

Octubre de 2015 – DOCUMENTO DE ENLACE 5

Versión provisional para realizar aportaciones a las Jornadas de la Sociedad Civil del FMMD

Documento de enlace sobre los derechos del niño – El Plan de Acción para la Colaboración de 5 años desde la perspectiva de los derechos del niño

# Interacción de los mecanismos internacionales de protección de los derechos de los migrantes:

## Una perspectiva de los derechos del niño

Este documento forma parte de una serie de documentos de enlace que examinan diferentes puntos del Plan de Acción para la Colaboración de 5 años desde la perspectiva de los derechos del niño. El objetivo es analizar las particularidades que afectan a los niños en el contexto de la migración y establecer enfoques más coherentes desde el punto de vista de los derechos del niño. El documento ha sido elaborado para realizar aportaciones a las Jornadas de la Sociedad Civil del Foro Mundial sobre Migración y Desarrollo (Estambul, Turquía, del 12 al 13 de octubre de 2015).



Photo from VR video «A day in the life of Amani» of Terre des Hommes Netherlands

## Recomendaciones

- 1 Promover que los Estados eliminen las reservas que limitan los derechos de los niños en el contexto de la migración internacional, especialmente en lo que respecta a la CDN, la CTM, el PIDCP y el PIDESC.
- 2 Coordinar las actividades de promoción y de seguimiento de la sociedad civil en torno a la CDN, el CTM y el EPU, en lo que se refiere a los niños en el contexto de la migración internacional (por ejemplo, la Observación General Conjunta sobre los derechos de los niños en el contexto de la migración internacional).
- 3 Solicitar un mayor compromiso y más recursos de UNICEF, específicamente en el cambio de política con respecto a los niños en el contexto de la migración internacional.
- 4 Traducir las obligaciones de estos tratados en la legislación y las políticas nacionales de un modo que se potencien los derechos de los niños migrantes.
- 5 Recopilar las mejores prácticas de iniciativas adoptadas por los Estados (en los Estados federales), los municipios y las ciudades para proteger los derechos de los niños migrantes.

## Contexto

Los niños en el contexto de la migración se enfrentan a una situación de doble vulnerabilidad, tanto por ser niños como por ser migrantes, lo que los sitúa en peligro de sufrir graves violaciones de los derechos humanos. Ya viajen solos o con sus familias, sean hijos de padres migrantes o sean abandonados, pueden verse sometidos a alguna de las siguientes violaciones: la discriminación basada en su situación o la de sus padres; la trata de personas; la venta; las peores formas de trabajo infantil; no ser registrados al nacer; ser apátridas; la detención y deportación arbitraria; la violencia, incluida la violencia sexual y la tortura; la separación de la familia; el acceso limitado a los derechos económicos y sociales y el menosprecio de sus intereses superiores y su derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo.

No obstante, los niños en el contexto de la migración tienen derecho a recibir una protección integral a través del amplio conjunto de leyes internacionales. Si bien los Estados tienen el poder de controlar sus fronteras y de poner en marcha políticas migratorias, también tienen el deber de respetar los derechos de estos niños mediante una serie de tratados en virtud del derecho internacional de los derechos humanos, el derecho humanitario, el derecho de los refugiados, el derecho laboral, el derecho marítimo, así como los tratados regionales, independientemente de su situación migratoria. Los niños deben encontrarse en posición de ventaja frente a los adultos, ya que la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño (CDN), no solo les otorga derechos específicos, sino que su ratificación casi universal les confiere derecho a la protección en 195 Estados Partes.<sup>[1]</sup>

En un gran número de países, este marco legal ha servido de base para modificar las leyes, elaborar políticas o emitir sentencias con respecto a los derechos de los niños migrantes. Esto ha abarcado las leyes o políticas relacionadas con la nacionalidad y la apatridia, el acceso a la asistencia sanitaria y a la educación, la determinación del interés superior del niño en las decisiones relativas a la reunificación familiar, la oferta de alternativas a la detención y la garantía de una protección más completa a los niños no acompañados por sus familias. No obstante, estas medidas suelen ser fragmentarias y solo contemplan ámbitos específicos de los derechos de estos niños. Con el fin de maximizar el impacto de este marco jurídico, los Estados deben hacer frente al habitual déficit doble en la legislación y en la política que incrementa la vulnerabilidad de estos niños: las leyes y políticas de protección infantil no tienen suficientemente en cuenta las necesidades y vulnerabilidades específicas de los niños migrantes y, por otro lado, las leyes y políticas migratorias tampoco reflejan la perspectiva del niño, por lo que a menudo las medidas que se aplican no resultan apropiadas para los niños.

Un gran número de mecanismos y actores, incluidos los órganos de tratados (por ejemplo, el Comité de la ONU sobre los Derechos del Niño), expertos independientes (por ejemplo, titulares de mandatos de procedimientos especiales), el Examen Periódico Universal, los tribunales internacionales y regionales, las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, así como Instituciones Nacionales de Derechos Humanos, supervisan, informan y respaldan el cumplimiento de estos tratados. Los mecanismos y órganos que tienen el mandato de examinar que los Estados cumplan con sus obligaciones con respecto a los derechos humanos, emiten una serie de recomendaciones entre las que figuran las relativas a los derechos de los niños en el contexto de la migración internacional.

[1] Los Estados que aún no han ratificado la CDN son Somalia y Estados Unidos.

## Problemas y retos

### La invisibilidad de los niños migrantes a pesar de la protección integral de los tratados

En los tratados internacionales de derechos humanos, los derechos de los migrantes (incluidos los niños) están generalmente cubiertos por disposiciones generales relacionadas con todos los seres humanos o grupos específicos pertinentes para el tratado, así como por la disposición sobre la no discriminación que se aplica a cualquier persona dentro de « su jurisdicción ». Este es el caso de la CDN, en la que los niños migrantes están cubiertos por el artículo 2: « *Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de 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* ». Además de la CDN, la gran mayoría de tratados sobre derechos humanos, labor humanitaria, refugiados y algunos tratados laborales recogen disposiciones específicas sobre los niños, que son pertinentes para los niños migrantes, como el derecho a la nacionalidad, a la educación, a ser registrados al nacer y a no ser explotados en el trabajo.

Si bien estas disposiciones garantizan que se respeten los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional, requieren que los Estados las interpreten de un modo que incluya a cualquier niño dentro de su jurisdicción, incluidos los niños que se encuentran en situación migratoria irregular. En determinados casos, los Estados han formulado reservas que limitan los derechos de los niños migrantes (por ejemplo, el derecho a la nacionalidad), limitando así explícitamente el alcance de los tratados. En otros casos, las políticas de los Estados, como es el caso de las políticas de devolución, se utilizan para garantizar que estos niños nunca estén bajo su jurisdicción, eliminando de este modo cualquier obligación para con ellos.

Aunque la Convención sobre los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (CTM) recoge disposiciones específicas relativas a los niños en el contexto de la migración internacional, su baja tasa de ratificación<sup>[2]</sup> limita su repercusión en los niños migrantes o hijos de trabajadores migrantes, especialmente en los numerosos países de destino que no la han ratificado.

### Interpretar la CDN en el contexto de la migración internacional

Si bien incumbe al Estado interpretar la CDN con respecto a los niños migrantes en las leyes o políticas nacionales, los Estados suelen mostrarse reticentes a garantizarles una protección completa, ya que puede constituir una posición política impopular. Incluso los Estados que poseen sistemas integrales de protección infantil casi nunca proporcionan la misma protección a todos los niños dentro de su jurisdicción, en especial, a los que se encuentran en situación irregular. Por lo tanto, los niños migrantes generalmente terminan enfrentándose a un doble déficit en la legislación y la política, lo que limita considerablemente el respeto de sus derechos. Por ejemplo, los Estados pueden utilizar la unidad familiar como un pretexto para justificar la detención de niños migrantes con sus padres o prever que la reunificación familiar se produzca en el país de origen, sin tener en cuenta la repercusión que esto causa en los demás derechos del niño. Dichas políticas de protección infantil y migratorias pueden ser contradictorias, lo que hace que a los profesionales que trabajan con los niños migrantes les resulte complicado encontrar el equilibrio adecuado.

Para ayudar a los Estados a interpretar sus obligaciones en virtud de la CDN, el Comité de la ONU sobre los Derechos del Niño se ha referido explícitamente a los niños en el contexto de la migración internacional de diferentes maneras. Tras realizar exámenes periódicos de los Estados, el Comité formula recomendaciones específicas para cada país en sus observaciones finales con respecto a las medidas que deberían tomar para respetar los derechos de estos niños. En 2005, el Comité elaboró una interpretación de la CDN, denominada Observación General, relativa al « trato de los niños no acompañados y separados de sus familias fuera de su país de origen ». Asimismo, en 2012, se organizó un Día de Debate General sobre « los derechos de todos los niños en el contexto de la migración internacional », y se emitieron recomendaciones para los Estados y otros actores. Más recientemente, para orientar aún más a los Estados Partes en el cumplimiento de las normas internacionales de derechos humanos relevantes para estos niños, el Comité de los Derechos del Niño y el Comité de los Trabajadores Migrantes iniciaron un proceso para redactar una Observación General conjunta

[2] La CMT ha sido ratificada por 48 Estados.

sobre los « derechos de los niños en el contexto de la migración internacional ». Por último, el tercer Protocolo Facultativo de la CDN relativo a un Procedimiento de Comunicaciones, que entró en vigor en 2014<sup>[3]</sup>, también podría utilizarse para hacer frente a presuntas violaciones de los derechos de los niños migrantes. Esta medida no solo proporcionaría soluciones para casos específicos, sino que también desarrollaría la jurisprudencia pertinente. Si son utilizadas, estas interpretaciones y recomendaciones tienen el potencial de reducir el déficit en la legislación y en la política que afectan a estos niños.

## **La infrautilización de las recomendaciones de los mecanismos de derechos humanos para promover los derechos de los niños en el contexto de la migración internacional**

Además de todas las recomendaciones formuladas por los órganos de tratados, los temas relacionados con los niños en el contexto de la migración internacional también han sido planteados por mecanismos relacionados con el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, mediante resoluciones, visitas e informes de los Procedimientos Especiales (por ejemplo, el Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes) o bajo el proceso de Examen Periódico Universal (EPU). El EPU es un mecanismo de la ONU en el que todos los Estados miembros de la ONU examinan la situación general de los derechos humanos (incluidos los derechos de los niños en el contexto de la migración internacional) en todos los Estados miembros de la ONU. Mediante el EPU no solo se han realizado numerosas recomendaciones pertinentes para los niños en el contexto de la migración internacional, sino que gran parte de ellas han sido aceptadas por los Estados examinados. Dichas recomendaciones han comprendido temas relacionados con el acceso a los servicios; la asignación de recursos; el registro de nacimientos; el programa para niños que han sido devueltos a su país de origen o deportados a un tercer país; mejores condiciones, medidas alternativas y el cese de la detención; la facilitación o preservación de la unidad familiar; la protección contra la trata y el trabajo infantil (que incluye a los trabajadores domésticos); así como los marcos legislativos o las políticas que están en consonancia con la CDN. Los Estados que han aceptado estas recomendaciones tienen el deber de aplicarlas antes de la próxima revisión, que tendrá lugar 4.5 años más tarde.

Asimismo, los organismos regionales han emitido una serie de interpretaciones y recomendaciones de los tratados con respecto a los derechos de los niños migrantes. Por ejemplo, el Comité Africano de Expertos sobre los Derechos y el Bienestar del Niño ha realizado recomendaciones a los Estados Partes en sus observaciones finales; la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha publicado una opinión consultiva sobre los derechos de los niños migrantes y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha emitido sentencias sobre los niños migrantes (por ejemplo, la detención arbitraria, el derecho a la educación y la reunificación familiar). Por lo tanto, no faltan recomendaciones e interpretaciones emitidas por todos estos y por otros mecanismos con respecto a las obligaciones de los Estados para con los niños en el contexto de la migración internacional. El problema radica en su aplicación.

## **La coordinación y la utilización de estos mecanismos por la sociedad civil son insuficientes**

Si bien las organizaciones de la sociedad civil han promovido o influenciado recomendaciones sobre los niños en el contexto de la migración internacional, por lo general, esta labor no se ha realizado de una manera coordinada entre los diferentes grupos temáticos. Esto puede deberse a los recursos limitados, pero también a la falta de sensibilización o de capacidad para cubrir otros mecanismos. Por ejemplo, las ONG sobre derechos del niño a menudo se centran en la CDN, las de derechos de la mujer, en la CETDFM y las de los derechos de los migrantes en la CMT. Sin embargo, si pretenden promover los derechos de las niñas migrantes, deben dirigirse a las tres para maximizar su impacto, así como a cualquier otro tratado pertinente del que el Estado podría formar parte. Mientras tanto, las organizaciones que poseen un interés temático reducido (por ejemplo, la detención de los niños) pueden promover su tema satisfactoriamente con una serie de mecanismos, pero hacerlo de manera aislada. Así pues, este enfoque, en ocasiones fragmentado, no siempre cubre los temas relevantes para los niños en el contexto de la migración internacional de una manera integral.

La coordinación entre la sociedad civil, pero también entre las organizaciones intergubernamentales resulta esencial, no solo para plantear estas cuestiones en diferentes foros, sino también a la hora de promover o apoyar a los Estados en el cumplimiento de sus

<sup>[3]</sup> Los niños tienen que agotar los recursos internos en primer lugar y el tratado solo ha sido ratificado por 17 Estados.

obligaciones para con estos niños. El Grupo de Trabajo Interinstitucional sobre Niños en Movimiento es un buen ejemplo de esto, pues agrupa a los organismos que trabajan por la protección y el apoyo de los niños implicados o afectados por situaciones migratorias, y comprende Save the Children, UNICEF, OIT, OIM, ACNUR, Terre des Hommes, Plan Internacional, el Movimiento Africano de Niños y Jóvenes Trabajadores, Acción para el Medio Ambiente y el Desarrollo en el Tercer Mundo y la Fundación Oak. El Grupo centra sus esfuerzos conjuntos en investigar y recopilar pruebas, así como en la promoción regional y mundial.

Puesto que la promoción ha influido en las recomendaciones de estos mecanismos y órganos, debe ser ampliada y deben desarrollarse indicadores o parámetros de referencia con el propósito de incrementar la aplicación de estas recomendaciones a nivel nacional, ya que esto es lo que producirá una repercusión real en los niños afectados.

## La perspectiva de los niños en el contexto de la migración internacional suele ser inexistente

Existe un considerable interés por institucionalizar la participación de la sociedad civil en estos mecanismos, pero rara vez se hace extensiva a los niños.

La opinión de los niños afectados por la migración casi nunca se escucha en los debates relacionados con sus problemas. No obstante, existen algunas excepciones que han llevado a comprender por qué emigraron algunos niños y las situaciones en las que viven, ya sea en los países de tránsito o en los de destino. Por ejemplo, durante el Día de Debate General en 2012, se presentaron una película, ponencias e informes escritos por niños en los que exponían sus puntos de vista sobre el tema de debate. Además, los niños migrantes han expresado sus opiniones al Comité de los Derechos del Niño cuando examinó a algunos Estados para influir en las recomendaciones formuladas a los Estados de destino en los que viven.

Escuchar sus puntos de vista no solo significa respetar su derecho a ser escuchados, sino que también resulta esencial para entender sus decisiones, necesidades y aspiraciones. Solo si se comprende lo que los ha llevado a terminar en diferentes contextos de migración, se pueden poner en marcha políticas y programas para hacer frente a sus necesidades. Los niños suelen ser presentados como víctimas y personas vulnerables en el contexto de la migración internacional; por ejemplo, son víctimas de la trata o de la violencia, huyen de un conflicto, son detenidos, etcétera. Aunque todas estas cuestiones ilustran graves violaciones de los derechos humanos, también es importante tener en cuenta a los niños que deciden emigrar en busca de mejores oportunidades para el futuro. A todos estos niños se les debe conceder la oportunidad de expresar su opinión, si así lo desean.

## Convenciones e instrumentos internacionales relativos a los niños migrantes Instrumentos internacionales de derechos humanos.

### Instrumentos internationaux relatifs aux droits de l'homme

- Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948)
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965)
- Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979)
- Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (1984)

- Convención sobre los Derechos del Niño y sus tres Protocolos Facultativos (1989)

---

- Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (1990)

---

- Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, y en particular, su Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños y su Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire (2000) y dos de sus tres Protocolos Facultativos.

### Convenios de la OIT

- Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949 (Nº .97)

---

- Convenio sobre la edad mínima, 1973 (Nº 138)

---

- Convenio sobre los trabajadores migrantes, 1975 (Nº .143)

---

- Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 (Nº .156)

---

- Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (Nº 182)

---

- Convenio sobre trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos, 2011 (Nº . 189)

### Instrumentos regionales de derechos humanos

- Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus Protocolos Facultativos (1950)

---

- Convención Americana sobre Derechos Humanos y sus Protocolos Facultativos (1969)

---

- Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (1981)

---

- Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño (1990)

**Agradecimientos** : Estos documentos de enlace han sido redactados por Lisa Myers, Mirela Shuteriqi e Ignacio Packer para Terre des Hommes [www.terredeshommes.org](http://www.terredeshommes.org) y la Campaña Destino Desconocido [www.destination-unknown.org](http://www.destination-unknown.org). Asimismo, extendemos nuestro agradecimiento a los representantes de una amplia gama de organizaciones que han aportado interesantes observaciones y estimulantes debates para elaborar estos documentos iniciales. Los debates continuarán durante las Jornadas de la Sociedad Civil (y después) con el fin de fortalecer los esfuerzos para reunir las perspectivas sobre migración, desarrollo y derechos del niño en el Plan de Acción para la Colaboración de 5 años.