de la falta de atención del parto en los puestos sanitarios, está ligada al temor de las personas migrantes a que su presentación en organismos públicos pueda derivar en un procedimiento que finalice en su detención y posterior expulsión del país. En estos casos □ tal como se ha indicado al analizar la temática de los derechos económicos, sociales y culturales□, ese temor está fundado en normas que establecen mecanismos de control migratorio en diversas esferas, incluidas la sanitaria y los registros civiles.

Finalmente, cabe adelantar que algunas de estas restricciones están ligadas a normativas o prácticas contrarias a la igualdad de derechos entre hombres y mujeres. Asimismo, se verifican usos inapropiados de la legislación sobre nacionalidad que atribuyen, a las personas migrantes sin autorización de residencia, el estatus de “persona en tránsito” en el país en el cual viven.

La inscripción del nacimiento de hijos de migrantes, el otorgamiento de un nombre, el reconocimiento de su identidad, personalidad jurídica y nacionalidad, serán los temas centrales de este capítulo. Al igual que en los capítulos previos del presente Estudio , se efectuará una revisión de los estándares internacionales en la materia, de la normativa vigente en la región y de las prácticas implementadas por los Estados tanto cuando acatan como cuando omiten o contradicen los principios del DIDH, específicamente en lo que se refiere a derechos de niños y niñas. En relación con las diferentes temáticas, se formularán

recomendaciones dirigidas a los Estados de la región. También se incluyen sugerencias de intervención para las áreas y programas de las oficinas de UNICEF en la región.

2. El principio *ius soli* en América Latina y el Caribe

A efectos de la adquisición de la nacionalidad, la normativa de la mayoría de los países de América Latina y el Caribe (generalmente integrada en el texto constitucional), reconoce el principio llamado *ius soli*, por el cual las personas nacidas en el territorio de un Estado tienen el derecho a adquirir la nacionalidad de dicho país. Ello, sin perjuicio de que en estos países la normativa regule también el principio *ius sanguinis*, que otorga a las personas la nacionalidad de sus padres, aunque aquéllas hayan nacido en otro país.³⁷⁵

De esta manera, en virtud del *ius soli*, el acceso a la nacionalidad, incluida la de los hijos e hijas de migrantes, se produce por el simple hecho de haber sido dados a luz en un territorio determinado. Este derecho, cuyos titulares son los niños y niñas sin discriminación alguna que nacen dentro de la jurisdicción de un Estado, no puede ser restringido o negado en razón de circunstancias particulares de sus padres, por ejemplo, su condición migratoria. En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que en tanto “en la Constitución se estableció el *ius soli* como principio para adquirir la nacionalidad [...] el derecho a la nacionalidad por haber nacido en el territorio [...] adquiere protección convencional, sin importar la nacionalidad o el estatus legal de los

padres. Cualquier restricción del derecho a la nacionalidad que no se base en el lugar de nacimiento de las niñas contradice directamente dicho principio”³⁷⁶.

El derecho al otorgamiento de la nacionalidad en razón del lugar de nacimiento, que incluye evidentemente la inscripción del nacimiento y el reconocimiento de un nombre, tampoco puede verse restringido en razón de otras características de los padres. En tal sentido, el Alto Comisionado para los Derechos Humanos precisó que “los gobiernos deben prestar mayor atención a las políticas de inmigración que tengan un efecto discriminatorio respecto de las personas con un determinado origen nacional o étnico, y se les insta a que investiguen los posibles obstáculos que se oponen a la naturalización, tanto en lo relativo al procedimiento como a la falta de motivación, para solicitar la ciudadanía”³⁷⁷.

Ahora bien, las políticas implementadas por algunos países determinan la existencia de diversos obstáculos a la concesión de la nacionalidad a niños y niñas nacidos en sus territorios, en razón del estatus migratorio de los padres, de la nacionalidad de éstos, o incluso la nacionalidad de uno de los progenitores (la madre). A su vez, en algunos casos se ha intentado restringir el acceso a la nacionalidad vía el principio de *ius soli*, alegando que los padres migrantes en situación migratoria irregular se consideraban incluidos en una de las categorías que exceptúan la aplicación de este principio: las personas en tránsito en un país extranjero (un rótulo que se aplica, por ejemplo, para definir la situación de los turistas). Esta postura restrictiva y poco ajustada a la realidad,

como luego veremos, ha sido impugnada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

3. La negativa a inscribir el nacimiento de hijos e hijas de migrantes: su impacto en la vigencia de derechos fundamentales

Como se adelantó, la no inscripción del nacimiento de un niño o niña repercute inmediatamente en diversos derechos fundamentales: el derecho al nombre, a la personalidad jurídica y a la nacionalidad.

En tanto el nombre y el apellido de una persona son “esenciales para establecer formalmente el vínculo existente entre los diferentes miembros de la familia con la sociedad y con el Estado”³⁷⁸, este derecho cuenta con una amplia protección en los tratados internacionales. La Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconocen este derecho a todo niño desde el momento en que nace (artículos 7 y 18 respectivamente). Por su parte, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares establece que todos “los hijos de los trabajadores migratorios tendrán derecho a tener un nombre, al registro de su nacimiento y a tener una nacionalidad” (artículo 29).

Al respecto, la Corte Interamericana ha subrayado que los Estados “tienen la obligación no sólo de proteger el derecho al nombre, sino también de brindar las medidas necesarias para facilitar el registro de la persona, inmediatamente después de su nacimiento”, y “garantizar que [...]

• 375 En algunos países del Caribe, como Barbados (Nationality Act), rige el *ius sanguinis*.

• 376 CIDH, en Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Yean y Bosico c. República Dominicana, sentencia del 8 de septiembre de 2005, cit., párr. 111.a.

• 377 Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Los Derechos de los no ciudadanos, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2006, p. 25

• 378 Corte IDH, caso Yean y Bosico c. República Dominicana, cit., párr. 184..

.../.

sea registrada con el nombre elegido por ella o por sus padres, según sea el momento del registro, sin ningún tipo de restricción al derecho”³⁷⁹.

En estrecha relación con el derecho al nombre, que se materializa en primera instancia a través de la inscripción del nacimiento, los derechos a la nacionalidad y a la personalidad jurídica también son expresamente protegidos por varios instrumentos internacionales de derechos humanos³⁸⁰. Debido a la interrelación entre estos derechos, la vulneración del derecho a ser inscripto al nacer determina inmediatamente la afectación conjunta de los demás, generando una serie de consecuencias perjudiciales para los niños. Así, la privación del derecho a la nacionalidad, como han afirmado organismos internacionales de protección de derechos humanos, no sólo puede derivar en una condición de apatridia del niño sino también en la afectación del desarrollo de su personalidad y de su derecho a la personalidad jurídica³⁸¹. En este sentido ha sostenido la Corte IDH que la “falta del reconocimiento de la personalidad jurídica lesiona la dignidad humana, ya que niega de forma absoluta su condición de sujeto de derechos y hace al individuo vulnerable frente a la no observancia de sus derechos por el Estado o por particulares”³⁸².

Por estas razones, así como sucede con el derecho al nombre, el derecho a la nacionalidad exige también que los Estados adopten las medidas necesarias para hacer efectiva la adquisición de la nacionalidad por todo niño o niña sin discriminación alguna. Ello implica la prohibición de denegar el

acceso a este derecho en razón de la nacionalidad de los padres, la pertenencia a un determinado grupo social o étnico, o cualquier otra condición. El estatus migratorio de una persona, en palabras de la Corte Interamericana, “no puede ser condición para el otorgamiento de la nacionalidad por el Estado, ya que su calidad migratoria no puede constituir, de ninguna forma, una justificación para privarla del derecho a la nacionalidad ni del goce y ejercicio de sus derechos; el estatus migratorio de una persona no se transmite a sus hijos”³⁸³.

En el mismo sentido, el Comité de Naciones Unidas encargado de la protección de los derechos de todas las personas migrantes y sus familias, ha señalado que, sin perjuicio del carácter regular o irregular de la situación migratoria de los padres, los hijos nacidos en el país de destino tienen el derecho a ser inscriptos al nacer, a recibir un certificado de dicho nacimiento, a un nombre y a la nacionalidad³⁸⁴.

Tal como se ha reiterado en distintas oportunidades a lo largo de este Estudio, los derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño deben ser efectivamente satisfechos a todo niño o niña que se encuentre bajo la jurisdicción de un Estado, sin perjuicio de su condición migratoria o la de sus padres. Las obligaciones vinculadas con el derecho a la identidad de los niños y niñas no constituyen una excepción a esta regla.

De ello se deriva, en primer término, la necesaria existencia de un marco jurídico que no

establezca ningún tipo de obstáculo o condicionamiento para el acceso a estos derechos que pueda suponer una restricción o impedimento para su ejercicio por parte de determinadas personas o colectivos. La universalidad en el disfrute de los derechos debe asegurarse sin excepción.

Al mismo tiempo, es preciso diseñar mecanismos adecuados que garanticen, a todas las personas, el acceso a los derechos reconocidos. En el caso del derecho a la identidad, ello incluye, entre otras medidas, la provisión de servicios públicos necesarios en toda la jurisdicción de un Estado, la capacitación de los funcionarios y empleados públicos a cargo de los registros civiles y otros organismos competentes, la evaluación periódica que verifique la inexistencia de prácticas discriminatorias, basadas, por ejemplo, en la nacionalidad, condición migratoria o situación económica de la persona, la existencia de instancias que aseguren la posibilidad de denunciar actos discriminatorios y que brinden recursos efectivos, tanto administrativos como judiciales, ante una decisión denegatoria.

En este orden de ideas, la cuestión de la inscripción del nacimiento constituye un componente esencial de estos derechos, y, por lo tanto, un deber inexcusable para los Estados. En este sentido, el Comité sobre los Derechos del Niño estableció que: “Los servicios globales para la primera infancia comienzan con el nacimiento [...] Como primera medida para garantizar a todos los niños el derecho a la supervivencia, al desarrollo y al acceso a servicios de calidad (artículo 6), el

Comité recomienda que los Estados Partes adopten todas las medidas necesarias para que todos los niños sean inscriptos al nacer en el registro civil. Ello puede lograrse mediante un sistema de registro universal y bien gestionado que sea accesible a todos y gratuito. Un sistema efectivo debe ser flexible y responder a las circunstancias de las familias [...] todos los niños deben ser inscriptos al nacer, sin discriminación de ningún tipo (artículo 2). El Comité también recuerda a los Estados Partes la importancia de facilitar la inscripción tardía de los nacimientos”³⁸⁵.

La cuestión de la gratuidad de la inscripción es un elemento de considerable relevancia para el caso de hijos e hijas de migrantes que no cuentan con permiso de residencia en el país en que se encuentran. Generalmente, la vulnerabilidad de tales circunstancias suele conllevar la imposibilidad de afrontar los costos requeridos por esta clase de trámite. Otro aspecto importante es la disponibilidad -o no- de mecanismos de inscripción tardía de los nacimientos ya que diversos factores pueden acarrear la imposibilidad de inscribir inmediatamente a los hijos de padres migrantes indocumentados (por ejemplo, la existencia de dispositivos de control migratorio en instancias de la Administración pública).

La prohibición de discriminación en los mecanismos de inscripción de los nacimientos no sólo supone la inexistencia y/o remoción de obstáculos (formales o de facto), sino que también contiene el deber de diseñar medidas positivas que aseguren de manera efectiva que las personas .../.

• 379 Corte IDH, caso Yean y Bosico c. República Dominicana, cit., párrs. 183, 184.

• 380 Además de los tratados ya citados, el derecho a la nacionalidad se encuentra reconocido en los arts. XIX y 15, respectivamente, de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Declaración Universal de Derechos Humanos, mientras que el derecho a la personalidad jurídica en los arts. XVII y 6 de dichos instrumentos.

• 381 Entre otros, véanse: Comité de Derechos del Niño, Observaciones Finales, Chile, CRC/C/CHL/CO/3, del 23 de abril de 2007, párr. 63; Corte IDH, caso Yean y Bosico c. República Dominicana, cit., párrs. 167, 175-178.

• 382 Corte IDH, caso Yean y Bosico c. República Dominicana, cit., párr. 179.

• 383 Corte IDH, caso Yean y Bosico c. República Dominicana, cit., párr. 156.

• 384 Comité para la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, Observaciones Finales, Egipto, CMW/C/EGY/CO/1, 25 de mayo de 2007, párrs. 35, 36...

• 385 Comité de los Derechos del Niño, 40º período de sesiones, Ginebra, 12 a 30 de septiembre de 2005, Observación General N°7 (2005), Realización de los derechos del niño en la primera infancia (CRC/C/GC/7/Rev.1. 20 de septiembre de 2006), Párr.25.

.../.

migrantes, independientemente de su condición migratoria, inscriban a sus hijos que nacen en el país de destino³⁸⁶. No obstante, es importante que la obligación de los Estados de implementar mecanismos específicos para garantizar que estos grupos ejerzan sus derechos, no derive en prácticas discriminatorias. En este sentido, por ejemplo, ha sido cuestionada en países de la región la creación de documentos específicos para registrar a los hijos e hijas de mujeres migrantes sin residencia legal³⁸⁷.

Por otra parte, en el marco de la Conferencia Regional de Derecho a la Identidad y Registro Universal de Nacimiento celebrada en el 2007 en Paraguay, los Estados latinoamericanos han enfatizado que “la identificación, registro y documentación debe asumirse con un enfoque de derechos”, precisando que el “registro universal de nacimiento como medida de respeto al derecho a la nacionalidad y de no ser arbitrariamente despojado de este derecho, sirve como una herramienta esencial de protección en situaciones de refugio y desplazamiento interno. Así mismo la inscripción de nacimientos y la emisión de certificados u otros documentos, sirven como medida de prevención y reducción de la apatridia”³⁸⁸.

Ahora bien, sin perjuicio de la abundante protección jurídica de estos derechos en el DIDH, y del propio reconocimiento de los Estados en favor de garantizar estos derechos a los hijos e hijas de migrantes, se constata, en diversos países de la región, la subsistencia de obstáculos a la

inscripción del nacimiento de niños y niñas, y por ende, a su derecho al nombre, la nacionalidad y la personalidad jurídica, en razón de la condición migratoria de sus padres o de uno de ellos.

En este sentido, algunos Estados de la región han presentado situaciones en las cuales las autoridades a cargo del registro de nacimientos interpreta restrictiva o erróneamente la normativa, exigiendo a los padres la constancia de residencia en el país, bajo apercibimiento de denegar dicha inscripción, aún cuando la normativa no hace alusión al permiso de residencia, el documento de identidad u otra constancia como un requisito obligatorio para ese trámite³⁸⁹. A su vez, recientemente (enero de 2009), uno de estos países ha propuesto reformar la normativa vigente a fin de establecer la irregularidad migratoria de los padres como una causal de excepción a la aplicación del principio del *ius soli*³⁹⁰.

En función de la situación descrita, consideramos pertinente formular algunas recomendaciones a efectos de que los Estados de la región aseguren que todos los hijos e hijas de migrantes, independientemente del estatus migratorio de sus padres, ejerzan su derecho a ser inscritos al nacer, a gozar de un nombre y una nacionalidad.

3.1. Control migratorio y no inscripción del nacimiento

En el capítulo referido a los derechos

Recomendaciones sobre la inscripción del nacimiento de hijos e hijas de personas migrantes sin residencia legal en el país de destino

Los Estados deberían:

- Examinar el marco legal relativo a la inscripción del nacimiento de hijos e hijas de migrantes, a fin de eliminar cualquier obstáculo basado en criterios como la nacionalidad, el origen étnico o la condición migratoria de ambos padres o de uno de ellos.
- Desarrollar iniciativas de formación y capacitación en derechos humanos, en particular derechos de niños y niñas y derechos de las personas migrantes, destinadas a empleados y funcionarios del registro civil y otras áreas conexas.
- Diseñar un procedimiento de inscripción tardía “sencillo, accesible y razonable” (tal como ha establecido la Corte IDH), que no incluya discriminación alguna en razón de la condición de sus padres. Este mecanismo, así como la inscripción al nacer, deben contemplar y garantizar el acceso a un recurso efectivo para impugnar una decisión negativa a la solicitud de inscripción.
- Diseñar mecanismos independientes destinados a controlar periódicamente que todos los niños y niñas nacidos en el territorio sean inscritos al nacer, obtengan el correspondiente certificado de nacimiento, un nombre y una nacionalidad. Estos dispositivos deberían ser competentes para recibir y relevar denuncias sobre la afectación de estos derechos, para luego efectuar las propuestas pertinentes de reforma del marco regulatorio o las políticas que lo implementan, según el caso.

Las oficinas de UNICEF en los países de la región podrían:

- Promover campañas para la inscripción universal del nacimiento de todo niño o niña.
- Relevar en cada país los obstáculos o factores que determinen la no inscripción del nacimiento de niños y niñas y, en particular, aquellos que dificulten o impidan el registro de hijos e hijas de personas migrantes.
- Proponer cambios normativos o políticas públicas que permitan subsanar o eliminar esos obstáculos.

económicos, sociales y culturales de niños y niñas migrantes, se ha examinado de qué manera diversos mecanismos de control migratorio establecidos en las normas vigentes en diversos países de América Latina y el Caribe, pueden derivar en la privación de esos derechos cuando las personas migrantes no tienen un permiso de residencia en el país donde habitan.

Es el caso de la obligación de requerir documentación migratoria a las personas extranjeras que se presentan ante organismos gubernamentales. Esta exigencia, impuesta por la normativa de varios Estados a los funcionarios y

empleados públicos, así como la de denunciar ante las autoridades competentes a las personas que no estén en situación migratoria regular, repercute directamente en el no ejercicio de derechos fundamentales. La inscripción del nacimiento de los hijos también se ve afectada por estas normas³⁹¹. Los empleados y funcionarios públicos a quienes afecta esta exigencia más sensiblemente son los que desempeñan tareas en hospitales públicos (fundamentalmente en el área de maternidad), registros civiles u otros organismos encargados de proveer la documentación de identidad a niños y niñas.

• 386 Véase Corte IDH, caso Yean y Bosico c. R. Dominicana, cit., párrs. 140, 141.

• 387 Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales, República Dominicana, CRC/C/DOM/CO/2, del 11 de febrero de 2008, párrs. 35 y 39; Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, Observaciones Finales, República Dominicana, CERD/C/DOM/CO/12, del 16 de mayo de 2008, párr. 15.

• 388 Conclusiones de la Conferencia regional derecho a la identidad y registro universal de nacimiento, Primera Conferencia Regional Latinoamericana sobre el Derecho a la Identidad y Registro Universal de Nacimientos, Conclusiones, en Asunción, Paraguay, 28-30 de agosto de 2007.

• 389 Véanse, entre otros: Comité de Derechos del Niño, Observaciones Finales, Venezuela, CRC/C/VEN/CO/2, del 17 de octubre de 2007, párrs. 39, 40; Comité de Derecho del Niño, Observaciones Finales, Belice, CRC/C/15/Add.252, del 31 de marzo de 2005, párrs. 33-35; Comité de Derechos del Niño, O. Finales, República Dominicana, del 21 de febrero de 2001, párr. 27; Comité para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, Observaciones Finales, Ecuador, CMW/C/ECU/CO/1, del 5 de diciembre de 2007, párr. 35; Foro Migraciones, Informe Alternativo presentado al Comité para la Protección de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, México, 2005, p. 44; Corte IDH, caso Yean y Bosico c. República Dominicana, cit., párr. 111.

• 390 Véase el Anteproyecto de Reforma Constitucional en República Dominicana, artículo 16.b, [En línea www.presidencia.gob.do] [Consulta enero de 2009].

391 Véase, en el capítulo de este Informe referido a los derechos sociales, las normativas en vigor en la región que establecen esta clase de dispositivos de control migratorio.

Ante el temor de que el parto y el nacimiento deriven en el inicio de un procedimiento de detención y expulsión del país, en diversos países de la región las personas migrantes dan a luz en establecimientos no adecuados para ello (con el consecuente riesgo para la salud y la vida de madre e hijo), o bien no inscriben el nacimiento de sus hijos e hijas³⁹².

También se ha comprobado que los funcionarios del registro civil realizan controles migratorios aún cuando la normativa no sólo no se los exige sino que garantiza expresamente el derecho a la inscripción del nacimiento con independencia del estatus migratorio de los padres³⁹³.

La subsistencia de estos mecanismos acredita la irracionalidad de ciertas políticas de control migratorio. La búsqueda de personas que habrían cometido una infracción administrativa (ingreso irregular, falta de permiso de residencia, o autorización vencida) se lleva adelante por múltiples dispositivos que involucran a todo el sistema de administración pública, no sólo al poder judicial o a los organismos de la Administración concernidos. En algunos contextos, un control de tal magnitud no se verifica siquiera frente a los delitos más graves, o incluso ante crímenes de lesa humanidad, y, en el caso de los niños y niñas, acarrea la privación del ejercicio de derechos elementales. A su vez, debe destacarse nuevamente que la afectación de estos derechos se vincula estrechamente con la posibilidad no sólo de aumentar la exclusión social y las condiciones de vulnerabilidad de esos niños y niñas (y sus padres), sino también con una mayor exposición de éstos a ser víctimas de delitos como

la explotación laboral y sexual o la trata de personas.

Frente a este panorama, es preciso tener presente, como lo ha señalado la Corte Interamericana, que “los Estados tienen la obligación de no adoptar prácticas o legislación, respecto al otorgamiento de la nacionalidad, cuya aplicación favorezca el incremento del número de personas apátridas”³⁹⁴.

Así, la obligación de los Estados de garantizar a todo niño y niña, sin discriminación alguna, el derecho al registro de su nacimiento, a un nombre y una nacionalidad, no sólo incluye el diseño de políticas públicas para hacer efectivos esos derechos, sino también el deber de no establecer disposiciones y no desarrollar (o admitir) prácticas que puedan impedir o restringir ilegítimamente su ejercicio, ya sea de manera directa o indirecta. Por lo expuesto, formulamos a continuación las siguientes recomendaciones.

3.2 El problema de las personas que carecen de documentos en su país de origen

Otra de las situaciones que merece especial atención es la de aquellos padres que, estando en situación migratoria irregular en los países de destino, tampoco cuentan con la documentación expedida por su país de origen, situación que les impide acreditar su identidad.

En algunos países de la región, las personas migrantes que no tienen residencia legal, tampoco

Recomendaciones sobre el control migratorio y la inscripción del nacimiento

- Los Estados deben reformular sus normas migratorias a fin de eliminar los mecanismos de control migratorio en áreas de la administración pública que pudieran implicar la privación de derechos fundamentales de todas las personas migrantes. En particular, deben abstenerse de efectuar dichos controles en centros de salud, registros civiles, tribunales y otros organismos que intervengan en los procedimientos de inscripción de nacimientos, otorgamiento de nombres y certificados de nacimiento y documentos de identidad para niños y niñas.
- Las legislaciones deberían eliminar la obligación de denunciar a personas que pudieran haber infringido la normativa migratoria, que pesa sobre empleados y funcionarios de organismos públicos asociados al registro de nacimientos, concesión de una identidad y nacionalidad a hijos e hijas de migrantes.
- Los Estados deberían realizar campañas dirigidas, por un lado, a la formación de agentes públicos a fin de evitar la existencia de prácticas de control migratorio en dichas áreas, y por el otro, a la población inmigrante a quien se debe informar que el ejercicio de derechos (atención del embarazo y el parto, inscripción de nacimientos, tramitación de documentación de identidad de niños y niñas) no puede derivar, en ningún caso, en el inicio de procedimientos de control migratorio.
- Los Estados deberían desarrollar mecanismos para facilitar a los padres migrantes de niños y niñas nacidos bajo su jurisdicción, el acceso a procesos de regularización migratoria.
- Las oficinas de UNICEF en los países de la región podrían desarrollar iniciativas que incidan en la supresión de mecanismos de control migratorio que pudieran suponer la privación de derechos básicos de niños y niñas, en particular el derecho a la inscripción de su nacimiento y la obtención de un nombre y una nacionalidad.

poseen una documentación de identidad provista por su país de origen. En ocasiones, la documentación se les ha perdido o ha vencido sin que pudieran renovarla oportunamente (por múltiples razones, falta de información, residir a largas distancias de la representación consular, altos costos de los trámites, etc.). En otros casos, las personas no han contado nunca con una documentación por no haber sido incriptos al nacer o por no haber obtenido un documento de identidad en su país antes de emigrar.

En estas circunstancias, además de carecer de permiso de residencia, los padres de los niños y niñas que nacen en el Estado de acogida se ven impedidos de registrar dicho nacimiento en razón de no poder acreditar su propia identidad. De hecho, esta circunstancia no sólo funciona como obstáculo para la inscripción de sus hijos e hijas (pese a que no existe una negativa en virtud

del estatus migratorio irregular), sino también para que puedan regularizar su situación migratoria. Si bien aquí nos encontramos nuevamente con la restricción de los derechos de niños y niñas como consecuencia de cierta condición de sus padres (por lo cual nos remitimos a las normas y estándares ya descritos que prohíben estas prácticas), lo novedoso está en que la solución integral a esta situación no reside únicamente en la responsabilidad y las acciones del Estado de nacimiento del niño, sino también del Estado de origen de sus padres.

Al respecto, la Relatoría sobre Trabajadores Migrantes y sus Familias de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha destacado que la protección y garantía del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica “no depende solamente del reconocimiento de la misma por el Estado receptor, sino también por el

³⁹² Comité para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, Observaciones Finales, Ecuador, CMW/C/ECU/CO/1, del 5 de diciembre de 2007, párr. 35. En el caso *Yean y Bosico c. República Dominicana* (cit., párr. 109.10) la Comisión Interamericana subrayó que: “Los haitianos y dominicanos de ascendencia haitiana, en su mayoría, recurren al procedimiento de declaración tardía de nacimiento para declarar a sus hijos nacidos en la República Dominicana. Las madres suelen dar a luz a sus hijos en sus casas [ante] el temor de presentarse ante los funcionarios de un hospital, de la policía o de la alcaldía “pedánea” y ser deportados”.

³⁹³ Rodríguez Velasco, F., La identidad y nacionalidad: garantías de seguridad jurídica para los menores extranjeros nacidos en México, en Instituto para la Seguridad y la Democracia, AC, Serie Insyde en la Sociedad Civil, México, mayo de 2008. En igual sentido, véase la exposición de motivos de la Iniciativa con proyecto de Decreto que reforma el artículo 30 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la Ley de Nacionalidad, iniciativa de los senadores Velázquez López y otros, Senado de la República, México, 30 de octubre de 2008.

³⁹⁴ Caso *Yean y Bosico c. República Dominicana*, cit., párr. 142.

Estado emisor. Esto se debe a que, en términos prácticos, el reconocimiento de la personalidad jurídica por parte de las autoridades competentes, sean éstas judiciales o administrativas, depende de la existencia y aplicación de un marco jurídico que garantice el ejercicio de este derecho y de la presentación de un documento que acredite su identidad. Cuando las personas se encuentran en el Estado del cual son nacionales, la protección del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica depende de la expedición de documentos de identidad por la autoridad competente³⁹⁵.

Este problema se presenta con especial intensidad respecto de las poblaciones que se encuentran en zonas rurales, para quienes el acceso a las delegaciones del Registro Civil de su país resulta la mayoría de las veces imposible debido a las enormes distancias por recorrer y a la falta de servicios y establecimientos accesibles. Esto provoca situaciones de inscripción tardía de personas o, muchas veces, la no inscripción del nacimiento, viviendo la persona sin ningún tipo de documento que acredite su identidad, con los múltiples inconvenientes que ello genera para el ejercicio de derechos fundamentales. Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño, al analizar las políticas adoptadas por un Estado de la región, manifestó “su preocupación por la insuficiencia de las medidas adoptadas [...] en la esfera de la inscripción de nacimientos, y por la falta de concienciación y comprensión de los procedimientos de registro, en especial en las zonas rurales. A la luz del artículo 7 de la Convención, el Comité recomienda al Estado Parte que adopte todas las medidas a su alcance para garantizar la inscripción inmediata de todos los

niños y niñas después de su nacimiento. Además, el Comité alienta al Estado Parte a asegurar que los procedimientos de inscripción de nacimientos se divulguen entre la población en general, de ser necesario en cooperación con organizaciones no gubernamentales y con el apoyo de organizaciones internacionales³⁹⁶.

Las consecuencias de la no inscripción y la carencia de una documentación de identidad, como destaca la Relatoría de la CIDH, se hace más compleja para quienes no residen en el Estado del cual son nacionales, y en particular para las personas que no se encuentran en dicho Estado de manera regular. Por ello, subraya, estas personas “requieren de la expedición de documentos de identidad, de viaje, de antecedentes penales, certificado de nacimiento, de matrimonio, de divorcio y de defunción, de manera tal que puedan acreditar su identidad y su estado civil ante las autoridades del Estado receptor para que su derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica pueda ser protegido [...] es fundamental que los Estados emisores tomen las medidas necesarias para expedir dichos documentos a sus nacionales residentes en el exterior. Esta es una de las funciones más relevantes de las representaciones consulares³⁹⁷.

En los países de América Latina y el Caribe se verifican diferentes prácticas y políticas para cumplir con estos compromisos³⁹⁸. En tal sentido, según analiza la Relatoría de la CIDH, “se observa que algunos Estados hacen esfuerzos excepcionales por expedir estos documentos de manera ágil y eficaz. No obstante la positiva disposición de algunos Estados de origen, con

frecuencia se observa que los altos costos de dichos trámites no permiten a los Migrantes de menos recursos obtener los documentos de identidad que requieren. De allí que sea necesario tomar las medidas necesarias para facilitar el acceso de los Migrantes sin recursos a los documentos de identidad. Estos documentos son esenciales para que los Migrantes en situación migratoria irregular puedan regularizar su situación migratoria. Estos documentos también son necesarios para que los trabajadores migratorios y sus familias puedan cambiar de estado civil; acceder a servicios sociales básicos como educación, salud y seguridad social; y realizar otra serie de trámites, en ejercicio de su derecho al

reconocimiento de su personalidad jurídica³⁹⁹.

Es decir, que a los derechos y beneficios a los que podrían acceder las personas migrantes en caso de que sus países de origen desarrollen las políticas pertinentes, se suma la reducción de los obstáculos o restricciones que pudieran sufrir sus hijos e hijas desde su nacimiento (o incluso con anterioridad, si tenemos en cuenta la atención médica durante el embarazo y el parto).

Por lo antes dicho, consideramos pertinente formular las recomendaciones siguientes.

Recomendaciones sobre expedición de documentación en el país de origen

- Los Estados de destino no deben obstruir la inscripción del nacimiento del niño en razón de la falta de documentación de identidad de sus padres.
- Los países de origen deben arbitrar, a través de sus representaciones consulares, todas las medidas necesarias para facilitar, de modo ágil y accesible, los documentos de identidad de las personas migrantes ya que estos documentos resultan indispensables tanto para asegurar sus derechos y los de sus hijos e hijas como para permitir la regularización de su situación migratoria en el país de residencia.
- Las oficinas de UNICEF podrían diseñar mecanismos de actuación que no sólo coadyuven a la realización de esos trámites sino también a que los Estados diseñen e implementen tales políticas.

3.3. Inscripción del nacimiento, nacionalidad e igualdad de género

En algunos países de la región, la inscripción y registro del nacimiento de hijos e hijas de migrantes, así como la consecuente obtención de una nacionalidad para los menores de edad, encuentra obstáculos ligados a normas o prácticas que establecen un tratamiento desigual según el sexo de uno de sus padres. En efecto, aún cuando la Convención contra la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) dispone en su artículo 9 que los Estados “deben

eliminar de su legislación toda discriminación de la mujer respecto del hombre en lo relativo a la adquisición y transmisión de la nacionalidad” y que “otorgarán a la mujer los mismos derechos que al hombre con respecto a la nacionalidad de sus hijos”, diversos Estados contienen disposiciones que distinguen entre la capacidad de los hombres y de las mujeres para transmitir su nacionalidad a los hijos.

Algunos Estados permiten a las mujeres transmitir su nacionalidad a los hijos únicamente si no están casadas o si sus maridos son apátridas.

• 395 CIDH, Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y sus Familiares, Séptimo Informe de Progreso, en Informe Anual de la CIDH, 2005, párr. 158.

• 396 Comité de los Derechos del Niño, Observaciones Finales, Bolivia, CRC/C/15/Add.95, del 26 de octubre de 1998, párr. 19.

• 397 CIDH, Relatoría de Trabajadores Migrantes, Séptimo Informe de Progreso, cit., párrs. 159, 160.

• 398 Véase, por ejemplo, UNICEF, Informe sobre Leyes de Registro e inscripción de Nacimientos en América Latina y el Caribe, Costa Rica, Situación especial con la migración proveniente de Nicaragua, (Migración Irregular).

• 399 CIDH, Relatoría de Trabajadores Migratorios y sus Familiares, Séptimo Informe de Progreso, cit., párr. 161. Mayúsculas en el original.

Es decir, que la nacionalidad a los hijos es transmitida por el hombre, excepto cuando ciertas circunstancias lo impiden (madre soltera, apatridia del padre), en contradicción con el art. 9 de la CEDAW. Otros países establecen diferentes criterios de inscripción de los nacimientos, y de otorgamiento de la nacionalidad, en razón del estatus migratorio de la madre⁴⁰⁰.

En ambos casos, entonces, se verifica la existencia de disposiciones discriminatorias sobre el derecho de las mujeres a transmitir su nacionalidad a los hijos y a su cónyuge extranjero.

Esta clase de políticas fue cuestionada

Recomendaciones sobre inscripción, nacionalidad e igualdad de género

- Los Estados que aún no lo hayan hecho, deben reformular su legislación y sus prácticas referentes a la transmisión de la nacionalidad, a fin de eliminar, por un lado, cualquier clase de diferenciación entre hombres y mujeres, y por el otro, toda distinción con base en el género y en el estatus migratorio de alguno de los padres, que afecte el derecho a la nacionalidad de niños y niñas.
- Las áreas relevantes de las oficinas de UNICEF podrían desarrollar iniciativas conjuntas para relevar cualquier clase de discriminación en el ejercicio de derechos por parte de las mujeres migrantes y su impacto en los niños y niñas.

3.4 El derecho a la nacionalidad: los migrantes “en tránsito” y la no aplicación del principio IUS SOLI

La forma en que se interpretan e implementan las políticas migratorias en diversos países de América Latina y el Caribe, en particular en relación con los derechos de quienes no gozan de un estatus migratorio regular, ha generado circunstancias que derivan en la negación del derecho a obtener la nacionalidad a hijos e hijas de

expresamente por el Comité contra la Eliminación de la Discriminación Racial, el cual recomendó su reformulación⁴⁰¹. Estos problemas también fueron abordados por el Comité Ejecutivo del ACNUR, el cual en su (LII) Conclusión sobre la Protección Internacional, expresó su “particular preocupación de que los problemas de apatridia repercuten en forma desproporcionada en las mujeres y en los niños, debido al especial funcionamiento de las leyes de nacionalidad y registros de nacimientos”⁴⁰².

En razón de la situación expuesta, consideramos adecuado realizar las siguientes recomendaciones.

migrantes, derecho del que son titulares en virtud del principio ius soli. En estas ocasiones, la justificación brindada por los Estados ha sido que, dado que los padres de las personas nacidas en su territorio se encuentran sin autorización de residencia, se trata de personas “en tránsito” en el país⁴⁰³. Se argumenta por ello que no les son aplicables las disposiciones que otorgan la nacionalidad por vía del IUS SOLI sino que la situación se encuadra en una excepción: la referida a los extranjeros que se encuentran de paso por el

país, por lo cual a los niños y niñas nacidos allí les correspondería únicamente la nacionalidad del Estado de origen de sus padres.

En la mayoría de estos casos, por el contrario, se trata de personas migrantes que si bien no poseen un estatus ajustado a los requisitos de la normativa migratoria, no son, en modo alguno, extranjeros en tránsito. Precisamente, ambos conceptos (migrante y transeúnte) resultan ser prácticamente opuestos ya que la migración denota la voluntad de establecerse en el Estado receptor mientras que el tránsito supone pasar por dicho territorio o permanecer durante una estancia limitada en el tiempo (como hacen quienes están de turismo), y sin intención de afincarse. En este sentido, la catalogación como “personas en tránsito” a migrantes que residen en un país (sin autorización para permanecer) está más bien asociada a prácticas que restringen sus derechos en razón de su condición migratoria. Esta clase de medidas no resultan adecuadas a los estándares internacionales de derechos humanos.

Tal como ha señalado la Corte Interamericana, “para considerar a una persona como transeúnte o en tránsito, independientemente de la clasificación que se utilice, el Estado debe respetar un límite temporal razonable, y ser coherente con el hecho de que un extranjero que desarrolla vínculos en un Estado no puede ser equiparado a un transeúnte o a una persona en tránsito”⁴⁰⁴. Asimismo, según la Comisión Interamericana, resulta inaceptable calificar como “extranjeros en tránsito” a personas que han residido por diez, quince o más años en un país⁴⁰⁵. El Comité contra la Discriminación Racial, por su parte, ha señalado que este tipo de

denominaciones constituye una interpretación negativa y artificial del término “de tránsito”⁴⁰⁶.

Sin embargo, como se señaló, en los países de la región se ha verificado la atribución de este carácter transitorio a migrantes que residen en su territorio sin autorización de residencia. En ocasiones, este criterio se implementa a partir de mecanismos de inscripción diferenciada, según el estatus migratorio de la madre⁴⁰⁷. Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño ha expresado “su preocupación por el hecho de que el procedimiento creado [en República Dominicana] de emisión de ‘constancias rosadas’, que se basa en la presunción de que la madre está ‘en tránsito’, a menudo no tiene en cuenta la estancia [...] durante largos períodos de tiempo y no permite que el niño adquiera una nacionalidad. Al Comité le preocupa seriamente el gran número de niños apátridas que genera esta política”⁴⁰⁸.

En estos casos los organismos especializados entienden que los hijos e hijas de padres migrantes, ya se encuentren en situación migratoria regular o irregular en el país de tránsito, deben acceder a la inscripción de su nacimiento y a la nacionalidad de dicho Estado. Sin embargo, a la hora de establecer el sistema de identificación, algunos Estados optan por un sistema que provoca una mayor discriminación entre los propios nacionales de su Estado, es decir, entre aquellos niños y niñas nacidos de migrantes considerados por ellos en tránsito y aquellos niños y niñas nacidos de nacionales del propio Estado. En atención a estas consideraciones, se recomienda lo siguiente:

(ver el siguiente cuadro)

• 400 Amnistía Internacional, República Dominicana. Vidas en tránsito: la difícil situación de la población migrante haitiana y de la población dominicana de ascendencia haitiana, AI: AMR 27/001/2007, marzo de 2007, p. 20.

• 401 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Observaciones Finales, Bahamas, CERD/C/64/CO/1, del 28 de abril de 2004, párr. 16.

• 402 ACNUR, Comité Ejecutivo, LII Conclusión sobre la Protección Internacional, 52º período de sesiones, 2001.

• 403 Véase Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, sentencia del 14 de diciembre de 2005, acción de inconstitucionalidad de la ley migratoria (ley n° 285, de 2004), presentada por el Servicio Jesuita a Refugiados y Migrantes y otras 14 organizaciones de la sociedad civil.

• 404 Corte IDH, caso Yean y Bosico c. República Dominicana, cit., párr. 157.

• 405 Posición de la CIDH en la sentencia de la Corte IDH en el caso Yean y Bosico c. República Dominicana, cit., párr. 111.b.

• 406 Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, Observaciones Finales, República Dominicana, CERD/C/DOM/CO/12, del 16 de mayo de 2008, párr. 14.

• 407 Amnistía Internacional, República Dominicana. Vidas en tránsito: la difícil situación de la población migrante haitiana y de la población dominicana de ascendencia haitiana, cit., pp. 21, 22.

• 408 Comité sobre los Derechos del Niño, Observaciones Finales, República Dominicana, CRC/C/DOM/CO/2, del 11 de febrero de 2008, párrs. 35 y 39.

Recomendaciones sobre la designación de las personas migrantes en función de la vigencia del principio IUS SOLI

- Los Estados deberían abstenerse de designar como personas “en tránsito” en su territorio a los y las migrantes que habitan allí, debido a su estatus migratorio. La intención o motivos de su presencia en el país, así como otros factores (lugar de residencia, trabajo, vínculos familiares o sociales) deberían ser elementos a tener en cuenta a fin de establecer el carácter o naturaleza jurídica de la presencia de una persona extranjera en otro país.

- A su vez, y sin perjuicio de la denominación que atribuyan a la estancia de extranjeros en su territorio, los Estados deberían adoptar las medidas necesarias para garantizar que tal atribución no redunde en la negación de los derechos fundamentales a los niños y niñas que nazcan bajo su jurisdicción, incluido el derecho a la inscripción de su nacimiento, al nombre y a la nacionalidad.

4. Otros derechos afectados por la falta de inscripción del nacimiento

La falta de inscripción y registro de un nacimiento no sólo tiene proyecciones específicas respecto del derecho al nombre o a la nacionalidad, sino que también puede repercutir negativamente en otros derechos fundamentales, como la educación o la salud. En el caso de niños y niñas hijos de migrantes en situación migratoria irregular, esta circunstancia puede profundizar la situación de vulnerabilidad en que de por sí se encuentran⁴⁰⁹.

Las restricciones a los derechos sociales en razón de la condición migratoria o la ausencia de un documento de identidad, examinadas en el capítulo anterior de este Estudio, tienen una relación inseparable con la falta de inscripción en los registros civiles.

Ya se ha mencionado en qué términos, diversos instrumentos internacionales de derechos humanos,

como la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias, o el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, garantizan a todos los niños y niñas sin discriminación alguna derechos como la educación, la salud, la seguridad social o la vivienda. Asimismo, hemos señalado que la ausencia de documentos de identidad del niño o las particularidades de la situación jurídica de uno o ambos padres migrantes, no constituyen un fundamento razonable y legítimo para restringir o denegar el ejercicio de esos derechos sociales.

Sin embargo, en la práctica, la falta de inscripción del nacimiento de esos niños y niñas, por los diferentes motivos analizados a lo largo de este capítulo, constituye un obstáculo para el ejercicio de esos derechos, tal como se ha verificado en diversos países, incluidos algunos del entorno regional. En efecto, para el Comité de los Derechos del Niño, “el registro de todos los niños al

nacer continúa siendo un reto de primera magnitud para muchos países y regiones. Ello puede repercutir negativamente en el sentimiento de identidad personal del niño, y los niños pueden ver denegados sus derechos a la atención de salud, la educación y el bienestar social básicos. Como primera medida para garantizar a todos los niños el derecho a la supervivencia, al desarrollo y al acceso a servicios de calidad (artículo 6 CDN) [Por ello,] recuerda a los Estados Partes la importancia [...] de velar por que todos los niños, incluso los no inscritos, tengan el mismo acceso a la atención de la salud, la educación y otros servicios sociales”⁴¹⁰.

En estas circunstancias, y en términos de medidas concretas a adoptar para cumplir con estas obligaciones, el Comité de los Derechos del Niño ha recomendado el diseño de un sistema de registro de nacimientos que sea eficiente y gratuito y que abarque todo el territorio del Estado (por ejemplo, a través de unidades móviles de registro y campañas de información y sensibilización), de modo tal que se garantice el inmediato acceso al registro de nacimiento de todos los niños y niñas, independientemente de la condición de sus padres. Otras medidas pueden implicar la actuación coordinada entre diferentes áreas del Estado, como las encargadas del registro civil y los hospitales y centros de salud. Conjuntamente con ello, el Comité ha indicado que en tanto se implementan estas medidas (y por ende, los niños y niñas aún no cuentan con la debida documentación), se les debe asegurar el pleno acceso a los servicios básicos, como la salud y la educación⁴¹¹.

Finalmente, en el contexto de esa actuación coordinada entre diversos organismos públicos, los

Estados deberían diseñar mecanismos que, al tiempo que aseguran el acceso a los derechos sociales a hijos e hijas de migrantes, faciliten la regularización migratoria de sus padres, lo cual repercutirá positivamente a diversos niveles, entre ellos, la protección de la unidad familiar, la eliminación de posibles obstáculos para la realización de los derechos del niño (y de sus padres) y en el proceso de integración social de la familia en el país.

• 409 Corte IDH, caso de las Niñas Yean y Bosico c. República Dominicana, cit., párr. 166..

• 410 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 7, (2005), Realización de los derechos del niño en la primera infancia, CRC/C/GC/7/Rev.1, del 20 de septiembre de 2006, párr. 25.

• 411 Comité de los Derechos del Niño, Observaciones Finales, Belice, CRC/C/15/Add.252, del 31 de marzo de 2005, párr. 33.

Normativa Migratoria en América Latina y el Caribe

- Antigua y Barbuda: Ley de pasaportes y servicio de inmigración (The Immigration and Passport Act), del 10 de enero de 1946.
- Argentina: Ley de Migraciones, No. 25871, sancionada el 17 de diciembre de 2003; Ley general de migraciones y fomento de la inmigración, del 23 de marzo de 1981 (derogada por la ley 25.871).
- Bahamas: Immigration Act, 1967.
- Barbados: Immigration Act, del 2 de febrero de 1976.
- Belice: Immigration Act, 1971.
- Belice: Immigration Act, 1st January 1958, Revised Edition, 2000.
- Brasil: Lei que define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, N° 6.815, de 19 de agosto de 1980.
- Bolivia: Régimen Legal de Migración, Decreto Supremo N° 24423, del 29 de noviembre de 1996.
- Chile: Decreto Ley N° 1094 (Establece normas sobre extranjeros en Chile), del 19 de julio de 1975, Diario Oficial N° 29.208 del 14 de julio de 1975.
- Colombia: Ley Migratoria, Decreto 4.000/04, año 2004.
- Costa Rica: Ley de Migración y Extranjería, Ley N° 8764, de septiembre de 2009 (en vigencia desde marzo de 2010); Ley de Migración y Extranjería, No. 8487, del 12 de agosto de 2006 (derogada por la ley 8764)
- Cuba: Ley de Extranjería N° 1313, del 20 de septiembre de 1976.
- Ecuador: Ley de Migración N° 1899, del 30 de Diciembre de 1971.
- El Salvador: Ley de Migración, Decreto Legislativo N° 2772, del 19 de diciembre de 1958.
- Guatemala: Ley de Migración, Decreto N° 95/98, del 26 de noviembre de 1998. Reglamento de la ley de migración, Acuerdo Gubernativo 529/99.
- Honduras: Ley de Migración y Extranjería, Decreto N° 208-2003, del 3 de marzo de 2004; Reglamento de la Ley de Migración y Extranjería, del 3 de mayo de 2004.
- Jamaica: The Aliens Act, del 28 de febrero de 1946; Immigration Restriction (Commonwealth Citizens) Act, del 27 de diciembre de 1945
- Nicaragua: Ley de Control del Tráfico de Migrantes N° 240, según reforma de leyes Nos. 240-513, del 26 de Noviembre del 2004; Ley de Extranjería N° 154, del 2 de junio de 1993.
- México: Ley General de Población, del 7 de enero de 1974; Reglamento de la Ley General de Población, del 14 de abril de 2000.
- Panamá: Decreto Ley No. 3/08, del 22 de febrero de 2008.
- Paraguay: Ley de Migraciones, N° 978, del 27 de junio de 1996.
- Perú: Ley de Extranjería, Decreto Legislativo N° 703, del 11 de mayo de 1991
- República Dominicana: Ley sobre Migración N° 285, del 15 de agosto de 2004.
- Trinidad y Tobago: Immigration Act, año 1969.
- Uruguay: Ley de Migración, N° 18.250, del 17 de enero de 2008.
- Venezuela: Ley de extranjería y migración N° 37.944, del 24 de mayo de 2004.

Bibliografía

- Abramovich, V.; Courtis, Ch., Los derechos sociales como derechos exigibles, Trotta, Madrid, 2002.
- Abramovich, V.; Courtis, Ch., El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2006.
- Acción Canadá para la Población y el Desarrollo; Colegio de Michoacán, Menores migrantes: derechos humanos, protección y servicios en los países miembros de la Conferencia Regional sobre Migración, Octubre de 2002.
- Acuña González, G., Migración, trabajo infantil y adolescente: una aproximación para la construcción de una agenda, en el marco del III Foro de ONGs de niñez y adolescencia de Iberoamérica, Montevideo, Uruguay, octubre 2006.
- ACNUR, Comité Ejecutivo, LII Conclusión sobre la Protección Internacional, 52° período de sesiones, 2001.
- ACNUR y Save the Children, Tercera Edición de la Declaración de Buenas Prácticas del Programa de Menores no Acompañados en Europa, 2004.
- ACNUR, La protección internacional de las niñas y niños no acompañados en la frontera sur de México (2006-2008), Oficina Regional del ACNUR para México, Cuba y América Central, 2008.
- Amnistía Internacional, República Dominicana. Vidas en tránsito: la difícil situación de la población migrante haitiana y de la población dominicana de ascendencia haitiana, AI: AMR 27/001/2007, marzo de 2007.
- Amnistía Internacional, Bahamas, Forgotten Detainees? Human Rights in Detention, AMR 14/005/2003, octubre de 2003.
- Añón, M. J., "Límites de la universalidad: los derechos sociales de los inmigrantes", en VV.AA., La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración, Universidad de Valencia, Valencia, 2004.
- Asa, P. y Ceriani Cernadas, P., "A dos años de la nueva ley de migraciones: avances, cuestiones pendientes y casos preocupantes", en CELS, Derechos Humanos en Argentina. Informe 2005, Buenos Aires, Siglo XXI editores, 2005.
- Bercow J; Dubs, L.; Harris, E., Alternatives to immigration detention of families and children, a discussion paper supported by the No Place for a Child Coalition, julio de 2006.
- Bustamante, J., Informe del Relator Especial sobre Derechos Humanos de Migrantes, A/HRC/7/12, 25 de febrero de 2008.
- Centro de Derechos Humanos Fray Matías de Córdoba, Violaciones a derechos humanos en el contexto de la migración en la frontera sur, México, 31 de mayo de 2005.
- Centro de Derechos Humanos Fray Matías de Córdoba, Hogar de la Misericordia y Due Process of Law Foundation, La crisis de derechos humanos en la frontera sur de México, 2008.
- Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2007. Hechos 2006, Santiago, 2007.
- Centro de Documentación en Derechos Humanos Segundos Montes Mozo, Informe para el Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias, Misión al Ecuador, Detenciones arbitrarias a extranjeros/as, inmigrantes irregulares, solicitantes de refugio y refugiados, febrero de 2006.

- CEPAL, Migración internacional, derechos humanos y desarrollo, Santiago, 2006.
- Ceriani Cernadas, P., "Migrantes: Una deuda pendiente. Veinte años de vigencia de la 'Ley Videla' en democracia", en CELS Derechos Humanos en Argentina: Informe 2002-2003, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2003.
- Ceriani Cernadas, P.; Asa, P., "Migrantes: ley inconstitucional, práctica arbitraria" en CELS, Informe Anual 2002, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2002.
- Ceriani Cernadas, P.; Morales, D. y Ricart, L., "Los derechos de los migrantes en la jurisprudencia argentina (1994-2005)", en Abramovich, V., Bovino A. y Courtis C. (comps.), La aplicación local de los tratados de derechos humanos: la experiencia de una década (1994-2005), Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2007.
- Coalición Interinstitucional para el seguimiento y difusión de la Convención sobre la protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias, Informe sombra al primer informe del Estado ecuatoriano sobre cumplimiento de la Convención, Ecuador, abril de 2007.
- Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Informe del Grupo de Trabajo Intergubernamental de Expertos en los Derechos Humanos de los Migrantes, E/CN.4/AC.46/1998/5, noviembre de 1998.
- Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Anexo II, Deliberación N° 5: Situación relativa a los inmigrantes y a los solicitantes de asilo, E/CN.4/2000/4, 28 de diciembre de 1999.
- Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Informe del Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria, en su visita al Reino Unido, sobre la cuestión de inmigrantes y solicitantes de asilo, E/CN.4/1999/63/Add.3.
- Comité de Derechos Humanos, Comunicación N° 560/1993, CCPR/C/59/D/560/1993, 30 de abril de 1997.
- Comité Internacional de la Cruz Roja, Directrices Generales Inter-Agenciales sobre Niñas y Niños no acompañados y separados, enero de 2004
- Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Informe del Grupo sobre la Detención Arbitraria, Misión al Ecuador, A/HCR/4/40/Add.2, marzo de 2007.
- Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Mission to the United States of America, A/HRC/7/12/Add.2, del 5 de marzo de 2008.
- Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Informe del Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria, A/HRC/7/4, 10 de enero de 2008.
- Courtis, Ch. (comp.), Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2006.
- Crowley, Heaven, ILPA (Immigration Law Practitioners' Association) position paper, Child First, Migrant Second. Ensuring that every child matters, London, 2006.
- CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado, del 28 de febrero de 2000.
- CIDH, Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y sus Familias en el Hemisferio, Segundo Informe de progreso, 16 de abril de 2001.
- CIDH, Relatoría de Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, Cuarto Informe de Progreso, Informe Anual 2002.
- CIDH, Relatoría de Trabajadores Migratorios y sus Familiares, Segundo Informe de Progreso, Informe Anual 2002.
- Relator Especial de Naciones Unidas sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel de salud física y mental ("el derecho a la salud"), Informe El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, E/CN.4/2003/58, 13 de febrero de 2003.
- CIDH, Relatoría Especial sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, Séptimo Informe de Progreso, Informe Anual, 2005.
- CIDH, Relator especial sobre los derechos humanos de los migrantes concluye su visita oficial a Guatemala, Relator de Naciones Unidas sobre derechos de Trabajadores Migrantes, Nota de prensa, Guatemala, 28 de marzo de 2008.
- Clínica Jurídica Derechos de Inmigrantes y Refugiados (CELS-CAREF-Universidad de Buenos Aires), "Derechos de las personas migrantes luego de la sanción de la nueva Ley de Migraciones 25.871: sin cambios efectivos", en CELS Informe Anual de Derechos Humanos, Siglo XXI Ed., Buenos Aires, 2007.
- De Lucas, J., "La inmigración, como res política", en Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, No. 10, Valencia, 2004.
- D'Ovidio, M. (Dir.) y otros, Quién es quién en la cadena de valor del sector de Indumentaria Textil. Hacia un solución conjunta en el sector, investigación de la Fundación El Otro y de Interrupción, con el apoyo de Novib (Oxfam, Holanda), Buenos Aires, mayo de 2007.
- ENOC, Declaración sobre el 'Retorno' de la Directiva de la UE, del 18 de junio de 2008.
- Encuentro Iberoamericano sobre Migración y Desarrollo, Conclusiones Preliminares de la Mesa de trabajo 2: Migración, Derechos Humanos y Ciudadanía, Migración y Derechos Humanos, Hechos y problemas detectados, Madrid, 18 y 19 de julio de 2006.
- Estudio de los efectos de la discriminación racial en los hijos de grupos minoritarios y de trabajadores migratorios en las esferas de la educación, la capacitación y el empleo, Informe del Secretario general de Naciones Unidas presentado ante el Comité preparatorio de la Conferencia mundial contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, A/CONF.189/PC.1/11, 10 de abril de 2000.
- Federación Internacional de los Derechos Humanos, Mesa Permanente sobre Derechos de los Migrantes de El Salvador, Informe alternativo relativo al cumplimiento por El Salvador de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus familias
- Foro Iberoamericano sobre Migración y Desarrollo, Informe Final. Aportes y Conclusiones principales, Sesión IV: Integración de Migrantes, Cuenca, Ecuador, 10-11 de abril de 2008.
- Foro Migraciones, Informe Alternativo México, presentado al Comité de Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias, diciembre de 2005.
- Gutiérrez Contreras, J. C. (Coord.), Los Derechos económicos, sociales y culturales, Programa de Cooperación en Derechos Humanos México-Unión Europea, 2005.
- GMG, International Migration and Human Rights. Challenges and Opportunities on the Threshold of the 60th Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights, octubre de 2008.
- Henderson, H., "Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine", en Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos, No. 39, San José, enero-junio de 2004.

- Human Rights Watch, “Personas Ilegales”: Haitianos y Dominicano-Haitianos en la República Dominicana, 2002.
- IIDH, El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y los derechos de las poblaciones migrantes, las mujeres, los pueblos indígenas y los niños, niñas y adolescentes, Tomo I, San José, 2004.
- IIDH, El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: su jurisprudencia sobre debido proceso. DESC, libertad personal y libertad de expresión, Costa Rica, 2005
- INM, Programa Interinstitucional de Atención a Menores Fronterizos, de México (En línea http://www.inm.gob.mx/index.php?page/Menores_Fronterizos_Antecedentes)
- Liwski, N., Migraciones de niños, niñas y adolescentes bajo el enfoque de derechos, Instituto Interamericano del Niño, 2007.
- Luna, O. H., Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos de El Salvador, Informe del Procurador al Comité de la ONU sobre Trabajadores Migrantes y sus Familias, El Salvador, abril de 2008.
- Mezzadra, S., Derecho de fuga. Migraciones, ciudadanía y globalización, Ed. Mapas. Traficantes de Sueños, Madrid, 2005.
- Montero, M. F., Estudio y diseño del Área Encargada de las Políticas de Integración para el desarrollo de la población migrante y refugiada de la Dirección General de Migración y Extranjería -Versión Ejecutiva-, República de Costa Rica, PNUD, UNFPA, UNICEF, ACNUR, OIM, Dirección General de Migración y Extranjería, San José, 2007.
- MTM, Mesa Técnica de Migraciones, Respuestas al Cuestionario del Comité de protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares [CMW/C/BOL/1] sobre el Informe inicial presentado por el Estado boliviano de conformidad con el artículo 73 de la Convención, Bolivia, abril de 2007.
- OEA, UNICEF y PIA (Plan Integral para las Américas), Documento Conceptual, presentado en la Conferencia Regional Latinoamericana sobre Derecho a la Identidad y Registro Universal del Nacimiento, Asunción, 28-30 agosto de 2007.
- OHCHR, Los derechos de los no ciudadanos, HR/PUB/06/11, Nueva York y Ginebra, 2006.
- OMS, Migración Internacional, Salud y Derechos Humanos, Serie de Publicaciones sobre Salud y Derechos Humanos, No. 4, Ginebra, 2003.
- OHCHR discussion paper, Le droit à l'éducation des enfants migrants, marzo de 2007.
- Pisarello, G., “Derechos sociales e inmigración: razones para una comunidad de iguales”, en Universitas, N° 110, Bogotá (Colombia), julio-diciembre de 2005.
- Rodríguez Pizarro, G., Informe presentado por la Relatora Especial de Naciones Unidas, de conformidad con la resolución 1999/44 de la Comisión de Derechos Humanos, /CN.4/2000/82, 6 de enero de 2000.
- Rodríguez Pizarro, G., Informe presentado por la Relatora Especial de Naciones Unidas, de conformidad con la resolución 2001/52 de la Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2002/94, 15 de febrero de 2002.
- Rodríguez Pizarro, G., Informe de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos de Migrantes, E/CN.4/2003/85, 2003.
- Sepúlveda, M., The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic Social and Cultural Rights, Intersentia, Antwerp 2003.
- STEPS Consulting Social, Estudio The conditions in centres for third country national (detention camps, open centres as well as transit centres and transit zones) with a particular focus on provisions and facilities for persons with special needs in the 25 EU member states, elaborado por solicitud de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos Internos del Parlamento Europeo, Bruselas, IP/C/LIBE/IC/2006-181, diciembre de 2007.
- Sin Fronteras, Situación de los derechos humanos de la población migrante en las estaciones migratorias de la ciudad de México y de Tapachula, Chiapas, 2005-2007; Ciudad de México, 2007.
- Sin Fronteras, Migrantes adolescentes no acompañados, Documento elaborado en el marco del proyecto Desarrollo de un Modelo de Atención para Migrantes Adolescentes no Acompañados durante su proceso migratorio en México y Propuestas para mejoramiento de los procesos de deportación desde México y recepción y reintegración en Guatemala; Ciudad de México, 2008.
- Tomaševski, K., Informe de la Relatora Especial sobre el derecho a la educación, presentado de conformidad con la resolución 2002/23 de la Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2003/9, 16 de enero de 2003.
- Touzenis, K., “Human Rights of Migrant Children”, en International Organization for Migration (IOM), International Migration Law, N° 15, Ginebra, 2008
- UNICEF Australia, Submission to the National Inquiry into Children in Immigration Detention, written submission to the Human Rights and Equal Opportunity Commission, Summary of Recommendations, HREOC, 2003.
- UNICEF Oficina Regional para América Latina y el Caribe, La Convención sobre los Derechos del Niño quince años después: América Latina, Panamá, 2004.
- UNICEF, Niñez migrante en las fronteras (En línea http://www.unicef.org/lac/overview_12240.htm)
- UNICEF, Informe sobre Leyes de Registro e inscripción de Nacimientos en América Latina y el Caribe, Costa Rica, Situación especial con la migración proveniente de Nicaragua, (Migración Irregular).
- UNICEF, Situación de los niños migrantes en Chile, 2008, inédito.

