

MANUAL SOBRE ESTÁNDARES
INTERNACIONALES DE DERECHOS
HUMANOS APLICABLES
A LOS NIÑOS, NIÑAS
Y ADOLESCENTES MIGRANTES



RELAF
Red Latinoamericana de
Asociación Familiar



Save the Children

unicef 



manual

sobre estándares internacionales
de derechos humanos aplicables
a los niños, niñas
y adolescentes migrantes

AUTORES

Alberto Celesia
Alejandro Morlachetti
Matilde Luna

COORDINACIÓN GENERAL

Matilde Luna

DISEÑO GRÁFICO Y EDITORIAL INTEGRAL

Luciana Rampi con la colaboración de Yanina Righetti

CORRECCIÓN ORTOTIPOGRÁFICA Y DE ESTILO

María Soledad Gomez

ENTIDADES RESPONSABLES DE LA PUBLICACIÓN

RELAF, Save the Children y UNICEF

REFERENTES DE LA PUBLICACIÓN POR LAS ENTIDADES

Matilde Luna, Directora de RELAF; Mónica Darer, Representante Regional de la Iniciativa Global de Protección de Save the Children y Nadine Perrault, Asesora Regional de Protección de la Niñez de UNICEF-LACRO.

Los autores agradecen a Cecilie Modvar, Diani Cabrera, Francis Rivas, Javier Palummo, Ludin Chávez, Mónica Darer, Nadine Perrault, Roberta Cecchetti, Sandy Poire, Saúl Sánchez y Wendi Blanpied por sus aportes en la fase de validación del Manual.

BUENOS AIRES, ARGENTINA, SEPTIEMBRE DE 2014.

LISTADO DE ACRÓNIMOS

NNA: Niños, niñas y adolescentes
HRC: Consejo de Derechos Humanos
CRC/GC: Committee on the Rights of the Child/General Comments (Comité de los Derechos del Niño/Observaciones generales)
CEPAL: Comisión Económica para América Latina y el Caribe
Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos
OEA: Organización de los Estados Americanos
Mercosur: Mercado Común del Sur
ILPA: Immigration Law Practitioners' Association
ACNUDH: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos
ACNUR: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados
IPPDH: Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos
DIS: Determinación del interés superior
CADH: Convención Americana sobre Derechos Humanos
PIDCyP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
AF: Acogimiento Familiar
ONG: Organización no gubernamental
CEDAW: Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer
CIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CDN: Convención sobre los Derechos del Niño
OIT: Organización Internacional del Trabajo
IOM: International Organization for Migration (Organización Internacional para las Migraciones)
RELAF: Red Latinoamericana de Acogimiento Familiar
NU: Naciones Unidas
UNLA: Universidad de Lanús
UNICEF: United Nations Children's Fund (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia)
UNICEF-LACRO: United Nations Children's Fund-Latin American and Caribbean Regional Office (Oficina Regional para América Latina y el Caribe)
STC: Save the Children
PICUM: Platform for International Cooperation on Undocumented Migrants

Este Manual fue realizado por un grupo de expertos independientes. En consecuencia, las opiniones y propuestas que aquí se incluyen no reflejan necesariamente el punto de vista de RELAF, Save the Children y UNICEF.

Se permite la reproducción total o parcial de la obra, citando la fuente.



Las fotografías que aparecen en este documento se utilizan únicamente con fines ilustrativos; no existe ninguna relación entre los protagonistas de éstas y el tema que aquí se desarrolla.

ÍNDICE

Primera parte	... 7
FUNDAMENTACIÓN Y ORIENTACIONES PARA LA LECTURA Y APLICACIÓN DE LOS ESTÁNDARES	
I. Introducción	... 9
II. Objetivos de este Manual	... 10
III. Categorías de niños, niñas y adolescentes afectados por la migración	... 10
IV. Instrumentos internacionales relevantes para la protección de los derechos de la niñez migrante	... 11
Segunda parte	... 17
ESTÁNDARES DE DERECHOS DE LA NIÑEZ MIGRANTE	
Estándares de derechos de la niñez migrante	... 19
1. Prioridad de la protección de la niñez por sobre las políticas migratorias	... 20
Aplicación de la CDN a NNA migrantes	... 20
Obstáculos para el goce de derechos de NNA migrantes	... 21
2. Principio de no detención de niños, niñas y adolescentes.	... 22
¿Qué significa “privación de libertad”?	... 22
3. Determinación del interés superior y su importancia en la admisión y todo procedimiento migratorio que afecta a los niños, niñas y adolescentes migrantes	... 24
a. Introducción	... 24
b. Admisión	... 28
c. Principio de no devolución	... 29
d. Enfoque de género	... 29
e. Medidas de protección social	... 30
4. Derecho a la vida familiar y reunificación	... 32
El derecho a la vida familiar en la CDN	... 33
NNA no acompañados y medidas aplicables según su interés superior y el principio de unidad familiar	... 34
5. Modalidades alternativas de cuidado	... 35
a. Introducción	... 35
b. Principios generales	... 36
c. Estándares para el cuidado alternativo en el ámbito familiar o residencial	... 37
d. Estándares específicos para el acogimiento familiar	... 40
e. Estándares específicos para el cuidado residencial	... 41
Epílogo	... 43
Bibliografía	... 44



PRIMERA PARTE





fundamentación
y orientaciones para la lectura
y aplicación de los estándares

I. INTRODUCCIÓN

El impacto de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) ha sido muy importante: es el tratado de derechos humanos que goza de mayor aceptación y reconocimiento internacional, con 194 ratificaciones por parte de los Estados y cercano a la ratificación universal.

También es innegable el efecto que ha tenido la CDN en la adopción de medidas legislativas y reformas institucionales por parte de los países de América Latina, en particular con la promulgación de legislación específica y códigos de niñez y adolescencia en varios países, lo que ha incrementado notablemente la visibilización y el reconocimiento de derechos a nivel interno de ese grupo de la población.¹

Sin embargo, a pesar del alto consenso en reconocer al NNA como sujeto de derecho y de protección especial debida a la infancia, los niños, niñas y adolescentes (NNA) migrantes suelen ser pasados por alto en el desarrollo de leyes y políticas nacionales. Sin duda, uno de los principales problemas que enfrentan los NNA en el contexto de la migración es su invisibilidad, lo cual se traduce en la ausencia general de una perspectiva de infancia en las leyes y políticas migratorias, así como la ausencia de la temática de la niñez migrante en las leyes y políticas sobre infancia.²

El Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos humanos de los migrantes ha subrayado la especial vulnerabilidad de los NNA durante todo el proceso migratorio. Los NNA migrantes, especialmente aquellos no acompañados o separados de su familia, se encuentran en situación de gran vulnerabilidad ya que están expuestos a diversos peligros como la trata, el tráfico, el abuso o la explotación, especialmente en el caso de las niñas.³

Si bien los migrantes documentados enfrentan varias dificultades, los NNA migrantes en situación irregular, no acompañados o con sus familias, son más propensos a sufrir la vulneración de sus derechos en todas las fases del proceso migratorio. En muchos casos, se los percibe más como infractores de leyes que como sujetos de derecho a los que el Estado en cuya jurisdicción se encuentran les debe una protección especial. Por lo tanto, se les niegan las protecciones más básicas y, debido a su estatus irregular, los NNA y sus familias tienen razones fundadas para sentir miedo y evitar acudir a las autoridades en busca de protección.

Cabe destacar que los estándares y principios que se describen a lo largo del presente Manual tienen como fuente los instrumentos universales y regionales de derechos humanos y de los mecanismos de vigilancia de Naciones Unidas (NU), así como del sistema interamericano. Es decir, son estándares que surgen de los tratados y de los mecanismos aceptados por los Estados en ejercicio de su capacidad soberana.

Se debe tener en cuenta que la pauta central y orientadora de todo el Manual es que la protección y el respeto a los derechos de NNA son prioritarios a cualquier otra consideración de seguridad y de política migratoria. Es decir, toda persona menor de 18 años debe ser reconocida como un niño y, por ende, deben respetarse plena e integralmente sus derechos más allá de su condición de migrante y su estatus migratorio.

En definitiva, se trata de que el paradigma introducido por la CDN alcance también a quienes han migrado y cuyos derechos están afectados por las políticas que regulan la migración; particularmente las condiciones de ingreso, permanencia o salida de un país del que no son originarios.

¹ Desde la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, la gran mayoría de los países de América Latina han adoptado leyes generales de protección o códigos de niñez. Son los casos de la Argentina (2005), el Estado Plurinacional de Bolivia (1999), Brasil (1990), Colombia (2006), Costa Rica (1998), Ecuador (2003), El Salvador (2009-2010), Guatemala (2003), Honduras (1996), México (2000), Nicaragua (1998), Paraguay (2001), Perú (1992), República Dominicana (2003), Uruguay (2004) y la República Bolivariana de Venezuela (2000).

² UNICEF-LACRO y UNLA (2009). "Estudio sobre los estándares jurídicos básicos aplicables a niños, niñas y adolescentes migrantes en situación migratoria irregular en América Latina y el Caribe. Estándares jurídicos básicos y líneas de acción para su protección". Buenos Aires, febrero.

³ Relatoría Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes (2010). Consejo de Derechos Humanos, Sesión 11° (A/HRC/11/7), 14 de mayo.

II. OBJETIVOS DE ESTE MANUAL

Este Manual es resultado de la labor de tres organizaciones que comparten la necesidad de elaborar una estrategia de abordaje vinculada a la protección de los derechos de NNA en el contexto de la migración. Así, RELAF, Save the Children y UNICEF ofrecen este texto como una herramienta para las necesarias adecuaciones en la materia, en particular para la preparación de los operadores técnicos y profesionales responsables de la protección de derechos de los NNA migrantes.

Sus principales objetivos son:

- **Servir** como documento base para ser integrado a las estrategias legales ante los funcionarios de migración y de niñez, con el fin de avanzar en la articulación de los sistemas de infancia y de migración y lograr una mejor protección conjunta de los derechos de NNA migrantes.

- **Contribuir** a la comprensión de los estándares legales internacionales relacionados con los derechos de NNA migrantes.

- **Servir** de apoyo al personal de las organizaciones vinculadas a la temática en la identificación de los estándares respecto de la niñez y adolescencia migrante.

También es intención de este Manual ser un marco conceptual para las capacitaciones de las organizaciones que lo impulsan en todos los países de la región, con operadores del sistema de infancia y de migración, en complemento con herramientas metodológicas y prácticas para su mejor comprensión (ejemplos de situaciones, normativa específica del país donde se realiza la capacitación, estadísticas locales, etc.).

Desde ya, puede ser utilizado además como una guía o herramienta de referencia para distintas áreas del gobierno, académicos, organizaciones de la sociedad civil e internacionales que, con sus intervenciones, buscan garantizar los derechos de la niñez migrante y de los NNA afectados por la migración.

III. CATEGORÍAS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES AFECTADOS POR LA MIGRACIÓN

No existe un perfil homogéneo de la niñez afectada por la migración. Los NNA migrantes pueden estar acompañados por sus padres o responsables legales, por otros adultos (niños separados) o estar solos (niños no acompañados). En el contexto de la migración también se incluyen los NNA de padres migrantes nacidos en los países de destino y aquellos dejados atrás por sus padres que migran y que probablemente en un futuro cercano terminen migrando para reunirse con sus familias.

- **Niños, niñas y adolescentes que permanecen en su país de origen:** son los hijos e hijas de padres migrantes que permanecen en el país de origen cuando sus progenitores migran.

- **Niños, niñas y adolescentes no acompañados o separados:** el Comité de los Derechos del Niño, en su Observación general N° 6: *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, ha definido a los niños no acompañados como los menores de edad que se encuentran separados de ambos padres y otros parientes y no están al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumbe esa responsabilidad. Asimismo, según el Comité los niños separados son aquellos separados de ambos padres o de sus tutores legales o habituales, pero no necesariamente de otros parientes. Por lo tanto, puede tratarse de menores acompañados por otros miembros adultos de la familia.⁴

⁴ Comité de los Derechos del Niño (2005). Observación general N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, 30° período de sesiones (CRC/GC/2005/6), 17 de mayo - 3 de junio.

○ **Niños, niñas y adolescentes que migran con sus familias:** son los NNA que se movilizan a través de las fronteras internacionales junto con sus familiares (padre y madre o uno de ellos) o junto con sus tutores legales o habituales.

○ **Niños, niñas y adolescentes nacidos en países de destino:** los NNA nacidos en los países de destino, en virtud del principio de *lus Soli*, adquieren en la mayoría de las naciones la nacionalidad del país de destino. Este principio es una de las principales formas de obtener la nacionalidad, ya que significa que la persona tiene el derecho de adquirir la nacionalidad del país en donde nace. El otro principio (*lus Sanguinis*) brinda el derecho de adquirir la nacionalidad a partir de la nacionalidad de los padres. Algunos países sólo adoptan uno de estos criterios y otros utilizan los dos. En principio estos NNA no son migrantes, pero sus padres sí lo son, por lo que, según la condición migratoria de éstos, pueden verse afectados por leyes y políticas migratorias.

○ **Niños, niñas y adolescentes retornados:** son los NNA migrantes o nacidos en el país de destino de padres migrantes que regresan a su país de origen solos o acompañados, ya sea de forma voluntaria o como consecuencia de un procedimiento de deportación o repatriación.

Si bien es muy relevante la situación de los NNA que se quedan en el país al cuidado de otros familiares por la migración de sus padres, las causas estructurales de la migración, las remesas, la adopción –o la ausencia– de políticas específicas para estos niños, niñas y adolescentes, y la posibilidad de que en el futuro migren no acompañados para reunirse con su familia, su tratamiento excede la posibilidad y el propósito de este Manual.

De igual modo, se reconoce el derecho de solicitud de asilo de NNA bajo ciertas circunstancias y la aplicación de los estándares específicos del campo del derecho internacional humanitario, los que no serán abordados en este Manual, enfocado en los estándares de derechos de NNA migrantes.

La descripción de los estándares aplicables que realizaremos en este Manual se enfocará en los NNA que están migrando o que ya han migrado, así como en la respuesta que deberían recibir por parte de los Estados –en particular el de tránsito y el de destino– para garantizar la plena protección de sus derechos.

IV. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES RELEVANTES PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ MIGRANTE

La Declaración Universal de los Derechos Humanos es, sin duda alguna, el instrumento fundamental del derecho internacional de los derechos humanos, y quizás el más importante del siglo XX. En ella se enfatiza que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, que todas las personas son iguales ante la ley y deben recibir igual protección de ésta, y que toda persona podrá gozar de los derechos humanos y las libertades fundamentales sin

distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, nacionalidad o pertenencia social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición (Art. 2).

Así, más allá de su condición de migrante, y cualquiera sea su situación migratoria, los NNA son sujetos de derechos, y por lo tanto todos los tratados del sistema de Naciones Unidas y del Sistema Interamericano son plenamente aplicables para garantizar una protección integral de sus derechos.

Principales tratados de derechos humanos Sistema de Naciones Unidas⁵



⁵. Además de los 9 principales tratados de Naciones Unidas, son importantes el 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; el Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional; y las siguientes convenciones de la OIT: Convenio sobre los Trabajadores Migrantes (Revisado), 1949 (Nº 97); Convenio sobre los Trabajadores Migrantes (disposiciones complementarias), 1975 (Nº 143); Convenio sobre la Edad Mínima, 1973 (Nº 138); Convenio sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil, 1999 (Nº 182); y Convención sobre Trabajadores y Trabajadoras Domésticas, 2011 (Nº 189).

Si bien la totalidad de los tratados de derechos humanos son aplicables para la protección integral de los derechos de NNA, cuando se trata de los derechos de la niñez y la adolescencia, sin duda el cuerpo legal internacional más relevante es la CDN, que combina en un solo tratado los derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales, considerando complementarios y necesarios cada uno de ellos, para asegurar la protección integral de NNA.

La CDN parte del concepto de NNA como sujetos de derechos, y estipula que como tales deben gozar de los mismos derechos y garantías que las personas adultas, además de aquellas que les corresponden por su especial condición.

Los derechos reconocidos en la CDN y los tratados de derechos humanos son vinculantes: eso exige que los Estados adopten todas las medidas administrativas, legislativas, presupuestarias y de otra índole para dar efectividad a esos derechos.⁶

Esto también implica que los países deben adoptar las medidas necesarias para adecuar la legislación general de los derechos de la niñez sobre la base de las disposiciones de la CDN y también las instituciones, para implementar la legislación y el efectivo respeto y goce de los derechos de la niñez.⁷

De ahí se derivan una serie de obligaciones específicas para los Estados parte, con el objetivo de asegurar cada uno de los derechos a los NNA que se encuentran bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna. Ello incluye, obviamente, a los niños, niñas y adolescentes migrantes, así como a los hijos e hijas de migrantes, siendo irrelevante la condición migratoria de ambos a los efectos de dar cumplimiento a lo exigido por la CDN.

Tratados específicos para la protección de NNA

- Convención sobre los Derechos del Niño
- Protocolo facultativo relativo a la participación de niños en los conflictos armados
- Protocolo facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía
- Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones

⁶ Morlachetti, A. (2013). Sistemas nacionales de protección integral de la infancia en América Latina y el Caribe. Fundamentos jurídicos y estado de aplicación. UNICEF/División de Desarrollo Social, CEPAL, enero.

⁷ Comité de los Derechos del Niño (2003). Observación general N° 5: Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, párr. 18.

Principales instrumentos de derechos humanos Sistema Interamericano



Por supuesto que existen una serie de tratados particularmente aplicables a la protección de los derechos de las personas migrantes y sus familiares, como es el caso de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. También se deben mencionar el Protocolo de las Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños (2003) y los convenios de la Organización Internacional del Trabajo.⁸

Además de los tratados, existe una serie de instrumentos derivados de los mecanismos de vigilancia, tanto de NU como del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que se aplican en particular al tema de la niñez y la migración, y que incluyen importantes referencias a estándares para la protección de las personas migrantes.

De particular importancia es la labor de los Comités de NU que interpretan los tratados a través de la elaboración de observaciones o recomendaciones generales. Muchas de las observaciones que han sido adoptadas por el Comité de los Derechos del Niño y otros son relevantes a los derechos de NNA migrantes y serán mencionadas como fuentes de los estándares descritos a lo largo del Manual.

⁸ Convenio sobre los Trabajadores Migrantes (Revisado), 1949 (N° 97); Convenio sobre las Migraciones en Condiciones Abusivas y la Promoción de la Igualdad de Oportunidades y de Trato de los Trabajadores Migrantes, 1975 (N° 143); y Convenio relativo al Trabajo Decente para las Trabajadoras y los Trabajadores Domésticos, 2011 (N° 189).

⁹ El Comité de los Derechos del Niño es el órgano compuesto por 18 expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño. También supervisa la aplicación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, así como del 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. Todos los Estados partes deben presentar al Comité informes periódicos, con la finalidad de examinar los progresos logrados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por la Convención (Art. 43). Inicialmente, los Estados deben presentar un informe dos años después de su adhesión a la Convención, y luego cada cinco años (Art. 44).

Observaciones generales de los Comités de NU que fijan estándares para la protección de migrantes

Observaciones específicas respecto de derechos de personas migrantes

- Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (2004). Recomendación general N° 30: Discriminación contra los no ciudadanos.
- Comité de Derechos Humanos (1986). Observación general N° 15: La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto.
- Comité CEDAW (2008). Recomendación general N° 26: Las trabajadoras migratorias.
- Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (2011). Observación general N° 1: Los trabajadores domésticos migratorios.

Observaciones del Comité de los Derechos del Niño que fijan estándares de protección a los derechos de NNA migrantes⁹

- Observación general N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen (2005).
- Observación general N° 12: El derecho del niño a ser escuchado (2009).
- Observación general N° 14: El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (2013).

También existen procedimientos especiales que permiten recibir denuncias de violaciones de derechos y analizar un problema para contribuir mediante la prestación de asistencia técnica. Si bien la labor de todas las relatorías –tanto de NU como del Sistema Interamericano– es importante para la defensa de los derechos de NNA y de las personas migrantes, para la temática de este Manual se destaca la labor de la relatoría especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, y las relatorías específicas sobre los derechos de las personas migrantes.

Relatorías con mandato específico para la protección de los derechos de NNA y la migración

- El mandato del *Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes* fue creado en 1999 por la Comisión de Derechos Humanos y renovado por el Consejo de Derechos Humanos. Abarca todos los países, independientemente de si un Estado ha ratificado la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, del 18 de diciembre de 1990.
- En el ámbito de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se creó en 1996 la *Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias*, cuyo mandato en la actualidad incluye el respeto y la garantía de los derechos de los migrantes y sus familias, solicitantes de asilo, refugiados, solicitantes y beneficiarios de protección complementaria, apátridas, víctimas de trata de personas, desplazados internos, así como otros grupos de personas vulnerables en el contexto de la movilidad humana.

En el ámbito interamericano, la Corte¹⁰ y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹¹ han ido teniendo un rol crecientemente relevante en el diseño de estándares internacionales sobre derechos de la niñez y de las personas migrantes.

Se debe aclarar que las observaciones o recomendaciones generales no se refieren a situaciones de hecho o casos específicos, sino que constituyen interpretaciones generales o “en abstracto” de las disposiciones de un tratado, que procuran definir con mayor precisión las obligaciones de los Estados en relación con éste y el contenido de los derechos que establece.

En el apartado 5 de este Manual, dedicado a la protección de NNA en cuidado alternativo, se hará especial referencia a las Directrices de las NU sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños.

¹⁰ La Corte Interamericana de Derechos Humanos fue establecida en 1978 con la entrada en vigor de la Convención Americana. La Corte IDH tiene su base legal en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que brinda las pautas básicas sobre su estructura, funcionamiento y competencia. Aloja a siete jueces, cada uno de los cuales es nominado y elegido por las partes de la Convención Americana por un período de seis años. La Corte tiene dos tipos de competencia: consultiva y contenciosa. En la contenciosa se puede ejercer si el Estado ha reconocido la jurisdicción de la Corte para tramitar y conocer casos en su contra. La función consultiva implica la facultad de consultar a la Corte acerca de la interpretación de las normas de la Convención Americana o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Así también, por solicitud de un Estado miembro de la OEA, la Corte está legitimada para dar opinión acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

¹¹ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos es un órgano de la OEA encargado de la promoción y protección de los derechos humanos en el continente americano. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos tiene varias funciones; la más importante es el tratamiento de casos contenciosos o peticiones individuales. Recibe denuncias de cualquier persona, grupo de personas u organizaciones no gubernamentales legalmente establecidas con relación a violaciones de derechos.

En sus funciones consultiva y contenciosa, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha contribuido sustancialmente a la aplicación de la CDN en la región americana, en particular, al afirmar que tanto la Convención Americana de Derechos Humanos como la CDN forman parte del cuerpo comprensivo que rige en esta materia y que enfatiza el reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes sujetos de derecho.

Labor consultiva de la Corte IDH

- El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal (OC-16/99) (1999).
- Condición jurídica y Derechos Humanos del niño (OC-17/02), 28 de agosto. Serie A N° 17 (2002).
- Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados (OC-18/03), 17 de septiembre. Serie A N° 18 (2003).
- Opinión Consultiva solicitada por el Mercosur, a ser adoptada en septiembre de 2014. La solicitud de opinión consultiva se ha presentado con el fin de que la Corte IDH determine con mayor precisión cuáles son las obligaciones de los Estados con relación a las medidas pasibles de ser adoptadas respecto de niños y niñas, asociadas a su condición migratoria, o a la de sus padres, a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

SEGUNDA PARTE





estándares
de derechos de la niñez
migrante

ESTÁNDARES DE DERECHOS DE LA NIÑEZ MIGRANTE

A continuación se describirán los principales estándares y principios aplicables a los procedimientos que involucren a NNA migrantes; en particular, respecto de: **1)** las medidas de protección especial y prioridad de intervención de las autoridades de infancia; **2)** el principio de no detención de niñas y niños migrantes; **3)** el procedimiento de determinación del interés superior en relación con la admisión y permanencia dentro del territorio del país de destino; **4)** el derecho a la vida familiar de los NNA (incluyendo el derecho a la reunificación familiar); **5)** las garantías jurídicas que deberían aplicarse en los procedimientos migratorios que involucran NNA (incluyendo el derecho a ser escuchado).



I. PRIORIDAD DE LA PROTECCIÓN DE LA NIÑEZ POR SOBRE LAS POLÍTICAS MIGRATORIAS

Antes que todo, se debe señalar la prioridad del marco normativo e institucional de protección integral de la infancia por sobre la normativa y la política migratoria. Se trata de que, en la política, los procedimientos y la normativa migratoria, el ser *niño, niña o adolescente* prime sobre el hecho de ser *migrante*.¹²

Este principio debe ser considerado transversalmente para la interpretación de todas las consideraciones que se incluyen en este Manual.

Según el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), todas las autoridades e instituciones que entren en contacto con NNA migrantes deberán determinar que la protección de sus derechos sea primordial. Este principio debería prevalecer sobre todos los demás, incluidas las disposiciones contrarias de la normativa sobre migración en caso de que se planteara un conflicto.¹³

Sin embargo, en las prácticas de los países se identifica un problema común: existe una primacía de medidas basadas en el paradigma de la seguridad y el control migratorio, dejando en un segundo plano la obligación de protección a la infancia que corresponde a todo Estado, en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño. La falta de consideración del principio de interés superior del niño, consagrado en su artículo 3, y que debería guiar toda política y decisión que pudiera afectar los derechos de NNA, repercute directamente en los derechos de NNA migrantes.

En la actualidad, nos encontramos ante un escenario preocupante: la situación de los NNA migrantes está determinada, casi únicamente, por su condición migratoria y, en consecuencia, por las políticas que adoptan los países en el ámbito de la migración. Por lo general, en estos casos hay una muy limitada –sino nula– intervención de las autoridades que tienen algún mandato específico en materia de protección integral de la infancia. También es usual que los programas y dispositivos existentes para la infancia no contemplen debidamente a los NNA migrantes.¹⁴

Aplicación de la CDN a NNA migrantes

... las obligaciones del Estado de acuerdo con la Convención se aplican dentro de las fronteras de ese Estado, incluso con respecto a los menores que queden sometidos a la jurisdicción del Estado al tratar de penetrar en el territorio nacional. Por lo tanto, el disfrute de los derechos estipulados en la Convención no está limitado a los menores que sean nacionales del Estado parte, de modo que, salvo estipulación expresa en contrario en la Convención, serán también aplicables a todos los menores –sin excluir a los solicitantes de asilo, los refugiados y los niños migrantes– con independencia de su nacionalidad o apátrida, y situación en términos de inmigración.

Comité de los Derechos del Niño (2005). *Observación general N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, párr. 12.*

Al amparo de las facultades estatales para regular el ingreso y la residencia de personas extranjeras, se diseñan procedimientos o se permiten prácticas que afectan derechos y garantías. Todas esas circunstancias repercuten de un modo particular y específico en los NNA, en particular aquellos que migran separados y/o no acompañados.

¹² Crawley (2006). *Child First, Migrant Second: Ensuring that Every Child Matters*. Londres, ILPA.

¹³ ACNUDH (2010). "Estudio de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los problemas y las mejores prácticas en relación con la aplicación del marco internacional para la protección de los derechos del niño en el contexto de la migración" (A/HRC/15/29), 5 de julio, párr. 24.

¹⁴ Observación escrita de UNICEF sobre niñez migrante en América Latina y el Caribe. Solicitud de Opinión consultiva sobre niñez migrante presentada por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Buenos Aires, diciembre de 2013.

Obstáculos para el goce de derechos de NNA migrantes

En un estudio sobre Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay realizado en 2012 por el Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del Mercosur y Save the Children, se resaltan una serie de obstáculos para el goce efectivo de derechos por parte de los NNA migrantes:

- Falta de armonización normativa tanto entre las leyes migratorias nacionales y los acuerdos multilaterales e internacionales como dentro de cada país, en relación con los estándares de protección de derechos de las personas migrantes en general y de NNA en particular.
- Ausencia del enfoque de derechos de la niñez en las leyes migratorias de la región.
- Ausencia de procedimientos adecuados de identificación de situaciones de vulneración de derechos de NNA.
- Normas que deberían adecuarse a los estándares internacionales en la materia, como:
 - la prohibición de la criminalización de la migración irregular (Chile);
 - el derecho a la vida familiar y el reconocimiento del principio de reunificación familiar (con excepción de Argentina y Uruguay);
 - los procedimientos de designación de tutores o representantes legales de NNA;
 - la falta de protocolización del tratamiento de NNA no acompañados en fronteras;
 - la falta de reconocimiento expreso del interés superior en la normativa.

IPPDH (2012). *“La Implementación de los acuerdos del Mercosur relativos a la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes Migrantes. Estudios e investigaciones. Diagnóstico y lineamientos para la acción”*. Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del Mercosur, julio.

Como resultado de la aplicación de la CDN a las políticas dirigidas a la niñez migrante, se debe cumplir con cuatro requisitos esenciales:

○ **1. Todos** los NNA migrantes deben ser protegidos a través de la plena aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, y sin discriminación de ningún tipo. Los NNA involucrados o afectados directamente por la migración – ya sea acompañados o no acompañados, documentados o indocumentados, o en cualquier otra situación– tienen derecho al disfrute de sus derechos.¹⁵

○ **2. Todas** las decisiones, medidas y prácticas que se adopten en relación con su ingreso, permanencia o salida del país –y/o de sus padres– deben estar determinadas por el principio del interés superior del niño, como exige la CDN en cualquier otra situación.

○ **3. Deben** garantizarse plenamente los demás principios rectores de esa Convención, a saber: no discriminación (Art. 2); participación y ser oído (Art. 12); y derecho al desarrollo, a la vida y la supervivencia (Art. 6).

○ **4. Respetto** de NNA migrantes no acompañados en particular, debe existir un Procedimiento de Determinación del Interés Superior del Niño que se aplique en cada caso.

En síntesis, es un deber ineludible e impostergable de los países revisar las normas y procedimientos migratorios aplicables actualmente a NNA migrantes y a sus padres, a fin de ajustarlos a los preceptos de la CDN. Y ello supone necesariamente que esos mecanismos, antes que dirigirse a alcanzar los objetivos de las políticas migratorias, estén diseñados para asegurar la protección integral de la infancia.¹⁶

¹⁵ Comité de los Derechos del Niño (2012). The Rights of All Children in the Context of International Migration, Day of General Discussion, Background Paper, agosto

¹⁶ Observación escrita de UNICEF sobre niñez migrante en América Latina y el Caribe. Solicitud de Opinión consultiva sobre niñez migrante presentada por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Buenos Aires, diciembre de 2013.

2. PRINCIPIO DE NO DETENCIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

El primer estándar fundamental respecto de la migración es que la entrada irregular al territorio de otro Estado y la carencia o el vencimiento de la autorización para residir allí no constituyen delitos; por lo tanto, no deberían ser penados con la privación de la libertad.

Esto ha sido subrayado reiteradamente por los organismos de derechos humanos, afirmando que la criminalización de la entrada irregular en un país supera el interés legítimo de los Estados de controlar y regular la inmigración irregular, y puede dar lugar a detenciones innecesarias.¹⁷ Como manifiesta la Relatoría Especial sobre Trabajadores Migratorios de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “...los inmigrantes indocumentados son, en el peor de los casos, infractores a normas administrativas. No son ni criminales ni sospechosos de cometer delitos”.¹⁸

Es fundamental resaltar que, sin perjuicio de la diversidad de terminología y eufemismos que cada país pueda utilizar para denominar la situación de privación de libertad –albergar, aprehender, asegurar, internar, retener, alojar, etc.–, cuando una persona no tiene la posibilidad de salir o abandonar por su propia voluntad el lugar donde ha sido alojado o internado se encuentra claramente privada de su libertad; es entonces cuando requieren ser aplicados todos los estándares internacionales referidos al derecho a la libertad personal y los derechos conexos.

¿Qué significa “privación de libertad”?

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que privación de libertad implica cualquier forma de detención, encarcelamiento, institucionalización o custodia de una persona, por razones de asistencia humanitaria, tratamiento, tutela, protección, o por delitos e infracciones a la ley, ordenada por o bajo el control de facto de una autoridad judicial o administrativa o cualquier otra autoridad, ya sea en una institución pública o privada, en la cual no pueda disponer de su libertad ambulatoria. Se entiende, entre esta categoría de personas, no sólo a las personas privadas de libertad por delitos –ya sean éstas procesadas o condenadas–, sino también a aquellas que están bajo la custodia y la responsabilidad de ciertas instituciones, tales como: centros para migrantes, refugiados, solicitantes de asilo o refugio, apátridas e indocumentados; y cualquier otra institución similar destinada a la privación de libertad de personas.

CIDH (2008). Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas, marzo.

¹⁷ Por ejemplo, la Corte IDH en el Caso Vélez Lóor vs. Panamá (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), Sentencia del 23 de noviembre de 2010. Serie C N° 218.

¹⁸ Segundo Informe de Progreso de la Relatoría Sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias (2001).

Por ello, cualquier forma de privación de libertad debe ser excepcional para todas las personas migrantes; sólo puede llevarse a cabo en casos muy concretos, y por un lapso muy breve, si se considera que es una medida necesaria para asegurar la comparecencia de una persona en el marco de un proceso de deportación.

Si la detención respecto de personas adultas debe ser aplicada como una medida excepcional, esta excepcionalidad cobra una considerable trascendencia en el caso de niños, niñas y adolescentes. Si se tiene en cuenta que los NNA migrantes en situación de irregularidad se encuentran en una particular situación de vulnerabilidad, se refuerza la aplicación del principio que prohíbe su detención por razones de índole migratoria.

El principio de no detención de NNA migrantes es un estándar esencial en materia de derechos de la niñez migrante, junto con el principio que exige, por el contrario, la adopción de medidas particulares de protección, adecuadas a la situación de vulnerabilidad en que pudieran encontrarse.

Nunca debería detenerse a NNA, y menos aún si se trata de no acompañados o separados de su familia, por motivos relacionados exclusivamente con temas de inmigración.¹⁹



En relación con los NNA, en algunas oportunidades se ha invocado el artículo 37.b de la Convención sobre los Derechos del Niño para legitimar detenciones cautelares a NNA migrantes, arguyendo que la CDN no prohíbe la aplicación de la medida sino que advierte que se utilizará tan sólo como último recurso. Sin embargo, cabe explicitar que este artículo se reserva al ámbito del derecho penal; es decir que está concebido para ser aplicado a los casos en los cuales los NNA se encuentran en conflicto con la ley penal, pero no para infracciones de índole administrativa.²⁰

También se ha sugerido que existen ciertas circunstancias -como la preservación de la unidad familiar- que justificarían el encierro de NNA junto a sus padres en un centro de detención de migrantes. En un informe específico sobre derechos de NNA migrantes, el Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes (2009) precisó que *“la utilización ideal de un enfoque basado en los derechos entrañaría la adopción de medidas alternativas para toda la familia; por lo tanto, los Estados deberían elaborar políticas para alojar a toda la familia en lugares alternativos a los centros de internamiento en régimen cerrado”*.

Es decir, la solución no está en ubicar a la familia en centros de detención, sino en alojamientos abiertos orientados a la protección de la niñez y la familia, mientras se tramita un procedimiento migratorio.

A partir del principio de no detención de NNA migrantes, resulta indispensable que en los países se prevean formas de alojamiento adecuadas, como alojamiento en centros de acogimiento y de protección de carácter abierto u otras modalidades de acogimiento cuya finalidad sea su protección integral y la garantía de sus derechos fundamentales. Idealmente, estos centros y modalidades de acogimiento deberían depender del sistema de protección integral de la niñez y estar a cargo de personal de infancia. Se dará tratamiento específico a este tema en el apartado de estándares sobre el cuidado alternativo.

¹⁹. Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (2013). Observación general N° 2: Derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares. 28 de agosto, párr. 33

²⁰. Observación escrita de UNICEF sobre niñez migrante en América Latina y el Caribe. Solicitud de Opinión consultiva sobre niñez migrante presentada por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Buenos Aires, diciembre de 2013, párr. 92.

3. DETERMINACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR Y SU IMPORTANCIA EN LA ADMISIÓN Y TODO PROCEDIMIENTO MIGRATORIO QUE AFECTA A LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

a. Introducción

En todo trámite o procedimiento migratorio, las decisiones que se adopten siempre deben estar guiadas por el interés superior del niño. Esta prioridad se afirma en el principio del interés superior del niño consagrado en el artículo 3 de la CDN; significa que en todas las medidas que tomen las instituciones, los tribunales y las autoridades administrativas se considerará primordialmente el interés superior del niño.

Comité de los Derechos del Niño y la triple perspectiva del interés superior

- **a. Un derecho sustantivo:** es decir, el derecho del niño y la niña a que su interés superior sea una consideración primordial, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que los afecte.
- **b. Un principio jurídico interpretativo fundamental:** si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá aquella que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño y la niña. Los derechos con sagrados en la Convención y sus protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.
- **c. Una norma de procedimiento:** siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño o una niña, a un grupo de niños o niñas o a la niñez en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) en ellos. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales y un procedimiento que las garantice.

Comité de los Derechos del Niño (2013). *Observación general N° 14: Derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3, párr. 1) (CRC/C/GC/14), 29 de mayo.*

En estos casos, el procedimiento de determinación del interés superior (DIS) es la herramienta más importante para asegurar el respeto, la protección y la garantía de los derechos de los NNA migrantes.

Este procedimiento implica la evaluación de todos los aspectos relevantes de cada caso particular, para que en las distintas etapas del procedimiento migratorio pueda tomarse una decisión que proteja de la mejor manera posible los derechos del NNA en cuestión. Será necesaria, por lo tanto, una valoración caso por caso, respetuosa de las garantías procesales, que permita determinar, por un lado, cuál es la solución que, tanto a corto y largo plazo, se adecua más al interés superior de cada niño o niña y, por otro, la forma de implementación de tal solución que mejor se concilie con el respeto de sus derechos.

El Comité de los Derechos del Niño ha señalado que la determinación del interés superior requiere una clara y detallada evaluación de la identidad –incluyendo nacionalidad, características de su crianza, etnia, contexto cultural y lingüístico–, además de la particular situación de vulnerabilidad y de las necesidades básicas de protección que los NNA migrantes pudieran tener.²¹

Las obligaciones en materia de niñez migrante que surgen a partir del respeto al principio medular de la Convención sobre los Derechos del Niño determinan la necesidad de que los Estados cuenten con un protocolo o reglamentación que establezca de forma clara y global qué aspectos deberán evaluarse en cada caso y que, a su vez, garantice la participación de los NNA durante el procedimiento.

²¹. Comité de los Derechos del Niño (2005). Observación general N° 6, ob. cit., párr. 20.

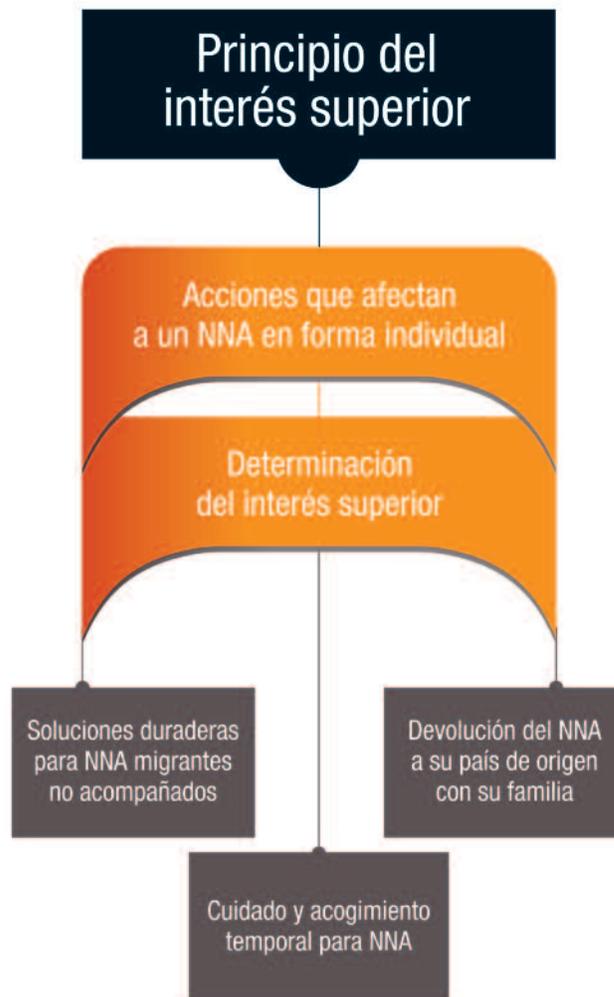
Un aporte sustancial para el desarrollo de un protocolo de actuación y directrices para la determinación del interés superior del niño ha sido realizado por ACNUR.²² En las Directrices, la DIS se describe como el proceso formal, dotado de garantías procesales estrictas, que se establece para determinar el interés superior del niño, especialmente en la adopción de las decisiones importantes que lo afecten. Debe asegurar la adecuada participación del niño sin discriminación, involucrar a las personas expertas en áreas relevantes en la toma de decisiones y equilibrar todos los factores para valorar la mejor opción.

Al momento de la DIS, se deben considerar todos los derechos de la niñez, tanto de las fuentes internacionales (CDN y otros tratados) como nacionales (legislación interna). Siempre deberán ser de aplicación las disposiciones de derecho internacional y nacional que sean más conducentes al cumplimiento de los derechos del niño.

La principal consideración de las personas encargadas de la toma de las decisiones es establecer cuáles son las opciones disponibles y cuál de ellas asegura mejor la realización de los derechos del niño y conviene, por lo tanto, a su interés superior. Debe tenerse en cuenta el impacto a corto y largo plazo de cada opción antes de decidir cuál es la más apropiada de acuerdo con las circunstancias individuales.

La determinación del interés superior del niño requiere una evaluación clara y a fondo de la identidad del NNA y, en particular, de su nacionalidad, crianza, antecedentes étnicos, culturales y lingüísticos, así como las vulnerabilidades y necesidades especiales de protección,²³ considerando el carácter indivisible de la CDN y la interdependencia de sus artículos. La decisión de la DIS debería apoyarse preferentemente en las medidas de protección y cuidado del niño que existen en el sistema de protección integral del país de destino, siempre que sean conformes a los estándares internacionales.²⁴

Procedimiento de determinación del interés superior



Fuente: Cuadro adaptado de las Directrices para la determinación del interés superior (2008).

²² ACNUR (2008a). Directrices para la determinación del interés superior del menor (DIS), mayo.

²³ Comité de los Derechos del Niño (2005). Observación general N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, 39° período de sesiones (CRC/GC/2005/6), párr. 20.

²⁴ ACNUR (2008). Directrices para la determinación del interés superior (DIS), mayo.

El principio del interés superior no debe pensarse sólo en términos de resultado, sino también de medios. Por lo tanto, es fundamental en cualquier procedimiento y medida que se tome respecto de los NNA el respeto estricto de las garantías de debido proceso.

El derecho al debido proceso tiene un papel primordial en la dignidad humana de los migrantes, ya que los protege de la violación de sus derechos en los procedimientos migratorios. Es importante subrayar que, dentro del sistema universal y en el sistema interamericano de derechos humanos, las garantías de debido proceso son herramientas indispensables para una política y procedimientos migratorios que estén en total acuerdo con los estándares de derechos humanos.

En su Opinión consultiva sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, la Corte IDH describió los principios básicos de derechos humanos que deben regir las políticas de inmigración de los Estados miembros de la OEA. Específicamente, la Corte indicó que los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingresos y salidas de migrantes indocumentados a su territorio, pero éstos deben siempre aplicarse con apego estricto a las garantías del debido proceso y el respeto de la dignidad humana.²⁵

Como mínimo, los Estados deben respetar las siguientes garantías de debido proceso en los procesos migratorios que involucran NNA migrantes:

- **Derecho** a un traductor y/o intérprete gratuito.
- **Derecho** a la asistencia legal gratuita.
- **Derecho** a recurrir cualquier decisión ante autoridad o tribunal superior;
- **Derecho** a expresarse y a ser oído en el marco de mecanismos adecuados para la edad, evolución y desarrollo del NNA.
- **Derecho** a la asistencia consular.
- **Designación** de un tutor independiente para la protección de los intereses de cada NNA.²⁶
- **Derecho** a reunirse libremente y en forma privada con su abogado, tutor y su representante consular.

Debe garantizarse el derecho de los NNA a ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que los afecte, de conformidad con el artículo 12 de la CDN, según el cual se debe asegurar que todo niño, niña y adolescente en condiciones de formarse un juicio propio tenga el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez.

Derecho a ser escuchados

- Los Estados partes tienen la obligación de garantizar la observancia de este derecho, más aún en relación con los NNA que experimenten dificultades para hacer oír su opinión (tal es el caso de quienes pertenecen a minorías, migrantes y quienes no hablan el idioma mayoritario).
- Los NNA que llegan a un país están en una situación especialmente vulnerable. Por ese motivo, urge hacer respetar plenamente el derecho a expresar sus opiniones sobre los procedimientos de inmigración y asilo.
- Debe darse a esos NNA toda la información pertinente, en su propio idioma, acerca de sus derechos, los servicios disponibles, incluidos los medios de comunicación, y el proceso de inmigración y asilo, para que se haga oír su voz y que su opinión se tenga debidamente en cuenta en los procedimientos.
- Debe designarse un tutor o asesor a título gratuito.
- Los NNA solicitantes de asilo también pueden necesitar datos sobre el paradero de su familia e información actualizada sobre la situación en su país de origen, para determinar su interés superior.

Comité de los Derechos del Niño (2009). Observación general N° 12: El derecho del niño a ser escuchado.

²⁵ Corte IDH (2003). Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados (OC-18/03), 17 de septiembre.

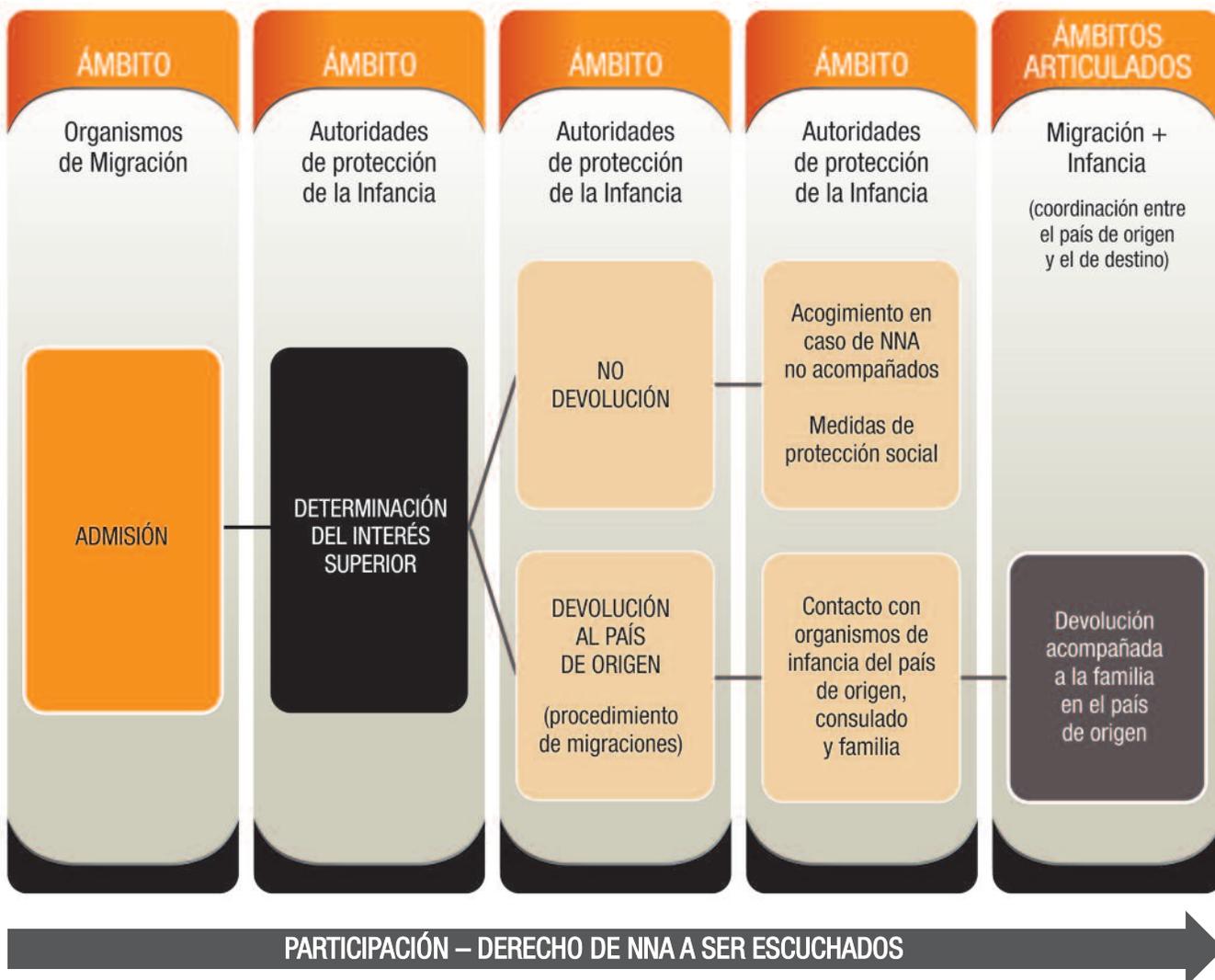
²⁶ El nombramiento de un tutor competente lo antes posible constituye una garantía procesal importantísima para el respeto del interés superior de los menores no acompañados o separados de su familia. Así, pues, el menor no podrá entablar los procedimientos de obtención del asilo u otros procedimientos sino después del nombramiento de un tutor. Si el menor separado o no acompañado solicita el asilo o entabla otros procesos o actuaciones administrativas o judiciales, además del tutor se le nombrará un representante legal (Comité de los Derechos del Niño, 2005. Observación general N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera del país de origen, CRC/GC/2005/6, 1 de septiembre, párr. 21).

Por ello, el Comité de los Derechos del Niño, en su Observación general N° 12, ha manifestado que sobre los Estados partes recae la clara obligación jurídica de reconocer ese derecho y garantizar su observancia. Tal obligación supone que los Estados partes deben garantizar directamente ese derecho y adoptar medidas que permitan ejercerlo con los apoyos adecuados y necesarios, así como los procedimientos de denuncia, recurso o desagravio en caso de que ese derecho no sea respetado.

Atento que las decisiones que los países adoptan en el ámbito de las políticas migratorias, relativas al ingreso, la permanencia o la salida de los adultos, tienen un impacto determinante en la vida de sus hijos e hijas, en particular en relación con la unidad de la familia, el derecho a ser escuchados se debería garantizar también en ocasión de los procedimientos de admisión, residencia y expulsión de sus padres, ya que –obviamente– el resultado de esos procedimientos es un asunto que esencialmente los afecta.

CIRCUITO DE INTERVENCIONES INSTITUCIONALES Y PROCEDIMIENTO DE DETERMINACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR EN LA ADMISIÓN Y PERMANENCIA EN TERRITORIO

CIRCUITOS: ámbitos, procedimientos y responsables de la garantía de derechos



En la actualidad, suelen ser los organismos migratorios los que interactúan casi exclusivamente con los NNA migrantes, sus padres o familias migrantes. En algunos casos, las autoridades de infancia realizan algún tipo de intervención, a través de ciertos programas de asistencia y protección. Sin embargo, el enfoque basado en la CDN es exactamente el contrario: son las autoridades de infancia las que deberían estar a cargo de este tipo de procedimientos, quedando las funciones de la autoridad migratoria limitadas a adoptar la decisión administrativa migratoria que se adecue a las medidas y soluciones propuestas por el organismo competente.²⁷

En tal sentido, estos organismos deberían contar con protocolos de actuación para aplicar en todos los casos en que haya NNA migrantes e hijos/as de migrantes, a fin de asegurar la debida atención al interés superior al momento de su ingreso, evaluar su permanencia, eventual repatriación u otra medida más adecuada.

²⁷ Observación escrita de UNICEF sobre niñez migrante en América Latina y el Caribe. Solicitud de Opinión consultiva sobre niñez migrante presentada por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Buenos Aires, diciembre de 2013. Párr. 174 y 175.

Migrantes irregulares o no documentados NUNCA ILEGALES

- El Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes subrayó que el término “migrante ilegal”, ampliamente utilizado en el contexto de la penalización de la migración irregular, no está reconocido en el derecho internacional. Recuerda que migrante “irregular” o “no documentado”, como se define en el artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, son términos internacionalmente aceptados para describir la situación de no estar en posesión, o haber perdido, documentos apropiados que permitan a los migrantes residir en un territorio determinado o trabajar en él.
- La caracterización de seres humanos como “ilegales” no está en consonancia con la dignidad humana, particularmente a la luz del contenido inherente del término “ilegal”, que hace pesar sobre los migrantes prejuicios y sospechas criminales en razón de sus vínculos con el derecho penal y el sistema de justicia penal.

Relatoría Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes (2010), párr. 28 y 29.

- *El Comité entiende que las expresiones “en situación irregular” o “no documentados” son la terminología adecuada que debe emplearse para hacer referencia a la situación de estos trabajadores. El uso del término “ilegal” para describir a los trabajadores migratorios en situación irregular es inadecuado y debe evitarse, ya que tiende a estigmatizarlos al ser vinculados con la delincuencia.*

Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (2013).
Observación general N° 2: Derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares, párr. 4.

b. Admisión

Es evidente que, para poder realizar la DIS acerca de la situación NNA migrantes –en particular aquellos no acompañados o separados de sus padres–, la autorización de ingreso y permanencia en el territorio del Estado es un prerequisite ineludible.

Sería contrario a este principio el rechazo de la admisión de un NNA no acompañado y/o separado en la frontera.

Como ha señalado el CDN, los intentos de hallar soluciones duraderas para los NNA no acompañados o separados fuera de su país de origen comenzarán y se pondrán en

práctica sin dilación y, de ser posible, inmediatamente después de que se determine que se trata de un NNA no acompañado o separado de su familia. Adicionalmente, el Comité afirma que permitir el acceso de NNA al territorio es condición previa de este proceso de evaluación inicial, el cual debe efectuarse en un ambiente amigable y seguro y a cargo de profesionales competentes formados en técnicas de entrevistas que tengan en cuenta la edad y el género.²⁸

Por ello, se hace necesario un sistema de ingreso y control fronterizo que evite el rechazo automático en frontera y permita mantener una entrevista con los NNA para iniciar el proceso de identificación de las necesidades de cuidado; constituye una instancia clave para garantizar la no devolución, que podría configurar un peligro de daño para los derechos del niño, en especial para su vida o integridad física.

²⁸ Comité de los Derechos Niño (2005). Observación general N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, 39° período de sesiones (CRC/GC/2005/6), párr. 20 y 79.

c. Principio de no devolución

Desde la adopción de la Convención de Ginebra en 1951, el principio de *non-refoulement* ha evolucionado hasta convertirse en una norma de carácter absoluto (*ius Cogens*), que no admite excepción ni derogación alguna. También ha sido expresamente incorporada a diversos instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.²⁹ Más específicamente, los Estados están obligados a no trasladar a ningún individuo a otro país si en esto existiera un riesgo de sufrir graves violaciones de sus derechos humanos, en particular la violación del derecho a la vida, a la libertad y a la integridad física.

Para el caso de NNA migrantes no acompañados, el Comité de los Derechos del Niño ha efectuado un extenso análisis sobre la relevancia del respeto de tal principio en estas circunstancias. Sin dudas, su vulneración no sólo acarrearía graves consecuencias, sino que también indicaría la ausencia de un procedimiento DIS en el país expulsor, o, en caso de existir, la presencia de serias deficiencias en su formulación o aplicación.

El Comité destacó la relevancia de efectuar previamente una evaluación seria sobre el peligro que supone una me-

da de devolución, que no sólo valore el riesgo sobre su libertad, integridad física o vida, sino que además tenga en cuenta condiciones socioeconómicas tales como la edad, el género y las consecuencias graves que pueden tener para los NNA, y la insuficiencia de servicios alimentarios o sanitarios en el país de origen.³⁰

La forma de implementar el criterio definido por el Comité en cuanto al retomo al país de origen de NNA no acompañados sólo podrá decidirse una vez ponderado el interés superior. “*Los argumentos no fundados en derechos –por ejemplo, los basados en la limitación general de la inmigración– no pueden prevalecer sobre las consideraciones fundadas en el interés superior*”.³¹

Finalmente, los NNA han de ser plenamente informados y consultados. Sus opiniones, el tiempo que un NNA haya estado fuera de su país de origen y su edad son factores importantes en ese proceso.

²⁹ CADH, art. 22.8, Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, artículo 13.4; Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, artículo 3; PIDCyP, artículos 6 y 7; y Convenio Europeo de Derechos y Libertades fundamentales, artículos 2 y 3.

³⁰ Comité de los Derechos del Niño. (2005). Observación general N° 6, ob. cit., párr. 27 y 84.

³¹ Comité de los Derechos del Niño (2005). Observación general N° 6, ob. cit., párr. 86.

d. Enfoque de género

La perspectiva de género permite entender la migración de la mujer y la niña como un fenómeno social diferenciado dentro del fenómeno migratorio en general. Tener en cuenta esta dimensión permite analizar el entorno social, político y cultural en el que se producen las migraciones humanas e identificar las diferencias que existen entre las movilizaciones de mujeres y hombres.

Considerando el elevado número de niñas migrantes, resulta indispensable incorporar una perspectiva de género en el abordaje sobre la migración para garantizar los derechos de niñas antes y durante todo el proceso migratorio.

Perspectiva de género en el fenómeno de la migración

- Considerar la discriminación contra las mujeres y niñas en todas las etapas del proceso migratorio.
- Tomar en cuenta la discriminación múltiple, dado que la discriminación de género se articula con otros tipos de discriminaciones, como la edad, el origen étnico, la condición de pobreza, entre otros.
- Reconocer que las diferencias de género condicionan los procesos de incorporación e integración de los migrantes en las sociedades de destino.
- Promover la adopción de legislación y políticas adecuadas para eliminar la discriminación directa e indirecta contra mujeres y niñas migrantes.
- Incorporar esta perspectiva en procedimientos de determinación del interés superior, para comprender situaciones relacionadas con la violencia de género en el país de origen como causal de no retorno.
- Reformar la legislación, políticas y programas para mejorar la protección de las mujeres y niñas migrantes en países de destino, y lograr su integración.

En 2008, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer señalaba su preocupación porque las mujeres, incluyendo las adolescentes, se enfrentan a peligros a los que no están expuestos los hombres; esto se debe a ciertos entornos donde no se toman en cuenta las particularidades de género, se impide la movilidad de la mujer y se limita su acceso a información pertinente sobre sus derechos y facultades. El desequilibrio de género que traslucen ciertas ideas sobre lo que es o no es un trabajo apropiado para la mujer tiene correlato en un mercado laboral en el que la mujer se desempeña en funciones que le han sido asignadas. Las labores domésticas, el trabajo informal y determinadas “formas de esparcimiento” relacionadas con el sexo son las ocupaciones en las que predomina particularmente la mujer.³²

³² Comité CEDAW (2008). Recomendación general N° 26: Las trabajadoras migratorias.

En febrero de 2011, el Comité de Protección de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias dio a conocer una Observación general sobre trabajadores domésticos migrantes, donde establece medidas especiales de protección para NNA migrantes. En este sentido, sostiene que los Estados deben garantizar que los NNA migrantes no realicen ningún tipo de trabajo doméstico que pueda ser peligroso o nocivo para su salud o su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social. Además, se abstendrán de adoptar políticas destinadas a contratar a NNA migrantes para que trabajen en el servicio doméstico y deberán velar por que todos ellos, independientemente de su situación migratoria, tengan acceso a la enseñanza primaria gratuita y obligatoria y a la enseñanza secundaria en condiciones de igualdad de trato con los nacionales.

Reconociendo que la mayoría de los trabajadores domésticos son mujeres y niñas, el Comité de Derechos de los Migrantes dedica una sección específica al género en el mercado de trabajo, a la prevalencia universal de la violencia de género y a la feminización de la pobreza y la migración económica. El Comité llama a los Estados a incorporar una perspectiva de género en los esfuerzos encaminados a comprender sus problemas específicos y prever recursos contra la discriminación basada en el género a la que se exponen mujeres y niñas a lo largo de todo el proceso de migración.

En junio de 2011, la OIT adoptó el Convenio N° 189, relativo al Trabajo Decente para las Trabajadoras y los Trabajadores Domésticos, que establece los primeros estándares globales que reconocen derechos a cerca de 100 millones de personas que se desempeñan como trabajadores y trabajadoras domésticas en todo el mundo (la gran mayoría, mujeres y niñas). Los países deben proteger a los y las trabajadoras domésticas contra toda forma de abuso, acoso y violencia. El Convenio también requiere establecer una edad mínima para el trabajo doméstico y garantizar que el trabajo de NNA entre dicha edad y hasta que alcancen la mayoría etaria no interfiera con su educación.

e. Medidas de protección social

Se hace fundamental que las políticas de infancia y de protección social incorporen explícitamente a los NNA migrantes como personas en situación de especial vulnerabilidad y que requieren especial protección.

La legislación, políticas y programas en materia de derechos sociales, que regulan temas como la salud y la educación, entre otros, suelen omitir cualquier alusión a la cuestión de

las personas migrantes. Muchas veces, esa omisión normativa y programática en la práctica se traduce en la inexistencia de programas adecuados para atender debidamente la particular situación de los NNA migrantes, sus necesidades y derechos, en especial cuando no están acompañados por sus padres. La invisibilización de la situación de vulnerabilidad de las personas en razón de su condición de migrantes repercute y afecta con especial intensidad a los NNA en las diversas situaciones que suelen atravesar en la experiencia de la migración. Esto es, tanto cuando se hallan no acompañados –e indocumentados– en el país de destino como cuando han migrado junto a su familia y ésta no cuenta con residencia legal, y también si se trata de niños o niñas que han nacido en el país donde habitan pero sus padres continúan siendo migrantes en situación migratoria irregular.

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, que en forma muchas veces arbitraria y heterogénea deciden si los NNA acceden o no a derechos fundamentales como la educación o la salud. Se trate

de NNA no acompañados o separados, que migraron con sus padres o que nacieron en el país de destino, deben tener acceso irrestricto a los derechos sociales.

La primera obligación de los países es la no obstrucción de los derechos sociales para los NNA migrantes, absteniéndose de cualquier medida que restrinja o discrimine en el acceso a servicios sociales en razón de su condición migratoria.

Por otro lado, los países deben promover en forma activa el acceso a los derechos sociales, especialmente la salud y la educación. En particular, entre las medidas de protección que corresponden a los NNA no acompañados o separados de sus padres, el Estado debe garantizar su derecho a la educación, la salud y la protección social.

Cuando se trata de NNA que han migrado y viven con sus familiares, 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.

Comité de los Derechos del Niño y los derechos sociales de los NNA migrantes

- Todo menor no acompañado o separado de su familia, independientemente de su estatuto, tendrá pleno acceso a la educación en el país de acogida, y los Estados deben inscribir a los menores no acompañados o separados de su familia ante las autoridades escolares competentes lo antes posible y ayudarlos a que aprovechen al máximo las oportunidades de aprendizaje.

Comité de los Derechos del Niño (2005). *Observación general N° 6, ob. cit., párr. 41 y 42.*

- 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.

Comité de los Derechos del Niño (2003). *Observación general N° 4: La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño (CRC/GC/2003/4), junio, párr. 38.*

- 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 (Art. 2). Ello incluye a las niñas y los niños de familias migrantes.

Comité de los Derechos del Niño (2005). *Observación general N° 7: Realización de los derechos del niño en la primera infancia, párr. 24.*

continuación de cuadro: página siguiente

Comité de los Derechos del Niño y los derechos sociales de los NNA migrantes

- La identidad jurídica es, con frecuencia, un prerrequisito para acceder a diversos derechos fundamentales. Los hijos de migrantes en situación irregular, particularmente los nacidos en un Estado de acogida que no reconoce su existencia, son vulnerables durante toda su vida. Los Estados partes tienen la obligación de velar por que los hijos de los trabajadores migratorios sean inscriptos poco después de su nacimiento, independientemente de la situación migratoria de sus padres, y les sean expedidos certificados de nacimiento y otros documentos de identidad (Art. 29). Los Estados partes no exigirán 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, los servicios de salud, el empleo y otros derechos.

Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (2013).
Observación general N° 2: Derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares, párr. 79.

4. DERECHO A LA VIDA FAMILIAR Y REUNIFICACIÓN

El derecho a la vida familiar, que se les reconoce ampliamente a todos los seres humanos en los tratados internacionales de derechos humanos,³³ puede verse severamente afectado por la migración. En muchos casos, ésta implica la separación temporal para las familias; por lo general, los padres –uno o ambos, o los adultos responsables en distintos tipos de arreglo familiar– migran solos, dejando a sus hijos en el país de origen. Del mismo modo, cada vez más, los NNA también migran sin compañía, dejando atrás a sus padres en el lugar de origen o en busca de uno o ambos en el país de destino.

En este Manual, se toma un criterio amplio de familia, no restringido a las “figuras” del padre o la madre como único tipo de responsable de un grupo familiar a ser reconocido, sino que se promueve el reconocimiento de los distintos tipos de arreglos familiares presentes en las comunidades de las cuales migran los NNA.

En el informe elaborado con la cooperación de UNICEF, “Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas”, la CIDHH manifiesta que no existe un concepto tradicional o limitado de familia, ya que ello interferiría en el derecho a la vida privada de las personas, y además entiende que en la sociedad actual existen diversas modalidades de vínculos de carácter familiar.

³³ Ver Convención sobre los Derechos del Niño (Art. 8, 9, 10, 16); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Art. 10); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 17, 23); Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Art. 16); Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias (Art. 14).

Las decisiones que adoptan los países en relación con el ingreso, la permanencia o la salida de migrantes pueden tener un impacto determinante en la unidad o separación de la familia. Así, la resolución de una solicitud de entrada al país o de adquisición o renovación de un permiso de residencia, o bien la decisión sobre una eventual expulsión del territorio de un NNA, sus padres o adultos responsables del cuidado, pueden afectar positiva o negativamente el derecho a la vida familiar.

La protección de la vida familiar supone una serie de obligaciones positivas y negativas por parte de los países. Por un lado, la adopción de medidas específicas para garantizar y promover este derecho, y por otro, la abstención de incurrir en actos y decisiones que obstaculicen e interfieran ilegalmente en la vida familiar. En el contexto de la migración, esto último implica que los países se abstengan de tomar medidas que violan los derechos reconocidos en la CDN (por ejemplo, las autoridades no deberían adoptar medidas que separen a las familias, como la expulsión del padre, la madre o el adulto responsable del cuidado).

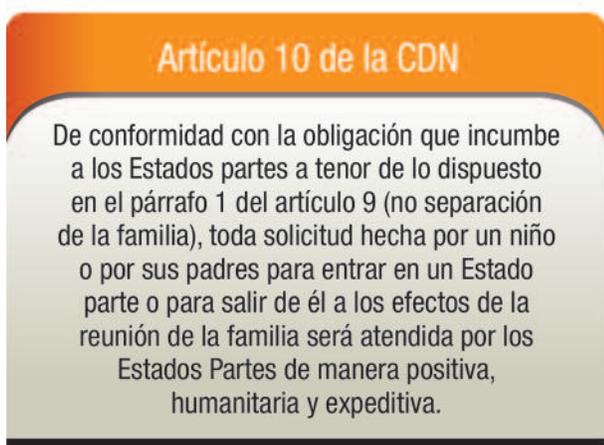
En efecto, algunos países ordenan la deportación de las personas exclusivamente sobre la base de su estatus migratorio, sin tomar en cuenta sus circunstancias familiares (especialmente en relación con los NNA que residen con ellos en el país de destino). Incluso esto puede ocurrir tanto cuando los niños tienen la residencia o la nacionalidad del país de destino (por ejemplo, por haber nacido allí) como cuando toda la familia tiene estatus migratorio irregular.

El derecho a la vida familiar en la CDN



Se debe respetar el principio de unidad familiar como criterio orientador de toda decisión migratoria, y la existencia de un procedimiento para la DIS del niño en cada caso individual es esencial. En la mayoría de los casos, se presume que la unidad familiar constituye el mejor interés del NNA, pero puede ocurrir que la evidencia recopilada indique que no es así, o que la repatriación no es una medida adecuada; la reunificación de la familia, en todo caso, deberá tener lugar en el país de destino o en un tercer país.³⁴

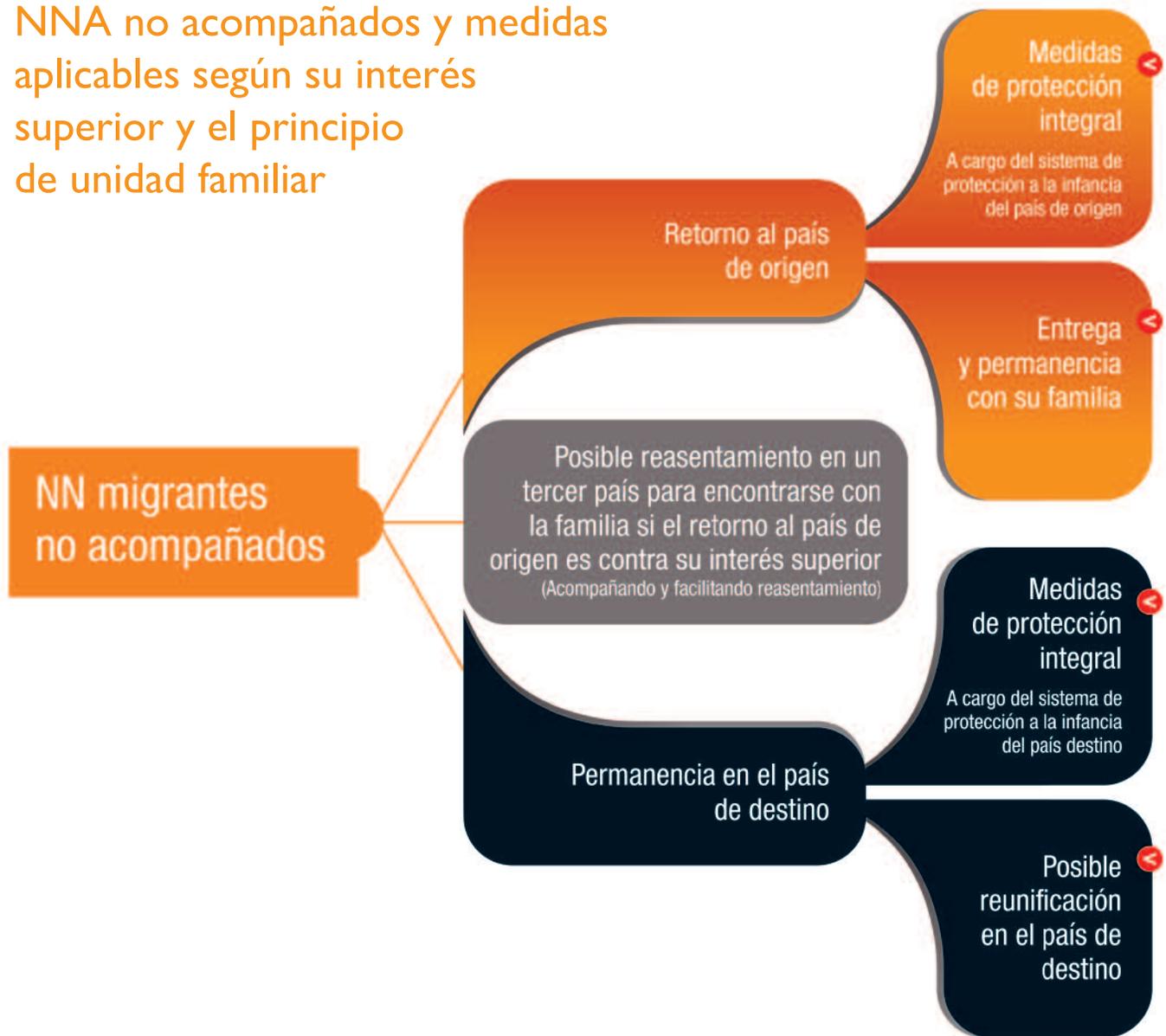
Debe subrayarse que la reunión familiar en origen no podría considerarse una alternativa a evaluar si ella pudiera conllevar la violación de los derechos del niño o si alguna razón fundada en su interés superior aconsejara no inclinarse por esta opción.³⁵



³⁴. Si no es posible la reunión familiar en el país de origen, sea a causa de obstáculos jurídicos que impidan el retorno, sea porque la ponderación del retorno contra el interés superior del menor inclina la balanza en favor de este último, entran en juego las obligaciones estipuladas en los artículos 9 y 10 de la Convención, que deben regir las decisiones del Estado de acogida sobre la reunión familiar en su propio territorio. En este contexto, se recuerda especialmente a los Estados partes que "toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva" y "no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares" (art. 10, párr. 1). Según el párrafo 2 del mismo artículo, los países de origen deben respetar "el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y a entrar en su propio país" (Comité de los Derechos del Niño. Observación general N° 6, ob. cit., párr. 83).

³⁵. Comité de los Derechos del Niño. Observación general N° 6, ob. cit., párr. 81 y 82.

NNA no acompañados y medidas aplicables según su interés superior y el principio de unidad familiar



En el supuesto de que el papá, la mamá (o ambos) o el adulto responsable del cuidado han migrado y sus hijos e hijas quedan en el país de origen, los factores que restringen u obstaculizan la reagrupación familiar pueden derivar en la migración irregular de NNA no acompañados en busca de sus padres que han migrado previamente.

De esta manera, se profundiza considerablemente el riesgo de que los NNA sean víctimas de redes de tráfico y trata de personas, al tiempo que se configuran otros abusos y peligros para sus derechos, su integridad física y sus vidas. En muchos casos, incluso si logran ingresar al país en el cual habitan sus padres, las sanciones previstas contra las infracciones a las normas migratorias y la falta de mecanismos de regularización en el país de destino pueden no sólo obstruir la reunión con su familia sino conllevar la aplicación de me-

das de expulsión del país, la prohibición de reingreso u otra clase de penalidades.³⁶

En resumen, los países deberían adoptar un enfoque más amplio sobre la vida familiar, que en línea con el derecho internacional de los derechos humanos, deben como mínimo contar con políticas y un marco normativo dirigidos a facilitar la reunificación familiar y deben reducirse drásticamente las deportaciones a causa del estatus migratorio irregular que puedan llevar a una separación familiar, especialmente entre padres e hijos.

³⁶. Alonso, Ceriani y Morlachetti (2012). "Políticas migratorias, movilidad humana y derechos de la niñez en América Latina y el Caribe", en Lettieri, M. (ed.). Protección internacional de refugiados en el sur de Sudamérica, UNLA.

5. MODALIDADES ALTERNATIVAS DE CUIDADO

a. Introducción

En este apartado se presentan estándares generales aplicables al cuidado alternativo de niños, niñas y adolescentes carentes de cuidados parentales, que tienen la particularidad de encontrarse, por distintas razones, fuera de su país de origen.

Para elaborar esta serie de estándares, se han seguido los principios emanados de los instrumentos ya presentados en este Manual, y en particular las pautas establecidas en las *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños*. Este documento fue aprobado el 18 de diciembre de 2009 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante la Resolución 64/142. Contiene lineamientos que reafirman la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño, y que profundizan los alcances de esta última en lo concerniente a la protección de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes carentes de cuidado parental o en peligro de encontrarse en esa situación.

DIRECTRICES SOBRE LAS MODALIDADES ALTERNATIVAS DEL CUIDADO DE LOS NIÑOS

- > Orientaciones para prevenir la separación.
- > Orientaciones para los procedimientos de separación.
- > Orientaciones para la provisión de cuidado alternativo.
- > Orientaciones para el retorno a la familia y a la comunidad (u otras soluciones estables).
- > Orientaciones para el cuidado alternativo en situaciones especiales (catástrofes, conflictos bélicos o NNA fuera de sus países de origen).

Como se ha descrito en los Fundamentos de este Manual, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) hace un llamado a la protección de aquellos niños que no pueden vivir con sus padres o permanecer en un entorno familiar estable. No obstante, la CDN no aborda en detalle las medidas que deberían ser tomadas para garantizar la protección de los derechos a NNA en estas situaciones. El material

desarrollado por las *Directrices* apunta en este sentido e intenta proveer criterios claros y consensuados respecto al funcionamiento de aquellos programas e instituciones destinados al cuidado alternativo de NNA.

Los lineamientos aquí enunciados se refieren a dos modalidades de cuidado alternativo, clasificadas según el ámbito donde se desarrollan. Los NNA privados del cuidado de sus padres pueden recibir cuidados basados en familias a través de programas específicos de acogimiento familiar, o bien pueden recibir cuidados residenciales mediante su alojamiento en instituciones.



La provisión de cuidados alternativos a NNA migrantes en la región de América Latina y el Caribe se desarrolla, prácticamente en su totalidad, en ámbitos residenciales o institucionales, y con características de “privación de libertad”.³⁷ Los cuidados alternativos de tipo familiar para niños NNA migrantes no están siendo desarrollados ni implementados por ningún Estado. Sin embargo, en otras regiones en las que también se debe abordar la provisión de cuidado alternativo a niños fuera de sus países de origen, el AF es una

³⁷. RELAF y SSI (2013). “Amicus Curiae sobre niñez migrante en América Latina y el Caribe”. Solicitud de Opinión consultiva sobre niñez migrante presentada por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Presentado en Audiencia pública”. México DF, octubre.

opción de cuidado vigente. Por ejemplo, estadísticas publicadas en 2014, que analizan el devenir de este fenómeno en Italia, muestran un marcado crecimiento del número de niños extranjeros sobre el total de los AF. Según los datos de 2011, sobre un total de 29.388 niños de entre 0 y 17 años fuera de su familia de origen, 12.397 se encontraban en AF y 14.991 en servicios residenciales. Entre los NNA extranjeros en AF, se evidencia un marcado crecimiento interanual: en 1999 representaban un 6%; en 2007, un 14%; en año 2008, un 16%; y en 2011, trepó a un 17%. Esto quiere decir que de los 12.397 NNA en AF en 2011, 2.108 son migrantes.³⁸

Como enfoque general, es relevante tener en cuenta el pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe “Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas”. La CIDH establece que las medidas especiales de protección deben considerar, en primer lugar, el acogimiento del niño dentro de su familia extendida o ampliada, por ser la medida más respetuosa de sus derechos y, en caso de que no fuera posible o no estuviera en el interés del niño, considerar la integración alternativa en una familia acogedora. En sus conclusiones, la CIDH establece que el cuidado alternativo de carácter institucional/residencial debería ser limitado a los casos en que sea necesario e idóneo, atendiendo al interés superior del niño, y garantizándose que no permanecerá en un centro de cuidado residencial/institucional durante más tiempo que el estrictamente necesario. Además, llama a la sustitución de las grandes instituciones residenciales por centros de acogimiento de dimensiones pequeñas que puedan prestar una atención personalizada y de calidad, en una dinámica similar a la familiar y en un contexto de proximidad a la comunidad a la que pertenece el niño.

En el informe producido por la oficina regional de UNICEF, además del marco aplicable de estándares de derechos humanos se incluye mucha información estadística de la situación de la niñez institucionalizada en los países de la región, como evidencia del uso indiscriminado del encierro, producto de la intervención de las instituciones en situaciones que pretenden proteger derechos de niñas y niños sin cuidado parental.³⁹

En términos generales, las *Directrices* remarcan que cualquier niño que se encuentre bajo una medida de cuidado alternativo tiene derecho al respeto de sus derechos fundamentales, y que incumbe a las autoridades competentes velar por el respeto de esos derechos. Destacaremos los principios básicos que deben guiar la práctica de cuidado alternativo de NNA, los que deben sumarse a los principios emanados de los instrumentos que ya han sido expuestos en este Manual.

En la consideración de los estándares para el cuidado alternativo, cobran relevancia todos los estándares desarrollados con antelación en este Manual; en especial: el Principio de no detención, el Principio de no discriminación y el Derecho a la vida familiar y a la reunificación.

³⁸. *Parole nuove per l'ffidamento familiare*. Ministero del lavoro e delle politiche sociali e Università degli Studi di Padova, marzo de 2014.

³⁹. UNICEF-LACRO (2013). “La situación de los niños, niñas y adolescentes en las instituciones de protección y cuidado en América Latina y el Caribe”, Panamá.

b. Principios generales

PRINCIPIO DE NECESIDAD

Establece que un NNA ingresará en cuidados alternativos sólo si es estrictamente necesario, habiendo sido descartadas otras opciones que no impliquen separar al niño o niña de su familia. Respecto a los NNA migrantes, se debe dar prioridad a estrategias de prevención para evitar situaciones y condiciones que puedan tener desenlace en la separación.

PRINCIPIO DE IDONEIDAD

Determina, en caso de determinarse que un niño requiere una modalidad alternativa de cuidado, ésta debe ser provista en una forma adecuada. Todos los entornos de cuidado deben cumplir con estándares mínimos generales; por ejemplo, con respecto a las condiciones y el personal, el régimen, el financiamiento, la protección y el acceso a servicios básicos (educación y salud en particular). Por otro lado, existe un segundo aspecto de la “idoneidad” referido a la importancia de que el entorno de cuidado se ajuste a las necesidades de cada niño involucrado. Esto implica que debe desarrollarse una variedad de opciones de cuidado en el ámbito familiar o residencial, para poder efectuar un procedimiento claro de selección y encontrar el entorno más adecuado para cada NNA, según su interés superior. Para el caso de NNA migrantes, no existe tal variedad de entornos de cuidados alternativos en la región. Esto conlleva

que frecuentemente sean detenidos o “asegurados” en instituciones que no responden a sus necesidades específicas y que vulneran sus derechos. Es el caso, entre otros, de la Estación Migratoria Siglo XXI en Tapachula, México, donde se han documentado condiciones de vida que vulneran los derechos de las personas migrantes en general, y de NNA en particular.⁴⁰

La discriminación a NNA migrantes que están institucionalizados se expresa en distintas formas, tanto en la formulación de políticas restrictivas y persecutorias dirigidas a un colectivo en particular dentro de las instituciones como en los prejuicios y estereotipos que rigen las prácticas de funcionarios u operadores. Por ejemplo, frente a la creciente presencia de niños, niñas y adolescentes de pueblos originarios en las instituciones, una autoridad de Panamá refirió como posible causa que: “*son muy dados al desprendimiento de los hijos*”.⁴¹ Esta simple muestra evidencia el enfoque prejuicioso de algunos funcionarios y las prácticas que desarrollan en consecuencia.

EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

Requiere considerar un enfoque específico en las políticas dirigidas a ciertos grupos o colectivos sociales que se encuentren en una situación de desigualdad estructural o de especial vulnerabilidad. En este caso, cabe ubicar la situación de particular desigualdad fáctica en la que se encuentran los NNA migrantes o hijos de migrantes en situación irregular. Tal desigualdad se aprecia en las situaciones de pobreza que están en la base de la mayoría de los flujos migratorios observados en la región.

A este contexto de vulneración se suman los riesgos y peligros específicos a los que se exponen los NNA en los procesos migratorios. El tránsito desde países centroamericanos a través de territorio mexicano en dirección al norte los expone a situaciones extremas que pueden resultar muy perjudiciales: secuestros, robos, violaciones, accidentes, entre otras. Toda modalidad de intervención de cuidado alternativo debe tener en cuenta esta especial situación de vulneración.

EL PRINCIPIO DE DESINSTITUCIONALIZACIÓN

Señala que los Estados deben realizar todas las acciones y políticas tendientes a evitar que más NNA se sumen o renueven la situación de institucionalización masiva que hoy se observa. Distintos estudios refieren que la problemática de los NNA migrantes detenidos en instituciones ha ido en aumento durante los últimos años. Por ejemplo, durante 2009, 2010 y 2011, fueron detenidos en territorio mexicano 5.692, 4.043 y 4.160 niños y niñas respectivamente, quienes fueron alojados en Estaciones Migratorias.⁴² La aplicación de este principio insta a la preparación de estrategias de

prevención de la entrada, de alternativas al encierro y de estrategias de salida cuidadosa y sensible de los NNA institucionalizados innecesariamente debido a su condición de migrantes; en ellas los operadores de las instituciones deben tener un rol activo, buscando resultados concretos de desinstitucionalización.

⁴⁰. Segundo Informe sobre Derechos Humanos y condiciones de vida de las personas migrantes en el Centro de Detención de la ciudad de Tapachula, Chiapas (2013). Centro de DDHH Fray Matías de Córdova, marzo.

⁴¹. RELAF y UNICEF (2013). “Discriminación en las instituciones de cuidado de niñas, niños y adolescentes”. Buenos Aires, mayo, p. 25.

⁴². Ceriani Cernadas, P. (coord.) (2012). *Niñez detenida. Los derechos de los niños, niñas y adolescentes en la frontera México-Guatemala*. Tapachula y Lanús. UNLA/Centro de DDHH Fray Matías de Córdova, Cap. 7, p. 7

c. Estándares aplicables al cuidado alternativo de NNA migrantes en el ámbito residencial o familiar

Los siguientes lineamientos son válidos para los distintos tipos de cuidado formal: los basados en familia y los de acogimiento residencial.

1. Cuidados pertinentes: para determinar el cuidado más apropiado, deberá tenerse en cuenta la particularidad de cada NNA, por cuestiones relacionadas con su origen étnico y sus creencias religiosas y culturales. Esto se deberá considerar –incluso– al interior de un mismo país donde se hable más de un idioma (grupos étnicos), o bien en el que, habiendo una creencia religiosa mayoritaria, existan otras diferentes.

2. Elaborar un diagnóstico: obtener la mayor información posible permitirá realizar una evaluación de la situación de vulnerabilidad en la que se halla el niño, niña o adolescente, los motivos por los que se encuentra no acompañado o separado de su familia y las condiciones sociales y familiares en su país de residencia habitual. En todos los casos, se deberán tener presentes la necesidad de confidencialidad de la información y el debido cuidado para evitar cualquier revictimización.

3. Transitoriedad del cuidado alternativo: el cuidado alternativo, en sus dos modalidades, deberá ser una medida transitoria de protección de derechos. Los profesionales intervinientes deberán revisarla de manera periódica, evaluando la evolución de la situación del NNA migrante y las posibilidades de revinculación con su familia de origen.

4. Revisión periódica de la medida: la medida de inclusión de un NNA migrante en cuidados alternativos debe ser revisada y reevaluada al menos cada treinta días, con el fin de prevenir la prolongación innecesaria de los cuidados alternativos.

5. Proyectos de cuidado alternativo: cada organización que provea cuidados alternativos a NNA migrantes deberá formular por escrito sus criterios teóricos y prácticos de intervención a la luz de las Directrices de las Naciones Unidas sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, en la cual deberán plantear los objetivos institucionales, los métodos y las normas de contratación, vigilancia, supervisión y evaluación de los cuidadores y los profesionales idóneos para lograr esos objetivos.

6. Protección y cuidado: se deberá proteger a NNA migrantes de cualquier posibilidad de secuestro, tráfico, venta y explotación a la que pudieran ser sometidos.

7. Niños y niñas víctimas de trata y/o secuestro: aquellos NNA que hayan sido víctimas de trata o tráfico de personas deberán recibir el apoyo, el tratamiento y la contención requeridos por su situación específica. En particular, deberán recibir un tratamiento psicológico postraumático adecuado. También se les brindará asesoramiento jurídico para instar las acciones penales contra los agresores. En todo momento, se deberán adoptar pautas para evitar la revictimización, así como medidas adecuadas de seguridad que protejan la integridad del NNA.

8. Acceso a la salud y a la educación: los NNA migrantes no acompañados que se encuentren en cualquier modalidad de cuidados alternativos deberán contar con atención médica integral adecuada a sus necesidades. Asimismo, deberán tener acceso a actividades educativas acordes con su edad, su idioma y su identidad cultural.

9. Identidad del NNA: se deberá propiciar que los NNA migrantes puedan desarrollar el sentido de su propia identidad, lo que implica poder preservar las prácticas y costumbres propias de su cultura de origen.

10. Gestión de documentación: se deberá gestionar toda la documentación que garantice la identidad del NNA.

11. Participación y escucha del NNA: los NNA migrantes que están bajo cuidados alternativos deberán tener acceso a un mecanismo conocido, eficaz e imparcial, mediante el cual puedan notificar sus quejas o inquietudes con respecto al trato que se les dispensa o a las condiciones de acogida. Podrán instituirse asambleas en las cuales los NNA se manifiesten abiertamente, o bien será posible implementar un buzón, en el cual los NNA introduzcan escritos propios de carácter privado.

12. Conocimiento de sus derechos: los NNA migrantes deben conocer los derechos que tienen que garantizarles; para ello es necesario que cuenten con información clara y accesible a sus niveles madurativos (por ejemplo, la versión amigable de las Directrices de Naciones Unidas, “Tu derecho a vivir en familia y a ser cuidado en todas las situaciones que te toca vivir”, producida por RELAF y UNICEF).

13. Revinculación familiar: los cuidadores, en ambas modalidades de cuidado, deberán fomentar y sostener el vínculo de los niños, niñas y adolescentes con su familia de origen y los referentes afectivos de sus comunidades. En el caso de los NNA migrantes no acompañados, se deberán arbitrar los medios necesarios para contactar a sus familias.

14. Comunicaciones frecuentes: si fuera pertinente, se deberá garantizar que el NNA migrante mantenga comunicaciones frecuentes con su familia de origen y demás referentes, para conservar los vínculos en pos de una pronta reintegración. Esto podría lograrse con llamadas telefónicas o el uso de otros medios de comunicación, como Internet.

15. Ayuda para regresar: cuando se localice a un familiar o referente comunitario que pudiera demostrar el vínculo, que fuera aceptado por el NNA migrante y que, a su vez, se encuentre en condiciones de recibirlo y protegerlo, deberá propiciarse una adecuada revinculación. En todos los casos, se garantizará que el retorno sea seguro. Un NNA jamás deberá ser devuelto de manera arbitraria o compulsiva.

16. No devolución al país de origen: resaltando lo ya dicho en este Manual, los NNA migrantes no acompañados que estén bajo cuidados alternativos no deberán ser devueltos a su país de residencia habitual cuando, luego de ser evaluada su situación, se considere que el retorno podría ponerlos en peligro, o cuando no se pudiera garantizar la existencia de un cuidador idóneo en el país de residencia habitual.

17. Referente adulto de confianza: los NNA migrantes que estén bajo cuidados alternativos deberán tener acceso a una persona de confianza entre los responsables de su cuidado o su protección, que pudiera operar a modo de confidente.

18. Espacios de encuentro: los ámbitos de cuidado alternativo contarán con espacios de encuentro del NNA con todo referente que sea significativo para él, así como con funcionarios del consulado o de organizaciones que intervinieran en su situación.

19. Vínculos comunitarios: se deberá garantizar que los NNA tengan acceso a la educación y a todos los servicios y cuidados necesarios para promover su desarrollo biopsico-social. En pos de sostener la vinculación comunitaria de los NNA fuera de sus países de origen, dichos servicios no se desarrollarán en el ámbito donde están alojados temporalmente, excepto en las situaciones que en las que se evalúe que esto es contrario a su interés superior.

20. Articulación, integración, interacción: el desarrollo y la integración a las redes sociales existentes en torno al NNA migrante y su familia facilitarán la resolución de las intervenciones, contando además con otras perspectivas de las acciones que se desarrollan.

21. Cuidar con respeto y comprensión: en ambas modalidades de cuidados alternativos, los cuidadores deberán tener una relación con el NNA migrante basada en el respeto y la comprensión.

22. Habilitación de los espacios: las organizaciones que proveen cuidados alternativos para NNA migrantes y los espacios que utilizan para ello deberán ser habilitados por la autoridad competente.

23. Idoneidad de los responsables: todos los responsables de proveer al NNA cuidados alternativos (estén o no en contacto directo con ellos) deberán ser objeto de una evaluación que pruebe su idoneidad.

24. Cualificación de los cuidadores: los cuidadores deberán ser evaluados por un equipo profesional o por operadores sociales con conocimiento y experiencia, que determinen su aptitud para proveer cuidados alternativos a los NNA separados de sus familias.

25. Capacitación de los cuidadores: los cuidadores deberán ser capacitados antes de comenzar a responsabilizarse por el cuidado de un niño, niña o adolescente. La capacita-

ción inicial deberá ser complementada con espacios de aprendizaje impartidos periódicamente.

26. Evaluación periódica de desempeño: tendrá en cuenta, básicamente, la capacidad de dar cumplimiento a lo establecido en estas orientaciones.

27. Acompañamiento de los cuidadores: los cuidadores recibirán acompañamiento y asesoramiento de profesionales idóneos durante todo el proceso de cuidado.

28. Función y responsabilidades de los cuidadores: los cuidadores (la persona o entidad designada) deben:

- a) velar por la protección de los derechos del NNA y, en especial, por que cuente con el cuidado, el alojamiento, la atención de salud, las oportunidades de desarrollo, el apoyo psicosocial, la educación y el apoyo lingüístico apropiados;
- b) velar por el derecho del NNA migrante a contar con representación legal y otro tipo de asistencia si fuera necesario, así como por el derecho a ser escuchado, de modo que sus opiniones sean tenidas en cuenta por las autoridades encargadas de la toma de decisiones. También deberán velar por que el NNA sea informado y asesorado sobre sus derechos;
- c) contribuir a la determinación de una solución estable que responda al mejor interés del NNA;
- d) servir de enlace entre el NNA y las diversas organizaciones que pueden prestarle servicios;
- e) asistir al NNA en la resolución de su estatus migratorio y su posterior revinculación familiar;
- f) velar para que, si se lleva a cabo la repatriación o la reagrupación familiar, ello redunde en favor del interés superior del NNA;
- g) ayudar al NNA a mantenerse en contacto con su familia.

29. Código de conducta de trabajadores: cada organización que provea cuidados alternativos, sea a través de un programa de AF o de una residencia, deberá confeccionar un código de conducta personal, en el que queden plasmados los roles y las funciones de cada una de las personas que participan del dispositivo.

30. Estabilidad en el ámbito de cuidado: el cuidado alternativo debe ser estable, evitándose la circulación de NNA por distintos ámbitos. El cuidado alternativo deberá, asimismo, garantizarle un hogar estable y brindarle la seguridad de un vínculo continuo y seguro con sus acogedores, favoreciendo el establecimiento de relaciones significativas con los adultos y con sus pares mientras dure la medida.

31. Construcción de expedientes de NNA: los equipos y operadores idóneos de los programas de acogimiento y de las instituciones elaborarán y actualizarán de manera periódica expedientes (legajos, carpetas) de cada NNA. Éstos deberán estar a su alcance y los acompañarán cuando dejen ese lugar y vayan a otra institución o familia para que continúen con su cuidado, en pos de facilitar esas nuevas intervenciones.

32. Contenido de los expedientes: éstos deben incluir la información sobre la situación que originó el ingreso del NNA migrante, así como los informes basados en las evaluaciones periódicas. Deberían acompañar al NNA durante todo el período de acogimiento alternativo y ser consultados por los profesionales y operadores encargados en cada momento de su cuidado, así como por los funcionarios de los organismos que intervengan en su situación.

33. Expedientes a disposición de NNA: los expedientes deben estar a disposición del NNA migrante, dentro de los límites de su derecho a la intimidad y confidencialidad. Antes, durante y después de la consulta del expediente, se le deberá proporcionar el asesoramiento pertinente.

34. Acceso a la información: los NNA deben tener acceso a conocer la situación legal que involucra su estatus migratorio. Ésta será comunicada en lenguaje amable y adecuado a la capacidad de comprensión según la edad y condición de cada NNA.

35. Confidencialidad de la información de los expedientes: todas aquellas personas que se encuentren involucradas en la provisión de cuidados alternativos deberán guardar respeto por la confidencialidad de la información del NNA a su cuidado.

36. Prácticas religiosas: las familias de acogida y las instituciones de cuidado que tengan a su cargo a NNA migrantes no podrán imponerles ninguna práctica, cotidiana o excepcional, relacionada con el ejercicio de una religión en particular (rezos, oraciones, confesiones, etc.). Deben ser los propios NNA quienes decidan por voluntad propia participar de ceremonias o rituales enmarcados en una religión.

d. Estándares específicos para el acogimiento familiar

1. Selección de familias de acogimiento: las familias de acogimiento serán seleccionadas a partir de la evaluación de sus aptitudes para cumplir con ese rol. De acuerdo con los perfiles de las familias y las necesidades específicas de cada NNA, se tomará la decisión de que una familia determinada se haga responsable del cuidado de NNA determinado.

2. Vinculación entre el NNA y la familia de origen: se sostendrá y propiciará la vinculación del NNA con su familia de origen (en el caso que fuera pertinente y posible), siendo los adultos cuidadores los que deberán facilitar los medios para ello, siempre con el debido acompañamiento y supervisión de los profesionales y operadores idóneos a cargo.

3. Responsabilidades de la familia de acogimiento: el acceso a la salud, a la educación y la protección de todos los derechos serán responsabilidad de las familias que tienen bajo su cuidado a los NNA migrantes, pudiendo contar para ello con el acceso a los servicios públicos, donde el acogimiento de NNA migrantes deberá ser considerado prioritario al momento de otorgarle los beneficios.

4. Acompañamiento a las familias de acogimiento: deberán contar con el apoyo de servicios especiales (programas sociales específicos) que colaboren con la tarea que ellos desarrollan, recibiendo preparación, seguimiento y evaluaciones periódicas de su desempeño y de la situación en la que se halla el NNA bajo su cuidado.

5. Asociaciones de familias de acogimiento: las familias de acogimiento podrán crear asociaciones con el fin de contar con espacios de apoyo recíproco e intercambio de experiencias, y lograr tener injerencia en la puesta en marcha y el desarrollo de políticas públicas destinadas a NNA privados del cuidado de sus padres.

6. Valoración de la experiencia: las familias de acogimiento deberán tener la posibilidad de hacer oír su voz al momento de evaluar la situación del NNA bajo su cuidado, tanto en el diagnóstico de situación como al momento de diseñar las estrategias de intervención adecuadas para el caso. Se debe tener en cuenta que la familia ha constituido un vínculo significativo con el NNA migrante, por lo que es capaz de aportar su ayuda para el proceso de cuidado y su finalización.

e. Estándares específicos para el cuidado residencial

1. Hogares pequeños: las instituciones que brinden cuidados residenciales deben tener a su cargo poca cantidad de NNA, de modo tal de lograr que dicho ámbito institucional guarde la mayor semejanza posible con un ámbito familiar.

2. Atención personalizada: cada uno de los NNA migrantes que se encuentren bajo cuidados residenciales deberá gozar de una atención personalizada por parte de los operadores y de los cuidadores, independientemente de la cantidad de NNA que estén alojados en la institución. Es necesario garantizar que se evite el efecto de despersonalización que la vida en una institución puede acarrear para quienes allí residen.

3. Límites del acogimiento residencial: el uso del acogimiento residencial se deberá limitar a los casos en los que ese entorno fuera específicamente apropiado, necesario y constructivo para el NNA migrante bajo cuidado alternativo. Es decir que la residencia en la cual es incluido el NNA debe proporcionar un cuidado especial y beneficioso para su desarrollo.

4. Mayores de 3 años: los NNA migrantes alojados en instituciones deben tener más de 3 años. Los bebés y los niños y niñas menores de esa edad deben ser cuidados exclusivamente en ámbitos familiares, no siendo la institucionalización una opción para ellos.

5. Corta estadía: la estadía en instituciones deberá ser transitoria, tendiendo a que en el corto plazo los NNA migrantes allí alojados sean acogidos por familias. Asimismo, la institución deberá arbitrar los medios necesarios para que el procedimiento de resolución de la condición migratoria de NNA migrantes sea expeditivo y se resuelva en el menor plazo posible, garantizando que la estadía en la institución no se prolongue innecesariamente.

6. Personal especializado: las instituciones destinadas a albergar NNA migrantes deberán contar con personal especializado, particularmente en las problemáticas asociadas a la migración.

7. Personal capacitado para entablar comunicaciones fluidas: los operadores deberán estar debidamente capacitados para entablar conversaciones fluidas con los NNA

alojados en las instituciones. Esto es particularmente importante en aquellos países que reciben flujos migratorios de países en los que se habla un idioma diferente, o que reciben migrantes pertenecientes a pueblos originarios.

8. Profesionales capacitados para abordar situaciones particulares: es un derecho de los NNA migrantes que residen en una institución contar con el apoyo y acompañamiento de operadores y profesionales acordes con la situación de cada niño o niña.

9. Derecho a ser escuchados: en las instituciones, se deberá propiciar la existencia de espacios para que los NNA puedan expresar sus opiniones respecto de la situación en la que se encuentran. Es un deber de la institución de residencia garantizar los mecanismos que hagan efectivo el derecho de NNA a ser escuchados y tenidos en cuenta en lo relativo a las condiciones de residencia y normas de convivencia.

10. Condiciones de residencia: las condiciones de residencia de los NNA migrantes en una institución no pueden asemejarse a las de detención carcelaria. Una institución de residencia de NNA migrantes no debe ser una institución de seguridad. La libre circulación y el acceso a espacios libres dentro de ésta debe ser garantizada para todos los NNA que allí estén residiendo.

11. Normas de convivencia: las normas de convivencia y los horarios establecidos en la institución deben adaptarse a las necesidades particulares de los NNA, y no a la inversa. Dado que el funcionamiento de las instituciones no debe remitir a una lógica disciplinar o de seguridad, debe propiciarse un ámbito de convivencia flexible y propensa a las actividades recreativas.

12. Preparación para la autonomía: los NNA migrantes que residen en instituciones deben ser apoyados en la constitución de su autonomía progresiva mediante el ejercicio de sus derechos y el desarrollo de sus potencialidades. Esto se logra, por ejemplo, con talleres de debate, arte, deportes, entre otras actividades.

13. Desarraigo: es necesario que el ámbito de residencia minimice los efectos perjudiciales del desarraigo en NNA migrantes. Para ello, deben evitarse aquellas medidas y normas de funcionamiento que tiendan a uniformar y homogeneizar a los NNA migrantes, sin tener en cuenta sus particularidades culturales. El desarraigo implica profundos trastornos en la vida educativa, cultural y social de los NNA, y las instituciones deben apuntar a mitigar dicho trastorno.

14. Grupos de hermanos: los grupos de hermanos deberán ser alojados de manera conjunta, y su separación deberá ser considerada sólo de modo excepcional. En caso de no poder concretarse el alojamiento conjunto, se les deberá garantizar que podrán comunicarse cuando lo crean necesario. Bajo ningún concepto pueden aplicarse sanciones disciplinarias que impliquen la separación de grupos de hermanos.

15. Violencia física y/o psicológica: está terminantemente prohibido el uso de la violencia física o psicológica como medida disciplinaria o de puesta de límites. La agresión física, la tortura, la degradación, las amenazas, el chantaje, la humillación, las ironías, la agresión verbal, el aislamiento, la incomunicación o cualquier otra forma de violencia física o psicológica están totalmente prohibidos y no constituyen medios válidos ni aceptables para lograr controlar el comportamiento de los NNA.

16. Uso de medicación: bajo ningún concepto se debe utilizar medicación o drogas para controlar el comportamiento de los NNA que residen en instituciones. Su uso deberá responder a otros fines que los de establecer orden y disciplina: sólo deberá proporcionarse bajo prescripción médica por necesidades terapéuticas, debidamente diagnosticadas y tratadas.

17. Estigmatización: se deberán tomar todas las medidas pertinentes para prevenir que los NNA migrantes que residen en instituciones sean estigmatizados por encontrarse en dicha situación, evitando que sean identificados negativamente por su doble condición de “migrantes” y “NNA sin padres o separados de sus familias”.

18. Trabajo en red: las instituciones de cuidado se vincularán con todos los servicios, planes y programas, tanto de ONG como implementados por organismos públicos, que fueran útiles y necesarios para el tratamiento que los NNA migrantes allí alojados requieren.

19. Vinculación comunitaria: se deberán desarrollar actividades recreativas y educativas formales y no formales fuera del ámbito de residencia. Los NNA migrantes deberán participar en espacios de contención e inclusión comunitaria, pudiendo así socializarse con otros pares.

20. Resolución de conflictos: las Instituciones deben trabajar activamente para resolver los conflictos que pudieran surgir al interior del grupo de NNA migrantes. Para ello, deberán trabajar en la integración de los NNA provenientes de diferentes países o comunidades, poniendo especial énfasis en disolver conflictos basados en prejuicios de tipo racista y/o xenófobo. Asimismo, resulta de suma importancia velar por que estos conflictos preexistentes no sean utilizados por los propios operadores como modalidad de control de los NNA.



EPÍLOGO

Como fue señalado en la introducción, este Manual ha sido realizado con el objetivo de sintetizar los principales conceptos y estándares referidos a la protección de los derechos de los NNA migrantes en la región. Con ese propósito se han expuesto, en primer término, las principales pautas surgidas del marco normativo internacional; y en segundo lugar se han abordado un conjunto de estándares o lineamientos básicos que deberían guiar tanto la formulación e implementación de políticas públicas en la materia como el trabajo concreto al interior de las instituciones encargadas de garantizar la protección de los NNA migrantes.

En este sentido, es de esperar que esta publicación resulte de utilidad tanto para el desarrollo de actividades de capacitación a operadores técnicos y profesionales responsables por la protección de derechos de los NNA migrantes como para la implementación de las adecuaciones normativas e institucionales en el marco de las políticas públicas necesarias en la problemática.

Este Manual no ha sido pensado como una guía o protocolo que pueda ser aplicado directamente a prácticas institucionales concretas. En tal sentido, los conceptos aquí vertidos pueden ser de utilidad para la elaboración de protocolos o guías para la acción, siempre y cuando exista un trabajo previo mediante el cual los estándares y pautas sean adaptados a la realidad específica de cada país. Esto adquiere especial relevancia en tanto en cada Estado de la región se presentan particularidades vinculadas con el entramado institucional, el marco normativo local y la propia especificidad que engloba la problemática de la niñez migrante.

Por otro lado, se espera que este documento contribuya al avance en la articulación de los sistemas de protección de la infancia y de regulación de la migración, para una protección efectiva de los derechos de NNA migrantes. Es necesario destacar este punto, que ya ha sido explicitado a lo largo del texto: el marco normativo e institucional de protección integral de la infancia debe tener primacía sobre la normativa y política migratoria. El

grado de efectividad de un sistema de protección integral focalizado sobre la niñez migrante dependerá, en gran medida, del modo en que se realice la articulación entre estos aspectos. Los desafíos y obstáculos que supone esta articulación en cada país constituyen una problemática que excede los límites de este Manual, pero para la cual se espera que las pautas y conceptos aquí trabajados sean de utilidad.

Por último, es importante destacar que hemos procurado situar estos estándares en el contexto de las problemáticas que atraviesan los NNA en la región. No se ha abordado la descripción y el análisis de las causas y consecuencias de los desplazamientos, pero nuestra preocupación es que éste sea un aporte para una lectura contextualizada de la cuestión, que tenga como propósito no sólo el estricto respeto por los derechos de los NNA migrantes, sino el trabajo en pos de la disminución o erradicación de este fenómeno, toda vez que la migración sea consecuencia de una violación a los derechos de NNA en sus países de origen: la falta de oportunidades y de acceso a derechos básicos.

Los autores

BIBLIOGRAFÍA

- Abramovich, V.; Ceriani Cernadas, P. y Morlachetti, A. "Migration Children and Human Rights: Challenges and Opportunities". UNICEF, Social and Economic Policy Working Paper.
- ACNUDH (2006). Los derechos de los no ciudadanos. Nueva York/Ginebra.
- ACNUDH (2010). "Estudio de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los problemas y las mejores prácticas en relación con la aplicación del marco internacional para la protección de los derechos del niño en el contexto de la migración" (A/HRC/15/29), 5 de julio.
- ACNUR (2008a). Directrices para la determinación del interés superior del menor (DIS), mayo.
- ACNUR (2008b). La protección internacional de las niñas y niños no acompañados en la frontera sur de México (2006-2008), Oficina Regional del ACNUR para México, Cuba y América Central.
- Alonso, Ceriani y Morlachetti (2012). "Políticas migratorias, movilidad humana y derechos de la niñez en América Latina y el Caribe", en Lettieri, Martín (ed.). Protección internacional de refugiados en el sur de Sudamérica. UNLA.
- Cantwell, N.; Davidson, J.; Elsley, S.; Milligan, I.; Quinn, N. (2012). Avanzando en la implementación de las "Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños". Reino Unido, Centre for Excellence for Looked After Children in Scotland.
- Ceriani Cernadas, P. (coord.) (2013). Niñez detenida: los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes en la frontera México-Guatemala. Diagnóstico y propuestas para pasar del control migratorio a la protección integral de la niñez. Tapachula y Lanús, UNLA y Centro de Derechos Humanos Fray Matías de Córdova.
- CIDH (2008). Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas, marzo.
- CIDH / UNICEF (2013). Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas.
- Crawley (2006). Child First, Migrant Second: Ensuring that Every Child Matters. Londres, ILPA.
- Comité CEDAW (2008). Recomendación general N° 26: Las trabajadoras migratorias.
- Comité de Derechos Humanos (1986). Observación general N° 15: La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto. 27° período de sesiones
- Comité de Derechos Humanos (1989). Observación general N° 18: No discriminación. 37° período de sesiones.
- Comité de los Derechos del Niño (2003). Observación general N° 5: Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, párr. 18.
- Comité de los Derechos del Niño (2005). Observación general N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen (CRC/GC/2005/6), 1 de septiembre.
- Comité de los Derechos del Niño (2009). Observación general N° 12: El derecho del niño a ser escuchado (CRC/C/GC/12), 20 de julio.
- Comité de los Derechos del Niño (2012). The Rights of All Children in the Context of International Migration, Day of General Discussion, Background Paper, august.

BIBLIOGRAFÍA

- Comité de los Derechos del Niño (2013). Observación general N° 14: El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3, párr. 1) (CRC/C/GC/14), 23 de junio.
- Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (2011). Observación general N° 1: Los trabajadores domésticos migratorios, 23 de febrero.
- Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (2013). Observación general N° 2: Derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares, 28 de agosto.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (2004). Recomendación general N° 30: Discriminación contra los no ciudadanos, 5 de octubre.
- Corte IDH (1999). Derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal (OC-16/99).
- Corte IDH (2003). Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados (OC-18/03), 17 de septiembre. Serie A N° 18.
- Corte IDH (2005). Caso de las niñas Yean y Bosico v. Dominican Republic, sentencia del 8 de septiembre.
- Corte IDH (2010), Caso Vélez Lóor vs. Panamá, sentencia de 23 de noviembre. Serie C N° 218.
- IPPDH (2012). “La Implementación de los acuerdos del Mercosur relativos a la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes Migrantes. Estudios e investigaciones. Diagnóstico y lineamientos para la acción”. Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del Mercosur, julio.
- IOM (2013). Children on the move, Geneva.
- Morlachetti, A. (2013). Sistemas nacionales de protección integral de la infancia en América Latina y el Caribe. Fundamentos jurídicos y estado de aplicación. UNICEF y División de Desarrollo Social. CEPAL, enero.
- Observación escrita de UNICEF sobre niñez migrante en América Latina y el Caribe (2013). Solicitud de Opinión consultiva sobre niñez migrante presentada por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Buenos Aires, diciembre.
- ONU. Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños.
- Parole nuove per l’affidamento familiare. Ministero del lavoro e delle politiche sociali e Università degli Studi di Padova, marzo de 2014.
- PICUM (2009). “Undocumented children in Europe: Invisible victims of immigration restrictions”. Report, Brussels.
- RELAF (2011a). “Documento agosto. Niñez y adolescencia institucionalizada: visibilización de graves violaciones de DDHH. Serie: Publicaciones sobre niñez sin cuidados parentales en América Latina: Contextos, causas y respuestas”.
- RELAF (2011b). “Documento octubre. Niñez y adolescencia migrante: situación y marco para el cumplimiento de sus derechos humanos. Serie: Publicaciones sobre niñez sin cuidados parentales en América Latina: Contextos, causas y respuestas”.
- RELAF y Aldeas Infantiles SOS Internacional (2010). “Documento de divulgación latinoamericano. Niños, niñas y adolescentes sin cuidados parentales en América Latina. Contextos, causas y consecuencias de la privación del derecho a la convivencia familiar y comunitaria”.
- RELAF y SSI (2013). “Amicus Curiae sobre niñez migrante en América Latina y el Caribe”. Solicitud de Opinión consultiva sobre niñez migrante presentada por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Presentado en Audiencia pública. México DF, octubre.
- RELAF y UNICEF (2011a). “Aplicación de las Directrices de las Naciones Unidas sobre las modalidades alternativas de cuidado de niños. Tu derecho a vivir en familia y a ser cuidado en todas las situaciones que te tocan vivir”.

BIBLIOGRAFÍA

- RELAF y UNICEF (2011b). “Guía de estándares para el personal de las entidades públicas y privadas que se ocupan de la protección de derechos de niñas, niños y adolescentes. Aplicación de las Directrices de las Naciones Unidas sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños”.
- RELAF y UNICEF (2011c). “Orientaciones para la capacitación. Aplicación de las Directrices de las Naciones Unidas sobre las modalidades alternativas de cuidado de niños. Tu derecho a vivir en familia y a ser cuidado en todas las situaciones que te tocan vivir”.
- RELAF y UNICEF (2011d). “Orientaciones para la capacitación. Guía de estándares para el personal de las entidades públicas y privadas que se ocupan de la protección de derechos de niñas, niños y adolescentes. Aplicación de las Directrices de las Naciones Unidas sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños”.
- RELAF y UNICEF (2013a). “Discriminación en las instituciones de cuidado de niñas, niños y adolescentes. Institucionalización y prácticas discriminatorias en Latinoamérica y el Caribe. Buenos Aires, mayo, p. 25 (s/discriminación a NNA migrantes).
- RELAF y UNICEF (2013b): “Las voces de las niñas y niños”.
- RELAF y UNICEF (2013c): “Planificando la desinstitucionalización de niñas y niños menores de 3 años. Guía de aportes para la experiencia de las instituciones de cuidado residencial”.
- Segundo Informe de Progreso de la Relatoría Sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias (2001).
- Segundo Informe sobre Derechos Humanos y condiciones de vida de las personas migrantes en el Centro de Detención de la ciudad de Tapachula, Chiapas (2013). Centro de DDHH Fray Matías de Córdova, marzo.
- Relatoría Especial de Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos de Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias (2009). Informe del Relator Jorge Bustamante ante el Consejo de Derechos Humanos: La migración y la protección internacional de que gozan los niños (A/HRC/11/7), 14 de mayo.
- Relatoría Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes (2010). Informe del Relator Jorge Bustamante ante la Asamblea General de Naciones Unidas (A/65/222). Ginebra, 3 de agosto.
- Save the Children (2010). Best Interests Determination for Children on the Move: A Toolkit for Decision-making. Training manual. London.
- SSI/CIR (2011). Comentario sobre el contexto, los principios generales y el alcance de las Directrices. Ginebra, Centro Internacional de Referencia para los Derechos del Niño Privado de Familia.
- UNICEF-LACRO y UNLA (2009). “Estudio sobre los estándares jurídicos básicos aplicables a niños, niñas y adolescentes migrantes en situación migratoria irregular en América Latina y el Caribe. Estándares jurídicos básicos y líneas de acción para su protección”. Buenos Aires, febrero.
- UNICEF-LACRO y UNLA (2010). “Estudio sobre la articulación de las políticas migratorias y los estándares de derechos humanos aplicables a la niñez en América Latina y el Caribe”, Panamá.
- UNICEF-LACRO (2013). “La situación de los niños, niñas y adolescentes en las instituciones de protección y cuidado en América Latina y el Caribe”. Panamá.

Éste Manual ha sido realizado con el objetivo de sintetizar los principales conceptos y estándares referidos a la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes (NNA) migrantes en la región. Con ese propósito se exponen, en primer término, las principales pautas surgidas del marco normativo internacional; y en segundo lugar se abordan un conjunto de estándares o lineamientos básicos que deberían guiar tanto la formulación e implementación de políticas públicas en la materia como el trabajo concreto al interior de las instituciones encargadas de garantizar la protección de los NNA migrantes.

Se espera que esta publicación resulte de utilidad tanto para el desarrollo de actividades de capacitación a operadores técnicos y profesionales responsables por la protección de derechos de los NNA migrantes como para la implementación de las adecuaciones normativas e institucionales en el marco de las políticas públicas necesarias en la problemática.

La descripción de los estándares aplicables que se realiza en este Manual se enfoca en los NNA que están migrando o que ya han migrado, así como la respuesta que deberían recibir por parte de los Estados –en particular el de tránsito y el de destino– para garantizar la plena protección de sus derechos.