

## V. DESAFÍOS EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS DE NNA MIGRANTES: DERECHOS SOCIALES, DETENCIONES Y EXPULSIONES

### 1. DERECHOS SOCIALES

**T**odos los NNA migrantes, no acompañados, separados, que migraron con sus padres o que nacieron en el país de destino, deben tener acceso irrestricto a los derechos sociales. Hay que recordar que las protecciones legales internacionales de derechos humanos garantizan el acceso de *todos* los niños a todos los derechos, incluidos, y de modo especial por su vulnerabilidad, los derechos sociales a la educación,<sup>191</sup> la asistencia sanitaria<sup>192</sup> y una vivienda digna,<sup>193</sup> sin importar si son nacionales o extranjeros o migrantes regulares o irregulares.

A pesar de lo anterior, en la práctica los NNA migrantes tienen restringido el acceso a los derechos sociales básicos. Esto, en

---

<sup>191</sup> Artículo 26 DUDH, artículos 28.1 y 29.1 CDN, artículo 13 PIDESC, artículo 5.e.v CEDR, artículo 30 CDTM, artículos 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 No. 1 CEDH, artículo 17 Carta Social Europea revisada (CSEr), artículo 14 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE).

<sup>192</sup> Artículo 25.1 DUDH, artículos 24, 25 y 39 CDN, artículo 12 PIDESC, artículo 5.e.iv CEDR, artículo 28 CDTM, artículo XI DADH, artículo 10 PSS, artículo 3 CEDH (CoEDH, *Pretty v. Reino Unido*, demanda no. 2346/02, sentencia de 29 de abril de 2002, párr. 52), artículos 11 y 13 CSEr, artículo 35 CDFUE.

<sup>193</sup> Artículo 25.1 DUDH, artículo 27.3 CDN, artículo 11 PIDESC, artículo 5.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.

---

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

---

virtud de que las leyes y políticas de control de la migración no tienen un enfoque compatible con sus derechos como NNA. De hecho, la legislación, las políticas y los programas estatales en materia de derechos sociales, que regulan temas como la salud, la educación y la vivienda, suelen omitir cualquier alusión a la cuestión de las personas migrantes. Muchas veces, esa omisión normativa y programática se traduce en la inexistencia de programas adecuados para atender debidamente la situación de los NNA migrantes, sus necesidades y derechos, en especial cuando no están acompañados por sus padres. La realidad demuestra que cuando no hay referencias expresas en las normas, la interpretación queda al arbitrio ulterior de la reglamentación de las leyes o resoluciones de las autoridades de aplicación, o directamente de la voluntad del funcionario público, el director del hospital o las autoridades de la escuela quienes, en forma muchas veces arbitraria y heterogénea, deciden si los NNA acceden o no a derechos fundamentales como la educación o la salud.

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 NNA migrantes 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. Los NNA migrantes 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 aquellos 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. Ésta es la lógica de las regulaciones internacionales en materia de derechos humanos y su protección a todos los niños, sin discriminación alguna.

## NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

---

El Comité de los Derechos del Niño ha instado a los Estados a garantizar el acceso de todos los niños y niñas a servicios adecuados y efectivos, en particular a programas de atención de la salud, cuidado y educación específicamente diseñados para promover su bienestar, prestando “especial atención a los grupos más vulnerables de niños pequeños y a quienes corren riesgo de discriminación”.<sup>194</sup> Ello incluye a las niñas y a los niños de familias migrantes. De este modo, los Estados están obligados a no obstruir los derechos sociales para los NNA migrantes; esto es, se deben abstener de cualquier medida que restrinja o discrimine en el acceso a servicios sociales en razón de su condición migratoria. Además, deben promover en forma activa el acceso a los derechos sociales; en particular, se les debe garantizar asistencia material —a través del sistema de protección social—, proporcionándoles lo necesario para asegurar un nivel de vida digna en los términos del artículo 27 de la CDN.

No obstante, en la práctica estatal existen diversas barreras que impiden que estos derechos sean asequibles para todos los niños sin discriminación alguna, impidiendo su cumplimiento efectivo, en especial para los NNA migrantes irregulares y sus familias. Esto ha sido reconocido por diversas instancias internacionales, como la Corte Europea de Derechos Humanos<sup>195</sup> y la UNICEF: “al carecer de los documentos apropiados, pueden experimentar dificultades en el acceso a los servicios básicos y problemas con la ley”.<sup>196</sup> Hay que recordar que gran parte del

---

<sup>194</sup> 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 6, 2005, párrs. 41 y 42.

<sup>195</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 13178/03, sentencia del 12 del octubre de 2006.

<sup>196</sup> UNICEF, *A Child's Rights Approach on International Migration and Trafficking: a UNICEF Perspective*, Informe presentado en la Tercera Reunión de

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>197</sup>

Así, los NNA migrantes irregulares están expuestos a mayores riesgos de pobreza, explotación, discriminación, exclusión social y violencia, que el resto de migrantes.<sup>198</sup> La criminalización de la condición migratoria 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, tienen 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>199</sup> Por estas restricciones impuestas

---

Coordinación sobre Migración Internacional, Nueva York, 27-28 de octubre de 2004, p. 55.

<sup>197</sup> Koser, Khalid, *Irregular Migration, State Security and Human Security*, Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales, septiembre de 2005, p. 10.

<sup>198</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>199</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

## NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

---

a sus derechos o a los de sus padres, su desarrollo en los países de tránsito y destino se ve gravemente afectado.<sup>200</sup>

### A. Educación

El principio de igualdad de trato exige a los Estados, eliminar toda discriminación contra los NNA migrantes en sus sistemas educativos. Por lo tanto, deben evitar la segregación escolar y la aplicación de normas de trato distintas a los hijos de los trabajadores migratorios, y eliminar todas las formas de discriminación contra los hijos de los trabajadores migratorios en las aulas.<sup>201</sup> Así, los Estados no deben exigir a los trabajadores migratorios que presenten un permiso de residencia para inscribir a un hijo, dado que, de hecho, con ello privarían a los niños migrantes en situación irregular de su derecho a la inscripción de su nacimiento y, por ende, quizá también de la posibilidad de acceder a la educación, a los servicios de salud, al empleo y a otros derechos.<sup>202</sup> En el caso de los NNA no acompañados o separados de su familia, independientemente de su estatuto, se les debe dar pleno acceso a la educación en el país de acogida, y los Estados deberán inscribirlos ante las autoridades escolares competentes lo antes posible

---

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 7, Suiza, SRO-Kundig, 2008, p. 47.

<sup>200</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, párrs. 26 y 33.

<sup>201</sup> Comité de Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familias, *Derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares*, Observación general 2, párrs. 76-77.

<sup>202</sup> *Ibidem*, párr. 79.

y ayudarlos a que aprovechen al máximo las oportunidades de aprendizaje.<sup>203</sup>

A pesar de lo anterior, los NNA migrantes 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.<sup>204</sup> Los prácticos, como el escaso conocimiento del idioma, lo cual limita el acceso a la educación, no sólo a los NNA migrantes irregulares, sino a todos los NNA 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, et- cetera. 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 NNA completar todo un año escolar.<sup>205</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>206</sup> De hecho,

---

<sup>203</sup> Comité de los Derechos del Niño, *Realización de los derechos del niño en la primera infancia*, Observación general 7, CRC/C/GC/7, noviembre de 2005, párr. 24.

<sup>204</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 no. LXXIX de 1993, sobre Educación Pública, enmendada en 2003 por la Ley 2003/LXI (Preámbulo, artículos 3,6, 110) 33, artículo 110.

<sup>205</sup> PICUM, *Los niños indocumentados en Europa: Víctimas invisibles de las restricciones a la inmigración*, Bruselas, PICUM, 2008, p. 42.

<sup>206</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 migración irregular pueden, de hecho, eliminar un

## NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

---

como para matricular a los NNA frecuentemente se les pide que demuestren su residencia en el distrito escolar,<sup>207</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>208</sup>

Al negarles el acceso a la educación a estos NNA, 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>209</sup> Aún más, se les impide que en un futuro puedan acceder a un permiso de residencia regular, ya que algunos países<sup>210</sup> otorgan dicho permiso a los dieciocho años, tras la perma-

---

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”), que 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>207</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>208</sup> PICUM, *Los niños indocumentados en Europa: víctimas invisibles de las restricciones a la inmigración*, cit., pp. 23.

<sup>209</sup> Guimont, A., *Le droit à l'éducation des enfants migrants*, Ginebra, OACDH, 2007, p. 2, 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>210</sup> Por ejemplo, en Italia 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 dieciocho 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. En Francia, 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 dieciocho años. Sin embargo, la Ley 2003/1119, del 26 de noviembre de 2003, *relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à*

nencia continuada en su territorio durante un número determinado de años y que hayan asistido a un curso escolar de forma regular, entre otras condiciones.

## B. Salud

Los Estados tienen la obligación fundamental de asegurar, como mínimo, la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos, incluida la atención primaria básica de la salud, garantizando el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, especialmente en lo que respecta a los grupos en situación vulnerable o marginados.<sup>211</sup> Sin embargo, los NNA migrantes 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>212</sup> Por estos obstáculos es difícil que los NNA migrantes tengan acceso continuo a un médico de cabecera, quedando relegados a las situaciones de emergencia. Por

---

*la nationalité*, cambió esta situación al señalar en su artículo quince que los jóvenes extranjeros sólo pueden pedir el permiso de residencia si han estado inscritos en el sistema escolar francés al menos desde los dieciseis años y a los dieciocho años prosiguen con sus estudios de educación superior. La Circular Nor/Int/D/04/00006/C, de 20 de enero de 2004, sobre la aplicación de la Ley 2003-1119, explica que el cambio tiene como fin restringir la “inmigración ilegal de menores no acompañados”.

<sup>211</sup> Comité de los Derechos del Niño, *La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño*, Observación general No. 4, CRC/GC/2003/4, julio de 2003, párr. 38.

<sup>212</sup> Al respecto, véase PICUM, *Acceso a la asistencia sanitaria para migrantes indocumentados en Europa*, Bruselas, PICUM, 2007.

## NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

---

supuesto, el acceso a los servicios dental, oftalmológico, psiquiátrico y de otras especialidades queda fuera de su alcance en la mayoría de los casos.

La protección otorgada a estos NNA varía dependiendo del país del que se hable, si bien en la práctica existen ciertos patrones en los Estados. Algunos países 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>213</sup> Otros países<sup>214</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.<sup>215</sup>

---

<sup>213</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 están registrados en el padrón de su localidad. Véase el artículo 12.3 de la Ley 4/2000, del 11 de enero de 2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE 12 de enero).

<sup>214</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). Al respecto, véanse los artículos 34 y 35 de la Ley de Inmigración 286/98 (*Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*).

<sup>215</sup> En Bélgica, 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, véanse *Loi portant dispositions diverses en matière de santé* (13/12/2006) y la circular OA 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

---

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

---

Esto contraría los estándares internacionales en la materia, puesto que si bien es importante reconocer la vulnerabilidad de los niños no acompañados, aquellos que sí lo están también se encuentran en una situación delicada y deben tener derecho a la asistencia sanitaria completa.

Hay países<sup>216</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 del médico de cabecera.<sup>217</sup> En otros Estados no se establece ningún cuidado

---

centros de acogida para solicitantes de asilo. Véase el real decreto del 12 de diciembre de 1996, concerniente la asistencia médica de urgencia proporcionada por el Centro de Bienestar Social (SWA) para los extranjeros que residen irregularmente.

En Francia existe un sistema llamado “Ayuda Médica del Estado” (Aide Médicale de l’Etat-AME), que 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 tres 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 3 de la Ley de cobertura sanitaria universal (*Loi 99-641 du 27 juillet 1999. Loi portant la création d’une couverture maladie universelle, Journal Officiel de la République Française of 28 juillet 1999*).

<sup>216</sup> En el 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. Véanse: Instrumento Legislativo 2004 614’ (SI614), del Departamento de Salud; *The National Health Service (Charges to Overseas Visitors) (Amendment) Regulations 2004*, marzo de 2004; y Medact, *Proposals to Exclude Overseas Visitors from Eligibility to Free NHS Primary Medical Services: Impact on Vulnerable Migrant Groups*, 2004.

<sup>217</sup> En los Países Bajos, 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,

## NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

---

especial para los niños migrantes irregulares, por lo que se les brinda la misma atención que a los adultos irregulares.<sup>218</sup> Por último, están los países<sup>219</sup> en los que toda la asistencia sanitaria (incluso los cuidados de urgencia) es de pago, y los tratamientos suelen ser inaccesibles para los migrantes irregulares.<sup>220</sup> 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.

### C. 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

---

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 con 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. Al respecto, véanse la Ley del 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>218</sup> En Hungría, 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, en [www.eum.hu/index.php?akt\\_menu=3550](http://www.eum.hu/index.php?akt_menu=3550).

<sup>219</sup> Por ejemplo, en Austria. Véase la ley *Bundesgesetz über Krankenanstalten- und Kuranstalten (KAKuG) BGBl. Nr. 1/1957*, secciones 22 y 23.

<sup>220</sup> Si bien hay atención médica sin costo para enfermedades como tuberculosis. Véase, *Tuberkulosegesetz*, BGBl Nr. 127/1968, secciones 2 y 10.

---

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

---

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>221</sup>

La única forma de protección que se puede invocar para NNA 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 separarse de él, para proporcionarle de este modo asistencia, con lo cual se viola el derecho del niño a crecer con su propia familia.<sup>222</sup>

El derecho a la vivienda de los NNA 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

---

<sup>221</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. Al respecto, véase Ortega Velázquez, Elisa, *Los derechos humanos de los migrantes Irregulares en el derecho internacional y la práctica americana y europea*, 2, Saarbrücken, Alemania, Publicia, 2014, pp. 340 y ss.

<sup>222</sup> A este respecto, véase Rozzi, E., “Minori stranieri e comunitari accompagnati da genitori irregolari: quali diritti?”, *Minorigiustizia*, 3, 2008.

## NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

---

abusivos y en muy mal estado, orillándolos a vivir en condiciones deplorables.<sup>223</sup> El denunciar a los arrendadores implica salir de la invisibilidad y correr el riesgo de ser deportados.

### 2. DETENCIONES

#### A. Panorama general

Entre las diferentes acciones que los Estados llevan a cabo con el fin de controlar la migración irregular se encuentra la de detener<sup>224</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>225</sup> es causa de malos tratos y otras violaciones de derechos humanos para los migrantes.

---

<sup>223</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, en <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/7790571.stm>.

<sup>224</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, alojar, presentar, 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>225</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 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, párr. 15.

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 la 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.

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 NNA.<sup>226</sup> No existan medidas —en la generalidad de los casos— alternativas que aseguren una protección integral para los NNA migrantes<sup>227</sup> y el común denominador es que los NNA, en especial los adolescentes, sean tratados como adultos. Por ejemplo, en numerosas ocasiones 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>228</sup> Esto incide en la crimina-

---

<sup>226</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, párrs. 24-25.

<sup>227</sup> Esto ha sido evidenciado por el Parlamento Europeo en *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 y 205-217.

<sup>228</sup> UNICEF, *Estudio sobre los estándares jurídicos básicos aplicables a niños y niñas migrantes en situación migratoria irregular en América Latina y el Caribe*, Lanús, UNICEF, 2009, p. 19.

## NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

---

lización y estigmatización de la población migrante irregular, y repercute de forma particularmente negativa en los NNA. 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 detenidos, como adultos, lo que incluye situaciones de detención punitiva con el propósito de disuadirles de futuras entradas irregulares. En algunas situaciones, los niños son detenidos como inmigrantes como recurso para sustituir mecanismos de atención”.<sup>229</sup>

El que los NNA sean tratados como adultos conlleva a que se cometan prácticas nocivas contra ellos y sus derechos.<sup>230</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 NNA.<sup>231</sup>

Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño ha establecido que la determinación de la edad debe tomar en cuenta no sólo

---

<sup>229</sup> *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*, op. cit., párr. 50.

<sup>230</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, párrs. 13-59.

<sup>231</sup> PICUM, *Los niños indocumentados en Europa: víctimas invisibles de las restricciones a la inmigración*, cit., p. 5.

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

---

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 un NNA, se le trate como tal, incluso al momento de resolver si correspondería adoptar una medida privativa de la libertad.<sup>232</sup>

Es común que cuando se detiene a NNA 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>233</sup> De ninguna manera puede entenderse que la privación de libertad es en beneficio del interés superior del niño. La detención de NNA migrantes tiene un efecto perjudicial para su desarrollo emocional y su bienestar físico, ya que pueden padecer, entre otras, consecuencias psicofísicas, como, depresiones, cambios

---

<sup>232</sup> Comité de Derechos del Niño, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, cit., párr. 31. Véase también 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>233</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, párr. 125.

## NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

---

de comportamiento, desórdenes de diverso carácter, pérdida de peso, negativa a alimentarse, falta de sueño, así como problemas dermatológicos y respiratorios, etcétera.<sup>234</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>235</sup> Esta excepcionalidad cobra una trascendencia considerable en el caso de los NNA: el derecho internacional es claro al disponer que deberá evitarse la detención de NNA, incluidos aquellos en el contexto de la migración (acompañados o no).<sup>236</sup> La norma debe ser la aplicación de medidas alternativas a la detención,<sup>237</sup> y la privación de la libertad sólo puede ser adopta-

---

<sup>234</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>235</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 Reeducación del Menor vs. Paraguay*, sentencia del 2 de septiembre de 2004, párr. 228 y 229; *caso Acosta Calderón vs. Ecuador*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de junio de 2005, párrs. 24-25.

<sup>236</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 sólo 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 y separados de su familia fuera de su país de origen*, párr. 61.

<sup>237</sup> CoIDH, *caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*, párr. 230.

da como medida de último recurso, por el periodo más breve que proceda y sólo en casos excepcionales.<sup>238</sup>

Además, dado que una infracción migratoria no equivale a una de orden penal, y que los NNA migrantes irregulares se encuentran en una particular situación de vulnerabilidad, se refuerza la aplicación del principio que prohíbe la detención de niños por razones de índole migratoria.<sup>239</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>240</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>241</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

---

<sup>238</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, párr. 1.2; Comité de los Derechos del Niño, *Los derechos del niño en la justicia de menores*, Observación general 10, 25 de abril de 2007, CRC/C/GC/10.

<sup>239</sup> Véanse, en este sentido: Comité de Derechos del Niño, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, op. cit., párrs. 40, 61; Touzenis, Kristina, “Human Rights of Migrant Children”, *International Migration Law*, vol. 15, 2008, p. 33.

<sup>240</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>241</sup> 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*, cit., nota 67.

## NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

---

su interés superior”,<sup>242</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>243</sup>

### B. *Práctica estatal*

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>244</sup> se prevé la detención de migrantes (sin perjuicio de la edad) como sanción penal. En otros, como Argentina, Colombia, Cuba, Ecuador y República Dominicana,<sup>245</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>246</sup> la permanencia en una localidad

---

<sup>242</sup> Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, A/HRC/11/7, párr. 62.

<sup>243</sup> Comité de Derechos del Niño, *Trato de los menores no acompañados y separados de sus familias fuera de su país de origen*, párr. 61.

<sup>244</sup> Paraguay, Ley 978 de Migraciones, del 27 de junio de 1996, artículo 108; Nicaragua, Ley 240 de Control del Tráfico de Migrantes, según reforma de leyes 240-513, del 26 de Noviembre del 2004, artículo 21; El Salvador, Ley de Migración, Decreto Legislativo 2272, del 19 de diciembre de 1958, artículo 60; Belice, *Immigration Act, 1st January 1958, Revised Edition*, 2000, artículo 34.2.

<sup>245</sup> Argentina, Ley de Migraciones, No. 25871, del 17 de diciembre de 2003, artículo 70; Colombia, Decreto 4.000/04, Normas sobre Expedición de Visas, Control de Extranjeros y Migración, del 27 de diciembre de 2004, artículos 72 y 109; Cuba, Ley de Extranjería 1313, del 20 de septiembre de 1976, artículo 21; Ecuador, Decreto Supremo 1899, del 30 de diciembre de 1971, artículo 31; República Dominicana, Ley sobre Migración 285, del 15 de agosto de 2004, artículo 126.

<sup>246</sup> Brasil, Ley 6.815, Ley sobre la Situación Jurídica del Extranjero en Brasil, del 19 de agosto de 1980, artículo 73.

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

---

determinada y la comparecencia en sede policial.<sup>247</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>248</sup> En Argentina se reconoce la posibilidad de disponer de la libertad bajo caución si no se puede ejecutar la expulsión luego de un plazo prudencial.<sup>249</sup>

En pocos Estados, como Panamá la normativa prevé que la detención sólo puede aplicarse a los mayores de dieciocho años de edad.<sup>250</sup> Y sólo se puede hallar como excepción<sup>251</sup> a la regla de detener a los migrantes —niños y adultos— por razón de su estatus migratorio la normativa de Venezuela, que no permite la privación de libertad de personas migrantes por razones de esta índole: ni niños ni adultos.<sup>252</sup>

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 NNA migrantes. Por ello, dado que las detenciones nunca son compatibles con el principio del interés superior del niño, los Estados deben diseñar e implementar políticas públicas consecuentes y

---

<sup>247</sup> Chile, Normas sobre extranjeros en Chile, Decreto Ley 1094, del 14 de julio de 1975, artículo 82.

<sup>248</sup> Costa Rica, Ley 8764, del 1 de septiembre de 2009, artículos 31.5 y 211.

<sup>249</sup> Argentina, Ley 25.871, artículo 71.

<sup>250</sup> Panamá, Decreto Ley 3, del 22 de febrero de 2008, artículo 93.

<sup>251</sup> Dentro de los países estudiados en este trabajo que incluyen a los principales receptores de migrantes en Europa y en Latinoamérica.

<sup>252</sup> Venezuela, Ley de Extranjería y Migración 37.944, de 24 de mayo de 2004, artículo 46.

## NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

---

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>253</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>254</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>255</sup>

---

<sup>253</sup> *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, A/HRC/11/7*, párrs. 60-62.

<sup>254</sup> *Estudio sobre los estándares jurídicos básicos aplicables a niños y niñas migrantes en situación migratoria irregular en América Latina y el Caribe*, pp. 24-25.

<sup>255</sup> *Idem.*