

# LOS NIÑOS MIGRANTES IRREGULARES Y SUS DERECHOS HUMANOS EN LA PRÁCTICA EUROPEA Y AMERICANA: ENTRE EL CONTROL Y LA PROTECCIÓN

## *IRREGULAR MIGRANT CHILDREN AND THEIR HUMAN RIGHTS IN THE EUROPEAN AND AMERICAN PRACTICE: BETWEEN CONTROL AND PROTECTION\**

Elisa ORTEGA VELÁZQUEZ\*\*

**RESUMEN:** Los niños migrantes irregulares se encuentran expuestos constantemente a violaciones a sus derechos humanos porque las leyes y políticas nacionales de control de la migración irregular carecen del enfoque compatible con su calidad de niños. Este artículo explora las implicaciones que estas leyes y políticas tienen sobre sus derechos humanos. Primero, se estudia el marco legal incluyente de protección internacional, que se basa en el reconocimiento de derechos y la protección de todos los niños. Segundo, se analiza el marco legal excluyente de las políticas nacionales de control de la migración irregular, basado en la restricción de derechos sociales y las detenciones. Se concluye que estos niños están entre dos marcos legales opuestos, el de protección y el de control, y que los Estados, incumpliendo sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, no dan una respuesta efectiva a sus necesidades como niños, al ignorarlos de forma sistemática en sus leyes y políticas públicas.

**Palabras clave:** Niños migrantes irregulares, derechos humanos, derechos sociales, detenciones, leyes y políticas migratorias.

**ABSTRACT:** *Irregular migrant children are constantly exposed to violations to their human rights, to a considerable degree, because national irregular immigration regulations and policies lack of a compatible approach with their children status. This article explores the implications of these regulations and policies on their human rights. First, the inclusive legal framework of international protection, based on the recognition of rights and protection of all children, is studied. Second, the exclusive legal framework of irregular immigration national policies, based on the restriction of social rights and detentions, is analysed. It is concluded that these children are between two legal frameworks radically opposed, protection and control, and that states, failing to comply their international human rights obligations, do not give an effective response to their needs as children by systematically ignoring them in regulations and public policies.*

**Keywords:** *Irregular Migrant Children, Human Rights, Social Rights, Detentions, Immigration Regulations and Policies.*

\* Artículo recibido el 17 de febrero de 2014 y aceptado para su publicación el 31 de octubre de 2014.

\*\* Investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. La autora agradece al Programa de Becas Postdoctorales de la UNAM el apoyo para la realización del proyecto de investigación “Los Derechos Humanos de los Niños Migrantes Irregulares”, del cual se desprende este artículo.

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*,  
nueva serie, año XLVIII, núm. 142,  
enero-abril de 2015, pp. 185-221

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Niños migrantes irregulares: terminología y ¿quiénes son?* III. *El marco incluyente*. IV. *El marco excluyente*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*.

*Un niño es en primer lugar, y por encima de todo, un niño. Este es el punto de partida de toda discusión acerca de los niños en situación irregular. El estatus del niño es secundario e incluso cabría decir que irrelevante.<sup>1</sup>*

## I. INTRODUCCIÓN

Todos los migrantes se enfrentan a los riesgos crecientes de pobreza y exclusión social, pero estos riesgos están exacerbados para quienes no tienen un permiso de residencia regular. Entre estos migrantes, los niños, tanto aquellos que migraron solos como los que están acompañados por sus padres o tutores, ocupan una posición particularmente vulnerable en cuanto a su capacidad de tener acceso a derechos y protección. El peligro de ser identificados por las autoridades y, como consecuencia, detenidos y expulsados, hace que en muchos casos de discriminación prefieran callarse y no contar lo ocurrido y exponerse a un riesgo tan grande. Esto tiene consecuencias determinantes en su desarrollo, toda vez que su acceso a los derechos sociales básicos —como la educación, la salud y la vivienda— se encuentra comprometido por su condición irregular, a la vez que se les da un trato de adultos en prácticas tan cuestionables como las detenciones a raíz de la condición migratoria irregular.

Existe una tendencia creciente en la mayoría de los Estados receptores de migrantes, tanto en Europa como en América, a la erosión de los derechos humanos de los migrantes, en aras de las políticas de control de la migración irregular, las cuales son cada vez más restrictivas y agresivas, y carecen de un enfoque que considere las necesidades de los migrantes más vulnerables, como los niños irregulares. El principal efecto de esta situación es empeorar la situación de vulnerabilidad de estos niños.

<sup>1</sup> Consejo de Europa, *Undocumented Migrant Children in an Irregular Situation: a Real Cause for Concern*, Comité de Migración, Refugiados y Población del Consejo de Europa, Doc.12718, Estrasburgo, 16 de septiembre de 2011, p. 5. Disponible en <http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/Doc11/EDOC12718.pdf>

Las tensiones entre la necesidad de protección y las supuestas exigencias de seguridad y de control de la migración irregular hacen que los niños migrantes irregulares se encuentren entre dos ámbitos normativos radicalmente opuestos: uno incluyente de protección, referido a la protección internacional de los derechos del niño; y otro excluyente de control, referido a las políticas nacionales de control de la migración irregular. Teniendo en cuenta el rigor de las leyes y políticas de control de la migración irregular, se hace necesaria una evaluación sobre el impacto que éstas tienen sobre migrantes irregulares tan vulnerables como los niños.

Este artículo investiga los marcos legales en los que se ven inmersos los niños migrantes irregulares. Primero, el marco legal de protección internacional de los derechos del niño, que garantiza el acceso a todos los niños, sin discriminación alguna, a los distintos derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, y está regido, primordialmente, por el principio del interés superior del niño. Segundo, el marco legal de las políticas de control de la migración irregular, el cual se caracteriza por restringir el acceso a los derechos sociales básicos a estos niños y por las detenciones en razón del estatus migratorio, sin importar su condición de niños.

El objetivo es analizar los estándares internacionales que protegen a estos niños y las diferencias que existen con las legislaciones nacionales de algunos Estados europeos y americanos, por un lado, en cuanto al acceso a los derechos a la educación, la salud, la vivienda y, por otro lado, en cuanto a la práctica de las detenciones. Desafortunadamente, cuando se revisa la práctica estatal, es fácil notar que se da una primacía a las políticas migratorias, a costa de la necesidad de protección de los más desprotegidos, en este caso los niños migrantes irregulares.

## II. NIÑOS MIGRANTES IRREGULARES: TERMINOLOGÍA Y ¿QUIÉNES SON?

### 1. *Terminología*

El uso adecuado de la terminología en materia de migración es muy importante ya que puede ayudar a explicar y desmitificar conceptos. Por el contrario, su uso inadecuado contribuye a la discriminación de un grupo humano que ya de por sí es vulnerable: los migrantes. De hecho, el cómo designemos a un fenómeno implica cómo lo concebimos. Por ello,

D. R.© 2015. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas,  
*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 142, pp. 185-221

es importante evitar estereotipos que deshumanicen a los migrantes y amenacen sus derechos humanos.

En este artículo se usará el término “niños migrantes irregulares” para hacer referencia a todas las personas que son menores de 18 años de edad (niñas, niños y adolescentes), que se encuentran fuera de su país de origen, o nacionalidad, para trabajar o reunirse con su familia, o cambiar de residencia de manera temporal o definitiva, y que tienen una condición migratoria irregular, ya sea que se encuentren acompañados o no por un familiar. Se prefiere usar los términos “niños” y no “menores” e “irregulares” y no “ilegales” por las siguientes razones:

a) *Niños y no menores*. Se prefiere usar el término “niños”, toda vez que la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 (CDN), el tratado internacional de derechos humanos más ratificado del mundo,<sup>2</sup> define como “niño” a “todo ser humano menor de dieciocho años de edad” (artículo 1o).<sup>3</sup> Por el contrario, la definición de “menor” varía de unos países a otros,<sup>4</sup> y puede tener connotaciones negativas y suponer una descripción limitada de este colectivo:

<sup>2</sup> A febrero de 2014, 193 Estados de la comunidad internacional se han obligado en sus términos. Véase la situación de su ratificación y reservas en [http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtldsg\\_no=IV-11&chapter=4&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtldsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en).

<sup>3</sup> En los trabajos preparatorios de la CDN imperó el criterio de varios países influyentes cuyas leyes nacionales reconocían 18 años como la mayoría de edad. Moerman, Joseph, “Identificación de algunos obstáculos a la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, en particular, ciertas objeciones sobre los derechos de los padres y el reconocimiento de las familias”, en Verdugo, Miguel Ángel y Soler-Sala, Víctor (eds.), *La Convención sobre los Derechos del Niño. Hacia el Siglo XXI*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1996, p. 148.

<sup>4</sup> Por ejemplo, en Irán, el artículo 1210 del Código Civil (enmendado en 1962) reconoce como menores de edad a los niños (varones) que son menores de 15 años y a las niñas que son menores de 9 años. En Honduras, el Código de la Niñez y la Adolescencia de 1996 establece que la niñez legal comprende los períodos siguientes: “la infancia que se inicia con el nacimiento y termina a los doce (12) años en los varones y a los catorce (14) años en las mujeres y la adolescencia que se inicia en las edades mencionadas y termina a los dieciocho (18) años”. Y en España, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor define como “menor” a la persona que tiene menos de 18 años. Como se aprecia, la definición de “menor” varía dependiendo del país del que se hable, por lo que no se puede afirmar que el estándar de mayoría de edad reconocido en las legislaciones nacionales sea 18 años. De ahí la importancia de usar el parámetro que establece la CDN de reconocer como niños a todos los menores de 18 años.

Primero, el Diccionario de la Real Academia Española señala que “menor” es un adjetivo comparativo que proviene del latín “*minor*” y significa “que es inferior a otra cosa en cantidad, intensidad o calidad”; o que es “menos importante con relación a algo del mismo género”.<sup>5</sup> Como afirma González Contró, “el vocablo menor refleja una situación relacional en la que siempre habrá un mayor, por lo que a primera vista parece desaconsejable su uso, y es precisamente ésta la primera de una serie de razones que motivan la argumentación a favor de cambiar esta denominación fuertemente arraigada en el léxico jurídico”.<sup>6</sup>

Segundo, en el ámbito latinoamericano, hasta antes de la aprobación de la CDN, las personas menores de edad estaban regidas por la doctrina de la situación irregular, la cual las dividía en dos grupos: en “niños”, quienes no llegaban a ser propiamente sujetos jurídicos, al estar tutelados y protegidos por las instituciones de la familia y la escuela; y en “menores”, quienes eran ajenos a estas instituciones por haber sido abandonados, víctimas de abusos o maltratos o infractores de la ley penal, sin tener posibilidad de defenderse por ciertas condiciones de vulnerabilidad social, vinculadas con la pobreza. De aquí nació el modelo tutelar de la ley penal, el cual se basó en el paradigma de la minoría y, en consecuencia, en la incapacidad de estas personas. A través de este modelo, el Estado se arrogó la tarea de “protegerlos” y “tutelarlos” en vez de castigarlos.<sup>7</sup> Sin embargo, al no tener como objetivo el castigo, sino la protección, se prescindió peligrosamente de garantías para estos niños tutelados por el Estado.<sup>8</sup>

<sup>5</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 22a. ed., disponible en <http://lema.rae.es/drae/>

<sup>6</sup> González Contró, Mónica, “¿Menores o niñas, niños y adolescentes? Reflexiones en el contexto del debate en América Latina”, en Pérez Contreras, María Montserrat y Macías Vázquez, Ma. Carmen (coords.), *Marco teórico conceptual sobre menores versus niñas, niños y adolescentes*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 35.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 40. Abúndese sobre este tema en: García Méndez, Emilio, “La legislación de menores en América Latina: una doctrina en situación irregular”, en García Méndez, Emilio, *Derecho de la infancia/adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral*, Santa Fé de Bogotá, Forum Pacis, 1994; Beloff, Mary, “Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar”, *Justicia y Derechos del Niño*, núm. 1, 1999, pp. 9-21; entre otros.

<sup>8</sup> Hierro, Liborio, “Los derechos humanos del niño”, en Marzal, Antonio (ed.), *Derechos humanos del niño, de los trabajadores, de las minorías y complejidades del sujeto*, Barcelona, Bosch-ESADE, 1999, pp. 15-32.

Por lo anterior, se puede sostener que el término “menor” tiene una connotación negativa que se exagera en el contexto de la migración, pues referirse a los niños como “menores” puede implicar el riesgo de exclusión de programas de protección y derechos diseñados específicamente para los niños. Es preciso nombrar adecuadamente a este colectivo y usar el parámetro que nos marca la CDN, el cual diluye la antigua dicotomía entre “niños” y “menores” al incluir ambas categorías dentro del ámbito de protección de la Convención.

Asimismo, es preciso que se denomine a este colectivo en primer lugar como niños y luego como migrantes, puesto que el tratamiento jurídico que se les da varía radicalmente dependiendo del marco legal que se les aplique: extranjería o derechos del niño. Un niño es niño ante todo, su calidad de extranjero o, aún más, de migrante irregular, es algo secundario que no debe obstaculizar ninguna de las garantías previstas para los niños, quienes forman parte de un grupo social muy vulnerable.

b) *Irregulares y no ilegales.* Se prefiere usar el término “irregulares” debido a que es neutral y no estigmatiza o criminaliza y, además, porque es usado en la Convención de Naciones Unidas sobre Trabajadores Migratorios de 1990<sup>9</sup> (CDTM) y por las organizaciones internacionales que trabajan en temas migratorios.<sup>10</sup> Hay que recordar que desde 1999, en el Simposio Internacional sobre Migración celebrado en Bangkok, se recomendó el uso del término “irregular” para abarcar el hecho de que “las irregularidades en la migración pueden surgir en varios puntos —salida, tránsito, entrada y regreso— y pueden ser cometidas en contra del migrante o por el migrante”.<sup>11</sup> En consecuencia, se usará el término “irre-

<sup>9</sup> Según el artículo 5o., inciso b), de la CDTM, serán trabajadores migratorios en situación irregular aquellos que no han sido autorizados a ingresar, a permanecer y a ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte.

<sup>10</sup> Por ejemplo, el *Glosario sobre Migración* de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) de 2006 definió como “migrantes irregulares” a las personas que “habiendo ingresado ilegalmente o tras el vencimiento de su visado, dejan de tener *status* legal en el país receptor o de tránsito. El término se aplica a los migrantes que infringen las normas de admisión del país o cualquier otra persona no autorizada a permanecer en el país receptor (también llamado clandestino/ ilegal/migrante indocumentado o migrante en situación irregular)”. OIM, *Glosario sobre Migración*, Ginebra, OIM, 2006, p. 43.

<sup>11</sup> UN, Department of Economic and Social Affairs, Statistics Division, *Recommendations on Statistics of International Migration*, Revision 1, Statistical Papers Series M, núm. 58, Rev. 1.

gulares” para referirse a las personas extranjeras, niños o adultos, que se encuentran sin un estatus regular o legal en el Estado de recepción. Por el contrario, se evitará el término “ilegales” toda vez que es un término que tiene una connotación normativa y se relaciona con la idea de delincuencia:

Primero, el Diccionario de la Real Academia Española define “ilegal” como *algo* contra la ley.<sup>12</sup> Además, entre los sinónimos de ilegal se encuentran “ilegítimo”, “ilícito”, “indebido”, adjetivos que no pueden ser usados para referirse a una persona. Sólo un acto puede ser “ilegal”, más no una persona, pues el *acto* cometido es el que cae dentro de los supuestos previstos por las legislaciones penales (si es calificado como un delito/crimen) o administrativas (si es calificado como una falta administrativa) del Estado en cuestión y el que es castigado, no la persona *per se*. Este razonamiento legal es uno de los elementos que distingue a los Estados democráticos y constitucionales, que tienen un derecho penal derivado del acto, de los regímenes totalitarios, que tienen un derecho penal derivado de la persona, como el nacional socialismo alemán o el estalinismo ruso, en los cuales los individuos —más que los actos— eran perseguidos.<sup>13</sup>

Segundo, el uso de esta preferencia lingüística resulta en que todos los casos en que los migrantes permanecen en situación irregular —deliberada o involuntariamente— en el país de destino (por ejemplo porque se les negó asilo cuando las condiciones de su país de origen son inseguras) se consideren como actos criminales. Esto tiene como consecuencia la criminalización de la migración irregular, sin que antes se evalúen las circunstancias particulares del migrante. Por ejemplo, si éste ha sido víctima de un sistema de recepción ineficiente que, de hecho, lo ha transformado en indocumentado durante el procesamiento de su solicitud de asilo, o en un trabajador irregular una vez que su solicitud fue rechazada, pues el trabajo irregular es una respuesta natural a la duración del tiempo requerido para evaluar una solicitud de asilo.<sup>14</sup>

<sup>12</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 22a. ed., disponible en <http://lema.rae.es/drae/>

<sup>13</sup> Véase Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2001; Roxin, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil Grundlagen-Der Aufbau der Verbrechenlehre*, Munich, Beck, 1992.

<sup>14</sup> Paspalanova, Mila, “Undocumented vs. Illegal Migrant: Towards terminological coherence”, *Migraciones Internacionales*, 2008, vol. 4, núm. 3, pp. 85-86.

Tercero, la realidad es que aunque el fenómeno de la migración irregular ha existido por más de un siglo (desde que se emitieron las primeras regulaciones de la migración internacional moderna a finales del siglo XIX),<sup>15</sup> aún no existe un término uniformemente aceptado para referirse ni a las personas que la realizan ni a este tipo de migración. En los primeros años de regulación de la migración internacional se les llamó “polizones”, “inmigrantes no deseados”, “extranjeros problema” y “migrantes ilegales” (a partir de 1920).<sup>16</sup> Actualmente se les llama de una diversidad de formas como “ilegales”,<sup>17</sup> “criminales”,<sup>18</sup> “ilícitos”,<sup>19</sup> “clandestinos”,<sup>20</sup> o “indocumentados”.<sup>21</sup> Sin embargo, todos estos términos se encuentran cargados de consideraciones políticas, y rara vez se hace una justificación

<sup>15</sup> Sobre la construcción histórica de la migración irregular, véase Ortega Velázquez, Elisa, “La perpetuación histórica de la migración irregular en Europa: leyes y políticas migratorias restrictivas, ineficaces, demagógicas y estandarizadas”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2014, vol. XIV, pp. 637-686.

<sup>16</sup> Ngai, Mae M., “The Strange Career of the Illegal Alien: Immigration Restriction and Deportation Policy in the United States, 1921-1965”, *Law and History Review*, vol. 21, núm. 1, p. 69-107; Caestecker, Frank, *Alien Policy in Belgium, 1840-1940: The Creation of Guestworkers, Refugees and Illegal Aliens*, Nueva York, Berghahn, 2000.

<sup>17</sup> Véase Barnes, Edward, “Slaves of New York: How Crime and Mismanaged Laws Have Made the City the Biggest Magnet for Chinese Illegals”, *Time*, New York, 2 de noviembre de 1998, p. 72; Mckinley Jr., James C., “A Mexican Manual for Illegal Migrants Upsets Some in U.S.”, *New York Times*, 6 de enero de 2005; “Más patrullas contra la inmigración ilegal en Gambia”, *El País*, 9 de marzo de 2009.

<sup>18</sup> Seper, Jerry, “Illegal Criminal Aliens Abound in the US”, *The Washington Times*, 26 de enero de 2004, A01.

<sup>19</sup> Este término se usa sobre todo en el ámbito australiano, por ejemplo la *Migration Act* de 1958 señala en su sección 14, titulada “unlawful non-citizens”: “(1) A non-citizen in the migration zone who is not a lawful non-citizen is an unlawful non-citizen”, “Suicidal boy didn’t need a psychiatrist, Court told”, *The Sydney Morning Herald*, 28 de julio de 2003, en el que se hizo referencia a un niño suicida como un “unlawful non-citizen”.

<sup>20</sup> Este término es incompleto al no abarcar a los migrantes que entran legalmente en el país de destino, por ejemplo con un pasaporte de turista, y que luego violan las condiciones de entrada, ya sea como cuando ocupan un puesto de trabajo, o a los que cuentan con documentos falsos. Sin embargo, es un término que se usa comúnmente, incluso en el ámbito académico. Véase como uno de diversos autores, Spener, David, *Clandestine Crossings: Migrants and Coyotes on the Texas-Mexico Border*, Ithaca, Cornell University Press, 2009, p. 298.

<sup>21</sup> Véase “Canarias recibe más de 1.400 inmigrantes indocumentados sólo durante el fin de semana”, *El País*, 3 de septiembre de 2006.

sustantiva de la selección de un término sobre otro.<sup>22</sup> Por ello, es preciso abogar por el uso de un término (como “irregulares”) que no deshumanice, criminalice y estigmatice. De otro modo, desde el uso del lenguaje se contribuye a exacerbar la situación de vulnerabilidad en la que viven los migrantes irregulares.

## 2. ¿Quiénes son?

Los niños migrantes irregulares son uno de los grupos humanos más vulnerables. De hecho, son triplemente vulnerables: como niños, como migrantes y como personas en situación irregular. Estos niños, constituyen un colectivo grande y diverso que incluye a: a) niños que llegan al país de destino para reunirse con sus familias pero que no se inscriben en los esquemas oficiales de reunificación familiar o no consiguen documentación válida a través de estos programas;<sup>23</sup> b) niños que entran de forma irregular con uno o varios parientes o no acompañados; c) niños que han escapado de sus familias y se encuentran solos; d) niños nacidos en el Estado receptor, pero cuyos padres o tutores son irregulares;<sup>24</sup> e) niños con estatus regular pero que viven con padres o tutores en situación irregular;<sup>25</sup> f) niños sin permiso de residencia o con visados caducados, y g) niños que forman parte de familias cuyas solicitudes de asilo han sido rechazadas.<sup>26</sup>

Estos niños se ven inmersos en dos ámbitos normativos: uno incluyente y otro excluyente. El primero es el de los derechos del niño, que por definición es garantista y protector de sus derechos humanos por su calidad,

<sup>22</sup> Guild, Elspeth, “Who is an Irregular Migrant?”, en Bogusz, Barbara *et al.* (eds.), *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International*, The Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 2004, p. 3.

<sup>23</sup> Los padres o tutores pueden tener un estatus migratorio regular o irregular.

<sup>24</sup> En algunos países los niños no tienen obligación de disponer de documentación hasta cierta edad, por lo que en estricto sentido su situación no puede considerarse irregular. Por ejemplo, en España hasta los 14 años y en Lituania hasta los 16 años. Véase Council of Europe, *Public Register of Authentic Identity and Travel Documents Online (PRADO)*, disponible en <http://prado.consilium.europa.eu/en/searchByIssuingCountry.html>

<sup>25</sup> El hecho de vivir con padres o tutores cuya situación no está regularizada implica que los niños también se encuentran en una situación irregular porque sufren las consecuencias de las políticas sobre migración irregular y las barreras en el acceso a los derechos básicos.

<sup>26</sup> PICUM, *Niños primero y ante todo*, Bruselas, PICUM, 2013, p. 13.

precisamente, de niños. El segundo es el de las normas de extranjería que es muy restrictivo y no tiene un enfoque compatible con los derechos del niño.

### III. EL MARCO INCLUYENTE

1) *Nivel general*. Los niños migrantes irregulares se encuentran protegidos por todas las normas del marco internacional de derechos humanos, las cuales se basan en el principio de igualdad y no discriminación, y están redactadas en un lenguaje inclusivo. A nivel universal, estas normas incluyen a la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) y los cinco tratados fundamentales sobre derechos humanos: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC); la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (CTPCID); la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CEDR); y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDM). Y a nivel regional, estas normas incluyen a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH), y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP).

2) *Nivel especializado*. Los niños migrantes irregulares se encuentran protegidos por tres normas internacionales que tratan específicamente el tema de los derechos de los niños: la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN),<sup>27</sup> la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de 1990 (CDTM)<sup>28</sup> y los Convenios de la OIT sobre Trabajo Infantil.<sup>29</sup>

<sup>27</sup> La CDN fue adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.

<sup>28</sup> La CDTM tiene un récord bajísimo de ratificación y ningún país mayor de migración y desarrollado lo ha hecho. Sobre las razones de la baja aceptación de la Convención, véase Cholewinski, Ryszard *et al.*, *Migration and Human Rights. The United Nations Convention on Migrant Workers' Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, UNESCO, 2010, pp. 13 y ss. Fue adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990. Véase la situación de su ratificación y reservas en [http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtidsg\\_no=IV-13&chapter=4&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtidsg_no=IV-13&chapter=4&lang=en)

<sup>29</sup> Convenio núm. 138 de la OIT sobre la edad mínima de admisión al empleo de 1973, y Convenio núm. 182 de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil de 1999.

De estos instrumentos, la *Convención sobre los Derechos del Niño*, sin duda, es la que presenta mayor relevancia para nuestro trabajo, en virtud de ser un tratado internacional de aceptación general y el más completo en lo que se refiere a la protección de los derechos de *todos* los niños. En la CDN se detallan una serie de derechos universales que constituyen requisitos mínimos que los Estados deben cumplir para garantizar la protección de *todos* los niños presentes en su jurisdicción. Los Estados partes de la Convención están obligados legalmente a garantizar que todas las protecciones y los estándares de ésta aparezcan reflejados en la legislación nacional.

Cabe señalar que la CDN es aplicable plenamente a los niños migrantes irregulares: por un lado, porque está redactada en un lenguaje incluyente que no diferencia entre los niños nacionales o extranjeros (regulares o irregulares) en el otorgamiento de los derechos que establece; por otro lado, porque el órgano autorizado para interpretarla ha manifestado de forma explícita en su Observación General núm. 6 (2005) que:

El disfrute de los derechos estipulados en la Convención no está limitado a los menores que sean nacionales del Estado Parte, de modo que, salvo estipulación expresa en contrario en la Convención, serán también aplicables a todos los menores — sin excluir a los solicitantes de asilo, los refugiados y los niños migrantes — con independencia de su nacionalidad o apatridia, y situación en términos de inmigración.<sup>30</sup>

De esta forma, la CDN protege a los niños migrantes irregulares sin discriminación alguna y los Estados que se han vinculado en sus términos están obligados a respetar y garantizar los derechos que contiene a *todos* los niños presentes en su jurisdicción. Los Estados deben considerar siempre los cuatro principios fundamentales de la CDN en la implementación de leyes, políticas o prácticas nacionales:

a) *Principio de no discriminación*. Este principio implica que todos los derechos protegidos por la Convención están garantizados sin discriminación o distinciones de ningún tipo a *todos* los niños presentes en la jurisdicción

Véanse las ratificaciones a estos convenios en <http://www.ilo.org/ipec/facts/ILOconventionsonchildlabour/lang-es/index.htm>

<sup>30</sup> Comité sobre los Derechos del Niño, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, Observación General núm. 6, U.N. Doc. CRC/GC/2005/6, 2005, pfo. 12.

D. R.© 2015. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas,  
*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 142, pp. 185-221

de los Estados miembros de la CDN (artículo 2o.). El Comité sobre los Derechos del Niño ha establecido de forma explícita que el principio de no discriminación es aplicable independientemente del estatus migratorio:

El principio de no discriminación, en todas sus manifestaciones, se aplica a todos los aspectos del trato de los menores separados y no acompañados. En particular, prohíbe toda discriminación basada en la situación de no acompañado o separado del menor o en su condición de refugiado, solicitante de asilo o migrante. Este principio no excluye —e incluso puede exigir— la diferenciación fundada en la diversidad de necesidades de protección, como las asociadas a la edad o al género. Deben tomarse también disposiciones en previsión de hipótesis de prejuicios o de actitudes de rechazo social de los menores no acompañados o separados. A propósito de los menores no acompañados o separados, las medidas de policía o de otro carácter con referencia al orden público sólo son admisibles si se ajustan a la ley, suponen una apreciación individual y no colectiva, respetan el principio de proporcionalidad y representan la opción menos intrusiva. A fin de no infringir el mandato de no discriminación, las medidas descritas nunca podrán ser aplicadas a un grupo o sobre una base colectiva.<sup>31</sup>

De este modo, cualquier ley, política de actuación o decisión adoptada por un Estado que afecte a los niños migrantes en situación irregular debe cumplir el principio de no discriminación en todo momento.

b) *Interés superior del niño*. Este principio implica que los Estados, a través de sus tribunales, autoridades administrativas u órganos legislativos, en todas las medidas concernientes a los niños que tomen, deben otorgar una consideración primordial al interés superior del niño (artículo 3.1). El Comité ha establecido de forma explícita que, antes de tomar cualquier decisión que afecte a un niño, los Estados deben evaluar de forma exhaustiva su identidad, incluida su nacionalidad y su bagaje educativo, étnico, cultural y lingüístico, así como cualquier vulnerabilidad específica o necesidad de protección que pudieran tener.<sup>32</sup> La CDN obliga también a los Estados a dar prioridad al interés superior del niño en todas las decisiones que afecten a la unidad familiar. Al respecto, el artículo 9o. señala que la separación en contra de los deseos del niño sólo es posible cuando sea imprescindible para proteger el interés superior del niño, y cuando las

<sup>31</sup> *Ibidem*, pfo. 18.

<sup>32</sup> *Ibidem*, pfo. 20.

autoridades competentes lo consideren estrictamente necesario. En este sentido, el Comité ha enfatizado que la limitación general de la inmigración no puede prevalecer sobre las consideraciones fundadas en el interés superior del niño.<sup>33</sup>

c) *Supervivencia y el desarrollo del niño*. La CDN señala que “todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida”, lo cual va más allá de la mera supervivencia física e incluye el desarrollo del niño, puesto que los Estados deben “garantizar en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño” (art. 6). Este derecho se debe proteger, respetar y tener en cuenta en todos los procedimientos de migración. Por ejemplo, se debe tener en cuenta el derecho del niño a la supervivencia y el desarrollo cuando un Estado considera la deportación de un niño a su país de origen. El derecho de supervivencia y desarrollo debe aplicarse a todos los niños, independientemente de su estatus migratorio.

d) *El derecho del niño a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo*. La CDN afirma que “se tendrán debidamente en cuenta las opiniones del niño” y “se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado” (artículo 12). Al respecto, el Comité ha manifestado que los niños que llegan a un país siguiendo a sus padres, en busca de trabajo o como refugiados están en una situación especialmente vulnerable. Por ese motivo se debe respetar su derecho de expresar sus opiniones sobre todos los aspectos de los procedimientos de inmigración y asilo, especialmente para evaluar cuál es su interés superior. Aclara que este derecho incluye la garantía de que el niño comprenda perfectamente los procedimientos y tenga oportunidad de expresar sus opiniones. Por lo tanto, los Estados deben garantizar que los procedimientos de migración se interpretan siempre de forma competente y accesible para los niños. Además, este derecho garantiza que el niño esté bien informado de los procedimientos, así como de los posibles resultados y la forma en que éstos podrían afectarle.<sup>34</sup>

<sup>33</sup> *Idem*.

<sup>34</sup> Comité de Derechos Humanos, *El derecho del niño a ser escuchado*, Observación General núm. 12, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, pfs. 123 y 124.

*¿Y los derechos humanos de los niños migrantes irregulares?*

Los niños migrantes irregulares se encuentran amparados por las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sin importar su condición migratoria. Estas normas les reconocen la totalidad de derechos, al igual que al resto de niños (nacionales y migrantes regulares). Su irregularidad no los excluye de los derechos humanos. Por el contrario, toda vez que son triplemente vulnerables, al ser niños, migrantes e irregulares, requieren una atención especial diferenciada que los proteja.

Ahora, si bien es cierto que existe un marco internacional de derechos humanos que establece unos principios de no discriminación e igualdad de trato, y garantiza la protección de la mayoría de los derechos humanos a todas las personas, en la práctica los Estados eluden sistemáticamente sus responsabilidades en esta materia con respecto a los migrantes irregulares. Utilizan la discriminación y la miseria de los niños y las familias como medida de control de la seguridad.

Los discursos políticos nacionales apenas crean espacio para hablar de los “niños migrantes irregulares” y los problemas que afrontan. El resultado es la aceptación general, pública y política de que la exclusión de estos niños de los derechos humanos se puede justificar por su estatus irregular.

## IV. EL MARCO EXCLUYENTE

1) *Derechos sociales: educación, salud y vivienda.* Los niños migrantes irregulares se encuentran afectados por las leyes y políticas de control de la migración irregular, las cuales, al no tener un enfoque compatible con sus derechos como niños, no diferencian en la mayoría de las veces si son niños o adultos y restringen su acceso a derechos sociales. Todo esto por su condición migratoria irregular. Esto ha sido resaltado, entre otros, por la Corte Europea de Derechos Humanos<sup>35</sup> y organismos internacionales como la UNICEF, la cual ha reconocido que “al carecer de los documen-

<sup>35</sup> Véase el caso de Tabitha Mitunga, en el cual la Corte Europea de Derechos Humanos condenó al gobierno belga por tratamientos inhumanos en contra de un niño: CoEDH, *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga vs. Bélgica*, demanda núm. 13178/03, sentencia de 12 de octubre de 2006.

tos apropiados, pueden experimentar dificultades en el acceso a los servicios básicos y problemas con la ley”.<sup>36</sup>

Gran parte del debate público sobre migración irregular se expresa en términos tendenciosos y despectivos que transmiten la impresión no sólo de que los migrantes irregulares no tienen derecho de estar en el Estado de recepción, sino también de que no tienen derechos en absoluto. Los Estados alrededor del mundo tienden a excluirlos explícitamente del acceso a los derechos, especialmente los sociales, adoptando una retórica que los equipara con los criminales y terroristas que amenazan la seguridad y soberanía nacionales.<sup>37</sup>

Los niños y las familias en situación irregular están expuestos a mayores riesgos de pobreza, explotación, discriminación, exclusión social y violencia que el resto de migrantes.<sup>38</sup> La criminalización de su condición migratoria y la de sus familiares hace que vivan en la ‘invisibilidad’ y no hagan valer sus derechos humanos más básicos por el miedo constante de ser detectados y, en consecuencia, deportados. Como resultado, los niños migrantes irregulares pueden experimentar dificultades en el acceso a derechos, en particular los sociales; además, corren el riesgo de convertirse en apátridas si nacen en el Estado de recepción por la falta de registro de sus nacimientos.<sup>39</sup> Por estas restricciones impuestas a sus derechos o a los

<sup>36</sup> UNICEF, *A Child's Rights Approach on International Migration and Trafficking: a UNICEF Perspective*, Informe presentado en la Tercera Reunión de Coordinación sobre Migración Internacional, Nueva York, 27-28 de octubre de 2004, p. 55.

<sup>37</sup> Koser, Khalid, *Irregular migration, state security and human security*, Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales, septiembre de 2005, p. 10.

<sup>38</sup> Al respecto, el Comité de Protección Social de la Comisión Europea ha señalado que: “Los niños que viven en un ámbito familiar migrante se enfrentan a riesgos de pobreza más altos de aquellos cuyos padres nacieron en el país de acogida. En la mayoría de los países, el riesgo de pobreza al que se enfrentan llega al 30%, y es entre dos y cinco veces más alto del que tienen los niños cuyos padres han nacido en el país de residencia”. Comisión Europea, *Child Poverty and Well-Being in the EU*, Luxemburgo, Oficina para las publicaciones oficiales de las Comunidades Europeas, 2008, en [http://ec.europa.eu/employment\\_social/publications/2008/ke3008251\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/employment_social/publications/2008/ke3008251_en.pdf)

<sup>39</sup> Se estima que anualmente dejan de registrarse unos 50 millones de nacimientos, de los cuales una proporción considerable la integran los niños nacidos en el contexto de la migración. Las razones para dejar de registrar a un niño no sólo pueden ser las relativas a que la legislación correspondiente lo impida por el estatus de los padres, sino también el miedo de ser detectados, desconocimiento del idioma de las formas de registro o las elevadas tasas para realizar el trámite. Unión Interparlamentaria, *Protección de la niñez y la adolescencia*, Manual para parlamentarios núm. 7, Suiza, SRO-Kundig, 2008, p. 47.

de sus padres, su desarrollo en los países de tránsito y destino se ve gravemente afectado.<sup>40</sup>

### 1. *Derecho internacional*

Las protecciones legales internacionales garantizan el acceso de *todos* los niños a los derechos civiles, económicos, sociales y culturales. Así, todos los tratados internacionales de derechos humanos de aceptación general reconocen que *todos* los niños, sin importar si son nacionales o extranjeros o migrantes regulares o irregulares, tienen derecho a la educación,<sup>41</sup> a la asistencia sanitaria<sup>42</sup> y a una vivienda digna.<sup>43</sup> No obstante, en la práctica existen diversas barreras que impiden que estos derechos sean asequibles para todos los niños sin discriminación alguna, impidiendo su cumplimiento efectivo.

Es preciso destacar la interdependencia que existe entre los derechos sociales y los problemas que conlleva que su accesibilidad encuentre distintas barreras. Por ejemplo, sólo garantizando a los niños migrantes irregulares el acceso a alojamientos decentes se les puede garantizar el acceso a la educación y a la salud. Hay una estrecha interconexión: las malas condiciones de las viviendas tienen efectos considerables en la salud de los niños y en los bajos niveles educativos.

<sup>40</sup> Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Estudio sobre los problemas y las mejores prácticas en relación con la aplicación del marco internacional para la protección de los derechos del niño en el contexto de la migración*, 5 de julio de 2010, A/HRC/15/29, págs. 26, 33.

<sup>41</sup> Artículo 26 DUDH, artículo 28.1 y 29.1 CDN, artículo 13 PIDESC, artículo 50.e.v CEDR, artículo 30 CDTM, artículo 34.h), 49.a), b), 50 Carta de la OEA (COEA); artículo XII Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre (DADH); artículo 26 CADH; artículo 13 Pacto de San Salvador (PSS), artículo 2 Protocolo núm. 1 CEDH, artículo 17 Carta Social Europea revisada (CSER), artículo 14 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE).

<sup>42</sup> Artículo 25.1 DUDH, artículos 24, 25 y 39 CDN, artículo 12 PIDESC, artículo 50.e.iv CEDR, artículo 28 CDTM, artículo XI DADH, artículo 10 PSS, artículo 30. CEDH (CoEDH, *Pretty vs. Reino Unido*, demanda núm. 2346/02, sentencia de 29 de abril de 2002, pfo. 52), artículo 11 y 13 CSER, artículo 35 CDFUE.

<sup>43</sup> Artículo 25.1 DUDH, artículo 27.3 CDN, artículo 11 PIDESC, artículo 50.e.iii CEDR, artículo 43.1 CDTM, artículo 34.k), 45.a) COEA, artículo 12 PSS, artículo 13.4, 19 CSER; artículo 34.3 CDFUE.

Los niños en situación irregular con una buena formación y en buen estado de salud alcanzarán un mayor desarrollo cognitivo, social y físico, y aportarán más a la sociedad que aquéllos que viven marginados, sin derechos y en una situación de indigencia de la que no pueden escapar. Su acceso a los derechos sociales es crucial, tanto para su propia seguridad y bienestar como para la sociedad en su conjunto. Esta es la lógica de las regulaciones internacionales en materia de derechos humanos y su protección a todos los niños, sin discriminación alguna.

## 2. *Práctica estatal*

i. *Educación*. Los niños migrantes irregulares tienen un acceso complicado a este derecho por obstáculos de distinto tipo. Los *institucionales*, como las legislaciones discriminatorias que no cumplen con los estándares internacionales de derechos humanos que otorgan el derecho a la educación a *todos* los niños, como es el caso de Hungría.<sup>44</sup> Los *prácticos*, como el escaso conocimiento del idioma, lo cual limita el acceso a la educación no sólo a los niños irregulares, sino a todos los niños migrantes. Igualmente, la falta de recursos económicos para los gastos extracurriculares, toda vez que las familias irregulares están excluidas de las ayudas económicas para los gastos extra, tales como libros, transporte, etcétera. Las condiciones de vida precarias en las que viven estos niños también tienen efecto en la escolarización: el tener que mudarse a menudo no permite a estos niños completar todo un año escolar.<sup>45</sup> Y los *sociales*, ya que es común que los migrantes irregulares no matriculen a sus hijos en las escuelas por temor a ser detectados por las autoridades y deportados.<sup>46</sup> De hecho, como para

<sup>44</sup> Por ejemplo, en Hungría el derecho a la educación sólo se extiende a los extranjeros que poseen algún tipo de estatus *legal* de solicitantes de asilo, refugiados, personas temporalmente protegidas (refugiados), inmigrantes, inmigrantes estables, menores con permiso de residencia humanitario pero no acompañados por un tutor, o menores que poseen permiso de residencia junto al de sus padres. Véase la Ley núm. LXXIX de 1993, sobre Educación Pública, enmendada en 2003 por la Ley 2003/LXI (Preámbulo, artículos 3,6, 110) 33, artículo 110.

<sup>45</sup> PICUM, *Los niños indocumentados en Europa: Víctimas invisibles de las restricciones a la inmigración*, Bruselas, PICUM, 2008, p. 42.

<sup>46</sup> Por ejemplo, en Francia a principios de 2006 el entonces Ministro del Interior (Sarközy) envió a la policía a las escuelas para detectar a los padres de familia irregulares que recogían a sus hijos en el colegio. Esto demuestra cómo las políticas de control de la

matricular a los niños frecuentemente se les pide que demuestren su residencia en el distrito escolar,<sup>47</sup> el riesgo continuado de ser detectados y expulsados hace que estas familias sean muy sensibles a la petición de cualquier documento que pueda comprometer su residencia.<sup>48</sup>

Al negarles el acceso a la educación a estos niños, se les niega la posibilidad de integrarse en la sociedad de acogida, lo cual se consigue principalmente a través de su incorporación al sistema educativo.<sup>49</sup> Aún más, se les impide que en un futuro puedan acceder a un permiso de residencia regular, toda vez que diversos países, por ejemplo Italia<sup>50</sup> y Francia,<sup>51</sup> otorgan dicho permiso a los 18 años, tras la permanencia continuada en su territorio durante un número determinado de años y que hayan asistido a un curso escolar de forma regular, entre otras condiciones.

migración irregular pueden, de hecho, eliminar un derecho universal como el acceso a la educación. Sobre este tema, véase el trabajo hecho por *Réseau Éducation Sans Frontières – RESF* (“Red Educación Sin Fronteras”), la cual es una asociación creada por estos sucesos con el fin de proteger el derecho a la educación para los niños migrantes: [www.education-sansfrontieres.org](http://www.education-sansfrontieres.org)

<sup>47</sup> Esta práctica, si bien puede estar justificada porque muchas escuelas sólo son responsables de los niños que residen en su propio distrito, representa una violación al derecho a la educación para todos los niños. Pedir un documento a estos niños, aunque no sea el permiso de residencia sino algún tipo de documentación de identidad que pueda probar la residencia en el distrito es un grave acto de discriminación que los excluye de la posibilidad de inscribirse en la escuela.

<sup>48</sup> *Los niños indocumentados...*, cit., p. 23.

<sup>49</sup> Guimont, A., *Le droit à l'éducation des enfants migrants*, Ginebra, OACDH, 2007, p. 2, disponible en [http://www2.ohchr.org/english/bodies/cmw/docs/Droit\\_education\\_fr.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/cmw/docs/Droit_education_fr.pdf)

<sup>50</sup> Al respecto, el artículo 32 de la Ley 286/98, *Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*, señala que para obtener el permiso de residencia al cumplir los 18 años, el niño debe haber estado en Italia por lo menos durante tres años y haber atendido a un “proceso de integración social” (que incluye escuela y formación profesional) durante dos años.

<sup>51</sup> Hasta noviembre de 2003, los niños migrantes irregulares monitorizados por los servicios de seguridad social tenían derecho a pedir la nacionalidad francesa al cumplir los 18 años. Sin embargo, la Ley núm. 2003/1119, de 26 de noviembre de 2003, *relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, cambió esta situación al señalar en su artículo 15 que los jóvenes extranjeros sólo pueden pedir el permiso de residencia si han estado inscritos en el sistema escolar francés al menos desde los 16 años y a los 18 años prosiguen con sus estudios de educación superior. La Circular núm. Nor/Int/D/04/00006/C, de 20 de enero de 2004, sobre la aplicación de la Ley n° 2003-1119, explica que el cambio tiene como fin restringir la “inmigración ilegal de menores no acompañados”.

D. R.© 2015. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas,  
*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 142, pp. 185-221

ii. *Salud*. Los niños migrantes irregulares encuentran serias dificultades para acceder a una asistencia sanitaria completa, en términos de impedimentos burocráticos, falta de información adecuada (para migrantes y médicos) de que al menos tienen derecho a la atención médica de urgencia, problemas para entender el idioma, miedo a ser detectados y deportados, falta de recursos económicos y el poder discrecional del que gozan los médicos para decidir si les otorgan o no la atención.<sup>52</sup> Por estos obstáculos es difícil que los niños irregulares tengan acceso continuo a un médico de cabecera, quedando relegados a las situaciones de emergencia. Por supuesto, el acceso al servicio dental, oftalmológico, psiquiátrico y de otras especialidades queda fuera de su alcance en la mayoría de los casos.

La protección otorgada a estos niños varía dependiendo del país del que se hable, si bien en la práctica existen ciertos patrones en los Estados. Algunos países como España conforman su práctica y legislación en materia de salud a los estándares internacionales que otorgan este derecho a todos los niños sin discriminación alguna.<sup>53</sup> Otros como Italia,<sup>54</sup> Bélgica<sup>55</sup>

<sup>52</sup> Véase PICUM, *Acceso a la asistencia sanitaria para migrantes indocumentados en Europa*, Bruselas, PICUM, 2007.

<sup>53</sup> El caso de España es ejemplar: el acceso al sistema de urgencias está garantizado y es gratuito para todos los extranjeros presentes en el país que se enfermen gravemente o tengan accidentes, para toda la duración de los tratamientos. En cuanto al acceso a la asistencia sanitaria y a los medicamentos, los niños y las mujeres embarazadas pueden acceder al sistema nacional español de asistencia sanitaria gratuitamente en las mismas condiciones que los nacionales. El resto de migrantes irregulares sólo goza de este derecho si está registrado en el padrón de su localidad. Véase el artículo 12.3 de la Ley 4/2000, de 11 de enero de 2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE núm. 10, de 12 de enero).

<sup>54</sup> En Italia a los niños no acompañados se les garantiza un permiso de residencia y de protección social que les permite registrarse en el Sistema Sanitario Nacional. Sin embargo, esto no se concede a los niños irregulares acompañados, por lo que están sujetos a las mismas leyes que los adultos, y sólo tienen derecho a los tratamientos de urgencia o esenciales (STP). Véase los artículos 34 y 35 de la Ley de inmigración núm. 286/98 (*Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*).

<sup>55</sup> Los niños no acompañados, independientemente de su estatus, se pueden inscribir al sistema de seguro sanitario, al igual que los niños nacionales, pero deben haber asistido a una escuela primaria o secundaria por tres meses consecutivos. Al respecto, véase *Loi portant dispositions diverses en matière de santé* (13/12/2006) y la circular OA n 2008/198 (9/05/2008). Sin embargo, los niños irregulares acompañados sólo pueden acceder a la asistencia sanitaria básica, salvo que estén alojados junto con sus familias en centros de acogida para solicitantes de asilo. Véase el Real Decreto de 12 de diciembre de 1996,

y Francia<sup>56</sup> distinguen entre niños migrantes irregulares no acompañados y acompañados por sus padres: los niños no acompañados tienen un estatus igual a los niños nacionales, mientras que los acompañados por sus padres sólo tienen acceso a la asistencia sanitaria esencial, al igual que sus padres. Esto contraria los estándares internacionales en la materia puesto que si bien es importante reconocer la vulnerabilidad de los niños no acompañados, aquéllos que sí lo están también se encuentran en una situación delicada y deben tener derecho a la asistencia sanitaria completa.

Hay países como Reino Unido<sup>57</sup> y Países Bajos<sup>58</sup> en los que la legislación no prohíbe ni permite el acceso completo a la asistencia sanitaria de los niños migrantes irregulares, dejando el asunto a la discrecionalidad

concerniente la asistencia médica de urgencia proporcionada por el Centro de Bienestar Social (SWA) para los extranjeros que residen irregularmente.

<sup>56</sup> En Francia existe un sistema llamado “Ayuda Médica del Estado” (Aide Médicale de l’Etat-AME), el cual permite a los migrantes irregulares y a los que están a su cargo acceder a la asistencia pública subvencionada si se respetan determinadas condiciones, como el llevar viviendo en el país 3 meses. Los niños irregulares no acompañados tienen acceso a la asistencia sanitaria completa en el marco de la Ley de Cobertura Sanitaria Universal (CMU), siempre que la Ayuda Social para la Infancia (*Aide Sociale d’Enfance* - ASE) se encargue de ellos. Al respecto, véase el artículo 3o. de la Ley de cobertura sanitaria universal (*Loi n°99-641 du 27 juillet 1999. Loi portant la création d’une couverture maladie universelle, Journal Officiel de la République Française*, 28 juillet 1999).

<sup>57</sup> En Reino Unido los hijos de migrantes irregulares tienen derecho a la asistencia sanitaria gratuita cuando sea “urgente” e “inmediatamente necesaria”, siendo sus padres o tutores responsables de los gastos de los tratamientos secundarios. Los tratamientos para los niños no acompañados también son “cobrables”: se entregará una factura a la persona que acompaña al niño y “se enviarán copias a sus padres”. Desde 2007 entró en vigor una nueva reglamentación que señala que los médicos de cabecera pueden decidir discrecionalmente si registran a grupos excluidos legalmente como pacientes del NHS. Véase Instrumento Legislativo, 2004, núm. 614’ (SI614), del Departamento de Salud; *The National Health Service (Charges to Overseas Visitors) (Amendment) Regulations 2004*, marzo de 2004; Medact, *Proposals to Exclude Overseas Visitors from Eligibility to Free NHS Primary Medical Services: Impact on Vulnerable Migrant Groups*, 2004.

<sup>58</sup> La Ley de Conexión de 1998 establece que los migrantes irregulares sólo pueden recibir los “tratamientos que son médicamente necesarios”. En principio, ellos deben pagar el costo del tratamiento médico, pero si no pueden pagarlo, será cubierto por un fondo especial llamado “Koppelingsfonds” que rembolsa directamente al proveedor de asistencia sanitaria, pero nunca al paciente. La ley hace una distinción específica en el caso de las mujeres embarazadas y sus hijos: todo tipo de tratamiento se considera necesario si es antes o después del nacimiento y si se encuentra relacionado a los tratamientos preventivos y vacunaciones del niño. Además, en 2007 se publicó un informe oficial en que se establecen los criterios para los tratamientos médicamente necesarios para los migrantes irregulares.

del médico de cabecera. En otros Estados como Hungría<sup>59</sup> no se establece ningún cuidado especial para los niños migrantes irregulares, por lo que se les brinda la misma atención que a los adultos irregulares. Por último, en países como Austria<sup>60</sup> toda la asistencia sanitaria (incluso los cuidados de urgencia) es de pago,<sup>61</sup> y los tratamientos suelen ser inaccesibles para los migrantes irregulares. Por ello, sólo acuden a los hospitales en casos muy graves, quedando a deber altos recibos médicos, lo cual tiene consecuencias para aquéllos que llegan a regularizar su situación: obtienen el permiso más una deuda que puede durar toda su vida.

iii. *Vivienda*. El tema de la vivienda es un asunto que ya es problemático para las familias nativas, por lo que para los extranjeros, y aún más para aquéllos en situación irregular, se vuelve por demás complicado. De hecho, aunque existe una legislación internacional sobre el derecho a la vivienda para todas las personas, no existen leyes nacionales que protejan y garanticen este derecho para los migrantes irregulares. Más bien, la regla es que están excluidos por la ley de la vivienda social.<sup>62</sup>

La única forma de protección que se puede invocar para los niños migrantes irregulares acompañados es la que ofrece la ley por su condición de niños. Sin embargo, el asunto no es sencillo, toda vez que el Estado puede hacerse cargo del niño y ofrecerle alojamiento en un centro de acogida, pero no de su familia. Entonces las familias quedan envueltas en una encrucijada: quedarse con el niño y que no reciba asistencia alguna, en violación del derecho de crecer en condiciones de vida adecuadas; o

Al respecto, véase la Ley de 26 de marzo de 1998, Koppelingswet; y *Commission on Medical Care for Failed Asylum Seekers and Illegal Migrants, Arts en vreemdeling*, Pharos, Utrecht, 2007.

<sup>59</sup> Los migrantes irregulares no tienen acceso a ningún tipo de asistencia sanitaria pública reembolsada, salvo el cuidado de urgencia que siempre es gratuito. Para los niños irregulares no hay ninguna disposición específica, por lo que siguen la suerte de los adultos. Véase Ministerio de Salud Húngaro, *Beneficiaries of health care in Hungary with special regard on foreigners*, 2004, disponible en [www.eum.hu/index.php?akt\\_menu=3550](http://www.eum.hu/index.php?akt_menu=3550)

<sup>60</sup> Véase la ley *Bundesgesetz über Krankenanstalten- und Kuranstalten (KAKuG) BGBl. Nr. 1/1957*, secciones 22 y 23.

<sup>61</sup> Si bien hay atención médica sin costo para enfermedades como tuberculosis. Véase, *Tuberkulosegesetz, BGBl Nr. 127/1968*, secciones 2 y 10.

<sup>62</sup> Por ejemplo, grandes países receptores de migrantes irregulares como Estados Unidos, Canadá, Reino Unido, Alemania, Francia, Italia y España los excluyen de este derecho. Véase: Ortega Velázquez, Elisa, *Los Derechos Humanos de los Migrantes Irregulares en el Derecho Internacional y la práctica Americana y Europea*, Saarbrücken, Alemania, Publicia, 2014, vol. 2, pp. 340 y ss.

separarse de él, para proporcionarle de este modo asistencia, violando el derecho del niño a crecer con su propia familia.<sup>63</sup>

El derecho a la vivienda de los niños migrantes irregulares acompañados está estrictamente conectado con la condición de exclusión social de sus familias. El estatus de irregularidad de la familia es un serio obstáculo para el alojamiento, y a menudo se traduce en formas de exclusión y/o discriminación contra la familia que, obviamente, afectan al niño. Por lo que, dadas su exclusión de las viviendas de protección social por la falta de un permiso de residencia, y sus precarias condiciones económicas —al estar confinados en el mercado de trabajo informal—, los migrantes irregulares quedan sujetos a vivir en los márgenes del mercado privado. Se les alquilan las viviendas privadas por precios abusivos y en muy mal estado, orillándolos a vivir en condiciones deplorables.<sup>64</sup> El denunciar a los arrendadores implica salir de la invisibilidad y correr el riesgo de ser deportados.

### 3. *Detenciones*

Entre las diferentes acciones que los Estados llevan a cabo con el fin de controlar la migración irregular se encuentra la de detener<sup>65</sup> (para posteriormente expulsar) a los migrantes que no cuentan con un permiso de ingreso o residencia y/o trabajo. Esta medida, que implica la criminalización de la migración irregular,<sup>66</sup> es causa de malos tratos y otras viola-

<sup>63</sup> Rozzi E., “Minori stranieri e comunitari accompagnati da genitori irregolari: quali diritti?”, *Minori giustizia*, 2008, Vol. 3.

<sup>64</sup> Por ejemplo, Médicos Sin Fronteras y la OIM han documentado las terribles condiciones en las que viven los migrantes irregulares en las áreas rurales del sur de Italia: muchos viven en casas o fábricas abandonadas o en almacenes sin agua corriente, electricidad o calefacción y a menudo rodeados de basura que atrae a las ratas. BBC, *Italy migrants' state 'appalling'*, 18 de diciembre de 2008, disponible en <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/7790571.stm>

<sup>65</sup> En este trabajo se hará referencia a que una persona está “detenida” si se encuentra privada de su libertad, sin tener la posibilidad de entrar y salir libremente del lugar donde ha sido alojada, sin perjuicio de la diferente terminología que cada país utilice para denominar esta situación: albergar, aprehender, asegurar, internar, retener, etcétera. Esto en virtud de que lo relevante está en las implicaciones prácticas y la naturaleza jurídica de este hecho, las cuales conllevan a evaluarlo de acuerdo con los principios, las normas y los estándares que rigen el derecho a la libertad personal.

<sup>66</sup> El Comité de Trabajadores Migratorios, al examinar disposiciones que establecen la privación de la libertad por infringir la regulación relativa al ingreso a un país, ha

ciones de derechos humanos para los migrantes. En especial, es motivo de preocupación cuando se habla de niños,<sup>67</sup> toda vez que no existen —en la generalidad de los casos— medidas alternativas que aseguren una protección integral de los niños migrantes. De este modo, las leyes y políticas migratorias de control de la migración irregular carecen, por lo general, de un enfoque compatible con los derechos y las necesidades de los niños.<sup>68</sup>

Esto tiene como consecuencia que los niños sean tratados como adultos y se cometan prácticas nocivas contra ellos y sus derechos.<sup>69</sup> En el caso de los adolescentes, de hecho, es común que su verdadero estatus como niños se encuentre amenazado por las autoridades migratorias, quienes tratan de sacar partido de su aparente madurez. La ausencia de documentación en forma de certificados de nacimiento o de documentos de identidad auténticos les brinda la oportunidad de declarar una edad más alta a los adolescentes, reduciendo cualquier tipo de protección a la que podrían tener derecho como niños.<sup>70</sup>

Al respecto, el Comité de los 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 y respetando debidamente su dignidad humana. En caso de incertidumbre, se debe otorgar al individuo el beneficio de la duda, de manera que, en la hipótesis de que se trate de

recomendado que, a fin de ajustar las legislaciones nacionales a la Convención y otros instrumentos internacionales, se elimine “como delito penado con privación de libertad la entrada irregular de una persona [al] territorio [de otro Estado]”. Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, *Observaciones Finales. México*, CMW/C/MEX/CO/01, 8 de diciembre de 2006, pfo. 15.

<sup>67</sup> Esto ha sido evidenciado por el Parlamento Europeo, *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*, IP/C/LIBE/IC/2006-181, Bruselas, 2007, pp. 29-35, 205-217.

<sup>68</sup> Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*, Sr. Jorge Bustamante, 14 de mayo de 2009, A/HRC/11/7, pfos. 24 y 25.

<sup>69</sup> Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*, Sr. Jorge Bustamante, 25 de febrero de 2008, A/HRC/7/12, pfos. 13-59.

<sup>70</sup> *Los niños indocumentados...*, cit., p. 5.

un niño, se le trate como tal, incluso al momento de resolver si correspondería adoptar una medida privativa de la libertad.<sup>71</sup>

### A. *Práctica estatal*

La detención de un migrante por razón de su estatus migratorio, sin perjuicio de la edad, se puede ordenar en dos situaciones. Como *sanción penal*, por infringir la legislación migratoria por ingresar irregularmente al país o por lugares no habilitados, entrar mientras está vigente una prohibición de reingresar, estar en uno de los “impedimentos de ingreso” establecidos en la ley, permanecer en el país sin autorización de residencia y/o trabajo o con ésta vencida, etcétera. Y como *medida cautelar* (detención administrativa), para investigar la situación migratoria o identidad de un migrante irregular, durante la tramitación del expediente administrativo de expulsión o deportación, o bien a efectos de que abandone el país o de ejecutar la expulsión.

En cuanto a los niños se refiere, por lo general, no existen leyes ni políticas migratorias nacionales encaminadas a salvaguardar sus derechos en esta práctica tan cuestionable. De hecho, el común denominador es que sean tratados como adultos. En numerosas ocasiones, niños y adultos migrantes son alojados en centros carcelarios o comisarías policiales que no han sido destinados a resguardar a personas acusadas de cometer infracciones migratorias, y menos se adecuan a las necesidades y los derechos de los niños.<sup>72</sup> Esto incide en la criminalización y estigmatización de la población migrante irregular, y repercute de forma particularmente negativa en los niños. Como ha resaltado el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos:

El hecho de que no se adopte una perspectiva que tenga en cuenta las necesidades de los niños y los adolescentes en las políticas de detención relacionadas con la migración significa a menudo que los niños son tratados, y

<sup>71</sup> Comité de Derechos del Niño, *Trato de los menores...*, cit., pfo. 31; Vestri, Gabriele y González Martín, Nuria, *Los menores de edad migrantes no acompañados y sus exigencias jurídicas. Un diálogo entre España y México*, Sevilla, Centro Euro-Árabe de Estudios Jurídicos Avanzados, Universidad Pablo de Olavide, 2012, pp. 79-86.

<sup>72</sup> UNICEF, *Estudio sobre los estándares jurídicos básicos aplicables a niños y niñas migrantes en situación migratoria irregular en América Latina y el Caribe*, Lanus, 2009, p. 19.

detenidos, como adultos, lo que incluye situaciones de detención punitiva con el propósito de disuadirlos de futuras entradas irregulares. En algunas situaciones, los niños son detenidos como inmigrantes como recurso para sustituir mecanismos de atención.<sup>73</sup>

La práctica en las detenciones de migrantes irregulares varía dependiendo del país del que se hable. Mientras que en algunos países como Paraguay, Nicaragua, el Salvador y Belice<sup>74</sup> se considera la detención de migrantes (sin perjuicio de la edad) como sanción penal. En otros como Argentina, Colombia, Cuba, Ecuador y República Dominicana<sup>75</sup> se dispone la detención como la única medida cautelar en el marco de procedimientos migratorios de deportación o expulsión.

En Estados como Brasil y Chile la legislación prevé medidas alternativas a la detención, aunque sin establecer prioridad alguna, como la libertad vigilada,<sup>76</sup> la permanencia en una localidad determinada y la comparecencia en sede policial.<sup>77</sup> En otros como Costa Rica sí se prevé que primero se ejecuten medidas menos gravosas que la detención, tales como: presentación y firma periódica ante las autoridades competentes, orden de aprehensión, caución, decomiso temporal de documentos y detención domiciliaria.<sup>78</sup> En Argentina se reconoce la posibilidad de dispo-

<sup>73</sup> *Estudio sobre los problemas...*, cit., pfo. 50.

<sup>74</sup> Paraguay, Ley núm. 978 de Migraciones, de 27 de junio de 1996, artículo 108; Nicaragua, Ley núm. 240 de Control del Tráfico de Migrantes, según reforma de leyes núms. 240-513, de 26 de noviembre del 2004, artículo 21; El Salvador, Ley de Migración, Decreto Legislativo núm. 2272, de 19 de diciembre de 1958, artículo 60; Belice, *Immigration Act, 1st January 1958, Revised Edition*, 2000, artículo 34.2.

<sup>75</sup> Argentina, Ley de Migraciones, núm. 25871, de 17 de diciembre de 2003, artículo 70; Colombia, Decreto 4.000/04, Normas sobre Expedición de Visas, Control de Extranjeros y Migración, de 27 de diciembre de 2004, artículos 72 y 109; Cuba, Ley de Extranjería núm. 1313, de 20 de septiembre de 1976, artículo 21; Ecuador, Decreto Supremo núm. 1899, de 30 de diciembre de 1971, artículo 31; República Dominicana, Ley sobre Migración, núm. 285, del 15 de agosto de 2004, artículo 126.

<sup>76</sup> Brasil, Ley núm. 6.815, Ley sobre la Situación Jurídica del Extranjero en Brasil, de 19 de agosto de 1980, artículo 73.

<sup>77</sup> Chile, Normas sobre extranjeros en Chile, Decreto Ley 1094, de 14 de julio de 1975, artículo 82.

<sup>78</sup> Costa Rica, Ley 8764, de 1 de septiembre de 2009, artículo 31.5 y 211.

ner de la libertad bajo caución si no se puede ejecutar la expulsión luego de un plazo prudencial.<sup>79</sup>

En pocos Estados como Panamá la normativa prevé que la detención sólo puede aplicarse a los mayores de 18 años de edad.<sup>80</sup> Y sólo se puede hallar como excepción<sup>81</sup> a la regla de detener a los migrantes —niños y adultos— por razón de su estatus migratorio la normativa de Venezuela, la cual no permite la privación de libertad de personas migrantes por razones de esta índole: ni niños ni adultos.<sup>82</sup>

### B. *Derecho internacional*

Es común que cuando se detiene a niños migrantes, especialmente si se encuentran junto a sus padres, los Estados justifiquen esta medida en su interés de controlar la migración irregular, en claro detrimento del principio de unidad familiar (es decir, el derecho a la vida familiar). Sin embargo, el interés superior del niño y la noción de protección integral de la infancia deberían conducir, antes que a la detención de la familia, al mantenimiento de la unidad familiar sin recurrir a una medida privativa de la libertad.<sup>83</sup> De ninguna manera puede entenderse que la privación de libertad es en beneficio del interés superior del niño. La detención de niños 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,

<sup>79</sup> Argentina, Ley 25.871, artículo 71.

<sup>80</sup> Panamá, Decreto Ley núm. 3, del 22 de febrero de 2008, artículo 93.

<sup>81</sup> Dentro de los países estudiados en este trabajo que incluyen a los principales receptores de migrantes en Europa y en Latinoamérica.

<sup>82</sup> Venezuela, Ley de Extranjería y Migración núm. 37.944, de 24 de mayo de 2004, artículo 46.

<sup>83</sup> En este sentido, el Relator de Naciones Unidas sobre los Derechos de Migrantes señaló que deben hacerse todos los esfuerzos para liberar a los niños y sus familias de los centros de detención, y ubicarlos en alojamientos más apropiados para familias con niños. Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante. Misión a los Estados Unidos de América*, 5 de marzo de 2008, A/HRC/7/12/Add.2, pfo. 125.

pérdida de peso, negativa a alimentarse, falta de sueño, así como problemas dermatológicos y respiratorios, entre otros.<sup>84</sup>

Por tales razones, los estándares internacionales establecen que la prisión preventiva, en el ámbito penal y respecto de personas adultas, sólo debe ser aplicada como una medida excepcional.<sup>85</sup> Esta excepcionalidad cobra una trascendencia considerable en el caso de los niños: el derecho internacional es claro al disponer que deberá evitarse la detención de niños, incluidos aquéllos en el contexto de la migración (acompañados o no).<sup>86</sup> La norma debe ser la aplicación de medidas alternativas a la detención,<sup>87</sup> y la privación de la libertad sólo puede ser adoptada como medida de último recurso, por el periodo más breve que proceda y sólo en casos excepcionales.<sup>88</sup>

Además, dado que una infracción migratoria no equivale a una de orden penal y que los niños migrantes irregulares se encuentran en una particular situación de vulnerabilidad, se refuerza la aplicación del principio

<sup>84</sup> No place for a child campaign, *Alternatives to immigration detention of families and children. discussion paper by John Bercow MP, Lord Dubs and Evan Harris MP for the All Party Parliamentary Groups on Children and Refugees*, London, 2006, p. 9.

<sup>85</sup> Como ha destacado la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “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”. CoIDH, *Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay*, sentencia de 2 de septiembre de 2004, serie C, núm. 112, pfs. 228 y 229; *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador*, sentencia de 24 de junio de 2005, serie C, núm. 129, pfs. 24 y 25.

<sup>86</sup> Los niños no acompañados nunca deberían, como principio general, ser detenidos. En el caso excepcional de que se opte por una medida privativa de libertad, ésta “no podrá justificarse [en razón de que] el menor esté solo o separado de su familia, ni por su condición de inmigrante o residente. 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 alojamiento”. Comité de los Derechos del Niño, *Trato de los menores no acompañados...*, cit., pfo. 61.

<sup>87</sup> *Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay*, cit., pfo. 230.

<sup>88</sup> Artículo 37 de la Convención sobre Derechos del Niño; Asamblea General de la ONU, *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad*, Resolución 45/113, 14 de diciembre de 1990, pfo. I.2; Comité de los Derechos del Niño, *Los derechos del niño en la justicia de menores*, Observación general, núm. 10, 25 de abril de 2007, CRC/C/GC/10.

que prohíbe la detención de niños por razones de índole migratoria.<sup>89</sup> En este contexto, principios generales como el *pro homine* y el interés superior del niño cobran especial vigor al proteger un derecho esencial como lo es la libertad personal, y estar simbolizados en el principio *favor libertatis*.<sup>90</sup>

Con este criterio, el Parlamento Europeo ha señalado que “la detención de niños, niñas y familias debería estar prohibida”, y 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 naturaleza.<sup>91</sup> Igualmente, el Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes ha sostenido que “el internamiento de un niño nunca podrá hacerse en aras de su interés superior”.<sup>92</sup> Y el Comité de los Derechos del Niño que “los niños no podrán ser privados de su libertad solamente por su condición migratoria ni por haber entrado irregularmente en el país”.<sup>93</sup>

### C. Garantías en caso de detención

Si la detención de niños migrantes irregulares se lleva a cabo como una medida de último recurso y absolutamente excepcional, además de las garantías sustantivas y procesales que exigen los estándares internacionales y nacionales para evitar una detención arbitraria,<sup>94</sup> se deben con-

<sup>89</sup> Véase Comité de Derechos del Niño, *Trato de los menores no acompañados...*, cit., pfs. 40, 61; Touzenis, Kristina, “Human rights of migrant children”, *International Migration Law*, 2008, vol. 15, p. 33.

<sup>90</sup> 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; por ende, la restricción a este derecho sólo puede ser adoptada en circunstancias particulares y con el respeto debido de requisitos sustantivos y formales.

<sup>91</sup> Parlamento Europeo, *The conditions in centres...*, cit.

<sup>92</sup> *Informe del Relator Especial...*, cit., pfo. 62.

<sup>93</sup> Comité de Derechos del Niño, *Trato de los menores no acompañados...*, cit., pfo. 61.

<sup>94</sup> 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”. Éste debe 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 afectarlos. Este derecho se encuentra consagrado, entre otros, artículo 9o. DUDH, artículo 9o. PIDCP, artículo 16 CDTM, artículo XXV DADDH, artículo 7o. CADH, artículo 5o.

templar mecanismos específicos de protección para adecuar dichas garantías a las que salvaguardan los derechos de los niños, como la regla general de no detención y el principio de interés superior del niño.

Para los niños migrantes, y particularmente para aquellos no acompañados, el derecho a ser oído (artículo 9.2 CDN) tiene una especial relevancia. Asimismo, con el fin de garantizar eficazmente el derecho a la libertad personal, se les debe brindar un 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 bienestar.<sup>95</sup> La dilación en la adopción de estas medidas representa una amenaza a la seguridad de los niños, dejándolos más expuestos al riesgo de ser víctimas de trata y otros abusos.<sup>96</sup> Estas garantías deben ser tenidas en cuenta también en el marco de los procedimientos relativos a las medidas alternativas a la detención (o para determinar la opción más adecuada al caso).

Otra garantía importante es la prevista en el artículo 37 de la CDN, el cual establece 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 arbitraria.<sup>97</sup> La intervención judicial, ya sea como autoridad competente para disponer la eventual privación de la libertad, o para verificar de forma inmediata la legalidad y racionalidad de la medida dictada por un organismos administrativo, también supone una garantía

CEDH. Véase CoIDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003, serie A, núm. 18, pfo. 123; *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/02, 28 de agosto de 2002, serie A, núm. 17, pp. 115-136; *Caso Baena Ricardo y otros*, sentencia de 2 de febrero de 2001, serie C, núm. 72, pfo. 124; *Caso Icher Bronstein vs. Perú*, sentencia de 6 de febrero de 2001, serie C, núm. 74, pfo. 102.

<sup>95</sup> Comité de los Derechos del Niño, *Trato de los menores no acompañados...*, *cit.*, nota 30, pfo. 63.

<sup>96</sup> Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, *Recomendación 1703 (2005) sobre protección y asistencia para niños no acompañados solicitantes de asilo*, 28 de abril de 2005.

<sup>97</sup> Sobre el derecho a un recurso efectivo, véase la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre los artículos 25 y 13 de las convenciones americana y europea de derechos humanos, respectivamente. CoIDH, *Condición Jurídica y...*, *cit.*, pfo. 126; CoEDH, *Conka vs. Bélgica*, demanda núm. 51564/1999, sentencia de 5 de febrero de 2002.

D. R.© 2015. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas,  
*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 142, pp. 185-221

esencial en el marco de los mecanismos de control migratorio, especialmente si la medida involucra a niños.

El derecho de establecer contacto con un familiar, por su parte, puede ser esencial cuando se trata de detenciones de niños. En esos casos, tanto la autoridad que practica la detención como la responsable del lugar en que se encuentra alojado el niño deben notificar inmediatamente a sus familiares o representantes, teniendo en cuenta el interés superior del niño. La finalidad de la notificación es que el niño pueda recibir oportunamente la asistencia de la persona a quien se ha contactado.<sup>98</sup> Es importante recordar que los niños migrantes gozan también del derecho a la asistencia consular reconocido a toda persona extranjera detenida fuera de su país de origen.<sup>99</sup> 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 efectiva.<sup>100</sup>

#### D. *Desafíos pendientes*

El problema, como se ha visto ya, es que en buena parte de los Estados la detención no sólo es la respuesta prioritaria, sino la única que ofrecen el marco normativo o la práctica. Casi todas las normas vigentes se caracterizan por no contar con medidas destinadas específicamente a regular la situación de los niños migrantes. Por ello, dado que las detenciones nunca

<sup>98</sup> CoIDH, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, Opinión Consultiva OC-16/99, 1o. de octubre de 1999, pfo. 106; *Caso Bulació vs. Argentina*, sentencia de 18 de septiembre de 2003, serie C, núm. 100, pfo. 130; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, sentencia de 8 de julio de 2004, serie C, núm. 110, pfo. 93.

<sup>99</sup> Artículo 36 Convención de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares; artículo 16.7 CDTM.

<sup>100</sup> Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 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. CoIDH, *El derecho a la información...*, *cit.*, pfo. 119.

son compatibles con el principio del interés superior del niño, los Estados deben diseñar e implementar políticas públicas consecuentes y coherentes con los estándares internacionales, lo cual conlleva a una serie de obligaciones.

Estos criterios, tal como lo ha señalado el Relator Especial de la ONU para los Derechos de los Migrantes,<sup>101</sup> deberían incluir opciones expresamente adecuadas para los niños migrantes (acompañados o no), por ejemplo: el alojamiento en centros de protección social, no cerrados; el albergue de niños 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 (los niños y, 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; etcétera.<sup>102</sup>

Estas responsabilidades incluyen, a su vez, que la autoridad competente (administrativa y/o judicial), al emitir una decisión que no constituya la aplicación de la alternativa menos lesiva para el niño, indique los argumentos que permitan concluir que la elección tiene en cuenta el interés superior del niño, y demuestre por qué descartó cada una de las posibilidades existentes, no privativas de la libertad.<sup>103</sup>

## V. CONCLUSIONES

A pesar de los avances realizados en el campo de los derechos humanos, todavía no se ha producido una aplicación sistemática de leyes y políticas nacionales que protejan el acceso de los niños migrantes irregulares a sus derechos humanos. Los marcos legales revisados demuestran que las distintas legislaciones nacionales siguen sin estar a la altura de los estándares internacionales de protección legal. Esto implica que los Estados

<sup>101</sup> *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, A/HRC/11/7, cit.,* pños. 60-62.

<sup>102</sup> *Estudio sobre los estándares jurídicos..., cit.,* pp. 24 y 25.

<sup>103</sup> *Idem.*

están dejando de cumplir con la legislación internacional en materia de derechos humanos respecto de la cual se han obligado.

De esta forma, la normativa internacional aún debe reflejarse e incorporarse de forma apropiada en las leyes, las políticas y los programas nacionales que afectan de forma directa las vidas de los niños migrantes irregulares. Resulta, por lo tanto, necesario instaurar leyes nacionales que brinden garantías más completas para la protección de los derechos de estos niños. Es preciso resaltar que, si bien los estándares internacionales son una herramienta útil en este proceso, la legislación nacional es fundamental, toda vez que es una forma más directa, rápida y efectiva en provocar cambios en la situación de grupos humanos tan vulnerables como estos niños.

En la práctica, los niños migrantes irregulares se enfrentan a muchas barreras para acceder y disfrutar de los derechos básicos que el ordenamiento internacional y las propias legislaciones les otorgan. Por ello, los Estados deben reformar sus leyes y políticas migratorias para garantizar el acceso de estos niños a derechos civiles, económicos, sociales y culturales, así como a servicios básicos. La interdependencia entre los derechos hace necesario un enfoque intersectorial en la legislación, las políticas y las prácticas en el contexto de la migración, con el fin de que se garantice el acceso de los niños migrantes irregulares a todos los derechos que el ordenamiento internacional les confiere.

Algunas propuestas que pueden coadyuvar a minimizar las violaciones que sufren estos niños en sus derechos humanos son: la sensibilización a la sociedad sobre los derechos de este colectivo; la difusión de sus derechos y ayudas disponibles; la elaboración de políticas públicas que incluyan a estos niños en los programas dirigidos a proteger de la pobreza y la exclusión social; la adecuación de las leyes y políticas nacionales de control de la migración irregular a los derechos del niño y los estándares internacionales; y la protección de la unidad familiar y el derecho a la vida familiar; entre otros.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Estudio sobre los problemas y las mejores prácticas en relación con la*

- aplicación del marco internacional para la protección de los derechos del niño en el contexto de la migración*, 5 de julio de 2010, A/HRC/15/29.
- ASAMBLEA GENERAL DE LA ONU, *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad*, Resolución 45/113, 14 de diciembre de 1990.
- ASAMBLEA PARLAMENTARIA DEL CONSEJO DE EUROPA, *Recomendación 1703 (2005) sobre protección y asistencia para niños no acompañados solicitantes de asilo*, 28 de abril de 2005.
- BARNES, Edward, "Slaves of New York: how crime and mismanaged laws have made the city the biggest magnet for Chinese illegals", *Time*, New York, 2 de noviembre de 1998.
- BELOFF, Mary, "Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar", *Justicia y Derechos del Niño*, 1999, núm. 1.
- CAESTECKER, Frank, *Alien Policy in Belgium, 1840-1940: The Creation of Guestworkers, Refugees and Illegal Aliens*, New York, Berghahn, 2000.
- CHOLEWINSKI, Ryszard et al., *Migration and Human Rights. The United Nations Convention on Migrant Workers' Rights*, Cambridge, Cambridge University Press-UNESCO, 2010.
- COMISIÓN EUROPEA, *Child Poverty and Well-Being in the EU*, Luxemburgo, Oficina para las publicaciones oficiales de las Comunidades Europeas, 2008.
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *El derecho del niño a ser escuchado*, observación general, núm. 12, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, observación general, núm. 6, U.N. Doc. CRC/GC/2005/6, 2005.
- , *Los derechos del niño en la justicia de menores*, observación general, núm. 10, 25 de abril de 2007, CRC/C/GC/10.
- COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES, *Observaciones Finales. México*, CMW/C/MEX/CO/01, 8 de diciembre de 2006.
- CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*, Sr. Jorge Bustamante, 25 de febrero de 2008, A/HRC/7/12.

- , *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante. Misión a los Estados Unidos de América*, 5 de marzo de 2008, A/HRC/7/12/Add.2.
- , *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante*, 14 de mayo de 2009, A/HRC/11/7.
- CONSEJO DE EUROPA, *Undocumented migrant children in an irregular situation: a real cause for concern*, Comité de Migración, Refugiados y Población del Consejo de Europa, Doc.12718, Estrasburgo, 16 de septiembre de 2011.
- , *Public Register of Authentic identity and Travel Documents Online (PRADO)*.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, opinión consultiva OC-16/99, 1o. de octubre de 1999.
- , *Caso Baena Ricardo y otros*, sentencia de 2 de febrero de 2001, serie C, núm. 72.
- , *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, sentencia de 6 de febrero de 2001, serie C, núm. 74.
- , *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, opinión consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003, serie A, núm. 18.
- , *Caso Bulacio vs. Argentina*, sentencia de 18 de septiembre de 2003, serie C, núm. 100.
- , *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, sentencia de 8 de julio de 2004, serie C, núm. 110.
- , *Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay*, sentencia de 2 de septiembre de 2004, serie C, núm. 112.
- , *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador*, sentencia de 24 de junio de 2005, serie C, núm. 129.
- CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, *Conka vs. Bélgica*, demanda núm. 51564/1999, sentencia de 5 de febrero de 2002.
- , *Pretty vs. Reino Unido*, demanda núm. 2346/02, sentencia de 29 de abril de 2002.
- , *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga vs. Bélgica*, demanda núm. 13178/03, sentencia de 12 de octubre de 2006.
- EL PAÍS, “Canarias recibe más de 1.400 inmigrantes indocumentados sólo durante el fin de semana”, 3 de septiembre de 2006.

- , “Más patrullas contra la inmigración ilegal en Gambia”, 9 de marzo de 2009.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2001.
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, “La legislación de menores en América Latina: una doctrina en situación irregular”, en GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, *Derecho de la infancia/adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral*, Santa Fé de Bogotá, Forum Pacis, 1994.
- GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica, “¿Menores o niñas, niños y adolescentes? Reflexiones en el contexto del debate en América Latina”, en PÉREZ CONTRERAS, María Montserrat y MACÍAS VÁZQUEZ, Ma. Carmen (coords.), *Marco Teórico Conceptual sobre Menores versus Niñas, Niños y Adolescentes*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.
- GUILD, Elspeth, “Who is an irregular migrant?”, en BOGUSZ, Barbara *et al.* (eds.), *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International*, The Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 2004.
- GUIMONT, A., *Le droit a l'éducation des enfants migrants*, Ginebra, OACDH, 2007.
- HIERRO, Liborio, “Los derechos humanos del niño”, en MARZAL, Antonio (ed.), *Derechos humanos del niño, de los trabajadores, de las minorías y complejidades del sujeto*, Barcelona, Bosch-ESADE, 1999.
- KOSER, Khalid, *Irregular migration, state security and human security*, Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales, septiembre de 2005.
- MCKINLEY Jr., James C., “A Mexican Manual for Illegal Migrants Upsets Some in U.S.”, *New York Times*, 6 de enero de 2005.
- MOERMAN, Joseph, “Identificación de algunos obstáculos a la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, en particular, ciertas objeciones sobre los derechos de los padres y el reconocimiento de las familias”, en VERDUGO, Miguel Ángel y SOLER-SALA, Víctor (eds.), *La Convención sobre los Derechos del Niño. Hacia el Siglo XXI*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1996.
- NGAI, Mae M., “The Strange Career of the Illegal Alien: Immigration Restriction and Deportation Policy in the United States, 1921-1965”, *Law and History Review*, vol. 21, núm. 1.
- NO PLACE FOR A CHILD CAMPAIGN, *Alternatives to immigration detention of families and children. discussion paper by John Bercow MP, Lord Dubs and Evan*

- Harris MP for the All Party Parliamentary Groups on Children and Refugees*, London, 2006.
- OIM, *Glosario sobre Migración*, Ginebra, OIM, 2006.
- ORTEGA VELÁZQUEZ, Elisa, “La perpetuación histórica de la migración irregular en Europa: leyes y políticas migratorias restrictivas, ineficaces, demagógicas y estandarizadas”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIV, 2014.
- , *Los derechos humanos de los migrantes irregulares en el derecho internacional y la práctica americana y europea*, Saarbrücken, Publicia, 2014, vol. 2.
- PARLAMENTO EUROPEO, *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*, IP/C/LIBE/IC/2006-181, Bruselas, 2007.
- PASPALANOVA, Mila, “Undocumented vs. Illegal Migrant: Towards terminological coherence”, *Migraciones Internacionales*, 2008, núm. 3, vol. 4.
- PICUM, *Acceso a la asistencia sanitaria para migrantes indocumentados en Europa*, Bruselas, PICUM, 2007.
- , *Los niños indocumentados en Europa: Víctimas invisibles de las restricciones a la inmigración*, Bruselas, PICUM, 2008.
- , *Niños primero y ante todo*, Bruselas, PICUM, 2013.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 22a. ed.
- ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil Grundlagen-Der Aufbau der Verbrechenslehre*, Munich, Beck, 1992.
- ROZZI E., “Minori stranieri e comunitari accompagnati da genitori irregolari: quali diritti?”, *Minori giustizia*, 2008, vol. 3.
- SEPER, David, *Clandestine Crossings: Migrants and Coyotes on the Texas-Mexico Border*, Ithaca, Cornell University Press, 2009.
- SEPER, Jerry, “Illegal criminal aliens abound in the US”, *The Washington Times*, 26 de enero de 2004, A01.
- The Sidney Morning Herald*, “Suicidal boy didn’t need a psychiatrist, Court told”, 28 de julio de 2003.
- TOUZENIS, Kristina, “Human rights of migrant children”, *International Migration Law*, 2008, vol. 15.
- UN, DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS, STATISTICS DIVISION, *Recommendations on Statistics of International Migration*, Revision 1, Statistical Papers Series M, Núm. 58, Rev. 1.

UNICEF, *A Child's Rights Approach on International Migration and Trafficking: a UNICEF Perspective*, Informe presentado en la Tercera Reunión de Coordinación sobre Migración Internacional, Nueva York, 27 y 28 de octubre de 2004.

———, *Estudio sobre los estándares jurídicos básicos aplicables a niños y niñas migrantes en situación migratoria irregular en América Latina y el Caribe*, Lanus, 2009.

UNIÓN INTERPARLAMENTARIA, *Protección de la niñez y la adolescencia*, Suiza, SRO-Kundig, Manual para parlamentarios, 2008, núm. 7.

VESTRI, Gabriele y GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, *Los menores de edad migrantes no acompañados y sus exigencias jurídicas. Un diálogo entre España y México*, Sevilla, Centro Euro-Árabe de Estudios Jurídicos Avanzados-Universidad Pablo de Olavide, 2012.