

Principios recomendados para orientar las acciones relativas a los niños en tránsito y otros niños afectados por la migración (adoptados en junio de 2016).

Junio 2016

COMENTARIOS EXPLICATIVOS.

INTRODUCCIÓN

En mayo de 2016, representantes de organizaciones internacionales y de organizaciones no gubernamentales se reunieron en Ginebra para comentar los PRINCIPIOS RECOMENDADOS, cuyo texto figura más abajo. La lista de PRINCIPIOS resultantes no se acuñó y no estaba destinada a que las organizaciones participantes la aprobaran. En su lugar, se adoptaron estos PRINCIPIOS para recordar a la comunidad internacional de la existencia de un conjunto de principios fundamentales que deberían guiar todas las políticas relativas a la migración que sean aplicables a los niños, niñas y adolescentes¹ que migran o que se ven afectados por la migración.

Los PRINCIPIOS enumerados más abajo emanan de la legislación internacional de derechos humanos, el derecho humanitario y el derecho relativo a los refugiados.² La expresión “niños en tránsito” hace referencia a los niños que se desplazan por un abanico de razones, voluntarias e involuntarias, dentro de su propio país o entre varios países, acompañados o no de sus padres o cuidadores primarios. La expresión “otros niños afectados por la migración” se refiere a los niños que no se desplazan, sino que permanecen en su país de origen después de que uno de sus padres haya migrado a otros países, o a los niños que residen con sus padres en un país al que sus padres hubieran migrado.

Las listas de principios concebidos específicamente para los niños realizadas con anterioridad se han centrado en los niños afectados por la migración internacional y en los niños no acompañados o separados³. Cabe destacar las recomendaciones que figuran en el informe del día de debate general de 2012 del Comité de los Derechos del Niño sobre los derechos de todos los niños en el contexto de la migración internacional. Por el contrario, estos PRINCIPIOS también se aplican a los niños que se desplazan dentro de su propio país, a los niños que migran junto con sus padres y a los niños que se quedan atrás cuando uno o ambos padres migran.

Cada uno de los PRINCIPIOS enumerados más abajo va seguido de comentarios cortos en cursiva. Su propósito es ayudar a una serie de actores comprometidos con los niños en tránsito, entre los que se encuentran gobiernos, organizaciones intergubernamentales y agencias no gubernamentales. Los comentarios ampliados presentados aquí incluyen dos tipos de explicaciones complementarias, una que cita la fuente de derecho internacional primordial en que se basa cada principio y otra que profundiza en lo que implica respetar dicho principio.

En 2016, el número de refugiados y migrantes internacionales alcanzó niveles sin parangón desde la Segunda Guerra Mundial. A su vez, el elevado coste humano que conlleva el desplazamiento y la migración de personas, así como las violaciones de derechos humanos asociadas con estos movimientos a gran escala han sido objeto de una atención y preocupación pública sin precedentes. Estas circunstancias han impulsado a las Naciones Unidas y a los gobiernos individuales a buscar mejores maneras de apoyar e integrar a los no ciudadanos en tránsito. También han impelido al Secretario General de las Naciones Unidas a proponer dos nuevos “pactos mundiales”: uno para una migración segura, ordenada y regular y otro sobre responsabilidad compartida respecto a los refugiados. Estos PRINCIPIOS se han diseñado como un resumen conciso y no controvertido de normas internacionales bien establecidas relativas a los niños en tránsito y a otros niños afectados por la migración. El fin de esta síntesis es promover la atención y el cumplimiento de estos criterios sobre derechos fundamentales para reducir los casos de violaciones persistentes de los mismos.

1. Nótese que en adelante el término “niños” englobará por igual a “niños, niñas y adolescentes”.

2. Estos PRINCIPIOS están basados en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (1989), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP, 1966), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951), la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1965), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979), la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (1990) y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006). Se presta una atención especial a las observaciones generales aprobadas en el Comité de los Derechos del Niño, además de tenerse en cuenta las observaciones generales o recomendaciones realizadas por otros órganos encargados de vigilar la aplicación de los tratados.

3. Los niños no acompañados (también denominados “menores no acompañados”) son los niños que se han visto separados de ambos padres o de otros familiares y no están al cuidado de ningún adulto que, por ley o costumbre, los tenga a su cargo. Los niños separados son niños que se han sido separados de ambos padres o de sus cuidadores primarios, definidos por ley o por costumbre, pero no necesariamente de otros familiares. Los niños separados podrían incluir a niños acompañados de otros familiares adultos.

Principios recomendados para orientar las acciones relativas a los niños en tránsito y otros niños afectados por la migración⁴

1. Los niños en tránsito y otros niños afectados por la migración son ante todo niños⁵ y su interés superior debe primar al emprender cualquier acción que les afecte⁶.

Los niños afectados por la migración deberían gozar de los mismos derechos que todos los demás niños, inclusive en lo que respecta al registro de nacimiento⁷, prueba de identidad, nacionalidad⁸ y acceso a la educación⁹, sanidad¹⁰, vivienda¹¹ y protección social¹². Aquellas personas a su cargo no deben asumir que las soluciones estándar funcionan para todos los niños: por el contrario, es necesario que realicen evaluaciones de conducta individual y familiar antes de tomar cualquier decisión permanente sobre cada niño.¹³ No se debe negar la entrada a los niños que se encuentren en las fronteras sin un análisis adecuado e individualizado de su solicitud y con las debidas garantías que aseguren que la decisión está de acuerdo con el interés superior del niño.¹⁴

Las fuentes de este principio en derecho internacional: Las fuentes de este principio se encuentran en las notas a pie de página 5 a 14 que figuran en este documento.

Comentario explicativo:

Los niños en tránsito, crucen o no una frontera internacional, ven a menudo como se les deniegan los mismos derechos que se conceden a otros niños. A pesar de que la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño vela por sus derechos, porque ante todo son niños, en la práctica no se respeta su dignidad humana y se les deniega acceso a protección no discriminatoria repetidamente.

La prueba de identidad tiene una importancia clave para los niños en tránsito, franqueen o no las fronteras internacionales. La ausencia de este tipo de documentos de prueba de identidad aumenta el riesgo de que deban depender de contrabandistas y traficantes para poder moverse. También impide que los niños tengan acceso a la educación o a los sistemas de salud, incluso en aquellos lugares en los que se ha establecido la universalidad de este tipo de servicios. Para abordar este gravísimo factor de riesgo, los Estados deberían levantar los obstáculos legales y prácticos al registro de nacimiento para todos los niños nacidos dentro de su territorio (incluyendo a los hijos de personas migrantes, pertenecientes a pueblos indígenas y a minorías). En aquellas situaciones en las que los padres a menudo no registran los nuevos nacimientos (por ejemplo, cuando se encuentran en una situación irregular o están indocumentados), los Estados deberían estudiar cómo alentar los registros de nacimiento, a través de la simplificación y el abaratamiento del proceso, la puesta a disposición de información específica sobre el proceso para comunidades en las que los índices de registro de los nacimientos son reducidos, así como con la creación de cortafuegos entre el registro de nacimiento y las agencias de aplicación de leyes de inmigración.

Para promocionar el acceso de los niños en tránsito a la educación, la sanidad y otros servicios públicos, independientemente de su condición jurídica o la de sus familias, los funcionarios del Estado deben evitar utilizar las instalaciones en las que se proporcionan servicios como lugares de aplicación de las leyes de inmigración, por ejemplo, para identificar o detener a los padres en situación irregular.

Cualquier niño migrante que sea identificado como no acompañado o separado en un país que no sea el suyo debería formar parte de un proceso de determinación de su interés superior, de acuerdo con los procesos establecidos por el Comité de los Derechos del Niño¹⁵ y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.¹⁶ Las agencias nacionales de atención o protección a la infancia deberían responsabilizarse de estos

4. El término “niños en tránsito” hace referencia a los niños que se están desplazando por un abanico de razones, voluntarias e involuntarias, dentro de su propio país o entre varios países, acompañados o no de sus padres o cuidadores primarios. “Otros niños afectados por la migración” hace referencia a aquellos niños que permanecen en su país de origen después de que sus padres hayan migrado y a aquellos niños que viven con sus padres en el país de destino.

5. La resolución 12/6 del Consejo de Derechos Humanos (Derechos humanos de los migrantes: la migración y los derechos humanos del niño, 12 de octubre de 2009, párr. 1. (a) subraya “que el marco jurídico internacional para la protección de los derechos del niño se aplica sea cual sea la situación migratoria del niño y de sus padres o familiares y exhorta a los Estados a respetar los derechos humanos de todos y cada uno de los niños dentro de su territorio, sin discriminación de ningún tipo, y a garantizar su protección”. Los Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos en las fronteras internacionales (doc. de las Naciones Unidas A/69/CRP.1, 23 de julio de 2014) subraya que “los Estados velarán por que los niños en el contexto de la migración sean tratados, ante todo, como niños y por que se garantice que el principio del interés superior del niño tenga prioridad sobre los objetivos de gestión de la migración u otras consideraciones administrativas” (Principio 6).

6. Convención sobre los Derechos del Niño (CRC, por sus siglas en inglés), artículo 3.

7. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR, por sus siglas en inglés), artículo 24.2; CRC, artículos 7 y 8.

8. CRC, art. 7.

9. CRC, art. 28.

10. CRC, art. 24.

11. CRC, art. 27.3.

12. CRC, art. 27.3.

13. Comité de los Derechos del Niño, observación general (OG) núm. 14. El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (2013).

14. Comité de los Derechos del Niño, OG núm. 6. sobre el trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen (2005); Directrices del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) para la determinación del interés superior del niño (2008).

15. *Ibid.*: CRC, OG núm. 6.

16. Directrices de ACNUR para la determinación del interés superior del niño, 2008. Véase también ACNUR, Manual de terreno para la implementación de las directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño, 2011.

niños y encargarse de encontrar una solución permanente para el niño. Las agencias de inmigración no deberían ser los principales responsables de ningún niño.

2. Todos los niños tienen derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo.¹⁷

Todos los niños tienen derecho a unas condiciones de vida adecuadas para su correcto desarrollo físico, mental, espiritual, moral, educativo y social.¹⁸ Los Estados tienen la obligación de anticipar y impedir que sufran daños, inclusive en los casos relativos a los desencadenantes de migración infantil. Asimismo, deben invertir en operaciones de búsqueda y rescate para evitar repercusiones negativas en las situaciones migratorias.¹⁹ La inversión continua en material, asistencia social y oportunidades de subsistencia es un requisito previo vital para prevenir viajes potencialmente mortales y para no entorpecer el desarrollo del niño.²⁰

Fuentes de este principio en derecho internacional: Las fuentes de este principio se encuentran en las notas a pie de página 17 a 20 que figuran en este documento. Véase también los Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos en las fronteras internacionales (2014).

Comentario explicativo:

Los Estados deben ayudar a los padres y a los responsables de los niños a garantizar el derecho del niño a un nivel de vida adecuado. Esta obligación conlleva inversiones específicas para su desarrollo relacionadas con el apoyo de su vida familiar, el acceso a una educación y sanidad de calidad, a formación y capacitación profesional y oportunidades de empleo en los países y regiones en los que en este momento se carece de todos estos elementos esenciales. Cuando los niños que migran solos o acompañados de sus familiares se encuentran en una situación de necesidad, los Estados tienen la obligación de proporcionarles asistencia y apoyo material, en particular en lo relativo a la nutrición, ropa y alojamiento.

3. Los niños tienen derecho a moverse con libertad²¹ tanto dentro de su propio Estado, como al salir de su propio Estado o de cualquier otro.

Los niños tienen derecho a migrar en búsqueda de una vida familiar, seguridad u oportunidades. En particular, tienen derecho a escapar de la violencia y el peligro.

Fuentes de este principio en derecho internacional: La fuente de este principio se encuentra en la nota a pie de página 21 que figura en este documento.

Comentario explicativo:

Los Estados deberían tomar medidas para garantizar que los niños puedan migrar de manera segura, tanto cuando viajan acompañados de sus familiares como por sí solos. Esta obligación se aplica tanto a los niños y adolescentes que huyen de la violencia como a aquellos, que, por la razón que fuere, eligen migrar solos. Asimismo, los Estados deberían abordar las causas de la migración infantil forzada o impulsada por dificultades económicas extremas, a través del apoyo de programas contra la violencia, el maltrato y la explotación infantil.

De la misma manera que los padres a veces imponen a sus hijos restricciones para protegerlos, los Estados y otros actores a menudo citan su preocupación por el bienestar de los niños para justificar la restricción de los derechos de los niños no acompañados o separados. A pesar de que estas restricciones pueden en ocasiones estar justificadas, deben ajustarse siempre a las necesidades de cada niño. Es probable que aquellas restricciones que pueden ser apropiadas para evitar que un niño de diez años se escape de un alojamiento residencial no lo sean para uno de 17 años. Como cualquier limitación a los derechos humanos de una persona, las restricciones no solo deben cumplir el principio de proporcionalidad, sino que deben tener un fundamento jurídico y actuar en pos de un interés público que justifique tal restricción. En el caso del niño, el interés superior del mismo debe ser una consideración primordial, siempre se debe escuchar y considerar su punto de vista en función de la edad y madurez del niño. Además, al aplicar cualquier restricción se debe tener debidamente en cuenta la edad y la madurez del niño.

17. CRC, art. 6.

18. CRC, art. 27 y art. 3.3.

19. CRC, art. 3.2. Véase también la declaración del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, del 12 de febrero de 2015: "Necesitamos una sólida operación de búsqueda y rescate en el centro del Mediterráneo y no sólo una patrulla de fronteras". En junio de 2015, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas afirmó que se encontraba "consternado por el número ingente y creciente de migrantes, incluidos mujeres y niños, que han perdido sus vidas o han resultado heridos al tratar de cruzar las fronteras internacionales y reconoce la obligación de los Estados de proteger y respetar los derechos humanos de dichos migrantes, independientemente de su estatus de residencia" e instó a los Estados a "brindar ayuda a las personas que se encuentren en peligro en el mar y a mejorar la cooperación para este fin de acuerdo con la legislación internacional aplicable" (Resolución 29/2, párr. 7(h), 29 de junio de 2015).

20. CRC, Preámbulo (en especial aquellas referencias a la necesidad de los niños de contar con salvaguardas especiales, cuidados y el reconocimiento de la importancia de la cooperación internacional para mejorar las condiciones de vida de los niños en todos los países y en particular en los países en desarrollo).

21. PIDCP, art. 12; y Comité de Derechos Humanos, OG núm. 27. Libertad de circulación (1999), subraya que en aquellos casos en los que las medidas de protección restrinjan derechos, deben respetar el principio de proporcionalidad: deben ser acordes a su función de protección, deben ser lo menos agresivas que sea posible para conseguir el resultado deseado y deben ser proporcionales al interés de protección.

4. Detener a un niño debido a la situación migratoria de sus padres o a la suya propia constituye una violación de los derechos del niño²² y va en contra del principio del interés superior de los niños²³.

Los Estados deberían cesar de manera inmediata y completa la detención de niños afectados por la migración y permitirles permanecer con su familia o tutores en un contexto comunitario y no privativo de la libertad mientras se discierne su estatuto de residencia.²⁴

Fuentes de este principio en derecho internacional: Las fuentes de este principio se encuentran en las notas a pie de página 22 a 24 que figuran en este documento.

Comentario explicativo:

El Comité de los Derechos del Niño ha criticado de manera contundente la detención de los niños que se encuentran en situación migratoria irregular o sin documentos identificativos.²⁵ La detención de los niños que van acompañados de sus padres basándose en la situación migratoria irregular de los padres también es inaceptable. Los Estados deberían adoptar el Modelo para la evaluación y colocación comunitaria, desarrollado para permitir a los niños permanecer con familiares adultos o tutores en un contexto comunitario y no privativo de la libertad mientras se discierne su estatuto de residencia.²⁶

22. CRC, art. 37; Los Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos en las fronteras internacionales, Directriz núm. 8 y especialmente la 8.6 La observación general núm. 6 del CRC afirma que: “La privación de libertad no podrá justificarse solamente por que el menor esté solo o separado de su familia, ni por su condición de inmigrante o residente.” (párr. 61).

23. CRC, art. 3.

24. La Asamblea General de las Naciones Unidas subrayó en su Resolución 69/187 (Los niños y los adolescentes migrantes) del 18 de diciembre de 2014 que “los niños, incluidos los adolescentes, no deben estar sujetos a arrestos o detenciones arbitrarios únicamente en razón de su estatus migratorio y que la privación de libertad de los niños y los adolescentes migrantes debe ser una medida de último recurso, en condiciones que respeten los derechos humanos de cada niño y de manera que tenga en cuenta la consideración primordial del interés superior del niño”. El Consejo de Derechos Humanos en su resolución 12/6 (2009) (Derechos humanos de los migrantes: la migración y los derechos humanos del niño) alentó “a los Estados a que consideren positivamente alternativas a la detención de los niños y el grupo familiar cuando esta obedezca únicamente a su situación migratoria, recordando en este contexto las conclusiones y recomendaciones de los mecanismos de derechos humanos en el sentido de que la criminalización de la migración irregular de niños puede producir un efecto negativo en el disfrute de sus derechos humanos y teniendo en cuenta el equilibrio que es preciso establecer entre la necesidad de mantener la unidad de la familia y el interés superior del niño”.

25. El presidente del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares emitió una declaración en 2014, en la que remarcó que “se ha demostrado que la detención de niños por motivos de inmigración tiene repercusiones duraderas en la salud física y mental de los niños, incluso cuando la detención es de corta duración”. Instó a “los Estados a que cesen la detención de niños por motivos de inmigración, a que adopten medidas alternativas a la detención que respeten el principio del interés superior del niño y que permitan a los niños permanecer con sus familiares o tutores en contextos comunitarios y no privativos de la libertad mientras se discierne su estatuto de residencia” (Declaración del presidente del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CMW) sobre el cese de la detención de niños por motivos de inmigración, 3 de julio de 2014).

26. Véase <http://idcoalition.org/CAP/>.

5. Nunca se debe separar a los niños de sus padres o sus cuidadores primarios durante todas las fases de la migración (salvo si es en pos de su interés superior).²⁷

Los Estados no deben separar a los niños de su familia, por ejemplo, a través del establecimiento de procedimientos de reagrupación familiar onerosos y prolongados, la negación de la transferencia de beneficios de la seguridad social acumulados, la detención de migrantes en situación irregular acompañados por niños, la deportación de los padres de ciudadanos menores de edad o la denegación del derecho de los niños a acompañar a aquellos padres considerados trabajadores migrantes. Por el contrario, la expulsión forzada de un niño no debe considerarse bajo ninguna circunstancia un medio aceptable de reagrupación familiar y nunca se debe asumir de manera automática que responde al interés superior del niño.²⁸ Cuando un niño sea expulsado, debe realizarse de manera segura y respetando el interés superior del niño. En aquellos casos en los que la expulsión afecte a un niño separado de su familia, este debe estar acompañado y vigilado.

Fuentes de este principio en derecho internacional: Las fuentes de este principio se encuentran en las notas a pie de página 27 y 28 que figuran en este documento.

Comentario explicativo:

Los Estados y todos los demás actores implicados en la protección de los niños tienen la obligación, durante todas las fases de la migración, de velar porque los niños no se vean separados de sus familias. La separación tiene lugar en circunstancias diversas. En ocasiones, las entidades protectoras contribuyen al problema sin ser conscientes de ello. Por ejemplo, esta situación puede darse cuando las familias se equivocan y confían a sus hijos a las organizaciones o a los agentes de viaje con el fin de proporcionarles mejores cuidados, servicios u oportunidades. Los Estados y otros actores que proporcionan cuidados a los niños tienen el deber de considerar primordialmente el interés superior del niño en todas las acciones que les afecten. Estas acciones también incluyen las decisiones formales sobre el futuro de los niños no acompañados, también conocida como determinación del interés superior del niño, interceptación del niño o puesta del niño al cuidado de instituciones de acogida. Los Estados y otros actores a los que se les ha confiado el cuidado de los niños tienen la obligación de documentar su evaluación. Esta obligación está recogida en la observación general núm. 14 del Comité de los Derechos del Niño, que explica el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.

A menudo se ha demostrado que es contraproducente que los servicios estatales de protección de la infancia u otros funcionarios asuman que volver a estar con sus familiares sería beneficioso para los niños que viven o trabajan lejos de ellos. Este es el caso para aquellos niños que son devueltos a entornos familiares inseguros o a los que se les devuelve en contra de su voluntad, en circunstancias que provocan que huyan de nuevo rápidamente, recurriendo incluso a métodos de viaje peligrosos.

Si finalmente se determinara que volver a su país de origen responde al interés superior del niño, este debe ir acompañado durante todo el viaje de regreso, lo que se debe garantizar a través de la coordinación interestatal. El Estado del que el niño retorna debe vigilar lo que le sucede al niño tras dejar su territorio, como parte de una política más amplia de vigilancia de los efectos de este tipo de deportaciones. Los datos existentes sobre las consecuencias de las expulsiones y deportaciones deben tomarse debidamente en cuenta cuando dichas políticas sean sometidas a revisión o enmienda.

Cuando se separa a un niño de uno o de ambos padres, los Estados deben respetar el derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto directo con el padre o padres de manera regular, independientemente de las razones de la separación, salvo que dicho contacto fuera en contra del interés superior del niño.²⁹

6. Ningún niño es ilegal³⁰; se debe proteger a los niños de toda clase de discriminación³¹.

La criminalización y estigmatización de los niños en tránsito y de otros niños afectados por la migración violan este principio. Los Estados y otros actores deben usar terminología no discriminatoria al referirse a los migrantes y sus hijos.

Fuentes de este principio en derecho internacional: Las fuentes de este principio se encuentran en las notas a pie de página 30 y 31 que figuran en este documento.

²⁷.CRC, arts. 3, 8, 9.1, 10,16. Asimismo, numerosas convenciones reconocen el derecho a la vida familiar, como por ejemplo: la CRC (arts. 8, 9, 10, 16); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10); el ICCPR (arts. 17, 23); la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 16); la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (art. 14). Las Directrices Generales Inter-Agenciales sobre niñas y niños no acompañados y separados (2004) contienen orientaciones sobre como evitar la separación (<http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=50ab8e432>). Véase también la Nota informativa sobre derecho migratorio internacional relativa a la protección de los niños migrantes no acompañados (únicamente disponible en inglés bajo el título "The International Migration Law Information Note on The Protection of Unaccompanied Migrant, Children", Organización Internacional para las Migraciones, 2011).

²⁸. Véase "Reunión familiar, retorno y otras soluciones duraderas" (párrs. 79 - 94) Comité de los Derechos del Niño, OG núm. 6. Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen (2005).

²⁹.CRC, art.9.3.

³⁰. De acuerdo con la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas núm. 3449 (9 de diciembre de 1975), el término "ilegal" no debe ser utilizado para referirse a las personas migrantes en situación irregular.

³¹.CRC, art. 2.

Comentario explicativo:

De acuerdo con el CRC (art. 2), los derechos del niño no pueden verse restringidos por distinción alguna debido a “la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”. El cumplimiento de este derecho se ve amenazado por la criminalización y estigmatización de los niños migrantes, así como por las declaraciones públicas negativas que tildan a algunas poblaciones, en vez de a sus actos o a su situación, de “ilegales”. Los Estados tienen la obligación de respetar la dignidad y el derecho a la vida y a la igualdad de trato de todos los niños, independientemente de su situación migratoria.

7. Los sistemas de protección de la infancia deben velar por la protección de todos los niños, incluidos aquellos en tránsito y los niños afectados por la migración.

Respecto a su diseño y aplicación, los sistemas nacionales de protección de la infancia de cada país deberán tener en cuenta las necesidades específicas y las opiniones de los niños en tránsito y de otros niños afectados por la migración. Los Estados deben proteger a los niños de la explotación³², la violencia³³, el abuso³⁴ y otros delitos, así como velar porque no dependan de la comisión de actos delictivos o del comercio sexual para cubrir sus necesidades básicas. Los Estados y las organizaciones regionales tienen la responsabilidad de garantizar una protección ininterrumpida brindada por las autoridades del gobierno local y los Estados por los que transitan los niños, así como la responsabilidad de promover prácticas de protección armonizadas en las comunidades locales siempre que sea pertinente.

Fuentes de este principio en derecho internacional: Las fuentes de este principio se encuentran en las notas a pie de página 32 a 34 que figuran en este documento.

Comentario explicativo:

Los sistemas nacionales de protección de la infancia deben proteger a todos los niños, escuchar su punto de vista y tenerlo en cuenta al diseñar y aplicar cualquier medida de protección. Los Estados tienen la obligación de garantizar que dichos sistemas protejan, promuevan y velen por el ejercicio de los derechos de los niños en tránsito y los niños afectados por la migración, independientemente de su estatuto de residencia. Estos sistemas deben incluir procedimientos y herramientas específicos para los niños en peligro de sufrir maltrato o de ser explotados. Los niños en tránsito necesitan mecanismos de apoyo y protección que sean holísticos, de buena calidad, que gocen de una buena coordinación entre las diferentes regiones o Estados y que respeten (cuando sea pertinente) los sistemas nacionales y las prácticas de protección infantil tradicionales, a la vez que cuentan con profesionales de protección de la infancia cualificados entre su personal. Los mecanismos de protección necesitan ser objeto de vigilancia constante y ser modificados cuando se demuestre que no son adecuados.

Se debe contar con acceso a métodos apropiados para proteger a los niños en tránsito y a otros niños afectados por la migración en todos aquellos lugares en los que haya niños; además, dichos métodos deben adaptarse a sus necesidades y a las amenazas a las que se enfrentan. Los sistemas nacionales de protección de la infancia deben contar con los recursos necesarios para dar una respuesta apropiada a las dificultades (incluidos los efectos perjudiciales sobre su bienestar psicosocial) que experimentan los niños en tránsito y otros niños afectados por la migración, incluyendo a aquellos cuyos padres han migrado.

Al desarrollar los sistemas de protección, cada Estado debería tener en cuenta su compatibilidad con los sistemas utilizados por los demás Estados a los que los niños se desplazan, vayan o no acompañados. Las organizaciones regionales, al igual que las organizaciones internacionales, desempeñan un papel especial en la promoción de la coherencia de los sistemas nacionales de cada Estado, al velar porque no haya deficiencias o incompatibilidades entre dichos sistemas, tanto en las fronteras como cuando los niños se desplazan entre Estados sin fronteras comunes. Los Estados vecinos también podrían emprender acciones bilaterales para promover la compatibilidad de sus sistemas de protección nacionales. Asimismo, dentro de los Estados, las autoridades nacionales y regionales también deberían garantizar la coherencia de los sistemas de protección y de las medidas aplicadas bajo la autoridad de los distintos gobiernos locales, inclusive en aquellas áreas en las que las comunidades étnicas u otras comunidades tengan preocupaciones o preferencias legítimas. El objetivo final es asegurar una

32. CRC, art. 32 y art. 34. Convenio sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación (Convenio núm. 182 de la Organización Internacional del Trabajo).

33. CRC, art. 36.

34. CRC, art. 36.

“protección ininterrumpida”, tanto cuando los niños se desplazan dentro del Estado como cuando franquean la frontera y entran en un Estado vecino.

El ámbito de aplicación necesario para que los sistemas nacionales de protección de la infancia proporcionen esta protección ininterrumpida requiere de vigilancia a nivel nacional, regional e internacional, para identificar posibles deficiencias y debilidades y, en aquellos casos en que sea pertinente, aplicar medidas de reparación.

En algunas regiones, las comunidades locales acogen a migrantes de manera temporal o permanente en cooperación con las autoridades gubernamentales locales y desempeñan un papel primordial de apoyo y protección. Estas organizaciones comunitarias deben recibir apoyo de los Estados. En aquellos casos en que sea apropiado, se debería alentar a estas organizaciones a que designen a “personas de referencia” a las que los niños puedan acudir para pedir consejo o ayuda, especialmente en las situaciones en las que no sea posible designar a tutores temporales para cada niño acompañado o separado. Los miembros de las comunidades nómadas y en zonas fronterizas pueden proporcionar a los niños migrantes información sobre cómo cruzar las fronteras de manera segura, lo que reduciría el riesgo de que deban recurrir a los contrabandistas y de que se conviertan en víctimas de la trata de personas.

8. Las medidas de gestión de la migración no deben menoscabar los derechos humanos de los niños.

Los Estados deberán respetar los derechos del niño garantizados dentro de los derechos humanos internacionales, el derecho relativo a los refugiados y el derecho humanitario, incluido el principio de no devolución³⁵ y cualquier medida específica de protección de los niños. Los Estados deben garantizar una correcta identificación de los niños, evaluar la repercusión de las leyes y políticas sobre los niños en tránsito y los niños afectados por la migración y evitar cualquier consecuencia negativa sobre los niños. No se puede tolerar bajo ningún concepto que se tomen medidas para hacer el transporte inseguro con el fin de disuadir a los migrantes de emprender su viaje. Los niños necesitan seguridad y estabilidad para desarrollarse de manera sana.³⁶ Los Estados que solo tienen en consideración el interés superior del niño o autorizan a los niños a permanecer en su territorio hasta que cumplen los 18 años de edad repercuten negativamente en los derechos del niño.

Fuentes de este principio en derecho internacional: Las fuentes de este principio se encuentran en las notas a pie de página 35 y 36 que figuran en este documento.

Comentario explicativo:

Las políticas adoptadas por los gobiernos, las organizaciones intergubernamentales o los grupos de Estados relativas a los refugiados o a los migrantes podrían tener repercusiones en los niños, incluso si no se les menciona de manera explícita. Los Estados tienen la obligación de incorporar los derechos del niño en cualquier legislación, política o práctica que pueda repercutir en los niños en tránsito y en otros niños afectados por la migración, para garantizar que el interés superior de todos los niños que podrían verse afectados por estas situaciones sea una consideración primordial y señalada de manera explícita en los mismos. Los Estados tienen el deber de tomar en consideración la repercusión de los marcos de desarrollo relativos a la migración en los niños, incluidos aquellos relativos a los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Para tener en cuenta las necesidades y el punto de vista de los niños en tránsito y otros niños afectados por la migración, los Estados deben recabar información sobre estos niños y directamente de ellos, así como evitar hacer suposiciones basándose en rumores y estereotipos sobre sus necesidades o el maltrato que experimentan.

Los niños a los que se les otorga asilo o que se marchan para quedarse en un país que no es el suyo necesitan seguridad y estabilidad para florecer. Los Estados que solo les autorizan a permanecer en su territorio hasta alcanzar los 18 años de edad les están denegando dicha seguridad. Este enfoque implica que, una vez que el niño se convierte en adulto, el Estado ya no tiene por qué hacer del interés superior del niño una consideración primordial, también en cualquier decisión futura sobre si el niño puede permanecer en el Estado o si se verá obligado a volver a su país de origen. Estas políticas tienen múltiples consecuencias en los niños y los jóvenes adultos implicados. Esto es especialmente importante porque esta sección de la población se suele enfrentar a mayores dificultades y retos en comparación con otras personas jóvenes de la misma edad. Cuando se lleva a cabo el proceso de determinación del interés superior del niño, los Estados deberían apoyar soluciones duraderas que garanticen la protección y el desarrollo personal del niño después de que cumpla los 18 años,

³⁵ Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951), art. 33; Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura (1984), art. 3; CRC, art. 22 Véase también la observación general núm. 31 del Comité de Derechos Humanos sobre la índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el Pacto (2004), en que se señala que el artículo 2 del ICCPR “entraña la obligación de no extraditar, deportar, expulsar o retirar de otro modo a una persona de su territorio, cuando hay razones de peso para creer que existe un riesgo real de provocar un daño irreparable (...) sea en el país al que se va a trasladar a la persona o en cualquier otro país al que la persona sea posteriormente trasladada”.

³⁶ CRC, art. 39 (hace referencia a las medidas para promocionar la recuperación física y psicológica, así como la reintegración en la sociedad de los niños que han sido víctimas de explotación, maltrato y abandono).

para permitirle planificar su educación, capacitación profesional o situación laboral a largo plazo. En efecto, los Estados deberían tomar las medidas adecuadas para preparar y acompañar a los niños en su transición a la edad adulta, en vez de amenazarlos con el advenimiento de cambios abruptos nada más alcancen la mayoría de edad.

9. Los niños tienen derecho a expresar sus opiniones libremente en todos los asuntos que los afecten y estas se deben tener debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño, así como de su comprensión de las opciones disponibles.³⁷

Los Estados deben velar por que los niños afectados por la migración, se encuentren o no en su Estado de origen, tengan acceso adecuado durante todas las etapas del proceso migratorio a una información de calidad, representación letrada gratuita, servicio de traducción y, en los casos en los que se trate de niños no acompañados o separados, a que se les proporcione tutela.

Fuentes de este principio en derecho internacional: Las fuentes de este principio se encuentran en la nota a pie de página 37 que figura en este documento.

Comentario explicativo:

Los niños tienen derecho a expresar sus opiniones libremente en todos los asuntos que los afecten y estas se deben tener debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño. Esto es especialmente importante en el contexto de las decisiones que les afectan personalmente, las tomen funcionarios del Estado o organizaciones que les proporcionan cuidados. Para garantizar que se ha comprendido bien el punto de vista del niño, los niños que no hablen la lengua materna de la persona que tome la decisión final deben tener a su disposición un servicio de interpretación de calidad. Los Estados deberían solicitar y considerar el punto de vista y las experiencias de todos los niños afectados por la migración cuando elaboren políticas relativas a la migración. El CRC establece que todos los Estados y otros actores deben reconocer y apoyar la capacidad de decidir de los niños. Nunca se debe tratar a los niños como meras víctimas de sus circunstancias, sino como artífices de su propio futuro.

Cuando los niños llegan a un nuevo lugar, sea dentro de su propio Estado o en un Estado que no es el suyo, deben recibir información precisa sobre sus opciones, incluidas aquellas relativas a su condición jurídica y sus posibilidades de acceso a las instituciones educativas y a otros servicios públicos. Una de las prioridades de los Estados y las organizaciones internacionales debería ser la puesta a disposición de los niños y de sus familias de teléfonos y conexión a Internet, tanto durante su viaje como cuando llegan a un nuevo lugar. Esta conectividad propicia el acceso a un asesoramiento de calidad y permite que mantengan un contacto más cercano con sus familias.

Los Estados tienen la responsabilidad de proteger a los niños en tránsito y a otros niños afectados por la migración que no estén en contacto con sus cuidadores primarios, independientemente de donde se encuentren. Las agencias nacionales de atención o protección de la infancia deberían ser las que se responsabilizan de estos niños y no las agencias de inmigración. Asimismo, las agencias de protección de la infancia pertinentes también deberían responsabilizarse de los niños desplazados dentro de su propio país en su nueva ubicación. Al identificar a una persona joven como (a) no acompañada o separada y (b) posiblemente un niño, se la debe registrar como tal. Se debería nombrar a un tutor legal³⁸ a la mayor brevedad posible, para que este acompañe a la persona joven e interactúe con otros con el fin de garantizar que se conozca el punto de vista de la persona joven y que su interés superior siempre se tenga en consideración al emprender acciones o tomar decisiones relevantes.

37. CRC, art. 12 Véase también Comité de los Derechos del Niño, OG núm. 12 sobre el derecho del niño a ser escuchado (2009), en especial la sección C.9, “En los procedimientos de inmigración y asilo”, párrs. 123 y 124

38. “En el caso de un menor separado de su familia, normalmente se nombrará tutor al familiar adulto que lo acompañe o quien le dispense cuidados sin ser familiar directo, salvo que haya indicios de que ese arreglo no va a beneficiar al menor (...)” (Comité de los Derechos del Niño, observación general núm. 6. Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen (2005), párr. 34.