



NACIONES UNIDAS
DERECHOS HUMANOS
OFICINA DEL ALTO COMISIONADO

*América del Sur
Oficina Regional*

Santiago, 07 de febrero de 2012
ACNUDH-003-2012

De nuestra consideración

En el marco de la solicitud de Opinión Consultiva sobre niñez migrante que le fue realizada a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Oficina Regional para América del Sur del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos tiene el honor de presentar observaciones escritas que reflejan los estándares de las Naciones Unidas sobre la materia desde la perspectiva de los derechos humanos.

La Oficina Regional espera que las presentes observaciones puedan ser de utilidad a la Corte en la elaboración de su Opinión Consultiva.

Quedamos a su entera disposición para cualquier duda o información complementaria que pudiera requerirse.

Amerigo Incalcaterra
Representante Regional para América del Sur
Alto Comisionado de Naciones Unidas
para los Derechos Humanos

Señores
Corte Interamericana de Derechos Humanos
PRESENTE

Nota sobre las obligaciones de los Estados en relación con la adopción de medidas de protección de los niños en el contexto de la migración: perspectiva universal

La protección de los derechos de todos los niños y niñas en el contexto de la migración es un asunto de máxima importancia. Los menores no acompañados o separados son especialmente vulnerables frente a la discriminación, la violencia, la explotación y abuso –incluido por el crimen organizado-, y la exclusión social.

Los Estados tienen la obligación de adoptar medidas para proteger a los niños y niñas en el contexto de la migración. Se detallan a continuación los principales instrumentos universales de derechos humanos que definen el alcance de dichas obligaciones:

Prohibición de discriminación: La **Convención de los Derechos del Niño**¹ contiene un extenso catálogo de derechos de los niños y niñas, ampliando los derechos que específicamente se habían reconocido en otros instrumentos internacionales anteriores. El **artículo 2**, párrafo 1, de la Convención obliga a los Estados Parte a respetar “los derechos enunciados en la Convención y asegurar su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de (...) el origen nacional, étnico o social (...) o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

Según ha interpretado el **Comité de los Derechos del Niño** en su **Observación General No. 6**, las obligaciones del Estado en virtud de la Convención se aplican con referencia a todos los menores que se encuentren dentro de su territorio y a los que estén por otro concepto sujetos a su jurisdicción.

Dicha Observación General establece los principios que deberán regir el tratamiento de los menores no acompañados o separados, los cuales son aplicables a todos los niños y niñas en el contexto de la migración, incluyendo la prohibición de discriminación basada en la condición migratoria; la consideración al interés superior del niño en todo momento, la protección máxima del menor contra la violencia y la explotación, la información del menor acerca de sus derechos, procedimiento, etc. y la consideración de su opinión en todos los procesos que le afecten; principio de no devolución; y el principio de confidencialidad de toda información relativa al menor. Estas obligaciones a cargo del Estado no podrán ser arbitrarias y unilateralmente recortadas”

La Observación General dispone asimismo medidas concretas que los Estados Parte deberán tomar como respuesta a la necesidad de protección de los menores no acompañados o separados, incluida su identificación y registro a la mayor brevedad posible tras la entrada en el país, la evaluación de la situación personal y migratoria del menor, el nombramiento de un tutor, asesor y representante legal, entre otras. Se les garantizará el pleno acceso a la educación en todo momento, el derecho a la salud, y a un nivel de vida adecuado, incluida asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda. Los

¹ La Convención sobre los Derechos del Niño es el tratado internacional de derechos humanos que ha recibido el mayor número de ratificaciones, con 193 Estados partes.

Estados Partes adoptarán las medidas necesarias para impedir la trata y explotación sexual y de otra naturaleza, los malos tratos y otras formas de violencia contra los menores, así como el reclutamiento militar.

No privación de libertad: Los Estados Partes no deberán privar de libertad a los niños o niñas con base a su situación migratoria o al hecho de no encontrarse acompañados. En los casos excepcionales en que la privación de libertad esté justificada por otras razones, deberá tomarse como medida de último recurso y durante el período más breve posible.

En cuanto al proceso para obtener asilo, los Estados Partes tienen la obligación de establecer un sistema operante en materia de asilo, así como de promulgar legislación en la que se refleje el trato especial de los menores no acompañados y separados y crear las capacidades necesarias para poner en práctica este trato. Deberán asimismo garantizar el acceso de los menores que soliciten el asilo a dichos procedimientos, y asegurar las garantías de procedimiento y medidas de apoyo necesarias.

Reunión familiar: La Observación General dispone que “el objetivo final de regular la situación de los menores no acompañados o separados de su familia es identificar una solución duradera que resuelva todas sus necesidades de protección (...)” “La localización de la familia es un ingrediente esencial de la búsqueda de una solución duradera y debe gozar de prioridad, salvo que fuera en contra del interés superior del menor o pusiera en peligro derechos fundamentales de las personas que se trata de localizar.”

No devolución: El Comité de los Derechos del Niño ha afirmado que en ningún caso deberá contemplarse el traslado de un niño o niña a un país en el que haya motivos racionales para pensar que existe un peligro real de daño irreparable para el menor, ya sea un riesgo imputable a actores estatales o no estatales. Los Estados deberán realizar una evaluación del riesgo tomando en consideración la situación de insuficiencia de alimentos o de servicios sanitarios en el país de origen. El **Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes** ha recomendado asimismo la no devolución de los niños no acompañados.² Según el Relator, dicha devolución debería ocurrir únicamente cuando es en el mejor interés del niño, es decir, en el marco de una reunificación familiar y tras un proceso con las debidas garantías. Por su parte, el **Comité de Derechos Humanos**, en su dictamen *X.H.L. c Países Bajos* (Comunicación No 1564/2007), consideró que la decisión de los Países Bajos de deportar un niño no acompañado a China sin haber realizado un examen profundizado del trato al que potencialmente podría ser sometido por su condición de niño sin familiares identificados y sin registro confirmado en China, no tomó en cuenta el mejor interés del niño y violó la obligación del Estado de adoptar las medidas de protección necesarias. En consecuencia, el Comité concluyó que los Países Bajos violaron el artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (derecho a las medidas de protección del niño), leído conjuntamente con el artículo 7 del Pacto (prohibición de torturas y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes).

² Ver Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Jorge Bustamante, relativo a la protección de los niños y niñas en el contexto de la migración, A/HRC/11/7.

Si bien la Convención sobre los Derechos del Niño es el instrumento legal más completo de protección de los derechos de los niños y niñas, incluidos en el contexto de la migración, existen otros tratados internacionales que contienen disposiciones específicas aplicables en este contexto: La **Convención para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus familias** contiene disposiciones específicamente aplicables a los derechos de los hijos e hijas de trabajadores migratorios, como es el derecho al nombre, al registro de su nacimiento y a una nacionalidad (art. 29), el derecho a la educación en condiciones de igualdad con los niños y niñas nacionales (art. 30), el derecho a la educación religiosa o moral (art. 12.4), y el derecho a la atención cuando su padre o madre se encuentre en privación de libertad (art. 17.6). Asimismo, los Estados partes tienen las siguientes obligaciones respecto de los hijos e hijas de trabajadores migratorios documentados o en situación regular: tomar medidas apropiadas para facilitar la reunión familiar (art. 44.2), aplicar una política encaminada a facilitar la integración de los hijos e hijas de los trabajadores migratorios en el sistema escolar local (art. 45.2), procurar facilitar la enseñanza en su lengua y cultura maternas (art. 45.3), y considerar favorablemente conceder autorización para permanecer en su territorio (art. 50).

Asimismo, otros tratados como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad contienen disposiciones específicas aplicables a los niños y niñas, que serían extensibles a los niños en el contexto migratorio.

Derechos económicos, sociales y culturales: El **Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial** ha dispuesto en su **Recomendación General No. XXX** que los Estados Partes en la Convención tienen la obligación, entre otras, de “suprimir los obstáculos que impidan a los no ciudadanos disfrutar de los derechos económicos, sociales y culturales, sobre todo en las esferas de la educación, la vivienda, el empleo y la salud” y “velar por que las instituciones docentes públicas estén abiertas a los no ciudadanos y a los hijos e hijas de los inmigrantes indocumentados residentes en el territorio de un estado Parte”. Asimismo, el **Comité sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales** ha determinado, en su **Observación General No 20**, que los Estados Partes no podrán “impedir el acceso a los derechos amparados en el Pacto por razones de nacionalidad, por ejemplo, todos los niños y niñas, incluidos los indocumentados, tienen derecho a recibir una educación y una alimentación adecuada, y una atención sanitaria asequible. Los derechos reconocidos en el Pacto son aplicables a todos, incluidos los no nacionales, los refugiados, los solicitantes de asilo, los apátridas, los trabajadores migratorios y las víctimas de la trata internacional, independientemente de su condición jurídica y de la documentación que posean.” Por su parte, el Relator Especial sobre los derechos de los migrantes ha señalado que el acceso a la salud y a una vivienda adecuada es, además de un derecho, una condición indispensable para asegurar un desarrollo humano equitativo y la integración social de los migrantes en las sociedades de acogida. El Relator resaltó la obligación de los Estados de adoptar

políticas y medidas comprensivas para la promoción del derecho a la salud y a una vivienda adecuada.³

Medidas para asegurar la protección de los niños y niñas en el contexto de la migración: El **Estudio de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los problemas y las mejores prácticas en relación con la aplicación del marco internacional para la protección de los derechos del niño en el contexto de la migración** contiene un listado de medidas efectivas para asegurar la protección de los derechos humanos de todos los niños y niñas en el contexto de la migración:

- Incorporación de los derechos y participación de los menores en la formulación, la aplicación y la supervisión de toda la legislación y los reglamentos administrativos pertinentes, incluidas las políticas y los planes sobre la infancia relativos al acceso a los servicios esenciales y políticas sobre migración. Siempre que sea posible, las instituciones nacionales y los defensores de los derechos humanos deberían recibir el mandato de supervisar, promover y proteger los derechos de los menores en el contexto de la migración.
- Todos los funcionarios del Estado y miembros del personal privado que entren en contacto con los niños y niñas en el contexto de la migración deben tener la capacitación adecuada para aplicar un criterio que responda a sus necesidades y se base en los derechos humanos, y que tenga en cuenta la vulnerabilidad, las necesidades y los derechos específicos de los niños y niñas en movimiento. Los principios de la Convención de los Derechos del Niño deberían ser parte integrante de esta capacitación.
- Evitar y revocar la legislación que requiera que los funcionarios públicos informen sobre la presencia de migrantes irregulares a las autoridades de inmigración, y toda legislación que criminalice la prestación de asistencia a los migrantes irregulares. Los Estados deberían adoptar medidas para instaurar soluciones duraderas para los casos de los niños y niñas migrantes en situación irregular, incluso considerar la posibilidad de establecer programas de regularización, aplicando un criterio que no sea punitivo sino integrado y basado en la protección.
- Asignar prioridad a la reunión de datos desglosados por edad y por género sobre la situación de los derechos humanos de los niños y niñas en el contexto de la migración, velando sin embargo porque esas actividades de reunión de datos no se utilicen con fines policiales en relación con la inmigración.
- Procurar que las políticas de migración sean coherentes a nivel nacional, regional e internacional, incluso estableciendo políticas y sistemas transfronterizos coordinados de protección de la infancia que sean plenamente acordes con las normas internacionales de derechos humanos.

Asimismo, en su **Informe sobre la situación de migrantes y demandantes de asilo que escapan de los acontecimientos recientes en el Norte de África, la Alta Comisionada** recomienda a los

³ Ver Informes del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Jorge Bustamante, de 16 de abril de 2010, A/HRC/14/30; y de 21 de marzo de 2011, A/HRC/17/33.

Estados evitar la detención de niños y niñas migrantes y demandantes de asilo, independientemente de su estatus.

Adicionalmente, el **Relator sobre los derechos humanos de los migrantes**⁴ ha recomendado medidas específicas de protección de los menores migrantes, a saber:

- Desarrollar indicadores sobre acceso a los derechos de salud y vivienda adecuada, con especial atención a los grupos vulnerables como los niños y niñas migrantes. Dichos indicadores deberían servir de base para intervenciones destinadas a promover el acceso de todos a estos derechos.
- Tomar medidas específicas para asegurar que todos los niños y niñas migrantes puedan disfrutar del derecho a la salud y los derechos relacionados con la salud, como el derecho a obtener un certificado de nacimiento. El derecho a la salud de los menores no acompañados debe ser garantizado inmediatamente en el momento de su llegada e independientemente de su condición migratoria. Asimismo, en la decisión de repatriar a menores a su país de origen, debería tomarse en cuenta el acceso a la salud en dichos países para determinar el mejor interés del niño o niña.
- Proporcionar a los padres u otras personas responsables de los menores migrantes asistencia material y programas de apoyo, en particular con relación a la vivienda. Las familias migrantes y sus hijos e hijas deberían gozar de un mínimo nivel de vivienda que asegure sus necesidades básicas, debiendo ser el máximo principio rector el mejor interés del niño o niña.
- Identificar rápidamente los menores no acompañados sin acceso a una vivienda adecuada y proporcionarles alojamiento adecuado a sus necesidades y circunstancias. Los Estados deberían nombrar tutores para prevenir la exclusión social de estos niños y niñas y asegurar su debido acceso a servicios básicos.

Para más información sobre los estándares universales en materia de protección de los niños en el contexto de la migración, véanse:

- Estudio de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los problemas y las mejores prácticas en relación con la aplicación del marco internacional para la protección de los derechos del niño en el contexto de la migración, de 5 de julio de 2010
- Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, de 14 de mayo de 2009, A/HRC/11/7.
- Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, de 16 de abril de 2010, A/HRC/14/30
- Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los derechos económicos, sociales y culturales de los migrantes en los países de acogida y las obligaciones de los Estados en ese contexto, de 1 de junio de 2010

⁴Ver Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Jorge Bustamante, de 16 de abril de 2010, A/HRC/14/30.

- Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los migrantes y los demandantes de asilo que escapan los recientes acontecimientos en el Norte de África, de 1 de septiembre de 2011
- Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre el resumen de la reunión de un día sobre los derechos del niño, de 12 de mayo de 2011