
CONSIDERACIONES JURÍDICAS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS MIGRANTES

MARÍA CRISTINA RODRÍGUEZ DE TABORDA*

I. CONTEXTO JURÍDICO	643
II. DERECHOS DE LOS MIGRANTES	646
III. EL MENOR MIGRANTE.....	652
A. RESPETO DE LOS DERECHOS DEL MENOR MIGRANTE: ¿SUGERENCIA U OBLIGACIÓN?	653
B. EL IGUAL TRATAMIENTO ANTE LA LEY PARA PADRES E HIJOS DESPROTEGE AL MENOR	654
C. EL DERECHO DEL MENOR A LA FAMILIA	657
D. UN MENOR SIN NACIÓN	660
E. DERECHO DEL MENOR A IGUAL TRATAMIENTO.....	662
IV. LA PROGRESIVIDAD Y EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS NIÑOS: MENORES MIGRANTES NO ACOMPAÑADOS	664
V. CONCLUSIONES.....	670

I. CONTEXTO JURÍDICO

La comunidad internacional ha debido enfrentar diversos problemas vinculados con la niñez,¹ algunos de ellos presentes en la

* Abogada en actividad. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina). Profesora de Derecho Internacional Público de la misma Universidad.

1. Véase generalmente Convención sobre los Derechos del Niño pmb., abierto para firma 20 nov. 1989, 1577 U.N.T.S. 3, 102 [en adelante CDN] (reconociendo que existen niños en el mundo que viven en condiciones “excepcionalmente difíciles”); Declaración de los Derechos del Niño, A.G. Res. 1386 (XIV), O.N.U. Doc. A/RES/1386(XIV) (20 nov. 1959). La institución del Comité de Protección de la Infancia, en el seno de la Sociedad de las Naciones en 1919, fue la primera institución que abordó los problemas de la niñez al nivel

mayor parte de los países y otros, propios de determinadas regiones o culturas. En muchos artículos de contenido sociológico o legal, en diversas conferencias convocadas por organizaciones internacionales y en discursos de los dirigentes políticos suelen identificar a estos problemas como “desafíos”, término que pobremente alcanza a describir las responsabilidades asumidas con respecto de los niños.

En líneas generales la legislación reconoce y garantiza al menor de edad el goce de derechos de manera especial (*lex specialis*)³ utilizando indistintamente determinadas expresiones: derechos del niño, de la infancia, de la niñez o de la minoridad. Esta necesidad de proveer a la defensa del niño responde a un simple motivo: su pertenencia a un grupo humano vulnerable—desde el nacimiento hasta alcanzada determinada edad—en razón de su inmadurez física y psíquica.⁴ Si al niño se le agrega la calidad de extranjero puede que su vulnerabilidad sea mayor y que el margen de reconocimiento y gozo de derechos comparta los mismos ataques a su dignidad humana (discriminación, abuso, violencia), circunstancias que no han sido abordadas en profundidad por los estudiosos del derecho internacional de los derechos humanos.⁵

Al respecto, no deja de ser llamativo que cuando la misma Oficina

internacional organizando y aprobó en 1924 la Declaración de Ginebra sobre los Derechos de los Niños. Véase *Breve Cronología de Algunos Hechos que Llevaron a la Convención*, INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO, LA NIÑA Y ADOLESCENTES,

http://www.iin.oea.org/2004/Convencion_Derechos_Nino/Breve_historia.htm (última consulta 3 ago. 2011). A nivel regional el continente americano fue pionero, ya que en 1927 fue creado el Instituto Interamericano del Niño. Véase *id.*

2. Véase, por ejemplo, Rut Feuk et ál., UNICEF, *Infancia y la migración internacional en América Latina y el Caribe*, DESAFÍOS, nov. 2010, en 4, 7 (denominando como desafíos la falta de reconocimiento de los derechos de la CDN para los niños visitantes, refugiados y migrantes en Estados que distinguen entre la ciudadanía de los niños en su jurisdicción).

3. Véase Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 6, ¶16, O.N.U. Doc. CRC/GC/2005/6 (1 sept. 2005).

4. CDN, *supra* nota 1, pmb1.

5. Véase, por ejemplo, MIGUEL CILLERO BRUÑOL, *El interés superior del niño en el marco de la Convención internacional sobre los derechos del niño*, en *INFANCIA, LEY Y DEMOCRACIA EN AMÉRICA LATINA* 74 (Emilio García Méndez & Mary Beloff eds., 1998) (explicando que los derechos del niño “no dependen de ninguna condición especial y se aplican a todos por igual” sin considerar si este deber se cumple realizado en práctica con respecto a los niños migrantes).

del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (“ACNUDH”) tomó nota del retraso en el cumplimiento de objetivos plasmados en la “Declaración del Milenio,” en materia de respeto y protección de los derechos de los migrantes, ha estado muy lejos de describir la realidad de estos menores.⁶ En cambio, el Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes se ha referido a esta cuestión en el último informe enviado a consideración de la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2009.⁷

Por otro lado, el espectro temático a tratar es tan amplio que la posibilidad que existan lagunas o cortocircuitos normativos es sumamente probable. En efecto, hay disparidad en la legislación nacional respecto a la edad máxima hasta la cual una persona es considerado niño, la promoción de sus derechos de manera igualitaria, a la reunificación familiar, la protección institucional frente a ilícitos internacionales, y el gozo de derechos económicos, sociales y culturales según su situación de legalidad migratoria o de los convenios internacionales vigentes en un determinado país, etc.

Habida cuenta que un niño migrante no es más que una persona menor de edad que se encuentra en un país que no es el propio, el derecho internacional de los derechos humanos viene a regir múltiples problemas, tanto en tiempo de paz como de conflictos armados.⁸ Trátese de los derechos a la vida, familia, nacionalidad, educación, vivienda digna, salud, beneficios de la seguridad social,

6. Véase generalmente OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, REIVINDICAR LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO DEL MILENIO: UN ENFOQUE DE DERECHOS HUMANOS, en 8, O.N.U. Doc. HR/PUB/08/3, O.N.U. N° Venta S.08.XIV.6 (2008) [en adelante REIVINDICAR LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO DEL MILENIO].

7. Véase Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*, Consejo de Derechos Humanos, ¶¶ 22, 27, O.N.U. Doc. A/HRC/11/7 (14 mayo 2009) (por Jorge Bustamante) (identificando posibles problemas confrontados por niños inmigrantes como privación arbitraria de libertad, limitación al acceso de educación y servicios de salud e indicando que los Estados tienen la obligación de proteger a estos niños sin importar el estatus migratorio).

8. Cf. UNICEF, COALICIÓN PARA ACABAR CON LA UTILIZACIÓN DE NIÑOS SOLDADOS, GUÍA DEL PROTOCOLO FACULTATIVO SOBRE LA PARTICIPACIÓN DE NIÑOS Y NIÑAS EN LOS CONFLICTOS ARMADOS 41 (2004) (recalcando que los Estados son responsables por los niños reclutados en conflictos sin tener en cuenta su Estado de origen).

estatuto de refugiado, entre otros, el menor por su calidad de ser humano está amparado por numerosos acuerdos internacionales. Así lo ha señalado la Corte Interamericana de los Derechos Humanos en el fallo del caso “Niños de la Calle” al indicar que tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos como la relativa a los derechos de los niños forman parte de un muy comprensivo *corpus iuris* internacional de protección.⁹ Por lo tanto, en toda circunstancia en que estén en juego los derechos del menor deberá analizarse todo el plexo normativo para satisfacer sus carencias de manera prioritaria teniendo presente que, como un sujeto especial de derecho, requiere de una protección reforzada.

II. DERECHOS DE LOS MIGRANTES

Los derechos de los migrantes han sido una invariable materia de estudio e intentos de codificación en el derecho internacional, al punto que uno de los primeros temas asignados a la Comisión de Derecho Internacional fue la responsabilidad de los Estados en el trato debido a los extranjeros.¹⁰ Por su parte, la jurisprudencia ha ido verificando la existencia de normas consuetudinarias que exigen a los Estados determinadas conductas hacia extranjeros.¹¹

En lo que hace a la doctrina internacional, puede decirse que algunos juristas prefieren partir del análisis de los derechos de los extranjeros frente al Estado, en tanto que otros de las potestades soberanas y su relación con individuos no nacionales. Dentro de esta última se destacan dos enfoques bien diferenciados: el que sostiene la existencia de una norma consuetudinaria que indica que deben recibir igual trato que los nacionales (doctrina del “trato nacional” o “igualdad de trato”)¹² y el partidario de la “norma internacional mínima”¹³ que postula un mínimo trato humano inviolable

9. Véase *Los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) v. Guatemala*, Fondo, Corte Inter-Am. D.H. (ser. C) N° 63, ¶ 194 (19 nov. 1999).

10. *Summary Records and Documents of the First Session [Actas resumidas y documentos de las sesiones del 1^{er} periodo de sesiones]*, [1949] 1 Y.B. Int'l L. Comm'n [Anuario de la Comisión de Derecho Internacional] 46, 49–50.

11. Véase ORIOL CASANOVAS Y LA ROSA, *CASOS Y TEXTOS DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO* 322–37 (4^a ed. 1988).

12. Véase *La Responsabilidad del Estado*, [1956] 2 ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL 198–99, O.N.U. Doc. A/CN.4/96.

13. Véase MANUEL DIEZ DE VELASCO VALLEJO, *INSTITUCIONES DE DERECHO*

independientemente del dispensado a los nacionales.

La primera posición fue tenazmente defendida por los países latinoamericanos durante fines de siglo XIX y hasta bien entrado el XX con el objeto de eliminar toda posibilidad de intervención extranjera, lo que los llevó a convenir que el extranjero renunciara a la protección diplomática, amparándose en el principio de no discriminación.¹⁴ La segunda posición se ha fundado en el principio de prevalencia del derecho internacional sobre el derecho interno.¹⁵ Aunque estas dos posturas han influenciado en la elaboración de los distintos regímenes de extranjería, como ellas son variables en el contenido, espacio y tiempo, actualmente no es posible sostener que se adopten de manera estricta¹⁶ o que tengan otra relevancia que no sea la que atañe a la protección diplomática.

Lo cierto es que en el derecho internacional actual resulta más significativo definir cuáles derechos de los extranjeros el Estado está obligado a respetar y proteger.¹⁷ Ello lleva a otra dificultad porque,

INTERNACIONAL PÚBLICO 604 (10^a ed. 1994) (enumerando derechos básicos de los extranjeros contenidos en el concepto de “norma internacional mínima” o “estándar mínimo” como, por ejemplo, el libre acceso a los tribunales o protección contra el detencimiento arbitrario); véase también JOSÉ ANTONIO PASTOR RIDRUEJO, CURSO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y ORGANIZACIONES INTERNACIONALES 254–55 (4^a ed. 1992); MANUAL DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO 463 (Max Sorensen ed., 1973) (postulando que el “estándar mínimo” provee a extranjeros derechos de contratar y familia entre otros).

14. Véase, por ejemplo, Tratado Americano de Soluciones Pacíficas art. 7, 30 abr. 1948, 449 U.N.T.S. 58 (“Las Altas Partes Contratantes se obligan a no intentar reclamación diplomática para proteger a sus nacionales . . .”); Convención Sobre Derechos y Deberes de los Estados art. 9, 26 dic. 1933, 165 L.N.T.S. 19 (“[L]os nacionales y los extranjeros se hallan bajo la misma protección de la legislación.”); Convención Relativa a los Derechos de Extranjería art. 1, 29 ene. 1902, O.A.S.T.S. N° 32.

15. Véase Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País en que viven, A.G. Res. 40/144, O.N.U. A/RES/40/144, art. 5 (13 dic. 1985) (reconociendo y describiendo derechos mínimos para los extranjeros).

16. Por ejemplo, Decreto Legislativo 25 julio 1998, n. 286, arts. 2.1, 2.5, en G.U. 18 oct. 1998, n. 191 (It.) (señalando que en el ámbito migratorio Italiano son reconocidos los derechos fundamentales previsto por las *normas internas, convenciones internacionales* en vigor, y *principios de derecho internacional* generalmente reconocidos) (énfasis suplido).

17. Cf. ANTONIO REMIRO BROTONS ET AL., DERECHOS INTERNACIONAL 486 (1997) (postulando que aun existen incertidumbres en resguardo a cuales derechos del extranjero son incluidos en la doctrina de “estándar mínimo”).

aunque en el lenguaje jurídico sea común el empleo de la locución “derechos fundamentales de la persona humana,” al incursionar en la jurisprudencia, la doctrina o la legislación, es factible constatar que no existe uniformidad en su identificación, reconocimiento, promoción o proyección, circunstancia que entorpece la tarea de averiguar si todos estos derechos son reconocidos a los migrantes.¹⁸ Por ello se ha dicho que:

El concepto de derechos fundamentales tiene varios significados en el derecho interno. En primer lugar, algunos derechos son fundamentales en razón del lugar que ocupan en la jerarquía normativa. Se consideran fundamentales los derechos y libertades protegidos a nivel constitucional. Se ha asegurado incluso que los derechos fundamentales son constitucionales “en esencia”, lo que los distingue de la categoría más amplia de las libertades públicas. En segundo lugar, los derechos fundamentales serían los que se expresan o están reconocidos en las normas superiores de un ordenamiento jurídico determinado o los que son esenciales para la existencia y el contenido de otros derechos de ese ordenamiento.¹⁹

Incluso, se afirman que como el conjunto de derechos fundamentales puede variar según la condición de las personas y la situación en que se encuentren, ha debido identificarse el núcleo duro de los derechos humanos sobre la base de un criterio operativo (“intangibilidad”).²⁰ Esta cualidad permitiría que sobre ciertos derechos recaiga una protección absoluta y que, de manera general, los derechos fundamentales que integrarían este núcleo serían el derecho a la vida y la prohibición de la tortura, de las penas y tratos inhumanos, de la esclavitud y la servidumbre; sin embargo teniendo

18. *Por ejemplo*, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea arts. 42, 46, 18 dic. 2000, 2000 D.O. (C 364) 1 (distinguiendo entre derechos que pueden ser disfrutados solo por ciudadanos de la Unión Europea, como protección diplomática y consular, y otros derechos compartidos, como acceso a documentos institucionales, que pueden ser utilizados por personas que residen en la Unión).

19. Relator Especial para la Comisión de Derecho Internacional, *Quinto informe sobre la expulsión de los extranjeros*, ¶ 19, O.N.U. Doc. A/CN.4/611 (27 mar. 2009) (por Maurice Kamto).

20. Véase *id.* ¶¶ 36–37 (explicando que los derechos intangibles no son objeto de restricciones o excepciones sino absolutos y de tal manera los instrumentos jurídicos internacionales pueden ser evaluados a base de en la intangibilidad de sus protecciones).

en cuenta que la lista variaría de un continente a otro.²¹

Por otro lado, pese a que haya quedado consolidada la idea de que las obligaciones de protección de los derechos humanos fundamentales son *erga omnes*, ello no implica que para proteger a los migrantes sea necesario recurrir a conceptos jurídicos internacionales que son aplicables a casos graves. La introducción de esta afirmación está justificada porque la locución *ius cogens* ha incursionado en el vocabulario judicial y muchas veces es usada con propósitos retóricos sin haber efectuado un profundo análisis.²² Visiblemente un sistema de protección de derechos humanos no es de por sí *ius cogens*, ya que también está constituido por normas procesales²³ y no todas las normas sustantivas revisten esta calidad. Se debe analizar el contenido de la norma y, a través de la práctica, la aceptación y reconocimiento de la comunidad de Estados en su conjunto atribuirle esta característica. Además, si tal locución se generalizara correría el riesgo de perder su fuerza imperativa.²⁴

Por estas razones tampoco puede afirmarse que todas las normas internacionales específicamente adoptadas en resguardo de los niños

21. Véase *id.* ¶ 40 (“Si bien la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos no contiene derechos que no admiten excepción, el número de esos derechos asciende a cinco en Europa, once en América y siete en el plano universal”).

22. Véase, por ejemplo, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03, Corte Inter-Am. D.H. (ser. A) N° 18, ¶¶ 98, 101 (17 sept. 2003) (opinando que el derecho de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens* sin dar argumentos que sustenten su afirmación, limitándose a señalar que ha sido desarrollado por la jurisprudencia y la doctrina).

23. Véase, por ejemplo, Cañete de Goñi v. España, 2002-VIII Corte Eur. D.H. 103, 120 (Casadevall, J., disintiendo) (sosteniendo que las normas de información sobre convocatorias a una corte forman parte del dominio de *ius cogens* pues estas, al no ser seguidas debidamente, pueden prevenir que la persona ejercite su derecho a defender sus intereses legítimos).

24. Véase Zlata Drnas de Clément, *El ius cogens en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, en EL DERECHO INTERNACIONAL EN LAS SENTENCIAS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (Ernesto J. Rey Caro & Zlata Drnas de Clément eds., 2006), disponible en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artderechointernacionalsentenciacortejusticia/?searchterm=zlata%20drnas> (explicando que los doctrinarios que afirman todos los derechos humanos como normas *ius cogens* han recibido fuertes críticas de colegas).

formen parte del derecho imperativo.²⁵ A *contrario sensu*, aquellas que salvaguardan a todo ser humano de la tortura, el genocidio, la discriminación racial, el apartheid, la esclavitud y la privación arbitraria de la vida, tienen naturaleza imperativa y, consecuentemente, protegen a niños.²⁶ Este tipo de normas no son *lex specialis* sino derecho internacional general, por lo que su naturaleza no cambia con su inclusión en acuerdos sobre derechos humanos cuyo objeto sea proteger a grupos específicos.

En definitiva, el problema que se presenta no es el de definir la categoría de la norma. Se trata de constatar si todas aquellas normas que protegen los derechos de los migrantes en general son suficientes en el caso de menores que revisten esta categoría y de qué manera los principios enunciados en la Convención sobre los Derechos del Niño (“CDN”) permiten sortear los conflictos y lagunas jurídicas que pudieran surgir.²⁷

Salvo alguna excepción (v.g. derecho imperativo), juristas entienden que la *lex specialis* tiene prevalencia sobre normas generales aún cuando forman parte de un mismo sistema jurídico.²⁸ La obligación de satisfacer las necesidades del niño de manera prioritaria conduce a un análisis de reglas que constituyen la base del ordenamiento legal que es específicamente aplicable, siendo éste el resultado del desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos.²⁹

25. Véase, por ejemplo, *Ejecución de menores*, AMNISTÍA INTERNACIONAL, <http://www.es.amnesty.org/temas/pena-de-muerte/ejecucion-de-menores/> (última consulta 31 jul. 2011) (explicando que Irán, siendo signatario de la CDN, ejecuta a menores que cometen crímenes cuando tenían menos de 18 años, lo cual es prohibido por el artículo 37(a)).

26. Cf. Declaración Universal de Derechos Humanos, A.G. Res. 217 (III) A, O.N.U. Doc. A/RES/217(III) (10 dic. 1948).

27. Véase generalmente *Quinto informe sobre la expulsión de los extranjeros*, *supra* nota 19, ¶¶ 121–27 (relatando varias opiniones jurídicas que han surgido en casos de niños migrantes y postulando normas específicas para su debida protección).

28. Véase generalmente José Antonio Tardío Pato, *El principio de especialidad normativa (lex specialis) y sus aplicaciones jurisprudenciales*, 162 REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA 189 (2003).

29. Véase, por ejemplo, CDN, *supra* nota 1 (enunciando como principios la no discriminación, interés superior del niño, participación, supervivencia y desarrollo).

Dentro del ordenamiento legal, el “principio del interés superior del menor” —definido por algunas estados³⁰— puede configurarse como un precepto jurídico de orden público que engloba responsabilidades compartidas por la familia y el Estado.³¹ Por ello es que cuando la jurisprudencia y doctrina nacional o internacional suelen mencionarlo para identificar a aquellas acciones exigidas a los distintos gobiernos relativas a la protección, atención y trato a los menores, consideran parcialmente lo dispuesto por el artículo 3 de la CDN, dirigido tanto a las instituciones públicas como privadas de bienestar social.³²

A grandes rasgos esta regla viene a indicar que cuando esté en juego un interés del menor esta deberá imponerse sobre otros o frente a otra solución, a menos que razones suficientes justifiquen otra medida, sirviendo de parámetro jurídico aplicable a determinadas instituciones (v.g. patria potestad, adopción, régimen de guarda, alimentos). Aunque muchas de las acciones tuitivas han sido adoptadas luego de violaciones, un encuadramiento apropiado y eficaz cumplimiento de este principio exige abordarlo desde la prevención, apuntando al bienestar físico y espiritual del menor *ex ante* y considerando la tutela judicial como el último recurso legal disponible.³³

La versión en inglés de la CDN, genera dudas ya que la expresión

30. Véase, por ejemplo, Ley N° 26.061, art. 3, 21 oct. 2005, [CXIII] B.O. 1 (Arg.) (definiendo el interés superior del niño y del adolescente como “la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley”).

31. Véase CILLERO BRUÑO, *supra* nota 5, en 71–73.

32. Véase CDN, *supra* nota 1, art. 3. Los únicos dos países que habiendo firmado este tratado no lo han ratificado son Somalia y Estados Unidos. Véase *Status of the Convention on the Rights of the Child* [Estado de la Convención sobre los Derechos del Niño], U.N. TREATY COLLECTION [COLECCIÓN DE TRATADOS DE LA O.N.U.] (última consulta 31 ago. 2011), http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en.

33. Por ejemplo, RED EUROPEA DE MIGRACIONES, LA POLÍTICA DE ACOGIDA, REPATRIACIÓN Y ACUERDOS PARA LA INTEGRACIÓN DE MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS: ESTUDIO COMPARATIVO DE LA UE 19 (2010) [en adelante ESTUDIO COMPARATIVO DE LA INTEGRACIÓN DE MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS] (explicando el problema de niños migrantes que acontece en Europa y enfatizando el pedido hecho a la Comisión Europea de presentar un plan de acción sobre menores no acompañados que incluye medidas de protección y prevención guiados siempre por el interés superior del niño).

utilizada ya no es interés superior sino “mejores intereses” (“best interests”),³⁴ términos con los que se describe el bienestar de un niño “determinado por una variedad de circunstancias personales, tales como la edad, el nivel de madurez, la presencia o ausencia de padres, el ambiente y experiencias”³⁵. Una interpretación literal de la locución “interés superior” sugiere una relación de prioridad entre los propios derechos y los de los demás;³⁶ en cambio, “mejor interés” podría entenderse como el resultado más beneficioso para el menor si no fuera porque forma parte de una frase que estatuye otorgarle una consideración capital (“primary consideration”).³⁷

Con ambos conceptos se pretende resolver casos concretos en los que estén en juego derechos del niño y exijan una visión de conjunto y hacia el futuro. En ninguno momento significan que los intereses del niño sean absolutos, pues nada impide que algunos cedan frente a los de la sociedad ni tampoco alejan del peligro de ser utilizados discrecionalmente. Esto último porque la interpretación de la expresión “interés superior” no dista de ser subjetiva y es probable que las nociones de orden y seguridad públicas lleguen a alterar la posición originariamente jerárquica de sus intereses.³⁸

III. EL MENOR MIGRANTE

Llegados a este punto el primer interrogante que surge es el

34. CDN, *supra* nota 1, art. 3.1 (“In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the *best interests* of the child shall be a *primary consideration*.”) (énfasis suplido).

35. U.N. HIGH COMM’R FOR REFUGEES [ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS] [ACNUR], UNHCR GUIDELINES ON DETERMINING THE BEST INTERESTS OF THE CHILD [ACNUR GUÍA PARA LA DETERMINACIÓN DEL MEJOR INTERÉS DEL NIÑO] 14 (2008) (cita traducido desde inglés), *disponible en* <http://www.unhcr.org/protect/PROTECTION/4566b16b2.pdf>.

36. Véase CILLERO BRUÑO, *supra* nota 5, en 78 (denominando el interés superior del niño como un principio jurídico elevado a un nivel de “garantía”).

37. Véase *supra* nota 34 y texto acompañante.

38. Cf. COLLECTIF NATIONAL DROITS DE L’HOMME ROMEUROPE, RAPPORT SUR LA SITUATION DES ROMS MIGRANTS EN FRANCE [REPORTE DE LA SITUACIÓN DE MIGRANTES ROMANÍES EN FRANCIA] 8–9 (2010), *disponible en* http://www.ldh-france.org/IMG/pdf/Rapport_Romeurope_2009-2010.pdf (criticando el tratamiento de los romaníes en Francia y específicamente la falta de protección para niños romaníes por su categoría como extranjero).

averiguar en qué medida el artículo 3 de la CDN se aplica en el caso de un niño migrante. De manera similar a lo que ocurre con los derechos en general, el contenido final del principio del interés superior del menor es definido por legislación nacional, para luego ser nuevamente interpretado y aplicado por los órganos ejecutivos y, en última instancia, por jueces en cada caso concreto. Pero, como este principio ha sido usualmente analizado desde un punto de vista público, no siempre encuentra respuestas desde la perspectiva del menor que forma parte de una familia migrante o hay incongruencias en y entre las emanadas de los distintos intervinientes gubernamentales.

A. RESPETO DE LOS DERECHOS DEL MENOR MIGRANTE:
¿SUGERENCIA U OBLIGACIÓN?

Las incoherencias también alcanzan a los organismos internacionales cuando emplean un lenguaje ambiguo en el texto de directrices o recomendaciones, ocasionando que la mentada regla no sea interpretada o aplicada tan rigurosamente. Así, las “Directrices sobre políticas y procedimientos relativos al tratamiento de niños no acompañados solicitantes de asilo” de 1997,³⁹ elaboradas por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, constituye una muestra de este hecho. Luego de enfatizar que el interés superior del niño es un principio rector, la mayor parte de las directrices dirigidas a los Estados receptores contienen la palabra “deberían” en vez de “deben”.⁴⁰ La explicación quizás esté en la naturaleza del documento en cuestión, porque al no ser vinculante sino orientativo, no exige una redacción que establezca compromisos. No obstante, en una parte hace una importante salvedad al señalar que el interés superior del menor cambia sustancialmente los parámetros del análisis en materia de asilo e insinúa que el reclutamiento como soldados, la explotación sexual, la trata y la costumbre de mutilación genital femenina, podrían tener cabida en la Convención sobre el Estatuto de Refugiado.⁴¹

39. *Directrices sobre políticas y procedimientos relativos al tratamiento de niños no acompañados solicitantes de asilo*, (feb. 1997), disponible en Español en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6027.pdf>.

40. *Id.*

41. *Id.* ¶ 8.7, en 12.

B. EL IGUAL TRATAMIENTO ANTE LA LEY PARA PADRES E HIJOS
DESPROTEGE AL MENOR

Pareciera existir una idéntica norma migratoria aplicable a los adultos y menores⁴² sin importar que la verdadera y plena protección de los niños significa que ellos puedan “disfrutar ampliamente de todos sus derechos, entre ellos los económicos, sociales y culturales, que les asignan diversos instrumentos internacionales.”⁴³ Como resultado, la posición jurídica de sus padres o tutores frente a la legislación migratoria podría tener más peso que el interés de un menor que ha encontrado en territorio de otro país mejores perspectivas para su desarrollo, de forma que la obligación de tutela integral aparecerá flexibilizada, desdibujada la preconizada dignidad inherente del niño por ser extranjero y anulada la efectividad de las normas que lo protegían.⁴⁴ La *lex specialis* pasará a un segundo plano, aún cuando haya sido voluntad de los Estados reafirmar convencionalmente los derechos de la infancia, generando incertidumbres acerca del calificativo “superior” a los efectos de interpretar el principio como prevalente en un de conflicto de intereses que involucre al Estado y a un niño que no es nacional del mismo.

Una pequeña luz nos la proporciona la misma CDN, pues al no haberse incluido la expresión “tener en cuenta” toda vez que hace referencia al interés superior del menor su significado no puede ser alterado ni anulado. Además, la locución “consideración primordial” introducida en el párrafo 1 del artículo 3 destaca el valor de la obligación.⁴⁵ A mayor abundamiento, el artículo 2.2 cubre expresamente cualquier dificultad cuando establece que “[l]os

42. Véase, por ejemplo, Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile [Código de la entrada y estancia de extranjeros y asilo] art. 314.2 (Fr.) (requiriendo, sin diferenciar entre niños y adultos, suficiente conocimiento del idioma Francés y de los principios de la Republica Francesa como requisitos para recibir permiso de radicación).

43. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva OC-17/02, Corte Inter-Am. D.H. (ser. A) N° 17, ¶ 137.8 (28 ago. 2002) [en adelante Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño].

44. Véase *Rut Feuk*, *supra* nota 2, en 8–9 (explicando que en muchos países latinoamericanos aun existen leyes migratorias que no diferencian entre adultos y niños cuando son detenidos por razones de su situación migratoria).

45. CDN, *supra* nota 1, art. 3.1.

Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.”⁴⁶

Al respecto resulta ilustrativa la decisión adoptada por la Corte Europea de Derechos Humanos en el asunto *Mayeka v. Bélgica* que señaló que la situación de extrema vulnerabilidad del niño es determinante y prevalece sobre la condición de extranjero en situación de residencia ilegal.⁴⁷ Desgraciadamente este fallo no impidió la adopción de legislación sobre repatriación por parte de las instituciones de la Unión Europea, mediante la Directiva 2008/115/CE⁴⁸ que autoriza la deportación de menores de modo similar a la de personas adultas o, de restringir el reagrupamiento familiar a partir de determinada edad del niño según la Directiva 2003/86/CE.⁴⁹

La Directiva 2003/86/CE merece algunas reflexiones, para lo cual resulta pertinente considerar la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 2006, Asunto C-540/03, relativa al recurso de anulación presentado por el Parlamento Europeo.⁵⁰ La normativa cuestionada faculta a los Estados a requerir que el solicitante de reagrupación familiar pruebe disponer de vivienda adecuada, seguro de enfermedad, recursos fijos y regulares suficientes, y a verificar—antes de autorizarse su ingreso—si el niño mayor de doce años cumple algún criterio de integración previsto en

46. *Id.* art. 2.2

47. Véase *Mayeka et al. v. Belgium*, 2006-XI Corte Eur. D.H. 267, 288–89.

48. Véase Directiva 2008/115/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, art. 3.1, 2008 D.O. (L 348) 98 (definiendo como nacional de un tercer país, con propósito de retorno por estar en estatus irregular, a “*cualquier* persona que no sea ciudadano de la Unión en el sentido del artículo 17, apartado 1, del Tratado y que no sea un beneficiario del derecho comunitario a la libre circulación con arreglo a la definición del artículo 2, apartado 5, del Código de fronteras Schengen”). (énfasis suplido).

49. Véase Directiva del Consejo 2003/86/CE, art. 4 (1), 2003 D.O. (L 251) 12 (disponiendo que Estados Miembros pueden verificar si los niños mayores de 12 años cumplen con ciertos requisitos antes de otorgarles entrada, residencia, y reunificación con sus familiares).

50. Véase Asunto C-540/03, Parlamento v. Consejo, 2006 E.C.R. I-5809.

su legislación interna.⁵¹ Sin embargo, en esta directiva sólo hay una referencia al interés del menor.⁵²

En algunos párrafos el tribunal transcribe disposiciones de instrumentos internacionales, entre ellas, el artículo 9 apartado 1 de la CDN que “establece que los Estados Partes deben velar porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos.”⁵³ Sin embargo, el tribunal también utiliza las expresiones “recomiendan” y “tener en cuenta” cuando alude a los tratados multilaterales y de normativa comunitaria que, concretamente, obligan a los Estados a considerar prioritario el interés del niño.⁵⁴ Como consecuencia, sus razonamientos devienen contradictorios, y señalan deberes que terminan relativizados.

La inquietud por la implementación de la Directiva 2003/86/CE en los distintos países llevó a la Comisión Europea a preparar un informe bastante crítico, pues de éste se desprende que la Comisión estaba consciente de “la existencia de ciertos problemas transversales de transposición o aplicación incorrectas de la Directiva que deben resaltarse, como la toma en consideración del mejor interés del menor . . . los recursos legales, y disposiciones más favorables para la reagrupación familiar de los refugiados.”⁵⁵

51. Véase Directiva del Consejo 2003/86/CE, *supra* nota 49, arts. 4 (1), 7; véase también Parlamento, 2006 E.C.R. I-5809, ¶ 68 (“[E]l legislador comunitario consideró que, después de los 12 años de edad, el objetivo de integración no puede alcanzarse tan fácilmente y, consiguientemente, confirió al Estado miembro la facultad de tener en cuenta un nivel mínimo de capacidad de integración cuando decide autorizar la entrada y la residencia con arreglo a la Directiva”). *Pero véase* Parlamento, 2006 E.C.R. I-5809, ¶ 44 (“[E]l objetivo de incitar a los padres a hacer venir a sus hijos antes de que cumplan 12 años no tiene en cuenta los imperativos económicos y sociales que impiden a una familia acoger a un hijo durante un período más o menos largo. Por otra parte, el objetivo de integración puede alcanzarse a través de mecanismos menos radicales, como medidas de integración del menor tras su admisión en el territorio del Estado miembro de acogida”).

52. Véase Directiva del Consejo 2003/86/CE, *supra* nota 49, art. 5. (“Al examinar la solicitud [de reagrupamiento familiar], los Estados miembros velarán por que se tenga debidamente en cuenta el mejor interés del menor”).

53. Véase Parlamento, 2006 E.C.R. I-5809, ¶ 57.

54. *Por ejemplo, id.* ¶ 9.

55. *Cf. Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativo a la aplicación de la Directiva 2003/86/CE sobre el derecho a la reagrupación familiar*, en 15, COM (2008) 610 final (8 oct. 2008) [en adelante Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo].

C. EL DERECHO DEL MENOR A LA FAMILIA

El derecho a vivir en familia puede verse igualmente perturbado en otras circunstancias, inclusive mucho más complicadas. Por ejemplo, cuando el menor es nacional del Estado que deporta a uno de sus progenitores, o a ambos, el hecho que el interés del menor sea primordial no asegura la subsistencia de vínculos familiares efectivos, ni será el fundamento infranqueable para la permanencia de aquellos en el país. Tal fue lo tratado en el asunto *Smith v. Estados Unidos*, donde la Comisión Interamericana de Derechos Humanos aprobó medidas cautelares con la finalidad de que el Estado denunciado suspendiera la deportación de padres condenados por serios delitos.⁵⁶ En la causa estaban en juego normas de orden público representantes de intereses legítimos—la seguridad y el orden público y el bienestar del niño—ya que como bien alegó los Estados Unidos, las deportaciones recaían sobre extranjeros que habían cometido delitos graves.⁵⁷ Citando el caso *Stewart v. Canadá* la Comisión Interamericana estimó que en el procedimiento de expulsión deben considerarse las conexiones familiares y las penurias que la deportación podría causar en la familia, y resaltó que durante los trámites corresponde atender al mejor interés del menor, tanto más cuando los hijos eran ciudadanos estadounidenses.⁵⁸

Otro tanto aconteció en el seno del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (Comité): la causa *Winata v. Australia*. A un matrimonio de origen indonesio, que había perdido su nacionalidad, y luego de residir por catorce años en Australia, se le denegó la permanencia por dejar caducar el permiso otorgado.⁵⁹ El reclamo no habría alcanzado ninguna repercusión si no fuera porque tenían un hijo de trece años que, por vía del sistema *jus soli*, era ciudadano australiano.⁶⁰ El Comité dictaminó que el simple hecho que un miembro de una familia tenga derecho a permanecer en el territorio

56. Véase *Smith v. Estados Unidos*, Caso 12.562, Comisión Inter-Am. D.H., Informe N° 81/10, OEA/Ser.L./V/II., doc. 5 corr. (2010).

57. *Id.* ¶ 32.

58. Comité de Derechos Humanos, Comunicación N° 538/1993, O.N.U. Doc. CCPR/C/50/D/538/1993 (18 mar. 1994).

59. Comité de Derechos Humanos, Comunicación N° 930/2000, O.N.U. Doc. CCPR/C/72/D/930/2000 (16 ago. 2000).

60. Véase *id.* ¶ 7.3.

de un Estado Parte mientras que a otros miembros se les exija que abandonen el Estado no entraña necesariamente una injerencia en la vida familiar.⁶¹ Sin embargo, aunque el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos⁶² no prohíbe que un Estado Parte ordene la salida de quien permanezca sin permiso de estadía válido, estas facultades discrecionales no son ilimitadas.⁶³ Por lo tanto, en determinadas circunstancias, se podría llegar a utilizar tales facultades arbitrariamente, incumbiendo a dicho país a demostrar los factores que justifiquen expulsiones más allá de lo que requiere las leyes de inmigración.⁶⁴

Fuera de lo manifestado por la Comisión Interamericana y el Comité, cuando se produce una deportación o expulsión de uno o de ambos familiares del menor, no es desmesurado pensar que el niño carga con la sanción administrativa. Se puede presumir que no existe redención luego de haber cumplido una condena a prisión y sigue constituyendo una amenaza para la sociedad del Estado donde se encuentra. Piénsese que si fuera el único vínculo parental en ese país la unidad familiar no podría lograrse más que a través de la salida conjunta. De esta forma se le asegura un derecho al menor pero con la posibilidad de reducir la expectativa del goce de otros en mejores condiciones.

Una penalización indirecta al menor también puede verse cuando el Estado en donde se encuentra, niega el ingreso a uno de los padres. Al respecto esta la causa de *Zhang, Hang c. Estado Nacional – Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto*⁶⁵ ante la Corte Suprema de Justicia de Argentina. La acción recursiva fue formulada por un residente legal de origen chino en beneficio de su esposa, cuyo ingreso al país había sido rechazado debido a la aplicación de un reglamento, vigente al momento de la solicitud de su esposa. La disposición preveía dicha interdicción para quienes evidenciaran una

61. *Id.* ¶ 7.1.

62. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16 dic. 1966, 999 U.N.T.S. 171 [en adelante PIDCP].

63. Comité de Derechos Humanos, Comunicación N° 930/2000, *supra* nota 60, ¶ 7.3.

64. *Id.*

65. Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN], 23/10/2007, “Zhang, Hang c. Estado Nacional – Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto / recurso de hecho,” Fallos (2007-Z-138) (Arg.) [en adelante *Zhang*].

conducta “proclive al delito,” aunque en este caso la esposa no había sido condenada sino acusada.⁶⁶ Uno de los fundamentos legales para resolver a favor del recurrente fue el principio de la unidad familiar en materia de inmigración, reconocido por el mismo Ministerio de Relaciones Exteriores en su contestación a la demanda cuando afirmó que el no otorgamiento del permiso de radicación implicaba “frustrar la reunificación familiar, con sus secuelas de daño irreparable para todos sus integrantes por la eventual responsabilidad de uno de sus miembros”⁶⁷. Como el matrimonio tenía un hijo menor de edad nacido en China en 1996, a quien se le había autorizado el ingreso, la imposibilidad de radicación en compañía de su madre o la permanencia en China alejado de su padre no le aseguraba el pleno respeto al derecho de reunificación familiar, garantizado por el artículo 10 de la Ley 25.871.⁶⁸ La posible separación hizo que el organismo público aludiera a secuelas de daño irreparable para todos los integrantes.⁶⁹

Las causas precedentemente reseñadas advierten a las dificultades que encuentran los órganos jurisdiccionales para lograr un equilibrio entre la normativa a aplicar. Por eso se sostiene que:

La interpretación jurídica y, por consiguiente, el razonamiento jurídico, construye relaciones sistémicas entre reglas y principios, considerándolos partes de una actitud o finalidad humanas. Lejos de ser simplemente un aspecto “académico” de la profesión jurídica, el pensamiento sistémico penetra todo razonamiento jurídico, incluida la práctica de la aplicación de la ley por jueces y administradores. Ello resulta precisamente de la naturaleza “agrupada” en que aparecen las reglas y principios jurídicos. Pero también se pueden racionalizar en términos de la obligación jurídica impuesta a quienes aplican la ley de hacer sus decisiones coherentes con las preferencias y expectativas de la comunidad cuya ley administran.⁷⁰

66. *Id.* ¶¶ 1–4.

67. *Id.* ¶ 9.

68. Ley N° 25871, 20 ene. 2004, [30322] B.O. 2 (Arg.) (“El Estado garantizará el derecho a la reunificación familiar de los inmigrantes con sus padres, cónyuges, hijos solteros menores o hijos mayores con capacidades diferentes”).

69. Véase *Zhang*, *supra* nota 66, ¶¶ 1, 9–10.

70. Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional, Fragmentación del derecho internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional, 58° per. ses., 1 mayo–9 jun., 3 jul.–11 ago. 2006, ¶ 35, O.N.U. Doc. A/CN.4/L.682 [en adelante Fragmentación

D. UN MENOR SIN NACIÓN

El principio del interés superior del menor también gravita en circunstancias más espinosas, como la vinculación a la nacionalidad, contemplada en el artículo 7 de la CDN. El artículo estatuye el deber del Estado de otorgar la nacionalidad, sobre todo cuando éste resultara de otro modo apátrida.⁷¹ La imposibilidad legal para el menor de adquirir una nacionalidad en el Estado donde ha nacido (ciudadanía natural) motivada en criterios sanguíneos, religiosos o étnicos, podría colocarlo en riesgo de expulsión, al punto de atribuirle la condición de migrante ilegal o irregular si sus progenitores lo son. Manifiestamente sería una aplicación de normativa nacional de manera formal o absoluta que desconoce que la potestad soberana del Estado en materia de ingreso, permanencia y expulsión de no nacionales tiene su límite fijado por el derecho internacional.

Los ejemplos no son numerosos pero si escandalosos. Uno de ellos fue la pretensión del gobierno israelí de considerar que como los hijos de inmigrantes irregulares no son judíos, pese a haber nacido en el Estado de Israel y estar integrados al sistema educativo, también se hallaban en infracción a la ley migratoria y podían ser expulsados.⁷² Este encuadramiento es incompatible con el derecho internacional de los derechos humanos por varias razones: está prohibida la discriminación por cuestiones étnicas, raciales, religiosas o de origen nacional; no puede privarse arbitrariamente de una nacionalidad; la residencia es legal desde su nacimiento y numerosos instrumentos internacional proscriben las expulsiones masivas de no nacionales.⁷³

del derecho internacional].

71. Véase CDN, *supra* nota 1, art. 7.

72. Véase, *por ejemplo*, Adriana Cooper, *500 colombianos podrían ser expulsados de Israel desde este viernes*, EL ESPECTADOR, 30 sep. 2010, <http://www.elespectador.com/impreso/internacional/articuloimpreso-227151-500-colombianos-podrian-ser-expulsados-de-israel-vierne>.

73. Véase, *por ejemplo*, Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares arts. 7, 12, 22.1, 29, 31, 18 dic. 1990, 2220 U.N.T.S. 3, 207 [en adelante Convención sobre derechos de todos los trabajadores migratorios]; African Union [Unión Africana], African Charter on Human and Peoples' Rights [Carta africana sobre los derechos humanos y de los pueblos] arts. 2, 8, 12.5, 27 jul. 1981, 21 I.L.M. 58 (1982), *disponible en español en* <http://portales.te.gob.mx/internacional/sites/portales.te.gob.mx.internacional/files/CARTA%20AFRICANA%20SOBRE%20L>

Además, de tratarse de una deportación forzosa de niños por motivos religiosos o étnicos, podría encuadrar como crimen de lesa humanidad conforme al Estatuto de la Corte Penal Internacional.⁷⁴

Otro ejemplo es el caso de *Las Niñas Yean y Bosico v. República Dominicana*, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde al riesgo de expulsión se sumaba la discriminación en el ejercicio de ciertos derechos en el país de nacimiento.⁷⁵ Ambas niñas habían nacido y residido de manera permanente en República Dominicana, pero por la calidad de haitianos de uno de sus progenitores y diversos obstáculos administrativos, se les impedía obtener la nacionalidad de ese país.⁷⁶ El tribunal regional señaló que en razón de su ascendencia haitiana formaban parte de un grupo social vulnerable, y que al ser niñas, cuando “el Estado reconoció la competencia contenciosa” de ellas, se les otorgaba “derechos especiales a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado, y que exigen una protección especial que es debida por éste último... [por ser] un derecho adicional y complementario.”⁷⁷ Asimismo, señaló que “la nacionalidad es un derecho fundamental de la persona humana, que está consagrado en la Convención Americana, así como en otros instrumentos,” que constituye “un prerrequisito para el ejercicio de determinados derechos”.⁷⁸

OS%20DERECHOS%20HUMANOS%20Y%20DE%20LOS%20PUEBLOS.pdf; Organización de los Estados Americanos, Convención Americana sobre derechos humanos arts. 12.1, 16.1, 20, 22.9, 22 nov. 1969, O.A.S.T.S. N° 36; Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms [Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales] art. 14, 4 nov. 1950, E.T.S. N° 005.

74. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional art. 7(2)(d), 7 jul. 1998, 2187 U.N.T.S. 3, 307 (“Por ‘deportación o traslado forzoso de población’ se entenderá el desplazamiento forzoso de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional”).

75. *Las Niñas Yean et al. v. República Dominicana*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Corte Inter-Am. D.H. (ser. C) N° 130 (8 sept. 2005).

76. *Id.* ¶¶ 109.6–.21.

77. *Id.* ¶ 133.

78. *Id.* ¶¶ 136–37.

E. DERECHO DEL MENOR A IGUAL TRATAMIENTO

Si se afirma que los Estados deben velar para que el interés superior del niño en su territorio sea la “consideración primordial” sería contradictorio sostener que existen derechos que pueden ser quebrantados porque la estancia en un país es ilegal o irregular, o simplemente por ser extranjero. Ello trae a consideración el derecho a la igualdad. Específicamente, la CDN incorporo la prohibición de efectuar distinciones por origen nacional y toda forma de discriminación por causa de la condición de sus padres, tutores o familiares, e implicó un mismo trato entre niños nacionales y no nacionales que se hallan bajo la jurisdicción de un Estado.⁷⁹ A pesar de esto, es común que tal beneficio se vea disminuido en situaciones de irregularidad o ilegalidad migratoria, en condición de extranjero, en los vacíos jurídicos o las reservas al mismo tratado.⁸⁰ Por lo tanto, la Convención internacional para la eliminación de todas las formas de discriminación racial⁸¹ y la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares⁸² autorizan realizar distinciones legítimas, mientras que ciertas legislaciones nacionales enumeran un reducido número de derechos básicos para niños extranjeros cuya estadía no es conforme con la normativa inmigratoria (vida, integridad personal, salud, educación, acceso a la justicia).⁸³

El mismo Pacto internacional de derechos sociales, económicos y culturales refleja esta paradoja al estatuir que los Estados en

79. Véase CDN, *supra* nota 1, art. 2.

80. Véase, por ejemplo, Convention on the Rights of the Child: Declarations and Reservations [CDN: Declaraciones y reservas], UNITED NATIONS, 6 (28 sept. 2011) disponible en <http://treaties.un.org/doc/Publication/MTDGS/Volume%20I/Chapter%20IV/IV-11.en.pdf>.

81. Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, 21 dic. 1965, 660 U.N.T.S. 195, 241 [en adelante Convención sobre discriminación racial].

82. Convención sobre derechos de todos los trabajadores migratorios, *supra* nota 74 (notando que desde su entrada en vigor en 2003, sólo 45 países son Partes de la convención, 14 de ellos han formulado reservas y declaraciones y ningún Estado desarrollado la ha firmado o ha adherido desde septiembre de 2011).

83. Véase, por ejemplo, UNICEF, NI ILEGALES NI INVISIBLES: REALIDAD JURÍDICA Y SOCIAL DE LOS MENORES EXTRANJEROS EN ESPAÑA 78 (2009) (explicando que las leyes Españolas omiten el derecho del niño a vivir con sus padres).

desarrollo, aunque tomen en cuenta los derechos humanos y la economía nacional, podrán determinar qué derechos económicos serán reconocidos para quienes no son nacionales suyos.⁸⁴ Si bien muchos países desarrollados son partes de este acuerdo y de la CDN y otros sólo en el segundo, existe una replicación en el reconocimiento parcial de obligaciones de este tipo a través de actos legislativos o judiciales internos.

Tan es así que en algunos Estados se discrimina en los beneficios de la seguridad social a menores. Precisamente, en 2007 el máximo tribunal de la República Argentina debió resolver un recurso presentado por los padres en representación de su hija menor discapacitada desde el nacimiento, todos de nacionalidad boliviana y radicados legalmente, a quien se le había negado una pensión por invalidez (pensión no contributiva) por no contar con la residencia mínima de veinte años exigida a los extranjeros.⁸⁵ El argumento de la procuradora consideraba que era correcto negar el beneficio, aduciendo que no existía discriminación sino distinción en razón de la nacionalidad. Consideraba que no se trataba de una situación extrema de subsistencia ni de una menor abandonada, o cuyos padres carecieran de recursos económicos o no recibieran ayuda estatal.⁸⁶ Por mayoría de votos la corte entendió que cuando la Constitución Nacional reconoce derechos lo hace para que éstos resulten efectivos y no ilusorios y que al momento de reglamentarlos se debe garantizar su pleno goce y ejercicio.⁸⁷

Cuando los controles se agudizan, impidiendo la realización de un pormenorizado diagnóstico sobre los motivos que impulsaron al extranjero y a su familia a ingresar clandestinamente o a permanecer irregularmente, el mecanismo estatal consiste en la creación de centros de internamiento donde las personas permanecen desprovistas de cualquier tipo de estatuto jurídico.⁸⁸ La universalidad

84. Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales art. 2(3), 16 dic. 1966, 993 U.N.T.S. 3, 44.

85. Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN], 4/9/2007, “D.R.A. c. Estado Nacional / recurso de hecho”, Fallos (2007-R-350-XLI) (Arg.).

86. *Id.* en 22–23, 25 (Maqueda, J.).

87. *Id.* en 7–8.

88. Véase, por ejemplo, AMNISTÍA INTERNACIONAL, A LA CÁRCEL SIN JUSTICIA: DETENCIÓN POR MOTIVOS DE INMIGRACIÓN EN ESTADOS UNIDOS 24 (2009) (discutiendo la situación de inmigrantes que son detenido indefinidamente en los

de los derechos humanos se volatiliza, ya que su titularidad depende de la ostentación de una ciudadanía o de un permiso de radicación, mientras que en el entramado de derechos internamente reconocidos conforme al derecho internacional ocurre una disminución de poder de la persona frente al Estado y al resto de la sociedad, dando lugar a la vulnerabilidad por ser extranjero.⁸⁹

Esta condición se encuentra especialmente potenciada en el niño, quien dependerá para la defensa de sus derechos del mismo Estado que lo ha recluido. En tales situaciones no está del todo claro cuáles serían los criterios mínimos en la determinación del interés superior del menor. Quizás uno de ellos sería ponderar las razones que motivaron el ingreso, su situación familiar, la integración con el medio social del Estado de acogida y las circunstancias político-sociales de su país de origen. Lo ideal sería que el niño crezca en el Estado de partida toda vez que el desarraigo devenga traumático por quedar desconectado de su entorno de nacimiento o cultural. En otras ocasiones el país de origen puede ser inapropiado para su desarrollo por determinados motivos: riesgo de ser reclutados como soldados, tratos degradantes y crueles, u obligación de casarse a corta edad.⁹⁰ He aquí donde el principio resalta su mayor importancia.

IV. LA PROGRESIVIDAD Y EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS NIÑOS: MENORES MIGRANTES NO ACOMPAÑADOS

Teniendo presente que no existe un derecho humano a ingresar y

Estados Unidos porque no existen relaciones diplomáticas con sus países de origen para llevar a cabo su regreso).

89. Véase Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Recomendación general N° 30, 65° per. ses. (10 mayo 2004) (pidiendo la protección de no-ciudadanos en la administración de justicia y la eliminación de barreras para acceso a la ciudadanía y naturalización).

90. Véase *generalmente* Informe del Comité contra la Tortura, 43°-44° per. ses., 2 sept. 2009-14 mayo 2010, O.N.U. Doc. A/65/44; AGDO, 65° per. ses., Sup. N° 44 (2010) [en adelante Informe del comité contra la tortura] (denunciando el sometimiento de niños a malos tratos, trata, explotación, prostitución, mutilación genital femenina, violación y homicidio de recién nacidos en varios países); Comité de los Derechos del Niño, Informe sobre el 49° per. ses., O.N.U. Doc. CRC/C/49/3 (25 feb. 2010).

residir en un Estado del cual no es nacional, salvo que esté previsto en instrumentos jurídicos vinculantes, las realidades de la inmigración demuestran que los países orientan sus políticas a la construcción de fronteras poco permeables. Sin embargo, la progresividad del respeto y promoción de los derechos humanos no tiene necesariamente por único responsable al país adonde ingresa el migrante, sino a aquél que al no haberle otorgado condiciones dignas de vida o seguridad personal lo ha empujado a partir. Esto nada tiene que ver con el derecho de extranjería, sino con la violación de obligaciones contraídas por el Estado de origen,⁹¹ aunque tampoco debería obviarse la necesaria interdependencia entre los Estados y que la solución a muchos problemas locales debe buscarse a nivel global.

Resulta un interesante reto para el desarrollo del derecho internacional lograr armonizar el interés del Estado y el del niño migrante cualquiera sea su categoría y condición y que este equilibrio no pueda romperse. Basta tener presente que parte de las disposiciones de tratados sobre derechos humanos no fijan obligaciones recíprocas entre países sino *erga omnes*, cada Estado asumiendo la responsabilidad respecto de las personas bajo su jurisdicción.⁹² Lamentablemente, como el sistema no ha alcanzado la suficiente madurez, ni efectividad en materia de control colectivo, ni tampoco los Estados están demasiado interesados o capacitados para defender los derechos de sus nacionales fuera de su territorio, a menudo la reacción condenatoria surge de la opinión pública internacional de manera espontánea.⁹³

91. Véase Ley N° 26061, 21 oct. 2005, [30767] B.O. arts. 2–3 (Arg.) (adoptando la CDN y estableciendo que los derechos reconocidos dentro de esta están asegurados por su máxima exigibilidad y son sustentados en el principio del interés superior del niño, “son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles”).

92. Véase, por ejemplo, CDN, *supra* nota 1, art. 2.1 (“Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción . . .”).

93. Cf. INT’L COMM’N ON INTERVENTION AND STATE SOVEREIGNTY [COMISIÓN INTERNACIONAL SOBRE INTERVENCIÓN Y SOBERANÍA DE LOS ESTADOS], THE RESPONSIBILITY TO PROTECT [LA RESPONSABILIDAD DE PROTEGER] 1–2 (2001) (resumiendo el dilema de estados en decidir si deben intervenir en causas humanitarias internacionales—como los casos de Bosnia y Kosovo—que requieren acción colectiva).

La idea de que los derechos fundamentales de la persona humana son *erga omnes*, y la legitimidad para reclamar por su violación compete de manera individual o colectiva, ha adquirido mayor fuerza. Efectivamente, cada acuerdo sobre derechos humanos cuenta con comisiones o comités creados para vigilar el progresivo cumplimiento de las obligaciones por parte de los gobiernos, en tanto que en los últimos años el sistema internacional institucionalizado ha traído a consideración la desprotección de los niños migrantes a modo de tibias exhortaciones a los Estados.⁹⁴

Quizás la diversificación del derecho internacional haya repercutido en la búsqueda de soluciones dando lugar a que la materia de los derechos humanos adquiera mayor complejidad cuando afecta a un menor migrante. Sin embargo se debe tener en cuenta que sería prematuro afirmar que existe un derecho al progreso universalmente reconocido y, consecuentemente, que puede ser exigido a terceros Estados.⁹⁵ En realidad, se está lejos de actuar frente a las causas de las migraciones forzadas.⁹⁶ Adviértase que tempranamente se ha admitido que las grandes asimetrías económicas y sociales entre los países dan lugar a la migración de personas.⁹⁷ En contraste, es muy reciente el interés puesto de manifiesto respecto a un nuevo fenómeno: los menores no

94. *Por ejemplo*, Comisión de Derechos Humanos de la O.N.U., Informe sobre 58° per. ses., 18 mar.–26 abr. 2002, O.N.U. Doc. E/CN.4/2002/200, Sup. N° 3 (2002) (“Exhorta los Estados a que protejan todos los derechos humanos de los niños migrantes, particularmente los no acompañados, y a que garanticen que el interés superior del niño sea la consideración principal, y subraya la importancia de reunirlos con sus padres, siempre que sea posible, además alienta a los órganos pertinentes de las Naciones Unidas a que, en el marco de sus mandatos respectivos, presten especial atención a la situación de los niños migrantes en todos los Estados y, de ser necesario, formulen recomendaciones para reforzar su protección”).

95. FRANCISCO V. GARCÍA AMADOR, *EL DERECHO INTERNACIONAL DEL DESARROLLO: UNA NUEVA DIMENSIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO* 67 (1987).

96. *Véase, por ejemplo*, BOB SUTCLIFFE, *NACIDO EN OTRA PARTE: UN ENSAYO SOBRE LA MIGRACIÓN INTERNACIONAL. EL DESARROLLO Y LA EQUIDAD* 46 (2005) (recontando la falta de cooperación por estados que cerraron sus fronteras a emigrantes forzados por el genocidio ruandés).

97. *Véase id.* en 19 (avanzando que la migración es un fenómeno multifacético y que razones económicas ayudan a explicar las acciones de inmigrantes individuales o grupos de migrantes).

acompañados,⁹⁸ cuyo éxodo se origina en hechos concatenados que ellos no sólo no pueden resolver sino que se convierten en víctimas involuntarias de sus efectos.⁹⁹

Lo más atinado es prevenir o eliminar las causas de la migración (pobreza, conflictos armados,¹⁰⁰ persecución política, étnica o racial, deterioro medioambiental, violación de los derechos humanos) y los canales que las encauza (tráfico ilícito, trata y explotación sistemática),¹⁰¹ acción que requerirá las coordinación de políticas

98. Declaración de Brasilia sobre La Protección de Personas Refugiadas y Apátridas en el Continente Americano, ¶ 5, 11 nov. 2010, *disponible en español en* <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/8133.pdf?view=1> (reconociendo como preocupación a menores no acompañados y promoviendo medidas específicas, como el uso de soluciones a nivel nacional para proteger niños separados o no acompañados).

99. Véase NORBERTO I. LIWSKI, MIGRACIONES DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES BAJO EL ENFOQUE DE DERECHOS 6–8, (2004) (comentando sobre los miles de niños no acompañados que inmigraron como consecuencia de la pobreza, violencia, conflicto internacional, y guerra civil en sus regiones y como resultado fueron más expuestos a explotación, discriminación, violencia y reclutamiento militar).

100. Protocolo facultativo de la convención sobre los derechos del niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados pmbl., 25 mayo 2000, 2173 U.N.T.S. 222, 254 (“*Condenando con suma preocupación el reclutamiento, adiestramiento y utilización dentro y fuera de las fronteras nacionales de niños en hostilidades por parte de grupos armados . . .*”) (énfasis en original).

101. Véase A.G. Res. 2384 (XXXVII-O/07), ¶ 1, O.N.U. Doc. AG/RES. 2384 (XXXVII-O/07) (5 jun. 2007) [en adelante Esfuerzos de cooperación hemisférica] (afirmando “[q]ue la pobreza, la inequidad y la exclusión social en el Hemisferio son factores que incrementan la vulnerabilidad de las personas, especialmente de mujeres, niñas y niños, para convertirse en víctimas de la trata cuyo responsables en numerosas ocasiones forman parte de grupos delictivos organizados, *que operan a nivel interno como transnacional*) (énfasis suplido); United Nations Convention against Transnational Organized Crime, Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children [Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional], 15 nov. 2000 [en adelante Complementa la Convención]; United Nations Convention on the Rights of the Child on the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography, Optional Protocol [O.N.U. Protocolo facultativo de la convención sobre los derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil” y la utilización de niños en la pornografía], 25 mayo 2000, 2171 U.N.T.S. 273 [en adelante Protocolo relativo a la venta de niños] (prohibiendo “la venta de niños, la prostitución infantil y la pornografía infantil” y reconociendo la vulnerabilidad de algunos grupos); O.E.U., Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores, 18 mar. 1994, O.A.S.T.S.

nacionales e internacionales definidas por adultos. El Instituto Interamericano del Niño, la Niña y los Adolescentes hace un llamado a la prevención: el derecho a no migrar por el cual “las personas, en este caso los niños, niñas y adolescentes, no estén obligados a moverse hacia otro territorio, a otra cultura, como un devenir natural signado por la imposibilidad de realizar un proyecto de vida en su país de origen.”¹⁰² Sin duda la índole de los menores involucrados, al no estar al cuidado de un adulto a quien le incumba dicha responsabilidad y los peligros a los que se exponen— en el transcurso del viaje como al arribo y permanencia en un Estado,¹⁰³ — hace más imperioso prevenir esta clase de migración en el país de origen.

Producida la migración, forzada o voluntaria, las medidas paliativas o reparadoras deben centrarse en el interés del menor no acompañado en vez de buscar respuestas a través de mecanismos propios de la política exterior. Ningún continente se haya exento de esta problemática, pero ha sido Europa occidental la región más involucrada al punto de intentar resolverla priorizando la

79; O.E.U., Convención interamericana sobre restitución internacional de menores, 15 jul. 1989, O.A.S.T.S. 70 (“Se considera ilegal el traslado o la retención de un menor cuando se produzca en violación de los derechos que ejercían, individual o conjuntamente, los padres, tutores o guardadores, o cualquier institución, inmediatamente, antes de ocurrir el hecho, de conformidad con la ley de la residencia habitual del menor.”); Hague Conference on Private International Law, Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction [Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores], 25 oct. 1980, *disponible en español en* http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.text&cid=24 [en adelante Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores] (asegurando la prevención y regreso de niños secuestrados entre los Estados miembros); Convención internacional para la represión de la trata de mujeres y menores, 5 jul. 1921, *disponible en español en* <http://webpcmania.blogcindario.com/2006/05/00190-convencion-internacional-para-la-represion-de-la-trata-de-mujeres-y-ninos.html> (requiriendo que los varios miembro países europeos, americanos, y asiáticos tomen medidas para combatir la trata de mujeres y niños).

102. LIWSKI, *supra* nota 100, en 1.

103. Cf. KARLA IRÉNDIRA GALLO CAMPOS, UNICEF, NIÑEZ MIGRANTE EN LA FRONTERA NORTE: LEGISLACIÓN Y PROCESOS 13 (2004), *disponible en* http://www.unicef.org/mexico/spanish/mx_resources_publicacion_ninos_migrante_s.pdf (relatando los riesgos a los que se exponen los niños no acompañados que migran hacia Estados Unidos y explicando que algunos sirven de guía para migrantes indocumentados).

repatriación, salvo que sea imposible la reunificación familiar en el país de origen o que la situación del niño caiga dentro del estatuto de refugiado al cubrir su residencia el principio universal de *non-refoulement*.¹⁰⁴ En ambas circunstancias la finalidad es asegurar la protección más adecuada para el menor. Sin embargo, en la casi totalidad de los casos el menor tiene poco conocimiento de cuáles son sus derechos o no está capacitado para reclamar por su violación, pues lo único que persigue es mejorar su situación personal, o la de su familia o proveer a su supervivencia. Esto hace que recaiga en el país de acogida la responsabilidad internacional de asistirlo y protegerlo acorde a un mínimo legal, máxime si su emigración tuvo como soporte a la delincuencia internacional organizada.

Centrar el análisis legal en este último aspecto también tiene sus pormenores. Justamente, en algunos países el menor involucrado en un tráfico ilícito comete una infracción grave siempre que haya prestado su consentimiento, mientras que en otros siempre está eximido de responsabilidad. Entre los miembros de la Unión Europea se refleja esta disparidad de criterio, por lo cual sus instituciones han tratado de distinguir entre tráfico ilícito y trata.¹⁰⁵ Según una comunicación de la Comisión Europea el primero configura un ilícito contra el Estado y supone un interés compartido entre el migrante y

104. United Nations Convention Relating to the Status of Refugees [Convención sobre el Estatuto de los Refugiados] art. 33(1) , 28 jul. 1951, 189 U.N.T.S. 137 (“No Contracting State shall expel or return (‘refouler’) a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social or political opinion.”).

105. Cf. AGENCE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L’UNION EUROPÉENNE [AGENCIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA], LA TRAITE DES ENFANTS DANS L’UNION EUROPÉENNE: DÉFIS, PERSPECTIVES ET BONNES PRATIQUES [EL TRÁFICO DE NIÑOS EN LA UNIÓN EUROPEA: DESAFÍOS, PERSPECTIVAS Y MEJORES PRÁCTICAS] 15 (2009) (“Un grand nombre d’États membres poursuivent une politique formelle de non-sanction à l’égard des enfants victimes de traite commettant des infractions au respect des frontières ou de prostitution. Toutefois, dans la moitié des États membres, aucune politique formelle de non-sanction n’est poursuivie, ce qui signifie que, dans ces pays, les enfants victimes de traite peuvent être poursuivis pour des infractions au respect des frontières ou d’autres infractions telles que la prostitution. Dans ces pays, il existe un risque plus élevé que les enfants victimes de traite puissent ne pas nouer de relation de confiance avec les organes de l’État, qui permettrait de les affranchir de leurs trafiquants”).

del traficante, en tanto que la segunda sólo lo es contra la persona al tener por objeto su explotación.¹⁰⁶ Este enfoque no es atendible, porque en ambos el traslado suele estar caracterizado por el abuso y engaño al carecer el niño de la madurez necesaria para comprender y dirigir sus acciones. Si tal diferenciación fuera plausible desde el punto de vista del derecho internacional no serían necesarios acuerdos entre países de origen y de destino que incorporen la obligación de asistir a los menores no acompañados, combatir a aquellas redes que trafican y explotan a los niños y realizar un seguimiento sobre su situación luego de la repatriación.¹⁰⁷

V. CONCLUSIONES

La temática abordada seguramente amerita un análisis más extenso y profundo del sistema jurídico internacional vigente, caracterizado por una numerosa y fragmentada normativa pero con escasas disposiciones específicamente dirigidas a tutelar los derechos de los niños migrantes. Sin desmerecer los estudios de distinta índole que exponen las realidades de estos menores y que han logrado importantes mejoras de índole social, no es menos cierto que éstas deben encauzarse a través de normas preventivas, reparativas y sancionadoras fácilmente identificables, aplicables y exigibles.

El principio del interés superior del menor ha abierto un camino que, sin dejar de lado la objetividad de quien deba aplicar la norma en cada caso concreto, obliga a elegir la mejor solución que resguarde sus derechos teniendo presente que no dejan de ser niños por su condición de extranjeros y que cualquier excepción requiere

106. *Comunicación de la comisión al consejo y al parlamento Europeo: Lucha contra la trata de seres humanos y lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil*, en 8, COM (2000) 854 final (22 dic. 2000).

107. *Por ejemplo*, Acuerdo entre la República de Senegal y el Reino de España sobre cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración de menores de edad senegaleses no acompañados su protección, repatriación y reinserción, Senegal-España, 5 dic. 2006, 173 B.O.E. 31413 (2008) (promoviendo los principios de la CDN, obstruyendo las redes y organizaciones que trafican y explotan a niños y garantizando la repatriación al Estado de origen); Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre cooperación en el ámbito de la emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y su retorno concertado, España-Marruecos, 6 mar. 2007, 429 Boletín Oficial de las Cortes Generales [B.O.C.G.] 1 (2007).

interpretarse restrictivamente.

Luego de veinte años de entrar en vigor la “Convención sobre los derechos del niño” aún falta precisar su alcance cuando están involucrados niños que no son nacionales del país donde se hallan. En la espera que las legislaciones nacionales aplicables a los menores se tornen más abiertas y abarcativas, serán la doctrina y la jurisprudencia las encargadas de hacerlo. Por el momento, por estar atados a la situación legal de sus progenitores, la progresividad y exigibilidad de los derechos de los menores migrantes es relativa y no exenta de dificultades, no siendo improbable que deban realizarse ajustes normativos en el ámbito internacional.