



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Acceso a la justicia para niños y niñas refugiados y migrantes:

Justicia adaptada a los niños y niñas en el contexto de la migración

Rap, S.E.; Gaudard, M.A.C.

Publication date

2021

Document Version

Final published version

Published in

Acceso a la justicia y protección integral de los derechos de las niñas y los niños en contextos de movilidad internacional

License

CC

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Rap, S. E., & Gaudard, M. A. C. (2021). Acceso a la justicia para niños y niñas refugiados y migrantes: Justicia adaptada a los niños y niñas en el contexto de la migración. In N. Espejo Yaksic (Ed.), *Acceso a la justicia y protección integral de los derechos de las niñas y los niños en contextos de movilidad internacional* (pp. 189-230). Suprema Corte de Justicia de la Nación.

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Acceso a la justicia y protección integral de los derechos de las niñas y los niños en contextos de movilidad internacional

Nicolás Espejo Yaksic
Editor



**Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
Catalogación**

Primera edición: noviembre de 2021

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc
C.P. 06060, Ciudad de México, México.

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio, sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

El contenido de esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Esta obra estuvo a cargo de la Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La edición y el diseño de esta obra estuvieron a cargo de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

.....

Acceso a la justicia y protección integral de los derechos de las niñas y los niños en contextos de movilidad internacional

.....

Nicolás Espejo Yaksic
Editor



DERECHOS
HUMANOS



SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Ministro Arturo Zaldívar
Presidente

Primera Sala

Ministra Ana Margarita Ríos Farjat
Presidenta

Ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá
Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena
Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo
Ministra Norma Lucía Piña Hernández

Segunda Sala

Ministra Yasmín Esquivel Mossa
Presidenta

Ministro Luis María Aguilar Morales
Ministro José Fernando Franco González Salas
Ministro Javier Laynez Potisek
Ministro Alberto Pérez Dayán

Dirección General de Derechos Humanos

Mtra. Regina Castro Traulsen
Directora General

Contenido

Presentación	IX
Regina Castro Traulsen	
Prólogo	XIII
Felipe González Morales	
El acceso a una justicia amigable para la niñez en contextos de movilidad internacional.....	1
Nicolás Espejo Yaksic	
Derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes en los procedimientos migratorios administrativos	41
Pablo Ceriani Cernadas	
El interés superior de niñas, niños y adolescentes y la protección internacional de personas refugiadas	91
Mark Manly	
Carlos Uriel Salas Segovia	

Infancia en el contexto de la migración internacional: acceso a la justicia, cooperación y coordinación desde una perspectiva regional	117
Javier Palumno	
El derecho al más alto nivel posible de salud mental y la prevención de la violencia contra las niñas y los niños refugiados y solicitantes de asilo	157
Najat Maalla M'jid	
Acceso a la justicia para niños y niñas refugiados y migrantes: justicia adaptada a los niños y niñas en el contexto de la migración.....	189
Stephanie Elaine Rap Marie Anne Caroline Gaudard	
La detención de niños, niñas y adolescentes no acompañados en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	231
Ángeles Solanes Corella	
Criterios de pertinencia intercultural en la defensa de los derechos y garantías de los NNA y sus familias, en contextos de movilidad internacional	269
María Olaya Grau Rengifo Carla Liliana Muñoz Reyes María Elvira Cárdenas Sánchez	
Niños, niñas y familias migrantes en tribunales nacionales: los jueces y juezas como líderes en la protección de los derechos de la niñez.....	311
Lisa Marie LeSage	
Desorden y desprotección: El estatus de los niños, niñas y adolescentes migrantes en Estados Unidos	357
Pedro Gerson	

Niñez migrante en México y el derecho al acceso a la Justicia.....	393
---	------------

Ricardo Antonio Bucio Mújica

Reflexiones sobre la experiencia del Comité de los Derechos del Niño en la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes a través del Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un Procedimiento de Comunicaciones	435
--	------------

Luis Ernesto Pedernera Reyna

Presentación

Hace 10 años, después de un arduo trabajo de diversos actores, se logró la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011, la cual continúa fortaleciendo nuestro sistema normativo con una visión transversal y en favor de los derechos humanos.

El cambio social necesita tiempo. Sin embargo, conscientes de que los derechos humanos de las personas no pueden esperar, la SCJN ha enfocado gran parte de sus esfuerzos en emitir precedentes protectores de los derechos humanos que trascienden positivamente en la vida de las personas, especialmente, aquellas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad.

México es un país con gran movilidad internacional, la cual está integrada por un número importante de niñez migrante, quienes se encuentran, por lo menos, dentro de dos grupos prioritarios: infancia y personas migrantes o sujetas de protección internacional.

Por ello, desde la Dirección General de Derechos Humanos de la SCJN consideramos que es de vital importancia visibilizar las complejidades y

obstáculos que han tenido que enfrentar niñas, niños y adolescentes (NNA) en contexto de movilidad ante los procesos jurisdiccionales en los que se han visto involucrados en nuestro país.

El Estado Mexicano ha adoptado una serie de medidas para proteger la salud física y mental de NNA en situación de migración. En lo que concierne al Poder Judicial de la Federación, desde la SCJN hemos realizado diversas acciones, entre las que destacan la publicación de esta obra y la actualización del *Protocolo para juzgar casos que involucren personas migrantes y sujetas de protección internacional* y del *Protocolo para juzgar con perspectiva de infancia y adolescencia*, con el objetivo de proporcionar a las personas juzgadoras herramientas útiles que les faciliten la consulta de los estándares nacionales e internacionales de derechos humanos sobre la materia.

"Niñas, niños y adolescentes migrantes en movilidad internacional" es una obra colectiva que busca visibilizar a las infancias en movilidad internacional a través de las distintas voces de personas expertas, tanto nacionales como internacionales, con un fin en común: exponer cómo se debe aplicar la perspectiva de infancia en los casos de niñez migrante o sujetos a protección internacional en los que NNA estén involucrados.

Los 12 capítulos que componen esta publicación están dedicados a dar respuesta a diversas problemáticas que enfrentan las infancias en movilidad humana, como la separación de familias; la falta de acceso a personas tutoras, asesoría y asesoramiento legal; el acceso a información; la falta de procedimientos legales para determinar el interés superior de la niñez; y problemas relacionados con los procedimientos de determinación de la edad.

Además, el intercambio de casos y criterios hace que el aprendizaje sea fructífero para la creación de precedentes en nuestro sistema normativo pues presenta diversos supuestos que pueden llegar a ser del conocimiento de las personas juzgadoras en nuestro país.

En la obra también se encuentran desarrollados los criterios, observaciones y recomendaciones del Comité de Derechos del Niño que son una guía de gran relevancia para el Poder Judicial Federal; precedentes relevantes y casos emblemáticos emitidos por otros tribunales nacionales como el de *María K* resuelto por el Poder Judicial de Estados Unidos; y sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como el *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*.

Asimismo, se exponen una serie de criterios que han sido desarrollados sobre temas de niñez migrante con relación al derecho a la identidad biológica y social, a ser escuchados en procedimientos jurisdiccionales sin importar la edad, a vivir libres de violencia al proteger su dignidad e integridad personal y a la salud, entre otros.

Además de los artículos realizados por las personas expertas en la materia, también se incluyeron en la obra testimonios de NNA en contexto de migración con el fin de escuchar y conocer su visión sobre las distintas temáticas en las que se ven involucradas.

Hago votos porque esta obra sea una herramienta que permita la generación de nuevos y más protectores criterios en favor de los derechos humanos de NNA en contexto de migración y sujetas de protección internacional y para que sea una herramienta útil que propicie que los procesos y resoluciones jurisdiccionales en los que se ven involucradas sean desarrollados y emitidas, respectivamente, con una perspectiva de infancia y de derechos humanos.

Hasta que todos los derechos de todas las personas sean una realidad cotidiana.

Regina Castro Traulsen
*Directora General de Derechos Humanos
de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*

Prólogo

La publicación de este libro sobre acceso a la justicia para niñas, niños y adolescentes en situación de movilidad internacional resulta especialmente oportuna. Se trata de un tema de creciente atención y preocupación, atendida la dramática situación que este colectivo vive en muchos países de tránsito y destino y las respuestas insuficientes de muchos Estados al respecto.

Como se desarrolla en las contribuciones a este libro, son múltiples las dimensiones del derecho de acceso a la justicia de la niñez migrante, incluyendo la obligación de los Estados de basar sus políticas públicas en la materia en el principio del interés superior del niño, las exigencias especiales del derecho a un debido proceso en el caso de la movilidad infantil, la situación en el ámbito de los procedimientos de asilo o refugio y la detención migratoria infantil, entre diversas otras.

Desde la Relatoría Especial sobre derechos humanos de los migrantes hemos llamado reiteradamente la atención de los Estados y la comunidad internacional sobre la grave afectación de tales derechos de niñas y

niños migrantes. En especial, en 2020 la Relatoría presentó un informe a la Asamblea General de Naciones Unidas sobre la necesidad de poner término a la detención migratoria infantil, una práctica extendida en las diferentes regiones del mundo, que diversos organismos globales y regionales, tales como el Comité de Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, el Comité de Derechos del Niño y la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, entre otros, han calificado como violatorio de los estándares internacionales de derechos humanos. Por su parte, el Pacto Mundial para una Migración Ordenada, Segura y Regular ha consagrado el compromiso de los Estados de trabajar para poner fin a dicha práctica.

Además, en el informe de la Relatoría sobre acceso a la justicia de migrantes, se aborda de manera específica la situación de la niñez migrante, refiriéndose a la necesidad de contar con defensores especializados, de garantizar el acceso a un juez imparcial, de que el sistema de justicia tenga unidades dedicadas al tema, de hacer efectivo el derecho del niño o niña migrante a ser oído en los procedimientos que le afecten, de adoptar procedimientos adecuados de determinación del interés superior del niño o niña y de mecanismos de remisión al sistema de protección infantil en su caso, de capacitar a los operadores de justicia sobre los derechos de la niñez migrante, etc. También es indispensable que se establezcan barreras cortafuegos entre el sistema de justicia y las agencias migratorias, de manera que niños y niñas migrantes, especialmente quienes se hallan en situación indocumentada, puedan recurrir a los tribunales y otros operadores de justicia sin temor a ser eventualmente detenidos y deportados.

A todo lo anterior hay que añadir que resulta de particular importancia respecto de las niñas en situación de movilidad que se garantice su acceso a la justicia en casos de discriminación y de violencia de género, así como cuando ellas son víctimas de trata.

El contexto de Pandemia ha vuelto todavía más grave y acuciante la situación de la niñez en situación de movilidad, poniendo en evidencia

su precario acceso a los servicios de salud y otros servicios públicos, así como la inexistencia en muchos países de organismos estatales especializados que garanticen los derechos humanos de niñas y niños migrantes y les brinde la protección y cuidado adecuados, quedando a menudo su situación a cargo de las mismas agencias migratorias que abordan la situación de las personas migrantes adultas. En cuanto a la detención migratoria infantil, en el contexto de Pandemia las prácticas de los Estados han sido diversas, ya que mientras algunos la han discontinuado a lo menos temporalmente, en otros ha resurgido y cobrado fuerza.

De allí que sea indispensable emprender iniciativas como este libro, de manera de ofrecer un panorama actualizado y de conjunto de la situación del acceso a la justicia de la niñez en contextos de movilidad, así como presentar propuestas para el desarrollo de políticas migratorias consistentes con la protección de sus derechos humanos.

Felipe González Morales
*Relator Especial de Naciones Unidas
sobre derechos humanos de los migrantes*

El acceso a una justicia amigable para la niñez en contextos de movilidad internacional

Nicolás Espejo Yaksic*

Resumen

El acceso a la justicia es un derecho fundamental y requisito previo y esencial para la protección y promoción de todos los derechos humanos de la niñez. A pesar de ello, la falta de acceso a dicha garantía es una de las principales barreras que las niñas, niños en contextos de movilidad internacional deben enfrentar diariamente. Una justicia amigable o adaptada a esta población garantiza la provisión de aquellos medios que les permitan obtener una respuesta rápida, efectiva y justa, a la protección de sus derechos. Ello, a su vez, por medio de procesos transparentes, eficientes, sensatos y asequibles. En este marco, la judicatura juega un rol indispensable en la exigencia de todas las obligaciones internacionales y nacionales que pesan sobre la autoridad migratoria, policial y de protección a la niñez.

* Investigador Asociado del Centro de Estudios Constitucionales (CEC) de la SCJN; Profesor Invitado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Leiden y del Exeter College de la Universidad de Oxford; Miembro Correspondiente del Centro de Derecho de Familia de la Universidad de Cambridge y; Presidente de la Red Internacional de Derecho Constitucional Familiar.

I. Introducción

Las niñas, niños y adolescentes entran en contacto con los sistemas de justicia de muchas formas. Sea en el marco de procesos criminales, de familia, civiles, administrativos o constitucionales. Y ello, por medio de sistemas formales e informales de justicia (ACPF, 2018) Sin embargo, "entrar en contacto con" la justicia no es lo mismo que tener "acceso a" la justicia. El acceso a la justicia para niñas, niños y adolescentes consiste en "la capacidad de obtener un remedio justo y oportuno por las violaciones de los derechos establecidos en las normas y estándares nacionales e internacionales, incluida la Convención sobre los Derechos del Niño" (UNHR, 2013, párr. 4). Como tal, el derecho a acceso a la justicia para la niñez comprende recursos equitativos y justos. Es decir, todas las niñas, niños y adolescentes, sin discriminación alguna, deben tener garantizado su acceso a la justicia. Así concebido, el acceso a la justicia es tanto un derecho fundamental de la niñez como un requisito previo esencial para la protección y promoción de todos los demás derechos humanos de los que niñas, niños y adolescentes son titulares (UNICEF, 2015, p. 18).

Como resulta claro de la lectura de los diversos capítulos que conforman esta obra, la protección eficaz del derecho al acceso a la justicia en la niñez requiere evitar tratar cada preocupación por los derechos de una niña o un niño de forma aislada. En otras palabras, la justicia debe ser vista como parte de un sistema más amplio que requiere la participación de toda la gama de actores y agencias involucrados en la protección de los derechos de la niñez. Estas incluyen los sistemas de salud, protección social, seguridad, policías y educación, entre otros, y de forma coordinada y en integración, con las cortes y demás operadores legales (IAYFJM, 2016, p. 10). Sólo de esta forma es posible conseguir que aquellos recursos o remedios que la Ley prevé para proteger efectivamente a niñas, niños y adolescentes frente a una vulneración de sus derechos, resulten realmente efectivos.

a. El acceso a una justicia amigable para la niñez

Un acceso a la justicia adecuado para las niñas, niños y adolescentes requiere la provisión de aquellos medios que les permitan obtener una respuesta rápida, efectiva y justa, a la protección de sus derechos.¹ Ello, a su vez, por medio de procesos transparentes, eficientes, sensatos y asequibles (CRIN, 2016). Una justicia amigable o adaptada a la niñez parte del reconocimiento que niñas, niños y adolescentes son titulares de derechos y actores activos en sus vidas, adaptando los sistemas de justicia a sus derechos, necesidades e intereses y haciendo efectiva su participación en los procedimientos judiciales o administrativos que les afectan o en los que intervienen (Liefwaard, 2016, pp 905-943).

El concepto de acceso a la justicia para los niños requiere el empoderamiento legal de todos los niños, permitiéndoles acceder a información pertinente y a recursos efectivos para reclamar sus derechos, incluso a través de servicios legales y de otro tipo, educación, asesoramiento o asesoramiento sobre los derechos del niño y apoyo de adultos con conocimientos (ONU, 2008, p. 4). A su vez, para que dicho acceso sea adecuado, se requiere de una serie de adaptaciones específicas para permitir que las interacciones de las niñas y los niños con los procedimientos judiciales o administrativos resulten pertinentes y amigables. Ello implica, entre otras cosas:

- evitar retrasos indebidos;
- elegir métodos de comunicación adecuados a la edad, género, idioma, origen cultural, necesidades especiales y madurez del niño o la niña;
- adaptar los procedimientos al ritmo y la capacidad de atención del niño o la niña;

¹ Cfr., Artículos 16, 17 y 18 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; artículos 12 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

- hacer que el entorno físico para la realización de procedimientos o entrevistas sea lo más adecuado, permitiendo que la niña o el niño se familiarice de antemano con el diseño y formato de los procedimientos y;
- garantizar que niñas y niños cuenten con un padre/madre o un adulto responsable que los apoye durante el proceso (Consejo de Europa, 2010).

Adicionalmente, y en el campo de la movilidad internacional (migración y asilo), las leyes, políticas, medidas y prácticas del Estado deben respetar las garantías procesales adaptadas a los niños en todos los procedimientos administrativos y judiciales que afecten a los derechos de estos o de sus padres o adultos responsables. Ello implica tener acceso efectivo a recursos administrativos y judiciales contra las decisiones que afecten a su propia situación o a la de tales adultos, a fin de que todas las decisiones se adopten teniendo en cuenta su interés superior (Comité de Derechos del Niño, 2003, párr. 15). En particular, y en el marco de la evaluación de su interés superior en todo proceso migratorio, debe garantizarse a todas las niñas y los niños, su derecho a:

- Acceder al territorio, cualquiera que sea la documentación que posean o de la que carezcan, y ser remitidos a las autoridades encargadas de evaluar las necesidades de protección de sus derechos, sin merma de las garantías procesales;
- Ser notificados de la existencia de un procedimiento y de la decisión adoptada en el contexto de los procedimientos de inmigración y asilo, sus implicaciones y las posibilidades de recurso;
- Contar con un funcionario o juez especializado que se ocupe del procedimiento de inmigración y poder realizar en persona cualquier entrevista con profesionales formados en cómo comunicarse con niños;
- Ser oídos y participar en todas las fases de los procedimientos y disponer de la asistencia gratuita de un traductor o intérprete;

- Tener acceso efectivo a la comunicación con funcionarios consulares y recibir asistencia consular, así como protección consular de sus derechos adaptada a las necesidades de la infancia;
- Contar con la asistencia de un procurador que tenga formación y experiencia en la representación de niños en todas las fases de los procedimientos y comunicarse libremente con su representante, y tener acceso a asistencia letrada gratuita;
- Conseguir que se considere una prioridad la aplicación de medidas y procedimientos relacionados con la infancia, y también disponer de tiempo suficiente para preparar esos procedimientos y contar con todas las garantías procesales;
- Recurrir la decisión ante un tribunal superior o una autoridad independiente, con efecto suspensivo;
- En el caso de niñas y niños no acompañados y separados de sus familias, recibir el nombramiento de un tutor competente, lo antes posible, que sirva de garantía procesal básica para el respeto de su interés superior;
- Ser plenamente informados durante todo el procedimiento, junto con su tutor y asesor jurídico, y recibir también información sobre sus derechos y cualquier otra información que pueda afectarles.²

Como se puede advertir, el derecho al acceso a la justicia y las garantías procesales que aseguran su efectiva aplicación, no sólo son relevantes en el marco de procesos judiciales en los que participan las niñas y los niños en contextos de movilidad internacional. Los procesos y procedimientos administrativos, especialmente relevantes en el campo de la migración y el asilo, también se encuentran gobernados para las garantías generales y especiales derivadas del debido proceso. Tal y como ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, "las garantías procesales del artículo 8 de la Convención Americana "no solo resultan

² Al respecto se puede consultar: CRC, OG 4, párr. 17; *Guía regional del MERCOSUR para la identificación y atención de necesidades especiales de protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes*, Foro especializado migratorio del MERCOSUR y Estados Asociados, 2015, pp. 67-70; Corte IDH, OC 21-14, párrs. 108-143.

aplicables a los procesos ante los órganos estrictamente jurisdiccionales —juez o tribunal—, sino que se hacen extensivas a las decisiones de órganos administrativos a los cuales les corresponda la determinación de los derechos de las personas o cuando ejerzan funciones de carácter materialmente jurisdiccional, como ocurre en algunos países respecto de los procesos migratorios." (Corte IDH, 2014, párr. 111).

b. Límites y oportunidades para el acceso a la justicia de la niñez en movilidad

En el contexto de la migración internacional, las niñas y los niños pueden encontrarse en una situación de grave vulnerabilidad, sea que viajen solos o con sus familias, que nazcan de padres migrantes en los países de destino o, que permanezcan en su país de origen, mientras uno o ambos padres han migrado a otro país. Para muchos de ellos, no existe siquiera la libertad de dejar sus hogares y países de origen. Migrar es, en cambio, una desesperada medida para encontrar un refugio seguro frente a la inestabilidad política, los conflictos, los desastres naturales, la violencia y la explotación. Cuando migran, sea por su propia elección o al tenerla, tal proceso de movilidad humana se encuentra plagado de peligros para las niñas y los niños, incluidos los riesgos de ser víctima de violencia, explotación y abuso (SRSV VAC, 2020, 2). Tales riesgos y vulnerabilidades pueden derivarse, también, de su origen nacional, étnico o social; género; orientación sexual o identidad de género; religión; discapacidad; situación en materia de migración o residencia; situación en materia de ciudadanía; edad; situación económica; opinión política o de otra índole; u otra condición social (Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares 2017, párr. 3)

Las niñas y los niños pueden enfrentar barreras legales particulares, porque se les niega la capacidad legal, la capacidad legal o un abogado en su propio nombre, lo que puede ser especialmente problemático en caso de un conflicto de intereses entre el niño y sus padres o tutor legal (CRIN, 2016). En el contexto de la movilidad internacional, estas barreras se

profundizan debido a múltiples factores, tales como: a) la falta de conocimiento del idioma y suficientes traductores al momento de interactuar con las cortes (Commission on Immigration, 2019, pág. 17); b) la existencia de prácticas discriminatorias en contra de estos niños y sus familias, en función de su estatus migratorio irregular, así como los mayores niveles de pobreza y marginación que experimentan;³ c) la falta de conocimiento y políticas específicas por parte de los tribunales para tratar con una población con necesidades y características específicas (Rodrigues Couture-Carron, Ammar, N. & Orloff, 2018, pp. 4-22); d) la pobre conciencia respecto a que los procedimientos migratorios (administrativos) también se encuentran sujetos a las exigencias del debido proceso⁴ y; e) la estructural ausencia de procedimientos específicos para garantizar la participación de las niñas y los niños migrantes o solicitantes de asilos en los procesos en que se determinan sus derechos (Stalford. H., 2018, pp. 258-283), entre muchas otros.

Dado este contexto de vulnerabilidad, el acceso a la justicia se transforma en un derecho central para la protección de todos los derechos y garantías que asisten a las niñas, niños y adolescentes en contextos de movilidad internacional. Reconocer, facilitar y garantizar el acceso a la justicia permite a estas niñas y niños cautelar sus derechos reconocidos en las normas y estándares nacionales e internacionales, obtener una reparación justa y oportuna por las violaciones a los mismos y prevenir futuras violaciones a sus derechos.

En particular, el acceso a una justicia debiera proveer a estas niñas, niños y adolescentes recursos individuales orientados a proporcionar restitución (reintegro); compensación (ya sea en forma de dinero, bienes o servicios); rehabilitación (atención médica y psicológica, servicios sociales y de salud para una recuperación completa) y; satisfacción (verificación de los hechos y divulgación plena y pública de la verdad; disculpas públicas y capacitación en derechos humanos) frente a las violaciones

³ Al respecto se puede consultar el capítulo de Lisa LeSage en esta misma obra.

⁴ Se puede consultar, en particular, el capítulo de Ceriani en esta misma obra.

sufridas en sus derechos (ONU, 2006). Para ser adaptados o amigables a la niñez, estos recursos deben atribuirse con prontitud, ser holísticos y proporcionales a la gravedad del daño sufrido y deben tener en cuenta la agencia, los deseos y decisiones de las niñas, niños y adolescentes, así como su seguridad, dignidad e integridad.

Así mismo, un acceso efectivo a la justicia requiere la provisión de recursos que permitan prevenir violaciones futuras a los derechos de la niñez, incluidas "garantías de no repetición" (ONU, 2016, párr. 9). Estos recursos estructurales o sistémicos pueden implicar reformar la ley, revisar y diseñar políticas, prevenir la impunidad y transformar las prácticas sociales y culturales a través de la formación y la sensibilización. En otras palabras, junto con los recursos individuales para la niñez en contextos de movilidad internacional, los recursos estructurales consideran medidas más amplias para garantizar un mejor cumplimiento de los derechos humanos en el futuro. O, en otras palabras, tales recursos demandan una "reparación transformadora", orientada a mejorar las condiciones para el ejercicio de los derechos (Roach, 2021; International Commission of Jurists, 2016, p. 76).

II. Una visión holística del derecho al acceso a la justicia: Garantizar todos los derechos

El derecho al acceso a la justicia para la niñez en contextos de movilidad internacional se protege por medio de garantías primarias y secundarias.⁵ De un lado, a través de *garantías primarias* políticas, legales, presupuestarias y administrativas, que permitan a las niñas y a los niños acceder efectiva y eficazmente a todos los mecanismos de tutela de sus derechos. Se trata de garantías positivas, tales como programas especiales que otorguen protección letrada a las niñas y los niños en los tribunales, generación

⁵ Para una explicación más detallada sobre garantías primarias y secundarias en la niñez, véase, Nicolás Espejo Yaksic, "Derechos de los niños, niñas y adolescentes", en P. Contreras y C. Salgado, *Curso de derechos fundamentales*, Santiago, Chile, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 586-589.

de información adaptada a sus necesidades y que les permita conocer los sistemas de denuncia que les asisten o protocolos que orienten el actuar de jueces o personal administrativo en todo procedimiento en que se determinen sus derechos, entre otros.

Tales garantías primarias se complementan con *garantías jurisdiccionales o secundarias*. Estas garantías otorgan a los niños titulares de derechos la capacidad de someter denuncias de incumplimiento de las obligaciones emanadas de los mismos ante un poder independiente de los sujetos obligados primariamente (públicos o privados) y, dado el caso, confieren competencia a ese poder independiente para forzar el cumplimiento y establecer reparaciones o sanciones. Se trata, en otras palabras, de complementar las garantías políticas o primarias con garantías jurisdiccionales o secundarias, es decir, con garantías que sólo entran en juego cuando los poderes encargados de concretar e implementar derechos incumplen con su obligación —lo que implica, a su vez, que las garantías políticas han fallado—. Tal y como ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

[...] los Estados deben asegurar, en su ordenamiento jurídico interno, que toda persona tenga acceso, sin restricción alguna, a un recurso sencillo y efectivo que la ampare en la determinación de sus derechos, independientemente de su estatus migratorio [...] Esta obligación general de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos tiene un carácter *erga omnes*. Dicha obligación se impone a los Estados, en beneficio de los seres humanos, bajo sus respectivas jurisdicciones, e independientemente del estatus migratorio de las personas protegidas [Corte IDH, 2003, párrs. 107 y 109].

Como resulta fácil de advertir, las garantías jurisdiccionales o secundarias son de mucha importancia para la efectividad de los derechos de las niñas y los niños. Ello, dada las especiales barreras que NNA suelen enfrentar para poder reclamar por el incumplimiento de las obligaciones legales de las agencias del Estado, así como respecto de sus adultos

responsables. Por ello es por lo que el rol de los sistemas de justicia en general y de las juezas y los jueces en particular se vuelve indispensable a la hora de efectivizar los derechos de la niñez migrante y refugiada. Esto, a su vez, requiere que las juezas y los jueces conozcan en detalle, los principios generales y garantías específicas que asisten a la niñez en contextos de movilidad humana.

1. Principios fundamentales para la protección de las niñas, los niños y sus familias en el contexto de la movilidad internacional

A. Igualdad y no discriminación

El principio de igualdad y no discriminación debe estar en el centro de todas las políticas y procedimientos de migración, incluidas las medidas de control de fronteras, e independientemente de la situación de residencia de los niños o de sus padres (OHCHR, 2014). En este sentido, el principio de igualdad y no discriminación resulta particularmente relevante para evitar que, al momento de diseñar legislación, políticas y programación para satisfacer las necesidades y derechos de los migrantes y refugiados, incluidas aquellas específicas de las mujeres y niñas migrantes y sujetas de protección internacional (CEDAW, 2008, 2010; Beijing Declaration, 1995, y Platform for Action, 1995). Del mismo modo, este principio es importante para velar por que las niñas y los niños en contextos de movilidad internacional y sus familias se integren en las sociedades de acogida mediante la observancia efectiva de sus derechos humanos y el acceso a los servicios en igualdad de condiciones con los nacionales (CMW/C/GC/3-CRC/C/GC/22, 2017).

Una dimensión fundamental del principio de igualdad y no discriminación radica en fijar un límite claro para establecer —o no— distinciones entre la población en contexto de movilidad internacional y los nacionales. El principio demanda que toda diferencia de trato que se aplique a los migrantes será conforme a derecho y proporcionada en busca de un fin legítimo y ajustada al interés superior del niño o la niña y a las normas y estándares internacionales de derechos humanos. En consecuencia,

los Estados no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de los migrantes u otras personas en contextos de movilidad internacional. Sin embargo, el Estado puede otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos (Corte IDH, 2010).

A su vez, el principio de no discriminación cumple un papel esencial para la revisión, por parte de las autoridades judiciales, de leyes o prácticas administrativas (salud, educación, autoridad migratoria, policías, servicios sociales, etc.) que puedan significar un trato diferenciado a niñas y niños en contextos de movilidad, sin que medie una justificación objetiva y razonable. En particular, la regularidad de la situación migratoria de una niña, un niño o sus familiares, no puede ser considerada como una exigencia para la aplicación del principio de igualdad y no discriminación. Como ha indicado la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Se debe señalar que la situación regular de una persona en un Estado no es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice el principio de la igualdad y no discriminación, puesto que, como ya se mencionó, dicho principio tiene carácter fundamental y todos los Estados deben garantizarlo a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio. Esto no significa que no se podrá iniciar acción alguna contra las personas migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal. Lo importante es que, al tomar las medidas que correspondan, los Estados respeten sus derechos humanos y garanticen su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa [Corte IDH, 2003, párr. 118].⁶

⁶ Véanse también Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130 y, Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251.

B. Interés Superior de la Niñez (ISN)

En su más reciente recapitulación respecto de la naturaleza, composición y efectos del ISN, consagrado en el artículo 3.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño,⁷ el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (en adelante "el Comité"), ha identificado una triple caracterización de este principio, en cuanto derecho sustantivo, principio y norma de procedimiento (CDN, 2013). Del ISN se deriva un derecho sustantivo, esto es, a los niños les asiste un poder, derivado de una posición jurídica privilegiada, para buscar la imposición de restricciones normativas sobre los actos y actividades de terceros, respecto del respeto de los propios intereses de los primeros. Tales restricciones, a su vez, se manifiestan concretamente en la obligación jurídica de maximizar los intereses de los niños (y no de los adultos, incluidos sus padres) como una consideración primordial en toda decisión que se adopte a su respecto.

Del mismo ISN se deriva, a su vez, un principio jurídico interpretativo del que se colige la obligación de velar por que todas las decisiones judiciales y administrativas, las políticas y la legislación relacionadas con los niños dejen patente que el interés superior de éstos ha sido una consideración primordial (lo que incluye explicar cómo se ha examinado y evaluado el interés superior del niño, y la importancia que se le ha atribuido en la decisión) (*idem*). Finalmente, el ISN importa una norma de procedimiento que genera la obligación de garantizar que el interés del niño se ha evaluado y ha constituido una consideración primordial en las decisiones y medidas adoptadas, inclusive por el sector privado, incluidos los proveedores de servicios, o cualquier otra entidad o institución privadas que tomen decisiones que conciernan o afecten a un niño (*ibidem*, párr. 14).

⁷ Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 3.1. "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño."

El Estado debe velar por que el interés superior del niño (ISN) se tome plenamente en consideración en la legislación de migración, la planificación, la ejecución y la evaluación de las políticas de migración (Conferencia Regional sobre Migración, 2016). Asimismo, el ISN será la consideración primordial en la adopción de decisiones sobre casos individuales, entre otras situaciones, al conceder o denegar las solicitudes de entrada o residencia en un país, en las decisiones relativas a la aplicación de las leyes de migración y las restricciones de acceso a los derechos sociales por parte de los niños o sus padres o tutores, y las decisiones referentes a la unidad familiar y la guarda de los hijos; en todas esas esferas, el interés superior de la niñez será una consideración primordial y, por tanto, tendrá máxima prioridad (CMW/C/GC/3-CRC/C/GC/22, 2017). El cumplimiento de estas exigencias, a su vez, deben ser estrictamente revisadas por la juez o el juez, de llegar la cuestión a su conocimiento.

Para saber si un procedimiento migratorio o de asilo ha respetado —o no— el principio del interés superior, será necesario acreditar que en el mismo se ha efectuado un proceso formal de determinación del interés superior (DIS). El DIS, a su vez, implica dos etapas: evaluación y determinación (CDN, 2013). La "evaluación del interés superior" consiste en valorar y sopesar todos los elementos necesarios para tomar una decisión en una determinada situación para un niño(a) o un grupo de niños(as) en concreto. Incumbe al responsable de la toma de decisiones y su personal (de ser posible, un equipo multidisciplinario) si requiere la participación de la niña o el niño. La evaluación implica sopesar circunstancias específicas que hacen que la niña, el niño o adolescente sea único/a. Se hacen indagatorias y se valoran los elementos necesarios que permitan tomar una decisión para una niña, niño o adolescente o un grupo de niñas, niños y adolescentes. Los aspectos que se tienen en cuenta para una evaluación son: su opinión, identidad, preservación del entorno familiar y mantenimiento de relaciones; su cuidado, protección y seguridad, y su situación de vulnerabilidad.

A su vez, la "determinación del interés superior" es un proceso estructurado y con garantías estrictas concebido para determinar el interés

superior. Tal determinación se debe efectuar con base en una serie de aspectos por considerar, tales como la capacidad para que la niña, el niño o adolescente exprese su propia opinión; la determinación de los hechos y la percepción del tiempo. Adicionalmente, esta fase debe ser llevada a cabo por profesionales calificados, con representación letrada donde sea posible, argumentación jurídica, mecanismos para examinar o revisar las decisiones (*ibidem*, párrs. 89 y 96-98).

C. Derecho a ser oído, a expresar su opinión y a la participación

No es posible afirmar la protección del interés superior de las niñas y los niños si ellas y ellos no son oídos y su opinión no se tiene en cuenta en aquel procedimiento (administrativo o judicial) en el que se determinen sus derechos. Los criterios jurídicos que el juez o la jueza atienda para evaluar y determinar el interés superior del niño o la niña son variados, pero siempre debe considerarse su opinión. La evaluación del interés superior debe abarcar el respeto del derecho del niño(a) a expresar libremente su opinión y a que ésta se tenga debidamente en cuenta en todos los asuntos que le afectan (*ibidem*, párr. 43). Conforme el niño o la niña crece y desarrolla su propia visión del mundo y una mejor comprensión respecto a los riesgos, oportunidades y definiciones que enfrenta, su opinión será especialmente relevante a la hora de determinar qué es aquello que demanda su interés superior.⁸ Ello deriva de reconocer, en forma progresiva, un mayor peso específico a los intereses por autonomía del niño o la niña, particularmente cuando las consecuencias de la decisión judicial adoptada recaerán principalmente en él.

⁸ Esta idea ha sido influenciada fuertemente por uno de los casos más importantes en materia de autonomía de los niños, el caso *Gillick*. En 1982, Victoria Gillick demandó a la autoridad de salud local y al Departamento de Salud y Seguridad Social ante los tribunales con miras a impedir que los médicos proporcionasen asesoramiento o tratamiento anticonceptivo a su hija menor de 16 años, sin su consentimiento. Al decidir, la Cámara de los Lores resolvió que si un niño es capaz o no de dar el consentimiento necesario dependerá de la madurez y comprensión del niño y de la naturaleza del consentimiento requerido. El niño debe ser capaz de hacer una evaluación razonable de las ventajas y desventajas del tratamiento propuesto, por lo que el consentimiento, si se otorga, puede describirse de manera adecuada y justa como verdadero consentimiento.

Las niñas y los niños tienen el derecho a expresar sus opiniones —tanto individual como colectivamente— sobre todos los aspectos que afectan sus vidas, también como parte integrante de los procedimientos de migración y protección internacional. Ello implicará la obligación de proporcionar a esos niños toda la información pertinente, entre otros aspectos, sobre sus derechos, los servicios disponibles, los medios de comunicación, los mecanismos de denuncia, los procesos y sus resultados. A su vez, la información otorgada debe proporcionarse en el propio idioma del niño en tiempo oportuno, de una manera adaptada a él y apropiada a su edad, para que se haga oír su voz y que su opinión se tenga debidamente en cuenta en los procedimientos (CMW/C/GC/3-CRC/C/GC/22, 2017).

El derecho a ser oído implica para el Estado la designación de un representante legal cualificado para todos los niños, incluidos los que están bajo cuidado parental, y un tutor capacitado para los niños no acompañados y separados, tan pronto como sea posible, a su llegada, a título gratuito (Comité de los Derechos del Niño, 2009). Ello será especialmente relevante para garantizar el derecho de los niños a ser escuchados en los procedimientos de migración relativos a sus padres, en particular cuando la decisión pueda afectar sus propios derechos, como el derecho a no ser separado de sus padres, salvo cuando la separación redunde en el interés superior del niño o la niña (CMW/C/GC/3-CRC/C/GC/22, 2017).

D. Derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo

Este principio incluye prevenir y reducir, en la máxima medida posible, los riesgos relacionados con la migración que afrontan los niños y las niñas, los cuales pueden poner en peligro el derecho del niño a la vida, a la supervivencia y al desarrollo. Así, el Estado (especialmente uno de destino, como es Chile), deben prestar atención especial a la protección de los niños y niñas indocumentados, no acompañados o separados y de aquellos que viajan con sus familias, y a la protección de los niños y las niñas solicitantes de asilo, los apátridas y los que son víctimas de la de-

lincuencia organizada transnacional, especialmente de la trata, la venta de niños, la explotación sexual comercial de niños y el matrimonio infantil (*idem*).

Debido a la esencial relación de dependencia entre los NNA y sus familias, el principio implica la obligación de velar por que los niños, en el contexto de la migración internacional, independientemente de su situación o la de sus padres, tengan un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual y moral. Por tal razón, las políticas o prácticas que deniegan o restringen derechos básicos, como los derechos laborales y otros derechos sociales a los migrantes adultos debido a su nacionalidad, apatridia, origen étnico o situación de residencia, pueden afectar directa o indirectamente al derecho de los niños a la vida, a la supervivencia y al desarrollo (*idem*).

E. No devolución y prohibición de expulsiones colectivas y devoluciones "en caliente"

El Estado se encuentra obligado a respetar las obligaciones de no devolución dimanantes del derecho internacional de los derechos humanos, el derecho humanitario, el derecho de los refugiados y el derecho internacional consuetudinario.⁹ Tal obligación aplica no sólo respecto a aquellos NNA —o sus familiares— que se encuentren en procedimientos de asilo o de determinación de sus estatus de refugiado. Existen muchos casos en los que hay NNA o adultos que pueden no calificar como refugiados en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, pero que se encuentran en situaciones vulnerables. En esos casos, procede respecto de ellos otorgar protección del marco internacional de derechos humanos. Tal y como ha precisado el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes:

⁹ *Cfr.*, artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, artículo 3 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y artículo 16 de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.

[...] Si bien la protección contra la devolución en virtud del derecho de los refugiados se aplica únicamente a las personas que pueden acogerse a la condición de refugiado y permite excepciones en función de motivos de seguridad nacional o pública, ese límite o excepción no es admisible cuando la expulsión podría exponer a una persona a un riesgo real de tortura o malos tratos. Como componente intrínseco de la prohibición imperativa de la tortura, la prohibición de la devolución no sólo prevalece sobre las leyes nacionales de inmigración, sino también sobre las obligaciones internacionales contrarias, como las de los tratados de extradición [A/HRC/37/50, 2018, párr. 37].

Específicamente, el ISN debe ser una consideración primordial en las decisiones relacionadas con el retorno. Esto significa que los niños solo deben ser retornados a sus países de origen cuando se haya determinado que es lo mejor para ellos. En especial, consideraciones como las relacionadas con el control general de la migración no pueden anular consideraciones de interés superior como, entre otras cosas, la unidad familiar, la supervivencia y el desarrollo (CDN, 2013). Por ello, siempre se debe llevar a cabo un procedimiento formal de determinación del interés superior (CMW/C/GC/3–CRC/C/GC/22, 2017) considerando las siguientes garantías:

- Que se trate de un procedimiento formal y multidisciplinario.
- Llevado a cabo por actores independientes de las autoridades de migración, incluida una participación significativa de las autoridades responsables de la protección y el bienestar de los niños y otros actores relevantes, como padres, tutores y representantes legales, así como el niño.
- Que contenga salvaguardas apropiadas. Éstas incluyen, entre otros, los derechos del niño a ser escuchado y a tener representación legal competente e independiente.

Este principio es especialmente importante tratándose de las nocivas e ilegales prácticas de expulsiones colectivas, prescritas por el derecho internacional, así como respecto de las devoluciones "en caliente". Esto es, todas

las medidas, acciones o políticas —tales como expulsiones arbitrarias o colectivas— que dan lugar efectivamente a la expulsión de migrantes, ya sea en forma individual o colectiva, sin una evaluación individualizada de cada caso que sea conforme a las obligaciones en materia de derechos humanos y las garantías procesales (A/HRC/47/30, 2021). Como ha señalado recientemente el Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos humanos de los migrantes:

Las devoluciones en caliente suelen agravar las situaciones de vulnerabilidad, en particular las resultantes de formas múltiples e interseccionales de discriminación, como por motivos de género, edad, raza, grupo étnico, nacionalidad, situación migratoria, orientación sexual e identidad de género, entre otros factores. Los Estados deben proteger a los migrantes en todas las etapas del proceso migratorio y garantizar su acceso a la justicia para obtener reparación ante cualquier trato discriminatorio o violación de los derechos humanos que sufran [*ibidem*, párr. 49].

2. Garantías jurídicas específicas para la protección de los derechos de los niños, las niñas y sus familias en el contexto de la movilidad internacional

El Estado se encuentra obligado al cumplimiento de una serie de principios generales y especiales para la protección de los derechos de los NNA en el contexto de la migración internacional. El CRC y el CMW han precisado una serie de derechos y garantías aplicables a todo el proceso migratorio. Entre ellas destacan las siguientes:

A. Determinación de edad y acceso a protección internacional

En aquellos casos en los que exista duda respecto a la edad de un NNA (si es mayor a los 18 años), toda estimación efectuada por el Estado deberá ser bien fundada, procediéndose siempre a una evaluación global del desarrollo físico y psicológico del niño, llevada a cabo por pediatras y especialistas u otros profesionales que sepan tener en cuenta al mismo tiempo diferentes aspectos del desarrollo. Esas evaluaciones deben reali-

zarse con rapidez, de manera apropiada para el niño y teniendo en cuenta las cuestiones culturales y de género, entrevistando a los niños y, según proceda, a los adultos que los acompañen, en un idioma que el niño pueda entender. Los documentos disponibles deben considerarse auténticos salvo prueba contraria, y deben tenerse en cuenta las declaraciones de los niños y sus padres o familiares, concederse el beneficio de la duda a la persona que se está evaluando y asegurar que tales determinaciones puedan ser revisadas o recurridas ante un órgano independiente adecuado (CMW/C/GC/4–CRC/C/GC/23, 2017).

A su vez, el Estado debe garantizar el derecho de todo NNA (por medio de sus representantes o por sí mismo) de buscar y recibir asilo y/o refugio. Ello implicará: (i) permitir que la niña o el niño pueda petitionar el asilo o el estatuto de refugiado, razón por la cual no pueden ser rechazados en la frontera sin un análisis adecuado e individualizado de sus peticiones con las debidas garantías mediante el procedimiento respectivo; (ii) no devolver a la niña o al niño a un país en el cual puede sufrir riesgo de ser afectada su vida, libertad, seguridad o integridad, o a un tercer país desde el cual pueda ulteriormente ser devuelto al Estado donde sufre dicho riesgo, y (iii) otorgar la protección internacional cuando la niña o el niño califique para ello y beneficiar con ese reconocimiento a otros miembros de la familia, en atención al principio de unidad familiar (Corte IDH, 2014, párr. 81).

En un reciente dictamen aprobado por el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas y contra España, en conformidad con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, tal órgano ha recordado que:

[...] la determinación de la edad de una persona joven que alega ser menor de edad tiene una importancia fundamental, dado que el resultado determina si dicha persona tendrá derecho a la protección nacional como niño o será excluido de dicha protección. Del mismo modo, y de vital importancia para el Comité, el disfrute de los derechos contenidos en la Convención fluye de dicha determinación. Por ello, es imperativa la existencia de un proceso

debido para determinar la edad, así como de la oportunidad de cuestionar el resultado mediante procesos de apelación. Mientras dichos procesos siguen abiertos, deberá darse a la persona el beneficio de la duda y tratarla como un niño o niña. En consecuencia, el Comité recuerda que el mejor interés del niño debiera ser una consideración primordial durante todo el procedimiento de determinación de la edad [CDN, 2020, párr. 10.3].

B. Derecho a la libertad personal¹⁰

Todo niño y toda niña, en todo momento, tienen un derecho fundamental a la libertad y a no ser detenidos en razón de su estatus migratorio, o el de sus padres o cuidadores.¹¹ La detención por razones de migración, incluso en las condiciones más favorables y por un período breve, puede tener un efecto profundo y negativo en los niños y puede ser constitutiva de trato cruel, inhumano o degradante de los niños migrantes (A/HRC/28/68, 2015, párr. 80). Por ello, el Estado debe adoptar soluciones que respeten el ISN, junto con sus derechos a la libertad y a la vida familiar, por medio de leyes, políticas y prácticas que permitan a los niños permanecer con los miembros de sus familias o sus tutores sin estar sometidos a custodia y en un entorno comunitario, mientras se resuelve su situación como inmigrantes y se evalúa cuáles son sus intereses involucrados, así como antes de su retorno (*ibidem*, párr. 11). Como indica el Informe mundial sobre los niños privados de libertad:

[...] la privación de libertad de niños relacionada con la migración no puede considerarse una medida de último recurso y nunca redundaría en el interés superior del niño, por lo que debería prohibirse en todos los casos. Esto se aplica tanto a los menores no acompañados y separados de sus padres o tutores como a los niños con sus familias. La privación de libertad de niños para

¹⁰ Artículos 16 y 17 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; artículo 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

¹¹ Véase, en particular, el detallado capítulo sobre la detención de niñas y niños no acompañados en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, escrito por Ángeles Solanes Corella, en esta misma obra.

"mantener a las familias unidas" o para su "protección", en caso de que no exista la posibilidad de recibir cuidados alternativos, nunca es una justificación [A/74/136, 2019, párr. 56].

Cuando las niñas o los niños no estén acompañados, tienen derecho a recibir la protección y la asistencia especiales del Estado en forma de cuidados alternativos y alojamiento de conformidad con las Directrices sobre las Modalidades alternativas de Cuidado de los Niños (UNICEF, 2010).¹² En todos esos casos, la autoridad migratoria deberá analizar las necesidades de protección internacional que correspondan (CRM, 2016), para luego derivar al NNA a las autoridades de protección de infancia, quienes, a su vez, dictarán las medidas de protección del caso (Foro especializado migratorio del MERCOSUR y Estados Asociados, 2015). Como ha precisado el Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos humanos de los migrantes, la detención de las niñas y los niños por razones de migración, tanto solos como con sus familias, es siempre una violación de los derechos del niño en sí misma, en virtud de las normas internacionales de derechos humanos. Por ello, debería otorgarse prioridad a las soluciones basadas en la familia y la comunidad, y sólo se debería considerar la asistencia residencial en el plazo más corto posible y cuando lo primero no sea viable o no redunde en el interés superior del niño o la niña (Asamblea General de Naciones Unidas, 2020).

C. Derecho a un nombre, una identidad y una nacionalidad¹³

En el caso de los NNA en contextos de movilidad, la inscripción y el registro de su nacimiento resulta de vital importancia y debe llevarse a cabo independientemente de la condición migratoria de los padres, es decir, se encuentren éstos regular o irregularmente en el país (Human

¹² Para un análisis sobre aplicación de las Directrices, véase *Manual sobre estándares internacionales de derechos humanos aplicables a los niños, niñas y adolescentes migrantes*, RELAF, Save the Children, UNICEF, Buenos Aires, Argentina, 2014, en particular, pp. 35-42.

¹³ Artículo 29 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; artículos 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

Rights Council, 2015). Ello porque la inscripción y el registro del nacimiento, así como la concesión de un nombre, no sólo son elementos esenciales para el reconocimiento de la personalidad jurídica, sino que constituyen también un presupuesto básico e indispensable para el acceso a otros derechos fundamentales, y pueden representar un factor determinante para la integración social y la regularización migratoria de la familia en el país de destino (Perrault y Arellano, 2011).

En este sentido, el Estado debe reforzar las medidas para conceder la nacionalidad a los niños nacidos en su territorio, para evitar la apatridia. Como lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

En el contexto migratorio, constituye una obligación del Estado receptor determinar si la niña o el niño es apátrida, sea refugiado o no, a fin de asegurar su protección como tal y, dependiendo de los motivos de salida del país de residencia habitual, referirlo a un procedimiento de determinación de la condición de refugiado y/o de apátrida, o a un mecanismo complementario de protección [Corte IDH, 2014, Serie A No. 21, párr. 96].

D. Derecho a la vida familiar¹⁴

El derecho a la vida familiar se encuentra consagrado en diversas disposiciones del sistema internacional de Derechos Humanos.¹⁵ La normativa internacional tiene elevados estándares de exigencia en la intervención, reforzando la vigencia del derecho a la vida familiar toda vez que la intervención conlleve separar al NNA de su familia. Así, una medida de esta naturaleza debe ser la última alternativa de intervención disponible y estar autorizada por la satisfacción del interés superior del NNA. La Directriz

¹⁴ Artículos 14, 17 y 44 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; artículos 9, 10, 11, 16, 18, 19, 20 y 27, párrafo 4, de la Convención sobre los Derechos del Niño.

¹⁵ En especial, la vigencia y contenido de este derecho se desprende de los artículos 5, 18, 19, 20 y 27 de la CDN; del artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; del artículo 15 del Protocolo de San Salvador, y del artículo 11, letra b), de las Reglas de Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad.

No. 3 sobre las Modalidades de Cuidado Alternativas de Niños es meridianamente clara en este aspecto:

Al ser la familia el núcleo fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento, el bienestar y la protección de los niños, los esfuerzos deberían ir encaminados principalmente a lograr que el niño permanezca bajo la guarda de sus padres o, cuando proceda, bajo la de otros familiares cercanos, o que vuelva a ella [...] [Asamblea General de las Naciones Unidas, 2009].¹⁶

En el sistema regional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce a la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad, y que ella debe ser protegida por la sociedad y el Estado; agregando que, dada la importancia del derecho a la protección a la familia, el Estado se encuentra obligado a favorecer el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar y que la separación de niños de su familia constituye, en ciertas condiciones, una violación de su derecho a la familia. Así, el niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas (*Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, 2012). Por su parte, y al decidir sobre supuestas violaciones del derecho a la vida familiar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado que el Estado debe ser cuidadoso al evaluar el impacto que la medida de alejamiento puede causar en el NNA y en sus padres; que esta medida debe ser considerada temporal, por lo cual se le debe poner término tan pronto como las circunstancias lo permitan; y que cualquier medida alternativa de cuidado temporal debe encaminarse a que el NNA vuelva a estar bajo la crianza de sus padres (*C. and S. v. Reino Unido*, 2002). En particular, el Tribunal Europeo ha reiterado que el juez debe conceder particular importancia al interés superior del niño o la niña, el que, dependiendo de la naturaleza y gravedad de la situación, puede superponerse al interés del progenitor (*Johansen v.*

¹⁶ Contendida en la Resolución de Naciones Unidas aprobada por la Asamblea General No. 64/142-2009 (énfasis añadido).

Noruega, 1996). Asimismo, ha afirmado que la toma a su cargo de un niño o una niña por la autoridad pública no pone fin a sus relaciones familiares naturales, debiendo propenderse a la reintegración en su familia (*Couillard Maugery v. Francia*, 2002).

En el contexto de la movilidad internacional el derecho a la vida familiar se relaciona directamente con dos dimensiones esenciales para las niñas y los niños: la no separación de las niñas y los niños de sus familias y su reunificación con las mismas, cuando se encuentren separados de ellas (Council of Europe, 2020). Conforme a la obligación de *no separar* a las niñas y los niños de sus familias, el Estado debe velar porque los niños no sean separados de sus progenitores contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en consideración al ISN (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989). Adicionalmente, y puesto que una situación migratoria irregular de los NNA o de sus padres puede constituir un obstáculo para alcanzar esos fines, los Estados deben facilitar canales migratorios regulares y no discriminatorios, y proporcionar mecanismos permanentes y accesibles a los NNA y sus familias para que regularicen su situación migratoria a largo plazo o consigan permisos de residencia por razones tales como la unidad de la familia, las relaciones laborales, la integración social u otros motivos (CDN, 2003).

La segunda dimensión relevante del derecho a la vida familiar en el contexto de la migración internacional es la *reunificación familiar*. Las obligaciones de los Estados en relación con el derecho a la vida familiar, y su inserción en la política migratoria suponen no sólo la necesidad de abstenerse de adoptar decisiones que impliquen la separación de los miembros de una familia, sino también la adopción de medidas positivas orientadas a promover y garantizar, en la práctica, la reunión de los niños y las niñas migrantes con sus familiares (UNICEF, 2018). Esta obligación incluye la adopción de obligaciones positivas por parte de los Estados y que permitan que la reunificación familiar tenga lugar (*Tuquabo-Tekle and Others v. The Netherlands*, 2005; y *Sen v. The Netherlands*, 2001).

Al hacerlo, la adopción de tales medidas debe orientarse no sólo a facilitar la reunificación entre las hijas y los hijos con sus progenitores. El derecho a la reunificación familiar cubre el contacto de la niña o el niño con todas aquellas personas que pueden llegar a conformar "familia", en los términos establecidos en el artículo 5o. de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. Entre otros, sus padrastros (casados o no casados), hermanos, descendientes, sobrinos y los demás miembros de la familia en la línea ascendente.¹⁷

E. Protección contra todas las formas de violencia y abuso, incluida la explotación, el trabajo infantil y el secuestro, y la venta o trata de niños¹⁸

En conformidad al artículo 6 de la CDN y el artículo 9 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, el Estado debe prevenir y reducir, en la máxima medida posible, los riesgos relacionados con la migración que afrontan los niños, los cuales pueden poner en peligro el derecho del niño a la vida, a la supervivencia y al desarrollo. Lo anterior implica también la no utilización de políticas de migración o asilo restrictivas, como la penalización de la migración irregular, la falta de suficientes canales de migración seguros, ordenados, accesibles y asequibles o la ausencia de sistemas adecuados de protección de la infancia. Tales políticas o reglas —independientemente de su motivación— hacen que los NNA en contextos de migración internacional sean especialmente vulnerables a los actos de violencia y malos tratos durante su migración y en los países de destino (CDN, 2003).

A su vez, el Estado debe asegurarse de que los NNA que puedan haber sufrido tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes, violencia o

¹⁷ Para los criterios que habilitan la determinación de un vínculo familiar con estas personas, véanse ECHR, *A.W. Khan v. The United Kingdom*, No. 47486/06, 12 January 2010; ECHR, *Javeed v. The Netherlands*, No. 47390/99, 3 July 2001; ECHR, *Senchishak v. Finland*, No. 5049/12, 18 November 2014.

¹⁸ Artículos 11 y 27 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; artículos 19, 26, 32, 34, 35 y 36 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

traumas, incluida la violencia sexual o de género, sean remitidos a unos servicios médicos y psicosociales adecuados y competentes, y que se evite la repetición del trauma en cualquier medida adoptada en las fronteras internacionales (OHCHR, 2015; y Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings, 2005). Por último, la identificación de NNA víctimas de trata requiere capacitación especializada para garantizar que cuando un niño no puede articular explícitamente un temor concreto a la persecución, estos riesgos se reconozcan y la protección se proporcione sin demora (GRETA Group of Experts on Action against Trafficking in Human Beings, 2016).

F. Derecho a la protección contra la explotación económica, incluidos los trabajos prematuros y peligrosos, a condiciones de empleo y a la seguridad social¹⁹

El Estado se encuentra obligado a adoptar todas las medidas legislativas y administrativas oportunas, teniendo en cuenta una dimensión de género, para regular y proteger el empleo de los NNA migrantes en lo que respecta a la edad mínima para trabajar y los trabajos peligrosos. Este derecho también implica la adopción de las medidas adecuadas para prevenir la discriminación contra las trabajadoras migratorias por motivos de estado familiar, estado civil, unión de hecho, embarazo o tener hijos, incluida la prohibición de despido en tales casos y basados en dichas condiciones (CEDAW, 2018).

Con respecto a la seguridad social, los NNA en contextos en movimiento y sus familias tienen el derecho al mismo trato concedido a los nacionales, en la medida en que cumplan los requisitos previstos por la legislación vigente del Estado y los tratados bilaterales y multilaterales aplicables. En caso de necesidad, el Estado deberá ofrecer asistencia

¹⁹ Artículos 25, 27, 52, 53, 54 y 55 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; artículos 26 y 32 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

social de emergencia a los niños migrantes y sus familias, sea cual fuere su situación migratoria, sin ningún tipo de discriminación (CDN, 2003).

G. Derecho a un nivel de vida adecuado²⁰

El Estado debe garantizar que los niños que se encuentran en el contexto de la migración internacional y/o que son objeto de protección internacional, tengan un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, psíquico, espiritual y moral (*idem*). Un nivel de vida adecuado implica, a lo menos, los siguientes aspectos:

- Alimentos adecuados e inoocuos, suficientes en cantidad y calidad para satisfacer las necesidades dietéticas de un individuo, incluidas las necesidades dietéticas específicas de las mujeres embarazadas, madres lactantes y niños.
- Agua potable segura y saneamiento culturalmente aceptable.
- Ropa adecuada.
- Vivienda adecuada.
- La mejora continua de las condiciones de vida.

[Asamblea General de las Naciones Unidas, 2018, *A/HRC/37/34*, Principio 13 (1)]

Para la satisfacción efectiva de este nivel de vida fundamental, es necesario adoptar medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables del niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionar asistencia material y programas de apoyo, en particular con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda. En términos más generales, implica la ejecución de acciones apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para cumplir con plena efectividad a los derechos sociales, económicos

²⁰ Artículo 45 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

y culturales (DESC) de los NNA migrantes y sujetos de protección internacional y sus familias.

H. Derecho a la salud física y mental²¹

Todos los NNA migrantes y los sujetos de protección internacional deben tener el mismo acceso que los nacionales a la atención de la salud, sea cual fuere su situación migratoria. Esto comprende todos los servicios de salud, ya sean preventivos o terapéuticos, y la atención mental, física o psicosocial que se presta en centros sociales o en instituciones de asistencia sanitaria. Dichos niños deben tener acceso a los servicios de salud sin tener que presentar un permiso de residencia o un registro de solicitud de asilo (CDN, 2003).

El derecho a la salud comprende la promoción, por parte del Estado, de políticas y programas de salud que aseguren que los migrantes y personas sujetas de protección internacional (incluidos los NNA) disfruten de un acceso equitativo, asequible y aceptable a la atención de la salud (OMS, 2005), lo que incluye servicios de salud preventivos, curativos y paliativos, medicamentos y medicamentos esenciales y vacunaciones para niños (Asamblea General de Naciones Unidas, 2010). También implica que el Estado pueda asegurarse de que la atención que reciben los NNA en movimiento y sus familias —en instalaciones de salud y con respecto a bienes, servicios y condiciones— cumpla con los estándares de derechos humanos, no sea discriminatoria y tenga en cuenta el género, sea cultural y lingüísticamente adecuada y esté adaptada a las necesidades de los migrantes, en función de su género, edad, origen étnico y otras condiciones sociales (CESCR, 2000; y CRC, 2013).

²¹ Artículos 28 y 45 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; artículos 23, 24 y 39 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

El Estado debe asegurarse de que tengan acceso a una atención de salud mental adecuada, incluso en la recepción, y que puedan ser remitidos a los servicios secundarios apropiados. Como indica la Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas sobre Violencia contra los Niños:

Se requieren inversiones adicionales sustanciales en los sistemas y servicios de salud mental para las y los niños, mientras se hace un mejor uso de las inversiones ya existentes. Para garantizar servicios de calidad, también es esencial contar con un número y distribución adecuados de profesionales de salud mental, trabajadores comunitarios de salud mental, trabajadores de servicios sociales y educadores capacitados, a fin de garantizar el acceso a servicios de salud mental y psicosociales de protección y promoción [Maalla M'jid, 2021].

Proporcionar apoyo psicosocial a los migrantes que han perdido familiares y a las mujeres y adolescentes migrantes que han sufrido abortos espontáneos o violencia obstétrica durante su viaje, resulta esencial. Los NNA migrantes o sujetos de protección internacional deben tener acceso a cuidados específicos y apoyo psicológico, reconociendo que los niños experimentan estrés de manera diferente a los adultos (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2018).

I. Derecho a la educación y la formación profesional²²

Todos los NNA, independientemente de su situación migratoria, tienen pleno acceso a todos los niveles y todos los aspectos de la educación, incluida la educación para la primera infancia y la formación profesional, en condiciones de igualdad con los nacionales del país en el que vivan. Esta obligación implica que el Estado debe garantizar la igualdad de acceso a una educación inclusiva y de calidad para todos los niños migrantes, disponer de programas de aprendizaje alternativos cuando

²² Artículos 30, 43 y 45 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; artículos 28, 29, 30 y 31 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

sea necesario, y participar plenamente en los exámenes y recibir certificados de sus estudios.²³ Todo lo anterior, con total independencia de su estatus migratorio o el de sus padres o representantes legales (CDN, 2003).

Los planes educacionales deben estar de acuerdo con el ISN de cada NNA en movimiento en particular. Más específicamente, deben ajustarse a las necesidades específicas del NNA, las que difieren dependiendo de si se encuentra en el país de tránsito o destino, cuál es su situación legal (solicitante de asilo, reunificación familiar, asilo denegado, etc.), si él o ella se encuentra separado de adultos o no acompañado; o si se espera reubicación. En el último análisis, los planes educacionales deben asegurar la inclusión de los NNA en la comunidad, la integración en grupos de pares y la adquisición de los conocimientos y habilidades necesarios de acuerdo con las capacidades de cada niño o niña (ENOC, 2018).

Toda forma de discriminación debe estar prohibida y no tener lugar en ninguno de los aspectos asociados al aprendizaje y el sistema escolar, incluidos, entre otros, los exámenes, la certificación de calificación, la formación profesional y los subsidios financieros (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2018). El principio de la igualdad de trato requiere, además, que el Estado elimine toda discriminación contra los NNA en movimiento y adopte disposiciones apropiadas que tengan en cuenta las cuestiones de género para superar las barreras a la educación. Esto significa que, en caso de necesidad, se adopten medidas con objetivos específicos, incluida la enseñanza suplementaria de lenguas, personal de refuerzo y demás apoyo intercultural, sin ningún tipo de discriminación (CDN, 2003). A su vez, y para evitar la falta de matriculación escolar y/o la deserción estudiantil, las leyes y orientaciones deben establecer formalmente la existencia de *firewalls* vinculantes y efectivos entre las escuelas y otros proveedores de servicios educativos, por un lado, y las autoridades de migración en el otro. En función de ello, los adminis-

²³ El Estado debe extender el reconocimiento de las calificaciones educativas y vocacionales de los migrantes, así como las medidas que les permiten transferir sus logros educativos. *Cfr.* Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants (A/69/302), paras. 46 (b), 64 (f), 77 (e), 96 (o) y; General Assembly resolution 70/147, para. 5 (f) and (i).

tradadores, maestros y padres no deben estar jamás obligados a informar o compartir datos sobre el estado.

III. Conclusiones

Reconocer, facilitar y garantizar el acceso a la justicia permite a las niñas y los niños en contextos de movilidad internacional cautelar sus derechos reconocidos en las normas y estándares nacionales e internacionales, así como obtener una reparación justa y oportuna por las violaciones a los mismos. De este modo, el acceso a la justicia es un requisito previo esencial para la protección y promoción de todos los derechos humanos de la niñez. Para que ello tenga lugar, sin embargo, es indispensable no sólo garantizar los estándares generales derivados del derecho al acceso a la justicia sino, también, adaptar los sistemas administrativos y de justicia a las necesidades y particularidades de la niñez. Del mismo modo, una justicia adaptada a la niñez en contextos de movilidad internacional debe hacer efectiva su participación en los procedimientos judiciales o administrativos que les afectan o en los que intervienen.

Las niñas y los niños en contextos de movilidad internacional enfrentan especiales barreras que, para poder reclamar por el incumplimiento de las obligaciones legales de las agencias del Estado, así como parte de los adultos responsables de su cuidado, los sistemas de justicia. En virtud de ello, el rol de los sistemas de justicia en general y de las juezas y los jueces en particular se vuelve indispensable a la hora de efectivizar los derechos de la niñez migrante y refugiada. Esto, a su vez, requiere que las juezas y los jueces conozcan en detalle, los principios generales y garantías específicas que asisten a la niñez en contextos de movilidad humana y que pueden dividirse en dos grandes categorías: a) principios fundamentales que refuerzan la protección de niñas, niños y sus familias, y b) garantías jurídicas específicas para la protección de los derechos de los niños en el contexto de la movilidad internacional en su territorio.

Un conocimiento adecuado de estos principios y garantías puede permitir que las juezas y los jueces profundicen y consoliden sus funciones de

control jurisdiccional estricto de las condiciones fundamentales para la protección de los derechos de la niñez. Sin embargo, y como se precisa en varios de los capítulos de este libro, el conocimiento del derecho es una condición indispensable, pero no suficiente, de la garantía de una justicia adaptada a la niñez. Junto con la interpretación de las normas internacionales y nacionales, es necesario que las juezas y los jueces no escatimen esfuerzos por adecuar y robustecer las condiciones en las cuales sus procesos judiciales tienen lugar, fortaleciendo con ello un acceso amigable para niñas y niños que ven en los sistemas de justicia la última alternativa para la protección de sus derechos.

Bibliografía

ACNUR y ACNUDH, *Lineamientos sobre el retorno de ciudadanos haitianos*, 9 de junio de 2011, «www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2011/7535». Véase, en este sentido, Corte Europea de Derechos Humanos, *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* (application No. 27765/09), judgment of 16 November 2016, párrs. 146-147, y *M.S.S. v. Belgium and Greece* (application No. 30696/09), judgment of 1 January 2011, párrs. 252, 254 y 366-368.

ACNUR, *Consideraciones sobre el impacto de las medidas relacionadas con la enfermedad por el virus del Ébola sobre las personas que necesitan o pueden necesitar protección internacional*, 5 de diciembre de 2014. Disponible en inglés en: «www.refworld.org/docid/548014ce4.html».

African Child Policy Forum (ACPF) (2018). *Spotlighting the Invisible: Justice for children in Africa*

Asamblea General de las Naciones Unidas, Estudio mundial sobre los niños privados de libertad, A/74/136, 11 de julio de 2019, párr. 56.

Asamblea General de las Naciones Unidas, Poner fin a la detención de menores por razones de inmigración y proporcionarles cuidado y

acogida adecuados, Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, A/75/183, 20 de julio de 2020, párrs. 24 y 46.

Asamblea General de las Naciones Unidas, *Study of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on challenges and best practices in the implementation of the international framework for the protection of the rights of the child in the context of migration* (A/HRC/15/29), párr. 63.

Beijing Declaration, párrs. 13 y 19.

Carta Árabe de Derechos Humanos, 2004, art. 26, párr. 2.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, art. 19, párr. 1.

Ceriani (2021), en esta misma obra.

CEDAW, *General Recommendation No. 26, On women migrant workers*, CEDAW/C/2009/WP.1/R, 5 December 2008, párrs. 18, 23 (b) y 26 (a).

CEDAW, *General Recommendation No. 28*, párr. 27.

CESCR, *General Comment No. 14*, párrs. 3, 12 (b), 18-27, 34, 43 (a), 50, 54 y 57.

CRC, *General Comment No. 15*, párrs. 8-11, 21, 72, 83, 94, 98, 104 y 114; A/HRC/15/29, párrs. 62-63.

Comité de los Derechos del Niño (CDN). Observación General Conjunta núm. 3 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 22 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el

contexto de la migración internacional, CMW/C/GC/3–CRC/C/GC/22, 16 de noviembre de 2017, párrs. 3 y 29.

Child Rights International Network (CRIN), *Rights, Remedies & Representation. Global Report on Access to Justice for Children*, Child Rights Information Network, 2016.

Child Rights International Network (CRIN), El acceso a la justicia de los niños, 2016, 4: «https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/5546_d_crin_reporte_global_completo_acceso_a_la_justicia_de_los_ninos.pdf».

Comité de los Derechos del Niño (CDN), Observación General No. 4, La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, U.N. Doc. CRC/GC/2003/4 (2003), párrs. 15, 26, 31, 40, 46, 47, 55-56, 59, 62.

Comité de los Derechos del Niño (CDN), *Caso M.A.B. vs. España*, CRC/C/83/D/24/2017, 20 de marzo de 2020, párr. 10.3, «<https://undocs.org/sp/CRC/C/83/D/24/2017>».

Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, (2013), Observación General núm. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), CRC/C/GC/14, párr. 47.

Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 22 Observación General Conjunta núm. 3 de 2017 y Comité de los Derechos del Niño sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional, CMW/C/GC/3–CRC/C/GC/22, 16 de noviembre de 2017, párrs. 4, 14, 22, 30, 32 (e), (g), (j) y 33), 35, 38, 43, 89 y 96-98.

Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, 2013, Observación General núm. 14 sobre el derecho del niño a que su interés

superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), CRC/C/GC/14, párr. 47.

Comité de los Derechos del Niño, Observación General núm. 12, El Derecho del Niño a Ser Escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párr. 123.

Commission on Immigration, 2019, *Reforming the Immigration System: Proposals to Promote Independence, Fairness, Efficiency, and Professionalism in the Adjudication of Removal Cases*, American Bar Association, p. 17.

Consejo de Europa, Directrices sobre Justicia Adaptada a los Niños, adoptadas por el Comité de Ministros el 17 de noviembre de 2010 en el 1098o. encuentro de los ministros.

Council of Europe, *Family Reunification for Refugee and Migrant Children. Standards and promising practices*, 2020, pp. 17-27.

Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings, Council of Europe Treaty Series, No. 197, Warsaw, 2005.

Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (2013). *Annual report of the United Nations High Commissioner for Human Rights and reports of the Office of the High Commissioner and the Secretary-General. Access to Justice for Children*, 16 de diciembre de 2013, A/HRC/25/35, párrs. 3 y 4.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 22, párr. 9.

Convención sobre los Derechos del Niño, 2006: «<https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>».

Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 248.

Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala* (2012), párr. 145.
Véase también Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y Otros ("Fecundación In Vitro") vs. Costa Rica* (2012), párr. 145.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (IDH), Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie C No. 18, párrs. 107, 109 y 118.

Corte Interamericana de Derechos Humanos Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, Opinión Consultiva OC-2/14 de 19 de agosto de 2014, , párr. 81.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (IDH), *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o con necesidades de protección internacional*, Opinión Consultiva OC-21/14, del 19 de agosto de 2014, párr. 111.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (IDH), Opinión Consultiva OC 21-14 de 19 de agosto de 2014, Solicitada por la República Argentina, la República del Paraguay, la República Federativa de Brasil y la República Oriental del Uruguay Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en necesidad de protección internacional, 2014, párrs. 108-143.

ECHR, *P, C. and S. v. United Kingdom* (2002), párrs. 116 y 117.

ECHR, *Johansen v. Noruega* (1996), párr. 78.

ECHR, *Couillard Maugery v. Francia* (2002), párr. 270.

ECHR, *Tuquabo-Tekle and Others v. The Netherlands*, No. 60665/00, December 2005; y ECHR, *Sen v. The Netherlands*, No. 31465/96, 21 December 2001.

European Network of Ombudspersons for Children (ENOC), *ENOC Statement on the Right to Education of Children on the Move*, adopted at the 22nd ENOC General Assembly, 21st September 2018, Paris, recomendación No. 6, en: «<http://enoc.eu/wp-content/uploads/2014/12/ENOC-2018-Statement-on-Children-on-the-Move-Education-FV.pdf>».

Foro especializado migratorio del MERCOSUR y Estados Asociados *Guía regional del MERCOSUR para la identificación y atención de necesidades especiales de protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes*, 2015, pp. 67-70.

GRETA Group of Experts on Action against Trafficking in Human Beings, *5th General Report on GRETA's Activities*, Council of Europe, 2016, en: «<https://rm.coe.int/168063093c>».

Guía regional del MERCOSUR para la identificación y atención de necesidades especiales de protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes, Foro especializado migratorio del MERCOSUR y Estados Asociados, 2015, pp. 71-82, en: «<https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/ROBUE-OIM%20025%20%2831%29.pdf>»

Human Rights Council resolution 28/13, "Birth registration and the right of everyone to recognition everywhere as a person before the law", para. 2 (c).

Human Rights and reports of the Office of the High Commissioner and the Secretary-General. Access to Justice for Children, Dec 16, 2013, A/HRC/25/35.

Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, A/HRC/37/50, 23 de noviembre de 2018, párr. 37.

Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez, A/HRC/28/68, 5 de marzo de 2015, párr. 80.

International Association of Youth and Family Judges and Magistrates (IAYFJM) (2016). *Guidelines on Children in Contact with the Justice System*.

Liefaard, T. (2016). *Child-Friendly Justice: Protection and Participation of Children in the Justice System*. Temple Law Review, 88, pp. 905-943.

Lineamientos Regionales de Actuación para la Protección Integral de la Niñez y Adolescencia en el Contexto de la Migración, aprobados en San Pedro Sula, Honduras, durante la XXI Reunión Viceministerial de la Conferencia Regional sobre Migración (CRM) en noviembre de 2016 (párrafo 12 de la Declaración Viceministerial), San José de Costa Rica, pp. 31-33, 52-53 en: «<https://www.programamesoamerica.iom.int/sites/default/files/lineamientos-regionales-ninez-2016.pdf>».

Lisa LeSage, 2021, en esta misa obra.

Maalla M'jid, N. "El derecho al más alto nivel posible de salud mental y la prevención de la violencia contra las y los niños refugiados y solicitantes de asilo", en esta misma obra.

OHCHR, *Recommended Principles and Guidelines on Human Rights at International Borders*, principio A (6); A/HRC/28/68, párr. 73; Directriz No. 9 (7) y (13); Directriz No. 7 (8).

UNICEF (2015), *Children's Equitable Access to Justice, Central and Eastern Europe and Central Asia*, Geneva.

United Nations Human Rights Council (ONU, 2013). *Annual report of the United Nations High Commissioner for UN Human Rights Committee (2016). Guidelines on Measures of Reparation under the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights*, November 2016 CCPR/C/158.

UN General Assembly (ONU, 2006). *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of*

International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law. Adopted and proclaimed by General Assembly resolution 60/147 of 16 December 2005.

Perrault, N. y Arellano, B., Oficina Regional de UNICEF para América Latina y el Caribe, "Un enfoque de derechos para el registro de nacimiento en América Latina y el Caribe," en *El derecho a la identidad: Los registros de nacimiento en América Latina y el Caribe*, Desafíos, Boletín de la infancia y adolescencia sobre el avance de los Objetivos de Desarrollo del Milenio, CEPAL/UNICEF, núm. 13, noviembre de 2011, ISSN 1816-7535, p. 7.

Platform for Action, párrs. 1, 60 (d), 181, 185 y 205 (d).

Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Felipe González Morales, *Informe sobre las formas de hacer frente a los efectos en los derechos humanos de las devoluciones en caliente de migrantes en tierra y en el mar*, A/HRC/47/30, 12 de mayo de 2021, párrs. 35 y 36.

Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *Principles and practical guidance on the protection of the human rights of migrants in vulnerable situations*, A/HRC/37/34/Add.1, 7 February 2018, Principle 12(7), Ensure that all migrants enjoy the highest attainable standard of physical and mental health. Principle 13 (1), Safeguard the right of migrants to an adequate standard of living. Principle 15 (1) Protect the right of migrants to education.

Roach, Kent (2021), *Remedies for Human Rights Violations. A Two-Track Approach to Supra-National and National Law*, Cambridge University Press y; International Commission of Jurists -ICJ (2016). *Women's Access to Justice for Gender-Based Violence. A Practitioners' Guide*, Geneva.

Rodrigues, R., Couture-Carron, A., Ammar, N. y Orloff, L., (2018), "Promoting Access to Justice for Immigrant Crime Victims and Children: Findings of a National Judicial Survey and Recommendations", *Trends in State Courts, Courts and Society*, pp. 4-22.

Stalford, H. (2018), *David and Goliath: Due Weight, the State and Determining Unaccompanied Children's Fate*, Immigration, Asylum & Nationality Law, 32, pp. 258-283.

SRSV VAC, Violence against children on the move from a continuum of violence to a continuum of protection, 2020, p. 2.

UN, *Common Approach to Justice for Children, Guidance Note of the Secretary-General*, UN, New York, 2008, p. 4.

UNICEF, *Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño, Observación General número 4*, párr. 17: «<https://www.unicef.org/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>»

UNICEF, *Estudio sobre los estándares jurídicos básicos aplicables a niños y niñas migrantes en situación migratoria irregular en América Latina y el Caribe: Estándares jurídicos básicos y líneas de acción para su protección*, Buenos Aires, 2009, p. 79. Véase también El registro familiar y los procesos de reunificación deben reconocer que varias formas de familia existen. Las suposiciones de género, heteronormativas u otras estereotipadas o perjudiciales no deben influir en el registro o la reunificación de los representantes de la familia. Véase, Principles and practical guidance on the protection of the human rights of migrants in vulnerable situations, Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights, A/HRC/37/34/Add.1, 7 February 2018, Principio 9 (4).

World Health Organization (WHO), *International Health Regulations*, 2a. ed. (2005), art. 42; report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants (A/HRC/14/30), párrs.. 10–15, 19, 20, 26, 29, 31, 33, 34, 37, 71, 72 y; OHCHR, Recommended Principles and Guidelines on Human Rights at International Borders, guideline 6 (6) y (7).

Derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes en los procedimientos migratorios administrativos

Pablo Ceriani Cernadas*

Resumen

El artículo analiza los elementos normativos, prácticos y de otros aspectos de política pública que deben asegurarse a fin de garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes en el marco de procedimientos administrativos sobre movilidad humana. Evalúa, con base en los principios y estándares internacionales de derechos humanos, los problemas y desafíos que esos procedimientos presentan en la actualidad, vulnerando derechos de la niñez y adolescencia, incluyendo el acceso a la justicia.

I. Introducción

Estas páginas tienen como objetivo analizar de manera crítica y desde el prisma de los derechos de niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA)

* Doctor en Derechos Humanos. Magister en Migraciones Internacionales. Director de la Especialización en Migración y Asilo desde una Perspectiva de Derechos Humanos (Universidad Nacional de Lanús, Argentina). Miembro electo del Comité de Naciones Unidas para la Protección de los Derechos de Trabajadores Migratorios y sus Familias (2022-2025). Profesor de Migraciones y Derechos Humanos en diversas universidades (UBA, UNLa, UNSAM, UASB). Integrante de diversas redes internacionales académicas y de sociedad civil sobre migraciones, políticas de movilidad humana, y derechos humanos. Tutor de Cursos de formación en políticas migratorias e integración de migrantes (Unidad de Migración del Banco Interamericano de Desarrollo).

los procedimientos migratorios y otros relativos a la movilidad humana —como los de asilo—. En particular, el foco está puesto prioritariamente en los procesos de carácter administrativo que llevan adelante los organismos del Poder Ejecutivo que en cada Estado tienen la competencia en materia migratoria, incluyendo los de determinación del estatus de refugiado/a o de otras formas de protección de derechos humanos o derecho humanitario.

Este análisis se asienta sobre aspectos técnico-jurídicos, principalmente con base en los tratados internacionales de derechos humanos y los estándares elaborados por los órganos encargados de interpretarlos en el ámbito universal y regional (sistema interamericano). De ahí que se dará un considerable espacio a la descripción de las principales directrices que han sido elaboradas para que los Estados cumplan de manera adecuada sus obligaciones jurídicas respecto de los derechos de la niñez y adolescencia en contexto migratorio.

En general, las reflexiones que contienen y atraviesan este artículo buscan evidenciar tanto la necesidad como el deber legal de reformar formal y sustancialmente los procedimientos administrativos en materia de movilidad humana —y, por ende, las políticas públicas en la materia—, dando cuenta de las deficiencias, problemas y desafíos que tienen actualmente en la mayoría —sino en todos— los Estados. El objetivo es visibilizar, a partir de un enfoque de derechos de niños, niñas y adolescentes, las deudas que tienen las políticas de movilidad humana con elementos básicos del derecho internacional de los derechos humanos, así como con nociones centrales de justicia, democracia y Estado de Derecho.

En cuanto al contenido, y como paso previo al análisis del tema central de este artículo —los derechos y garantías de NNA en procedimientos administrativos sobre movilidad humana—, señalaré algunos aspectos claves de política pública, desde un enfoque de derechos, en materia de niñez y adolescencia en contexto de migración. Estos elementos —normativos y de andamiaje institucional, entre otros— son imprescindibles para

cumplir adecuada y seriamente con los compromisos asumidos por los Estados desde la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño.

En segundo lugar, haré una breve descripción de los procedimientos de movilidad humana en los que —de manera directa o indirecta— se ven involucrados niños, niñas y adolescentes. Es decir, los diferentes procesos administrativos que, en general, los Estados implementan para la toma de decisiones relativas al ingreso, permanencia o salida (forzosa) de personas en contexto de movilidad humana. Esta introducción es importante, por cuanto los siguientes acápites están dirigidos a examinar críticamente, a repensar, rediseñar y, en la mayoría de los casos, reformar de raíz esa clase de procedimientos, para adaptarlos al enfoque de derechos humanos que exige todo Estado de Derecho, y en particular los derechos de niños, niñas y adolescentes.

A continuación ingresaré en el núcleo del artículo: los derechos de NNA en los procedimientos migratorios o relativos a la movilidad humana. Esta sección se compone de cuatro partes. La primera contiene una sucinta reflexión sobre el concepto de justicia adaptada a la niñez, y el deber de aplicarla cabalmente en el marco de estos procedimientos administrativos, en los cuales múltiples derechos humanos de los NNA están en juego. La segunda, consecuentemente, analizan las garantías del debido proceso de niñas, niños y adolescentes que tienen que ser aseguradas en los procesos relativos al ingreso y permanencia de personas migrantes, solicitantes de asilo y refugiadas.

La tercera parte pone el acento en los obstáculos existentes en algunos de los procedimientos administrativos migratorios para el ejercicio del derecho a acceder a la justicia. Es decir, para revisar, cuestionar o impugnar ante autoridades judiciales las decisiones administrativas en materia migratoria. Finalmente, se realizan unas breves reflexiones sobre algunos elementos básicos que debería asegurar la protección judicial de los derechos de los NNA que están en juego en los procedimientos sobre movilidad humana.

II. Los derechos de niños, niñas y adolescentes en las políticas sobre movilidad humana

La Convención sobre los Derechos del Niño ha significado un nuevo paradigma sobre los niños y niñas como sujetos plenos de derecho. Este giro copernicano adoptado formalmente por los Estados en 1989 y ratificado desde entonces por prácticamente todos los países del mundo —con la penosa, inexplicable e inaceptable excepción de Estados Unidos de América—, exige una transformación política, social y cultural en innumerables dimensiones. Toda relación entre un Estado (en todas sus partes y en todos los niveles de gobierno) y las personas menores de 18 años de edad que están bajo su jurisdicción, precisa estar plenamente enmarcada por, y basada en, todos y cada uno de los derechos garantizados en la Convención, y los principios y estándares que deben guiar las políticas, los procedimientos y decisiones para su protección y garantía efectiva.

De esta obligación básica surge el deber de adecuar cada una de las normativas, programas de gobierno, prácticas y todo otro elemento de las políticas públicas que directa o indirectamente repercuten en los derechos de NNA —así como su supervisión por parte del sistema de administración de justicia—. Las políticas relativas a la movilidad humana, que regulan el ingreso, permanencia y salida de personas migrantes —incluyendo las solicitantes de asilo y refugiadas— no son ni pueden ser una excepción a esas obligaciones y otras emanadas de pactos internacionales de derechos humanos que cada Estado ha ratificado.

El actual escenario en cada región del planeta evidencia la extrema condición de vulnerabilidad en la que se encuentran millones de personas migrantes y refugiadas, como consecuencia de las causas de su desplazamiento, las condiciones en las que migran y/o por el trato recibido en países de tránsito y destino. En ese contexto, los niños, niñas y adolescentes están en una situación de particular vulnerabilidad, y esta realidad se ha agudizado en los últimos años. Ante ello, es tiempo de actuar con seriedad, responsabilidad y coherencia, respetando estrictamente el

Estado de Derecho, dejando atrás el Estado de Excepción con el que se responde a la migración en numerosos países. Son incontables y, en muchos casos, muy graves, las contradicciones entre políticas, procedimientos y prácticas migratorias, por un lado, y los principios básicos de derechos humanos a los que los Estados se han comprometido a respetar y garantizar, incluso en materia de derechos de niños, niñas y adolescentes, por el otro.

Por lo tanto, todos los Estados tienen que incorporar en forma plena la Convención sobre los Derechos del Niño en cada uno de los aspectos de la política pública sobre movilidad humana. Para ello, es preciso tener en cuenta, al menos, dos aspectos esenciales: 1) el carácter integral y holístico que debe tener la política pública en esta materia, y 2) el cumplimiento de las obligaciones jurídicas de derechos humanos.

1. Una política de movilidad humana tiene que ser integral y holística

El carácter integral y holístico de una política de movilidad humana significa que debe contener todos los componentes que conforman y caracterizan a un fenómeno multidimensional como el de las migraciones. Este carácter integral o comprensivo exige que la política migratoria esté compuesta, a su vez, por múltiples políticas públicas que de manera directa o indirecta se vinculan con los diferentes aspectos de la movilidad humana —ingreso, permanencia, salida, retorno—. La gestión de ciudades y comunidades transfronterizas, delitos transnacionales —incluyendo la trata de personas—, las políticas de educación, salud, justicia, trabajo, protección social, o transversalmente, las políticas de género, niñez y adolescencia, para personas adultas mayores, personas con discapacidad, pueblos indígenas, diversidad sexual, la lucha contra el racismo, la xenofobia y toda forma de discriminación, entre muchas otras, deben ser parte de esa integralidad.

Este carácter integral, cabe subrayarlo, supone el abandono de un enfoque sesgado, errado, ineficaz y dañino. El abordaje de la migración desde una lente de seguridad, entre tantas otras consecuencias, ha derivado en

que los procedimientos que se aplican para la adopción de decisiones —por ejemplo, sobre el ingreso o residencia— carezcan de elementos esenciales en todo Estado de Derecho y democrático. Me refiero, por un lado, a la ausencia de garantías del debido proceso, la opacidad y falta de transparencia. Y, por el otro, al mismo punto de partida del diseño de las políticas públicas. Es decir, a que esos procedimientos, en lugar de ser diseñados como instancias en los que el Estado atiende cuestiones sociales de personas cuyos derechos básicos están en juego, son pensados como herramientas dirigidas a resolver un problema de seguridad, o contener una amenaza. Ello repercute en la falta de comprensión de la realidad que se dirige en cada caso, y en especial, en la vulneración de los derechos que el Estado debe garantizar, como sucede con los niños, niñas y adolescentes.

En segundo lugar, el carácter holístico implica asegurar la articulación y complementariedad coherente entre esas dimensiones y, por ende, entre todas las instituciones competentes de cada área —de cada poder estatal y cada nivel gubernamental—, y la participación de diversos actores sociales, incluyendo organizaciones de la sociedad civil y las personas migrantes y refugiadas. La coordinación y articulación vertical entre gobierno nacional y local, así como en el plano horizontal —entre múltiples organismos— dentro de cada gobierno, es fundamental para una política de movilidad humana coherente y eficaz.

A su vez, por cuanto las migraciones son un "fenómeno social total" (De Lucas, 2003), incluyen grupos de múltiples características y diversidades con base en diferentes criterios, entre ellos el etario. Los niños, niñas y adolescentes están presentes de manera cada vez más significativa en los procesos de movilidad humana, cuantitativa y cualitativamente. De ahí que los organismos creados por los Estados —nacionales y locales— para la protección integral de la niñez y adolescencia deben tener el lugar que corresponde dentro del andamiaje institucional que debe implementar, coordinadamente, toda política pública que impacta directa e indirectamente en las personas migrantes y refugiadas que ingresan y residen en un territorio, transita por él, o del cual se decide su salida.

2. En un Estado de Derecho, la política de movilidad humana debe respetar cabalmente las normas de derechos humanos.

Como toda política pública, la de movilidad humana debe respetar las normativas internacionales (legislación obligatoria en cada Estado que las haya ratificado) que reconocen derechos humanos a toda persona sujeta a su jurisdicción, como es el caso de la Convención sobre los Derechos del Niño. Es decir, la política sobre movilidad humana —y, por ende, todas las políticas que la componen y/o con las que se debe complementar recíproca y coherentemente—, tiene que garantizar la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes —cada política dentro de su respectiva área de incumbencia, y cada institución, dentro de su competencia, y dado el carácter holístico, todas ellas coordinadas adecuadamente—.

En efecto, la transversalización de los derechos de la niñez y adolescencia en cada aspecto de la política migratoria requiere su inclusión, por un lado, en todos los aspectos relativos a la movilidad en sí misma. Es decir, en políticas, programas, procedimientos, decisiones vinculadas al ingreso, tránsito, permanencia, salida y retorno de personas migrantes, solicitantes de asilo y refugiadas, y sus familiares. Y, por el otro, en todas las políticas que regulan derechos en juego en cada una de las etapas de ese proceso —como puede ser la protección contra la violencia en contexto de tránsito por un país, o el acceso a la educación para la población ya asentada en un territorio de destino—. Junto a este enfoque de niñez y adolescencia que debe tener cada arista de una política migratoria integral y holística, resulta esencial un abordaje interseccional que contemple la perspectiva de género y factores como la discapacidad, el origen étnico, la diversidad sexual, entre otros.

Este análisis sobre el carácter integral, holístico y desde un enfoque de derechos de la política de movilidad humana, también es y debe ser aplicable a las políticas públicas sobre niñez y adolescencia. Por lo tanto, las normativas y otros elementos de las políticas públicas de cada Estado en esta materia, en cumplimiento de la Convención, debe garantizar los

derechos de todos los niños, niñas y adolescentes que están bajo su jurisdicción, sin discriminación de ninguna clase. Ello incluye el deber de asegurar enfoques diferenciales sobre la base de diversos criterios, como la nacionalidad, la condición migratoria, el origen nacional y étnico, o el género, entre otros, precisamente para respetar en forma adecuada con el principio de no discriminación.

Aquí también es central lo señalado sobre el carácter integral y la cuestión institucional. Las políticas públicas diseñadas por los Estados desde 1989 en adelante, a fin de cumplir con la Convención sobre los Derechos del Niño, no solamente han implicado la promulgación de leyes en la materia, sino también la creación de organismos a cargo de su implementación efectiva. En diversos países, en línea con lo exigido por la Convención, se han creado sistemas de protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes. Tal como lo destacamos respecto de las políticas de movilidad humana, la multidimensionalidad que caracteriza a un grupo social —en este caso, determinado por la edad—, así como al amplio catálogo de derechos que se les reconoce, exige un abordaje integral que debe verse reflejado en la institucionalidad de un Estado de Derecho, por un lado, y la articulación entre esos actores institucionales, por el otro.

Esta integralidad de la política pública y el sistema de protección de la niñez y adolescencia precisa a su vez, en primer lugar, asegurar múltiples enfoques específicos, para garantizar la protección especial y particular de los derechos de cada NNA con base en diversos factores, entre los que están la movilidad humana y todas las dimensiones que la componen —y que se manifiestan de diversas formas en cada persona—. En segundo lugar, requiere un marco o andamiaje institucional que, de manera integral, transversal y holístico, pueda implementar de manera efectiva esa política, en cada una de sus dimensiones, incluyendo la relativa a niños, niñas y adolescentes en contexto migratorio. Como se analizará más adelante, estos aspectos son esenciales para evaluar los procedimientos administrativos de los Estados que afectan sus derechos, particularmente

en materia de ingreso y permanencia en el territorio de personas migrantes y refugiadas.

Es resumen, pensar en serio —en un Estado de Derecho— sobre los derechos de niñas, niños y adolescentes en contexto de movilidad humana implica, por un lado, una política migratoria social integral, que incluya una perspectiva de NNA, y eso se refleje en un organigrama institucional —holístico— a cargo de esa política. Por el otro, un sistema de protección integral de la niñez y adolescencia, que comprenda un enfoque complementario dirigido a asegurar los derechos de NNA en contexto de movilidad humana y, nuevamente que eso se vea reflejado en el mandato y capacidad de las instituciones encargadas de poner en práctica ese sistema en forma coordinada. En definitiva, es imprescindible revertir el *doble déficit* usualmente identificado en materia de derechos de niñez y adolescencia en contexto de movilidad humana (Abramovich, Ceriani y Morlachetti, 2011).

Ahora bien, más allá de todos estos elementos que deben evaluarse y reformularse en materia de movilidad humana y derechos de NNA, en las siguientes páginas me centraré solamente en un aspecto de una política migratoria integral, teniendo en consideración los temas y objetivos centrales de esta publicación. En el campo de las migraciones, los derechos de las personas migrantes, solicitantes de asilo y refugiadas —y entre ellas, en particular de los NNA— se ponen en juego a través de diferentes procedimientos en los que se adoptan decisiones relativas al ingreso a otro país y a la posibilidad de permanecer allí de manera temporal o definitiva, así como para circular por su territorio con dirección a otro lugar de destino.

Estos procedimientos, en la amplia mayoría de los casos, se llevan adelante vía autoridades administrativas. Su centralidad está dada, en primer lugar, por la multiplicidad de derechos que están en juego en cada caso, como luego veremos. En el corto plazo, pero también, muchas veces, en el mediano y largo, la protección efectiva de los derechos de los NNA

en contexto de movilidad (o al contrario, su vulneración), está determinada en gran medida por los aspectos formales y de fondo de estos procedimientos. Por este motivo, el análisis estará principalmente focalizado en los procesos que conducen y deciden las autoridades de organismos administrativos.

En segundo lugar, la importancia de estos procesos administrativos radica en que constituyen un paso ineludible para acceder al sistema de administración de justicia. En numerosas ocasiones —precisamente por obstáculos normativos o deficiencias prácticas, así como por una mirada sesgada y jurídicamente incorrecta de la política migratoria—, representan la única instancia en la que se dirimen los temas que están en discusión. Esas trabas o insuficiencias tienden a restringir indebidamente el acceso a una protección judicial efectiva. Por ello, aunque brevemente, haré algunas consideraciones sobre el acceso a la justicia y la garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en contexto migratorio ante los tribunales.

III. Niñez y procedimientos en materia de movilidad humana

Antes de ingresar en el análisis más sustantivo sobre los derechos de niñas, niños y adolescentes en el marco de procedimientos administrativos migratorios, es apropiado mencionar —de manera sucinta y esquemática— de qué clase de procedimientos estamos hablando. En efecto, existen numerosos procesos administrativos relativos a la movilidad humana en los que los derechos de NNA pueden estar en juego, principalmente destinados a adoptar decisiones relativas al ingreso a un territorio o a la permanencia en el mismo.

1. Procedimientos sobre el ingreso al territorio

Varios de estos procedimientos tienen que ver con el ingreso al territorio. Es decir, son procesos administrativos que se realizan en espacios fronterizos, en los cuales se autoriza o deniega la entrada al país de personas

migrantes y solicitantes de asilo. Aquí nos podemos encontrar con diferentes situaciones según la tipología de NNA en contexto de movilidad humana:

a) Ingreso de NNA no acompañados (es decir, que no están con ninguna persona adulta que ejerzan formalmente su representación legal). Como se explicará más adelante, esta situación debería conducir automáticamente a un procedimiento de protección de derechos que incluyen algunos aspectos de índole migratoria, y no a un procedimiento migratorio (en un sentido clásico, y por ende estrecho y erróneo) que carecen o contienen —muchos o pocos— elementos relativos a los derechos de los niños, niñas y adolescentes. En otro acápite veremos cómo, en estos procedimientos, a su vez, los derechos de NNA en juego —y, por ende, a proteger y garantizar— pueden variar significativamente, según las circunstancias de cada caso.

b) Ingreso de NNA separados de sus padres o representante legal, acompañados de otras personas adultas. Esta circunstancia, a su vez, puede involucrar una amplia gama de situaciones, y precisamente, como se verá, un adecuado procedimiento, desde un enfoque de derechos, debe discernir, entender y resolver. A modo de ejemplo, podríamos estar ante casos tan disímiles como, por un lado, una situación de trata de personas con fines de explotación, o, por el otro, niños acompañados por hermanos/as mayores de edad, tíos/as u otros familiares, personas de crianza u otras personas adultas que, no siendo representantes formales o careciendo de alguna documentación que lo acredite, sean —de facto— personas a cuyo cuidado se encuentran los NNA.

c) NNA que están con su padre y/o madre y/o representante legal. Junto al respeto de derechos, garantías y principios generales del DIDH (ej., garantías procesales, principio de no devolución, no discriminación, etc.), estos procedimientos deben asegurar los derechos de los NNA. Entre otras cosas, esto exige, como veremos luego, el deber de hacer una evaluación del interés superior del niño o la niña, como elemento inexcusable del

procedimiento migratorio y, claro está, la decisión acerca del ingreso al territorio.

Sin perjuicio de esta clasificación hecha con base en las condiciones de migración de los niños y las niñas —en lo relativo a con quiénes lo hacen—, debe subrayarse que dentro de cada una de esas categorías de NNA en contexto de movilidad humana, podemos encontrarnos ante una amplia variedad de procedimientos administrativos. Mientras que algunos pueden ser trámites clásicos que se desarrollan en una frontera (presentación de documentación, autorización o rechazo de ingreso), otros pueden ser —con base en las políticas diseñadas e implementadas por cada Estado— procedimientos de determinación de la edad, peticiones de asilo, procesos derivados de políticas contra la trata de personas, procesos de determinación del estatus de refugiado/a, procedimientos de recepción y atención humanitaria o, como luego veremos, procedimientos de determinación del interés superior del niño o la niña.

Por otra parte, es importante señalar que existen otros procedimientos de ingreso al territorio por parte de personas migrantes y solicitantes de asilo, pero que no se llevan adelante físicamente en un espacio fronterizo. Me refiero, en primer lugar, a los mecanismos implementados dentro de la estrategia que llevan adelante numerosos Estados y es conocida como externalización del control migratorio. Si bien no se trata técnicamente de un control de ingreso, el objetivo de los Estados está precisamente allí, en impedir la circulación y el eventual ingreso en sus territorios de personas migrantes y solicitantes de asilo. En tanto estas prácticas (en aguas internacionales, países de origen o tránsito) suponen la aplicación de la jurisdicción del Estado —de destino— que ejerce ese control (Ceriani Cernadas, 2009), sus obligaciones derivadas de la Convención sobre los Derechos del Niño son plenamente aplicables.

En segundo lugar, existen los procedimientos iniciados por solicitudes de visado tramitadas ante sedes consulares del país de destino —en territorio de países de origen y tránsito—. En estos procedimientos, en muchos

casos, está en juego el derecho a la vida familiar —en particular, la unidad de la familia a partir de la reunificación familiar—, el cual, a su vez, siempre está interdependientemente conectado a otros derechos básicos de cada niño, niña y adolescente. Ello, sin perjuicio de otros derechos que puedan ser afectados por la decisión del proceso —o por el procedimiento en sí mismo—. Aquí también, como en todos los demás procedimientos, la evaluación del interés superior es una parte imprescindible del proceso y su resolución.

2. Procedimientos relativos a la permanencia en el país

Los niños, niñas y adolescentes son parte —directa o indirecta— de numerosos procedimientos de movilidad humana en los que se evalúa su permanencia en el territorio de tránsito o destino en el que se encuentran. Es posible dividir estos casos al menos en dos circunstancias, una relativa al otorgamiento de un permiso de residencia —de corto, mediano o largo plazo—, con base en diferentes motivos, y otra generada por la intención del Estado de imponer una medida de salida forzosa del país —expulsión, deportación—.

a) Como los procedimientos de ingreso en frontera, en los trámites de residencia también pueden encontrarse casos de NNA no acompañados, separados de sus padres, o junto a sus familias. Igualmente veremos que, de existir un adecuado procedimiento de ingreso desde un enfoque de derechos de NNA, muchos de esos casos ya estarían resueltos con anterioridad —sin perjuicio de la exigencia de tramitar una residencia diferente o de mayor duración que aquella recibida, eventualmente, como resultado del procedimiento de ingreso—. En particular, eso ocurriría ante el desarrollo de Procedimientos de Determinación del Interés Superior de la Niñez (DIS) o de la realización de evaluación de su interés superior en el marco de procesos migratorios y de asilo en ámbitos fronterizos u otros procedimientos administrativos dirigidos a permitir el ingreso regular.

Los trámites para obtener una residencia temporal o permanente en un país de destino responden a múltiples criterios (fijados en la normativa de cada país). Tanto esos criterios como los aspectos procesales y sustanciales de estos procedimientos administrativos, como veremos luego, deben asegurar adecuada y apropiadamente los derechos de niños, niñas y adolescentes, considerándolos sujetos plenos e individuales de derechos, —incluso en procesos iniciados por el padre, la madre o ambos.

Cabe agregar aquí los procedimientos para la adquisición de la nacionalidad del país de destino. Según la legislación de cada país, estos procesos pueden ser conducidos por autoridades administrativas o bien directamente por órganos judiciales (o por ambas, según el criterio de obtención de la nacionalidad de cada caso). El interés superior del niño o la niña, y los diferentes derechos en juego, precisan también ser debidamente considerados en el marco de esta clase de procedimientos.

b) Los procedimientos dirigidos a imponer una medida que implique la salida forzosa del territorio —por lo general, de expulsión o deportación, según la reglamentación existente en cada país— son, seguramente, aquellos en los que se han dado mayores debates, y reformas —limitadas, parciales—, en relación con los derechos de niños, niñas y adolescentes. Ello, debido al impacto de las decisiones que se adoptan en esos procesos, así como por la forma de llegar a esos resultados. En buena medida, los argumentos por desarrollar en el resto de este artículo están estrechamente vinculados a esta clase de casos, debido al impacto directo que una medida sancionatoria de salida del país puede tener en los derechos de los NNA y sus familiares. Igualmente debe notarse que ello también puede ocurrir en procedimientos de ingreso, solicitudes de visado o trámites de residencia.

c) Otros procedimientos a observar desde la perspectiva de los derechos de NNA son aquellos implementados por los Estados como parte de sus

políticas de control migratorio dentro de su territorio —y no en el marco de controles fronterizos—. Un enfoque de derechos de la niñez y adolescencia debería conducir a una revisión exhaustiva —de forma y fondo— de procedimientos de control de permanencia que los Estados implementan dentro de su territorio, para verificar el estatus migratorio de las personas.

En todos estos procedimientos que cada Estado implementa dentro de su política pública sobre movilidad humana, los derechos de niñas, niños y adolescentes están en juego. En estos procesos, entre muchos otros, las decisiones que se adoptan pueden impactar directa o indirectamente en el derecho a la vida de los NNA y en su derecho a la protección contra la tortura y todo trato inhumano, cruel o degradante (como efecto de una devolución o expulsión, o en casos de trata de personas), el derecho humano al asilo, el derecho a la libertad (detenciones por razones migratorias), el derecho a la vida familiar (protección contra la separación por motivos migratorios, o garantía de la reunificación familiar), el derecho al desarrollo humano integral, el derecho a la salud, la alimentación, a la vivienda, entre muchos otros.

Por esta razón, resulta esencial analizarlos con un enfoque de derechos humanos, es decir, con base en las normativas, principios y estándares que obligatoriamente los Estados deben respetar, proteger y garantizar. En particular, se pondrá el énfasis en las garantías de debido proceso, porque son herramientas imprescindibles en estos procedimientos. Estas garantías, es preciso subrayarlo todas las veces que sea necesario, constituyen un principio elemental en un Estado de Derecho. Su efectiva y adecuada aplicación no es optativa ni depende de la política pública de que se trate. Tampoco pueden omitirse o restringirse por alusiones genéricas a cuestiones de orden público o seguridad nacional, como suele invocarse en materia migratoria —especialmente cuando las políticas sobre movilidad humana tienen el enfoque errado y sesgado al que hice referencia anteriormente—.

IV. Procedimientos administrativos migratorios y derechos de niñas, niños y adolescentes

Esta sección, central para los objetivos de este artículo, analiza principalmente los procedimientos administrativos migratorios desde una perspectiva de derechos. Por ende, identificaré en primer lugar algunos de los problemas más comunes y generalizados en cuanto a los derechos y garantías que no son debidamente respetadas en el marco de esta clase de procedimientos, agregando algunos comentarios sobre los derechos que pueden verse vulnerados como consecuencia de ello. En segundo lugar, señalaré, con base en los principios y estándares de derechos, qué elementos deberían tener los diferentes procedimientos que pueden impactar en los derechos de niñas, niños y adolescentes en contexto de movilidad humana.

Previo a ello, haré unas breves notas sobre la noción de justicia adaptada o sensible a la niñez y adolescencia, y su aplicación en los procedimientos administrativos, teniendo en cuenta los estándares más importantes desarrollados por los organismos internacionales competentes, como el Comité de los Derechos del Niño, o en el ámbito regional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Para cerrar este apartado, comentaré algunos aspectos relativos al acceso a la justicia y el derecho a la protección judicial de NNA en contexto migratorio, temáticas que serán tratadas como mayor detalle en otros trabajos de esta publicación.

1. Justicia adaptada a la infancia: la obligación de adecuar los procedimientos administrativos a los derechos de la niñez y adolescencia

La aplicación efectiva e integral de la Convención sobre los Derechos del Niño debe dirigirse a todos los ámbitos de las políticas públicas que pueden, directa o indirectamente afectar —positiva o negativamente— los derechos de toda niña, niño o adolescente. De esta obligación general se desprende un sinnúmero de deberes específicos en todas las esferas de

un Estado, incluyendo todos los elementos que componen las políticas públicas, desde un marco normativo y su implementación —general y en cada caso concreto— por las autoridades competentes, hasta su revisión y evaluación por el sistema de administración de justicia. Por supuesto, esto incluye a todo tipo de procedimiento en el que estén en juego los derechos de niñas, niños y adolescentes. Es importante señalar que los derechos pueden ser afectados no solamente a través de la decisión final del proceso, sino también mediante las múltiples decisiones que se adoptan a lo largo del mismo, así como por medio de todo tipo de deficiencias, restricciones u obstáculos de forma, como veremos.

Hablar sobre justicia adaptada o amigable a la niñez y adolescencia es, nada más pero nada menos, que adecuar todos los elementos sustantivos y procedimentales a los derechos de los NNA, con base en los principios y estándares desarrollados por los órganos competentes para su interpretación. Teniendo en cuenta los diferentes ámbitos del Estado —y, por ende, todos los procedimientos— en los cuales se protegen o, al contrario, se vulneran, los derechos de los NNA, la noción de justicia adaptada debe ser entendida en términos amplios. Es decir, incluyendo tanto los procedimientos judiciales como los administrativos. Más aún, como ya se destacó y se volverá a explicar más adelante, en materias —como la migratoria— en las cuales los procedimientos administrativos tienen un lugar preponderante, sino exclusivo. En segundo lugar, reafirmando el rol de protección judicial de esos derechos al examinar adecuadamente los procesos conducidos por las autoridades administrativas, así como el diseño de esos procedimientos por parte del cuerpo legislativo.

Esta concepción de la justicia amigable a la niñez y adolescencia, en definitiva, emana de la propia Convención, al definir uno de sus principios medulares: el interés superior del niño y la niña. En efecto, el artículo 3.1. dispone que en "todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una

consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño" (el destacado me pertenece). Es preciso dejar constatado aquí mismo que el Comité de los Derechos del Niño, al analizar la referencia a las "autoridades administrativas", ha señalado expresamente a las decisiones relativas a "la inmigración y el acceso a la nacionalidad" (CRC, 2013, p. 30), indicando que las decisiones en estas esferas "deben ser evaluadas en función del interés superior del niño y han de estar guiadas por él, al igual que todas las medidas de aplicación" (*ibidem*).

En este punto, resulta importante subrayar, recurriendo a la interpretación autorizada del Comité de los Derechos del Niño, que el objetivo del principio del interés superior de la niñez "es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño" (CRC, 2013, p. 4). Asimismo, el Comité también ha resaltado que el interés superior del niño es un "concepto triple": un derecho sustantivo, un principio jurídico fundamental, y una norma de procedimiento (CRC, 2013, p. 6).

Sobre su carácter procedimental, el Comité agregó que:

siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados parte deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos [CRC, 2013, p.6c].

Por tanto, un aspecto medular de la noción de justicia adaptada o amigable a la niñez y la adolescencia es asegurar una consideración primordial al interés superior del niño y la niña en todo procedimiento administrativo que pueda afectar sus derechos. Esto, a su vez, debe hacerse de manera integral y transversal, es decir, adecuando todos los elementos que conforman cada uno de los procedimientos, incluyendo el marco legal, el rol de las instituciones competentes, las etapas procesales, o la adopción de decisiones, entre muchos otros. A ello cabe agregar los factores vinculados con las materias concretas que caracterizan a cada procedimiento —por ejemplo, ingreso al territorio, o petición de asilo—, y los aspectos y circunstancias específicas de cada caso. Como destaca CRIN (2011, p. 2), "el objetivo de la justicia adaptada para niños es proporcionar una serie de estrategias que puedan ser utilizadas para adaptar el proceso legal a las circunstancias específicas del niño involucrado".

Por su parte, la Corte Interamericana ha destacado la vinculación inseparable entre la noción de justicia, las garantías del debido proceso y su adecuación a los derechos de niñas, niños y adolescentes. Y lo hizo, no casualmente, en el marco de la Opinión Consultiva referida a los derechos de NNA en contexto migratorio (Corte IDH, 2014). En particular, la Corte afirmó:

el derecho al debido proceso se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado, adoptado por cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que pueda afectarlos. El debido proceso se encuentra, a su vez, íntimamente ligado con la noción de justicia [...] (*ibidem*, p. 109)

Las garantías procesales del artículo 8 de la Convención Americana: no sólo resultan aplicables a los procesos ante los órganos estrictamente jurisdiccionales —juez o tribunal—, sino que se hacen extensivas a las decisiones de órganos administrativos a los cuales les corresponda la determinación de los derechos de las personas

o cuando ejerzan funciones de carácter materialmente jurisdiccional, como ocurre en algunos países respecto de los procesos migratorios (*ibidem*, p. 111)

En este mismo sentido, en relación con las garantías que deben tener los procedimientos, en tanto componente medular de la noción de justicia adaptada a la infancia, el Comité de los Derechos del Niño ha precisado que los

Estados deben establecer procesos oficiales, con garantías procesales estrictas, concebidos para evaluar y determinar el interés superior del niño en las decisiones que le afectan, incluidos mecanismos de evaluación de los resultados. Los Estados deben establecer procesos transparentes y objetivos para todas las decisiones de los legisladores, los jueces o las autoridades administrativas, en especial en las esferas que afectan directamente al niño o los niños [CRC, 2013, p. 87].

Entre las salvaguardas y garantías mínimas que deben asegurarse, según el Comité (CRC, 2013, p. 88), están las siguientes:

a) El derecho del niño a expresar su propia opinión; b) La determinación de los hechos; c) La percepción del tiempo; d) Los profesionales cualificados; e) La representación letrada; f) La argumentación jurídica; g) Los mecanismos para examinar o revisar las decisiones; y h) La evaluación del impacto en los derechos del niño.

Por su parte, en las Directrices elaboradas por la Asociación Internacional de Magistrados de la Juventud y la Familia (2016), y con base en Directrices del Consejo de Europa, se subraya que:

Los niños deberían contar con las mismas garantías procesales que los adultos, tales como los principios de legalidad y proporcionalidad, la presunción de inocencia, el derecho a un juicio justo, el derecho a asistencia jurídica, el derecho a acceder a los

tribunales y el derecho a recurrir, no debiendo minimizarse ni denegarse bajo el pretexto del interés superior del niño. Esto es aplicable a todos los procedimientos judiciales y procedimientos extrajudiciales y administrativos. [Directrices del Consejo de Europa, página 19, sección E sobre el Estado de Derecho, párrafo 2].

El derecho a ser escuchado es una garantía procesal imprescindible en todo procedimiento que puede afectar a las niñas, niños y adolescentes, y por eso es considerado uno de los pilares de la Convención —junto al interés superior, el principio de no discriminación, y el derecho al desarrollo y la supervivencia—. El Comité destacó que el artículo 12

es una disposición sin precedentes en un tratado de derechos humanos; apunta a la condición jurídica y social del niño, que, por un lado, carece de la plena autonomía del adulto pero, por el otro, es sujeto de derechos. [...] garantiza a todo niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente [...], teniéndose debidamente en cuenta las opiniones [...], en función de la edad y madurez [...] [Y] en particular [...] debe otorgarse al niño el derecho a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte (CRC, 2009, p. 1).

Para asegurar este derecho, al igual que todo otro elemento necesario para adaptar la justicia —y por ende, los procedimientos— a los derechos de la niñez y adolescencia, el Comité destacó el deber de los Estados de introducir "medidas legislativas por las que se exija a los responsables de adoptar decisiones en los procedimientos judiciales o administrativos que expliquen en qué medida se han tomado en consideración las opiniones del niño y las consecuencias para el niño" (CRC, 2009, p. 33). A su vez,

no se puede escuchar eficazmente a un niño cuando el entorno sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad. Los procedimientos tienen que ser accesibles y apropiados para

los niños. Debe prestarse especial atención al suministro y la transmisión de información adaptada a los niños, la prestación de apoyo adecuado para la defensa de los intereses propios, la debida capacitación del personal [...] [CRC, 2009, p. 34].

En materia estrictamente administrativa, el Comité señaló que:

Todos los Estados partes deben incorporar a su legislación procedimientos administrativos que se ajusten a los requisitos del artículo 12 y garantizar el derecho del niño a ser escuchado junto con otros derechos procesales, como el derecho a la divulgación de los expedientes pertinentes, la notificación de la vista y la representación por los progenitores u otras personas. [...] El procedimiento tiene que estar adaptado a los niños y ser accesible [CRC, 2009, pp. 65-66].

Por su parte, la OIM afirmó —citando al Comité— que un enfoque sensible a la niñez necesita en particular que los procedimientos sean transparentes e informativos, respetuosos, inclusivos, seguros, y conducidos por personas adultas capacitadas en el trabajo con la niñez y adolescencia. Esto implica, según el organismo internacional, adecuar leyes, políticas y procedimientos a los derechos y necesidades de los NNA, incluyendo el establecimiento de procedimientos especializados en los ámbitos administrativo, civil y penal, y el desarrollo de capacidades por fuerzas policiales, jueces y otros profesionales que trabajan con niños y niñas, asegurando una perspectiva multidisciplinaria (OIM, 2019, p. 14).

El derecho a la asistencia jurídica es otra garantía imprescindible de los procedimientos en los que están en juego los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Como destaca la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, los Estados

deben prestar asistencia jurídica de manera incondicional a todos los niños, incluido el acceso gratuito a representación legal

durante los procedimientos. Además, [...] deben velar por la institucionalización de la prestación de asistencia jurídica y el suministro de directrices claras sobre el acceso a asistencia jurídica a todos los niños y a sus padres o tutores legales. Los abogados especializados en niños deben estar disponibles para representar a los niños tanto en procedimientos civiles como penales [EU-FRA, 2019, p. 8].

Teniendo en cuenta lo establecido en la Convención y la interpretación del artículo 12 por parte del Comité, estas obligaciones deben cumplirse también en los procedimientos administrativos, más aún, como se analiza en la siguiente sección, en áreas como la de movilidad humana.

Sin agotar en modo alguno todos los aspectos sustantivos y procesales que deben considerarse para adaptar la justicia a la infancia (y en particular, los procesos que afectan sus derechos), la participación en los procesos es otra cuestión medular. Al respecto, se ha subrayado que el

grado de madurez del niño es un factor determinante para decidir de qué modo debe participar en los procedimientos [...]. Cuando los niños deciden participar [...], se requieren más medidas para facilitar su participación. Las medidas adoptadas deben basarse en una evaluación individual del niño y adaptarse a su edad, grado de madurez, nivel de comprensión y posibles dificultades de comunicación, así como a las circunstancias de cada caso particular [EU-FRA, 2019, p. 5].

En definitiva, es posible afirmar que la justicia amigable a la niñez y adolescencia supone un amplio y variado catálogo de medidas —normativas, administrativas, institucionales, procesales, presupuestarias, entre otras— dirigidas a respetar, proteger y garantizar todos los derechos de las niñas, niños y adolescentes en el marco de cualquier clase de procedimientos que puedan afectar sus derechos. Obligaciones normativas derivadas de la Convención sobre los Derechos del Niño, junto a la interpretación dinámica y progresiva por el Comité que supervisa su

cumplimiento, exigen que los Estados rediseñen o todos esos procedimientos a partir de todas las medidas que sean necesarias —según los problemas o desafíos pendientes en cada país—. En la sección siguiente continuaremos profundizando en esta cuestión, pero de manera focalizada en el ámbito de las migraciones y los procedimientos que afectan los derechos de NNA en contexto de movilidad humana.

2. El deber de garantizar los derechos de niñas, niños y adolescentes en los procedimientos administrativos de movilidad humana

Como ya señalé, en el ámbito migratorio todos los procedimientos se desarrollan —mayoritaria o exclusivamente— en el ámbito administrativo. Salvo en pocas excepciones, en general toda decisión sobre el ingreso al territorio, la permanencia (temporal o definitiva, bien en categorías migratorias, de protección de personas refugiadas u otras), o sanciones que pueden implicar la salida forzosa del país, es adoptada por alguna autoridad del Poder Ejecutivo en el marco de un procedimiento administrativo.

Por ende, y sin perjuicio de la mayor o menor distancia con la realidad —tema del próximo apartado—, todo lo señalado en relación con la justicia adaptada a los derechos de la niñez y adolescencia, es plenamente aplicable a los procedimientos en materia de movilidad humana. Como explicaré a continuación, esto ha sido reiterada y crecientemente señalado por los principales organismos internacionales creados por los Estados para interpretar las normativas de derechos humanos —también escritas y aprobadas por los mismos Estados—.

A lo largo de la última década, y en reacción a la situación de extrema vulnerabilidad en la que se encuentran muchas niñas, niños y adolescentes en contexto de movilidad humana, es decir, a la privación de sus derechos (ésa es la definición de vulnerabilidad), en países de origen, tránsito y/o destino, diferentes mecanismos regionales y universales creados

para la supervisión del cumplimiento de los tratados internacionales han desarrollado estándares y directrices específicas para revertir esta situación. Una parte considerable de estos desarrollos interpretativos ha estado centrada, precisamente, en todo lo relativo a los procedimientos que los Estados deben diseñar y poner en práctica para asegurar la protección de esos derechos.

En el ámbito interamericano, la Opinión Consultiva OC-21/14 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es la herramienta central para observar las medidas que los Estados de la región deben asegurar en el marco de procedimientos migratorios (incluyendo los relativos al derecho al asilo), con el objetivo de garantizar los derechos de niños, niñas y adolescentes. Entre las múltiples medidas que los Estados deben obligatoriamente implementar para adaptar a —los derechos de— la infancia los procedimientos de movilidad humana, según la Corte, están los siguientes (Corte IDH, 2014):

- Identificar a las niñas y niños que requieren de protección internacional, ya sea como refugiado o de algún otro tipo, a través de una evaluación inicial con garantías de seguridad y privacidad, con el fin de proporcionarles el tratamiento adecuado e individualizado necesario mediante la adopción de medidas de protección especial (párr. 82);
- Abstenerse de impedir el ingreso de niñas y niños al territorio, aun cuando estén solos, y de exigirles documentación que no pueden tener, permitiendo su acceso como condición previa para llevar a cabo el procedimiento de evaluación inicial (párr. 83);
- Garantizar, en el procedimiento de evaluación inicial, mecanismos efectivos, obtener información para determinar su identidad y, de ser posible, la de su familia, a fin de transmitirla a las entidades encargadas de evaluar y brindar las medidas de protección, de conformidad con el principio del interés superior de la niña o del niño (párr. 84);

- Efectuar la evaluación inicial en un ambiente amigable y por parte de profesionales competentes formados en técnicas de entrevistas que tengan en cuenta la edad y el género, adecuando las garantías procesales a los principios de interés superior y protección integral (párr. 85);
- Asegurar, junto a las garantías, que el procedimiento tenga como meta el tratamiento adecuado a la niñez y la adopción de medidas de protección especial con base en el interés superior (párrs. 86 y 88-107);
- Adaptar el procedimiento migratorio —incluyendo en casos de expulsión— y a los niños y niñas (para. 114), incluyendo medidas que aseguren su acceso a la justicia en condiciones de igualdad, garanticen un efectivo debido proceso, velen por que el interés superior sea una consideración primordial en todas las decisiones administrativas o judiciales (párr. 115);
- Asegurar a los NNA en los procedimientos migratorios las siguientes garantías de debido proceso: (i) derecho a ser notificado del procedimiento y la decisión que se adopte; (ii) derecho a que los procesos sean llevados por un funcionario o juez especializado; (iii) derecho a ser oído y a participar en las diferentes etapas procesales; (iv) derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor y/o intérprete; (v) acceso efectivo a la comunicación y asistencia consular; (vi) derecho a ser asistido por un representante legal y a comunicarse libremente con dicho representante; (vii) deber de designar a un tutor a niñas o niños no acompañados o separados; (viii) derecho a que la decisión que se adopte evalúe el interés superior y sea debidamente fundamentada; (ix) derecho a recurrir la decisión ante un juez o tribunal superior con efectos suspensivos; y (x) plazo razonable de duración del proceso (párr. 116, y en detalle el análisis de cada garantía, en los párrafos 117 a 143);
- Implementar medidas que aseguren garantías sustantivas y procesales, ante cualquier tipo de decisión que pudiere restringir el derecho a la libertad de un niño o niña en contexto migratorio

(sin perjuicio del principio —reconocido por la Corte— de prohibición de la libertad de todo NNA con base en su estatus migratorio), garantizando que cada una de esas garantías (ej., el derecho a ser informado de las razones de la restricción) sea implementada de manera adaptada a la infancia (párrs. 185 a 206);

- Adoptar medidas específicas para la protección de los niños, niñas y adolescentes a fin de asegurar el respeto del principio de no devolución (párrs. 230-232, entre otros), el cual, según la Corte, tiene carácter *de ius cogens* (párrs. 224-226).

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, entre los diversos principios interamericanos sobre movilidad humana que se refieren a los derechos de las niñas, niños y adolescentes, incluyó el siguiente:

Principio 10. Interés superior del niño, niña o adolescente: [...] Cualquier política migratoria y decisión administrativa o judicial relacionada con la entrada, estancia, detención, expulsión o deportación de un niño, niña o adolescente o cualquier acción del Estado considerada en relación con alguno de sus progenitores, cuidador primario o tutor legal, incluidas las medidas adoptadas en relación con su condición de migrante, deben priorizar la evaluación, determinación, consideración y protección del interés superior del niño, niña o adolescente involucrado.

Principio 11: Derecho de la niñez a ser escuchada, expresar opiniones y participar: [...] En cualquier proceso judicial o administrativo que les afecte, los Estados se comprometerán a asegurar que los niños, niñas y adolescentes migrantes tengan derecho a expresar libremente sus opiniones en su propio idioma, ya sea directamente o por medio de un representante o un órgano competente. Se escuchará a los niños, niñas y los adolescentes independientemente de sus progenitores o tutores legales, y se incluirán sus circunstancias individuales en la consideración de los casos que influyan en la situación migratoria de sus familiares. Se proveerá [...] toda la información pertinente [...] en su propio idioma

y en forma oportuna, con sensibilidad [...] y de manera adecuada a su edad, a fin de que se pueda hacer oír su voz y se le tenga debidamente en cuenta en los procesos, con el debido respeto del principio de privacidad [...] Para que el principio sea eficaz, equipos multidisciplinarios deben estar involucrados en este proceso [CIDH, 2019].

En el ámbito universal, los principales estándares que reafirman la obligatoriedad de adaptar a los derechos de la infancia todos los procedimientos (y, por ende, las políticas públicas) en materia de movilidad humana, son los desarrollados por la actuación conjunta del Comité de los Derechos del Niño (CRC, por sus siglas en inglés) y el Comité de Derechos de Trabajadores Migratorios y sus Familiares (CMW, por sus siglas en inglés). Ello, sin perjuicio de decisiones previas de esos mismos órganos de protección (e.g., CRC, 2005) o de otros mecanismos de derechos humanos (e.g., Relator de Derechos de Migrantes, 2009). En 2017, el CRC y el CMW elaboraron dos Observaciones Generales Conjuntas dirigidas a orientar a los Estados acerca de las medidas específicas que deben implementar, cuando se trata de niñez en contexto de movilidad humana, para el adecuado cumplimiento de las convenciones que respectivamente supervisan, y de manera especial, en las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño (CMW-CRC, 2017a, p. 4).

Estas dos observaciones generales incluyen un extenso catálogo de estándares y principios que los Estados deben respetar y garantizar en el marco de todo tipo de procedimiento en materia migratoria que pueda repercutir de alguna manera en los derechos de una niña, niño o adolescentes. Por un lado, en la primera de ellas (CMW-CRC, 2017a) se incluyen numerosos estándares sobre la aplicación del principio del interés superior en los procedimientos migratorios, así como acerca del derecho a ser oído, y la protección contra la devolución. Por el otro, la segunda contiene diversas directrices sobre garantías del debido proceso y acceso a la justicia, así como la aplicación de esas garantías en procedimientos migratorios vinculados a derechos como la libertad, la vida familiar, o a la nacionalidad, entre otros.

Antes de examinar estos estándares que deben seguir los Estados en el marco de todo procedimiento migratorio, es importante destacar, en términos más amplios, de políticas públicas, otros aspectos, más generales, reafirmados por los Comités. En primer lugar, en el contexto de las políticas migratorias, los Estados tienen la obligación de tratarlos como niñas, niños y adolescentes, esto es, garantizando, respetando y protegiendo todos los derechos que tienen como tales, independientemente de su estatus migratorio o de residencia, o el de sus padres (CMW-CRC, 2017a, p. 11). En el mismo sentido, los Comités subrayaron el principio de "primacía de los derechos del niño en contexto de migración internacional", y, por ende, deben "integrar las Convenciones en los marcos, las políticas, las prácticas u otras medidas relacionadas con la migración" (CMW-CRC, 2017a, p. 13).

En segundo lugar, en lo relativo al andamiaje institucional de los Estados a fin de cumplir adecuadamente con estos principios —y todo lo que de allí se deriva—, los Comités han subrayado, por un lado, que los organismos a cargo de la protección de los derechos de los NNA deben tener una función rectora, "con competencias claras para la adopción de decisiones, en las políticas, prácticas y decisiones que afectan a los derechos de los niños en el contexto de la migración". Por otro lado, las autoridades migratorias deben considerar los derechos de los NNA, y evaluar el impacto de sus actuaciones en esos derechos (CMW-CRC, 2017a, p. 14).

Ya en cuestiones más directamente vinculadas con el tema central de este trabajo, resulta esencial observar, aunque sea de manera resumida, algunos de los estándares principales fijados por estos Comités, en tanto deben ser respetados en los procedimientos administrativos (y judiciales, claro está), y, por ende las políticas públicas que los enmarcan. Como ya lo remarqué, estas observaciones conjuntas se abocaron en diversas secciones a los derechos de los NNA en el contexto de los procedimientos administrativos, evidenciando la importancia que tienen para el respeto y ejercicio de sus derechos, así como para interrumpir, prevenir, o incluso reparar violaciones.

Un conjunto de los estándares desarrollados por los Comités en esta materia tiene que ver con la aplicación del principio de interés superior al contexto de las políticas y procedimientos migratorios. En términos generales, subrayaron que los Estados deben velar

que el interés superior del niño se tome plenamente en consideración en [...] la adopción de decisiones sobre casos individuales, entre otras situaciones al conceder o denegar las solicitudes de entrada o residencia en un país, en las decisiones relativas a la aplicación de las leyes de migración [...] y las decisiones referentes a la unidad familiar [...]; en todas esas esferas el interés superior del niño será una consideración primordial y, por lo tanto, tendrá máxima prioridad [CMW-CRC, 2017a, p. 29].

Y agregan:

En particular, el interés superior del niño debe garantizarse explícitamente mediante procedimientos individuales como parte esencial de toda decisión administrativa o judicial que se refiera a la entrada, la residencia o la devolución de un niño, el acogimiento o el cuidado de un niño, o la detención o expulsión de un padre relacionada con su propia situación de residencia [CMW-CRC, 2017a, p. 30].

Complementariamente, reafirmando estos estándares, los Comités destacaron que los Estados deben "conceder la máxima prioridad al interés superior del niño en su legislación, políticas y prácticas", velar para que este principio "se integre debidamente, se interprete de forma coherente y se aplique por conducto de procedimientos sólidos e individualizados en todas las actuaciones y decisiones legislativas, administrativas y judiciales", asegurar que todas las evaluaciones y determinaciones del interés superior [...] concedan la importancia apropiada a hacer efectivos los derechos del niño (a corto y largo plazo) en los procesos de adopción de decisiones [...] y velar por que se establezcan salvaguardias de las debidas garantías procesales, incluido el derecho a una

representación letrada gratuita, cualificada e independiente (CMW-CRC, 2017a, p. 32).

Asimismo, otros aspectos importantes consisten en que la evaluación del interés superior sea desarrollada "por agentes independientes de las autoridades de migración, de manera multidisciplinaria" y con "una participación significativa de las autoridades responsables de la protección y el bienestar del niño". También indican que los Estados deben elaborar procedimientos, definiendo criterios —para las personas que intervienen en ellos— para determinar el interés superior, "especialmente en los procedimientos de entrada, residencia, reasentamiento y retorno" (CMW-CRC, 2017a, p. 32). La evaluación del interés superior también debe hacerse en procesos que puedan conducir a la detención migratoria de sus padres (la de los NNA y las familias debe estar prohibida, y ser erradicada, según los Comités), así como para definir el tipo de alojamiento más adecuado para cada niño o niña no acompañada, o en casos que podrían conducir a la expulsión de familias (*idem*).

Los estándares establecidos por los Comités son numerosos. Incluirlos en su totalidad excedería largamente la extensión de este trabajo, por lo que remito a una lectura detallada de cada una de las directrices relativas a la obligación de incorporar adecuadamente el principio del interés superior de la niña y el niño en todos los procedimientos migratorios que puedan afectar sus derechos. Cabe agregar el deber de establecer un procedimiento de determinación del interés superior dirigido a encontrar y aplicar soluciones integrales, seguras y sostenibles para niñas y niños no acompañados, los cuales deben ser guiados por las autoridades encargadas de la protección infantil dentro de los sistemas de protección del niño. Las posibles soluciones y planes deben analizarse y elaborarse junto con el niño, de una manera adaptada a él y que tenga en cuenta sus necesidades, de conformidad con la observación general núm. 12 (2009) del Comité de los Derechos del Niño sobre el derecho del niño a ser escuchado (*idem*).

Como mencioné, estas observaciones conjuntas tienen, entre otros estándares importantes para la temática bajo análisis, otros dos catálogos de directrices concretas en cuanto a las medidas que los Estados deben implementar a fin de proteger los derechos de niñas, niños y adolescentes en el marco de procedimientos administrativos. Uno de ellos tiene que ver con la realización del derecho a ser escuchado, sobre el cual los Comités subrayaron la obligación de designar un representante legal y garantizar el derecho a un intérprete, ambos con capacitación en derechos y necesidades de NNA en contexto migratorio, adoptar medidas para facilitar su participación en los procedimientos, asegurando su derecho a ser escuchado —incluso en los procesos relacionados con sus familiares y puedan afectar sus derechos, como el derecho a no ser separado de sus padres— (CMW-CRC, 2017a, pp. 36-38).

Otro extenso catálogo de lineamientos a seguir por los Estados se refiere directamente al derecho a acceder a la justicia y el derecho a las garantías del debido proceso que se deben asegurar a todas las niñas, los niños y adolescentes en contexto de movilidad humana (CRC-CMW, 2017b, pp. 14-19). Al respecto, los Comités subrayaron, en primer lugar, que "los Estados deben velar por que sus leyes, políticas, medidas y prácticas respeten garantías procesales adaptadas a los niños en todos los procedimientos administrativos y judiciales relacionados con la migración y el asilo que afecten a los derechos de éstos o de sus padres" (*ibidem*, p. 15). Luego, al vincular las garantías con el deber de realizar una evaluación y/o determinación del interés superior del niño o niña en esos procedimientos, los Comités destacaron que se les debe garantizar:

- a) Acceder al territorio, cualquiera sea la documentación, y ser remitidos a las autoridades de protección de derechos de NNA;
- b) Ser notificados de los procedimientos de migración y asilo, la decisión adoptada, sus implicaciones y recursos;
- c) Contar con un funcionario o juez especializado —en infancia— en esos procedimientos y poder entrevistarse con profesionales formados en

comunicación con NNA; d) Ser oídos y participar en todas las fases de los procedimientos y disponer de la asistencia gratuita de un intérprete; e) Acceso efectivo a la comunicación con funcionarios consulares y recibir asistencia y protección consular de sus derechos adaptada a las necesidades de la infancia; f) Contar con la asistencia de un procurador con experiencia en la representación de niños, comunicarse con su representante, y acceder a asistencia letrada gratuita; g) Disponer de tiempo suficiente para preparar esos procedimientos y contar con todas las garantías procesales; h) Recurrir la decisión ante un tribunal superior o una autoridad independiente, con efecto suspensivo; i) Para niños y niñas no acompañadas y separadas de sus padres, recibir el nombramiento de un tutor competente que sirva de garantía procesal básica para el respeto de su interés superior; j) Ser informados durante todo el procedimiento, junto con su tutor y asesor jurídico, y recibir también información sobre sus derechos y cualquier otra información que pueda afectarles [CRC-CMW, 2017b, p. 17].

Complementariamente, es oportuno destacar la importancia de adaptar a la infancia las medidas y procedimientos vinculados al acceso a la residencia y a la regularización migratoria. Al respecto, UNICEF ha señalado diversos argumentos basados en los derechos reconocidos en la Convención, por los cuales los Estados deben adoptar una serie de medidas dirigidas a regularizar la situación migratoria de los NNA y/o sus padres (UNICEF, 2020). Por su parte, los Comités, reconociendo "las repercusiones negativas que tiene en el bienestar de los niños el hecho de estar en una situación migratoria insegura y precaria [...] recomiendan que los Estados garanticen [...] procedimientos claros y accesibles para determinar la situación de los niños a fin de que puedan regularizarla por diversos motivos (como la duración de la residencia)" (CRC-CMW, 2017b, p. 18).

En los párrafos precedentes he descrito algunos de los estándares principales que tienen que ser incorporados a las medidas que todo Estado

debe implementar para garantizar la Convención sobre los Derechos del Niño, y otras conexas ratificadas por cada país, como la relativa a trabajadores/as migrantes. En la misma dirección, es interesante observar cómo estas directrices se refuerzan a partir de su puesta en práctica por los Comités, a través de su trabajo de examen periódico de la situación en cada Estado.

El Comité de Derechos de Trabajadores Migratorios y sus Familiares, al examinar la realidad sobre los derechos de NNA en contexto migratorio en México, instó al Estado a que:

- a) Implemente a la mayor brevedad posible un procedimiento interinstitucional de determinación del interés superior del niño, coordinado por [autoridades] del Sistema de Protección Integral de Niños Niñas y Adolescentes [...] asegurando las debidas garantías procesales, incluyendo el derecho a la información y asistencia jurídica gratuita por parte de profesionales especializados en derechos de niños, niñas y adolescentes, y en caso de niños no acompañados, de un tutor, el cual debe velar por el interés superior de los niños, niñas y adolescentes en todo el proceso; [...]
- d) Asegure que los niños, niñas y adolescentes tengan acceso inmediato a procedimientos relacionados a la regularización y protección internacional [...] [CMW, 2017c, p. 56].

Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño, indicó al Estado austríaco a que

- de inmediato: a) Vele por que las autoridades de bienestar y protección infantil participen activamente en todos los casos relativos a los niños no acompañados lo antes posible, entre otras cosas, mediante modificaciones legislativas; b) Vele por que se asigne un tutor a todos los menores no acompañados o separados de su familia sin demora a su llegada al Estado parte [CRC, 2020a, p. 40].

Al Estado costarricense, a su vez, recomendó que las autoridades a cargo de los procedimientos de asilo respeten "el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial en todas las decisiones", y asegure, en los "procedimientos relativos a NNA no acompañados, solicitantes de asilo y refugiados, que "se ajusten plenamente a la Convención" (CRC, 2020b, p. 43).

En el caso de Hungría, el Comité de Derechos del Niño instó al Estado a que de inmediato modifique la ley de asilo "para prohibir la expulsión inmediata de los niños, y las familias de éstos, que se encuentren en situación irregular en el Estado parte y no hayan tenido la oportunidad de solicitar asilo, velando por que la ley de asilo se ajuste a la Convención" (CRC, 2020c, p. 39). De la misma manera, indicó al Estado australiano que reforme la Ley de Inmigración, a fin de "crear un puesto independiente de tutor para los niños", garantizar "que el interés superior del niño sea una consideración primordial en todas las decisiones y acuerdos relacionados con la reubicación de los niños solicitantes de asilo, refugiados y migrantes", e introduzca "mecanismos adecuados para supervisar el bienestar de los niños involucrados en procesos de solicitud de asilo, de solicitud de la condición de refugiado y de migración" (CRC, 2019, p. 45).

A partir del análisis de las recomendaciones de los Comités es posible observar también la multiplicidad de procedimientos administrativos migratorios que impactan en los derechos de los NNA, así como la responsabilidad de los diferentes Estados para asegurar una justicia adaptada a la infancia. En ese sentido, algunas recomendaciones son dirigidas a los países de origen de las niñas, niños y adolescentes migrantes y solicitantes de asilo, especialmente a través de protección consular y la cooperación y diálogo bilateral con los Estados de tránsito o destino en los que se encuentran los NNA y familias migrantes. En el examen periódico de Honduras (CMW, 2016, pp. 41, 55), el Comité de Trabajadores Migratorios recomendó al Estado que:

- Elabore una política de protección consular para la protección de los derechos de las personas migrantes en el exterior, asignando recursos humanos y financieros para su efectiva aplicación, y contratando personal especializado en derechos de la niñez y enfoque de género;
- Adopte todas las medidas apropiadas para garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes en el contexto de la migración, fortaleciendo la cooperación con países de tránsito y destino para el establecimiento de políticas y protocolos dirigidos a que:
 - se ponga fin a la privación de la libertad de niños y niñas en razón de su condición migratoria o la de sus padres;
 - se elabore, en caso de NNA no acompañados, un procedimiento de interés superior de la niñez.
 - se garantice que ningún NNA sea repatriado sin que sea una decisión fundada adecuadamente en su interés superior;
 - se les asegure garantías de debido proceso como el derecho a un tutor, a la asistencia legal, a ser oído y a un recurso efectivo;
 - se realice una evaluación del interés superior de la niñez en el marco de los procedimientos migratorios de sus padres, y según su edad y madurez, se garantice la participación del niño en esos procesos

Como es evidente, una "justicia migratoria" adaptada a la infancia supone la incorporación de múltiples aspectos de los derechos y las garantías de los niños, niñas y adolescentes a los diferentes y variados procedimientos administrativos en materia de movilidad humana. Los estándares desarrollados por los órganos competentes para ello —descritos aquí de manera incompleta— son herramientas medulares para ese proceso de adaptación. Como explicaré brevemente a continuación, son numerosos los desafíos existentes para alcanzar esa meta (jurídicamente obligatoria), en tanto coexisten retos pendientes tanto en el ámbito de las políticas migratorias como en el de la niñez y adolescencia.

3. Enfoques errados, abusos, obstáculos, lagunas y deficiencias: retos para adaptar los procedimientos administrativos migratorios a los derechos de la niñez y adolescencia

El análisis, desde un enfoque de derechos humanos —en general— y de derechos de niñas, niños y adolescentes —en particular— de los procedimientos implementados por la mayoría —sino todos— los países en materia de ingreso, permanencia o salida forzosa de personas en contexto de movilidad humana, evidencia un escenario preocupante, complejo y desafiante. Si tenemos en cuenta los estándares descritos en las secciones previas, las diferencias entre el ser y el deber ser pueden ser diversas y numerosas, y en muchos casos profundas, o incluso radicalmente opuestas.

Para ello, bastaría leer las preocupaciones de los Comités de Naciones Unidas en las que se basan las recomendaciones transcritas en la sección anterior, efectuadas a prácticamente todos los Estados parte de la Convención sobre los Derechos del Niño¹ y/o de la Convención sobre los Derechos de Trabajadores Migrantes.² Las observaciones realizadas por los Comités revelan los múltiples problemas y retos pendientes con respecto a la adecuación de los procedimientos migratorios a los derechos de NNA, y, por ende, en el marco normativo, el organigrama institucional, el enfoque que guía esos procesos, y otros elementos de políticas públicas que luego conducen a la distancia entre esos procedimientos y los estándares de derechos que deberían asegurarse en los mismos. Lo mismo ocurre con las observaciones y recomendaciones de otros Comités que supervisan la aplicación en cada Estado de los demás tratados de derechos humanos.³

¹ Véanse las observaciones y recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño a los Estados en: «https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/SessionsList.aspx?Treaty=CRC».

² Véanse las observaciones y recomendaciones del Comité para la protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y sus Familiares a los Estados parte de la Convención en: «https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/SessionsList.aspx?Treaty=CMW».

³ Por ejemplo, en materia de niñas y adolescentes migrantes, pueden encontrarse las recomendaciones del Comité sobre la Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW),

De la misma manera, la jurisprudencia del Comité de los Derechos del Niño en el marco del procedimiento de denuncias individuales regulado en el Tercer Protocolo a la Convención,⁴ permite identificar, a través de casos concretos, cómo esos procedimientos impactan negativamente en la realización de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en contexto migratorio. Cada caso evidencia la ausencia de garantías procesales básicas en procedimientos de admisión en frontera, procesos de determinación de la edad para adolescentes no acompañados, o en procedimientos de asilo, entre otros.⁵

En igual dirección, las diversas deficiencias en materia de derechos humanos de la niñez y adolescencia en el contexto de procedimientos de movilidad humana pueden encontrarse en más fuentes especializadas, tales como: informes de organismos de los sistemas regionales y universal de protección de derechos (Relator ONU derechos de migrantes, 2020; 2019, 2018, 2009; CIDH, 2015); sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (casos *Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia y Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana* de 2013 y 2014 respectivamente); informes de agencias de naciones Unidas (UNICEF, 2016, 2019b; OIM, 2019); reportes de diferentes instituciones sociales y académicas (UNICEF-UNLa, 2010; Ceriani Cernadas -coord.-, 2012; Ortega Velázquez, 2015; Ceriani, Fridman y Musalo -coords.-, 2015, entre muchos otros).

Podrían identificarse numerosos motivos para explicar este escenario tan desafiante. Uno de ellos tiene que ver con el propio carácter administra-

o de niñas y niños migrantes con discapacidad, las del Comité sobre Derechos de Personas con Discapacidad (CDPD).

⁴ Todas las decisiones del Comité de los Derechos del Niño sobre casos individuales pueden consultarse en: «<https://juris.ohchr.org/en/search/results?Bodies=5&sortOrder=Date>». Aquí también se puede observar un aspecto cuantitativo importante: desde que se inició este mecanismo de peticiones individuales en las que se alegan violaciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, la gran mayoría de casos recibidos (alrededor de un 80%) están referidos a niñas, niños y adolescentes en contextos migratorios.

⁵ Se pueden leer algunas breves notas sobre las decisiones del CRC en casos sobre niñez migrante y refugiada, en Ceriani Cernadas (2020), Desmet y Lembrechts (2021), Klaasen y Dorber (2019), Morlachetti (2019).

tivo de esta clase de procedimientos. Como ocurre con la mayoría de los procedimientos conducidos por autoridades administrativas (sin perjuicio de las diferencias de país a país), es común que no estén adecuadamente incorporadas —por ley o en la práctica— algunas garantías básicas de debido proceso, como el derecho a la información, a presentar pruebas, a la asistencia jurídica gratuita, a recursos efectivos, a tener audiencias u otras instancias orales y públicas, entre otras.

El derecho a una debida fundamentación de las decisiones, ponderando los derechos en juego —y en especial, teniendo en cuenta una perspectiva de derechos humanos— es otro de los problemas característicos de los procedimientos administrativos. También, la limitada independencia e imparcialidad de los organismos competentes (investigan, juzgan y sancionan) y en particular, la falta de capacitación en derechos humanos de las personas que conducen estos procesos. Ante esto último cabe agregar la —menor aún— formación en derechos de niñas, niños y adolescentes, que pueden verse afectados en procedimientos usualmente diseñados para personas adultas.

Cuando se trata de los procedimientos administrativos en materia de movilidad humana, es posible identificar explicaciones —y, por ende, desafíos— adicionales. Una de ellas es la influencia de un enfoque de seguridad "mal" asociado a las migraciones, el cual redundando en procedimientos que carecen de requisitos mínimos de transparencia y democratización, de elementos básicos en un Estado de Derecho. Me refiero, por ejemplo, a decisiones administrativas que conducen a la privación de la libertad de niñas, niños, adolescentes y familias sin siquiera dedicar un párrafo a fundamentar por qué se restringe un derecho tan fundamental a personas —en general— y a NNA —en particular—, con base en una situación administrativa. O diversas formas de devolución, retorno, expulsión del país de NNA y/o sus familiares, que repercuten directamente en la afectación de derechos humanos, incluyendo el derecho a la vida. El uso de eufemismos para intentar eludir, en estos procedimientos,

la inclusión de garantías sustantivas y procesales imprescindibles es otra nota característica (Ceriani Cernadas, 2016).

Vinculada a ello está la cuestión que señalé al comienzo de este trabajo con respecto al enfoque sesgado de las políticas migratorias, que tienden a omitir aspectos sociales centrales para comprender la multidimensionalidad de las migraciones y el carácter esencialmente humano que tienen. Una mirada integral, ajustada no solamente a la realidad de los procesos migratorios, sino principalmente a las características que deben tener todas las políticas públicas en un Estado democrático y de Derecho(s), debería conducir indefectiblemente a la incorporación de todas las reglas procesales y salvaguardas sustantivas de derechos humanos que correspondan.

En el caso concreto de la niñez y adolescencia, este enfoque acotado incide no solamente en la falta de capacitación —en derechos de NNA— de los organismos migratorios, sino también en la competencia casi exclusiva que se les otorga para adoptar decisiones. Como vimos en el caso de los estándares desarrollados en la materia, las instituciones de los sistemas de protección de los derechos de la infancia deberían tener una función central en todo proceso que impacte en los derechos de niñas, niños y adolescentes, incluyendo los procedimientos de migración y asilo. Reformas normativas e institucionales pendientes en la mayoría de los países —o la implementación efectiva de cambios ya hechos— explican la invisibilidad de los NNA como sujetos plenos de derechos en los procedimientos de movilidad humana que les afectan.

Sin agotar —en modo alguno— las explicaciones de estos desafíos, es oportuno subrayar que esta clase de problemas se complementan con aquellos derivados de la implementación incompleta de la Convención sobre los Derechos del Niño en muchos países, como ocurre en la mayoría de los Estados de América Latina y el Caribe. La pervivencia del enfoque tutelar (pre-convencional), la debilidad de los sistemas de protección integral, el desconocimiento de realidades específicas (como las de NNA en contexto de movilidad humana), la falta de enfoques transversales —en los

planos vertical y horizontal— dentro de los Estados, se suman a los obstáculos que vienen de la política migratoria (como la mirada securitaria) y aquellos propios de todo procedimiento administrativo.

4. Notas breves sobre acceso a la justicia y a la protección judicial de NNA en contexto migratorio

Otros trabajos de esta publicación analizan en profundidad diversos aspectos del acceso a la justicia y el rol del Poder Judicial para la protección de los derechos de NNA en contexto migratorio. En tanto este trabajo se centra en una etapa previa, la esfera administrativa, creo que es importante agregar al menos unos comentarios puntuales sobre el puente entre ambos procedimientos en los que se ponen en juego los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Aludo principalmente a dos cuestiones.

En primer lugar, a que a los múltiples problemas que encontramos en los procedimientos administrativos que afectan sus derechos, se deben sumar las trabas que —por ley o de facto— se imponen para cuestionar las decisiones —o el mismo procedimiento— ante un/a juez/a o tribunal. En efecto, diversas leyes migratorias establecen restricciones específicas para el ejercicio del derecho a acceder a la justicia. Enfoques desfasadamente arbitrarios que prohíben recurrir la decisión de autoridades migratorias (por ejemplo, de denegación de ingreso y devolución), la imposición de plazos procesales que hacen ilusorio el recurso de impugnar en sede judicial una decisión administrativa, o, entre otros, la exigencia de una tasa de servicios impagable para muchas personas migrantes como requisito para presentar el recurso, están entre esos obstáculos.

Esos problemas, junto al catálogo de deficiencias procesales de los procedimientos administrativos —como la falta de asistencia jurídica gratuita— tienden a impedir que las personas migrantes y refugiadas, y más aún, las niñas, los niños y adolescentes, accedan al sistema de administración de justicia en busca de la protección de derechos que no han tenido en sede administrativa. Al respecto, es importante destacar nuevamente lo

subrayado en una de las observaciones generales conjuntas de los Comités: el acceso a la justicia es un derecho fundamental en sí mismo y una condición previa para la protección y promoción de todos los demás derechos humanos, y por eso es de capital importancia que cada niño, en el contexto de la migración internacional, esté facultado para reclamar sus derechos. La responsabilidad de los Estados parte requiere intervenciones estructurales y proactivas para garantizar un acceso a la justicia justo, efectivo y rápido (CMW-CRC, 2017b, p. 14).

En segundo lugar, es preciso señalar que, aun cuando hay un reconocimiento expreso sobre el derecho a acceder al sistema de administración de justicia para la evaluación de decisiones administrativas en materia de movilidad humana, y hay recursos para ello, el problema puede estar en el tipo de revisión de la justicia sobre el accionar de las autoridades migratorias. En diversas ocasiones, en buena medida —otra vez— por los resabios de una mirada de los temas migratorios desde una lente que asocia la soberanía nacional con cuestiones de seguridad, el control judicial se limita a la verificación de algunos aspectos formales básicos, como el principio de legalidad o si la decisión fuera dictada por el organismo competente, sin entrar a analizar elementos esenciales sobre derechos en juego afectados por la decisión administrativa.

En muchos casos, este problema se origina en la legislación. En efecto, algunas leyes migratorias establecen límites explícitos a la revisión judicial de decisiones de los organismos migratorios. Por supuesto, esto no debería limitar el accionar de los tribunales de justicia, especialmente en tanto haya derechos humanos afectados por esas decisiones, pero efectivamente opera como traba y muchos tribunales tienden a aceptar esos límites. Esta aceptación se vincula, en mi opinión, con la falta de capacitación adecuada en materia migratoria y, por ende, con una aceptación (explícita o implícita) de los enfoques más desfasados o restrictivos de las políticas migratorias como ámbitos que deben tener otros niveles de transparencia, control, en contra de principios básicos de un sistema democrático y un Estado de Derecho.

Estos motivos explican en buena medida que se puedan encontrar decisiones judiciales que avalen, sin un análisis mínimo, detenciones administrativas por razones migratorias, sin siquiera aplicar los estándares básicos que protegen el derecho a la libertad en procesos penales —aun cuando aquí, al no tratarse de delitos, el estándar debería ser mucho más estricto—. O, entre otras, decisiones que rechazan el recurso judicial contra decisiones administrativas, a pesar de las evidencias que prueban que la responsabilidad es atribuible a la ausencia de reglas procesales básicas en esos procedimientos migratorios.

Esta clase de problemas —dentro del sistema judicial— se observa también en los países en los cuales algunos temas de movilidad humana se dirimen directamente en sede judicial —y no en procedimientos administrativos—. Éste es el caso, por ejemplo, de los Estados Unidos de América. Un sinnúmero de decisiones de las Cortes de Inmigración del país evidencia no solamente las serias limitaciones en cuanto al enfoque de derechos, sino también la profunda influencia de la perspectiva de seguridad atribuida a todo tema migratorio. Ello, sin perjuicio de una jurisprudencia que, al contrario, ha definido una serie de estándares de protección de derechos, incluso en casos relativos a niñas, niños y adolescentes.

En línea con esto último, es importante destacar también que, a lo largo de los últimos años, tanto en América Latina como en otras regiones, se ha venido desarrollando una creciente y progresiva actuación de los tribunales de justicia como órganos de protección de derechos de las personas migrantes y refugiadas, incluyendo las niñas, los niños y adolescentes en contextos de movilidad humana. Año tras año, se dictan más sentencias que analizan con cierta profundidad los derechos en juego, a partir de una interpretación amplia y adecuada de todas las normas aplicables, y especialmente de la Convención sobre los Derechos del Niño. Otros artículos de esta publicación posiblemente den cuenta de esta incipiente tendencia que puede verificarse en algunas decisiones judiciales recientes.

V. Reflexiones finales

En prácticamente todos los procedimientos administrativos de movilidad humana se ponen en juego derechos. Derechos de niñas, niños y adolescentes como el derecho a la libertad, a la vida en familia, al asilo, a la protección contra la violencia y la explotación, o incluso el derecho a la vida o la integridad física, a acceder a una asistencia humanitaria básica y urgente, entre muchos otros, pueden depender de la decisión de una autoridad migratoria o de frontera. Esta decisión, a su vez, depende, y mucho, del procedimiento establecido para ello.

Los órganos internacionales creados por los Estados —mediante los tratados internacionales que los mismos Estados, soberana y voluntariamente, firmaron, aprobaron y ratificaron— han desarrollado, en el ejercicio de su competencia, una serie de estándares y principios que deben guiar las políticas públicas en los temas que he analizado en estas páginas. Los procedimientos administrativos relativos al ingreso a un territorio, o para transitar por el mismo o permanecer allí, o para dictar una medida de salida forzosa, entre otros, deben cumplir debidamente con las obligaciones legales asumidas. Una justicia adaptada a la infancia exige revisar y reformular todo procedimiento administrativo que pueda afectar los derechos de niñas, niños y adolescentes. Y no hay razón alguna para excluir de este deber básico los procedimientos migratorios.

Sin embargo, como vimos muy sintéticamente, estos procedimientos presentan enormes retos. Su diseño legislativo, o su reglamentación, o los mecanismos establecidos para su implementación adecuada, están entre las razones que explican las brechas entre las obligaciones que tienen los Estados en materia de derechos humanos, en general, y derechos de niñas, niños y adolescentes, en particular. Y detrás de ello, por lo general, nos encontramos con un enfoque erróneo, sesgado, inefectivo y dañino (en derechos) de las políticas de movilidad humana, que precisan reformas sustantivas que garanticen un abordaje comprehensivo y holístico, incluyendo un enfoque de derechos.

Por ello, resulta imprescindible que los Estados adopten todas las medidas necesarias, incluyendo las legislativas e institucionales, para garantizar una justicia migratoria (administrativa y judicial) adaptada a la infancia. No es posible hablar de un Estado de Derecho completo y realizado mientras persistan actuaciones administrativas que omiten elementos básicos derivados de obligaciones legales ineludibles, en el marco de procedimientos en los que están en juego derechos básicos de niñas, niños y adolescentes. Realidades como la privación de libertad de miles de NNA por razones administrativas (en realidad, condiciones de vulnerabilidad que deberían dar lugar, al contrario, a su protección), la separación de familias por los mismos motivos, o el retorno de niños, niñas y adolescentes a lugares en los que su vida puede estar en peligro, deben ser revertidas con todas las herramientas al alcance de un Estado. Una revisión exhaustiva de los procedimientos administrativos en materia de movilidad humana, desde un enfoque de los derechos de la infancia, es un buen punto de partida para alcanzar esos objetivos.

Bibliografía

- Abramovich, V., Ceriani Cernadas y P., Morlachetti, A. (2011), *The Rights of Children, Youth, and Women in the Context of Migration. Conceptual Basis and Principles for Effective Policies with a Human Rights and Gender Based Approach*.
- Asociación Internacional de Magistrados de la Juventud y Familia (2016), *Directrices sobre los niños en contacto con el sistema de Justicia*, elaboradas por el Grupo Internacional de Trabajo de la AIMJF, Londres, 21 de octubre de 2016.
- Ceriani Cernadas, Pablo (2009), "Control migratorio europeo en territorio africano: la omisión del carácter extraterritorial de las obligaciones de derechos humanos", *SUR Revista Internacional de Derechos Humanos*, año 6, núm. 10, San Pablo, junio de 2009.

_____ (2015), "The human rights of children in the context of migration", en Sara Lembrechts (eds), *Routledge International Handbook of Children's Rights Studies*, Routledge, Abingdon, Oxon, y Nueva York, NY.

_____ (2016), "El lenguaje como herramienta de la política migratoria. Notas críticas sobre el concepto de 'migrante económico' y su impacto en la vulneración de derechos", en *SUR Revista Internacional de Derechos Humanos*, año 13, núm. 23, San Pablo.

_____ (2020), *Communications No. 16/2017 A.L. v. Spain; 17/2017 M.T. v. Spain; 22/2017 J.A.B. v. Spain; 24/2017 M.A.B. v. Spain and 27/2017 R.K. v. Spain*. Leiden Children's Rights Observatory Case Notes. Disponible: «<https://childrensrightsobservatory.nl/case-notes>».

Ceriani Cernadas, P. (coord.) (2012), *Niñez Detenida. Los derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes en la frontera México-Guatemala. Diagnóstico y propuestas para pasar del control migratorio a la protección integral de la infancia*. Editorial Fontamara, Ciudad de México.

Ceriani Cernadas, P., Musalo, K., y Frydman, L. (eds./coords.). (2015), *Niñez y Migración en Centro y Norte América: causas, políticas, prácticas y desafíos*, Oakland-Lanús, febrero de 2015. Versiones en castellano e inglés disponibles en: «<https://cgrs.uchastings.edu/Ninez-Migracion-DerechosHumanos>».

CIDH (2015), *Situación de derechos humanos de familias, niños, niñas y adolescentes no acompañados refugiados y migrantes en los Estados Unidos de América*, OAS/Ser.L/V/II.155, del 24 julio de 2015.

_____ (2019), *Principios Interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, incluidos los refugiados*,

los apátridas y las víctimas de la trata de personas, resolución 04/19, aprobada por la Comisión el 7 de diciembre de 2019.

CMW (2016), Observaciones finales sobre el informe inicial de Honduras, 3 de octubre de 2016, CMW/C/HND/CO/1, pp. 41 y 55.

_____ (2017c), Observaciones finales sobre el tercer informe periódico de México, 27 de septiembre de 2017, CMW/C/MEX/CO/3, p. 56.

CMW-CRC (2017a), Observación General Conjunta núm. 3 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 22 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional, CMW/C/GC/3–CRC/C/GC/22, 16 de noviembre de 2017, pp. 4, 11, 13, 14, 29, 30, 32 y 36-38.

_____ (2017b), Observación General Conjunta núm. 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno, CMW/C/GC/4–CRC/C/GC/23, 16 de noviembre de 2017, pp 14-19.

Comité de los Derechos del Niño CRC (2009), Observación General núm. 12. El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, pp. 1, 33 y 34.

_____ (2013), Observación General núm. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración

primordial (artículo 3, párrafo 1). CRC/C/GC/14, 20 de julio de 2013, pp. 4, 6, 30 y 88.

_____ (2019), Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de Australia. 1 de noviembre de 2019, CRC/C/AUS/CO/5-6. p. 45.

_____ (2020a), Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de Austria, 6 de marzo de 2020, CRC/C/AUT/CO/5-6.

_____ (2020b), Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de Costa Rica, 4 de marzo de 2020, CRC/C/CRI/CO/5-6, p. 43.

_____ (2020c), Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Hungría, 3 de marzo de 2020, CRC/C/HUN/CO/6, p. 39.

Corte IDH (2013), Caso de la Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia, sentencia del 25 de noviembre de 2013.

_____ (2014), Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana, sentencia del 28 de agosto de 2014. pp. 109 y 111.

_____ (2014), Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o con necesidades de protección internacional, Opinión Consultiva OC-21/14, del 19 de agosto de 2014.

CRIN (2011), La justicia adaptada para los niños y los derechos del niño, Londres

Desmet, Ellen y Lembrechts, Sara (2021), Communication 56/2018: V.A. v. Switzerland. Leiden Children's Rights Observatory Case Notes, p. 2.

EU Fundamental Rights Agency (2019).

Klaasen, Mark y Dorber, John (2019), Communication 11/2017 N.B.F. v. Spain. Leiden Children's Rights Observatory Case Notes.

Morchaletti, Alejandro (2019), Communication 4/2016 D.D. v. Spain. Leiden Children's Rights Observatory Case Notes.

OIM (2019), IML Information Note on Access to Justice: A Migrant's Right, Geneva, June 2019, p. 14.

Ortega Velázquez, Elisa (2015), "Los niños migrantes irregulares y sus derechos humanos en la práctica europea y americana: entre el control y la protección", Boletín mexicano de derecho comparado, vol. 48, núm. 142, México, ene-abr. 2015.

Relator de Derechos de Migrantes (2009), La migración y los derechos de los niños, niñas y adolescentes, A/64/213, del 3 de agosto de 2009.

_____ (2018), Acceso a la justicia de las personas migrantes, A/73/178/Rev.1, del 25 de septiembre de 2018.

_____ (2019), Los efectos de la migración en las mujeres y las niñas migrantes: una perspectiva de género, A/HRC/41/38, del 15 de abril de 2019.

_____ (2020), Poner fin a la detención de niños por razones de inmigración y proporcionarles cuidado y acogida adecuados, A/75/183, del 20 de julio de 2020.

UNICEF, Social Policy Working Paper. Disponible en: «<http://www.corteidh.or.cr/sitios/Observaciones/25/AnexoIII.pdf>».

_____ (2016), Uprooted: The growing crisis for refugee and migrant children, New York, September 2016.

_____ (2019b), Los derechos de los niños y niñas no acompañados en la Frontera Sur Española, UNICEF Comité Español, Madrid, febrero de 2019.

_____ (2020), La regularización migratoria como condición esencial para la protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes en contexto de movilidad humana, nota Técnica, Panamá, mayo de 2020

El interés superior de niñas, niños y adolescentes y la protección internacional de personas refugiadas*

Mark Manly**

Carlos Uriel Salas Segovia***

Resumen

Casi la mitad de las personas desplazadas por la fuerza en el mundo son niñas, niños y adolescentes. Este contexto, aunado a las necesidades específicas de niñas, niños y adolescentes refugiados, solicitantes de asilo y retornados, hace imperativo que el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados coloque como una prioridad proteger y promover los derechos de estos grupos de personas, desde una posición complementaria a la obligación primaria de los Estados, y paralelamente, en cumplimiento a su propio mandato. El interés superior de la niñez, entendido de manera simultánea como un derecho sustantivo, un principio jurídico y una norma de procedimiento, debe ser el hilo conductor en la estructura de los programas de protección de la infancia.

* En la elaboración del presente artículo, los autores agradecen la revisión del mismo por parte de María Isabel Remolina, Oficial Asociada de Protección en ACNUR México. Las opiniones expresadas en este artículo son de los autores y no necesariamente representan la posición de las Naciones Unidas o del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.

** Fue Representante del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados en México desde 2015 a julio de 2021.

*** Oficial Asistente de Enlace en la Oficina del ACNUR en México.

Su evaluación y determinación deben además estar dirigidas al bienestar integral de cada niña, niño y adolescente, con objeto de garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos sus derechos. De esta manera, los argumentos que buscan anteponer falsamente el interés superior de la niñez, u otros principios como el de la unidad familiar, para justificar cuestiones como la detención de niñas, niños y adolescentes, no son compatibles con la naturaleza propia de estos principios.

I. El trabajo del ACNUR en la protección de niñas, niños y adolescentes

La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (en adelante "el ACNUR") es un órgano subsidiario de las Naciones Unidas establecido por la Asamblea General mediante la resolución 319A (IV) de 3 de diciembre de 1949. De conformidad con la "Convención sobre el Estatuto de los Refugiados" de 1951 y su "Estatuto", el ACNUR es una organización humanitaria y apolítica, cuyo mandato incluye el proporcionar protección internacional a las personas solicitantes de la condición de refugiado y a las personas refugiadas, y apoyar a los gobiernos a buscar soluciones permanentes a su situación.

Una de las prioridades del ACNUR es proteger y promover los derechos de niñas, niños y adolescentes. Esto incluye de manera específica a personas solicitantes de asilo, refugiadas, apátridas, retornadas y desplazadas internas. Hay un amplio cuerpo de doctrina que guía las acciones del ACNUR en materia de protección de niñas, niños y adolescentes. El Comité Ejecutivo del ACNUR, conformado por gobiernos, ha adoptado dos conclusiones clave al respecto: la "Conclusión No. 105 (LVII)", de 2006, sobre las mujeres y las niñas en situación de riesgo y la "Conclusión No. 107 (LVIII)", sobre los niños en situación de riesgo. En relación con la protección de niñas y niños en el ámbito de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados la Oficina ha emitido, con base en el artículo 35 de dicha Convención que establece su responsabilidad de supervisión de la misma, las "Directrices de Protección Internacional No. 8: Solicitudes

de asilo de niños bajo los artículos 1 (A) 2 y 1 (F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados" de 2009. Además, hay una serie de documentos detallados de política de la Oficina de suma relevancia, incluyendo las "Directrices sobre los niños refugiados" de 1998; la "Política del ACNUR sobre los niños refugiados" de 1993; las "Directrices sobre protección y cuidado" de 1994; la "Nota resumen: Estrategia y actividades del ACNUR respecto a los niños y las niñas refugiados" de 2005; el "Marco de rendición de cuentas para la integración de la perspectiva de edad, género y diversidad" de 2007; el "Manual del ACNUR para la protección de mujeres y niñas" de 2008; las "Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño" de 2008; y la "Política de edad, género y diversidad: El trabajo con las personas y las comunidades por la igualdad y la protección" de 2011.

En línea con los documentos anteriores, en el 2012, el ACNUR estableció en "Un marco para la protección de niños" (Marco), en el cual se reconoce que casi la mitad de las personas desplazadas por la fuerza en el mundo son personas menores de 18 años de edad, de manera que un gran número de niñas, niños y adolescentes refugiados viven toda su infancia en desplazamiento. De conformidad con las cifras actualizadas de las "Tendencias Globales de Desplazamiento Forzado", de 79.5 millones de personas desplazadas forzosamente a nivel mundial a finales de 2019, 40% son niñas, niños y adolescentes, lo que se traduce en un aproximado de 30 a 34 millones de niñas, niños y adolescentes desplazados forzosamente en el mundo (ACNUR, 2019, p. 2).

A la luz de las anteriores cifras, los niños, niñas y adolescentes refugiados, desplazados internos y apátridas corren un mayor riesgo que los adultos de ser víctimas de abuso, abandono, violencia, explotación, trata o reclutamiento forzoso. La alta proporción de niñas, niños y adolescentes entre las poblaciones desplazadas y el hecho de que este grupo enfrenta riesgos específicos de protección, hace imperativo que el ACNUR coloque

como una prioridad clave el responder a sus necesidades específicas (ACNUR, 2012, p. 7).

El Marco elaborado en 2012 reconoce el carácter fundamental de la protección de niñas, niños y adolescentes, y pone en el centro del trabajo del ACNUR la protección de este grupo con necesidades específicas. Para ello, articula los siguientes seis objetivos que representan el compromiso del ACNUR para proteger y asegurar los derechos de niñas, niños y adolescentes con necesidades de protección internacional:

- Las niñas y los niños están seguros donde viven, aprenden y juegan.
- La participación y la capacidad de los niños y niñas son parte integral de su protección.
- Las niñas y los niños tienen acceso a procedimientos que tienen en cuenta sus necesidades.
- Las niñas y los niños obtienen documentación legal.
- Las niñas y los niños con necesidades específicas reciben apoyo específico.
- Las niñas y los niños logran soluciones duraderas atendiendo a su interés superior (ACNUR, 2012, 9).

El Marco aplica además un enfoque sistémico de protección a la niñez, que incluye las acciones de los responsables en todos los ámbitos (familiar, comunitario, nacional e internacional) para mitigar y responder a los riesgos de protección que esta población enfrenta. Asimismo, reconoce a niñas, niños y adolescentes como titulares de derechos; pone énfasis en su capacidad de participar en su propia protección; se centra en la prevención y respuesta a los abusos, abandono, violencia y explotación infantil, y enfatiza la necesidad de reforzar el trabajo en asociación (ACNUR, 2012, p. 9).

Sobre la situación particular de niñas, niños y adolescentes con necesidades de protección internacional en las Américas, en el 2014 ACNUR

publicó dos informes sobre el desplazamiento forzado de este grupo. El primero se centró en México: *"Arrancados de raíz - Causas que originan el desplazamiento transfronterizo de niños, niñas y adolescentes no acompañados y separados de Centroamérica y su necesidad de protección internacional"*. El segundo fue llamado *"Niños en fuga"*, y se enfocó en los niños de México, El Salvador, Honduras y Guatemala en los Estados Unidos de América. Se detectó que al menos 58% de los niños, niñas y adolescentes entrevistados habrían señalado razones relacionadas con riesgo y protección como motivos de salida de sus países de origen, indicando así que podrían necesitar protección internacional (ACNUR, 2014). Estos dos documentos dan muestra del contexto particular en la región latinoamericana y las amplias necesidades de protección de niñas, niños y adolescentes.

Durante el desarrollo de las acciones que el ACNUR desempeña en atención a su mandato, se enfrenta comúnmente a una diversidad de decisiones que tienen impacto en niñas, niños y adolescentes, por lo que, como se verá más adelante con mayor detenimiento, dichas decisiones deben guiarse en todo momento por el principio del interés superior de la niñez. Ejemplo de estas determinaciones incluyen evaluar las necesidades específicas de protección de niñas, niños y adolescentes, buscar una solución duradera, o medidas de cuidado alternativo para aquellos que se encuentran no acompañados.

En este sentido, a fin de guiar el trabajo del ACNUR e identificar los estándares aplicables en materia de determinación del interés superior de la niñez, en el 2008 el ACNUR desarrolló las *"Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño"* y en el 2011 generó un *"Manual de terreno para la implementación de las directrices"* de 2008. Como resultado de las experiencias obtenidas en la implementación de las directrices de 2008 y el Manual de 2011, el ACNUR publicó en 2018 las *"Directrices para evaluar y determinar el interés superior de la niñez"*. Este último documento buscó suplir los documentos anteriores,

con la idea de dar guía al trabajo que desempeña el ACNUR; adicionalmente, el documento contiene elementos sumamente relevantes para promover la inclusión de la infancia con necesidades de protección internacional en los sistemas nacionales de protección a la niñez, y específicamente, contiene referencias sumamente valiosas en torno a la gestión de casos y la implementación de procedimientos del interés superior.

En razón de lo anterior, el presente artículo retomará en gran medida los estándares ya desarrollados por el ACNUR en sus Directrices de 2018. Asimismo, se hará referencia a otros estándares desarrollados en el ámbito internacional en materia de interés superior de la niñez.

II. El principio del interés superior de la niñez

La "Convención sobre los Derechos del Niño" fue aprobada el 20 de noviembre de 1989 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante la resolución 44/25 (Asamblea General, 1989). Actualmente, los 196 Estados Partes de la Convención, son a su vez Partes de la "Carta de las Naciones Unidas". El único Estado Miembro de las Naciones Unidas que no es parte de la Convención es los Estados Unidos de América. Esto refleja el nivel de aceptación por parte de la comunidad internacional de las normas contenidas en la Convención y su naturaleza como normas de costumbre internacional.

La Convención sobre los Derechos del Niño constituye el principal instrumento jurídico a nivel internacional sobre la protección de niñas, niños y adolescentes, e incluye entre sus disposiciones los derechos humanos de la infancia que a su vez se encuentran en otros instrumentos de aplicación universal. Entre los principios que recoge la Convención sobre los Derechos del Niño se identifican: (i) el interés superior de la niñez ; (ii) el principio de no discriminación; (iii) el derecho a la vida y el deber de garantizar en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo de niñas y niños, y (iv) la libertad de opinión de niñas, niños y adolescentes, en consideración de su edad y nivel de madurez.

Adicionalmente, respecto a niñas, niños y adolescentes solicitantes de asilo y refugiados, la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce las necesidades especiales de protección que requieren al señalar que los Estados deben adoptar

medidas adecuadas para lograr que el niño que trata de obtener el estatuto de refugiado o que sea considerado refugiado de conformidad con el derecho y los procedimientos internacionales o internos aplicables reciba, tanto si está solo como si está acompañado de sus padres o de cualquier otra persona, la protección y la asistencia humanitaria adecuadas para el disfrute de los derechos pertinentes enunciados en la presente Convención y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos o de carácter humanitario en que dichos Estados sean partes [Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, art. 22].

Asimismo, la Convención establece la obligación a cargo de los Estados de cooperar con los organismos competentes para garantizar la protección especial y asistencia de niñas, niños y adolescentes solicitantes de asilo y refugiados.

Con la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño se codificó la aplicación formal del principio del interés superior de la niñez, al señalar que "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño" (*loc. cit.*, art.3).

El principio de interés superior de la niñez se concibe como una obligación primeramente para los Estados, e implica que todas las decisiones y medidas que se lleven a cabo en relación con niñas, niños y adolescentes, deben considerar primordialmente su interés superior. En este sentido, este principio debe ser aplicado en las decisiones que afectan de manera

individual o grupal a niñas, niños y adolescentes, incluidos refugiados, solicitantes de asilo, retornados, apátridas y solicitantes de asilo.

La Convención sobre los Derechos del Niño no proporciona una definición de "interés superior"; sin embargo, el Comité de los Derechos del Niño, en su calidad de organismo oficial para la interpretación de la Convención, adoptó la "Observación general No. 14", que interpreta de manera particular el contenido del artículo 3 del mismo ordenamiento. Al respecto, el Comité considera que el concepto de interés superior de la niñez "tiene por objeto garantizar tanto el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos en la Convención como el desarrollo integral del niño" (CDN, 2013).

De esta manera, el interés superior hace alusión primordial al bienestar de niñas, niños y adolescentes. El bienestar se encuentra determinado por "diversas circunstancias individuales, como la edad, el sexo, el nivel de madurez y las experiencias del niño o niña, así como por otros factores como la presencia o ausencia de los padres, la calidad de las relaciones entre el niño o niña y la familia o la persona cuidadora, la situación física y psicosocial del niño o niña y su situación de protección (seguridad, riesgos de protección, etc.)" (ACNUR, 2018, p. 26).

Al interpretar la Convención sobre los Derechos del Niño, el Comité considera que el interés superior de la niñez es un concepto que cuenta con tres dimensiones. Por un lado, se trata de un derecho sustantivo que exige a los Estados que se evalúe el interés superior de niños, niñas y adolescentes, y que éste sea una consideración primordial. Sin embargo, el interés superior también reúne las características de un principio jurídico, entendiéndose que, si una disposición admite más de una interpretación, se elegirá aquella que satisfaga de manera más efectiva el interés superior de la niñez. Por último, el mismo concepto constituye una norma de procedimiento, toda vez que cuando deba tomarse una decisión que afecte a un niño, niña o adolescente en concreto, a un grupo de ellos o a la infancia en general, el proceso de toma de decisiones deberá

incluir una estimación de las posibles repercusiones, ya sean positivas o negativas, de la decisión en los niños, niñas o adolescentes interesados (CDN, 2013, p. 4).

Por otro lado, el Comité ha interpretado que el contenido del interés superior de la niñez debe determinarse caso por caso y, por tanto, también debe ajustarse y definirse de manera individual. Sin embargo, el principio del interés superior también se aplica a las medidas que afectan a los niños, niñas y adolescentes como grupo, por ejemplo, cuando un Estado elabora leyes y políticas o asigna recursos, y a todas las medidas adoptadas por las instituciones públicas que afectan a las niñas, niños y adolescentes individualmente.

De esta manera, el interés superior de la niñez es entendido como un concepto flexible y adaptable, toda vez que la flexibilidad de éste permite a su vez adaptarse a la situación de cada niña, niño y adolescente y la evolución de los conocimientos en materia de desarrollo infantil. En cuanto a las decisiones particulares, el interés superior debe ser evaluado y determinado debido a las circunstancias específicas de cada niña, niño y adolescente en concreto, incluyendo el contexto, y la situación y necesidades personales. Asimismo, si se trata de decisiones colectivas, se debe evaluar y considerar el interés superior de la niñez en lo general, y atendiendo a las circunstancias de grupos concretos o de los niños, niñas y adolescentes en particular (*ibidem*, p. 10).

El principio del interés superior se aplica a todos los niños, niñas y adolescentes sin discriminación. Esto significa que se aplica tanto a las niñas, niños y adolescentes que son ciudadanos de un Estado como a los extranjeros, incluidos en este rubro los solicitantes de asilo, los refugiados y los apátridas. Asimismo, tal como reconoció el Comité en la "Observación general No. 6", el principio también se aplica tanto si los niños, niñas o adolescentes están con sus familiares como si están solos o separados (CDN, 2005).

Al analizar el interés superior de la niñez, el Comité considera que, en primer lugar, debe determinarse "cuáles son los elementos pertinentes, en el contexto de los hechos concretos del caso, para evaluar el interés superior de la niñez, dotarlos de un contenido concreto y ponderar su importancia en relación con los demás"; y, en segundo lugar, "seguir un procedimiento que vele por las garantías jurídicas y la aplicación adecuada del derecho" (CDN, 2013, p. 12). Estos dos pasos refieren a su vez a dos momentos distintos: la evaluación del interés superior y, por otro lado, la determinación del mismo.

Al respecto, por "evaluación del interés superior" se entiende el valorar "todos los elementos necesarios para tomar una decisión en una determinada situación para un menor de edad o un grupo de menores de edad en concreto". Incumbe al responsable de la toma de decisiones y su personal (de ser posible, un equipo multidisciplinario) y requiere la participación del niño, niña o adolescente. Mientras que por "determinación del interés superior" se define como "el proceso estructurado y con garantías estrictas concebido para determinar el interés superior del niño tomando como base la evaluación del interés superior" (*idem*).

El Comité de los Derechos del Niño además ha elaborado la siguiente lista no limitativa que incluye distintos elementos que podría aplicar cualquier persona encargada de adoptar decisiones respecto de las cuales se deba determinar el interés superior de la niñez:

- Las opiniones del niño o la niña.
- La identidad del niño o la niña, incluidos el sexo, la orientación sexual, el origen nacional, la religión y las creencias, la identidad cultural y la personalidad.
- El entorno familiar, las relaciones familiares y el contacto entre la familia.
- El cuidado, la protección y la seguridad del niño o la niña, incluido su bienestar y desarrollo.

- Situaciones de vulnerabilidad, incluidos los riesgos a los que se enfrenta el niño o la niña y las fuentes de protección, resiliencia y empoderamiento.
- Los derechos y necesidades del infante en materia de salud y educación (CDN, 2013, 13).

En la "Observación general No. 5 sobre Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño", el Comité señala que los Estados tienen una obligación de integrar en sus legislaciones nacionales, tanto el principio del interés superior de la niñez, como otros de los principios generales que se encuentran codificados en la Convención. Esto incluye todos los cuerpos normativos de relevancia para los derechos de niñas, niños y adolescentes, como puede ser la legislación en materia de educación, salud, justicia, nacionalidad, y en torno a sistemas específicos de protección a la niñez (CDN, 2003, p. 39). Sobre esto último, el Comité también refiere que el alcance de la obligación de aplicar el principio del interés superior incluye el establecimiento de procedimientos y/o mecanismos concretos que permitan la evaluación y determinación del interés superior de la niñez (CDN, 2013).

Sobre este aspecto, el Marco elaborado por el ACNUR en 2012 ubica a los procedimientos del interés superior, como parte de un programa más amplio de protección a la niñez. En este sentido, se identifican los procedimientos relativos al interés superior como el "hilo conductor en la estructura de los programas de protección de la infancia", toda vez que no deben percibirse como una actividad autónoma, sino formar parte de un programa más amplio e integral de protección a la infancia, que atienden los seis objetivos marco. Esto permite incluir servicios preventivos y de respuesta, y prever mecanismos para la identificación de niñas, niños y adolescentes en situación de riesgo. En este mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la "Opinión Consultiva 21/14 sobre Derechos y garantías de niños y niñas en el contexto de la migración y/o necesidad de protección internacional" reconoció que "el

principio de interés superior implica, como criterio rector, tanto su consideración primordial en el diseño de las políticas públicas y en la elaboración de normativa concerniente a la infancia, como su aplicación en todos los órdenes relativos a la vida de la niña o del niño" (Corte IDH, 2014, p. 26).

Además, el Marco resalta la necesidad de que los programas de protección a la niñez, y por tanto también los procedimientos de interés superior, cuenten con un enfoque comunitario, a efectos de garantizar que tanto los niños, niñas y adolescentes, como las familias, comprendan el papel que desempeña el personal que trabaja con niñas, niños y adolescentes, y la manera de informar sobre sus preocupaciones o quejas. Esto es retomado y abordado con mayor detalle en la "Nota informativa sobre protección infantil: Mecanismos comunitarios para la protección de la infancia" (ACNUR, 2013).

A la luz de las determinaciones del Comité de los Derechos del Niño, las conclusiones del Comité Ejecutivo del ACNUR (ExCom) y las determinaciones del propio ACNUR, un procedimiento para la determinación del interés superior de la niñez debe contar con al menos las siguientes características para considerarse compatible con estándares internacionales:

- Un procedimiento que facilite la participación adecuada del niño o la niña sin discriminación alguna.
- Un procedimiento en que se tengan debidamente en cuenta las opiniones del niño o la niña (en función de su edad y su madurez).
- Un procedimiento en el que quienes formulen las decisiones tengan una especialización pertinente.
- Un procedimiento en el que se equilibren todos los factores pertinentes para evaluar la mejor opción (ExCom, 2007).
- Un procedimiento en el que el principio del interés superior se aplique de manera que asegure el ejercicio pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN, 2013).

- Un procedimiento que pueda dar trámite a los casos individuales de niños y niñas sin demora (ACNUR, 2018).

Una vez abordado el interés superior de la niñez, a la luz de los estándares internacionales aplicables, en los dos apartados siguientes se presentará brevemente el enfoque complementario del ACNUR en la aplicación de dicho principio y, posteriormente, los escenarios particulares en los que el ACNUR participa en lo que se refiere al cumplimiento de este principio de interés para niñas, niños y adolescentes.

III. La responsabilidad primaria de los Estados y el enfoque complementario del ACNUR

Hasta ahora se ha establecido que, de conformidad con los estándares existentes en el ámbito internacional, partiendo de la Convención sobre los Derechos del Niño, la obligación primaria de la determinación del interés superior de la niñez corresponde a los Estados. Por ello, es pertinente preguntarse cuál es el rol específico del ACNUR frente a niñas, niños y adolescentes refugiados, solicitantes de asilo, retornados, apátridas y desplazados internos.

Al respecto, el Marco de 2012 parte del reconocimiento de la obligación primaria a cargo de los Estados, en materia de aplicación del principio del interés superior, resaltando que el rol del ACNUR es el de buscar complementar y fortalecer los sistemas nacionales de protección. En atención a su prioridad de proteger y promover los derechos de niñas y niños, el ACNUR busca impulsar el fortalecimiento y establecimiento de sistemas integrales de protección a la niñez en los Estados. Estos sistemas nacionales de protección a la niñez usualmente incluyen garantías procesales estrictas, las cuales son necesarias para considerar el interés superior de la niñez, antes de tomar cualquier decisión de relevancia. Sin embargo, en caso de que, en un determinado Estado no existan procedimientos apropiados, el ACNUR puede llevar a cabo la determinación del interés

superior para niñas, niños y adolescentes bajo su mandato. De esta manera, el ACNUR tiene un amplio historial en lo que respecta a la aplicación del interés superior de la niñez, y se ha comprometido a institucionalizar el principio del interés superior de las siguientes maneras:

- Apoyando a los Estados para que desarrollen y refuercen sus sistemas nacionales de protección de la infancia y de asilo.
- Aplicando su propio procedimiento de interés superior e informando periódicamente sobre su aplicación, también a través de las Prioridades estratégicas globales del ACNUR.
- Fomentando las capacidades del personal del ACNUR en relación con el principio del interés superior.
- Garantizando que los niños y niñas participen de manera significativa en el ciclo del programa y que se les proporcionen mecanismos adecuados y accesibles para proporcionar retroalimentación y presentar quejas.
- Velando por que las políticas y procedimientos del ACNUR se elaboren y se revisen teniendo en cuenta el principio del interés superior y el pleno respeto de los derechos enunciados en la Convención sobre los Derechos del Niño (ACNUR, 2018, p. 12).

Frente al rol principal de los Estados, y el complementario del ACNUR, de frente al principio del interés superior, se suma la obligación a cargo de los Estados de cooperar con los organismos competentes para garantizar la protección especial y asistencia de niñas, niños y adolescentes solicitantes de asilo y refugiados (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, art. 22).

En línea con lo anterior, en 2007, el Comité Ejecutivo adoptó la "Conclusión No. 107 sobre los niños en situación de riesgo". En dicha conclusión, se insta a los Estados y al propio ACNUR a que utilicen los procedimientos de determinación del interés superior, asegurando la participación de

niñas, niños y adolescentes, y se proporciona un marco guía para la participación del ACNUR en este tipo de procedimientos. En relación con los Estados, el Comité Ejecutivo recomendó particularmente que, en el marco de los respectivos sistemas nacionales para la protección de la infancia, se utilicen

procedimientos adecuados para determinar el interés superior de la niñez que faciliten la participación de niños y niñas de forma adecuada y sin discriminación alguna, teniéndose en cuenta las opiniones del niño o la niña en función de su edad y su madurez, y que quienes formulen las decisiones tengan una especialización pertinente y equilibren todos los factores del caso para llegar a la mejor opción [ExCom, 2007].

Asimismo, para el caso específico del ACNUR, el Comité le recomienda determinar el interés superior de la niñez, pero con una mención expresa a respetar paralelamente los sistemas de los Estados para la protección de la infancia.

La Conclusión del Comité Ejecutivo refleja el espíritu de la intervención del ACNUR en la determinación del interés superior de la niñez por cuanto el objetivo debe ser apoyar a los sistemas nacionales de protección de la infancia, de manera colaborativa y no con la intención de suplantarlos. En este sentido, en cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados, respecto a asegurar la creación y aplicación de sistemas robustos de protección a la infancia, la labor del ACNUR es complementar los esfuerzos estatales y reforzar los sistemas existentes, sin crear estructuras paralelas (*idem*). No obstante lo anterior, es importante resaltar que a la luz del mandato del ACNUR, éste es también responsable de asegurar que el procedimiento que se aplica a niñas, niños y adolescentes refugiados y solicitantes de asilo tenga las garantías necesarias y esté alineado a determinar el interés superior de la niñez (ACNUR, 2018, p. 19).

IV. Aplicación del principio del interés superior por parte del ACNUR

Las Directrices adoptadas por el ACNUR en 2018 parten de su compromiso por velar que se aplique el principio del interés superior en las decisiones que afectan a la infancia en general y a grupos específicos de niñas, niños y adolescentes; pero, al mismo tiempo, garantizar el respeto al mismo principio en las decisiones que afectan a niñas, niños y adolescentes en la esfera individual.

Por un lado, el ACNUR entiende por la Evaluación del Interés Superior (EIS) a la valoración hecha por el personal que lleva a cabo una acción en relación con una niña, un niño o un adolescente en particular (exceptuando las situaciones que requieren un procedimiento de Determinación del Interés Superior, definido más adelante), dirigida a asegurar que dicha acción otorgue una consideración primaria al interés superior de la niñez. Esta evaluación puede hacerse individualmente o en consulta con personal que cuenta con la experiencia necesaria, además que requiere la participación de la niña, el niño o adolescente en particular (ACNUR, 2018, p. 9).

Por otro lado, la Determinación del Interés Superior (DIS) describe el proceso formal, que incluye salvaguardas procedimentales estrictas diseñadas para determinar el interés superior de la niñez. Esto, en relación con decisiones particularmente importantes que pueden afectar a este grupo, como son la separación de niñas, niños y adolescentes de sus padres, en contra de su voluntad; la determinación de derechos de custodia y parentesco en caso de separaciones o adopciones; la determinación de una solución duradera; la organización de cuidados alternativos, y la reunificación familiar. Este proceso debe facilitar una participación adecuada de niños, niñas y adolescentes, sin discriminación, e incluir a tomadores de decisión con experiencia en áreas relevantes. Asimismo, la DIS exige evaluar todos los factores presentes a fin de determinar la mejor opción (*idem*).

Hay tres situaciones en las que es necesario que ACNUR emprenda una DIS para las acciones que afectan a los niños, niñas y adolescentes que entran en el ámbito de su competencia: (i) la identificación de la solución duradera más adecuada o vía complementaria para niñas, niños y adolescentes no acompañados (o separados, cuando existan factores de riesgo adicional o preocupaciones de protección importantes); (ii) la identificación de las opciones más adecuadas para niñas, niños y adolescentes en situación de riesgo en circunstancias excepcionales, y (iii) las decisiones que puedan entrañar la separación de niñas, niños y adolescentes de sus padres y madres contra su voluntad (*ibidem*, p. 30).

Ahora bien, rescatando la percepción del principio del interés superior como un concepto que incluye una visión colectiva, pero también individual; en lo que se refiere al principio del interés superior como un derecho colectivo, el ACNUR identifica que este principio puede aplicarse en sus operaciones de las siguientes maneras no limitativas:

- Consultas regulares y sistemáticas con los niños y niñas para asegurar que sus opiniones sean escuchadas, de acuerdo con el enfoque de edad, género y diversidad.
- Recopilación y análisis de datos desglosados por sexo y edad.
- Establecimiento de mecanismos y procedimientos de retroalimentación y quejas para asegurar que recibamos información sobre el impacto de los programas y políticas en la infancia en general y en grupos específicos de niños y niñas.
- Defendiendo el interés superior de la niñez en la asignación de recursos y en el establecimiento de prioridades de los programas.
- Proporcionando información a los niños y niñas en un lenguaje que puedan entender.
- Garantizando que las directrices, las políticas, los planes de operaciones en los países y los acuerdos de colaboración y los procedimientos operativos estándar reflejan de manera adecuada la situación de la infancia.

- Realizando evaluaciones del impacto de los programas existentes en los derechos del niño y previendo los efectos de las políticas, los programas y la asignación de recursos propuestos, entre otras (*ibidem*, p. 29).

En lo que respecta a las medidas y decisiones que afectan de manera concreta a un niño, niña o adolescente de interés para ACNUR (como la prestación de cuidados alternativos adecuados, servicios de búsqueda de familias o soluciones duraderas), la consideración del interés superior de la niñez exige que ACNUR evalúe aquello que redunde en su interés superior antes de adoptar la medida, y que haga de ello una consideración primordial. Cabe resaltar que, para los niños, niñas y adolescentes que se encuentran con sus padres, madres u otro cuidador o cuidadora legal, las consideraciones sobre el interés superior de la niñez recaen principalmente en el cuidador o la cuidadora. Sin embargo, la consideración del interés superior como parte de un procedimiento formal puede tener lugar si se considera que la separación de un niño, niña o adolescente de sus progenitores se debe a abuso o negligencia graves, o en relación con disputas de custodia (*ibidem*, p. 30).

En los contextos de personas refugiadas, las Directrices del ACNUR indican que el procedimiento de interés superior se aplica con mayor frecuencia a los niños, niñas y adolescentes que carecen del cuidado de sus progenitores o de un cuidador legal, ya que el procedimiento formal es esencial para salvaguardar los intereses del niño y de la niña. Para las decisiones relativas a niñas, niños o adolescentes concretos, el interés superior debe evaluarse y determinarse caso por caso teniendo debidamente en cuenta la situación específica de cada uno de ellos. Lo anterior requiere una evaluación y determinación de los elementos pertinentes del caso y asignar el debido peso a cada elemento en función del contexto específico del niño, niña o adolescente en particular. Como se ha establecido previamente, la opinión del niño, niña o adolescente siempre será un elemento clave al que se le asignará un peso en función de su edad y madurez.

V. La detención de niñas, niños y adolescentes con necesidades de protección internacional a la luz del interés superior

El tema de la detención de niñas, niños y adolescentes no es el objeto principal del presente artículo; sin embargo, como parte del claro posicionamiento del ACNUR respecto a la no detención de niñas, niños y adolescentes por motivos migratorios, se considera hacer una breve referencia a la intersección entre el uso de la detención y el interés superior de la niñez.

Como parte de la Estrategia Global del ACNUR para apoyar a los gobiernos a poner fin a la detención de solicitantes de asilo y refugiados "Más allá de la detención 2014-2019", se identifican tres objetivos principales del ACNUR, siendo el primero de ellos poner fin a la detención de niñas, niños y adolescentes.

Al respecto, la detención es utilizada ampliamente a nivel mundial por los Estados, como una respuesta a la entrada o permanencia irregular de personas migrantes y solicitantes de asilo. Más allá de los estándares internacionales aplicables en el tema de detención de migrantes y solicitantes de asilo, que colocan a la detención como una respuesta que debe ser excepcional y sujeta a los principios de necesidad y proporcionalidad, es posible reconocer que ésta tiene diversos efectos negativos que perduran en los individuos, toda vez que afecta la dignidad humana de las personas y puede causar sufrimientos innecesarios, con serias consecuencias para su bienestar y salud; en especial para las personas que permanecen en detención de manera prolongada. En este contexto, la detención de niñas, niños y adolescentes es particularmente severa debido a los efectos devastadores que puede implicar para su desarrollo físico, emocional y psicosocial; ya sea que estén acompañados, no acompañados o separados. Por ello, los niños, niñas y adolescentes en principio no deben ser detenidos (ACNUR, 2014-2019, p. 5).

La posición del ACNUR es que los niños, niñas y adolescentes no deben ser detenidos por motivos migratorios, sin importar su condición migratoria/jurídica o la de sus padres, y que la detención nunca está de acuerdo con su interés superior. Es necesario que existan medidas de cuidado alternativo adecuadas y programas con enfoque comunitario con el fin de garantizar una recepción apropiada de niños, niñas y adolescentes y sus familias (ACNUR, 2017, p. 2).

Los estándares internacionales aplicables al tema respaldan la anterior conclusión. La "Observación general conjunta número 4" de 2017, del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y número 23, del mismo año, del Comité de los Derechos del Niño, señala que "nunca debe detenerse a niños por razones relacionadas con su situación migratoria o la de sus padres y que los Estados deben cesar o erradicar de manera rápida y completa la detención de niños como inmigrantes". Asimismo, se resalta que "la detención de cualquier tipo de niño como inmigrante debería estar prohibida por la ley y esta prohibición debería aplicarse plenamente en la práctica" (CTM, CDN, 2017, párr. 5).

Asimismo, en referencia expresa a la detención de niñas, niños y adolescentes, de frente a la aplicación del principio del interés superior, ambos comités señalan que "la posibilidad de detener a niños como medida de último recurso, que puede aplicarse en otros contextos como la justicia penal de menores, no es aplicable en los procedimientos relativos a la migración, ya que estaría en contradicción con el principio del interés superior del niño y el derecho al desarrollo" (*idem*). Asimismo, en aplicación del mismo principio del interés superior de la niñez, los Comités consideran que los Estados deben adoptar soluciones que respeten el interés superior del niño, junto con sus derechos a la libertad y a la vida familiar, por medio de leyes, políticas y prácticas que permitan a los niños permanecer con los miembros de sus familias o sus tutores sin estar sometidos a custodia y en un entorno comunitario, mientras se resuelve su

situación como inmigrantes y se evalúa cuáles son los intereses superiores de los niños, así como antes de su retorno (*ibidem*, párr. 11).

Esta visión es compartida por el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, al afirmar que en el contexto de la detención administrativa por motivos de migración "la privación de libertad de niños a causa de la situación de migración de los padres nunca respeta el interés superior del niño, supera el requisito de necesidad, se convierte en extremadamente desproporcionada y puede ser constitutiva de trato cruel, inhumano o degradante de los niños migrantes".

En relación con los anteriores estándares, diversos Estados han sostenido que la detención de niñas, niños y adolescentes que se encuentran acompañados se justifica, en atención tanto del principio de interés superior, y de manera adicional, en aplicación del principio de unidad familiar. La anterior posición es contraria a los estándares internacionales aplicables.

Al abordar este tema, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció en su *Opinión Consultiva 21/14 sobre Derechos y garantías de niños y niñas en el contexto de la migración y/o necesidad de protección internacional* que, "cuando se trata de niñas y/o de niños que se encuentran junto a sus progenitores, el mantenimiento de la unidad familiar en razón de su interés superior no constituye razón suficiente para legitimar o justificar la procedencia excepcional de una privación de libertad de la niña o del niño junto con sus progenitores, dado el efecto perjudicial para su desarrollo emocional y su bienestar físico". Por el contrario, la Corte aclara que, "cuando el interés superior de la niña o del niño exige el mantenimiento de la unidad familiar, el imperativo de no privación de libertad se extiende a sus progenitores y obliga a las autoridades a optar por medidas alternativas a la detención para la familia y que a su vez sean adecuadas a las necesidades de las niñas y los niños" [Corte IDH, 2014, p. 158].

De esta manera, el anteponer el principio de unidad familiar, para justificar la detención de niñas, niños y adolescentes acompañados, no es un argumento que tenga sustento en los tratados internacionales en materia de derechos humanos ni en las interpretaciones que los organismos legitimados para ello han formulado. Contrariamente, tanto el principio de unidad familiar y del interés superior de la niñez exigen medidas positivas adicionales a cargo de los Estados para, por un lado, asegurar los derechos y el bienestar de niñas, niños y adolescentes, y al mismo tiempo, respetar conceptos tan básicos como la unidad familiar.

En este tipo de contextos, como la detención de niñas, niños y adolescentes migrantes o refugiados, el principio del interés superior debe ser aplicado más que nunca en sus tres dimensiones, y siempre dirigido al bienestar de niñas, niños y adolescentes. Como se estableció previamente, el rol del ACNUR debe ser complementario y de apoyo a los sistemas estatales de protección a la niñez; pero, paralelamente, también es responsable de asegurar que el procedimiento que se aplica a niñas, niños y adolescentes refugiados y solicitantes de asilo tenga las garantías necesarias y esté alineado a determinar el interés superior de la niñez.

El ACNUR es entonces un aliado en la labor primaria de los Estados para el cumplimiento de sus obligaciones internacionales, y de manera particular, en la búsqueda de alternativas reales que antepongan el interés superior de niñas, niños y adolescentes.

Bibliografía

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR),
Un Marco para la Protección de los Niños, 26 de junio de 2012,
disponible en esta dirección: «<https://www.refworld.org/es/docid/52b7eb394.html>» (ACNUR, 2012).

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR),
Nota informativa sobre Protección Infantil: Mecanismos comunitarios

para la protección de la infancia, septiembre de 2013, disponible en esta dirección: «<https://www.refworld.org/es/docid/59ee351e4.html>» (ACNUR, 2013).

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Children on the Run: Unaccompanied Children Leaving Central America and Mexico and the need for International Protection*, 13 March 2014, disponible en esta dirección: «<https://www.refworld.org/docid/532180c24.html>» (ACNUR, 2014).

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Beyond Detention 2014-2019: A Global Strategy to Support Governments to End the Detention of Asylum-Seekers & Refugees-Final Progress Report*, agosto de 2020, disponible en: «<https://www.refworld.org/docid/5f452dce4.html>» (ACNUR. 2014-2019).

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Posición del ACNUR respecto a la detención de niños refugiados y migrantes en el contexto migratorio*, enero de 2017, disponible en esta dirección: «<https://www.refworld.org/es/docid/5bd738904.html>» (ACNUR, 2017).

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Guidelines on Assessing and Determining the Best Interests of the Child*, noviembre de 2018, disponible en: «<https://www.refworld.org/docid/5c18d7254.html>» (ACNUR, 2018).

ACNUR, *Global Trends. Forced displacement in 2019*, disponible en: «<https://www.unhcr.org/statistics/unhcrstats/5ee200e37/unhcr-global-trends-2019.html>» (ACNUR, 2019).

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Arrancados de raíz. Causas que originan el desplazamiento transfronterizo de niños, niñas y adolescentes no acompañados y/o separados de*

Centroamérica y su necesidad de protección internacional, agosto de 2014, disponible en esta dirección: «<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2014/9828.pdf>».

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Directrices de Protección Internacional No. 8: Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, 22 de diciembre de 2009, HCR/GIP/09/08, disponible en: «<https://www.refworld.org/docid/4be3cd7f2.html>».

Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, Observación general No. 5 (2003): Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, 27 de noviembre de 2003, CRC/GC/2003/5, disponible en: «<http://www.refworld.org/docid/4538834f11.html>» (Observación general No. 5 del CDN).

Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, Observación general No. 6 del CDN (2005): Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, 1 de septiembre de 2005, CRC/GC/2005/6, disponible en: «<http://www.refworld.org/docid/42dd174b4.html>» (CDN, 2005).

Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, Observación general No. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), 29 de mayo de 2013, CRC/C/GC/14, disponible en: «<http://www.refworld.org/docid/51a84b5e4.html>» (CDN, 2013).

Convención sobre los Derechos del Niño, UN General Assembly, *Convention on the Rights of the Child*, 20 November 1989, United Nations, Treaty Series, vol. 1577, p. 3, disponible en: «<https://www.refworld.org/docid/3ae6b38f0.html>».

Executive Committee of the High Commissioner's Programme, *Conclusion on Children at Risk No. 107 (LVIII) - 2007*, 5 October 2007, No. 107 (LVIII), disponible en: «<https://www.refworld.org/docid/471897232.html>» (ExCom, 2007).

International Detention Coalition, *Captured Childhood: Introducing a new model to ensure the rights and liberty of refugee, asylum seeker and Irregular migrant children affected by Immigration detention*, 2012, ISBN PDF version: 978-0-9871129-5-8. Disponible en: «<https://www.refworld.org/docid/510a604c2.html>».

ONU: Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares (CTM), Observación general conjunta núm. 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno, 16 de noviembre de 2017, disponible en esta dirección: «<https://www.refworld.org.es/docid/5bd788294.html>» (CTM, CDN, 2017).

Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, OC-21/14, Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), 19 de agosto de 2014, disponible en esta dirección: «<https://www.refworld.org.es/docid/54129da94.html>» (Corte IDH, 2014).

Infancia en el contexto de la migración internacional: acceso a la justicia, cooperación y coordinación desde una perspectiva regional

Javier Palumno*

Resumen

La temática de la infancia y la adolescencia en el contexto de la migración internacional es un fenómeno respecto del cual es posible verificar un creciente desarrollo normativo. Lo que se inscribe en el ámbito regional suramericano y del MERCOSUR en una serie de avances en los que el enfoque de derechos humanos en las políticas públicas y la idea de la construcción de una ciudadanía regional, han venido cobrando mayor relevancia. La suscripción de acuerdos ha sido una estrategia usual para abordar la cooperación y coordinación de esfuerzos, entre otros aspectos relevantes desde una la perspectiva del acceso a la justicia en sentido amplio. No obstante, la pluralidad de instrumentos ha estado acompañada por dificultades. En algunos casos, se han identificado obstáculos

* Abogado, egresado con el título de Doctor en derecho y ciencias sociales por la Universidad de la República (UDELAR), Magister en políticas públicas y derechos de la infancia por la UDELAR, y doctorando en proceso de tesis del Doctorado en Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús. Director del Departamento de Investigación y Gestión de la Información del Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR y miembro experto del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Las opiniones aquí reflejadas son de estricto carácter personal y pueden no coincidir con las instituciones de pertenencia.

para la implementación de los acuerdos regionales aprobados, sea por falta de armonización normativa o por deficiencias asociadas a la puesta en práctica de estos documentos. Un primer desafío, por tanto, tiene que ver con lograr la implementación de los acuerdos e instrumentos existentes, y la posibilidad de lograr una adecuada articulación entre los mismos. Un segundo desafío estaría dado por tomar en serio las aspiraciones de la niñez migrante en la toma de decisiones y superar las ambivalencias no resueltas en torno a la legitimidad de otorgarles protección, independientemente de su estatus migratorio.

I. Introducción

La temática de la infancia y la adolescencia en el contexto de la migración internacional es uno de los fenómenos respecto de los cuales es posible verificar un creciente desarrollo de carácter normativo en los últimos años. Lo que paralelamente ha sido acompañado de diversas iniciativas institucionales, políticas públicas, elaboración de instrumentos tales como guías, protocolos, manuales y documentos que recogen lineamientos, así como espacios de coordinación y de trabajo, entre otras muchas actividades específicas que han hecho partícipes a autoridades nacionales, organismos internacionales, iniciativas académicas y el trabajo de las organizaciones de la sociedad civil. El abordaje del tema da cuenta además de una perspectiva que ha venido permitiendo una mejor comprensión de la problemática, incorporándose fuertemente el enfoque de derechos humanos. Adicionalmente, en el actual contexto, y como consecuencia de la situación generada por la pandemia de COVID-19, en diversos informes y pronunciamientos se ha puesto en evidencia el impacto desproporcionado en la vida de niños, niñas y adolescentes migrantes que ha tenido y que está teniendo la situación referida (ACNUDH, 2020; UNICEF, 2020a, 2020b; CIDH, 2020 y; You *et al.*, 2020).

En el ámbito regional, entre la aprobación de los primeros instrumentos normativos referentes al tema y la situación actual, mucho ha cambiado, en particular en lo que se refiere al desarrollo de estándares normativos

específicos, así como también a lo relativo a la producción de información y reflexión sobre el tema. Esto no significa que niños, niñas y adolescentes migrantes hayan logrado superar los problemas que los colocan en una situación de especial vulnerabilidad. Por el contrario, este mayor interés en la temática ha contribuido a la identificación de múltiples escenarios de vulneración de derechos, y como correlato, el señalamiento de dificultades para abordar la temática por parte de los sistemas de protección de derechos de la infancia y las políticas migratorias, así como las deficiencias de la coordinación de acciones entre ambos espacios de política pública desde la perspectiva nacional, pero también entre los diferentes países a la hora de dar una respuesta conjunta o articulada a las diferentes situaciones, entre otros aspectos.

De acuerdo con el derecho internacional los estados deben adoptar medidas que permitan a los migrantes, incluidos los niños, niñas y adolescentes, disfrutar de un acceso efectivo e igualitario a la justicia, en sentido amplio, sin discriminación alguna y sin que sea relevante considerar la situación migratoria a esos efectos. También deben contar con mecanismos y procedimientos para recibir, investigar y monitorear denuncias de violaciones de derechos humanos respecto de la infancia y la adolescencia en el contexto de la migración internacional. Esto puede implicar que ellos, sea en calidad de víctimas o de testigos, puedan participar de los procesos y prestar testimonio, se encuentren o no en la jurisdicción del Estado en el cual son desarrolladas las actuaciones y sin temor a ser expulsados (OHCHR, 2014; 2017).

Los fenómenos transnacionales, en términos generales, requieren la coordinación y cooperación entre autoridades que se encuentran en diferentes países. En este artículo se pretende abordar este tipo de cuestiones, tomando especialmente en consideración la experiencia específica regional suramericana y en especial el camino que se ha transitado en el MERCOSUR. La migración internacional es un fenómeno que puede involucrar a dos o más Estados, entre países de origen, de tránsito y de destino, tanto de migrantes como de personas refugiadas y solicitantes de asilo. Los flujos migratorios mixtos pueden incluir a niños, niñas

y adolescentes que requieren una protección internacional, como a quienes se movilizan en busca de mejores oportunidades (IPPDH, 2019). A los efectos de delimitar el presente trabajo, no han sido considerados los desarrollos relacionados con la protección internacional de la infancia y la adolescencia refugiada y solicitante de asilo.

II. Infancia en el contexto de la migración internacional como un fenómeno transnacional complejo

La literatura específica ha puesto en evidencia la forma en la cual, en la categoría de la infancia migrante, confluyen diferentes miradas cargadas de valoraciones morales divergentes (O'Connell Davidson, 2011). Por un lado, una mirada que identifica a la infancia con una etapa signada por la debilidad y dependencia, en la que se coloca a niños y niñas en un papel pasivo, caracterizado por su inocencia y vulnerabilidad, pureza y bondad natural. Y, por otro lado, la idea de que esos niños y niñas en tanto "migrantes", especialmente cuando son considerados "ilegales", a quienes no se les atribuye ni inocencia ni vulnerabilidad, generalmente se considera con capacidad de agencia y astucia, y se los presenta como una amenaza (Nadesan, 2010 y; O'Connell Davidson, 2011). Esos niños y niñas que cruzan las fronteras para buscar medios de vida, para educarse, para tener acceso a un tratamiento de salud, o a cualquier tipo de prestación o derecho, son reiteradamente presentados como un problema. Las actitudes nostálgicas sobre la inocencia infantil se dejan de lado a medida que prevalece la xenofobia, y estas poblaciones infantiles pasan a considerarse una amenaza para la "biovitalidad nacional" (Nadesan, 2010).

Por otro lado, a la gestión de la migración también se la considera un instrumento para lograr objetivos de política en relación con la transición demográfica. En este sentido, la incorporación de migrantes jóvenes se ha planteado en varios países como una posible solución al envejecimiento demográfico (Scholten, 2020). La infancia migrante aparece así configurada casi como una contradicción, en tanto que perturba el vínculo binario víctima-agente que es tan importante para la forma en

que damos sentido al mundo. Tenemos el deber de proteger a unos, pero también derecho a ser protegidos (O'Connell Davidson, 2011).

Desde otras perspectivas, se ha sostenido que con la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989 ha operado un desplazamiento de otras visiones y discursos sobre la infancia y la adolescencia, lo que ha provocado, en la región, un intenso trabajo en el marco de procesos de adecuación de la normativa y la institucionalidad interna a los postulados de dicha norma, pero también desde posiciones que han cuestionado —generalmente desde disciplinas no jurídicas— la forma en la cual este instrumento normativo fue enmarcando las diversas transformaciones.

Pero más allá de estos debates, en la actualidad, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CDN) es un punto de partida ineludible para cualquier discusión sobre los derechos de la infancia y la adolescencia. Esto no se debe simplemente a que es el instrumento más ratificado del derecho internacional y, por tanto, ejerce una influencia considerable y generalizada. También se debe a que se trata de un instrumento internacional que codifica un canon de pensamiento sobre los derechos de la infancia (Archard, 2004). No obstante, el hecho de una ratificación casi universal y rápida de la CDN no prueba, en sí mismo, que los derechos de la niñez migrante se apliquen de manera tan efectiva como los derechos humanos de adultos en general establecidos en tratados menos universalmente ratificados, o que niños y niñas disfruten, a partir de la ratificación de la CDN y a causa de este instrumento normativo, de una mayor protección de sus derechos (Bhabha, 2009).

Los intereses y la perspectiva de la infancia generalmente se omiten, o al menos se descuidan, en la formulación de la política migratoria, y en ocasiones sus procedimientos no se encuentran adaptados, ni son sensibles a la realidad de esta población específica. Así, se ha señalado que lejos de ser tratados primero como infantes y luego como migrantes, los niños y niñas migrantes no acompañados a menudo están expuestos a los mismos procedimientos y medidas que los adultos. Estas prácticas

contradican la idea de que las autoridades se sentirían inclinadas a mostrar compasión respecto de esta población debido a su situación de privación de derechos. En cambio, lo opuesto estaría más cerca de la verdad: los niños migrantes no acompañados son a menudo blanco de una hostilidad y una sospecha desproporcionadas (Bhabha, 2007). Así, se ha señalado la existencia de un contraste entre las medidas para proteger y garantizar los derechos de la infancia y la adolescencia, y las medidas orientadas a castigar a los niños migrantes que ingresan de manera irregular y violan las reglas de soberanía nacional (Nabuco Martuscelli, 2017).

Estos aspectos se verifican, además, en el marco de los desafíos que se presentan como resultado de la ausencia de perspectiva de la infancia en la política migratoria, así como de la poca incorporación de la temática migratoria en las políticas de infancia (Ceriani, García y Salas, 2014). Este desencuentro también ha sido explicitado en la producción académica. En este sentido, se ha expresado que en el campo de los estudios de la infancia, a menudo falta considerar la importancia de la migración, así como la reflexión sobre el impacto del fenómeno migratorio en la vida de los niños y niñas. Del mismo modo, el campo de los estudios de migración solo ha tenido en cuenta de manera limitada las ideas de los estudios de la infancia (Seeberg y Gozdzia, 2016).

Más allá de las situaciones y desafíos, los niños, niñas y adolescentes en el contexto de la migración internacional han sido objeto de una creciente protección por parte del derecho internacional de los derechos humanos durante las últimas décadas. Esto puede verificarse no sólo en la aprobación de nuevos instrumentos normativos y de política pública, sino además en una evolución de la terminología que da cuenta de una sofisticación en la categorización y la comprensión del fenómeno (Bhabha, 2014).

El contexto de la globalización es otro aspecto que debe ser considerado en el marco de esta complejidad que rodea al fenómeno. En este sentido, Lelio Mármora (2010) se ha referido a la forma en la cual la proliferación de nuevos flujos migratorios se inscribe en las consecuencias del actual

modelo de globalización, que por sus características asimétricas, monopólicas y excluyentes, ha profundizado la brecha económico-social entre los países, y dentro de algunos países que se han transformado en grandes expulsores de población. En forma específica, el movimiento multidireccional de niños y niñas constituye, en ese contexto general, un cambio en los patrones de migración que está conectado con la globalización. Desde varios puntos de vista, en primer lugar, porque la movilidad en la migración de niños, niñas y jóvenes es una de las manifestaciones cambiantes de la globalización. En segundo lugar, por la forma en la cual los discursos globales, la economía y las políticas impactan en las experiencias de vida de niños y niñas migrantes. Finalmente, por la forma en la cual, en el marco de los procesos de globalización, se configuran formas complejas de culturas e identidades híbridas (Veale y Donà, 2014).

Los aspectos que han sido apenas señalados en este apartado, dan cuenta —sin pretensiones de exhaustividad— del carácter transnacional y complejo del fenómeno. En adelante se desarrollan algunos aspectos que han caracterizado al tratamiento de la temática migratoria en la región suramericana y en especial en el MERCOSUR. Todo lo cual reviste especial importancia a la hora de realizar un acercamiento a la construcción de reglas para la coordinación y cooperación.

III. Integración, política migratoria y derechos humanos

Prácticamente desde el principio, justo después de la firma del Tratado de Asunción en el año 1991, en el ámbito del MERCOSUR comenzó a trabajarse el tema migratorio. Inicialmente por intermedio de subgrupos de trabajo de carácter temático (SGT) que elaboran recomendaciones en carácter de asesores del Grupo Mercado Común. En forma específica, al crearse el SGT No. 11, a fines del año referido, abordó, en el marco de una de sus comisiones, la cuestión del *empleo*, incluyendo en la temática la *libre circulación de los trabajadores*.

A partir de las transformaciones estructurales que implicó el Protocolo de Ouro Preto (1994), fundamentalmente en lo que respecta al reconocimiento de los actores y componentes sociales del bloque, la cuestión

fue desarrollada, bajo el concepto de *migraciones laborales*, en múltiples ámbitos institucionales dentro del bloque (Robles, 2004; y Ermida Uriarte, 2009).

El Tratado de Asunción, en el que se define el mercado común, no refiere a la libre movilidad de las personas en general, sino que menciona la "libre circulación de bienes, servicios y factores productivos". Así, dentro del bloque integrado, la libre circulación de personas tiene en sus orígenes un carácter económico e instrumental. Sin embargo, con el tiempo, se han venido dictando disposiciones en el ámbito regional sobre el tema de la movilidad territorial de carácter más amplio (Modolo, 2015). Estas diferentes etapas también fueron seguidas por los estudios sobre las políticas regionales para la circulación de personas. En los noventa y la primera década del nuevo siglo, se centraron en el análisis jurídico de la normativa regional que regulaba la movilidad laboral en tanto factor productivo. Mientras tanto, a partir de 2010, comenzaron a proliferar los estudios interdisciplinarios, particularmente aquellos que combinaban perspectivas jurídicas y sociopolíticas (Brumat, 2019).

En aras de facilitar la circulación, los avances en los primeros años fueron varios, por ejemplo, las resoluciones sobre un modelo de tarjeta de entrada salida y de reconocimiento mutuo de documentos de identidad de personas de 1996; el acuerdo sobre tránsito vecinal fronterizo de 1999; y los acuerdos sobre exención de traducción de documentos administrativos para efectos de migración, sobre exención de visas del año 2000, son algunos de esos ejemplos. A partir de esas fechas, tal como se ha adelantado, se ha identificado la existencia de un cambio desde una mirada centrada en la migración laboral como factor productivo y la lógica del control de la circulación, hacia un nuevo énfasis en los derechos de los migrantes y en la promoción de la movilidad humana de carácter universal. Lo que se ha planteado como contrapuesto con los discursos políticos en Europa y Estados Unidos (Acosta y Freier, 2015).

En una línea de pensamiento similar, Lelio Mármora (2010) se ha referido a la existencia de un modelo del "desarrollo humano de las migraciones",

llevado a cabo en los últimos años por la región suramericana y asumido por algunos organismos internacionales, destacando el trabajo que ha conducido, en el año 2010, a la formulación de un *Plan sudamericano de desarrollo humano para las migraciones*, en el marco del trabajo de la Conferencia Suramericana de Migraciones, que fue creada en el año 1999 y cuya Secretaría Técnica es ejercida por la Organización Internacional para las Migraciones (OIM).

Un aspecto clave en este proceso institucional, también ha sido la creación, en el año 2003, del Foro de Especializado Migratorio (FEM) dentro del ámbito de las Reuniones de Ministros del Interior (RMI) del MERCOSUR. El tratamiento de la cuestión migratoria en el marco de las RMI, entre los años 1998 y 2003, se había llevado a cabo en el ámbito de la Comisión Técnica y, dentro de ella, en el Grupo Especializado de Trabajo Migratorio.

Las delegaciones de los Estados parte y asociados del bloque han participado activamente del FEM, y en el marco de sus reuniones realizan estudios, comparten informaciones, negocian acuerdos e instrumentos de trabajo, y han coordinado respuestas a problemas y situaciones específicas. Las resoluciones del foro, que se adoptan por consenso, se envían a los Ministros del Interior para su consideración y aprobación, y tienen potencial para convertirse en instrumentos vinculantes (Acosta y Geddes, 2014; Canepa, 2015; y Vieira y Costa, 2019). Uno de sus primeros y más distintivos documentos políticos ha sido la Declaración de Santiago sobre Principios Migratorios (2004). En los párrafos más destacados de esa declaración se expresa que: "el MERCOSUR debe reafirmar ante el resto del mundo su vocación de trabajar hacia una nueva política migratoria, fundamentada en la dimensión ética del respeto a los derechos humanos". En el mismo sentido, el documento informativo sobre la *Postura regional sobre política migratoria con vistas al foro mundial de migración y desarrollo* se pone de manifiesto la visión compartida en la temática migratoria centrada en el respeto de los derechos humanos de

las personas migrantes y la importancia de implantar políticas de regularización y facilitación de acceso a la residencia como base para lograr una integración plena en las sociedades de acogida (IPPDH-OIM, 2016c).¹ En forma paralela, se registran en el ámbito regional una serie de normas orientadas a facilitar el movimiento de personas por las fronteras de la región, en especial, en el marco del Acuerdo de Recife (2000) y los acuerdos posteriores de complementación.² En forma específica, el *Acuerdo de complementación en materia migratoria* de 2014, ha dado lugar a una serie de avances en relación con el establecimiento de diferentes modalidades de control integrado migratorio, intercambio de información bajo régimen de confidencialidad, cooperación entre las autoridades, entre otros temas, los que además es posible encontrar en forma casi permanente en la agenda de las reuniones del Foro Especializado Migratorio.³

No obstante la relevancia de los antecedentes referidos, ha sido con los Acuerdos sobre residencia para nacionales del MERCOSUR, Bolivia y Chile (2002), luego extendidos por adhesión a Colombia, Ecuador y Perú, en los que se materializó el avance más importante en materia migratoria en el ámbito regional. Estos instrumentos han sido considerados la norma regional más importante en materia migratoria del bloque (OIM, 2018; y Stefoni, 2018) y se les tiene como un punto de inflexión en la armonización de las políticas de migración y, potencialmente, un paso hacia la formalización de un nuevo mecanismo de gobernanza (Margheritis, 2017).

¹ En relación con el trabajo de los llamados procesos consultivos regionales, como la Conferencia Suramericana sobre Migraciones, Foro de Especializado Migratorio, se ha expresado que se trata de iniciativas que tienen entre sus objetivos principales no sólo definir una posición común en el tema migratorio frente a otros interlocutores nacionales o internacionales, sino también fijar lineamientos para la elaboración de políticas nacionales en materia de migraciones (Domenech, 2013).

² El Acuerdo de Alcance Parcial para la Facilitación del Comercio, concertado entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay, denominado en adelante "Acuerdo de Recife", fue aprobado por Decisión CMC No. 04/00, Primer Protocolo Adicional al Acuerdo de Recife fue aprobado por Decisión CMC No. 05/00.

³ Acuerdo de complementación del "Acuerdo de Recife" en materia migratoria fue aprobado por DEC. No. 18/14.

La adopción de estos instrumentos está relacionada frecuentemente con la necesidad de avanzar en el fortalecimiento y la profundización del proceso de integración mediante la implementación de mecanismos de acceso a la regularidad migratoria tendientes a una futura libre circulación de personas en la región. Con el fin de alcanzar este objetivo, se acordó que los nacionales de un Estado Parte o Asociado que deseen residir en el territorio de otro Estado Parte o Asociado, podrán obtener una residencia legal en este último, mediante la acreditación de su nacionalidad. Asimismo, se establece que las personas que hayan obtenido su residencia conforme a lo dispuesto en esta normativa tienen derecho a entrar, salir, circular y permanecer libremente en el territorio del país de recepción y a acceder a cualquier actividad, tanto por cuenta propia como por cuenta ajena, en las mismas condiciones que los nacionales de los países de recepción, de acuerdo con las normas legales de cada país. Además, ambos acuerdos consagran una serie de derechos para los migrantes y sus familias, como la igualdad de derechos y libertades civiles, sociales, culturales y económicas con los nacionales; la reunificación familiar; el derecho a transferir remesas; y el derecho de los hijos de migrantes a tener un nombre, registrar su nacimiento, tener una nacionalidad, y acceder a la educación sin importar su condición migratoria (Congreso Internacional sobre Migraciones, 2010).

En relación con esos Acuerdos sobre residencia, finalmente vigentes a partir de la internalización por parte de todos los Estados miembros en 2009,⁴ se ha expresado que existe un avance en relación con los objetivos del Tratado de Asunción, que sólo incluía la circulación de factores productivos, en tanto, el derecho de residencia se extendió a todas las personas y no sólo a quienes representan fuerza laboral (Modolo, 2015). Estos instrumentos, además, reconocen la necesidad de armonizar la legislación nacional para reforzar el proceso de integración (Margheritis,

⁴ De acuerdo con la normativa del bloque la entrada en vigencia de los Acuerdos de Residencia quedó supeditada a la incorporación del mismo por parte de la totalidad de los países que lo componen.

2013). La armonización de las normas y las políticas migratorias se destaca no sólo como un nuevo desarrollo, sino también como una promesa para la creación de nuevas formas de gobernanza regional en el área de la movilidad humana (Margheritis, 2017).

En 2010, sobre la base de los instrumentos antes referidos, se aprobó la elaboración de un Plan de Acción para la conformación progresiva de un Estatuto de la Ciudadanía del MERCOSUR. A partir de él, el bloque ha establecido que el estatuto de ciudadanía "estará integrado por un conjunto de derechos fundamentales" y conformado sobre la base de la política de libre circulación e igualdad de derechos (IPPDH-OIM, 2016c). En relación con esta iniciativa, se ha expresado que es el resultado histórico del desarrollo de sucesivas etapas en el marco de un enfoque regional con logros significativos relacionados con la libre circulación de personas, igualdad de derechos y libertades, condiciones sociales, culturales y económicas, igualdad en las condiciones de acceso al trabajo, la salud y la educación, entre otros aspectos (Mondelli, 2017). Este proceso, si bien se ha desarrollado a distintos ritmos, ha sido reiteradamente destacado como un importante objetivo. Así en el reciente Comunicado conjunto de Presidentes de los Estados Partes del MERCOSUR y Estados Asociados (2020) se ha afirmado que el:

fortalecimiento de la dimensión ciudadana constituye uno de los objetivos primordiales de la integración, razón por la cual se comprometieron a apoyar el efectivo cumplimiento del Plan de Acción del Estatuto de Ciudadanía del MERCOSUR a través de los Foros competentes, con miras a su plena implementación en el trigésimo aniversario de la firma del Tratado de Asunción [LVI Cumbre de Presidentes del MERCOSUR, 2020, párr. 11].

Todo este camino no ha estado exento de dificultades y obstáculos. Los siete años que han esperado los acuerdos de residencia para entrar en vigencia, son un buen ejemplo de ello, y los desafíos futuros son grandes. Tampoco se trata de un desarrollo temático aislado; buena parte de

estos avances normativo e institucionales relativos a las políticas de movilidad y las migraciones, y en especial a las migraciones intrarregionales, es necesario comprenderlo en el marco de la existencia de una vinculación explícita del proceso de integración regional con la idea de democracia y derechos humanos (Bazán, 2012 y; Canepa, 2015). Lo cual ha dado lugar a instrumentos, iniciativas y coordinaciones regionales, así como el establecimiento de una institucionalidad específica (IPPDH, 2015). Es el caso, de la Reunión de Altas Autoridades en Derechos Humanos y Cancillerías del MERCOSUR y Estados Asociados (RAADH) creada por Decisión CMC N° 40/04, en el marco de la Cumbre Presidencial realizada en Brasil en diciembre de 2004. El principal antecedente de la RAADH fue el Grupo Ad Hoc de Derechos Humanos, organismo vinculado al Foro de Consulta y Concertación Política, que estuvo encargado de concebir una carta de derechos humanos para el bloque.⁵

La RAADH se reunió por primera vez en la ciudad de Asunción entre el 4 y el 6 de mayo de 2005. En esa ocasión se aprobó el Protocolo sobre Compromiso con la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, conocido como "cláusula de derechos humanos". A partir de entonces, el trabajo de la RAADH ha ido creciendo, avanzando hacia una definición cada vez más clara de sus funciones, dividiendo el trabajo entre distintas comisiones permanentes y creando el Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos (IPPDH) en 2009. En el marco de dicha reunión, además, existen múltiples espacios de trabajo de carácter temático; es el caso de la Comisión Permanente Iniciativa Niñ@sur creada en el año 2005, cuya meta general es articular los esfuerzos nacionales y promover acuerdos regionales orientados al cumplimiento de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes. Precisamente en el marco de la agenda de estas reuniones se gestó la idea de una solicitud de Opinión

⁵ La RAADH es un órgano especializado dependiente del Consejo del Mercado Común, y cuyo seguimiento es realizado por el Foro de Consulta y Concertación Política. Su propósito es velar por la plena vigencia de las instituciones democráticas, y el respeto, la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Consultiva a la Corte Interamericana de Derechos Humanos referida a la temática de los niños, niñas y adolescentes migrantes.

IV. La protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes en el ámbito regional

Los niños, niñas y adolescentes han sido objeto de una creciente atención por parte del derecho internacional de los derechos humanos durante las últimas décadas. Los conflictos armados, la violencia en diferentes ámbitos, las diversas formas de discriminación, las dificultades en el acceso a la justicia y la obtención de una respuesta satisfactoria a sus necesidades jurídicas, o la falta de acceso a servicios básicos, son sólo algunos ejemplos de las situaciones de vulnerabilidad que enfrentan. Es claro que la condición de migrante es una de las tantas circunstancias que pueden agravar la situación de vulnerabilidad de niños, niñas y adolescentes, por lo que en ese sentido es preciso desarrollar una mirada interseccional atenta a las múltiples discriminaciones que operan sobre este colectivo. De todas maneras, existe evidencia de que las desigualdades formales y estructurales que afectan a las personas extranjeras se traducen en inequidades en el acceso a derechos. Además, factores culturales como la xenofobia y el racismo, dificultan la integración de las personas migrantes, favoreciendo la reproducción de estas desigualdades (IPPDH, 2019).

En forma específica, en lo que refiere a la Infancia y adolescencia en el contexto de la migración internacional en el ámbito del MERCOSUR, entre la aprobación de los primeros instrumentos normativos referentes a la temática —a partir del año 2006—, y la situación actual, mucho ha cambiado desde la perspectiva de la construcción de estándares normativos y también en lo que refiere a la reflexión sobre el tema.

En relación con este aspecto, puede mencionarse como uno de los primeros antecedentes el Acuerdo sobre procedimiento para la verificación de la documentación de egreso e ingreso de menores entre los Estados

Partes del MERCOSUR y Estados Asociados (2006). Esta norma ha procurado establecer reglas mínimas de procedimiento para el ingreso y egreso de niños, niñas y adolescentes en los países de la región. Asimismo, el Acuerdo para la implementación de bases de datos compartidas de niños, niñas y adolescentes en situación de vulnerabilidad del MERCOSUR y Estados Asociados (2008), y el Acuerdo entre los Estados Parte del MERCOSUR y Estados Asociados sobre cooperación regional para la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes en situación de vulnerabilidad (2008). Este último instrumento ha considerado que la mayor circulación de las personas en la región repercute en la necesidad de crear herramientas y mecanismos que tengan en miras la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes. Atento a tales fines, considera prioritario armonizar los procedimientos de cooperación regional en materia de niños, niñas y adolescentes, utilizar coordinadamente la información emanada de autoridades judiciales y administrativas en torno a la localización o paradero, así como la relativa a restricciones de egreso de niños, niñas y adolescentes, que permitan su efectiva localización. Si bien la aprobación de estos instrumentos ha constituido un valioso antecedente de una serie de avances subsiguientes, tempranamente se identificaron dificultades en su implementación, así como la ausencia de acciones de seguimiento y evaluación sobre el cumplimiento de estos acuerdos que den cuenta del impacto y la efectividad de sus cláusulas (IPPDH, 2012a).

El interés en la temática tuvo como uno de los momentos más significativos la solicitud efectuada en el año 2011 a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por parte de los países que en ese entonces conformaban el bloque regional (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay) que ha dado lugar a la Opinión Consultiva OC-21/14. Esta solicitud —elaborada con la asistencia técnica del IPPDH— se propuso esclarecer cómo se deben articular las leyes y políticas migratorias con los sistemas de protección de los derechos de la niñez, y qué condición de vulnerabilidad debe primar: la condición de niño o la condición de migrante (IPPDH-OIM, 2016a).

Esta iniciativa contó con el apoyo de las Presidentas y los Presidentes de los Estados Partes y Asociados del MERCOSUR, quienes reunidos en la ciudad de Montevideo el día 20 de diciembre de 2011, destacaron la "formalización de una solicitud de Opinión Consultiva sobre niñez migrante ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y que por primera vez en la historia de la misma cuatro países de manera conjunta se hicieron presentes en el máximo órgano jurisdiccional del sistema interamericano de derechos humanos".⁶

La promoción de dicha solicitud estuvo acompañada por la formulación, al año siguiente, del Programa de acciones y actividades para garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes y de sus familiares (2012), elaborado por el IPPDH, y que fuera un mandato conferido por la RAADH y la Comisión de Coordinación de Ministros de Asuntos Sociales del bloque (IPPDH, 2012b).

En 2016 se elaboró la Guía regional del MERCOSUR para la identificación y atención de necesidades especiales de protección de los derechos de niños y niñas migrantes. Este instrumento, diseñado por el IPPDH sobre la base del marco jurídico internacional y regional y de los estándares establecidos en la OC-21/14, fue aprobado por el FEM y la Comisión Permanente Niñ@sur de la RAADH, y tiene por objetivo establecer criterios y pautas de acción comunes para la identificación de situaciones de vulneración de derechos o necesidades internacionales de protección de niños, niñas y adolescentes migrantes por parte de autoridades estatales, así como para articular mecanismos adecuados de derivación y referencia de los casos para la atención y cuidado por parte de los organismos de protección de la infancia (IPPDH, 2019). En el ámbito regional, con este documento busca facilitar la armonización de los procedimientos y una adecuada articulación entre los países del bloque (Musso, 2019).

⁶ Comunicado Conjunto de los Estados Partes y Asociados del MERCOSUR, XLII Reunión Ordinaria del Consejo del Mercado Común, 20 de diciembre de 2011.

Si bien la Guía regional es un producto específico del bloque, aprobado en sus instancias específicas y con la participación de los Estados Asociados, ha sido referenciada por otros espacios regionales, como es el caso de la Conferencia Suramericana sobre Migraciones, que en su declaración final del año 2017 instó a los países miembros a aplicar esta Guía regional elaborada en el ámbito del MERCOSUR.⁷ Mientras que al año siguiente consideró prioritario avanzar en una coordinación con otras instancias u organismos en materia de derechos de la niñez, como UNICEF y otras contrapartes claves, que diseñen lineamientos regionales para la protección de niños, niñas y adolescentes migrantes a partir de documentos regionales existentes.⁸

Este instrumento también se ha transformado en un antecedente clave en el marco del trabajo desarrollado en el marco del Proceso de Quito, instancia multilateral establecida en el 2018 para dar respuesta a la crisis migratoria de personas provenientes de Venezuela. En las reuniones desarrolladas en el marco de dicho espacio intergubernamental se ha avanzado en considerar una propuesta de Lineamientos Regionales para la Protección de la Niñez y Adolescencia Refugiada y Migrante Venezolana⁹ y en evaluar una propuesta de elaborar un Protocolo de Cooperación Regional para la protección de la niñez y adolescencia migrante y refugiada venezolana.¹⁰

Paralelamente al desarrollo de instrumentos de carácter multilateral, los diferentes países de la región suramericana han elaborado instrumentos

⁷ Conferencia Suramericana sobre Migraciones, Declaración final de la XVII Conferencia: "La inclusión e integración de las personas migrantes más allá de las fronteras territoriales", Montevideo, Uruguay, 14 a 16 de noviembre de 2017.

⁸ Conferencia Suramericana sobre Migraciones, Declaración de Sucre en la XVIII Conferencia: "Ciudadanía suramericana: nueva cultura de libre movilidad humana hacia la ciudadanía universal", Sucre, Bolivia, 22 a 23 de noviembre de 2018.

⁹ Proceso de Quito, Capítulo Buenos Aires, Declaración Conjunta de la IV Reunión Técnica Internacional sobre Movilidad Humana de Nacionales Venezolanos, Buenos Aires, 5 de julio de 2019.

¹⁰ Proceso de Quito, Capítulo de Bogotá, Declaración de la VI Reunión Técnica Internacional sobre Movilidad Humana de Ciudadanos Venezolanos en la Región, Bogotá, 14-15 de noviembre de 2019.

específicos ajustados a las diferentes realidades nacionales. Es el caso, por ejemplo, del Procedimiento de atención para niñas, niños, adolescentes y sus familias en contextos de movilidad humana en Ecuador (2018) o del Protocolo para la atención de niñas, niños y adolescentes de nacionalidad venezolana indocumentados de Uruguay (2020).

Los aspectos incluidos por las iniciativas regionales identificadas en este apartado han sido variados. En general, estos documentos han permitido identificar principios generales de actuación y los estándares internacionales y regionales sobre la protección de niños, niñas y adolescentes en contexto de movilidad humana. También han sido útiles para la construcción de una serie de lineamientos específicos para los procedimientos, incluyendo pautas para la evaluación del principio del interés superior de niños, niñas y adolescentes, las garantías del debido proceso aplicables, así como compromisos y recomendaciones técnicas. Pero, más allá de la importancia de estos aspectos, un aspecto fundamental del trabajo que se ha desarrollado se relaciona con la construcción de una serie de acuerdos y mecanismos para facilitar la coordinación, la cooperación y la articulación transnacional.

V. Acceso a la justicia, coordinación y cooperación para la protección de derechos

El acceso a la justicia respecto de la población específica que el objeto de este documento no se limita a la mera tutela efectiva y el acceso a los tribunales estatales, en la medida en que debe concebirse como el derecho a obtener una respuesta satisfactoria a las necesidades jurídicas de la población, entendiendo por tales a los mecanismos necesarios para la efectiva realización de los derechos (PNUD, 2005). Así, y según el Informe específico de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, se entiende por acceso a la justicia la capacidad de obtener una reparación justa y oportuna por las violaciones de los derechos establecidos en los principios y normas nacionales e internacionales, incluida la Convención sobre los Derechos del Niño. El concepto

se aplica a las esferas civil, administrativa y penal de las jurisdicciones nacionales, con inclusión de los mecanismos de justicia consuetudinarios y religiosos, las jurisdicciones internacionales y los mecanismos alternativos y restitutivos de solución de disputas.¹¹ En el contexto de las migraciones internacionales es necesario considerar la aplicación, además del concepto, a las acciones de coordinación y cooperación, como una consecuencia evidente y necesaria del carácter transnacional del fenómeno y de la necesidad de desarrollar acciones transfronterizas orientadas a dar una respuesta adecuada y satisfactoria a las necesidades jurídicas de niños, niñas y adolescentes en dicho contexto.

Los niños, niñas y adolescentes en general, experimentan barreras para el acceso a la justicia, producto de la complejidad de los procedimientos, la ausencia de información legal, o el hecho de que los procedimientos no sean específicos para niños o adaptados a los niños (Liefwaard, 2019); pero en el contexto de la migración internacional, las dificultades tienden a ser aún mayores, en el marco de procesos que no están diseñados desde la perspectiva de la cooperación y la coordinación de esfuerzos, los que además no se encuentran adaptados para garantizar sus derechos en forma efectiva.

La protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en el contexto de la migración internacional, tal como se ha señalado más arriba, debe ser abordado necesariamente como un fenómeno transnacional complejo. Esto implica que cuando se aborda esta temática, con el objetivo de dar una respuesta adecuada y eficaz, es preciso establecer estándares y diseñar políticas que cuenten con el compromiso de todos los países afectados desde una perspectiva transnacional en el marco de una coordinación internacional seria y a largo plazo entre países en relación con los derechos humanos, el desarrollo humano y el impacto humani-

¹¹ Consejo de Derechos Humanos (2013), Acceso de los niños a la justicia Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, A/HRC/25/35, párr. 4.

tario de la migración internacional (ACNUDH, 2013). En consecuencia, se deben privilegiar las respuestas regionales, así como la implementación —en términos generales— de formas de cooperación y coordinación, sean bilaterales o multilaterales, que incluyan aspectos relativos a las regulaciones migratorias, las políticas de infancia, y el derecho a obtener una respuesta satisfactoria a las necesidades jurídicas de esta población, entendiendo por tales a los mecanismos necesarios para la efectiva realización de los derechos. En este apartado se desarrollarán una serie de reflexiones sobre la construcción de normas de coordinación entre los sistemas de protección y justicia en el ámbito regional.

En este último punto se han expedido en forma explícita, la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes (2016), el Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas en el marco de un estudio específico (2017), el Comité de los Derechos del Niño y el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares en sus observaciones generales conjuntas (2017), el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular (2018) y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019).¹²

En la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes se ha alentado la cooperación entre los países de origen o nacionalidad, los países de tránsito, los países de destino y otros países interesados. Asimismo, se ha considerado que la cooperación para el retorno y la readmisión constituye un elemento importante de la cooperación internacional en materia de migración. Esa cooperación abarcaría la identificación correcta y el suministro de los documentos de viaje que correspondan. Todos los tipos de retorno, voluntarios o de otra índole, deben ajustarse a las obligaciones que nos competen en virtud del derecho internacional

¹² En los Principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas, aprobados por resolución 04/19 el 7 de diciembre de 2019, en especial los principios 9, 10 y 11.

de los derechos humanos, observar el principio de no devolución, llevarse a cabo en consonancia con el interés superior de la niñez y con el procedimiento previsto en la ley.¹³

El Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, por su parte, elaboró un estudio específico en el que se analizaron las principales razones que fuerzan o alientan a niños, niñas y adolescentes a migrar no acompañados en determinadas zonas, su situación, las principales violaciones de los derechos humanos a que se enfrentan, poniendo un especial énfasis en el trabajo de coordinación regional e internacional, así como en el papel de las organizaciones de la sociedad civil y la identificación de buenas prácticas.¹⁴

Por su parte, los Comités de tratados antes mencionados en sus observaciones generales conjuntas, han destacado que una interpretación global de sus convenciones de referencia debe conducir a los países de origen, tránsito, destino y retorno a impulsar la cooperación bilateral, regional y mundial a fin de garantizar los derechos de todos los niños en el contexto de la migración internacional.¹⁵ También han reafirmado la necesidad de abordar la migración internacional por medio de la cooperación y el diálogo a nivel internacional, regional o bilateral y de un enfoque amplio y equilibrado, que reconozca las funciones y responsabilidades de los países de origen, tránsito, destino y retorno en la promoción y protección de los derechos humanos de los niños y niñas en el contexto de la migración internacional, a fin de conseguir una migración segura, orde-

¹³ Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 13 de septiembre de 2016 (A/71/L.1), párr. 58.

¹⁴ Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, El problema mundial de los niños y adolescentes migrantes no acompañados y los derechos humanos, A/HRC/36/51, 24 de julio de 2017.

¹⁵ Observación general conjunta núm. 3 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 22 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional, aprobada el 16 de noviembre de 2017 (CMW/C/GC/3, CRC/C/GC/22), párrs. 48 y 49.

nada y regular, en el pleno respeto de los derechos humanos y evitando actitudes que podrían agravar su vulnerabilidad.¹⁶

Por último, el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular, que constituye un marco de cooperación no vinculante jurídicamente basado en los compromisos acordados por los Estados Miembros en la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes, se ha planteado como propósito fomentar la cooperación internacional sobre la migración entre todas las instancias pertinentes. Este documento refiere en varias oportunidades a los niños, niñas y adolescentes en el contexto de la migración internacional, así como en aspectos relativos a los servicios de protección consular y los marcos de cooperación transfronteriza, entre otros aspectos. En este documento se establece además el compromiso de los Estados de gestionar las fronteras nacionales de manera coordinada, promoviendo la cooperación bilateral y regional, y aplicar políticas de gestión de las fronteras que respeten el derecho internacional y los derechos humanos de todos los migrantes, independientemente de su estatus migratorio, que no sean discriminatorias y que tengan en cuenta la perspectiva de género e infantil ((A/CONF.231/3), párr. 23).

Más allá de los antecedentes regionales referidos en el apartado anterior y de pronunciamientos más recientes en el ámbito universal que han sido mencionados, es posible verificar que la suscripción de acuerdos bilaterales y multilaterales relacionados o aplicables a la infancia y la adolescencia en el contexto de la migración ha sido una estrategia usual para abordar el fenómeno en muchas regiones y desde hace algunas décadas. Únicamente para circunscribir estas consideraciones al ámbito hemisférico, se observa que, en América del Norte, Central y el Caribe,

¹⁶ Observación general conjunta núm. 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno, aprobada el 16 de noviembre de 2017 (CMW/C/GC/4, CRC/GC/23), párr. 64.

también es posible encontrar bajo la forma de memorándums de entendimiento, directrices, lineamientos regionales, acuerdos binacionales, declaraciones, protocolos, mecanismos de coordinación y de consulta, una serie de pautas para la cooperación y la coordinación de acciones. En relación con América Central y México, la mayoría de esos acuerdos suelen establecer mecanismos de repatriación, con énfasis en el retorno de niños, niñas y adolescentes a sus países de origen, señalando en algunos casos que la repatriación debe determinarse en función del interés superior de la niñez y adolescencia. También han suscrito acuerdos bilaterales para regular la migración laboral temporal y para regular la protección consular (OIM, 2013; y Musalo, Frydman y Ceriani, 2015).

Entre los instrumentos más recientes adoptados en dicha región, es preciso mencionar especialmente a los Lineamientos Regionales de Actuación para la Protección Integral de la Niñez y Adolescencia en el Contexto de la Migración (2016).¹⁷ Este documento ha sido desarrollado y aprobado en el marco de la Conferencia Regional sobre Migración con el objetivo de fomentar la colaboración y cooperación regional en la atención, asistencia y protección de la niñez y adolescencia en el contexto de la migración, y fortalecer los esfuerzos nacionales, binacionales y regionales en la protección a los derechos humanos de la niñez y adolescencia migrante.

En definitiva, no sólo existen pronunciamientos explícitos en relación con la importancia de la cooperación y la coordinación, sino que además existe una importante cantidad de acuerdos, instrumentos de derecho internacional y otras iniciativas de cooperación internacional que han sido aprobadas para abordar el fenómeno específico. Estos antecedentes, además, es posible enmarcarlos en una larga tradición de abordar diversos aspectos de los derechos de niños, niñas y adolescentes desde la

¹⁷ La Conferencia Regional sobre Migración (CRM), o Proceso de Puebla, fue establecida en 1996 y constituye un proceso consultivo regional sobre migración que cubre la región de América del Norte, Central y el Caribe.

perspectiva de la cooperación y la coordinación de esfuerzos entre los países. Lo que se puede verificar en la normativa existente en temas de trata de personas, sustracción internacional, adopción, restitución, venta de niños y la explotación sexual comercial protección internacional, entre otros.

La importancia de la cooperación entre los países se encuentra presente además tanto en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1989) como en la Convención internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares (1990), Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños y la explotación sexual comercial (2000), y 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 (2000), entre otros instrumentos internacionales de carácter vinculante.

La cooperación entre Estados en cuestiones relacionadas con la migración, mediante mecanismos bilaterales, regionales y globales, puede darse en una variedad de formas distintas. Mientras algunos acuerdos se focalizan en fortalecer las políticas de control migratorio, otras formas de cooperación pueden buscar reducir los riesgos a lo largo de las rutas migratorias, proteger a los y las migrantes (en general o a grupos particulares, como NNA o víctimas de trata), o bien referirse a las causas de origen de la migración (Musalo, Frydman y Ceriani, 2015).

La agenda de la cooperación y la coordinación que ha sido específicamente construida para abordar la temática de la infancia y la adolescencia, también es variada y ha abarcado aspectos tales como la verificación documental establecida para el egreso e ingreso entre los organismos de control migratorio, la implementación de bases de datos compartidas de niños, niñas y adolescentes en situación de vulnerabilidad, así como la utilización coordinada de información emanada de autoridades judi-

ciales y administrativas en torno a la localización o paradero, y la relativa a restricciones de egreso de niños, niñas y adolescentes, que permitan su efectiva localización. También ha existido un especial énfasis en regular la eficacia de las medidas de protección de urgencia dispuestas por la autoridad judicial en los diferentes territorios (IPPDH, 2012a).

En el caso de la Guía Regional para la identificación y atención de necesidades especiales de protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes, se pretende avanzar más allá, con el objetivo de establecer criterios y pautas de acción comunes para la identificación de situaciones de vulneración de derechos o necesidades internacionales de protección de niños, niñas y adolescentes migrantes. Además de facilitar la armonización de los procedimientos migratorios y protección que involucren a niños, niñas y adolescentes migrantes tanto en el ámbito interno como en el regional, así como una adecuada articulación entre los países del bloque (IPPDH-OIM, 2016b).

Un avance importante es el que se estaría dando de aprobarse el documento de Protocolo de cooperación regional para la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en contexto de movilidad humana, que está siendo elaborado en el marco de la asistencia técnica de OIM, UNICEF, ACNUR y el IPPDH al Proceso de Quito conforme a lo mencionado. Este documento, que durante los primeros meses del año 2020 ha sido sometido a una serie de consultas nacionales, se plantea explícitamente avanzar en la cooperación regional entre los Estados de la región que asegure la aplicación efectiva y oportuna de medidas de protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes en contexto de movilidad humana. En este sentido, la propuesta incluye mecanismos de intercambio de información para la evaluación y determinación del interés superior, y para la búsqueda, localización e identificación de familias; coordinación entre autoridades competentes para la implementación de medidas de protección; un mecanismo transnacional de traslado por razones de reunificación familiar y/o protección de otros derechos;

cooperación regional para el restablecimiento y reparación de derechos, así como para casos de violencia, explotación, trata de personas, trabajo infantil, reclutamiento y vulneraciones de derechos conexas; coordinación para garantizar el derecho al registro, al nombre, la identidad y una nacionalidad, y la prevención de la apatridia de los niños, niñas y adolescentes en contexto de movilidad humana; acciones coordinadas para la prevención y subsanación de la irregularidad migratoria, y la prevención del tráfico ilegal, entre otros aspectos.¹⁸

Un instrumento mencionado en el Protocolo sobre cooperación regional para la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en contexto de movilidad humana, y que es preciso mencionar, es el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en Materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños.¹⁹ Este tratado internacional tiene disposiciones que facilitan la articulación con otros instrumentos bilaterales, regionales e internacionales. Además, es importante tener en cuenta que una serie de disposiciones de este instrumento se aplican independientemente de si los niños que necesitan protección son de un Estado contratante o no del mismo (HCCH, 2020).

Las Autoridades Centrales, Jueces y Puntos de contacto establecidos por el sistema normativo de las convenciones de La Haya pueden desempeñar actividades relevantes en materia de cooperación y coordinación de acciones (Goicoechea y Castro, 2014). Entre ellas, adoptar las medidas apropiadas para proporcionar información sobre las leyes vigentes y los servicios disponibles para la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes; asistencia para localizar a un niño o niña que parece estar

¹⁸ Borrador de fecha 8 de abril de 2020 que fue presentado en el marco de los procesos de consulta nacional.

¹⁹ El listado de firmas y ratificaciones se encuentra disponible en: «<https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=70>».

presente en el territorio del Estado requerido y que necesita protección; o solicitar informaciones relevantes a cualquier autoridad de otro Estado, inclusive información sobre la ubicación de los miembros de la familia de un niño.

Asimismo, entre otros aspectos, el mecanismo establecido puede permitir la realización de consultas, ello posibilita a las autoridades determinar de antemano las condiciones en las cuales la persona menor de edad permanecerá en el Estado receptor, en particular con respecto a las leyes de migración vigentes en ese Estado, o incluso en la distribución de los costos involucrados en la realización de la medida de colocación y de esta forma dar un mejor cumplimiento al principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes involucrados (HCCH, 2020).²⁰

Los tribunales estatales con competencia en materia de protección de derechos desempeñan un papel fundamental en la determinación de medidas que pueden tener un profundo impacto en la vida de niños, niñas y adolescentes en el contexto de migración internacional. Es importante recordar que aun en los sistemas que prevén la adopción de medidas de protección en sede administrativa de acuerdo con la CDN es necesario establecer la posibilidad de revisión judicial. La decisión de colocar a un niño en cuidado alternativo es de gran alcance, no sólo para los padres sino también para el niño, que debe estar sujeta a revisión judicial. Si la decisión puede ser tomada por una autoridad administrativa en primer lugar, las partes deben tener derecho a llevar el caso a los tribunales (Sandberg, 2019). Sin embargo, más allá de los avances antes referidos y de la importancia del Convenio de La Haya, aún queda un

²⁰ Dentro de este marco de intercambio de información y de consultas, el artículo 37 de la Convención merece especial atención y énfasis, en tanto establece las autoridades no puede solicitar o transmitir informaciones en aplicación de este Capítulo si considera que tal solicitud o transmisión podría poner en peligro a la persona o los bienes del niño o constituir una amenaza grave para la libertad o la vida de un miembro de su familia. Esta obligación adquiere especial importancia, por ejemplo, en casos de niños refugiados y otros niños no acompañados o separados que han sido víctimas de trata y explotación (HCCH, 2020).

importante camino para recorrer en relación con el acceso a la justicia en el marco de la cooperación y coordinación transfronteriza.

En definitiva, y en términos muy generales, es posible observar que en la región, el enfoque de los instrumentos que se han ido elaborando ha cambiado, en especial, en la forma en la cual los derechos humanos y principios como el interés superior de niños, niñas y adolescentes, se han tenido en cuenta. La importancia de los antecedentes previos en el ámbito regional y del desarrollo de estándares por parte de diferentes organismos internacionales, parece tener un vínculo en todo este proceso de dotar a estos instrumentos de una perspectiva de derechos, género y generaciones. En las reflexiones finales se problematizará esta última idea, haciendo referencias a algunas dificultades y ausencias en estos desarrollos.

VI. Consideraciones finales

La migración a través de las fronteras es una característica definitoria del tiempo en que vivimos, las dinámicas de movilidad de la infancia y la adolescencia son un aspecto fundamental para abordar en su complejidad el fenómeno de migración contemporánea (Bhabha, 2013; y Veale y Donà, 2014). Esta situación —tal como se ha expresado en este trabajo— ha dado lugar a un proceso caracterizado por un lado, por un importante desarrollo de iniciativas gubernamentales y regionales, orientadas a dar una respuesta al fenómeno desde diversas perspectivas. Por otro lado, es posible observar que en forma progresiva el tema fue siendo desarrollado desde el derecho internacional de los derechos humanos, o con dicho enfoque, dando lugar a una profusa construcción de estándares específicos. La posición del derecho internacional de los derechos de la infancia y la adolescencia ha sido muy clara: los niños, niñas y adolescentes migrantes deben ser tratados como niños en primer lugar, y sólo luego como migrantes.

La situación generada por la pandemia de COVID-19 ha impactado fuertemente en las migraciones internacionales y lo seguirá haciendo por un

tiempo. La gravedad de la situación inicialmente ha sido puesta en evidencia por varios documentos y pronunciamientos en el ámbito de las Naciones Unidas —incluyendo a los órganos de tratado, procedimientos especiales y agencias del sistema—,²¹ de la Organización de los Estados Americanos,²² y en el ámbito regional en el marco del MERCOSUR,²³ entre otros espacios intergubernamentales.

La idea general es que la población migrante se ha visto desproporcionadamente afectada por la situación de pandemia. Lo que implica una serie de consecuencias que son producto de la implementación de medidas de cierre de fronteras y restricciones a la movilidad en el mundo; otras que se relacionan con la gestión de la movilidad humana y las restricciones impuestas; además de consecuencias derivadas de los cambios sociales y económicos causados por la situación de pandemia, entre otros aspectos que han sido señalados. Los tiempos que vivirá el gobierno de la movilidad humana no tienen antecedentes, se trata de un escenario nuevo. No obstante, nada puede hacer suponer que a mediano y a largo plazo pueda existir una disminución sustancial de las migraciones internacionales. En este nuevo contexto, los instrumentos y los avances que se han ido construyendo deben desempeñar un papel fundamental para el desarrollo de prácticas adecuadas de acceso a la justicia, protección y ga-

²¹ Por ejemplo: la Nota de Orientación conjunta acerca de los impactos de la pandemia del COVID-19 sobre los derechos humanos de las personas migrantes, de mayo de 2020, del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias de la ONU y Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes de Naciones Unidas; la Declaración conjunta de los diez órganos creados en virtud de los tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas, de marzo de 2020; el Pronunciamiento conjunto de los titulares de mandatos de procedimientos especiales; entre otros documentos y pronunciamientos.

²² Es el caso, por ejemplo, de la Resolución 01/20, Pandemia y Derechos Humanos en las Américas, de abril de 2020, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH); la Guía Práctica de Respuestas Inclusivas y con Enfoque de Derechos ante el COVID-19 en las Américas, de abril de 2020, de la Secretaría de Acceso a Derechos y Equidad (SARE), entre otras resoluciones y documentos.

²³ Por ejemplo, la Declaración de los Presidentes del MERCOSUR sobre coordinación regional para la contención y mitigación del Coronavirus y su impacto, de marzo de 2020; y el Comunicado conjunto de Presidentes de los Estados Partes del Mercosur y Estados Asociados, de julio de 2020, en ocasión de la LVI Cumbre de Presidentes del MERCOSUR, entre otros documentos y pronunciamientos.

rantía de derechos de la infancia y la adolescencia en contexto de migración internacional.

Pero la pluralidad de instrumentos ha estado acompañada por diferentes dificultades. En algunos casos se han identificado obstáculos muy concretos para la efectiva implementación de los acuerdos regionales aprobados, sea por falta de armonización normativa o deficiencias institucionales asociadas a la puesta en práctica de este tipo de documentos (IPPDH, 2012a). En muchos casos, estos instrumentos —tal como lo ha expresado el Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas (2017)— dan lugar a procedimientos que no son eficientes, y sus resultados no son tangibles, no están diseñados desde una perspectiva de derechos humanos, o no se encuentran adaptados a la situación de los niños en tanto sujetos en desarrollo.²⁴

Se ha expresado también que otro factor que tiende a oscurecer la relevancia de las nuevas normas es que los acuerdos regionales han estado sujetos a las urgencias y necesidades políticas internas de los gobiernos que las promueven (Margheritis, 2013). Esto da lugar a que existan procesos de trabajo que quedan como interrumpidos, mientras que otros que, abordan temáticas similares, inician vigorosamente, sin demasiado espacio para la articulación. Este tipo de circunstancias, se hacen evidentes cuando se observa la situación respecto del cumplimiento de los compromisos vinculados con el establecimiento de mecanismos de seguimiento o de elaboración de informes sobre la implementación, que esos mismos documentos establecen.

Los instrumentos referidos, tal como se ha podido observar, tienen diversa denominación y múltiples énfasis, y en varios casos han abordado diversos aspectos en lo que respecta a la cooperación y a la coordinación

²⁴ Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, El problema mundial de los niños y adolescentes migrantes no acompañados y los derechos humanos, A/HRC/36/51, 24 de julio de 2017, párrs. 74 a 80.

de la respuesta al fenómeno de la infancia y la adolescencia en el contexto de las migraciones desde la perspectiva transnacional. Además, buena parte de esos documentos constituyen herramientas técnicas sin valor normativo vinculante y se encuentran centrados en la interrelación de autoridades gubernamentales, no estando tan presente el establecimiento de parámetros de actuación a las autoridades judiciales de los diferentes países, aspecto que es especialmente relevante, cuando se realiza un repaso de los temas que generalmente se incluyen en este tipo de instrumentos.

En otros casos, si bien se trata de instrumentos de carácter vinculante, se han verificado dificultades en lo que se refiere a su implementación y efectividad. Son conocidas las dificultades propias del tiempo que suele llevar la internalización de las normas y por tanto su puesta en vigencia. La ratificación por parte de los órganos legislativos de algunos acuerdos ha llevado años en cada miembro individual, lo que refleja la existencia de los intercambios y negociaciones entre los ejecutivos y poderes legislativos (Margheritis, 2013). En efecto, frente al interés de la comunidad internacional de expandir la protección respecto de la infancia y la adolescencia, se ha expresado que es necesario considerar que la práctica indica que pueden demorar años o décadas para incorporar e implementar convenios internacionales sobre protección de niños en los ordenamientos jurídicos nacionales (Goicoechea y Castro, 2014).

Por tanto, un primer desafío tiene que ver con lograr la implementación efectiva de los acuerdos e instrumentos existentes y la posibilidad de lograr la articulación o la complementariedad entre las diversas iniciativas. En este sentido, parecería apropiado estudiar la mejor forma de articular los acuerdos e instrumentos referidos, con las disposiciones del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en Materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños.

Este aspecto ha sido referido explícitamente en el marco de las observaciones generales conjuntas de los Comités de los Derechos del Niño y el de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, además de ser un aspecto desarrollado en el marco del propio Manual de aplicación de dicha convención (HCCH, 2014). En particular, es conveniente analizar las posibilidades de articular los diferentes mecanismos de cooperación y coordinación previstos, con el sistema de Autoridades Centrales establecido por la Convención de La Haya.

Finalmente, y volviendo a algunas de las ideas expresadas al inicio de este trabajo, un segundo desafío será poder ver a niños, niñas y adolescentes migrantes como agentes cuyas aspiraciones son relevantes para la toma de decisiones institucionales y superar la ambivalencia no resuelta sobre la legitimidad de otorgar protección a los niños, niñas y adolescentes en contextos de la migración internacional, independientemente de su estatus migratorio (Bhabha, 2014). El desarrollo de directrices, lineamientos, acuerdos, declaraciones, protocolos y mecanismos que se han registrado, así como el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, debe dar lugar a un avance sustancial en relación con este último desafío. En juego está no sólo la legitimidad de la herramienta para transformar la realidad, sino también los proyectos de vida de muchos niños, niñas y adolescentes.

Bibliografía

ACNUDH (2013), *Improving Human Rights-Based Governance of International Migration*, Ginebra, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

_____ (2020), *Guía sobre COVID-19 y los derechos humanos de los migrantes*.

Acosta, D. y Freier, L. F. (2015), "Discursos y políticas de inmigración en Sudamérica: ¿Hacia un nuevo paradigma o la confirmación de una

retórica sin contenido?", *REMHU: Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*, 23(44), pp. 171-189. doi: 10.1590/1980-85852503880004411.

Acosta, D. y Geddes, A. (2014), "Transnational Diffusion or Different Models? Regional Approaches to Migration Governance in the European Union and Mercosur", *European Journal of Migration and Law*, 16(1), pp. 19-44. doi: 10.1163/15718166-00002047.

Archard, D. (2004), *Children, Rights and Childhood*, Second Edi. Abingdon, Oxon; New York: Routledge.

Bazán, V. (2012), "Derechos Humanos y MERCOSUR: actualidad y prospectiva", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2(20), pp. 83-151.

Bhabha, J. (2007), "Un vide juridique? Migrant Children: The Rights and Wrong", en Bellamy, C. y Zermatten, J. (eds.), *Realizing the Rights of the Child. Swiss Human Rights Book*, vol. 2, Zurich, Rüffer & Rub.

_____ (2009), "Arendt's Children: Do Today's Migrant Children Have a Right to Have Rights?", *Human Rights Quarterly*, 31(2), pp. 410-451. doi: 10.1353/hrq.0.0072.

_____ (2013), "Children, migration, and human rights", en *The Encyclopedia of Global Human Migration*, Oxford, UK, Blackwell Publishing Ltd. doi: 10.1002/9781444351071.wbeghm119.

_____ (2014), *Child Migration and Human Rights in a Global Age*, Princeton: Princeton University Press.

Brumat, L. (2019), "(Libre) circulación de personas y políticas migratorias regionales en el MERCOSUR", *Revista MERCOSUR de Políticas Sociales*, 3, p. 10. doi: 10.28917/ism.2019-v3-10.

- Canepa, M. (2015), "Los derechos humanos en el MERCOSUR", *Rev. secr. Trib. perm. revis.*, 3(6), pp. 161-177. doi: 10.16890/rstpr.a3.n6.161.
- Ceriani, P., García, L. y Salas, A. G. (2014), "Niñez y adolescencia en el contexto de la migración: principios, avances y desafíos en la protección de sus derechos en América Latina y el Caribe", *REMHU: Revista Interdisciplinaria da Mobilidade Humana*, 22(42), pp. 9-28. doi: 10.1590/S1980-85852014000100002.
- CIDH (2020), *CIDH advierte sobre las consecuencias de la pandemia por COVID-19 en niñas, niños y adolescentes. Comunicado de Prensa 090/20*. Disponible en: «<https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/090.asp>» (Consultado: el 17 de julio de 2020).
- Congreso Internacional sobre Migraciones (2010), *Tratamiento de la cuestión migratoria en los consensos y foros regionales, interregionales e internacionales, Revista del Congreso Internacional sobre Migraciones, Iguazú, Misiones, Argentina*.
- Cumbre de Presidentes del MERCOSUR LVI. Comunicado conjunto, 2 de julio de 2020, párrafo 11.
- Domenech, E. (2013), "Las migraciones son como el agua': Hacia la instauración de políticas de 'control con rostro humano': La gobernabilidad migratoria en la Argentina", *Polis (Santiago)*, 12(35), pp. 119-142. doi: 10.4067/S0718-65682013000200006.
- Ermida Uriarte, O. (2009) "Derecho a migrar y derecho al trabajo", en Observatorio de Políticas Públicas de Derechos Humanos en el Mercosur (ed.), *Las migraciones humanas en el Mercosur. Una mirada desde los derechos humanos*, Montevideo.
- Goicoechea, I. y Castro, F (2014), "Construyendo un Sistema de Cooperación Internacional para la Protección de los Niños en materia

civil", en Taller "Construyendo un Sistema de Cooperación Internacional para la Protección de los Niños en materia civil", 14 de julio de 2014, Washington DC: Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en: «https://www.oas.org/es/cidh/actividades/docs/2014/Goicoechea_Sp.pdf».

HCCH (2014), *Practical Handbook on the Operation of the 1996 Hague Child Protection Convention*, La Haya.

_____ (2020), *The application of the 1996 Child Protection Convention to unaccompanied and separated children*. Disponible en: «<https://assets.hcch.net/docs/64150323-9f1a-4f32-83a8-81558ea75e60.pdf>».

IPPDH (2012a), *La implementación de los Acuerdos del MERCOSUR relativos a la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes. Diagnóstico para la Acción*, Buenos Aires.

_____ (2012b), *Programa de Acciones y Actividades para garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes y de sus familiares en el marco del Eje II del Plan Estratégico de Acción Social del MERCOSUR*, Buenos Aires.

_____ (2015), *A 40 años del cóndor. De las coordinaciones represivas a la construcción de las políticas públicas regionales en derechos humanos*, editado por J. Palummo, P. R. Benetti, y L. Vaccotti, Buenos Aires, Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR.

_____ (2019), *Protección de niños, niñas y adolescentes en contextos de migración. Manual de aplicación de estándares internacionales y regionales de derechos humanos*, Buenos Aires, Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR, Save the Children.

IPPDH-OIM (2016a), "Derechos humanos de la niñez migrante", en Buenos Aires: Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR, Organización Internacional para las Migraciones.

_____ (2016b), *Iniciativas regionales para la identificación y atención de niños, niñas, y adolescentes migrantes*, Buenos Aires, Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR, Organización Internacional para las Migraciones.

_____ (2016c), *Migración, derechos humanos y política migratoria*. Buenos Aires, Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR, Organización Internacional para las Migraciones.

Liefwaard, T. (2019), "Access to Justice for Children: Towards a Specific Research and Implementation Agenda", *The International Journal of Children's Rights*, 27(2), pp. 195-227. doi: 10.1163/15718182-02702002.

Margheritis, A. (2013), "Piecemeal regional integration in the post-neoliberal era: Negotiating migration policies within Mercosur", *Review of International Political Economy*, 20(3), pp. 541-575. doi: 10.1080/09692290.2012.678762.

Margheritis, A. (2017), "International migration in South America. Emerging forms of governance", en Riggirozzi, P. y Wylde, C. (eds.), *Handbook of South American Governance*, Routledge, doi: 10.4324/9781315661162.

Mármora, L. (2010), "Modelos de gobernabilidad migratoria. La perspectiva política en América del Sur", *REMHU-Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*, 18(35), pp. 71-92.

- Modolo, V. (2015), "O Mercosul Importa. A Política Regional de Mobilidade Territorial", *Contexto Internacional*, 37(2), pp. 571-595, doi: 10.1590/s0102-85292015000200008.
- Mondelli, M. (2017), "Scaling up citizenship. The case of the Statute of MERCOSUR Citizenship", en Riggiozzi, P. y Wylde, C. (eds.), *Handbook of South American Governance*, Routledge, doi: 10.4324/9781315661162.
- Musalo, K., Frydman, L. y Ceriani, P. (eds.) (2015), *Niñez y migración en Centro y Norte América: causas, políticas, prácticas y desafíos*, Center for Gender & Refugee Studies, University of California Hastings College of the Law, Programa Migración y Asilo Centro de Justicia y Derechos Humanos, Universidad Nacional de Lanús.
- Musso, J. A. (2019), "Algunas consideraciones sobre los derechos humanos y el Mercosur", *Relaciones Internacionales*, 28(57), pp. 155-169, doi: 10.24215/23142766e076.
- Nabuco Martuscelli, P. (2017), "Crianças desacompanhadas na América Latina: reflexões iniciais sobre a situação na América Central", *Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos*, 5(1), pp. 77-96.
- Nadesan, M. H. (2010), *Governing Childhood into the 21st Century*, New York: Palgrave Macmillan US, doi: 10.1057/9780230106499.
- O'Connell Davidson, J. (2011), "Moving children? Child trafficking, child migration, and child rights", *Critical Social Policy*, 31(3), pp. 454-477, doi: 10.1177/0261018311405014.
- OHCHR (2014), *Recommended Principles and Guidelines on Human Rights at International Borders*. Disponible en: «https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/OHCHR_Recommended_Principles_Guidelines.pdf».

- _____ (2017), *Principles and Guidelines, supported by practical guidance, on the human rights protection of migrants in vulnerable situations*. Disponible en: «<https://www.ohchr.org/EN/Issues/Migration/Pages/VulnerableSituations.aspx>».
- OIM (2013), *Niños, niñas y adolescentes migrantes. América Central y México*, San José, Costa Rica, Organización Internacional para las Migraciones.
- _____ (2018), *Evaluación del Acuerdo de Residencia del MERCOSUR y su incidencia en el acceso a derechos de los migrantes*, Buenos Aires.
- Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular (A/CONF.231/3), párr. 23.
- PNUD (2005), *Manual de políticas públicas para el acceso a la justicia. América Latina y el Caribe*, Buenos Aires, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Ediciones del Instituto.
- Robles, A. J. (2004), *Buenas prácticas para el reconocimiento del derecho de los trabajadores a la libre circulación en el Mercosur*, Lima.
- Sandberg, K. (2019), "Alternative Care and Children's Rights", en Kilkelly, U. y Liefaard, T. (eds.), *International Human Rights of Children*, Singapore: Springer International Publishing, pp. 187-213, doi: 10.1007/978-981-10-4184-6_8.
- Scholten, P. (2020), *Mainstreaming versus Alienation*. Cham: Springer International Publishing (Global Diversities), doi: 10.1007/978-3-030-42238-7.
- Seeberg, M. L. y Gozdzia, E. M. (2016), "Contested Childhoods: Growing up in Migrancy", en Seeberg, M. L. y Gozdzia, E. M. (eds.),

Contested Childhoods: Growing up in Migrancy. Cham: Springer International Publishing (IMISCOE Research Series), doi: 10.1007/978-3-319-44610-3.

Stefoni, C. (2018), *Panorama de la migración internacional en América del Sur. Documento elaborado en el marco de la Reunión Regional Latinoamericana y Caribeña de Expertas y Expertos en Migración Internacional preparatoria del Pacto Mundial para una Migración Segura*, Ordena, Santiago de Chile.

UNICEF (2020a), *COVID-19: Children at heightened risk of abuse, neglect, exploitation and violence amidst intensifying containment measures*. Press release. Disponible en: «<https://www.unicef.org/mena/press-releases/covid-19-children-heightened-risk-abuse-neglect-exploitation-and-violence-amidst>» (Consultado: el 17 de julio de 2020).

_____ (2020b), *COVID-19 pandemic could devastate refugee, migrant and internally displaced populations without urgent international action. Statement by UNICEF Executive Director Henrietta Fore*. Disponible en: «<https://www.unicef.org/press-releases/covid-19-pandemic-could-devastate-refugee-migrant-and-internally-displaced>» (Consultado: el 17 de julio de 2020).

Veale, A. y Doná, G. (2014), "Complex Migrations, Migrant Child and Family Life Trajectories and Globalization", en *Child and Youth Migration*, London, Palgrave Macmillan UK, pp. 1-20, doi: 10.1057/9781137280671_1.

Vieira, L. K. y Costa, V. V. da (2019), "La opinión consultiva como herramienta para la uniformización de la interpretación y aplicación del derecho del MERCOSUR, en la temática migratoria", *Rev. secr. Trib. perm. revis.*, 7(14), pp. 172-197, doi: 10.16890/rstpr.a7.n14.p172.

Woodhead, M. (2015), "Childhood studies: past, present and future", en Kehily, M. J. (ed.), *An Introduction to Childhood Studies*, Third Edit. Maidenhead, UK, Open University Press.

You, D. *et al.* (2020), "Migrant and displaced children in the age of COVID-19: How the pandemic is impacting them and what can we do to help", *Migration Policy Practice*, X(2).

El derecho al más alto nivel posible de salud mental y la prevención de la violencia contra las niñas y los niños refugiados y solicitantes de asilo

Najat Maalla M'jid*

Resumen

Las niñas y los niños constituyen casi la mitad de las personas en situación de desplazamiento forzado en el mundo. La violencia y otras experiencias adversas a las que esta población se ve expuesta, tiene un gran impacto en su salud mental. Incluso antes de la pandemia de COVID-19, sus necesidades no se encontraban debidamente satisfechas. La pandemia ahora ha acrecentado el problema. Este capítulo describe los factores de estrés a los que están expuestos solicitantes de asilo y refugiados, y el impacto que ellos tienen en su salud mental. A continuación, se precisan los elementos necesarios para construir un entorno seguro, protector y acogedor para ellas y ellos, en el marco de las normas internacionales vigentes. Esto requiere que las autoridades nacionales, incluyendo las que participan en la administración de justicia, incorporen en su trabajo principios clave del sistema de derechos de la niñez y relacionados con la salud mental. También requiere que la comunidad internacional garantice

* Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas sobre Violencia contra los Niños

que se preste suficiente atención a la salud mental y al apoyo psicosocial dentro de la respuesta inmediata y a largo plazo a la pandemia de COVID-19.

I. Introducción

No hemos elegido ser refugiados. Simplemente sucedió, y tuvimos que tomar una decisión. Tuvimos que escapar de la muerte y la destrucción que existía en el sistema que gobierna el país. Mi mensaje para todo el mundo es el siguiente: somos niños como cualquier otro y tenemos derecho a la seguridad y a la educación. Queremos vivir con nuestra familia, como todo niño quiere en todo el mundo.

- Refugiado iraquí de 15 años (UNICEF, 2018, p. 31).

Se estima que entre 30 y 34 millones de niñas y niños en todo el mundo se han visto obligados a abandonar sus hogares. Esta población constituye el 40% de las personas en situación de desplazamiento forzado en el mundo (UNHCR, 2020a, p. 2). Durante todas las etapas de sus viajes están expuestos a un mayor riesgo de violencia y otras experiencias adversas de la infancia que afectan gravemente su bienestar mental (SRSG VAC, 2020b, p. 3). Sin embargo, a pesar de las obligaciones internacionales de proteger a las niñas y los niños solicitantes de asilo y refugiados, y de apoyar su salud mental, la brecha entre los compromisos de los Estados y la realidad sigue siendo enorme. La llegada de la pandemia de COVID-19 ha hecho que el desafío de cerrar esta brecha sea aún mayor.

Este capítulo describe los factores de estrés a los que están expuestos las niñas y los niños solicitantes de asilo y refugiados, y el impacto devastador que tienen en su salud mental. Después, establece las principales obligaciones en materia de derechos humanos y compromisos políticos que deben enmarcar la respuesta a estos desafíos, con especial referencia a los aspectos de salud mental de los procedimientos de determinación de

asilo y detención. El artículo concluye abordando los elementos que son necesarios para construir un entorno seguro, protector y propicio para infantes refugiados y solicitantes de asilo a fin de reivindicar su derecho al más alto nivel posible de salud mental.

II. El impacto de la violencia y las experiencias adversas de la niñez en la salud mental

La violencia está en todas partes, en la familia, en la escuela, en la calle, en el transporte público. Los hombres golpean a las mujeres, las niñas son violadas, los niños, golpeados. Otro problema es la pobreza, la falta de trabajo, los salarios bajos. Ni la ley, ni la policía son justas.

- Refugiado nicaragüense de 14 años (UNICEF, 2018, p. 34).

1. Factores estresantes para las niñas y los niños refugiados y solicitantes de asilo

Las niñas y los niños refugiados y solicitantes de asilo están expuestos a riesgos importantes de violencia y otras experiencias infantiles adversas (Fazel y Stein, 2002). Pueden ser objeto de ésta, presenciarla o estar expuestos de otra manera a hechos violentos o traumáticos. Diversas formas de violencia y experiencias adversas en la niñez pueden tener lugar al mismo tiempo, y una forma puede conducir a otra, a lo largo de un continuo terrible. El impacto de la violencia en la salud mental de los niños depende de la forma en que es experimentada a medida que crecen y se desarrollan conforme a su ciclo de vida. Los factores estresantes a los que están expuestas las infancias solicitantes de asilo y refugiados surgen en todos los lugares de su viaje: en su país de origen, mientras están en tránsito y en su país de destino (Red Nacional para el Estrés Traumático Infantil, 2003).

Esta población a menudo se ve obligada a huir de sus hogares debido a su exposición a la guerra, disturbios políticos, violencia crónica en la

comunidad y a las revueltas sociales. Puede ser testigo de violencia, tortura y pérdidas de familiares y amigos cercanos. También puede ser reclutada por las fuerzas armadas u otros grupos y participar en actos de violencia. Las niñas y los niños refugiados puede que no lleguen a recordar un solo periodo de estabilidad, ya que su educación y desarrollo social pueden haberse visto interrumpidos, y la angustia de sus padres y la inseguridad en general constituyan sus experiencias comunes (Fazel y Stein, 2002).

El desplazamiento conlleva más factores estresantes. Las niñas y los niños refugiados que se desplazan pueden experimentar la separación de sus padres/madres, ya sea por accidente o como estrategia usada por esos adultos para garantizar su seguridad, puesto que la capacidad de las infancias para autorregularse y sobrellevar las emociones depende en gran parte del estado emocional de sus cuidadores. En el caso de aquellas y aquellos refugiados sin cuidadores, pueden tener un riesgo aún mayor de desarrollar afecciones de salud mental, después del estrés traumático (Red Nacional para el Estrés Traumático Infantil, 2003, p. 9). Durante el desplazamiento, muchas y muchos niños quedan en las manos de traficantes, quienes ofrecen sacarles de sus países de origen, haciéndoles más vulnerables a la trata y a diversas formas de explotación.

Cuidado, el viaje es muy peligroso. Les diría [a los demás] que tengan cuidado con los traficantes, ya que son violentos y se llevan tu dinero.

- Refugiado de 15 años de Afganistán [UNICEF, 2018, p. 43].

Las condiciones dentro de los campamentos de refugiados y las experiencias que las niñas y los niños tienen en ellos pueden variar significativamente. Sin embargo, para muchas y muchos de ellos, los campos de refugiados no brindan el cuidado ni la protección que necesitan después de su desplazamiento. Por el contrario, pueden experimentar privaciones, entornos inseguros e insalubres y una mayor exposición a la violencia. Esto conlleva efectos devastadores en la salud mental. Un ejemplo

de ello fue la emergencia de salud mental sin precedentes entre los refugiados en Grecia observada por Médicos Sin Fronteras (MSF) en 2018, durante la cual se llamó la atención sobre la emergencia de infantes refugiados que cada vez más recurren al intento de suicidio, se autolesionan o tienen pensamientos suicidas (Médicos Sin Fronteras, 2018).

El Estudio Global sobre Niños Privados de Libertad ha llamado la atención sobre la salud mental de las niñas y los niños detenidos por motivos relacionados con la migración (Nowak, 2019). Las detenciones por razones migratorias generan problemas graves de salud mental debido a factores como la tortura, la falta de tratamiento al trauma sufrido antes de su llegada, la ruptura de las familias detenidas, la duración de la detención y la incertidumbre sobre el futuro. La separación en el contexto de la detención amenaza el vínculo de apego, formando una raíz adicional de miedo e inseguridad. Esta detención de niñas y niños migrantes (y la de sus familias) también socava gravemente la capacidad de crianza y la salud mental de los padres y madres, ya sea que estén separados o en entornos de detención familiar (Wood, 2018).

El *Estudio Global* también ha destacado otros riesgos para la salud mental de niñas y niños durante la detención. Esta población puede ser testigo de suicidios y autolesiones de otros detenidos o familiares; ser agredido física o verbalmente por oficiales de detención, presenciar peleas entre detenidos, experimentar ser esposado, detenido en régimen de aislamiento o ser llamado por un número en lugar de por su nombre, ser sometido a registros corporales que pueden implicar quitarse la ropa (Nowak, 2019). Según una revisión sistemática de 2018 sobre el impacto de la detención por razones migratorias en la salud mental, aquellos migrantes detenidos obtuvieron las puntuaciones más altas de síntomas de enfermedades de la salud mental, en comparación con los refugiados no detenidos. Además, la duración de la detención se asoció positivamente con la gravedad de los síntomas.

Una mayor exposición al trauma antes de la detención también se relaciona con la gravedad de los síntomas (Von Werthern *et al.*, 2018). Como ha señalado un comentarista, en muchos países la detención de migrantes sigue siendo sinónimo de violaciones generalizadas a los derechos humanos, condiciones lamentables, maltrato infantil, abuso y tortura (Wood, 2018). La falta de transparencia con respecto a la detención de migrantes es generalizada, lo que dificulta seriamente el seguimiento de las prácticas y la rendición de cuentas.

Las infancias solicitantes de asilo y refugiados que viven en la comunidad en sus países de destino también están expuestos a una variedad de factores estresantes. La investigación señala que los procedimientos de determinación de asilo que no son sensibles a la niñez llegan a ser considerados como un periodo que produce un trauma secundario. (Fazel y Stein, 2002). Existe evidencia sobre los largos periodos de espera para la decisión de asilo, que son un mayor riesgo para la salud mental de los niños. En este sentido, un estudio longitudinal ha arrojado que personas refugiadas reasentadas que esperaron más de 1 año por una decisión de asilo, enfrentan un mayor riesgo de trastornos psiquiátricos (Hvidtfeldt *et al.*, 2020). La situación puede ser más grave para las niñas y los niños no acompañados o separados, que no cuentan con una red familiar u otra forma de apoyo social para ayudar a mitigar el impacto de estos cambios.

No puedo concentrarme en mis estudios; es un gran peso no saber qué me pasará después del procedimiento [de determinación del estatus].

- Refugiado marroquí de 14 años [UNICEF, 2018, p. 62].

En términos más generales, el proceso de integración en una nueva sociedad también puede poner presión sobre la salud mental de las niñas y los niños refugiados y solicitantes de asilo (Red Nacional para el Estrés Traumático Infantil, 2003). La adaptación a una cultura desconocida es gradual y experiencias como la marginación, la discriminación, el

acoso, la xenofobia, así como problemas de *aculturación* pueden presentar desafíos para la autoestima, la formación de la identidad y el bienestar general del niño o la niña. La integración en la sociedad es un proceso continuo y puede verse limitado por las barreras del idioma, las diferencias culturales, las políticas de dispersión y la falta de competencia cultural entre los profesionales y el público en general (Vaghri *et al.*, 2019).

Las familias también pueden experimentar estrés debido a la pobreza, las malas condiciones de vida y la aparición de nuevos roles y patrones familiares (Burbage y Walker, 2018). Las niñas y los niños refugiados a menudo abarcan culturas antiguas y nuevas debido a sus experiencias educativas y una adquisición del lenguaje más rápida que sus padres; por esto, es posible que tengan que asumir prematuramente el papel de adulto/a como un vínculo lingüístico vital con el mundo exterior (Fazel y Stein, 2002).

a) Resultados de salud mental

Las experiencias violentas y traumáticas a las que están expuestos las infancias solicitantes de asilo y refugiados a lo largo de su viaje pueden evocar respuestas tóxicas al estrés que causan daños fisiológicos y psicológicos tanto inmediatos como a largo plazo (SRSV VAC, 2020a). La violencia y otras experiencias adversas de la niñez impactan en el desarrollo arquitectónico del cerebro, especialmente cuando dicha exposición es prolongada y si ocurre de manera temprana en sus vidas.

La literatura disponible muestra un aumento constante de los niveles de morbilidad psicológica entre las niñas y los niños refugiados, especialmente el trastorno de estrés postraumático, la depresión y los trastornos de ansiedad. La incidencia de estos trastornos es difícil de estimar, pero la mayoría de los estudios han encontrado niveles de perturbación significativamente elevados en comparación con las poblaciones control (Fazel y Stein, 2002). Los síntomas más comunes del trastorno de estrés postraumático son: evasión persistente de los estímulos, aislamiento,

revivir aspectos del trauma en pesadillas e imágenes visuales, comportamiento desorganizado y agitado, y falta de concentración. Otros síntomas de ansiedad incluyen: irritabilidad, inquietud, trastornos del sueño, además de dolores de cabeza y dolor abdominal. Los síntomas más comunes de depresión identificados en las infancias son el mal estado anímico, la pérdida de interés o placer y la disminución del rendimiento escolar (Fazel y Stein, 2002).

2. Factores de riesgo y factores de protección

Me gustaría explicarles qué hace la guerra cuando llega a un país, pero es difícil encontrar las palabras adecuadas. La guerra puede llegar de repente. Un día todo está bien y al día siguiente, has perdido todo lo que construiste para tu vida. Cuando llega la guerra a tu país, trae hambre, miedo e inseguridad. Muere la gente que te rodea, tus padres, tus amigos e incluso tus profesores.

- Refugiado sirio de 17 años [UNICEF, 2018, p. 32]).

Las formas en que menores de edad refugiados experimentan y responden a la pérdida, el dolor, la interrupción y la violencia varían significativamente. Los factores de riesgo y los factores de protección tienen un papel mediador importante. A pesar de soportar experiencias horribles, algunos niños y niñas refugiados experimentan síntomas mínimos. Por tanto, es importante hacer la distinción entre las respuestas normales a las situaciones anormales de guerra, violencia prolongada y otras experiencias traumáticas, y otras respuestas psiquiátricas más graves (American Psychiatric Association, 2018).

Los riesgos se pueden encontrar en el ámbito individual, dentro de las relaciones y entre comunidades y sociedades, de acuerdo con el modelo socio-ecológico (OMS, 2016). Los resultados de investigaciones consistentes muestran que a medida que se acumula el número de factores de riesgo para las niñas y los niños, la probabilidad de que desarrollen trastornos psicológicos aumenta drásticamente (Fazel y Stein, 2002).

Los principales factores de riesgo de problemas de salud mental en infantes refugiados a nivel individual son: la cantidad de eventos traumáticos vividos o presenciados, dificultades del lenguaje expresivo, problemas de salud física por trauma o desnutrición y mayor edad (Fazel y Stein, 2002). A nivel familiar, los principales factores de riesgo para ellas y ellos son: trastorno de estrés postraumático en cualquiera de los padres, depresión materna, experiencia de tortura por parte de un padre, especialmente sobre la madre, muerte o separación de los padres, observación directa de la impotencia de los padres, subestimación de los niveles de estrés en las y los niños por parte de sus cuidadores y el desempleo de estos últimos (Fazel y Stein, 2002). Finalmente, los principales factores de riesgo ambientales (a nivel de la comunidad y la sociedad), son: la cantidad de transiciones que experimentan las niñas y los niños, la pobreza, el tiempo necesario para determinar el estado migratorio, el aislamiento cultural y el periodo de tiempo en un campo de refugiados (Fazel y Stein, 2002).

La pandemia de COVID-19 y las medidas tomadas en respuesta a ella han magnificado ciertos riesgos para la salud mental de infantes refugiados y solicitantes de asilo. El ACNUR ha informado que muchos refugiados que antes lograban sortear de alguna manera sus desafíos diarios, ahora son menos capaces de hacer lo debido ante los múltiples factores estresantes generados por la pandemia (ACNUR, 2020b). El entorno socioecológico de las personas se ve profundamente afectado: los sistemas de apoyo social pueden volverse disfuncionales o sobrecargados, los cuidadores pueden enfermarse o morir, los niveles de estrés aumentan debido a las restricciones de movimiento y las condiciones de vida en hacinamiento, las oportunidades de ingresos y medios de vida se ven amenazadas. Muchas niñas y niños enfrentan mayores riesgos en el ámbito de protección, incluyendo la violencia por parte de la pareja íntima y el abuso y la explotación sexual. Las personas con afecciones de salud mental preexistentes pueden experimentar un empeoramiento en su salud y tener dificultades para tener acceso a una atención adecuada. Es alarmante que algunos informes de campo del ACNUR hayan señalado un

aumento de los intentos de suicidio desde el inicio de la pandemia, incluso entre quienes viven en situaciones prolongadas de desplazamiento. De igual manera, ha habido un incremento en las llamadas a las líneas de ayuda del ACNUR por parte de refugiados que piensan en hacerse daño o suicidarse (ACNUR, 2020c).

Así como existen factores que ponen a las infancias solicitantes de asilo y refugiados en mayor riesgo de experimentar problemas de salud mental luego de la exposición a la violencia o eventos traumáticos, también existen factores de protección que les hacen ser más resilientes. Éstos incluyen: a) un entorno familiar de apoyo, b) el apoyo de una sociedad que reafirma los esfuerzos de afrontamiento del propio infante, y c) una disposición de personalidad positiva (Fazel y Stein, 2002). La conducta y respuesta del padre o madre tanto durante como después del episodio de estrés también puede tener efectos en el comportamiento de niñas y niños. Las investigaciones disponibles apuntan a una mayor vulnerabilidad frente a la depresión en adultos que perdieron a un padre/madre en la infancia, y que el predictor clave de esta vulnerabilidad fue la calidad del cuidado que el niño o la niña recibió después de tal pérdida. Con un buen apoyo por parte del cuidador o la cuidadora, el desarrollo cognitivo y social puede continuar, incluso frente a una gran adversidad.

III. Obligaciones de derechos humanos y compromisos políticos

Al hacer frente a los desafíos descritos anteriormente, los Estados deben guiarse por las obligaciones de derechos humanos, así como por los compromisos políticos que han asumido en relación con la prevención de la violencia y el apoyo a la salud mental de las niñas y los niños solicitantes de asilo y refugiados.

1. Obligaciones de derechos humanos

El Comité de los Derechos del Niño y el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares han

destacado la necesidad crucial de abordar el derecho al más alto nivel posible de salud mental en su observación general conjunta sobre las obligaciones del Estado sobre los derechos de la niñez en el contexto de la migración internacional. Los Comités reconocieron que la salud mental del niño puede verse afectada por una variedad de factores, incluyendo determinantes estructurales como la pobreza, el desempleo, la migración y los desplazamientos de población, la violencia, la discriminación y la marginación (UNCRC y UNCRMW, 2017b).

Al reconocer que los infantes refugiados pueden experimentar una angustia emocional severa, los Comités indicaron que las niñas y los niños deberían tener acceso a cuidados específicos y apoyo psicológico. Ello, reconociendo que esta población experimenta el estrés de manera diferenciada, respecto a las personas adultas. En particular, los Comités han afirmado que todas las infancias deben tener el mismo acceso a una atención médica, independientemente de su situación migratoria o nacionalidad. Esto incluye todos los servicios de salud, ya sean preventivos o curativos, y la atención mental, física o psicosocial que se brindan en la comunidad o en las instituciones de atención médica (UNCRC y UNCRMW, 2017b).

Los Comités han precisado, además, que los Estados tienen la obligación de garantizar que la salud de las niñas y los niños, incluida su salud mental, no se vea socavada como resultado de la discriminación y que se debe prestar atención al abordaje de los impactos específicos de *género* que provoca la reducción del acceso a los servicios. Asimismo, han reconocido el importante papel que pueden desempeñar los servicios comunitarios y las organizaciones de la sociedad civil para el cumplimiento de este objetivo (UNCRC y UNCRMW, 2017b).

Las niñas y los niños separados o no acompañados se encuentran en una posición de especial vulnerabilidad. El Comité de los Derechos del Niño ha destacado que los Estados deben garantizar que ellas y ellos tengan un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual y

moral. La evaluación por parte de las autoridades nacionales debe incluir la determinación de sus necesidades de salud y psicosociales, entre otras. También se ha considerado que la obligación en virtud del artículo 39 de la Convención sobre los Derechos del Niño incluye la prestación de atención de salud mental culturalmente apropiada y sensible al género, como parte de los servicios de rehabilitación a los niños que han sido víctimas de cualquier forma de abuso, negligencia, explotación, tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes o conflictos armados. A este respecto, una de las funciones del tutor o asesor que debe ser designado para promover el interés superior de la niñez separada o no acompañada es garantizar que su salud y necesidades psicológicas se cubran adecuadamente, actuando como vínculo entre la persona menor de edad y las personas o agencias que brindan la atención continua requerida (UNCRC, 2005).

De manera más general, proteger la salud mental de infantes refugiados y solicitantes de asilo es una parte esencial para garantizar servicios y procesos de toma de decisiones sensibles a la niñez. El propósito de que los procedimientos judiciales de determinación de asilo sean llevados a cabo por una persona funcionaria o impartidora de justicia especializada, es precisamente lograr que los niños y las niñas sean entrevistados por profesionales debidamente capacitados que los tratarán con sensibilidad y respeto, evitando la traumatización y creación de situaciones innecesariamente estresantes. Otros principios relevantes para una justicia adaptada o amigable a la niñez y que protejan la salud mental son: a) evitar retrasos indebidos; b) elegir métodos de comunicación adecuados a la edad, género, idioma, origen cultural, necesidades especiales y madurez; c) adaptar los procedimientos al ritmo y la capacidad de atención; d) hacer que el entorno físico para la realización de procedimientos o entrevistas sea lo más adecuado, permitiendo que la niña o el niño se familiaricen de antemano con el diseño y formato de los procedimientos y; e) garantizar que cuenten con un padre/madre o un adulto responsable que los apoye durante el proceso (Consejo de Europa, 2010).

El derecho de las infancias solicitantes de asilo *a ser escuchados* también debe garantizarse en todos los procedimientos o procesos de determinación pertinentes, de conformidad con la Convención sobre los Derechos del Niño. Se debe proporcionar toda la información necesaria sobre la eficacia con la que se ejerce el derecho a ser escuchados y se deben hacer concesiones a los diferentes modos de comunicación que ellas y ellos pueden utilizar. Las directrices emitidas por el ACNUR sobre el procesamiento de las solicitudes de asilo de niñas y niños destacan que éstos pueden tener dificultades para articular los hechos que rodean su viaje por una variedad de razones, incluidos el trauma, las instrucciones de los padres, el miedo a las autoridades estatales o personas en posiciones de poder, el uso de testimonios prefabricados de contrabandistas o el temor a represalias; además, no se puede esperar que relaten los hechos sobre sus experiencias como si fueran adultos. Por tanto, antes del inicio del procedimiento, las niñas y los niños necesitan tiempo suficiente para prepararse y reflexionar sobre la narración de sus experiencias y para construir relaciones de confianza con su tutor y otro personal profesional para sentirse seguros y protegidos (ACNUR, 2009).

El Comité de los Derechos del Niño y el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares también han indicado que la determinación del interés superior en los casos que podrían conducir a la expulsión de un niño o niña solicitante de asilo, debe evaluar el impacto de la deportación en sus derechos y desarrollo, incluyendo su salud mental. Asimismo, si se determina que es en su interés superior de la niñez proceder con la devolución al país de origen, el plan individual para su reintegración debe incluir una consideración sobre las garantías de acceso a salud, incluido el apoyo psicosocial (UNCRC y UNCRMW, 2017b).

Una de las medidas utilizadas que menoscaba la salud mental de las niñas y los niños refugiados y solicitantes de asilo es la privación de la libertad. Los Comités han enfatizado el daño inherente que genera toda forma de

privación de libertad y el impacto negativo que la detención migratoria puede tener en la salud física y mental durante la niñez. Ello, incluso cuando la detención sea por un periodo corto o se encuentren acompañados de sus familias. Los Comités citaron con aprobación la opinión del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, quien afirmó que "la privación de la libertad de los niños por su situación migratoria o la de sus padres nunca favorece el interés superior del niño, excede el requisito de necesidad, se vuelve extremadamente desproporcionado y puede constituir un trato cruel, inhumano o degradante para los niños migrantes" (UNCRC y UNCRMW, 2017a). En la misma línea, el Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes ha afirmado que el abuso y el abandono a los que están expuestos las niñas y los niños detenidos pueden instigar o agravar los trastornos mentales y problemas de desarrollo (Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, 2020).

En este sentido, los Comités han afirmado en repetidas ocasiones que las personas menores de edad nunca deben ser detenidos por razones relacionadas con su situación migratoria o la de sus padres y que los Estados deben cesar o erradicar de manera rápida y completa su detención por motivos de migración. Cualquier tipo de detención migratoria infantil debería estar prohibida por la ley y dicha prohibición debería aplicarse plenamente en la práctica. En cambio, los Estados deben adoptar soluciones que satisfagan el interés superior de la niñez, incluidos sus derechos a la libertad y a la vida familiar, mediante leyes, políticas y prácticas que permitan que las infancias permanezcan con sus familiares y/o tutores en contextos sin custodia y basados en la comunidad, mientras que su situación migratoria se resuelve y se evalúa su interés superior (UNCRC y UNCRMW, 2017a).

2. Compromisos políticos

La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible (Agenda 2030) proporciona una visión universal para el desarrollo humano, relevante para todos los

países y regiones del mundo. Al respaldarla, los Estados se comprometieron a poner fin a todas las formas de violencia contra las niñas y los niños y a garantizar el más alto nivel de salud mental para todos. La Agenda 2030 también compromete a la comunidad internacional a promover la inclusión social y reducir las desigualdades, que son fundamentales para abordar los determinantes sociales de la violencia y la salud mental. Uno de los principios subyacentes de los Objetivos de Desarrollo Sostenible es garantizar que nadie se quede atrás y que las personas vulnerables pueden empoderarse: las niñas, los niños y las personas refugiadas se encuentran entre los grupos identificados específicamente en la Agenda 2030 y a quienes se aplica este principio (AGNU, 2015).

El Pacto Mundial sobre Refugiados reconoció que las niñas y los niños constituyen una proporción significativa de los refugiados del mundo (ACNUR, 2018). El mismo Pacto estableció que los Estados y las partes interesadas pertinentes deberían aportar recursos y conocimientos especializados a las políticas y programas, teniendo en cuenta las vulnerabilidades específicas y las necesidades de protección de ciertos grupos. Las necesidades de protección de las niñas y los niños: la situación de discapacidad, la falta de acompañamiento en procesos migratorios, la separación de sus familiares, las personas sobrevivientes a situaciones de violencia sexual y género, explotación, abusos sexuales, prácticas nocivas y otras situaciones de riesgo. Lo anterior incluye asegurar recursos y experiencia para apoyar servicios integrados y sensibles a la edad para niñas y niños refugiados que aborden sus necesidades psicosociales y de salud mental. Tales recursos, además, deberían considerar una inversión en sistemas nacionales de protección infantil, cooperación transfronteriza y asociaciones regionales para brindar un continuo de protección, cuidado y servicios para las infancias en riesgo. Es importante destacar que el Pacto Mundial señaló que el empoderamiento de las niñas, los niños y jóvenes refugiados y de la comunidad de acogida, basándose en su talento, potencial y energía, respalda la resiliencia y las soluciones posibles.

Por último, la Asamblea Mundial de la Salud acordó un plan de acción global de cinco años en 2019, con miras a promover la salud de personas refugiadas y migrantes (OMS, 2019b). El plan se centra en lograr una cobertura sanitaria universal y el más alto nivel posible de salud para este grupo y para las poblaciones de acogida. El Plan de Acción reconoció que muchas personas refugiadas y migrantes carecen de acceso a servicios de salud mental, en particular aquellos para trastornos postraumáticos. El Plan identifica el diagnóstico, el tratamiento y la rehabilitación oportunos de las condiciones mentales y del comportamiento, como un elemento esencial para fortalecer los servicios de salud. Finalmente, en este documento pidió la incorporación de la salud de refugiados y migrantes en las agendas mundiales, regionales y nacionales, así como la promoción de políticas de salud sensibles a ellas y ellos, incluida una protección legal y social adecuada.

IV. La construcción de un entorno seguro, protector y enriquecedor

La necesidad de apoyar la asistencia en salud mental para las poblaciones desplazadas era fundamental antes de la pandemia, pero ahora estamos lidiando con una emergencia y un panorama de desesperación generalizada [...] Muchos refugiados nos dicen que ven su futuro desmoronarse.

Alto Comisionado de la ONU para los Refugiados, Filippo Grandi [ACNUR, 2020c].

A pesar de las claras obligaciones legales y los compromisos políticos asumidos por los Estados con respecto a la protección de infantes solicitantes de asilo, no se está haciendo lo suficiente. La pandemia de COVID-19 ha hecho que el desafío de cerrar la brecha entre el compromiso y la realidad en este campo sea aún mayor.

Sin embargo, existe un conjunto de conocimientos cada vez mayor sobre intervenciones rentables y basadas en la evidencia para apoyar la

salud mental de las niñas y los niños, incluyendo aquellos solicitantes de asilo y refugiados. Con respecto a los entornos de emergencia, las Directrices sobre salud mental y el apoyo psicosocial en entornos de emergencia del Comité Permanente entre Organismos (IASC) subrayan la importancia de reforzar la resiliencia comunitaria existente, evitar la medicalización de la angustia y promover activamente el uso de servicios (IASC, 2007). También hacen hincapié en la necesidad de identificar de manera proactiva los casos y las vías de derivación adecuadas, e integrar la salud mental en las respuestas de atención médica y social de emergencia. Un papel activo de la comunidad y autoridades locales es esencial en cada etapa para una acción coordinada y exitosa y para mejorar las capacidades locales y la sostenibilidad. La respuesta coordinada debe garantizar, de igual manera, que las acciones e intervenciones sienten las bases para un sistema de atención de salud mental sostenible (Patel *et al.*, 2018).

La Guía operativa del ACNUR sobre el programa de salud mental y apoyo psicosocial para operaciones de refugiados prevé cuatro niveles de servicios para solicitantes de asilo y refugiados: 1) servicios básicos y seguridad; 2) fortalecer los apoyos comunitarios y familiares; 3) apoyos psicosociales enfocados, y 4) servicios clínicos. El ACNUR también ha brindado orientación sobre cómo estos programas deben adaptarse para seguir atendiendo las necesidades de las personas refugiadas y solicitantes de asilo, durante la pandemia de COVID-19 (ACNUR, 2020b).

Al satisfacer las necesidades básicas y brindar servicios esenciales, es importante garantizar que estos servicios incluyan a las personas con vulnerabilidades específicas, así como a las personas con problemas de salud mental y las sobrevivientes de violencia sexual y de género. Los servicios deben estar respaldados por un enfoque participativo y basado en los derechos, que garantice el respeto de la dignidad de todas y todos quienes reciben los servicios. Sin embargo, también es importante evitar dirigirse exclusivamente a un solo grupo, ya que esto puede provocar discriminación, estigma y una posible angustia adicional (ACNUR, 2020b).

Las personas refugiadas, como todas las demás, mantienen su salud mental y su bienestar psicosocial mediante el apoyo comunitario y familiar. Dicho apoyo debe fortalecerse mediante la promoción de actividades que fomenten la cohesión social, la autoayuda y el autocuidado, y la restauración o el desarrollo de mecanismos comunitarios para proteger y apoyar a las personas (ACNUR, 2020b). En muchos entornos de refugiados, hay interrupciones significativas de las redes familiares, por lo que también deben proporcionarse servicios de búsqueda de familiares. También es importante recordar la fuerte evidencia sobre la efectividad de las intervenciones preventivas que se centran en la salud mental materna, la interacción madre-hijo y el juego y la estimulación para niñas y niños. Las intervenciones de crianza y bienestar infantil han demostrado ser cruciales para romper los ciclos tóxicos de transmisión intergeneracional de violencia y enfermedades mentales (Patel *et al.*, 2018).

Varias personas requerirán intervenciones individuales, familiares o grupales más enfocadas por parte de trabajadores comunitarios o de salud general. Los participantes de estas actividades suelen ser personas que tienen dificultades para hacer frente a su red de apoyo existente. En este sentido, es importante capacitar a quienes trabajan en la primera línea que no son especialistas en salud mental, incluyendo a quienes trabajan en las áreas de salud física, educación, protección comunitaria, protección infantil y violencia de género, en primeros auxilios psicológicos (PFA, por sus siglas en inglés). Los PFA implican apoyar a las personas que sufren de crisis para desarrollar habilidades psicosociales básicas y prácticas de afrontamiento. Las líneas de ayuda también son una fuente importante de apoyo psicológico, además de que desempeñan un papel en la derivación a los servicios adecuados.

Los servicios clínicos de salud mental y psicosociales son necesarios para quienes presentan síntomas graves o cuyo sufrimiento intolerable les impide realizar las funciones básicas diarias. Este grupo incluye a personas con condiciones de salud mental preexistentes y problemas inducidos

por emergencias. La terapia cognitivo-conductual (TCC) con un enfoque en el trauma, se ha destacado como una intervención eficaz para las niñas y los niños que han sufrido violencia o abuso en las guías clínicas de la Organización Mundial de la Salud (OMS 2017 y 2019a). Las intervenciones para fortalecer las competencias sociales y emocionales, a menudo con el objetivo de mejorar la regulación de las emociones, y englobadas en habilidades de vida como educación, mindfulness, narración de historias, musicoterapia o yoga, pueden tener efectos positivos (Patel *et al.*, 2018). También es importante abordar las necesidades clínicas de salud mental de los padres y las madres de infantes refugiados y solicitantes de asilo, dada la importancia de la mala salud mental de los primeros como factor de riesgo para los segundos. También es fundamental garantizar que los servicios clínicos de salud mental sean realmente accesibles, culturalmente sensibles y aborden barreras como el estigma, la falta de conciencia y el lenguaje.

Cuando las niñas y los niños refugiados y solicitantes de asilo pueden continuar su educación en un entorno estable, las escuelas pueden proporcionar un excelente punto de entrada para desarrollar la resiliencia, así como para monitorear el progreso académico y la adaptación social y conductual (Red Nacional para el Estrés Traumático Infantil, 2003). Las escuelas brindan un lugar para aprender, facilitan el desarrollo de las relaciones con las compañeras y los compañeros que ayudan a proporcionar un sentido de identidad. Cuando menores de edad refugiados están recibiendo educación en su país de destino, las escuelas pueden desempeñar un papel vital en su integración al convertirse en un ancla, no sólo para el desarrollo educativo sino también social y emocional que es esencial con la comunidad local, para ellos y sus familias. Existe evidencia positiva de que una proporción de niñas y niños con alto riesgo de desarrollar dificultades psicológicas a largo plazo, se convierten en adultos jóvenes bien adaptados de igual manera. Uno de los factores protectores clave que influyen en este resultado es una escuela que actúa como un *apoyo social estable*. Este apoyo fortalece la resiliencia de las infancias al

mejorar sus competencias individuales, lo que a su vez aumenta su autoestima y el sentido de control sobre su entorno.

Las interacciones de las niñas y los niños solicitantes de asilo y refugiados con las autoridades nacionales que trabajan en los sectores de atención, justicia y migración también deben cumplir con las normas internacionales descritas anteriormente. Esto incluye asegurar una cooperación transnacional integral y centrada en los derechos de la niñez. De manera más específica, se debe evitar la separación familiar y la privación de libertad por motivos relacionados con la situación migratoria o de protección. Cualquier entrevista, procedimiento judicial o proceso que se lleve a cabo para determinar el estatus o la edad de un niño o niña debe llevarse a cabo de una manera sensible o adecuada, respetando sus derechos, dignidad, seguridad y bienestar. Asimismo, ellas y ellos deben tener igualmente garantizado (sin discriminación) su acceso a mecanismos de asesoría, queja y denuncia sensibles.

El Poder Judicial desempeña un papel clave para garantizar un enfoque basado en los derechos de la niñez, en el campo del asilo y el refugio. Al adoptar un enfoque sensible o adaptado a la niñez, los tribunales pueden tomar en cuenta efectivamente los factores de estrés ya identificados y que afectan particularmente a esta población de niñas y niños. Además, al supervisar los apoyos y servicios de salud mental que se brindan, los jueces y juezas pueden garantizar que se cumplan debidamente los requisitos del derecho internacional de derechos humanos. Esto incluye garantizar que infantes refugiados reciban servicios de salud mental tanto preventivos como curativos sobre la base de la igualdad con los nacionales, considerando debidamente la necesidad de que los servicios sean sensibles a su edad y género, culturalmente apropiados y adaptados a sus necesidades específicas.

Aunque las niñas y los niños solicitantes de asilo y refugiados requieren atención específica como grupo en riesgo, los esfuerzos para promover su bienestar mental no pueden separarse de las acciones para mejorar la

salud mental de la niñez en general. Es esencial crear las condiciones que les permitan desarrollarse, prosperar y alcanzar su potencial. Esto sólo se puede lograr mediante una acción integral y coordinada, basada en un enfoque intersectorial y de múltiples partes interesadas basado en los derechos humanos. La participación ética y significativa de las infancias debe estar en el centro de la acción sobre este tema, incluso mediante el apoyo a las iniciativas entre pares (SRSV VAC, 2020a).

Gozar de una buena salud mental significa mucho más que la ausencia de una discapacidad mental. Es fundamental priorizar la prevención de los problemas de salud mental que surgen de la exposición a la violencia y abordar los riesgos en todos los niveles del modelo socioecológico, desde lo individual, pasando por los sistemas familiares y comunitarios, hasta las normas y políticas sociales.

Los servicios de salud mental para niñas y niños deben ampliarse como elemento esencial de la cobertura sanitaria universal. También deben ser un componente central de nuestra respuesta a la pandemia de COVID-19. Se requieren inversiones adicionales sustanciales en los sistemas y servicios de salud mental para las niñas y los niños, mientras se hace un mejor uso de las inversiones ya existentes. Para garantizar servicios de calidad, también es esencial contar con un número y distribución adecuados de profesionales de la salud mental, trabajadores comunitarios, de servicios sociales y educadores capacitados, a fin de garantizar el acceso a servicios de salud mental y psicosociales de protección y promoción. Por último, se deben establecer marcos sólidos de supervisión y rendición de cuentas orientados a garantizar que las medidas adoptadas para apoyar la salud mental de las infancias sean realmente eficaces.

V. Conclusión

Ahora que la comunidad internacional comienza una *Década de Acción* para lograr los Objetivos de Desarrollo Sostenible al 2030, la triste realidad es que el mundo no está en camino de poner fin a la violencia contra

las niñas y los niños y apoyar su salud mental. Esto resulta especialmente agudo en el caso de personas menores de edad solicitantes de asilo y refugio, así como de otros grupos vulnerables. A esto debe sumarse que la pandemia de COVID-19 ha dificultado considerablemente la consecución de este objetivo.

Es esencial apoyar plenamente los llamamientos de la Organización Mundial de la Salud y del ACNUR para que la comunidad internacional priorice e impulse programas de salud mental esenciales para solicitantes de asilo y refugiados (ACNUR, 2020c). Si no abordamos su bienestar, ahora, y de una manera holística, los efectos pueden ser irreversibles y perdurar por generaciones. Dentro del paquete más amplio de asistencia brindado en respuesta a la pandemia, la atención a la salud mental y el apoyo psicosocial es esencial para salvaguardar el desarrollo de sociedades resilientes y mentalmente saludables.

Los servicios de salud mental y psicosociales deben reconocerse como *esenciales*, ya que salvan vidas, junto con los servicios de protección infantil, salud física y educación, especialmente para niñas y niños en situaciones vulnerables, como la situación de asilo y refugio. También deben abordarse las desigualdades estructurales que provocan el desplazamiento y ponen a los infantes en mayor riesgo de sufrir violencia y problemas de salud mental, incluso mediante el establecimiento o fortalecimiento de sistemas universales de salud y protección social. Debe garantizarse la coordinación entre todos estos servicios.

El Secretario General de las Naciones Unidas advirtió que no debemos permitir que la crisis de salud provocada por la pandemia de COVID-19 se convierta en una crisis de derechos de la niñez más amplia (Naciones Unidas, 2020). A medida que el mundo se reconstruya después de la pandemia, deberemos guiarnos por este principio. Si fracasamos en este esfuerzo, no cumpliremos la promesa de la Agenda 2030 de no dejar a nadie atrás, especialmente a las niñas y los niños solicitantes de asilo y refugiados.

Puede que ya no viva despreocupado, pero todavía tengo esperanza. Estoy feliz de estar aquí, pero sólo sueño con una cosa: que la paz vuelva y que yo pueda volver a casa.

- Refugiado sirio de 20 años [UNICEF, 2018, p. 49].

Bibliografía

American Psychiatric Association (2018), *Mental Health Facts on Refugees, Asylum-seekers, & Survivors of Forced Displacement* [en línea]. Disponible en: «<https://www.psychiatry.org/psychiatrists/cultural-competency/education/mental-health-facts>» (consultado el 26 de septiembre de 2020).

Asamblea General de las Naciones Unidas (2015), *Transformando nuestro mundo*, Documento A/RES/70/1 de las Naciones Unidas.

Burbage, M. L. y Walker, D.K., "A call to strengthen mental health supports for refugee children and youth", *NAM Perspectives* [en línea]. Disponible en: «<https://nam.edu/a-call-to-strengthen-mental-health-supports-for-refugee-children-and-youth/>» (consultado el 5 de octubre de 2020).

Comité Permanente entre Organismos (IASC) (2007), *Guía del IASC sobre Salud Mental y apoyo psicosocial en situaciones de emergencia*, Nueva York: IASC.

Consejo de Europa (2010), *Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa para una justicia adaptada a los niños*, Estrasburgo, Consejo de Europa.

Fazel, M. y Stein, A. (2002), "The mental health of refugee children", *Archives of Disease in Childhood*, 87, [en línea]. Disponible en: «<https://adc.bmj.com/content/87/5/366>» (consultado el 15 de septiembre de 2020).

Hvidtfeldth, C., Holm Petersen, J., Norredam, M. (2020), "Prolonged periods of waiting for an asylum decision and the risk of psychiatric diagnoses: a 22-year longitudinal cohort study from Denmark", *International Journal of Epidemiology*, 49(2) [en línea]. Disponible en: «<https://academic.oup.com/ije/article/49/2/400/5491481>» (consultado el 26 de septiembre de 2020).

Médicos Sin Fronteras (2018), *Self-harm and attempted suicides increasing for child refugees in Lesbos* [en línea]. Disponible en: «<https://www.msf.org/child-refugees-lesbos-are-increasingly-self-harming-and-attempting-suicide>» (consultado el 5 de octubre de 2020).

Nowak, M. (2019), *Global Study on Children Deprived of Liberty* [en línea]. Disponible en: «<https://omnibook.com/view/e0623280-5656-42f8-9edf-5872f8f08562/page/1>» (consultado el 26 de septiembre de 2020).

Patel, V. *et al.* (2018), "The Lancet Commission on Global Mental Health and Sustainable Development", *The Lancet* 392 (10157).

Red Nacional para el Estrés Traumático Infantil (2003), *Review of Child and Adolescent Refugee Mental Health White Paper*, Boston, Departamento de Salud y Servicios Humanos de los Estados Unidos.

Relator Especial sobre los derechos humanos de los Migrantes (2020), *Ending immigration detention of children and providing adequate care and reception for them*, Documento A/75/183 de las Naciones Unidas.

Representante Especial del Secretario General sobre la violencia contra los niños (SRSG VAC) (2020a), *Informe anual al Consejo de Derechos Humanos*, Documento A/HRC/43/39 de las Naciones Unidas.

_____ (2020b), *Violence against children on the move: From a continuum of violence to a continuum of protection*, Nueva York, Naciones Unidas.

UNICEF (2018), *The voice of migrant and refugee children living in Belgium: What do you think?*, Bruselas, UNICEF.

Naciones Unidas (2020), *Resumen de políticas: El impacto de COVID-19 en los niños*, Nueva York, Naciones Unidas.

Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (UNCRC) (2006), *Observación General No. 6 (2005) sobre el trato de los niños, niñas y adolescentes no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, Documento CRC/GC/2005/6 de las Naciones Unidas (UNCRC y UNCRMW).

Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas y Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (UNCRC y UNCRMW) (2017a), *Observación general conjunta núm. 3 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 22 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional*.

Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas y Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (UNCRC y UNCRMW) (2017b) *Observación general conjunta núm. 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno*, Documentos CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23 de las Naciones Unidas.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) (2009), *Directrices de Protección Internacional: Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de Refugiados HCR/GIP/09/08*, Ginebra, ACNUR.

_____ (2018), *Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados para la Asamblea General*, Documento A/73/12 de las Naciones Unidas.

_____ (2020a), *Tendencias globales de desplazamiento forzado 2019*, Ginebra, ACNUR.

_____ (2020b), *Emerging Practices: mental health and psychosocial support in refugee operations during the COVID-19 pandemic*, Ginebra, ACNUR.

_____ (2020c), *COVID-19 inducing 'widespread despair' among refugees, UNHCR appeals for urgent support for mental health*, [en línea]. Disponible en: «<https://www.unhcr.org/en-us/news/press/2020/10/5f80502c4/covid-19-inducing-widespread-despair-among-refugees-unhcr-appeals-urgent.html>» (consultado el 5 de octubre de 2020).

Vaghri, Z., Tessier, Z. y Whalen, C. (2019), "Refugee and Asylum-Seeking Children: Interrupted Child Development and Unfulfilled Child Rights", *Children*, 6(11) [en línea]. Disponible en: «<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC6915556/>» (consultado el 5 de octubre de 2020).

Von Werthern, M., Robjant, K., Chui, Z. *et al.* (2018), "The impact of immigration detention on mental health: a systematic review", *BMC Psychiatry* 18 [en línea]. Disponible en: «<https://bmcpyschiatry.biomedcentral.com/articles/10.1186/s12888-018-1945-y>» (consultado el 26 de septiembre de 2020).

Wood, L. (2018), "Impact of punitive immigration policies, parent-child separation and child detention on the mental health and development of children", *BMJ Paediatr Open*. 2(1) [en línea]. Disponible en: «<https://bmjpaedsopen.bmj.com/content/2/1/e000338>» (consultado el 26 de septiembre de 2020).

Organización Mundial de la Salud (OMS) (2016), *INSPIRE: Siete estrategias para poner fin a la violencia contra los niños y las niñas*. Ginebra: OMS.

_____ (2017), *Cómo responder a niños, niñas y adolescentes que han sufrido abuso sexual. Directrices clínicas de la OMS*. Ginebra: OMS.

_____ (2019a), *Guidelines for the Health Sector Response to Child Maltreatment*. Ginebra: OMS.

_____ (2019b), *Noticias de la Asamblea Mundial de la Salud* [En línea]. Disponible en: «<https://www.who.int/news/item/27-05-2019-world-health-assembly-update-27-may-2019>» (consultado el 5 de octubre de 2020).

American Psychiatric Association (2018), *Mental Health Facts on Refugees, Asylum-seekers, & Survivors of Forced Displacement* [en línea]. Disponible en: «<https://www.psychiatry.org/psychiatrists/cultural-competency/education/mental-health-facts>» (consultado el 26 de septiembre 2020).

Consejo de Europa (2010), *Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa para una justicia adaptada a los niños*, Estrasburgo, Consejo de Europa.

Hillis, S. *et al.* (2017), "The Enduring Impact of Violence against Children", *Psychology, Health & Medicine*, 22 (4), pp. 393-405.

Comité Permanente entre Organismos (IASC) (2007), *Guía del IASC sobre Salud Mental y apoyo psicosocial en situaciones de emergencia*, Nueva York, IASC.

Khadr, S. *et al.* (2018), "Mental and Sexual Health Outcomes following Sexual Assault in Adolescents: A prospective cohort study", *The Lancet Child and Adolescent Health*, 2 (9), pp. 654-655.

Kolltveit, S. *et al.* (2012), "Risk Factors for PTSD, Anxiety, and Depression among Adolescents in Gaza", *Journal of Traumatic Stress*, 2(2).

Lincoln, A. K. *et al.* (2015), "The Impact of Acculturation Style and Acculturative Hassles on the Mental Health of Somali Adolescent Refugees", *Journal of Immigrant Minority Health*, 18, pp. 771-778.

Médicos Sin Fronteras (2018), *Self-harm and attempted suicides increasing for child refugees in Lesbos* [en línea]. Disponible en: «<https://www.msf.org/child-refugees-lesbos-are-increasingly-self-harming-and-attempting-suicide>» (consultado el 5 de octubre de 2020).

Red Nacional para el Estrés Traumático Infantil (2003), *Review of Child and Adolescent Refugee Mental Health White Paper*, Boston, Departamento de Salud y Servicios Humanos de los Estados Unidos.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos/Grupo Mundial sobre Migración (2018), *Principles and Guidelines, supported by practical guidance, on the human rights protection of migrants in vulnerable situations* [en línea]. Disponible en: «<https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/PrinciplesAndGuidelines.pdf>» (consultado el 5 de octubre de 2020).

Relator Especial sobre los derechos humanos de los Migrantes (2020), *Ending immigration detention of children and providing adequate care and reception for them*, Documento A/75/183 de las Naciones Unidas.

Representante Especial del Secretario General sobre la violencia contra los niños (SRSG VAC) (2020a), *Informe anual al Consejo de Derechos Humanos*, Documento A/HRC/43/39 de las Naciones Unidas.

Representante Especial del Secretario General sobre la violencia contra los niños (SRSG VAC) (2020b), *Violence against children on the move: From a continuum of violence to a continuum of protection*, Nueva York, Naciones Unidas.

UNICEF (2017), *Una situación habitual: Violencia en las vidas de los niños y los adolescentes*, Nueva York, UNICEF.

Naciones Unidas (2020), *Resumen de políticas: El impacto de COVID-19 en los niños*, Nueva York, Naciones Unidas.

Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (UNCRC) (2006), *Observación General No. 6 (2005) sobre el trato de los niños, niñas y adolescentes no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*. Documento CRC/GC/2005/6 de las Naciones Unidas.

Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas y Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (UNCRC y UNCRMW) (2017a), *Observación general conjunta núm. 3 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 22 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional*.

Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas y Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (UNCRC y UNCRMW) (2017b), *Observación general conjunta núm. 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos*

de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno, Documentos CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23 de las Naciones Unidas

Asamblea General de las Naciones Unidas (2015), *Transformando nuestro mundo*, Documento A/RES/70/1 de las Naciones Unidas.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) (2009), *Directrices de Protección Internacional: Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de Refugiados HCR/GIP/09/08*, Ginebra, ACNUR.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) (2018), *Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados para la Asamblea General*, Documento A/73/12 de las Naciones Unidas.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) (2020a), *Tendencias globales de desplazamiento forzado 2019*, Ginebra, ACNUR.

_____ (2020b) *Emerging Practices: mental health and psychosocial support in refugee operations during the COVID-19 pandemic*, Ginebra, ACNUR.

_____ (2020c) *COVID-19 inducing 'widespread despair' among refugees, UNHCR appeals for urgent support for mental health* [en línea]. Disponible en: «<https://www.unhcr.org/en-us/news/press/2020/10/5f80502c4/covid-19-inducing-widespread-despair-among-refugees-unhcr-appeals-urgent.html>» (consultado el 5 de octubre de 2020).

Organización Mundial de la Salud (OMS) (2016), *INSPIRE: Siete estrategias para poner fin a la violencia contra los niños y las niñas*, Ginebra, OMS.

_____ (2017), *Cómo responder a niños, niñas y adolescentes que han sufrido abuso sexual*, *Directrices clínicas de la OMS*, Ginebra, OMS.

_____ (2019a), *Guidelines for the Health Sector Response to Child Maltreatment*, Ginebra, OMS.

_____ (2019b), *Noticias de la Asamblea Mundial de la Salud* [en línea]. Disponible en: «<https://www.who.int/news/item/27-05-2019-world-health-assembly-update-27-may-2019>» (consultado el 5 de octubre de 2020).

Acceso a la justicia para niños y niñas refugiados y migrantes: justicia adaptada a los niños y niñas en el contexto de la migración

Stephanie Elaine Rap*

Marie Anne Caroline Gaudard**

Resumen

Los niños, niñas y adolescentes (NNA) enfrentan barreras para acceder a la justicia y a recursos oportunos por las violaciones de derechos que han experimentado como consecuencia de la complejidad de los procedimientos, su falta de conocimiento legal y el hecho de que los procedimientos no son específicos para los infantes, ni se adaptan a ellos. Éste es aún más el caso de niños y niñas involucrados en procedimientos de migración y asilo, cuando ellos o los que ejercen la patria potestad solicitan asilo en un país huésped. En este capítulo, el concepto legal de acceso a la justicia para niños y niñas refugiados y migrantes se aborda desde una perspectiva procesal, es decir, que se vuelva parte de la noción de que los procedimientos judiciales deben ser específicos y adaptarse a los NNA con el fin de garantizarles un acceso igualitario a la justicia.

* Profesora asistente, Facultad de Ciencias Sociales y del Comportamiento, Grupo de programa sobre atención forense a niñas, niños y jóvenes de la Universidad de Amsterdam.

** Egresada de la generación 2018-2019 de la Maestría en Derecho, Estudios avanzados en derechos internacionales del niño. En la actualidad, estudiante de la École Formation Professionnelle des Barreaux del Tribunal de Apelación de París.

Tanto en el ámbito internacional como en el europeo, el acceso a la justicia y, en particular, a la justicia adaptada a los NNA, ha recibido una atención cada vez mayor. Se ha llegado al acuerdo de que esta justicia adaptada debe estar disponible para los niños y niñas involucrados en todo tipo de procedimientos judiciales y administrativos; sin embargo, los procedimientos de asilo y migración plantean desafíos particulares, relacionados con la naturaleza política de las decisiones que deben tomarse y la gran complejidad de los procedimientos judiciales. En este capítulo se argumenta que, en el plano nacional, los Estados deben llamar la atención, tomar acciones para ampliar, mejorar el empoderamiento legal de los NNA refugiados y migrantes y hacer que los procedimientos sean más sensibles a sus necesidades, en función de su edad y nivel de madurez. En la parte final de este capítulo se concretarán las medidas y los procedimientos judiciales sensibles y adaptados a la niñez, centrándose en la representación legal y no legal de los mismos, el derecho de los NNA a ser informados, las entrevistas realizadas como parte del procedimiento judicial de asilo y migración y el derecho de acceso de los NNA a los mecanismos de denuncia.

I. Introducción

En 2013, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) publicó un informe sobre el acceso de niños y niñas a la justicia. El ACNUDH (2013) definió el acceso a la justicia para los niños como "la capacidad de obtener una reparación justa y oportuna por las violaciones de los derechos establecidos en las normas y estándares nacionales e internacionales, incluida la Convención sobre los Derechos del Niño" (párr. 4). Además, se califica como "un derecho fundamental en sí mismo y un requisito previo esencial para la protección y promoción de todos los demás derechos humanos" (párr. 3; véase también CRIN, 2016). Aunque este concepto y el relativo al acceso a recursos efectivos¹ no está explícitamente presente en la Convención de las

¹ Refiérase al derecho a un recurso efectivo, artículo 8 de la DUDH (Asamblea General de la ONU, *Declaración Universal de Derechos Humanos*, 10 de diciembre de 1948, 217 A (III)); artículo 2 (3) del

Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, p. 3), ha ganado una atención considerable en las últimas décadas (Liefgaard, 2019). Por ejemplo, se ha incluido en los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la ONU, donde la meta 16.3 establece que se debe promover el «acceso igualitario a la justicia para todos», incluidos los NNA (Satterthwaite y Dhital, 2019; Asamblea General de la ONU, 2015, y Comité de la CDN, 2003, párr. 24). Además, desde 2014 el tercer Protocolo Facultativo de la CDN² otorga a los NNA el derecho a presentar comunicaciones individuales sobre presuntas violaciones de derechos ante su órgano de supervisión, el Comité de los Derechos del Niño de la ONU (Comité CDN).

Liefgaard (2019) sostiene que los niños deben tener acceso a la justicia para ejercer su derecho a reparaciones efectivas por las violaciones de derechos que sufren. Se pueden obtener reparaciones efectivas mediante procedimientos formales, judiciales y administrativos, así como mediante procedimientos informales. Además, Liefgaard observa que los NNA enfrentan barreras para acceder a la justicia. Tales como la complejidad de los procedimientos judiciales, su falta de conocimiento legal y el hecho de que los procedimientos no son específicos para NNA o adaptados a ellos (*idem*). En particular, este último elemento se explorará más a fondo en este capítulo, en relación con el acceso a la justicia para la niñez refugiada y migrante.

Está bien documentado que la niñez refugiada y migrante se encuentra en una posición vulnerable, en la que la protección de sus derechos fundamentales no siempre está en el centro del procedimiento judicial (véanse, por ejemplo, Smyth, 2014; Stalford, 2018). Los derechos de este grupo en situación de vulnerabilidad a menudo se ven eclipsados

PIDCP (Asamblea General de la ONU, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 16 de diciembre de 1966, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 999, p. 171).

² Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones 2011, GA Res 66/138 (2014).

por los intereses políticos y los derechos e intereses de los que ejercen la patria potestad (Lundberg y Lind, 2017). Además, los procedimientos de asilo y migración a menudo no están diseñados para NNA porque no contienen elementos específicos, no están adaptados de manera que tengan en cuenta su edad y nivel de madurez (Marku, 2018; Hedlund, 2017; Ottosson y Lundberg, 2013; Shamseldin, 2012; Chase, 2010; y Kohli, 2006). Por tanto, es fundamental destacar la importancia de una justicia adaptada y mejor orientada a cumplir esto. Antes de hacerlo, este capítulo comienza con una descripción general del marco de derechos humanos internacional y europeo, en relación con el acceso a la justicia para los NNA refugiados y migrantes (secciones 2 y 3). En la sección 4 se conceptualizará con mayor profundidad la noción de justicia adaptada a los niños y se presentarán directrices prácticas para los profesionales (jurídicos). En la sección 5 se harán algunas observaciones finales.

II. El marco de los derechos humanos internacionales del niño en situación de migración

El acceso a la justicia para la niñez refugiada y migrante es un tema de gran actualidad. Está implícitamente respaldado por numerosas disposiciones legales de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y su interpretación por el Comité de la CDN (sección 2.1). Además, este concepto se basa en la existencia y el trabajo de muchos otros convenios, instituciones y organizaciones internacionales (sección 2.2).

1. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y el Comité de la CDN

En el contexto de la migración, la CDN es el estándar clave de protección para todos los NNA. Cuando se trata del acceso a la justicia de niñez refugiada y migrante, es fundamental adoptar un enfoque basado en los derechos de la perspectiva de la infancia. Este enfoque reconoce que

estos NNA deben ser tratados como niños, niñas y adolescentes en primer lugar, con el respaldo de todos sus derechos; y como migrantes en segundo lugar (Smyth, 2018). Además, deben ser considerados actores activos en su proceso migratorio. En otras palabras, existe la obligación de que los incluyan para participar como agentes activos y no como "objetos" o "víctimas de las circunstancias" (Crock, 2015).

a) No discriminación

De acuerdo con el principio de no discriminación, establecido en el artículo 2(1) de la CDN, los Estados Parte tratarán a todos los NNA como titulares de derechos, sin discriminación de ningún tipo. Esta disposición enumera una serie de motivos que los Estados no pueden utilizar para prevenir o poner en peligro el disfrute por parte del grupo vulnerado de sus³ derechos. Uno de estos motivos abarca "otro estatus". Este último ha sido ampliamente interpretado por el Comité de la CDN de una manera que en el artículo 2 incluye los motivos de nacionalidad y estatus migratorio. De hecho, el Comité de la CDN (2005) ha declarado que "el principio de no discriminación [...] prohíbe todo trato diferenciado y arbitrario basado en la situación de no acompañamiento o separación del NNA, o en su condición de refugiado, solicitante de asilo o migrante" (Comité de la CDN, párr.18; véase también el artículo 22 de la CDN; y Alto Comisionado de las Naciones Unidas, 2010, párr.18).

b) Interés superior de niños y niñas

El artículo 3(1) de la CDN establece el principio del interés superior del NNA, que debe ser una consideración primordial en todas las acciones relacionadas con aquéllos. Por tanto, "los intereses del niño tienen una alta prioridad y no son solo una de varias consideraciones. Entonces, debe asignarse un mayor peso a lo que mejor sirva al niño" (Comité de la CDN, 2013, párr. 39). Con esta declaración, el Comité de la CDN ha enfatizado que el interés superior de la niñez sólo puede ser reemplazado por intereses en competencia basados en derechos y que argumentos

no basados en derechos, como los relacionados con el control de la migración, no pueden anular las consideraciones del interés superior (Smyth, 2018; y Comité de la CDN, 2005, párr. 86). Además, este principio también funciona como una regla de procedimiento que exige una evaluación del posible impacto de cualquier decisión sobre el infante en cuestión (Cantwell, 2015). Según el Comité de la CDN, es fundamental, cuando un proceso de migración tendrá un impacto importante en un NNA, realizar, en todas las etapas y para todas las decisiones, evaluaciones del interés superior individualizadas y en curso, además de los procedimientos formales de determinación, denominadas "determinaciones del interés superior" (Comité de la CDN, 2012, párr. 27).

c) El derecho a ser oído

En consecuencia, las voces y perspectivas de NNA constituyen un valor inherente como contribución en los procesos de toma de decisión que hacen los NNA (Macdonald, 2017; Smart, Neale y Wade, 2001). El artículo 12 de la CDN es fundamental con respecto al acceso de la niñez refugiada y migrante a la justicia, ya que opera como una directriz para que los Estados hagan que los procedimientos administrativos y judiciales sean accesibles. En otras palabras, es importante, tanto en el contexto del asilo como en el de la migración, tener plenamente en cuenta las opiniones de los infantes e involucrarlos en todas las decisiones y asuntos que les afecten (Comité de la CDN, 2012, párr. 29). Esto fue subrayado específicamente por el Comité de la CDN, el cual reconoció la vulnerabilidad particular de los NNA refugiados y migrantes, justificando la urgencia de "implementar plenamente su derecho a expresar sus opiniones sobre todos los aspectos de sus procedimientos judiciales de migración y asilo" (Comité de la CDN, 2009, párrs. 123-124). En términos prácticos, esto significaría que las garantías del debido proceso deben ser respetadas e implementadas en todos los procedimientos migratorios que afecten los derechos de la niñez. De hecho, los NNA

deben: ser informados sobre sus derechos y los procedimientos judiciales de migración y asilo de los que formarán parte en un idioma que comprendan; tener acceso a una interpretación adecuada; ser evaluados individualmente por medio de una audiencia en la que puedan expresar sus opiniones libremente, en un ambiente amigable para ellos; contar con la asistencia de un tutor y un representante legal para que puedan comprender plenamente su situación y expresar sus opiniones; y tener derecho a apelar la decisión sobre su situación e intereses (Krikke y Baldinger, 2019; Crock, 2015; Comité de la CDN, 2005, párr. 36; y Comité de la CDN, 2012, párrs. 30 y 75).

d) Capacidades en evolución

Además, el artículo 12 debe leerse conjuntamente con el artículo 5 de la CDN. De hecho, una pregunta importante y subyacente cuando se trata de acceso a la justicia de niñas y niños en situación de refugio y migración sería: ¿a qué edad se debe escucharlos en los procedimientos judiciales de migración y asilo? Si bien no existe una prescripción legal sobre la edad para consultar a la niñez, la CDN establece en el artículo 5 que la edad, madurez y desarrollo de las capacidades del niño deben tenerse en cuenta en el ejercicio de sus derechos. Existe evidencia de que todos los NNA, incluso cuando son muy pequeños, pueden expresar una opinión si se les consulta en un entorno amigable, adaptado a sus necesidades, edad, madurez y desarrollo de capacidades. Por tanto, una buena práctica sería escuchar a NNA considerados capaces de expresar sus puntos de vista de manera verbal o no verbal, o al menos intentar provocar sus sentimientos, necesidades y deseos (Macdonald, 2017; y Clark y Moss, 2011). Generalmente, en Europa, los profesionales recomiendan escuchar a las personas de 12 años o más en todas las circunstancias, ya que esta edad puede considerarse suficientemente madura. Para el otro grupo de personas, los menores de 12 años, la decisión de escucharlos en los casos de migración debe tomarse caso por caso (Krikke y Baldinger, 2019).

e) Comité de la CDN

Como seguimiento de la Observación general núm. 6 (Comité de la CDN, 2005) en 2017, el Comité de la CDN, junto con el Comité para la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, promulgó dos comentarios generales conjuntos. El primero, la Observación General Conjunta No. 3, se centra en los principios generales relacionados con los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional, mientras que el segundo, la Observación General Conjunta No. 4, enfatiza las obligaciones de los Estados con respecto a los derechos del niño en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito y retorno. Esto último es de interés sobre el acceso a la justicia de los niños refugiados y migrantes, ya que los comités señalan específicamente su derecho de acceso a los órganos y tribunales que resuelven las situaciones que les afectan, así como a sus garantías y recursos. También recuerdan las obligaciones de los Estados de considerar debidamente el interés superior de la niñez, en particular mediante la adopción de medidas concretas para involucrar a los niños durante su proceso migratorio (Arrufat Cardava, 2019; Comité de la CDN, 2017a, párr. 35).

f) Procedimiento de comunicaciones

Finalmente, la adopción del tercer Protocolo Facultativo de la CDN, el cual es legalmente vinculante desde 2014, establece un procedimiento de comunicación para las niñas, niños y adolescentes, ya sea de manera individual o en grupos. Se puede considerar que este instrumento adicional reconoce y garantiza el derecho al acceso a la justicia y fortalece el derecho a un recurso efectivo de las niñas, niños y adolescentes (Liefwaard, 2019; Elia, 2014). Este último protocolo facultativo es, por tanto, una herramienta importante para que los niños accedan a la justicia. El Comité de la CDN se ha ocupado de varios casos relacionados con niños involucrados en procedimientos de asilo y migración. Por ejemplo, acordó

que en cualquier decisión que involucre a NNA refugiados y migrantes, el interés superior de la niñez es de suma importancia y debe ser la piedra angular de la decisión (CDN, 2018). En esta decisión, el Comité de la CDN concluyó con la violación de los artículos 3 y 10 de la convención. Además, también consideró que el artículo 12 fue violado por las autoridades nacionales porque al niño en cuestión no se le había dado la oportunidad de expresar sus opiniones en el proceso (Krikke y Baldinger, 2019, párrs. 8(6) 8(9)).

2. Otras convenciones, instituciones y organizaciones internacionales

En el ámbito internacional, un conjunto adicional de reglas y estándares legal y no legalmente vinculantes obligan a los Estados a brindar un acceso equitativo a la justicia y a tomar medidas positivas para lograr que esto sea una realidad para todos los migrantes (Satterthwaite y Dhital, 2019). Aunque no todos estos estándares mencionan específicamente a los niños, se aplican a los seres humanos en un sentido amplio que incluye a los NNA.

Los tratados internacionales vigentes, como la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 8 y 10); la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 (artículo 16); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 2(3) y 14(1)); Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (artículo 18d) son normativos en su efecto y algunos de ellos pueden considerarse como la base del derecho de acceso a la justicia.⁴ Todos estos instrumentos de derechos humanos reconocen y protegen el derecho de las personas a que se emprendan acciones legales cuando sus derechos hayan sido violados (Leskovik y Prençe, 2015; Crock, 2015).

⁴ Esta lista no es exhaustiva.

Además de este extenso marco legal internacional, el concepto de acceso a la justicia para los niños ha ganado gran importancia a partir del trabajo de instituciones internacionales, organizaciones intergubernamentales y ONG internacionales, como la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2010; 2013),⁵ el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD, 2004),⁶ el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF, 2015; 2018), el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR, 1994; 2009; 2012; 2014), la Red Global para los Derechos del Niño (CRIN, 2016), ECPAT International (2017), y así sucesivamente (Liefwaard, 2019). Las recomendaciones y directrices elaboradas por estos órganos refuerzan la importancia que se concede al acceso a la justicia y brindan orientación práctica a los Estados sobre cómo tratar a los niños refugiados y migrantes.

Para concluir, el acceso a la justicia para los niños refugiados y migrantes es un concepto que recientemente se ha manifestado con firmeza en el marco legal y no legal internacional. La creciente atención a este concepto también es notable en el ámbito europeo, especialmente con la aparición del concepto de "justicia adaptada a los niños" (ver sección 4). En primer lugar, en la siguiente sección se esbozará el marco legal europeo sobre el acceso a la justicia para los niños.

III. El marco de los derechos humanos europeos del niño en situación de migración

En el ámbito regional europeo, tanto el Consejo de Europa (sección 3.1) como la Unión Europea (sección 3.2) han desarrollado una serie de instrumentos legales y normas de gran relevancia en este ámbito. Además, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo, y el

⁵ Véase también Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) y el Grupo de Migración Global, 2017, principio 3.

⁶ Véase también «<https://www.undp.org/content/undp/en/home/2030-agenda-for-sustainable-development/peace/rule-of-law--justice--security-and-human-rights/access-to-justice.html>», última revisión (18 de mayo de 2020).

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con sede en Luxemburgo, han elaborado la jurisprudencia pertinente en relación con el acceso a la justicia de NNA refugiados y migrantes que también se analizará a continuación.

1. El marco legal del Consejo de Europa

El Consejo de Europa es una organización paneuropea de 47 Estados miembro, creada en 1949, cuyo objetivo es promover y fortalecer los derechos humanos, incluidos los derechos del niño, la democracia y el Estado de Derecho (Cogen, 2015). Todos los Estados miembros del Consejo de Europa se han adherido al Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (el CEDH o Convenio)⁷ y se han unido al trabajo del Consejo de Europa, el cual se centra en los derechos del niño, como convenciones adicionales (por ejemplo, el Convenio de Lanzarote)⁸ y documentos políticos (por ejemplo, la actual Estrategia del Consejo de Europa para los Derechos del Niño (2016-2021)). Varias disposiciones consagradas en el CEDH son cruciales para los derechos de los niños y, en cierta medida, también para los derechos de los NNA refugiados y migrantes. Además, la jurisprudencia del TEDH refuerza las disposiciones legales en este ámbito. Otros instrumentos relevantes del Consejo de Europa relacionados con el acceso a la justicia para los niños refugiados y migrantes incluyen la Carta Social Europea (revisada),⁹ la Convención Europea sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño,¹⁰ las Directrices del Consejo de Europa sobre justicia adaptada a los niños (2010),¹¹ el Plan de acción del Consejo de Europa para la protección de

⁷ Consejo de Europa, *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, modificado por los Protocolos Nos. 11 y 14*, 4 de noviembre de 1950, ETS 5.

⁸ Consejo de Europa, *Convenio del Consejo de Europa sobre la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual*, 12 de julio de 2007, CETS No.: 201.

⁹ Consejo de Europa, *Carta Social Europea (revisada)*, 3 de mayo de 1996, ETS 163.

¹⁰ Consejo de Europa, *Convención europea sobre el ejercicio de los derechos del niño*, 25 de enero de 1996, ETS 160.

¹¹ Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre justicia adaptada a los niños, adoptadas por el Comité de Ministros el 17 de noviembre de 2010 en la 1098ª reunión de los delegados de los ministros.

los niños refugiados y migrantes en Europa (2017). Si bien los dos últimos no son legalmente vinculantes, brindan orientación práctica y específica, que aclara y respalda el marco legal, especialmente en los enfoques sensibles y adaptados a los niños (véase más abajo en la sección 4).

a) El Convenio Europeo de Derechos Humanos

El CEDH y la jurisprudencia de su respectivo Tribunal (TEDH o el Tribunal) son los instrumentos de derechos humanos a los que más se hace referencia en el ámbito europeo. Este marco regional está relacionado con los derechos del niño y, de alguna manera, refuerza el marco legal internacional al agregar una capa adicional de protección y oportunidad de reparación (Leskoviku y Prenċe, 2015; y Liefgaard, 2016). Las disposiciones del CEDH (el Convenio) se aplican tanto a adultos como a niños y son fundamentales para analizar cuando se trata del acceso a la justicia para los niños, niñas y adolescentes refugiados y migrantes.

Primero, la Convención reconoce el derecho a un recurso efectivo (artículo 13). La aplicación de esta disposición a los niños refugiados y migrantes significaría que deberán tener acceso a un recurso efectivo contra, por ejemplo, una decisión de expulsión, que presentaría varios riesgos. Para hacer efectivo este derecho para los niños, los profesionales deben respetar numerosas garantías procesales, como la exigencia de un procedimiento rápido, la realización de un escrutinio independiente y riguroso del recurso y la habilitación del acceso a un recurso con efecto suspensivo automático (Consejo de Europa, 2019).

Además, los artículos 2 (derecho a la vida), 3 (prohibición de la tortura o de tratos o penas inhumanos o degradantes) y 14 (prohibición de la discriminación) suelen ser disposiciones pertinentes que se presentan ante las cortes en casos relacionados con niños y, *a fortiori*, puede transponerse a casos relacionados con niños refugiados y migrantes. A modo de ejemplo, la Convención ha interpretado ampliamente el artículo 14. De hecho, se ha integrado una amplia gama de motivos que las entidades nacionales no deben tener en cuenta al tomar una decisión: "el disfrute de los

derechos y libertades establecidos en esta Convención se garantizará sin discriminación alguna, como sexo, raza, color, idioma, religión, opinión política o de otro tipo, origen nacional o social, asociación con una minoría nacional, propiedad, nacimiento u otra condición" (artículo 14 del CEDH). En cuanto a la CDN, la interpretación del principio de no discriminación incluye el motivo de "otro estatus" que abarca la nacionalidad y el estatus migratorio. Además, el CEDH menciona el "origen nacional o social", el cual es un motivo específico que se refiere directamente a los migrantes.

Además, algunas disposiciones han llevado al Tribunal a desarrollar normas regionales autónomas que se aplicarán a nivel nacional. Por ejemplo, la Corte ha desarrollado la noción de derecho al debido proceso al articular algunos requisitos procesales basados en el artículo 3 leído conjuntamente con el artículo 13. Ha enfatizado la necesidad de realizar una evaluación individualizada para cada niño, basada en un escrutinio "cercano y riguroso", luego de una audiencia personal, y ha mencionado el derecho a apelar una decisión (Mole y Meredith, 2010; y Smyth, 2018). Además, aunque el CEDH no protege expresamente el derecho de asilo, el TEDH, con base en los artículos 2 y 3 de la Convención, destaca la protección indirecta de los refugiados y migrantes contra la soberanía de los Estados miembro con respecto al acceso y expulsión de extranjeros de su territorio nacional (Arrufat Cardava, 2019).

Los protocolos adicionales refuerzan las disposiciones consagradas en la propia Convención. De hecho, dos protocolos separados se ocupan específicamente de los procedimientos de migración. Se trata del protocolo 7,¹² que establece garantías procesales con respecto a la expulsión de extranjeros con residencia legal, y el protocolo 4,¹³ que prescribe la ex-

¹² Consejo de Europa, *Protocolo 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales*, 22 de noviembre de 1984, ETS 117, artículo 1.

¹³ Consejo de Europa, *Protocolo 4 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, que garantiza determinados Derechos y Libertades distintos de los ya incluidos en el Convenio y en su Primer Protocolo*, 16 de septiembre de 1963, ETS 46, artículo 4.

pulsión colectiva de extranjeros y promueve la idea de que las expulsiones sólo pueden llevarse a cabo después de un escrutinio objetivo y razonable de la situación particular de cada migrante individual (Smyth, 2018).

b) Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El TEDH también desempeña un papel crucial en relación con el derecho de los niños (refugiados y migrantes) al reconocer, en una serie de precedentes, el derecho de niñas y niños a acceder a la justicia. Así, por ejemplo, el Tribunal ha reconocido expresamente y llamado a los Estados miembros a respetar el derecho a los recursos disponibles para los niños.¹⁴ También es interesante señalar que los niños están incluidos entre las personas que pueden presentar una solicitud ante el TEDH y cuya edad no puede utilizarse como obstáculo para ello. El Tribunal también destaca las posibles barreras que un niño puede encontrar en comparación con los adultos. Según su jurisprudencia, la vulnerabilidad de los niños debe tenerse en cuenta y justifica la aplicación de mecanismos de justicia favorables a los niños en los órganos jurisdiccionales nacionales y europeos para que puedan participar eficazmente en los procedimientos judiciales (Leskoviku y Preñçe, 2015). Con respecto a la noción de *justicia adaptada* a los niños, ésta se ha desarrollado particularmente en Europa. En efecto, el desarrollo de una comunicación bidireccional entre el TEDH y el Comité de la CDN con respecto a este tema ha influido en la forma en que se llevan a cabo prácticas y procedimientos cuando un niño está involucrado (Liefwaard, 2016).

Además, el TEDH ha puesto de relieve la obligación de los Estados miembros de respetar las garantías del debido proceso cuando un niño está involucrado, como estar plenamente informado en un idioma que el niño entiende, nombrar a un tutor y un representante legal. Si no se

¹⁴ *Popov c Francia*, Aplicación núms. 39472/07 & 39474/07, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 19 de enero de 2012, párrs. 113 y 122-124.

respetan debidamente esas garantías, ello conduce a la ineficiencia del derecho del NNA a un recurso disponible y, por tanto, a la violación de los artículos 5, apartado 4, y 13 de la Convención.¹⁵ Además, la Corte ha subrayado la importancia primordial del interés superior de la niñez en cualquier decisión migratoria que involucre a un NNA. Según el Tribunal, los órganos administrativos decisorios y los tribunales nacionales deben investigar detenidamente y a fondo tanto los antecedentes como las necesidades del niño, niña y adolescente que deben constituir la piedra angular de la decisión (Krikke y Baldinger, 2019).¹⁶

Por último, el Tribunal de Justicia ha reconocido el derecho del NNA a ser oído a través del artículo 8 del CEDH (Liefwaard y Kilkelly, 2018). Este ha expresado la necesidad de que los NNA que participan en procedimientos judiciales participen lo suficiente en el proceso de toma de decisiones.¹⁷ En cuanto a la cuestión subyacente sobre la edad a la que debe ser oído un niño, También afirma que no se consagra ninguna obligación de escuchar siempre a los niños en el artículo 8. Por tanto, la decisión de oír al niño o la niña depende de las circunstancias específicas de cada caso.¹⁸ Es fundamental que

se le trate de una manera que tenga plenamente en cuenta su edad, su nivel de madurez y sus capacidades intelectuales y emocionales, y que se adopten medidas para promover su capacidad de entender y participar en el procedimiento, incluida la realización de la audiencia de manera que se reduzcan, en la medida de lo posible, sus sentimientos de intimidación e inhibición [Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2004, Aplicación no. 60958/00, párr. 28].

¹⁵ *Rahimi c Grecia*, Aplicaciones no. 8687/08, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 5 de abril de 2011, párr. 79.

¹⁶ *El Ghatet c Suiza*, Aplicación no. 56971/10, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 8 de noviembre de 2016, párr. 53.

¹⁷ *M. y M. v Croacia*, Aplicación no. 10161/13, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 3 de septiembre de 2015.

¹⁸ *Jucius y Juciuviene c Lituania*, Aplicación no. 14414/03, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 25 de febrero de 2009; *Sahin v Alemania*, Aplicación no. 30943/96, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 8 de julio de 2003.

A pesar de que estas declaraciones se han señalado en otros ámbitos jurídicos (derecho civil y penal) y no en un caso de migración, se puede suponer que el razonamiento del Tribunal es pertinente y transponible a los niños refugiados y migrantes (Krikke y Baldinger, 2019).

2. Marco jurídico de la Unión Europea

La Unión Europea es una asociación económica y política de 27 Estados miembro que se encuentran geográficamente en Europa. Esta unión ha sido creada después de la Segunda Guerra Mundial y se rige por el principio de democracia representativa (Unión Europea, 2020). Los derechos de la niñez deben ser respetados y promovidos por la Unión Europea y sus Estados miembros, y todas las políticas o trabajos de la Unión Europea que tengan un impacto en los niños deben elaborarse de acuerdo con el interés superior de la niñez, de conformidad con el artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (véase a continuación).¹⁹

En el ámbito de la Unión Europea, existen instrumentos jurídicos que regulan los procesos migratorios, así como la protección de los derechos humanos, lo que hace que este marco sea interesante de analizar cuando se trata del acceso de los NNA refugiados y migrantes a la justicia. Además, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) es una referencia en estos ámbitos jurídicos.

a) Disposiciones legales pertinentes de la Unión Europea

El artículo 3(3) del Tratado de la Unión Europea menciona expresamente la obligación de la UE de promover y proteger los derechos del niño

¹⁹ Disponible en: «https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/rights-child_en», última visita (17 de junio de 2020); Consejo de la Unión Europea, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2007/C 303/01), 14 de diciembre de 2007, C 303/1.

(Arrufat Cardava, 2019). De igual manera, el Tratado de Lisboa²⁰ desarrolla los principios que guían a la UE, que son la democracia, el Estado de Derecho, el respeto de la dignidad humana, los principios de igualdad y solidaridad, la versatilidad y la indivisibilidad de los derechos humanos y el respeto del derecho internacional. Estos principios se han incluido en un único texto vinculante, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que tiene el mismo valor jurídico que los tratados de la Unión Europea desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, y que desempeña un papel crucial para la observancia de los derechos de los niños en la UE. Su artículo 24 reconoce a los NNA como portadores independientes y autónomos de los derechos, además de destacar la importancia primordial del interés superior de la niñez (artículo 24, apartado 2) y su derecho a ser oído (artículo 24, apartado 1). Los artículos 18 y 19 prevén el derecho de asilo y protección en caso de devolución, expulsión y extradición (Agencia Europea de Derechos Fundamentales/Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2015). Por último, el artículo 47 exige procedimientos justos para todos los solicitantes de asilo.

Por el lado de la migración "pura", el Sistema Europeo Común de Asilo (SECA),²¹ cuyo objetivo es armonizar los criterios y garantizar un mínimo

²⁰ Unión Europea, *Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea*, 13 de diciembre de 2007, 2007/C 306/01.

²¹ Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo del 26 de junio de 2013, relativa a los procedimientos comunes de concesión y retirada de la protección internacional (refundición) (aplicable a partir del 21 de julio de 2015); Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo del 26 de junio de 2013, por la que se establecen normas para la acogida de solicitantes de protección internacional (refundición) (aplicable a partir del 21 de julio de 2015); Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo del 13 de diciembre de 2011, relativa a las normas para la calificación de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, para un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas que pueden acogerse a la protección subsidiaria, y para el contenido de la protección concedida (refundición) (aplicable a partir del 21 de diciembre de 2013); Reglamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo del 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos para determinar el Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembro por un nacional de un tercer país o un apátrida (refundición) (aplicable a partir del 1 de enero de 2014); Reglamento (UE) no 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo del 26 de junio de 2013, relativo al establecimiento de «Eurodac»

de los beneficios disponibles para los solicitantes de protección internacional, ha integrado en la segunda versión del Reglamento del Sistema de Dublín²² una protección especial para los NNA refugiados y migrantes. De hecho, ahora se requiere la supervisión de un representante legal durante el procedimiento para cada refugiado y niño migrante, cuando se emite una decisión relativa a su solicitud. Además, la tercera versión del Reglamento de Dublín²³ también ha mejorado el sistema anterior al ampliar su marco a la niñez apátrida y, más concretamente, al exigir una entrevista individualizada para cada uno de ellos y reconocer su derecho a apelar contra una decisión migratoria que les concierne (Arrufat Cardava, 2019).

En consecuencia, las Directivas, que pueden definirse en términos generales como un acto legislativo que establece un objetivo que todos los Estados miembro de la Unión Europea deben alcanzar, sin imponer los medios para alcanzar este objetivo, desempeñan un papel importante en lo que respecta a las cuestiones de migración y derechos humanos en la UE. A modo de ejemplo, la Directiva sobre procedimientos de asilo (refundición)²⁴ establece normas procesales comunes sobre la concesión

para la comparación de las huellas dactilares para la aplicación efectiva del Reglamento (UE) n. 604/2013 por el que se establecen los criterios y mecanismos para determinar el Estado miembro responsable del examen de una solicitud de la protección internacional presentada en uno de los Estados miembro por un nacional de un país tercero o un apátrida y por solicitud para la comparación con datos del Eurodac por las autoridades ejecutoras de la ley y el Europol para propósitos de ejecución de la ley, y Regulaciones modificadoras (UE) No. 1077/2011 que establecen una Agencia Europea para el manejo operativo de sistemas de TI a mayor escala en el área de la libertad, seguridad y justicia (refundición) (vigente desde el 20 de julio de 2015).

²² Consejo de la Unión Europea, Reglamento (CE) n. 343/2003 del Consejo del 18 de febrero de 2003, por el que se establecen los criterios y mecanismos para determinar el Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembro por un nacional de un tercer país, del 18 de febrero de 2003, DO L. 50/1-50/10; 25.2.2003, (CE) no 343/2003.

²³ Consejo de la Unión Europea, Reglamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo del 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos para determinar el Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembro por un nacional de un país tercero o un apátrida (refundición), 29 de junio de 2013, DO L. 180/31-180/59; 29.6.2013, (UE) n. 604/2013.

²⁴ Consejo de la Unión Europea, Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo del 26 de junio de 2013, relativa a los procedimientos comunes de concesión y retirada de la protección internacional (refundición), 29 de junio de 2013, DO L. 180/60-180/95; 29.6.2013, 2013/32/UE.

y retirada del estatuto de refugiado, a fin de garantizar procedimientos justos y eficientes a los solicitantes de asilo. Estas garantías procesales son las siguientes: una entrevista inicial, una decisión escrita y motivada de una persona cualificada, el derecho a apelar con efecto suspensivo en la decisión de asilo, el derecho a la asistencia jurídica gratuita, la designación de un representante para los menores no acompañados y el derecho a ser informado en una lengua que el solicitante (niño) entienda (Terlouw, 2017; y Smyth 2018). El artículo 21 de la Directiva enumera varias personas vulnerables cuyas circunstancias específicas deben tenerse en cuenta a la hora de determinar las condiciones materiales de acogida en los Estados miembros. Entre otros, se señalan "menores [y] menores no acompañados". Además, los artículos 23, 24 y 25 de este instrumento colocan a los niños en una posición jerárquicamente superior en la lista de solicitantes vulnerables (Arrufat Cardava, 2019). Sumando a esto, la directiva de calificación regula la representación del niño (no acompañado) en los procedimientos judiciales. De acuerdo con este instrumento, la representación y el asesoramiento deben ser gratuitos y existir en todas las etapas de los procesos judiciales (Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, 2011, artículo 31).

Por último, la Comisión Europea ha desarrollado muchos instrumentos adicionales, como las comunicaciones y los planes de acción, algunos de los cuales se centran específicamente en la protección de los NNA en la migración (véase, por ejemplo, el Plan de acción sobre los menores no acompañados 2010-2014).²⁵

b) Jurisprudencia de la Unión Europea

La jurisprudencia desarrollada por el TJUE también es pertinente para el acceso a la justicia de los niños, niñas y adolescentes refugiados y mi-

²⁵ Comisión Europea, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Plan de acción sobre menores no acompañados (2010-2014)*, 6 de mayo de 2010, COM (2010) 213/3.

grantes. El TJUE ha subrayado la importancia primordial del interés superior del niño o la niña, que debe ser la piedra angular de cualquier decisión migratoria que involucre a un NNA (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2012). Además, así como el TEDH, el TJUE ha declarado que el derecho a ser oído según lo dispuesto en el artículo 24 de la Carta no constituye un derecho absoluto, sino una oportunidad para que el niño, la niña y el adolescente exprese libremente sus opiniones y para que se tengan en cuenta sus opiniones. En efecto, el argumento principal del TJUE era que, en algunas circunstancias, no es del interés del niño o la niña ser escuchado, dejando cierto margen de apreciación a los órganos jurisdiccionales nacionales a este respecto (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2010). Aunque la posición adoptada por el Tribunal se refería a un caso de sustracción de hijos, y puesto que el artículo 24 no se limita a ningún tipo particular de proceso legal, esto también podría trasladarse a procesos de migración y asilo. Por tanto, esto significaría que, en cualquier procedimiento de migración y asilo que involucre a un NNA, las autoridades nacionales tendrían la facultad discrecional de decidir escuchar o no al NNA en cuestión. En cualquier caso, si un órgano jurisdiccional nacional decide permitir que el menor participe en el proceso legal, deben establecerse mecanismos favorables a los niños para garantizar su participación genuina y efectiva (Krikke y Baldinger, 2019).

Para concluir, el marco europeo para la protección y el respeto por el acceso a la justicia para los niños refugiados y migrantes es resultado de la combinación e interacción de los instrumentos del Consejo de Europa y de la Unión Europea, con el marco internacional de los derechos del niño. Sin embargo, para que el acceso de la niñez a la justicia sea eficaz en la práctica es necesario aplicar e implementar mecanismos adaptados a las infancias.

IV. Mejorar el acceso de los niños refugiados y migrantes a la justicia a través de mecanismos de justicia adaptados a la niñez

En esta sección, el enfoque se centrará en primer lugar, en el concepto de justicia adaptada (o amigable) a la niñez y su significado para la niñez

en situación de migración (sección 4.1). En segundo lugar, se presentan orientaciones y ejemplos prácticos sobre la aplicación de mecanismos adaptados para los niños en los procedimientos judiciales de asilo e migración (sección 4.2).

1. El significado de la justicia adaptada a la niñez

La noción de justicia adaptada a la niñez se ha convertido en un término familiar dentro de la jerga internacional de los derechos de la niñez, cuando los niños están involucrados en procesos judiciales (Stalford, Cairns y Marshall, 2017). Este término puede asociarse con la noción de "enfoque sensible a los niños", lo que significa que cualquier acción o decisión relativa a un NNA debe protegerlo y, al mismo tiempo, tener en cuenta sus puntos de vista (Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, 2005/20, párr. 9). En otras palabras, la justicia adaptada a la niñez tiene como objetivo reconocerlos como titulares de derechos y actores activos en sus vidas adaptando los sistemas de justicia a sus derechos, necesidades e intereses y haciendo efectiva su participación en los procedimientos judiciales que les conciernen (Liefwaard, 2016).

Un instrumento *soft law* ampliamente mencionado son las Directrices del Consejo de Europa sobre la justicia adaptada a los niños (2010), que se han redactado después de que esta entidad europea haya designado la "justicia para los niños" como una de las prioridades clave de las instituciones regionales (Vandekerckhove y O'Brien, 2013). Estas Directrices se conocen como un instrumento práctico para que los profesionales y los Estados miembros adapten "sus sistemas judiciales y no judiciales a los derechos, intereses y necesidades de los niños" (Directrices sobre justicia adaptada a los niños, preámbulo) con el fin de mejorar el acceso efectivo de los niños a la justicia y adaptarse a sus necesidades (Liefwaard, 2016; y Stalford, Cairns y Marshall, 2017). Una de las innovaciones significativas en la redacción de las Directrices es la consulta a la niñez, entre ellos, las y los niños que se encuentran en situación de migración y refugio (Liefwaard y Kilkelly, 2018). Además, las Directrices desarrollan cinco ca-

tegorías de principios fundamentales, que no son "nuevas" *per se*, sino ya existentes y vinculantes basadas en la CDN, y que se han destacado fuertemente como una regla de "oro" que deben seguir los Estados miembros. Estos principios son, respectivamente, 1) la participación, 2) el interés superior de la niñez, 3) la dignidad, 4) la no discriminación, y 5) el Estado de Derecho. Además, este instrumento explica cronológicamente y con precisión cómo los niños deben ser incluidos en todas las etapas del proceso (antes, durante y después de los procedimientos judiciales).

Como se explicó en la introducción de este capítulo, los procedimientos típicos de asilo y migración constituyen áreas complejas de derecho que no prevén la igualdad de armas entre el solicitante y la administración estatal, menos aún dado el caso en el que la persona solicitante es menor de edad, ya que los procedimientos generalmente no están diseñados y adaptados a los niños (Smyth, 2018; Lundberg y Lind, 2017; Lundberg, 2011; y Lidén y Rusten, 2007). Por tanto, los niños refugiados y migrantes se enfrentan a numerosas barreras en el ejercicio de su derecho a la justicia en la práctica, relacionadas, por ejemplo, con la falta de información sobre sus derechos, la complejidad de los procedimientos judiciales, el acceso a la representación legal, etc. En consecuencia, los procedimientos sensibles a los niños y el empoderamiento jurídico de los NNA refugiados y migrantes son fundamentales para disfrutar plenamente de sus derechos y superar estos desafíos.

Según el Comité de la CDN, "no se puede escuchar eficazmente a un niño cuando el entorno es intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad". Los procedimientos judiciales tienen que ser accesibles y apropiados para los niños. Es oportuno prestar especial atención a la provisión y transmisión de información adaptada a los niños, la prestación de apoyo adecuado para la defensa de los intereses propios, la debida capacitación del personal, el diseño de las salas de los tribunales, la vestimenta de los participantes y la disponibilidad de pantallas de protección visual y salas de espera separadas. Además, en la Observación

General No. 12 (2009, párrs. 46-47) y en las Directrices sobre justicia favorable a los niños (sección III, E. párr. 3) se puede constatar que los mecanismos de denuncia tienen que ser accesibles a la niñez, lo cual implica que ellas y ellos sean asesorados y representados en los procedimientos judiciales (Kilkelly *et al.*, 2019).

2. Implementación de mecanismos de justicia adaptados a los niños

En el marco de los procedimientos judiciales de asilo y migración, varias normas clave son fundamentales para la protección de los derechos de los niños refugiados y migrantes y, especialmente, para el ejercicio efectivo de su derecho al acceso a la justicia. En las secciones siguientes, se destacan las prácticas de adaptación a los niños y niñas relativas a cuatro elementos del procedimiento de asilo, a saber, 1) representación jurídica y otra representación apropiada, 2) derecho a la información, 3) entrevista de asilo del niño y 4) acceso a los mecanismos de denuncia.

a) Representación de niños refugiados y migrantes

Los niños, niñas y adolescentes deben ser considerados como partes de pleno derecho en el proceso migratorio y, por tanto, deben tener derecho a su propia representación (Vandekerckhove y O'Brien, 2013). En otras palabras, es fundamental que un NNA que enfrenta procedimientos judiciales de asilo y migración esté representado y apoyado por alguien profesionalmente capacitado y preparado en temas relacionados con los derechos del niño. Su representación debe ser accesible, gratuita, apropiada para su edad, eficaz y sensible a sus necesidades e intereses (véanse las Directrices sobre justicia adaptada a los niños, sección IV, párrs. 37 a 43).

Los estándares internacionales distinguen entre dos tipos diferentes de representación: tutela y representación legal. Si bien el tutor es una persona independiente cuya función es complementar la capacidad jurídica

limitada del NNA (debido a su edad) en sus actividades (legales) de la vida diaria y salvaguardar su interés superior (Comité de la CDN, 2005, párrs. 37 y 71), las funciones de un representante legal están "limitadas" a proteger los derechos de la niñez migrante y a expresar su opinión para representar verdaderamente sus intereses durante todo el proceso judicial (Kilkelly *et al.*, 2019; y Vandekerckhove y O'Brien, 2013). Un tutor debe ser accesible para los NNA no acompañados en todas las etapas del procedimiento de asilo y debe ser designado tan pronto como se haya identificado al niño (Comité de la CDN, 2005, párrafo 33; y Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2015b). Para los NNA no acompañados y separados, se requiere la presencia de un tutor o representante legal en todos los procesos de planificación y toma de decisiones, incluidas las entrevistas realizadas por la autoridad responsable y las audiencias de apelación (Comité de la CDN, 2005, párrs. 33, 69 y 72).

a) Ejemplos a partir de la práctica

Se pueden destacar algunas prácticas europeas concretas y prometedoras en materia de representación legal de niños y niñas en contextos de migración o asilo. La Agencia Europea de Derechos Fundamentales (2015b) ha recomendado que los tutores trabajen de manera independiente de las autoridades de asilo y migración, ya que esto es de suma importancia. Por ejemplo, en Dinamarca la ley exige que los tutores sean independientes de las autoridades de asilo y migración. En los Países Bajos, una organización certificada para el cuidado de los jóvenes, llamada *Nidos*, tiene asignada la tarea de proporcionar la tutela a los niños y las niñas no acompañados. *Nidos* es notificado de inmediato cuando un NNA llega a los Países Bajos y se le asigna un tutor para representar su interés superior en el procedimiento. Por otro lado, recibe asistencia jurídica gratuita y un abogado o abogada se pondrá en contacto con él antes de que comience el procedimiento oficial. Sin embargo, la tutela independiente no es una práctica estándar en todos los países. En Finlandia, el Servicio de Inmigración es responsable de proporcionar la tutela mediante la contratación, selección, formación y supervisión de

representantes. Además, los niños tienen derecho a una representación legal en forma de un abogado o abogada (FRA, 2015).

En Italia, el sistema de tutela se basa en voluntarios.²⁶ Las personas que se eligen para ejercer funciones de tutela se ofrecen personalmente como voluntarios para convertirse en tutores, lo que significa que desean profundamente cumplir con este deber y son capacitados por el *ombudsperson* regional competente. En Bélgica, los tutores pueden ser tanto profesionales como voluntarios, y son capacitados por expertos sociales y empleados-tutores experimentados de alto nivel para asegurarse de que sean plenamente capaces de representar debidamente los intereses del niño (ACNUR, 2019; y Fournier, 2013). En Irlanda, un centro jurídico independiente (el Centro Jurídico Independiente del Consejo de Inmigrantes de Irlanda) ofrece asesoría y servicios jurídicos gratuitos a la niñez migrante y coloca sus intereses en el centro de todas las discusiones.²⁷

b) El derecho de los niños y niñas refugiados y migrantes a ser informados

Estar informado sobre sus derechos es uno de los primeros requisitos para garantizar la protección efectiva de la niñez. El derecho a la información es, según la CDN, un derecho en sí mismo (artículos 17 y 42) (Vandekerckhove y O'Brien, 2013). Para disfrutar plenamente de su derecho al acceso a la justicia, los niños refugiados y migrantes deben recibir toda la información necesaria y pertinente lo antes posible y de manera continua durante todo el procedimiento de asilo y migración, para que comprendan su situación, el proceso migratorio, el contenido y alcance de su derecho, la manera de hacer valer sus derechos, tomar decisiones informadas de acuerdo con sus mejores intereses y participar

²⁶ Ley italiana núm. 47/2017, sobre medidas de protección para menores no acompañados, 6 de mayo de 2017.

²⁷ Disponible en: «<https://www.immigrantcouncil.ie/campaign/child-migration-matters>», última visita (10 de junio de 2020).

en forma significativa en el proceso de toma de decisiones (Comité de la CDN, 2009, párr. 134 a); Comité de la CDN, 2017a, párr. 35). La información puede enfocarse en diferentes elementos, como los posibles instrumentos legales que los niños tienen a su disposición para ejercer plenamente sus derechos, las posibles acciones que se pueden tomar, las posibles opciones a elegir y sus consecuencias potenciales, explicación de la decisión emitida por las autoridades y su significado para el niño en cuestión (Vandekerckhove y O'Brien, 2013). Además, "se debe prestar especial atención a la provisión y entrega de información adaptada a los niños" (Comité de la CDN, 2009, párr. 34). Más concretamente, la información proporcionada debe facilitarse de manera que el NNA comprenda plenamente, que se adapte a su edad y madurez y que tenga en cuenta el género y los antecedentes culturales (Directrices sobre justicia adaptada a los niños, sección IV, A, párr. 2). Además, la información debe ser proporcionada por profesionales capacitados.

i) Ejemplos a partir de la práctica

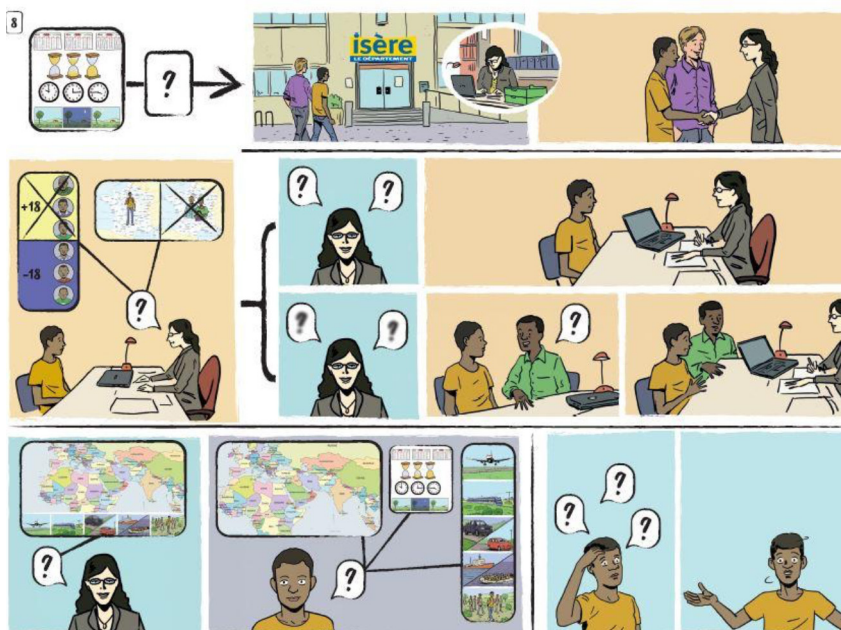
En 2018, el Consejo de Europa publicó un manual práctico dedicado a los profesionales de primera línea sobre "Cómo transmitir información adaptada a los niños en situación de migración" en cada etapa de su viaje (Marku, 2018). Esta guía destaca la importancia del derecho a la información para éstos, independientemente de su situación migratoria, como condición previa para el ejercicio efectivo de sus derechos y como componente central de la justicia adaptada a ellos (Stalford, Cairns y Marshall, 2017). De igual manera, ofrece recomendaciones y ejemplos prácticos de estados europeos. A modo de ejemplo, se ha señalado a Suecia,²⁸ Alemania²⁹ y el Reino Unido,³⁰ ya que han desarrollado un sistema de información entre pares sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes y el proceso de asilo y migración para los recién llegados.

²⁸ Disponible en: «<http://ensamkommandesforbund.se/>», última revisión (18 de junio de 2020).

²⁹ Disponible en: «<https://www.dw.com/en/newspaper-gives-refugees-a-voice/a-46877218>», última revisión (18 de junio de 2020).

³⁰ Disponible en: «<http://www.brighterfutureslondon.co.uk/>», última visita (18 de junio de 2020).

En Francia se ha elaborado un folleto de bienvenida no lingüístico para niños migrantes, cuyo objetivo es estimular y fortalecer la mediación y el entendimiento entre los profesionales y los NNA migrantes durante las reuniones.³¹ La siguiente imagen presenta parte del libro. Estas imágenes tienen como objetivo explicar la entrevista de asilo y el derecho del joven a tener un intérprete en la entrevista. Además, Francia ha establecido puntos de contacto y líneas directas en todo su territorio, donde los NNA pueden solicitar de manera libre y confidencial información sobre sus derechos y los asuntos judiciales que les afectan a abogados y abogadas especializados (FRA, 2015).³²



Fuente: «<https://mimna.univ-grenoble-alpes.fr/fr/node/20/exemples-dutilisation-planches/entretien-evaluation-1>».

³¹ Livret MINMA, «<https://mimna.univ-grenoble-alpes.fr/fr/livret-mimna>», última revisión (10 de junio de 2020); véase también «https://www.ecpat.org/wp-content/uploads/2017/03/react_france_french_WEB.pdf», última revisión (18 de junio de 2020).

³² Disponible en: «<https://omm.hypotheses.org/1>», última revisión (18 de junio de 2020).

En los Países Bajos, el Consejo Holandés para los Refugiados (DCR, por sus siglas en inglés) tiene la tarea oficial de informar a los refugiados y solicitantes de asilo sobre el procedimiento para el mismo. Lo hace proporcionando información a través de una reunión personal con NNA no acompañados. La información se proporciona en forma oral y escrita (por medio de folletos). Además, se desarrolla un video informativo para NNA (no) acompañados basado en un cómic desarrollado específicamente para ellos y ellas.³³ Se trata de información sobre el procedimiento de asilo y el papel que cumplen los diferentes actores involucrados. Por otro lado, se realizan sesiones informativas para la niñez acompañados en los centros de acogida. Éstos se denominan *Time4You* y tienen como objetivo proporcionar información a los niños mediante la organización de actividades en torno a determinados temas. Ejemplos de temas abordados: la familia, las emociones, el futuro, las profesiones, las vacaciones en los Países Bajos y los países de origen, la línea de asistencia para niños y niñas, el abuso de sustancias, el acoso, la sexualidad, la religión, la educación en los Países Bajos y los derechos del niño. El objetivo del proyecto es proporcionar un espacio seguro para que los NNA en el centro de acogida puedan discutir temas que ocupan sus mentes, porque tienen dudas al respecto o se sienten inseguros sobre determinados asuntos. El DCR ha desarrollado específicamente materiales para estas sesiones de información, como el cómic y los videos, juegos (por ejemplo, juegos de memoria, rompecabezas) y carteles (Rap, 2020).³⁴

c) Entrevista(s) de asilo para niños y niñas refugiados(as) y migrantes

El artículo 12 de la CDN establece que los niños, niñas y adolescentes deben poder expresar sus opiniones libremente en todos los asuntos que

³³ El cómic se titula "De diamanten van Mudada. Een avontuur in het asielzoekerscentrum" [Los diamantes de Mudada. Una aventura en el centro de solicitantes de asilo. Vea un avance del video aquí: «<https://www.youtube.com/watch?v=4ryCZs4AfBE>».

³⁴ Véase: «<https://www.vluchtelingenwerk.nl/wat-wij-doen/onze-projecten/project-time4you>», última revisión (9 de septiembre de 2020).

afecten sus vidas. El Comité de la CDN ha destacado específicamente esta disposición con respecto a los NNA involucrados en procedimientos de migración (Comité de la CDN, 2009, párrs. 32 y 123-124). De hecho, deben ser entrevistados por profesionales capacitados, de modo que éstos se adecuen a su edad, madurez, género y antecedentes culturales, a fin de participar de manera efectiva en el proceso. Es fundamental no olvidar que los NNA no pueden ser tratados como personas adultas durante las entrevistas y que la información brindada no (siempre) es completamente exacta o real debido a las dificultades de comunicación y retrasos en el desarrollo que puedan tener (ACNUR, 2009, párr. 72). Ésta es la razón por la que se deben utilizar diferentes métodos y herramientas adaptadas a ellos y no ser intimidantes al momento de entrevistarlos; se pueden emplear técnicas como dibujar, hacer ejercicios de representación y cantar.

d) Ejemplos a partir de la práctica

Varios estados recurren a herramientas de entrevista adaptadas a los niños, las niñas y los adolescentes para facilitar que se comuniquen y compartan su historia. Por ejemplo, en Polonia, los niños son entrevistados en el lugar de estancia, que ya les resulta familiar para ese entonces, en presencia de un psicólogo además de un asistente social especialmente capacitado y que se ayuda de materiales apropiados (muñecas, lápices de colores, papel, etc.) para ayudarlos a expresar sus opiniones (Directrices sobre justicia adaptada a los niños, párr. 125). En Finlandia se ha desarrollado un conjunto especial de directrices para escuchar e informar a los NNA involucrados en procedimientos judiciales y son seguidos por la policía y los psicólogos que trabajan con menores de edad (Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2015a). Otra práctica prometedora es la entrevista individual realizada en Italia, donde son escuchados por un equipo multidisciplinario que consta de un trabajador social, un psicólogo y un mediador cultural. Este último ayuda a los otros dos a comunicarse con ellos y les proporciona información sobre sus antecedentes (Marku, 2018). En los Países Bajos se utiliza

una sala de entrevistas especial adaptada a los NNA, para menores de 12 años no acompañados y separados, que sigue el modelo de las salas de interrogatorio de la policía para las víctimas infantiles. Las entrevistas las llevan a cabo funcionarios de migración capacitados y en presencia de un intérprete. Las entrevistas se adaptan al nivel de comprensión, ritmo y capacidad de atención. Además, se pueden utilizar accesorios, como pizarrones, puntos en el suelo, papel de dibujo, libros de imágenes, pictogramas y rompecabezas. Se requiere que el tutor observe la entrevista a través de un enlace de video en otra habitación para que la sala de entrevistas esté menos llena y éste pueda aportar comentarios adicionales al oficial de migración al final de la entrevista.

e) Derecho de los NNA refugiados y migrantes a acceder a los mecanismos de denuncia

Por último, el acceso a la justicia se refiere al derecho a un recurso efectivo que, según el Comité de la CDN, requiere que los procedimientos de asilo y migración sean efectivos, adaptados a las niñas y niños así como a sus necesidades e intereses. (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2013, párr.4; véase también Comité de la CDN, 2009, párrs. 41-46). Además, los NNA refugiados y migrantes deben ser notificados de cualquier decisión que les afecte y deben tener derecho a apelar contra cualquiera de ellos. Por tanto, los mecanismos de apelación deben ser accesibles para los menores de edad y deben estar representados e informados sobre el procedimiento y las posibilidades e implicaciones de la apelación (Kilkelly *et al.*, 2019; y Comité de la CDN, 2017b, párr. 17). La legislación de la UE prescribe que, como mínimo, los solicitantes de asilo deben recibir asistencia jurídica gratuita y representación en los procedimientos de apelación.³⁵

³⁵ Consejo de la Unión Europea, Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo del 26 de junio de 2013, relativa a los procedimientos comunes de concesión y retirada de la protección internacional (refundición), 29 de junio de 2013, DO L. 180/60-180/95; 29.6.2013, 2013/32/UE, artículo 20(1).

Como se indicó anteriormente, los NNA también tienen la posibilidad de buscar recursos en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la UE y el Comité de la CDN. Estos procedimientos probablemente llevarán mucho tiempo, aunque el TEDH³⁶ y el Comité de la CDN³⁷ tienen la posibilidad de ordenar medidas provisionales.

f) Ejemplos a partir de la práctica

Además de presentar procedimientos de apelación, los NNA también tienen la posibilidad de presentar una denuncia ante una institución nacional de derechos humanos, como un ombudsperson de menores de edad. En los Países Bajos el Defensor del Niño investigó una denuncia presentada por una persona de 17 años no acompañada que solicitó asilo en los Países Bajos. Esta denuncia fue sobre su trato por parte de la autoridad de migración holandesa. El Defensor del Niño concluyó que durante la entrevista no se prestó especial atención al hecho de que el solicitante era un menor de edad en la forma en que se hicieron las preguntas. El Defensor del Niño concluyó que las entrevistas con niños, niñas y adolescentes, hasta los 18 años, deben adaptarse al nivel de madurez, capacidades y vulnerabilidades. Actualmente, la autoridad migratoria se encuentra en proceso de revisar y mejorar sus prácticas en cuanto a entrevistar a menores de edad no acompañados (Kinderombudsman, 2019).

V. Conclusión

Se puede concluir que los niños, niñas y adolescentes migrantes y refugiados enfrentan barreras para acceder a la justicia y a reparaciones oportunas como consecuencia de la complejidad de los procedimientos

³⁶ Regla 39, Reglamento de la Corte, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 1 de enero de 2020.

³⁷ Artículo 6, Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones.

judiciales, su falta de conocimiento legal y el hecho de que los procedimientos judiciales no son específicos ni se adaptan a ellos. Aunque el acceso a la justicia constituye un término amplio y bastante vago, en el plano internacional ha ganado una atención creciente. En el continente europeo, en particular, la noción de justicia adaptada a los niños ha ganado protagonismo en las últimas décadas. Además, con respecto a la protección de los derechos fundamentales de los niños, se puede observar una clara interacción entre las normas e instituciones jurídicas internacionales y las normas e instituciones europeas (es decir, la UE y el Consejo de Europa). Se puede concluir que la justicia adaptada a los menores de edad debe estar disponible para aquellos y aquellas involucrados en todo tipo de procedimientos judiciales y administrativos.

Sin embargo, los procedimientos de asilo y migración plantean desafíos particulares para los NNA. Esto tiene que ver, entre otras cosas, con la posición vulnerable de éstos, la naturaleza política de las decisiones que deben tomarse y la alta complejidad de los procedimientos judiciales. Por tanto, es de suma importancia que, en el ámbito nacional, los estados se planteen el empoderamiento legal de los NNA refugiados y migrantes y hacer que los procedimientos judiciales sean más sensibles a sus necesidades, en función de su edad y nivel de madurez. A fin de garantizar a la niñez el mismo acceso a la justicia, es importante que los procedimientos judiciales sean específicos y adaptados a ellos en su naturaleza.

En la parte final de este capítulo se han concretado las medidas y procedimientos judiciales sensibles y adaptados a los menores de edad, centrándose en la representación legal y no legal de los mismos, el derecho a ser informados, las entrevistas realizadas como parte del procedimiento judicial de asilo y migración y el derecho a acceder a los mecanismos de denuncia. Se ha demostrado que en el plano internacional existe la base jurídica y la conciencia para ajustar los procedimientos judiciales y adaptarlos mejor a los niños. Sin embargo, en el ámbito nacional, mejo-

rar y adaptar los procedimientos judiciales de asilo y migración debería ser un esfuerzo continuo de los gobiernos y las autoridades responsables.

Uno de los desafíos que tienen por delante los Estados es adaptar los procedimientos judiciales de manera que sean accesibles para los niños y, por tanto, se adapten a la edad, madurez y nivel de comprensión de los mismos. Esto es especialmente importante para los niños, niñas y adolescentes refugiados y migrantes, ya que llegan a un país extranjero. El hecho de que no hablen el idioma y no estén necesariamente familiarizados con los hábitos culturales del país de acogida dificulta su participación efectiva en los procedimientos judiciales de asilo y migración. Por tanto, es de especial importancia tener en cuenta las desventajas que sufren los niños refugiados y migrantes en estos procedimientos. Los profesionales del ámbito jurídico se beneficiarán de la capacitación, ya que los hará más conscientes de los niveles de desarrollo y las capacidades de los NNA y, en consecuencia, de la ayuda adicional que necesitan para acceder a la justicia y participar en los procedimientos. Esta capacitación debe centrarse en el conocimiento de las leyes y normas internacionales de sus derechos para incorporar mejor sus derechos fundamentales en los procedimientos judiciales. Además, la formación debe centrarse en el desarrollo del niño, la niña y el adolescente para comprender mejor el desarrollo emocional y cognitivo de los niños y su nivel de comprensión de los procedimientos legales. Esto es particularmente importante dadas las experiencias a menudo traumáticas por las que han pasado los NNA refugiados y migrantes durante su proceso de huida y solicitud de asilo.

Bibliografía

Arrufat Cardava, A.D. (2019), *The Protection of Migrant Children in the European Union: A Reading in the Light of the Committee on the Rights of the Child's General Comments (Nos. 22 and 23) on the Rights of the Children in the Context of International Migration*, *The Spanish Yearbook of International Law*, 23, pp. 70-103.

Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2015a), *Justicia adaptada a la infancia: perspectivas y experiencias de los profesionales relativas a la participación de los niños en procedimientos judiciales civiles y penales en diez Estados Miembros de la UE*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea.

_____ (2015b), *La tutela de menores privados de cuidados parentales en la Unión Europea. Un manual para reforzar los sistemas de tutela para satisfacer las necesidades específicas de los menores que son víctimas de la trata de seres humanos*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea.

Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea/Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2015), *Manual de legislación europea sobre los derechos del niño*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea.

Asamblea General de la ONU, Convención sobre los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1989, Naciones Unidas, Treaty Series, vol. 1577, p. 3.

Asamblea General de la ONU, Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, 18 de diciembre de 1990, A/RES/45/158.

Asamblea General de las Naciones Unidas (2015), Transformar nuestro mundo: La agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, 21 de octubre de 2015, A/RES/70/1.

Cantwell, N. (2014), *The Best Interests of the Child in Intercountry Adoption. Innocenti Insight*, Florencia, Oficina de investigación de UNICEF.

Chase, E. (2010), "Agency and Silence: Young People Seeking Asylum Alone in the UK", *British Journal of Social Work*, 40, pp. 2050-2068.

Clark, A. y Moss, P. (2011), *Listening to Young Children: The Mosaic Approach*, 2a. ed., Londres, National Children's Bureau Enterprises.

Cogen, M. (2015), *An Introduction to European Intergovernmental Organizations*, Londres/Nueva York, Routledge.

Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CMW), Observación general conjunta núm. 3 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 22 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional, 16 de noviembre de 2017, CMW/C/GC/3-CRC/C/GC/22.

Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CMW), Observación general conjunta núm. 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno, 16 de noviembre de 2017, CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23.

Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (2003), Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, Comentario general No. 5, 27 de noviembre de 2003, CRC/C/GC/2003/5.

_____ (2005), Observación general No. 6 (2005) sobre el trato de menores no acompañados y separados de su familia y fuera de su país de origen, 1 de septiembre de 2005, CRC/GC/2005/6.

_____ (2009), Observación general No. 12 (2009) sobre el derecho del niño a ser escuchado, 20 de julio de 2009, CRC/C/GC/12.

_____ (2012), Comité de los Derechos del Niño, Comunicación escrita para el Día de debate general de 2012 del Comité de los Derechos del Niño sobre los derechos de todos los niños en el contexto de la migración internacional, 28 de septiembre de 2012.

_____ (2013), Observación general No. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3, para. 1), 29 de mayo de 2013, CRC/C/GC/14.

_____ (CDN), Comunicación individual CE c. Bélgica, 27 de septiembre de 2018, CRC/C/79/D/12/2017.

Convención sobre el Estatuto de los Refugiados 1951, UNTS 189 (1954).

Consejo de Europa (2016), *Estrategia del Consejo de Europa para los derechos de los niños y las niñas (2016-2021)*, Estrasburgo, Consejo de Europa.

_____ (2017), *Plan de Acción del Consejo de Europa sobre la protección de niños/as migrantes y refugiados (2017-2019)*, Estrasburgo, Consejo de Europa.

_____ (2018), *Cómo transmitir información adaptada a los niños en situación de migración. Una manual para los profesionales de primera línea*, Estrasburgo, Consejo de Europa.

Consejo de Europa: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *S.C. c el Reino Unido*, Aplicación no. 60958/00, 10 de noviembre de 2004, párr. 28.

Consejo de la Unión Europea, Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo del 13 de diciembre de 2011, relativa a las

normas para la calificación de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, para un estatus uniforme para los refugiados o para las personas que pueden acogerse a la protección subsidiaria, y para el contenido de la protección concedida (refundición), el 20 de diciembre de 2011, DO L. 337/9-337/26; 20.12.2011, 2011/95/UE, artículo 31.

Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas 2005/20, Directrices sobre la justicia en materia de víctimas infantiles y testigos del delito, 22 de julio de 2005, E/RES/2005/20, párr. 9 d).

Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (2010), Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on challenges and best practices in the implementation of the international framework for the protection of the rights of the child in the context of migration, 5 de julio de 2010, A/HRC/15/29.

_____ (2013), Annual report of the United Nations High Commissioner for Human Rights and reports of the Office of the High Commissioner and the Secretary-General. Access to Justice for Children, 16 de diciembre de 2013, A/HRC/25/35.

Crock, M.E. (2015), "Justice for the Migrant Child. The Protective Force of the Convention on the Rights of the Child", en: S. Mahmoudi, P. Leviner, A. Kaldal y K.

ECPAT International (2017), *Through the Eyes of the Child. Barriers to Access to Justice and Remedies for Child Victims of Sexual Exploitation*, Ginebra, ECPAT.

Elia, A (2014), Access to Justice and Children Rights: Futures after the Entry into Force of the Optional Protocol to the UN ICRC on Communications Procedure, *Civitas Europa*, 32(1), pp. 265-266.

- Fournier, K. (2013), *Implémentation des standards de qualité pour les tuteurs de mineurs non accompagnés en Europe. Evaluation pays*, Belgique, Bruselas, Service Droit des Jeunes.
- Hedlund, D. (2017), Constructions of Credibility in Decisions Concerning Unaccompanied Minors, *International Journal of Migration, Health & Social Care*, 13(2), pp. 157-172.
- Krikke, J. y Baldinger, D. (2019), "Hearing Children in Court Proceedings in Migration Cases, Towards Recommendations", en: P. Minderhout, S. Mantu y K. Zwaan, (eds.), *Caught in Between Borders: Citizens, Migrants and Humans. Liber Elspeth Guild*, Tilburgo, Wolf Legal Publishers, pp. 199-208.
- Kilkelly, U., Rap, S., Coron, G. y Moschos, G. (2019), *Promoting child-friendly approaches in the area of migration. A review of standards, guidance and current practices*, Estrasburgo, Consejo de Europa.
- Kinderombudsman (2019), Briefrapport KOM002/2019, La Haya, De Kinderombudsman.
- Kohli, R.K.S. (2006), "The Sound of Silence: Listening to What Unaccompanied Asylum-Seeking Children Say and Do Not Say", *British Journal of Social Work*, 36, pp. 707-721.
- Leskoviku, M. y Preņçe, M. (2015), "Access to Justice for Children: An Evolving Concept", *Mediterranean Journal of Social Sciences*, 6(3), pp.103-109.
- Lainpelto, (eds.), *Child-friendly Justice: A Quarter of a Century of the UN Convention on the Rights of the Child*, Leiden, Brill Nijhoff, pp. 221-241.

Liefwaard, T. (2016), "Child-Friendly Justice: Protection and Participation of Children in the Justice System", *Temple Law Review*, 88, pp. 905-943.

_____ (2019), "Access to Justice for Children: Towards a Specific Research and Implementation Agenda", *International Journal of Children's Rights*, 27(2), pp.195-227.

Liefwaard, T. y Kilkelly, U. (2018), "Child-Friendly Justice: Past, Present and Future", en: B. Goldson, (ed.), *Juvenile Justice in Europe. Past, Present and Future*, Londres/Nueva York, Routledge, pp. 57-73.

Lidén, H. y Rusten, H. (2017), "Asylum, Participation, and the Best Interests of the Child: New Lessons from Norway", *Children and Society*, 21, pp. 273-283.

Lundberg, A. (2011), "The Best Interests of the Child Principle in Swedish Asylum Cases: The Marginalization of Children's Rights", *Journal of Human Rights Practice*, 3(1), pp. 49-70.

Lundberg, A. y Lind, J. (2017), "Technologies of Displacement and Children's Right to Asylum in Sweden", *Human Rights Review*, 18, pp. 189-208.

Macdonald, G.S. (2017), "Hearing Children's Voices? Including Children's Perspectives on their Experiences of Domestic Violence in Welfare Reports Prepared for the English Courts in Private Family Law Proceedings", *Child Abuse & Neglect*, 65, pp.1-13.

Marku, K. (2018), "Child-Friendly Information for Children in Migration. What Do Children Think?", Estrasburgo, Consejo de Europa.

Mole N. y Meredith C. (2010), "Asylum and the European Convention on Human Rights", *Human Rights files* No. 9, Estrasburgo, Consejo de Europa.

Ottosson, L. y Lundberg, A. (2013), "People Out of Place: Advocates' Negotiations on Children's Participation in the Asylum Application Process in Sweden", *International Journal of Law, Policy & the Family*, 27, pp. 266-287.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ONU-DH) y el Grupo Mundial sobre Migración (2017), Principios y directrices sobre la protección de los derechos humanos de los migrantes en situaciones vulnerables, febrero de 2017.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) (1994), Los niños refugiados, Directrices sobre Protección y Cuidado, Ginebra, ACNUR.

_____ (2009), Directrices de Protección Internacional: Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de Refugiados, HCR/GIP/09/08, Ginebra, ACNUR.

_____ (2012), Marco para la protección de los niños, Ginebra, ACNUR.

_____ (2014), The Heart of the Matter. Assessing Credibility when Children Apply for Asylum in the European Union, Ginebra, ACNUR.

_____ (2019), Vers une Protection Renforcée des Enfants Non Accompagnés et Séparés en Belgique. Etat des Lieux et Recommandations, Ginebra, ACNUR.

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (UNDP) (2004), Access to Justice, Practical Note, Nueva York, UNDP.

Rap, S.E. (2020), "The Right to Information of (Un)Accompanied Refugee Children: Improving Refugee Children's Legal Position, Fundamental Rights' Implementation and Emotional Well-being in the Netherlands", *International Journal of Children's Rights*, 28(2), pp. 322-351.

Red Internacional por los Derechos del Niño (CRIN) (2016), *Rights, Remedies & Representation: Global Report on Access to Justice for Children*, Ginebra, CRIN.

Shamseldin, L. (2012), "Implementation of the United Nations Convention on the Rights of the Child 1989 in the Care and Protection of Unaccompanied Asylum Seeking Children: Findings from Empirical Research in England, Ireland and Sweden", *International Journal of Children's Rights*, 20, pp. 90-121.

Smart, C., Neale, B., y Wade, A. (2001), *The Changing Experience of Childhood. Families and Divorce*, Cambridge, Polity Press.

Smyth, C. (2014), *European Asylum Law and the Rights of the Child*, Oxon/ Nueva York, Routledge.

_____ (2018), Migration, Refugees, and Children's Rights, en: U. Kilkelly y T. Liefaard, (eds.), *International Human Rights of Children*, Singapur, Springer, pp. 421-454.

Stalford, H., Cairns, L. y Marshall, J. (2017), "Achieving Child Friendly Justice through Child Friendly Methods: Let's Start with the Right to Information", *Social Inclusion*, 5(3), pp. 207-218.

S. H. (2018), "David and Goliath: Due Weight, the State and Determining Unaccompanied Children's Fate", *Immigration, Asylum & Nationality Law*, 32, pp. 258-283.

- Satterhwaite, M.L. y Dhital, S. (2019), "Measuring Access to Justice: Transformation and Technicality in SDG 16.3", *Global Policy*, 10(1), pp. 96-109.
- Terlow, A. (2017), "Access to Justice for Asylum Seekers. Is the Right to Seek and Enjoy Asylum Only Black Letter Law?", en: C. Grütters, S. Mantu y P. Minderhout, (eds.), *Migration on the Move. Essays on the Dynamics of Migration*, Leiden, Brill/Nijhoff, pp. 247-267.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *O, S c Maahanmuuttovirasto y Maahanmuuttovirasto c L*, Asuntos acumulados C-356/11 y C-357/11, 6 de diciembre de 2012.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Joseba Andoni Aguirre Zarraga c Simone Pelz*, C-491/10 PPU, 22 de diciembre de 2010.
- Unión Europea (2020), *La Unión Europea: Qué es y qué hace*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea.
- UNICEF (2015), *Children's Equitable Access to Justice. Central and Eastern Europe and Central Asia*, Ginebra, UNICEF
- _____ (2018), *In Focus: Access to Justice for Children*, Ginebra, UNICEF.
- Vandekerckhove, A. y O'Brien, K. (2013), *Child-Friendly Justice: Turning Law into Reality*. ERA Forum, 14(4), pp. 523-541.

La detención de niños, niñas y adolescentes no acompañados en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Ángeles Solanes Corella*

Resumen

Entre las diferentes situaciones que tensionan los derechos de los niños, niñas y adolescentes no acompañados (NNANA) la detención reviste una especial importancia. La significativa vulnerabilidad de estos menores exige optar por medidas alternativas a la privación de libertad. Sin embargo, mientras los Estados europeos sigan realizando estas prácticas, es imprescindible garantizar las adecuadas condiciones de la detención, especialmente en lugares sensibles como las fronteras. Un análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos permite concretar, de modo propositivo, los aspectos fundamentales para garantizar los derechos de los NNANA detenidos. En dichas resoluciones se insiste en la centralidad del interés superior de la niñez, la trascendencia del pro-

* Doctora en Derecho. Catedrática de Universidad de Filosofía del Derecho y Filosofía Política de la Facultat de Dret de la Universitat de València (España). Ha sido presidenta del Consejo para la Eliminación de la Discriminación Racial o Étnica (Ministerio de Igualdad, 2018 a 2020). Actualmente dirige, en el Instituto de Derechos Humanos, el Proyecto I+D+i PID2019-105018RB-100, titulado "Racismo y Discriminación: los Derechos Humanos bajo amenaza" financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación. (España)

cedimiento de determinación de la edad, la necesidad de preservar el derecho a la libertad y la seguridad, y la relevancia de asegurar que la legalidad de la detención se dictamine sin demora. Desde esta perspectiva es posible reforzar la protección de los derechos de los NNANA en un contexto de movilidad humana en el que el estándar mínimo internacional de los derechos humanos es sistemáticamente cuestionado.

I. Del marco jurídico internacional de protección de los NNANA a las obligaciones de los Estados en Europa

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) constituye el referente en el ámbito internacional en todo tipo de medidas que se adopten en relación con los menores, junto a su interpretación por el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (en adelante el Comité). Este tratado, puede considerarse como norma de obligado cumplimiento, tanto desde los poderes públicos como en el sector privado y en el orden interno e internacional, en las diferentes acciones que afecten a los niños (Carmona, 2012).

Desde esta perspectiva genérica puede distinguirse a los niños, niñas, adolescentes no acompañados (NNANA) que por su especial vulnerabilidad requieren una atención pormenorizada. En relación con la posibilidad de detención, de acuerdo con los instrumentos internacionales de derechos humanos, todo menor, en todo momento, tiene un derecho fundamental a la libertad y a no ser detenido como inmigrante. Así se desprende de los artículos 3 y 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 37 de la CDN, y los artículos 16 y 17 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.

En este análisis se opta por la terminología NNANA, en lugar de la de menor extranjero no acompañado (MENA), más común en el ámbito europeo, para intentar evitar la criminalización que se asocia con este segundo concepto y la visión poco igualitaria del mismo desde la perspectiva de género. Lo fundamental es insistir en la variedad de perfil,

no hablamos de personas migrantes en sentido estricto, sino de NNA en el contexto de movilidad internacional, ya que se puede incluir también a potenciales solicitantes de protección internacional. La concepción NNANA permite visibilizar a las y los menores que requieren una protección reforzada que es (debe ser) prioritaria frente a la situación de extranjería.

A los NNANA ha hecho referencia el Comité en la Observación General núm. 6 (2005), relativa al trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen. En la misma se considera como niños o menores no acompañados, en la línea de la CDN, a "los menores que están 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, se identifica como niños separados a "los menores separados de ambos padres o de sus tutores legales o habituales, pero no necesariamente de otros parientes. Por tanto, puede tratarse de menores acompañados por otros miembros adultos de la familia". Esta Observación refuerza el principio del interés superior del niño y el respeto al principio de no devolución desde la perspectiva en la que lo concretan el artículo 33 de la Convención de Ginebra sobre los Refugiados y el artículo 3 de la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. En ese sentido, se impide el traslado de un menor a un Estado si existen motivos racionales para considerar que hay un peligro real de daño irreparable.

Además, hay que tomar en consideración, por una parte, la Observación General conjunta núm. 3 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y la Observación General conjunta núm. 22 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional. En ella se insiste en la necesidad de garantizar el interés superior del niño mediante procedimientos individuales. No puede obviarse que la ausencia de concreción jurídica de algunas de las formulaciones que establece la Convención, entre ellas claramente la relativa al interés superior de la niñez, dificulta

su prevalencia (Bartolomé, 2015, p. 82). Una cuestión fundamental que los Comités ponen de relieve es la falta de vías legales para la entrada, y el hecho de que las medidas de control y vigilancia de fronteras se centran en la represión, especialmente en prácticas como la detención y la expulsión.

Por otra parte, es destacable la Observación General conjunta núm. 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y la Observación General conjunta núm. 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno. Ambos Comités insisten en que no debe detenerse a niños por razones relacionadas con su situación migratoria o la de sus padres.

Para los mencionados Comités, como se asume en este estudio, se entiende por detención por razones de migración

cualquier situación en la que un niño se ve privado de libertad por motivos relacionados con su situación migratoria o la de sus padres, independientemente del nombre o la razón dada por la medida de privación de libertad del niño, o del nombre de la instalación o el lugar en el que el niño esté privado de libertad [Artículo 4.2 del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes].

La preocupación por la especial situación de los NNANA en Europa, entre las cuestiones de migración y asilo, no es nueva, de tal manera que ha estado presente tanto en la acción de la Unión Europea como en la del Consejo de Europa, especialmente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y en menor medida en la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) (Parlement Européen, 2012).

En la Unión Europea, diferentes textos normativos han intentado proteger específicamente a los NNANA, en un esfuerzo por articular, aunque no se haya conseguido, una actuación conjunta de los diferentes Estados.¹ También la jurisprudencia ha actuado de modo garantista. Por ejemplo, el TJUE en sentencia de 13 de abril de 2018 ha señalado que

el artículo 2, letra f) de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, en relación con el artículo 10, apartado 3, letra a), de ésta, debe interpretarse en el sentido de que debe calificarse de "menor", a efectos de esta disposición, al nacional de un tercer país o al apátrida que, en el momento de su entrada en el territorio de un Estado miembro y de la presentación de su solicitud de asilo en ese Estado, tenía menos de 18 años, pero que, durante el procedimiento de asilo, alcanza la mayoría de edad y al que posteriormente se le reconoce el estatuto de refugiado.²

En este caso, la cuestión fundamental era dilucidar cuál debía ser la fecha para determinar si una persona puede ser calificada como "menor no acompañada". A tenor de lo establecido por el TJUE, la edad que debe tenerse en cuenta es la que el interesado tiene en el momento de presentar la solicitud de asilo, no la del momento en el que el asilo le es concedido formalmente, ni tampoco la del momento de solicitar la autorización de residencia por reagrupación familiar. Según el TJUE los NNANA que

¹ En la primera mitad de la década de los 2000, prolifera el desarrollo normativo a través de directivas, entre las que puede destacarse: la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, que establece el concepto de menor no acompañado que se utiliza como sinónimo de NNANA; la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, que para proteger a los NNANA señala que en los casos de retorno les asistirán los servicios pertinentes necesarios para garantizar el interés superior del niño, y en el de expulsión habrá que asegurar la entrega a un miembro de su familia, un tutor designado, o a los servicios de acogida adecuados en el país; y la Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 (texto refundido) por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional, que presta especial atención a los NNANA como personas vulnerables.

² Al respecto se puede consultar: STJUE de 12 de abril de 2018. C-550/16, *A y S/Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*.

reciben asilo en la Unión Europea mantienen su derecho a la reagrupación familiar incluso cuando han alcanzado la mayoría de edad (Vinaixa, 2019, p. 557).

En el ámbito del Consejo de Europa, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) no hace una mención específica a los NNA; sin embargo, la referencia genérica a cualquier persona que contempla el artículo 34 del mismo basta para que se consideren incluidos. Sería suficiente, con que el derecho se contemple en el Convenio, la lesión se haya producido en el territorio de alguno de los Estados signatarios y la denuncia siga el procedimiento al efecto para que los menores pudieran acudir al Tribunal. Sin embargo, el hecho es que varios ordenamientos nacionales no reconocen la capacidad del menor para acudir solos ante la jurisdicción ordinaria (López Ulla, 2013b, p. 5).

El Consejo ha mostrado su preocupación por la difícil y especial situación de los NNANA en diferentes resoluciones y recomendaciones. En la Resolución 2020 (Council of Europe, 2014) se recuerda la postura ya mantenida en la 1819 (Council of Europe, 2011) a propósito de priorizar la protección de los NNA y no el control de la migración.³ En ese sentido, expresamente se indica que no se deberá permitir la detención de niños no acompañados a causa de su situación migratoria. La detención debería sustituirse por acuerdos de atención apropiados, entre ellos los programas de cuidados de acogida, con condiciones de vida adecuadas para atender las necesidades de los niños y durante el tiempo necesario. Cuando los niños sean acogidos en centros, deberán estar separados de los adultos. En esa línea la Resolución 2324/2020 (Council of Europe, 2020) insta a los Estados para que los NNA migrantes no permanezcan indocumentados, a través de la identificación y el registro, con

³ En la misma línea que el Plan de Acción del Consejo de Europa para proteger a los niños refugiados y migrantes en Europa (2017-2019) y la Estrategia para los Derechos del Niño del Consejo de Europa (2016-2021).

cauteladas que deberían ser obvias, pero que, a tenor de la jurisprudencia, como se evidenciará más adelante, no lo son. Entre ellas, se alude expresamente a la necesidad de prestar la debida atención a la protección de los derechos humanos de los niños y el interés superior del niño durante el registro, mientras se recopilan los datos biométricos y durante la identificación, incluso recurriendo a salvaguardas específicas. Los niños en cuestión deben estar debidamente informados sobre cómo se utilizarán estos datos. Asimismo, la insistencia en la reunificación familiar, en el caso de que sea posible, y en el incentivo de los programas de reubicación acelerados y humanitarios, es también coincidente con las preocupaciones evidenciadas desde la Unión Europea.

II. La detención de los NNANA

Como se ha señalado, tanto el Comité de los Derechos del Niño como el Consejo de Europa han insistido en que la detención de los NNA para controlar la migración no redundará nunca en el interés superior de la niñez y no puede considerarse por sí misma justificada. Un objetivo básico es evitar criminalizar a los niños y someterlos a medidas punitivas derivadas de la situación migratoria de sus padres. En esa misma línea insiste el experto independiente en el estudio mundial sobre los niños privados de libertad, quien considera que debe prevalecer la imposibilidad de detención (UNGA, 2019, p. 22).

La detención de NNANA es una práctica demasiado extendida. Para combatirla hay que ahondar en las propuestas alternativas que permiten evitarla, entre ellas, como señala el Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, puede optarse por la integración de los niños migrantes en los sistemas nacionales de protección a la niñez; las opciones de acogimiento en un entorno familiar, incluido el recibimiento en hogares de acogida; las modalidades de cuidado de base comunitaria; la vida independiente supervisada y los hogares funcionales, etc. (UNGA, 2020, pp. 14 y 15).

A. Derechos y condiciones de la detención

Aunque la situación de detención de los NNANA deba ser excepcional, sigue siendo un recurso habitual en la política migratoria y de asilo en Europa. La jurisprudencia del TEDH, alineada con los instrumentos del estándar mínimo internacional de derechos humanos, ha ido concretando los derechos de las personas detenidas y las condiciones en las que debe darse la detención. Los derechos que asisten a la persona detenida pueden clasificarse en tres grupos temporales: al inicio, durante y tras la detención (Comisión Internacional de Juristas, 2018).

En primer lugar, desde el inicio de la privación de libertad por detención la persona afectada tiene derecho a ser informada, de manera clara, en una lengua que pueda entender y en el plazo más breve posible, de los motivos de dicha detención. El derecho a la información, que se aplica a todas las personas que se ven privadas de libertad, se sustenta en el artículo 5.2 CEDH (TEDH, 2009b, párrs. 136-137). Se trata de un derecho que asiste tanto a la persona afectada por la detención como a otras personas, como sus familiares o aquellas que tengan un interés legítimo. Esta garantía, que es esencial para evitar la detención arbitraria, puede ser de difícil cumplimiento en el caso de los NNANA.⁴

Es fundamental que la información sobre los motivos de la detención se facilite en un lenguaje sencillo y no técnico, utilizando términos que la persona pueda comprender fácilmente (TEDH, 2002a, párr. 50) más si cabe, en el caso de los NNANA, para que puedan entender la situación en la que se encuentran. Además, entre dicha información hay que recoger los fundamentos de hecho y los de derecho que permitan, en su caso, la posibilidad de impugnación y hacer constar el conjunto de derechos del detenido.

⁴ Así se recoge, por ejemplo, en el principio 16 del Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión. Adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988.

Como ha recordado el Comité de Derechos Humanos, el momento para comunicar esta información es el del inicio de la privación de libertad, aunque no exista una orden formal de detención. En todo caso, es posible admitir cierta demora por circunstancias puntuales, por ejemplo, para que las autoridades garanticen que la información se facilita en una lengua que la persona comprenda. Cuando se detenga a un menor es obligatorio notificar también directamente a sus padres, tutores o representantes legales (Comité de Derechos Humanos, 2014, párrs. 27 y 28).

Durante la detención, las personas afectadas tienen derecho a la asistencia letrada, en su caso gratuita, de acuerdo con las disposiciones vigentes del ordenamiento jurídico nacional. No puede obviarse tampoco el derecho a ser escuchado del menor también en los casos en que se decida la repatriación (Arce, 2018).

El artículo 5. 4 CEDH establece expresamente el derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, si bien no señala la necesidad de asistencia letrada. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha mantenido que el no facilitar el acceso a representación legal o dificultarlo con la acción del Estado supone una vulneración de dicho precepto si con ello el detenido no puede impugnar de manera efectiva la legalidad de su detención (TEDH, 2013b, párr. 61). Esta garantía se corresponde con las previsiones del mencionado conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, que la concretan en los principios 17 y 18; y con las directrices sobre los criterios y estándares aplicables a la detención de solicitantes de asilo y las alternativas a la detención (UNHCR, 2012) que prevén también, en la directriz 7, la realización de un examen médico apropiado, con la menor dilación posible, después del ingreso en el lugar de detención y, posteriormente, la atención y el tratamiento médico necesario, o apoyo psicológico (TEDH, 2002c, párr. 44).

Asimismo, los NNA en centros de detención siguen teniendo el derecho a la educación, en condiciones de igualdad respecto de los niños que

gozan de libertad y sin discriminación por razón de raza, religión, nacionalidad o condición jurídica, de acuerdo con lo establecido en el artículo 28 CDN.

Tras la detención, una de las garantías básicas de la persona detenida es la posibilidad de recurso. En el caso concreto de los NNA, el artículo 37 CDN, además del derecho a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, reconoce el "derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad". Ese derecho a presentar recurso que establece el mencionado artículo 5.4 CEDH, supone según el TEDH una forma de protección frente a la detención arbitraria, ya que están en juego derechos como la libertad física y la seguridad personal, y también contra la tortura y los malos tratos, de tal manera que no se admite restricción, ni siquiera por razones de seguridad nacional (TEDH, 2002b, párr. 94). Toda privación de libertad debe ser sometida a un examen judicial independiente y se debe garantizar la responsabilidad de las autoridades en relación con dicho acto. Los artículos 5.3 y 5.4 CEDH establecen un especial énfasis en la inmediatez y el control judicial determinante en la detención (TEDH, 1998a, párr. 123).

En relación con los NNA en compañía de sus progenitores, el TEDH ha indicado que, partiendo del hecho de que la ley no establece la posibilidad de someter a los menores a detención administrativa, éstos se encuentran con "un vacío legal", que les impide hacer uso de los recursos con los que cuentan sus padres. Así, por ejemplo, en el caso *Popov c. Francia* (TEDH, 2012a, párrs. 119, 124 y 125), no había ninguna orden de expulsión que los menores hubieran podido recurrir ante los tribunales, ni se había tomado ninguna decisión que ordenase su sometimiento a detención administrativa, por ello, el juez encargado de la supervisión de la detención no pudo revisar la legalidad de la presencia de los menores en el centro de detención administrativa y no se les garantizó la protección del artículo 5.4 CEDH.

El derecho a la revisión judicial puede conllevar la celebración de una vista y la emisión de un fallo sobre la legalidad de la detención (TEDH,

2012b, párr. 187). Si la detención es ilegal, debe darse inmediatamente la puesta en libertad del detenido (TEDH, 2010a, párr. 60; 2013a, párr. 68). Por tanto, la garantía que el artículo 5.4 CEDH comporta para las personas detenidas provisionalmente es el derecho a un examen del cumplimiento de las exigencias de procedimiento y de fondo necesarias para determinar la actuación con arreglo a derecho, de su privación de libertad. Según el TEDH ese criterio de legalidad se analiza desde el punto de vista no solamente del derecho interno, sino también desde los principios generales y la finalidad de las restricciones que autoriza el artículo 5.1 CEDH. Ahora bien, la exigencia de equidad procesal que conlleva el artículo 5.4 no obliga a la aplicación de criterios uniformes e inflexibles, sino que es necesario atender al contexto, los hechos y las circunstancias de la causa. De lo que se trata es de ofrecer a la persona afectada unas garantías adaptadas a la naturaleza de la privación de libertad de la que se queja. Como mantiene el tribunal, "de ello se deduce que el proceso debe ser contradictorio y garantizar en todos los casos 'la igualdad de armas' entre las partes" (TEDH, 2009a, párrs. 202 a 204).

Como se ha señalado, los NNA en cuanto sujetos vulnerables sólo pueden ser detenidos de manera excepcional, en tal caso el Estado es el que tiene la obligación de garantizar que el trato que reciba y las condiciones de su detención sean los apropiados para atender al interés superior del niño. Todas las decisiones que se adopten tomarán en consideración dicho interés, cabría tener en cuenta especialmente el motivo por el que decidió huir de su país atendiendo a sus consideraciones (Bhabha, 2014). El Estado será el garante de que los menores detenidos sean tratados con humanidad, se respete su dignidad inherente y se tengan en cuenta las necesidades propias de personas de su edad, así como la ya mencionada prohibición absoluta de tortura y malos tratos. Es más, el Tribunal llega a sostener que las presiones o dificultades económicas provocadas por el flujo de inmigrantes no justifican el incumplimiento de la prohibición de la tortura u otros malos tratos, dado su carácter absoluto, o el derecho de los detenidos a ser tratados con dignidad. En ese sentido el Estado es el responsable de que la detención se efectúe en condiciones compatibles con el respeto a la dignidad, de tal

manera que no se someta a la persona a una angustia y una pena de una intensidad tal que exceda el nivel inevitable de sufrimiento inherente a la reclusión. Además, el Estado debe asegurar, de manera adecuada, la salud y el bienestar del detenido (TEDH, 2011a, párr. 221 y 223; 2013b, párr. 101).

Las condiciones en las que se encuentre la persona detenida deben evitar el hacinamiento, garantizar las condiciones higiénicas, la comida y la atención sanitaria para respetar las disposiciones del artículo 3 CEDH (TEDH, 2010b, párr. 63). Esa obligación de los Estados de respetar y proteger la salud física y mental de todas las personas privadas de libertad requiere no sólo que se garanticen condiciones de vida saludables en los centros de detención, sino también medicinas y el tratamiento médico apropiado para el estado de salud del detenido (TEDH, 2001, párr. 111; 2002d, párr. 40).

B. Detención en la frontera y procedimiento de determinación de la edad

De los diferentes lugares en los que se realizan detenciones, la frontera reviste una significativa importancia. En el ámbito de las migraciones y el asilo, la frontera constituye un lugar común de tensión y vulneración de derechos. Ciertamente existe un nexo de conexión entre el declive de la soberanía del Estado-nación y la proliferación de nuevos muros que escenifican la situación real en la que el poder estatal se encuentra (Brown, 2015, pp. 30-34). El miedo como justificación y la violencia como reacción son dos mecanismos que funcionan de modo sistemático en la frontera (Solanes, 2016a, pp. 153-157). Los NNANA se ven afectados por prácticas poco garantistas en las fronteras. El caso de la frontera sur exterior de la Unión Europea en España, es una buena muestra para evidenciar la necesidad de combatir las violaciones de derechos de los menores en casos tan flagrantes como las denominadas devoluciones en caliente.

En primer lugar, es necesario señalar qué se entiende por devolución en caliente y cómo afecta a los NNANA. Las devoluciones "en caliente"

hacen referencia a la entrega en la frontera a las autoridades marroquíes, por vía de hecho, de personas extranjeras que han sido interceptadas por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado en zona de soberanía española, sin seguir el procedimiento establecido normativamente ni cumplir las garantías internacionalmente reconocidas. Estas devoluciones se consideran "en caliente" porque no siguen ningún procedimiento legal, son sumarias (VV. AA., 2014). Eso es lo que ocurrió en el caso *N.D. y N.T. c. España*, que se remonta al 13 de agosto de 2014. Posteriormente, la LO 4/2015 de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana, en su Disposición Final Primera estableció un régimen especial para Ceuta y Melilla en el intento de legalizar este tipo de prácticas (VV. AA., 2015). Sobre este asunto el TEDH se ha pronunciado en 2017 y 2019 (Cortázar, 2020, pp. 49-50).⁵

Este tipo de práctica ha impactado también en el trato que reciben los NNANA en la frontera sur española y europea. Con esta forma de actuar, al no seguir ningún procedimiento legalmente establecido, se niega la tutela judicial efectiva y, con ella, el proceso debido, la asistencia letrada, el derecho a intérprete y el derecho a una resolución motivada que permita el recurso.

En relación con los menores, el Comité de los Derechos del Niño ha condenado a España por vulnerar los derechos de los menores no acompañados en el contexto de las mencionadas devoluciones en caliente. Así, por ejemplo, en el Dictamen 4/2016 (Comité de los Derechos del Niño, 2019) el Comité, a propósito de una devolución "en caliente" de un menor no acompañado de España a Marruecos, consideró que el Estado

⁵ En su sentencia de 3 de octubre de 2017, el TEDH sostuvo, por unanimidad, que se había violado el artículo 4 del Protocolo núm. 4 (prohibición de expulsión colectiva de extranjeros). Sin embargo, en la sentencia de 13 de febrero de 2020 la Gran Sala del TEDH declara que no se ha vulnerado ninguno de estos preceptos. De los argumentos de la Gran Sala para fundamentar el fallo, dos son fundamentales y muy discutibles: a) los dos recurrentes se pusieron a sí mismos en una situación de infracción de la legalidad española, lo que justifica una medida de este tipo; y b) los recurrentes no utilizaron para entrar en España otros medios legales existentes y plenamente disponibles.

español violó diferentes preceptos de la CDN: no brindó al autor protección y asistencia especiales en su condición de niño no acompañado (artículo 20); no respetó el principio de no devolución; expuso al autor a correr el riesgo de sufrir actos de violencia y tratos crueles, inhumanos y degradantes en Marruecos (artículo 37) y no consideró el interés superior del niño (artículo 3).

Atendiendo a la ya mencionada Observación General núm. 6 del Comité (Comité de los Derechos del Niño, 2005, párrs. 12 y 13), éste insiste en la obligación que correspondía en este caso a España de proveer protección y asistencia especiales al menor no acompañado, incluso con respecto a los menores que queden sometidos a la jurisdicción del Estado al tratar de penetrar en el territorio nacional con el cruce irregular por la valla fronteriza. Esta responsabilidad estatal ha de traducirse en la adopción de todas las disposiciones necesarias para identificar a los menores en situación de no acompañados lo antes posible, particularmente en la frontera. Sólo se respeta el artículo 20 CDN y el interés superior del niño, si el Estado lleva a cabo un proceso de evaluación inicial para determinar la condición de menor no acompañado, la identificación del menor tras una entrevista inicial y el entendimiento de su situación concreta (Comité de los Derechos del Niño, 2016, párr. 14.3). Igualmente, el Comité reitera el principio de no devolución, aunque se trate de una entrada irregular, de manera que es obligación del Estado parte el no trasladar a un niño a un país en el que haya motivos racionales para pensar que existe un peligro real de daño irreparable para el menor.

Por otra parte, el Comité, a propósito de la detención, ha prestado especial atención al procedimiento de la determinación de la edad del NNANA y al impacto que su resultado puede tener en otros derechos, entre ellos, por ejemplo, el derecho a la supervivencia y el desarrollo del niño, a la atención médica, a un nivel de vida adecuado y a la educación; a un representante legal, un tutor, un intérprete, a ser escuchado y a la intimidad. Al mismo tiempo, pone de relieve el incumplimiento de obligaciones por parte del Estado, como el deber garantizar una atención adecuada. En ese

sentido, el Comité ha emitido diferentes dictámenes sobre esta cuestión contra España.⁶ En cuanto al procedimiento de determinación de la edad implementado por el Estado parte para NNANA, tanto migrantes como solicitantes de asilo (a estos segundos se refieren especialmente las comunicaciones núms. 17 y 27), el Comité reafirma su jurisprudencia. En ese sentido, insiste en la utilización de un método equivocado empleado por el Estado parte para evaluar la edad, ya que, respecto al mismo, se ha acreditado un amplio margen de error y no se asegura el interés del menor. Sobre esta cuestión ha insistido ampliamente el Defensor del Pueblo español (Defensor del Pueblo Español, 2011, pp. 73-94 y 167, 170), destacando la necesidad de utilizar una metodología holística. El Comité, en línea con los estándares de las mencionadas Observaciones Generales núms. 6 y 23, reitera que los Estados deben abstenerse de utilizar este tipo de técnicas y afirma la necesidad de una evaluación integral que incluya un conjunto de elementos de procedimiento y sustantivos (Ceriani, 2020, p. 7).

Así, como muestra, en la mencionada comunicación núm. 16/2017 el Comité considera que se han vulnerado los artículos 3, 8, 12, 20 y 27 CDN, relacionados con la falta de consideración del interés superior del niño y la falta de designación de un tutor o representante durante el proceso de determinación de la edad. Entiende que dicho procedimiento para la determinación de la edad al que fue sometido el interesado no contó con las garantías necesarias para proteger los derechos reconocidos en la Convención. En concreto, considera que el Estado español violó los artículos 3 y 12 CDN al no tomar como consideración primordial el interés superior del niño durante el procedimiento, es decir, al no atender a los documentos de identidad oficiales originales del niño y optar

⁶ Entre ellos, cronológicamente, Comité de los Derechos del Niño, comunicación núm. 16/2017, *A.L. c. España*, 31 de mayo de 2019; comunicación núm. 22/2017, *J.A.B. c. España*, 31 de mayo de 2019; comunicación núm. 17/2017, *M.T. c. España*, 18 de septiembre de 2019; comunicación núm. 27/2017, *R.K. c. España*, 18 de septiembre de 2019; comunicación núm. 21/2017, *A.D. c. España*, 6 de febrero de 2020; comunicación 24/2017, *M.A.B. c. España*, 7 de febrero de 2020; comunicación 25/2017, *H.B. c. España*, 7 de febrero de 2020.

por declararle mayor de edad sin realizar pruebas, sin asistencia de tutor ni representante. El Comité constata que, aunque la revisión del decreto de determinación de la edad dictado por la Fiscalía procede cuando se aportan nuevos elementos de prueba, la realidad es que la Fiscalía no revisó el Decreto de mayoría de edad que se había emitido, de tal manera que, el Estado parte violó el artículo 8 de la Convención.

En la misma línea, en el mencionado Dictamen 22/2017 en el que igualmente se considera vulnerados los artículos 3, 8, 12, 20 (1) y 24 CDN, el Comité insiste en la relevancia de considerar los documentos disponibles como auténticos salvo prueba contraria y en mantener el beneficio de la duda a la persona que se está evaluando, sin que se le considere a priori mayor de edad por su apariencia. Los Estados deben abstenerse de basarse en métodos médicos como, por ejemplo, el análisis de los huesos y el examen de los dientes, que pueden ser imprecisos, tienen amplios márgenes de error, y pueden ser traumáticos.

Otra cuestión fundamental que aparece en ambos dictámenes es el hecho de que España ignoró las medidas provisionales consistentes en el traslado a un centro de protección de menores mientras el caso se encontrara pendiente de examen y obvió la necesidad de suministrar, en el segundo supuesto, el tratamiento médico necesario. Este incumplimiento obedecía a la consideración de los interesados como mayores de edad en lugar de primar la condición de menor y, por tanto, ser amparado.

Es significativa la falta de pronunciamiento por parte del Comité sobre el traslado de los NNANA a los Centros de Internamiento de Extranjeros (CIE), como ocurre, por ejemplo, en los casos de las comunicaciones de 2017, núms. 16, 17, 24 y 27. Estos centros en los cuales se interna a los extranjeros adultos, han sido reiteradamente cuestionados por las sistemáticas vulneraciones de derechos (Solanes, 2016b). Aunque las decisiones del Comité sobre la violación del artículo 6 del Tercer Protocolo Facultativo para evitar daños irreparables son reseñables, hubiera sido oportuno cuestionar dicha privación de libertad. En la misma dirección,

podría haber realizado consideraciones sobre la prohibición de cualquier medida de detención en el ámbito de la migración conectada con el principio del interés superior, el beneficio de la duda y otros principios y obligaciones de los Estados parte (Ceriani, 2020, pp. 9 y 10).

Una última cuestión destacable es la relativa a la consolidación de la jurisprudencia del Comité en cuanto a las medidas de reparación, tanto individuales (con propuestas concretas) como de carácter preventivo para evitar este tipo de prácticas vinculadas a la determinación de la edad. Así, como muestra, en la mencionada comunicación núm. 22/2017, el Comité obliga a España a tomar medidas que eviten que se cometan violaciones similares en el futuro y, al mismo tiempo, a asegurar que se designe rápidamente una representación gratuita durante el procedimiento de determinación de la edad. Asimismo, establece que el Estado español debe proporcionar a los niños una reparación efectiva por las violaciones sufridas, ofreciéndoles la oportunidad de que regularicen su situación administrativa en el Estado parte. En aras de realizar un seguimiento pide al Estado parte que incluya información sobre esas medidas en los informes que presente en virtud del artículo 44 de la Convención.

III. La jurisprudencia del TEDH: especial atención a la interpretación teleológica

En la concreción de estándares de protección de derechos en la detención de NNANA, el TEDH viene realizando una permanente tarea de actualización, concreción y aplicación práctica de los derechos que contiene el CEDH a los titulares objeto de nuestro estudio. Al Tribunal le corresponde la función de garantizar que el Convenio sea un instrumento vivo y ágil. En ese sentido, de las diferentes interpretaciones a propósito de los tratados internacionales que admite la Convención de Viena, como se verá a continuación, el TEDH opta en buena medida por la interpretación teleológica. En ese sentido, se recurre a la voluntad de los Estados partes cuando celebraron el acuerdo, es decir, la *ratio legis* del CEDH.

Así, puede considerarse que el objeto y el fin del Convenio que se concreta en su preámbulo al señalar "que la finalidad del Consejo de Europa es realizar una unión más estrecha entre sus miembros, y que uno de los medios para alcanzar esta finalidad es la protección y el desarrollo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales", entre ellos, en esta materia, especialmente los artículos 3, 5.1 y 5.4 CEDH.

A. La centralidad del artículo 3 CEDH

Aunque ya se ha indicado la relevancia del artículo 3 CEDH en relación con la detención en general, y en especial, la de los NNANA, conviene destacar el carácter central que le ha concedido el TEDH. Dicho precepto recoge el derecho a no sufrir tortura o tratos inhumanos o degradantes, que constituye una prohibición absoluta en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos (Mariño, 2015). A los Estados parte les corresponde, por un lado, implementar las medidas necesarias para garantizar que efectivamente sea así, porque este derecho, que se expresa en forma de prohibición, supone un valor fundamental en una sociedad democrática; y, por otro, cuando existan indicios racionales de que se ha vulnerado el artículo 3 CEDH, los Estados tienen la obligación de abrir una investigación para esclarecer los hechos e identificar a los responsables, con todas las medidas de protección y garantía de los derechos de los menores (López Ulla, 2013a, p. 486).

Así, desde un punto de vista genérico, en el caso *Assenov y otros c. Bulgaria* (TEDH, 1998b, párr. 102) el Tribunal declaró la obligación que tienen las autoridades nacionales de abrir una investigación que ayude a esclarecer los hechos cuando existan indicios racionales de que el artículo 3 pudiera haber sido violado. Para que la investigación cumpla con el requisito de la efectividad es necesario articular las operaciones que permitan el esclarecimiento de los hechos, la identificación de los implicados y el castigo de los responsables. En el mismo sentido, en el caso *Okkali c. Turquía* (TEDH, 2006c), en la línea también de *Slimani c. Francia* (TEDH, 2004, párrs. 30 y 31), se considera lesionado el artículo 3 CEDH al no respetar

la policía la obligación de abrir una investigación oficial para esclarecer los hechos e identificar a los culpables.

Un aspecto fundamental en la argumentación acerca de la violación del artículo 3 CEDH, tiene que ver con la necesidad de que exista un mínimo de gravedad. El Tribunal reconoce que la apreciación de ese mínimo es relativa en esencia, ya que depende de todas las particularidades concretas.⁷ Por ello, es imprescindible atender a las circunstancias específicas de cada caso. Entre los aspectos significativos que deben ser tomados en consideración, el Tribunal se refiere a la edad, el hecho de que se encuentre solo o acompañado de algún familiar,⁸ el sexo, el estado de salud, la duración del trato que se denuncia, los efectos físicos y psicológicos sobre la víctima de las medidas adoptadas, los motivos que lo llevaron a abandonar su país y a cualquier otra circunstancia que al efecto se considere relevante.⁹ La investigación que corre a cargo de las autoridades nacionales, y el modo en que ésta se realice, es crucial para asegurar estos aspectos. Asimismo, el trato puede considerarse degradante si es probable que inspirara en sus víctimas sentimientos de miedo, angustia e inferioridad capaces de humillarlos y degradarlos (TEDH, 2002b, párr. 92).

La necesidad de que exista un mínimo de gravedad en las condiciones de detención y la relevancia de la investigación que debe realizar el Estado

⁷ Vid., entre otros, TEDH, *Van der Ven c. los Países Bajos*, núm. 50901/99, 4 de febrero de 2003, párr. 47.

⁸ El hecho de que el menor se encuentre acompañado no es, *per se*, un elemento suficiente para que el Tribunal deje de apreciar la violación del artículo 3 CEDH. Así, por ejemplo, puede evidenciarse en diferentes resoluciones del TEDH: *Muskhadzhiyeva y otros c. Bélgica*, núm. 41442/07, 19 de enero de 2010; *Kanagaratnam y otros c. Bélgica*, núm. 15297/02, 13 de diciembre de 2011; *Popov c. Francia*, cit.; *Mahmundi y otros c. Grecia*, núm. 14902/10, 31 de julio de 2012; *A.B. y otros c. Francia*, núm. 11593/12, *R.K. y otros c. Francia*, núm. 68264/14, *R.M. y otros c. Francia*, núm. 33201/11, *A.M. y otros c. Francia*, núm. 24587/12, y *R.C. y V.C. c. Francia*, núm. 76491/14, las cinco de 12 de julio de 2016; *S.F. y otros c. Bulgaria*, núm. 8138/16, 7 de diciembre de 2017; *G.B. y otros c. Turquía*, núm. 4633/15, 17 de octubre de 2019; y *Bilalova y otros c. Polonia*, núm. 23685/14, 26 de marzo de 2020.

⁹ En este sentido pueden consultarse las siguientes resoluciones del TEDH: *Assenov y otros c. Bulgaria*, núm. 24760/94, 28 de octubre de 1998, párr. 94; *Labita c. Italia*, núm. 26772/95, 6 de abril de 2000, párr. 120; *Bati y otros c. Turquía*, núm. 3 de junio de 2004, párrs. 113 a 115; *Slimani c. Francia*, núm. 57671/00, párr. 27; *Riad y Idiab c. Bélgica*, núm. 29787/03 y 29810/03; 24 de enero de 2008, párr.100; *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, cit., párrs. 216, 219 y 220; y *Rahimi c. Grecia*, núm. 8687/08, 5 de abril de 2011, párr. 86.

en cuestión aparece también, reforzando la solidez de la jurisprudencia del TEDH en esta materia, en el caso *Moustahi c. Francia* (TEDH, 2020),¹⁰ en el que además el Tribunal insiste en que no basta la mera presencia de un adulto. En ese sentido, se consideró vulnerado el artículo 3 CEDH debido a las condiciones de la detención, así como a las circunstancias del regreso al país, ya que los solicitantes eran menores no acompañados y su apego a uno de los adultos presentes en el barco que supuestamente dijo que acompañaba a los niños fue considerado arbitrario. El Tribunal estaba convencido de que esta conexión no se había hecho con el objetivo de preservar el interés superior de los niños, sino con el de permitir su rápida expulsión. Las condiciones de detención de los dos niños (de 5 y 3 años) solos fueron las mismas que las de los adultos y el Tribunal concluyó que su detención sólo podía haber generado una situación de estrés, ansiedad y consecuencias particularmente traumáticas.

Por lo que se refiere a los NNANA, el caso *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga c. Bélgica* (TEDH, 2006b) constituye un referente. En este supuesto, una niña congoleña de 5 años fue detenida en el aeropuerto de Bruselas. La madre había solicitado a su hermano que viajara a la República Democrática del Congo para recoger a la niña. Al volver las autoridades belgas retuvieron a la menor, que viajaba sin documentos, y se pusieron en contacto con la madre que inició la tramitación de un visado desde Canadá. Mientras, se rechazó la entrada de la niña en territorio belga. Durante la detención la niña estuvo sola dos meses en las dependencias previstas para los inmigrantes adultos en situación irregular. Después de permanecer dos meses en el centro, un juez belga consideró esa situación incompatible con la CDN y ordenó su puesta en libertad, pero la niña fue devuelta al Congo sin informar previamente a la madre, sin ser acompañada por un familiar adulto y sin que el Estado belga se asegurara, previamente, de que algún familiar podía hacerse cargo de ella al llegar.

¹⁰ Este caso se refería a las condiciones en que dos niños comorenses, detenidos durante su entrada irregular en territorio francés, habían sido detenidos administrativamente en compañía de adultos, unidos arbitrariamente a uno de ellos y devueltos rápidamente sin un examen cuidadoso e individualizado de su situación.

El mismo día en que la niña fue enviada al Congo, las autoridades canadienses comunicaron a las belgas que la menor tenía derecho a la reagrupación familiar con su madre refugiada. Finalmente, la niña fue entregada a su madre en Canadá. El TEDH consideró que se habían violado los artículos 3, 5.1 d), 5.4 y 8 CEDH. En primer lugar, se indica que concurren los aspectos antes señalados en cuanto al mínimo de gravedad como, por ejemplo, la gran angustia que provocaron en la menor las condiciones de detención y su deportación. El Tribunal insistió en que la detención en cuestión no cumplió ningún propósito, no se perseguía con ella ninguna finalidad concreta, ya que no existía riesgo de fuga de la niña. Además, es significativo el hecho de que se considere que la violación de dicho precepto se dio también respecto a la madre.

Por otra parte, el Tribunal vincula la vulneración del artículo 3 CEDH con la obligación del artículo 1 del Convenio que impone a las Altas Partes Contratantes el deber de garantizar a todas las personas dentro de su jurisdicción los derechos y libertades consagrados en el Convenio, lo que exige actuar de manera preventiva. Ello es compatible con el hecho de que las medidas de custodia inevitablemente implican sufrimiento y humillación, que en principio no supone una violación del artículo 3, siempre que el Estado se asegure que cualquier persona se mantiene en condiciones compatibles con el respeto a la dignidad humana, que las modalidades de su detención no la sometan a angustia ni a una dificultad de una intensidad que exceda el nivel inevitable de sufrimiento inherente a tal medida y que su salud y bienestar estén adecuadamente garantizados (TEDH, 2000b, párrs. 92-94; 2006a, párr. 119).

La jurisprudencia del TEDH, además de los aspectos señalados, ha seguido destacando en la estrecha relación entre las condiciones de la detención y la posible vulneración de la prohibición de tortura y tratos inhumanos y degradantes, otras particularidades. En el emblemático caso *Rahimi c. Grecia* (TEDH, 2011b),¹¹ sobre el que se volverá más adelante, se insiste

¹¹ Este caso se refería en particular a las condiciones en que un menor afgano, que solicitaba asilo y que ingresó ilegalmente en Grecia, fue detenido en el centro de detención de Pagani en la isla de Lesbos y posteriormente puesto en libertad para ser expulsado.

en esas condiciones y en el carácter preponderante del artículo 3 CDN en conexión con ellas. En este supuesto el motivo de la violación de dicho precepto se vinculó a las condiciones de la detención, no a su duración, en concreto, respecto al alojamiento, la higiene y la infraestructura. En este asunto es muy relevante, para avalar esa interpretación teleológica por la que apuesta el TEDH, hacer referencia al hecho de que el trato inhumano y degradante se determina no sólo por la situación en la que se encontraba el menor durante la detención sino también por su abandono posterior. Así, el Tribunal considera que, debido al comportamiento de las autoridades, que mostraron una total indiferencia hacia el menor, éste debió de sufrir una profunda angustia y ansiedad, en particular cuando fue liberado (*ibidem*, párr. 92).

Como recuerda López Ulla (2013a, p. 492), para considerar que se ha vulnerado el artículo 3 CEDH, el Tribunal en el caso *Rahimi c. Grecia*, como en el citado *Mubilanzila Mayeka y Kanili Mitunga c. Bélgica*, y en el asunto *Rahimi*, se apoya en el artículo 3 CDN utilizado como argumento fundamental, como *ratio decidendi* para poner de manifiesto la centralidad del principio del interés superior de la niñez (de acuerdo con la Observación general núm. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, Kalverboer *et al.*, 2017), y en el artículo 37 CDN que exige que un menor no quede privado de libertad a no ser que ninguna otra medida fuera posible.

Las particulares condiciones en las que se encuentran los menores son también la causa de violación del artículo 3 CEDH en el caso *Abdullahi Elmi y Aweys Abubakar c. Malta* (TEDH, 2016, párr. 32). El Tribunal no consideró motivo de justificación el hecho de que la detención en el centro de Safi Barracks de los dos ciudadanos somalíes durante ocho meses fuera en espera del resultado de su procedimiento de solicitud de asilo y, en particular, del de un procedimiento destinado a determinar si eran o no menores de edad. La prohibición de tratos inhumanos o degradantes se infringió debido a las condiciones de hacinamiento, la falta de luz y ventilación, la ausencia de actividades organizadas y la atmósfera tensa y violenta.

Un último grupo de sentencias alude al sitio en el que se practica la detención o al que se lleva a la persona detenida. Así, en el caso *Mohamad c. Grecia* (TEDH, 2014, párr. 44), el Tribunal sostuvo que la detención del menor no acompañado en el puesto fronterizo de Soufli equivalía a tratos inhumanos y degradantes. Observó en particular que la persona en cuestión había estado detenida allí durante más de cinco meses, en condiciones inaceptables. Asimismo, entendió vulnerado el derecho a un recurso efectivo (artículo 13 CEDH) en conjunto con el artículo 3, ya que el solicitante no pudo quejarse de las condiciones de su detención.

En la misma línea, pero a propósito de la conducción tras la detención de los NNANA a comisarías de policía, en el caso *H.A. y otros c. Grecia* (TEDH, 2019a)¹² el Tribunal entendió que las condiciones de detención a las que habían sido sometidos los solicitantes en las distintas comisarías de policía suponían un trato degradante y especificó que la detención en estos lugares podía generar sentimientos de aislamiento del mundo a las personas afectadas. Igualmente, en el supuesto *Sh. D. y otros c. Grecia, Austria, Croacia, Hungría, Macedonia del Norte, Serbia y Eslovenia* (TEDH, 2019b),¹³ el Tribunal declaró inadmisibles las denuncias contra Austria, Croacia, Hungría, Macedonia del Norte, Serbia y Eslovenia por considerarlas manifiestamente infundadas. Sin embargo, consideró que Grecia había violado el artículo 3 CEDH, puesto que las condiciones de detención a las que habían sido sometidos tres solicitantes en comisarías de policía equivalían a un trato degradante, y además las autoridades no habían hecho todo lo que razonablemente podía esperarse para cumplir con la obligación de cuidado y protección de cuatro solicitantes, que habían vivido durante un mes en el campamento de Idomeni en un ambiente inadecuado para su condición de adolescentes.

¹² Este caso se refería a la detención de nueve migrantes, menores no acompañados, en varias estaciones de policía en Grecia, por períodos que oscilan entre 21 y 33 días, luego fueron trasladados al centro de recepción de Diavata y finalmente a las instalaciones de cuidado infantil.

¹³ Este caso hacía referencia a cinco menores afganos no acompañados que ingresaron a Grecia en 2016, cuando tenían entre 14 y 17 años. Las diferentes quejas aludían a las condiciones de estancia en las comisarías de policía, la situación de "custodia protectora" en éstas y la estancia en el campo de Idomeni.

B. Privación de libertad y legalidad de la detención

Igualmente, el Tribunal ha actualizado e interpretado de manera abierta y finalista o teleológica los artículos 5.1 y 5.4 CEDH a propósito de los NNANA, de tal manera que de su jurisprudencia pueden extraerse los elementos que tensionan los mencionados preceptos y resultan inadmisibles en los casos de detención de menores.

En el citado caso *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica* (TEDH, 2006b, párrs. 96 y 112), el Tribunal consideró que se había vulnerado el derecho a la libertad y la seguridad (artículo 5.1 CEDH) porque el Estado belga no garantizó suficientemente el derecho de la menor a la libertad. Igualmente entendió violado el derecho a que la legalidad de su detención se dictaminara sin demora (artículo 5.4 CEDH), ya que, el recurso de la menor contra su detención careció de efecto útil al no respetar el periodo de suspensión legal mente establecido al efecto como garantía de la viabilidad del recurso. Así, las autoridades belgas programaron la devolución de la menor para el día siguiente a la presentación del recurso por parte de ésta. La devolución tuvo lugar según lo previsto, sin respetar el plazo de 24 horas para que el fiscal apelara.

Esa falta de cumplimiento de la legislación nacional vigente a efectos de sustentar el recurso al que hace referencia el artículo 5.4 CEDH, que hace que éste pierda su sentido (puesto que se ejecuta la medida impugnada antes de que se resuelva el recurso), ha sido sistemáticamente cuestionado por el Tribunal. Asimismo, la dilación en el tiempo de la resolución también se considera que afecta a la legalidad de la detención. Por ejemplo, en el asunto *Bubullima c. Grecia* (TEDH, 2010c, párr. 32) el Tribunal entendió que se había violado el artículo 5.4 CEDH por considerar que los dos recursos que la ley griega había facilitado al demandante no habían respetado los requisitos de esta disposición del Convenio, en particular la relativa al "corto plazo".

Para cumplir las exigencias derivadas de los artículos 5.1 y 5.4 CEDH no basta con atender de manera genérica a las disposiciones del orde-

namiento jurídico nacional aplicables al caso, sino que siempre hay que tomar en consideración la especificidad de la situación de los NNANA y tener en cuenta la efectividad de los recursos. En ese sentido, en el ya mencionado asunto *Rahimi c. Grecia*, el Tribunal apreció la vulneración del artículo 5.1 CEDH aunque se había respetado la ley nacional y la finalidad era posibilitar la expulsión. Sin embargo, las autoridades griegas no atendieron al interés superior del solicitante como menor, a su situación específica como menor no acompañado, ni se investigó si la detención era una medida de último recurso, lo cual permite cuestionar la buena fe de las autoridades en la aplicación de la medida de detención. La interpretación teleológica se refuerza cuando el Tribunal insiste en que se debe garantizar que una ley nacional se ajuste a la Convención, incluidos sus principios generales establecidos o implícitos. En ellos, cuando se trata de la privación de libertad, es particularmente importante cumplir con el principio general de seguridad jurídica. Por tanto, es esencial que las condiciones para la privación de libertad en virtud de la legislación interna estén claramente definidas y que la propia ley sea predecible en su aplicación, a fin de cumplir con el criterio de "legalidad" establecido por la Convención. Ello supone que cualquier ley tiene que ser lo suficientemente precisa como para permitir a los ciudadanos (con el asesoramiento oportuno que necesiten a tal efecto) prever, en un grado razonable teniendo en cuenta las circunstancias del caso, las consecuencias que pueden derivarse de su aplicación (TEDH, 2011b, párr. 105; 2000a, párrs. 50-52).

De la jurisprudencia reiterada del TEDH relativa al artículo 5.1 f se desprende que para no ser acusado de trato arbitrario en estos supuestos de detención tienen que concurrir estos elementos: la implementación de dicha medida de detención debe hacerse de buena fe; debe estar estrechamente relacionada con el objetivo de evitar que una persona ingrese en forma irregular al territorio; el lugar y las condiciones de detención deben ser apropiados; y, por último, la duración de la detención no debe exceder el tiempo razonable necesario para alcanzar el objetivo perseguido (TEDH, 2011b, párr. 106; 2008, párr. 74).

El Tribunal consideró igualmente vulnerado en el caso *Rahimi* el artículo 5.4 CEDH porque los recursos de los que se disponía no eran realmente efectivos, ya que, no había posibilidad de ejercerlos por parte del interesado. En ese sentido, el menor se vio ante la imposibilidad de contactar con un abogado o abogada, no pudo entender el folleto informativo que estaba escrito en un idioma que en principio le resultaba incomprensible y fue registrado como menor de edad acompañado mientras estaba sin un tutor que podría haber actuado como su representante legal.

Al igual que se ha señalado anteriormente en las vulneraciones del artículo 3 CEDH, el lugar en el que se práctica la detención es fundamental a propósito de los derechos que concretan los artículos 5.1 y 5.4 CEDH. La jurisprudencia del TEDH ha reiterado determinados lugares en los cuales se infringe de manera sistemática los derechos que consagran dichos preceptos. Así, por ejemplo, en el caso *Housein c. Grecia* (TEDH, 2013c, párrs. 79-84), la detención en el puesto fronterizo de Soufli para la posterior deportación vulneró el derecho a la libertad y la seguridad. Además, al alcanzar la mayoría de edad, las autoridades griegas lo mantuvieron en detención sin tomar ninguna medida para deportarlo. En la misma línea, en el supuesto *Abdullahi Elmi y Aweys Abubakar c. Malta* (TEDH, 2016, párr. 32) se entendió vulnerado el artículo 5.1 CEDH por las condiciones inadecuadas de la detención y la duración prolongada de la misma. Al igual que en el asunto *Suso Musa*, el Tribunal concluyó que la detención en sí infringía el artículo 5 CEDH, pero la novedad importante en el presente caso es que el Tribunal aplica explícitamente la prueba de necesidad a la interpretación de la primera parte del artículo 5.1 f.

En el asunto *H.A. y otros c. Grecia* (TEDH, 2019a, párrs. 207, 209, 211 y 213) los artículos 5.1 y 5.4 se consideraron igualmente vulnerados y se enfatizó que la colocación de los solicitantes en los puestos de guardia de fronteras y policía equivalía a una privación de libertad que no había sido legal. El Tribunal consideró que los solicitantes habían pasado varias semanas en comisarias de policía antes de que el Servicio Nacional de Solidaridad

Social ("EKKA") recomendara su ubicación en centros de recepción para menores no acompañados; y que el fiscal del tribunal penal, que era legalmente su tutor, no los había puesto en contacto con un abogado y no había presentado una apelación para acelerar su transferencia a estructuras apropiadas. En la misma línea crítica con la reconducción a la comisaría de policía tras la detención, se mantiene el Tribunal en el caso *Sh. D. y otros c. Grecia, Austria, Croacia, Hungría, Macedonia del Norte, Serbia y Eslovenia* (TEDH, 2019b, párr. 69).

En el ya mencionado asunto *Moustahi c. Francia* (TEDH, 2020, párr. 69) no se encontró base legal capaz de justificar la privación de libertad sufrida y se consideró vulnerado el artículo 5.1 CEDH. En cuanto al artículo 5.4 CEDH, el Tribunal señaló que los dos niños no estaban sujetos a una orden para su detención administrativa o expulsión, sino que simplemente se mencionaba su nombre. El Tribunal concluyó que los niños que acompañaban a un tercero desconocido se encontraban en un vacío legal que no les permitía ejercer el recurso garantizado a este tercero. No tenían a su disposición ningún recurso para verificar la legalidad de su detención. Igualmente, el Tribunal entendió que se vulneró el artículo 4 del Protocolo núm. 4, ya que, no existió un examen razonable y objetivo de la situación de los menores. Este último artículo, en relación con el 3 y el 8 CEDH sirve también para avalar la vulneración del artículo 13 por la imposibilidad de un recurso efectivo.

IV. Cuestiones pendientes y retos de futuro

La especial vulnerabilidad a la que se ven sometidos los NNANA nace en buena medida de sus especiales condiciones y de las definiciones legales diferenciadoras que incorporan los ordenamientos nacionales, de tal manera que redefinirlas es la premisa esencial para equilibrar la desventaja que éstos sufren. Si como se ha señalado la configuración de la noción de inmigrante prima sobre la de menor, la consecuencia inmediata es un estatuto jurídico a la baja que se reduce más, si cabe, en el caso de los menores que se encuentran solos. El primer reto está en no permitir que

los NNANA sean considerados exclusivamente como inmigrantes en las políticas de control de fronteras, si no que prevalezca la condición de menor.

Las violaciones de derechos que sufren los menores en el contexto de movilidad migratoria y de asilo continúan ahondando en un discurso dual frente a los derechos humanos, de modo que por una parte se presentan en los instrumentos internacionales como universales, pero por otra se incrementan las medidas restrictivas de la movilidad humana con negaciones de derechos que no son compatibles con el estándar internacional de los derechos humanos. Con estas prácticas puede considerarse que se extiende la sociedad del menosprecio (De Lucas 2012, pp. 22-25), puesto que si la integridad del ser humano, su dignidad, se alcanza estableciendo una adecuada protección ante las posibles ofensas y de desprecio personal, dicha integridad depende constitutivamente del reconocimiento intersubjetivo. Dicho reconocimiento no se da en el caso de los migrantes, en el concreto, en los NNANA. En el seno de esas sociedades que colocan a tales sujetos en situaciones de vulnerabilidad, como mucho un núcleo mínimo de derechos mantienen su carácter universal, pero otros pasan a ser meras opciones, si bien para una parte de la población no son siquiera expectativas a alcanzar sino privilegios imposibles.

La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos sería deseable, aunque no siempre se da. Ello se debe a la falta de información, pero también al hecho de que el jurista nacional se enfrenta a categorías jurídicas diferentes a las propias de su ordenamiento interno. De ahí su insuficiente invocación, que podría unirse al valioso sistema complementario del régimen jurídico interno de protección de los derechos humanos.

La armonización de las políticas públicas nacionales con las previsiones de la CDN y el CEDH puede permitir a los gobiernos ofrecer respuestas en materia migratoria que sean acordes con los estándares internacionales de protección de los menores y, al mismo tiempo, fortalecer el Estado de Derecho. Para ello es imprescindible que dichos estándares sean conocidos, difundidos y aplicados por los diferentes actores involucrados.

En esa línea, me parecen esenciales y un punto de desarrollo idóneo las propuestas de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, que aglutinan buena parte de la jurisprudencia del TEDH. Entre ellas, como segundo reto pendiente, puede mencionarse (Council of Europe, 2014):

- Reconocer que nunca está en el mejor interés de un niño ser detenido sobre la base del estatuto jurídico vinculado a la movilidad humana de sus padres o de ellos.
- Introducir legislación que prohíba la detención de menores por motivos de migración y garantizar su plena aplicación en la práctica, a lo que habría que añadir que se tenga en cuenta la perspectiva de género.
- Priorizar la condición de menor y desarrollar procedimientos de evaluación de la edad amigables para los niños migrantes.
- No realizar detenciones administrativas de menores, sino optar por medidas alternativas, como las mencionadas en este análisis, que satisfagan el interés superior del niño y permitan que los menores permanezcan con sus familiares o tutores en contextos comunitarios sin custodia mientras se resuelve su estatus migratorio. Así, por ejemplo, resultaría interesante desarrollar e implementar alternativas comunitarias no privativas de libertad a los programas de detención para niños y sus familias, utilizando el "modelo de evaluación y colocación comunitaria sensible al niño (CCAP)".
- Proporcionar los recursos necesarios para desarrollar alternativas a la detención de menores migrantes y en concreto de NNANA que se encuentran en una situación de vulnerabilidad mayor.
- Sensibilizar a todos los funcionarios públicos, incluidos la policía, los fiscales y los jueces que se ocupan de cuestiones de migración, de las normas internacionales de derechos humanos, prestando especial atención a los derechos de los menores y las alternativas a la detención.
- Compartir las mejores prácticas sobre las alternativas a la detención de los menores y, en concreto, de los NNANA en todos los Estados miembros.

- Fomentar la colaboración entre los gobiernos de los Estados miembros, el Consejo de Europa, los organismos de las Naciones Unidas, las organizaciones intergubernamentales y las organizaciones de la sociedad civil para poner fin a la detención de inmigrantes menores e implementar alternativas comunitarias no privativas de libertad para la detención de niños y sus familias.

Todas estas propuestas se alinean con las presentadas por el Experto Independiente que dirige el estudio mundial sobre los niños privados de libertad (UNGA, 2019, p. 22), que además puntualiza que los NNANA deberían recibir cuidados y alojamiento alternativos de conformidad con las Directrices de las Naciones Unidas sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños (UNGA, 2010), y por el Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes (UNGA, 2020, p. 24).

Junto a estas propuestas, como último reto, es fundamental un doble control de alcance internacional (sin excluir los mecanismos internos de supervisión). En primer lugar, el que proviene de los diferentes organismos internacionales, entre ellos especialmente el Comité a través de las de observaciones finales y recomendaciones a los Estados partes derivadas de los informes periódicos, y de las comunicaciones del Tercer Protocolo Facultativo.

Por otra parte, el control jurisprudencial, en concreto en el ámbito regional para inspirar la dimensión nacional, es imprescindible, especialmente en el tema que nos ocupa el que realiza el TEDH. En este sentido, la labor del Tribunal, como se ha analizado, se ha centrado en preservar los mínimos infranqueables, sin desvirtuar el margen de apreciación de los Estados que les permite un cierto campo de maniobra, y garantizar las obligaciones procesales que aseguran y hacen efectivos los derechos. En ese sentido, la jurisprudencia del TEDH no deja lugar a dudas de los derechos de los NNANA en situación de detención y las condiciones en las que ésta puede practicarse. En concreto, las diferentes resoluciones del TEDH insisten en la centralidad del interés superior de la niñez

(sin olvidar la trascendencia del procedimiento de determinación de la edad con evaluaciones individuales e integrales en lugar de técnicas que no son adecuadas), la necesidad de preservar el derecho a la libertad y la seguridad, y la relevancia de asegurar que la legalidad de la detención se dictamine sin demora.

No puede obviarse que, para superar la vulnerabilidad que afecta a los NNANA, hay que fortalecer el derecho internacional de los derechos humanos, invocándolo y haciéndolo valer ante una realidad que lo desvirtúa sistemáticamente. Ello no significa, sin embargo, como ha expresado Cançado Trindade, que sea necesaria una mayor reglamentación o que el derecho no exista sino "más bien que el Derecho está siendo ostensiva y flagrantemente violado, día a día, en detrimento de millones de seres humanos, entre los cuales están los migrantes indocumentados en todo el mundo" (CIDH, 2003, p. 88).

Bibliografía

- Arce, E. (2018), "El derecho del menor extranjero no acompañado a ser escuchado y su interés superior en los procedimientos de repatriación", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 38.
- Bhabha, J. (2014), *Child Migration and Human Rights in a Global Age*, Princeton, Princeton University Press.
- Bartolomé, J. C. (2015), "Nuevos desafíos para la determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados (un estudio a la luz de los estándares nacionales e internacionales de protección de derechos fundamentales)", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, segundo semestre, núm. 26.
- Brown, W. (2015), *Estados amurallados, soberanía en declive*, Barcelona: Herder.

Carmona, R. (2012), "Las obligaciones derivadas de la Convención sobre los Derechos del Niño hacia los Estados Partes: el enfoque en derechos en las políticas", *Educatio Siglo XXI*, vol. 30, núm. 2.

Ceriani, P. (2020), "Comunicación 16/2017: A.L. c. España *et. al.*", *Case Note 2020/2*, Leiden Children's Rights Observatory, 18 de mayo. Accesible en: «<https://childrensrighsobservatory.nl/case-notes/casenote2020-2>» (consulta 1 de septiembre de 2020).

Comisión Internacional de Juristas (2018), *Acceso a la justicia de los niños migrantes en detención. Material de formación sobre el acceso a la justicia de los niños migrantes*, Open Society Foundations.

CIDH, (2003), Opinión Consultiva OC-18/03, CIDH, Opinión Consultiva OC-18/03, del 17 de septiembre, *Condición jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*.

Cortázar, C., (2020), "¿La nueva línea del TEDH es restrictiva? Una sentencia sobre 'devoluciones en caliente' cae como jarro de agua fría", *Claves de Razón Práctica*, núm. 270, mayo-junio.

Comité de Derechos Humanos, (2014), Observación General núm. 35.

—————, (2019), Dictamen aprobado por el Comité en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones respecto de la Comunicación núm. 4/2016, 1 de febrero.

Comité de los Derechos del Niño, (2005) Observación General núm. 6, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen (CRC/GC/2005/6)*.

Council of Europe, Resolution 2020 (2014), "The alternatives to immigration detention of children".

Council of Europe, Resolution 1810 (2011), "Unaccompanied children in Europe: issues of arrival, stay and return".

Council of Europe, Resolution 2324 (2020), "Missing refugee and migrant children in Europe" and Recommendation 2172 (2020).

Council of Europe, Parliamentary Assembly, Resolution 2020 (2014), *The alternatives to immigration detention of children*.

Defensor del Pueblo (2011), *¿Menores o adultos? Procedimientos para la determinación de la edad*, Defensor del Pueblo, Madrid.

De Lucas, J. (2012), "Sobre los fundamentos de la igualdad y del reconocimiento. Un análisis crítico de las condiciones de las políticas europeas de integración ante la inmigración", en VV. AA., *Inmigración e integración en la UE. Dos retos para el siglo XXI*, Bilbao.

Kalverboer, M. *et al.* (2017), "The Best Interests of the Child in Cases of Migration. Assessing and Determining the Best Interests of the Child in Migration Procedures", *The International Journal of Children's Rights*, núm. 25.

López Ulla, J. M. (2013a), "Alcance del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en relación con la detención de un menor extranjero no acompañado. La obligación positiva de no dejarle en desamparo", *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 32.

—————, (2013b), "La detención de menores extranjeros no acompañados en el marco de la unión europea y del consejo de Europa", *Papeles el Tiempo de los Derechos*, núm. 11.

Mariño, F. (2015), "Recent Jurisprudence of the United Nations Committee against Torture and the International Protection of Refugees", *Refugee Survey Quarterly*, núm. 34.

Parlement Européen (2012), *Impact de la jurisprudence de la CEJ et de la CEDH en matière d'asile et d'immigration*, Direction Generale des Politiques Internes, Bruxelles.

Solanes, A. (2016a), "Una reflexión iusfilosófica y política sobre las fronteras", *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 32.

—————, (2016b), "Un análisis crítico de los centros de internamiento de extranjeros en España: normativa, realidad y alternativas", *Revista telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 19.

STJUE, C-550/16, A y S/*Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, de 12 de abril de 2018.

TEDH, (1998a) *Kurt c. Turquía*, núm. 15/1997/799/1002, 25 de mayo de 1998.

TEDH, (1998b) *Assenov y otros c. Bulgaria*, núm. 24760/94, 28 de octubre de 1998.

TEDH, (2000a) *Baranowski c. Polonia*, núm. 28358/95, 28 de marzo de 2000.

TEDH, (2000b) *Kudła c. Polonia (GC)*, núm. 30210/96, 26 de octubre de 2000.

TEDH, (2001) *Keenan c. Reino Unido*, núm. 27229/95, 3 de abril de 2001.

TEDH, (2002a), *Čonka c. Bélgica* TEDH, núm. 51564/99, 5 de febrero de 2002.

TEDH, (2002b) *Al-Nashif c. Bulgaria*, núm. 50963/99, 20 de junio de 2002.

TEDH, (2002c) *Algür c. Turquía*, núm. 32574/96, 22 de octubre de 2002.

TEDH, (2002d) *Mouisel c. Francia*, núm. 67263/01, 14 de noviembre de 2002.

TEDH, (2004) *Slimani c. Francia*, núm. 57671/00, 24 de julio de 2004.

TEDH, (2006a) *Ramírez Sanchez c. France (GC)*, núm. 59450/00, 4 de julio de 2006.

TEDH, (2006b) *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*, núm. 13178/03, 12 de octubre de 2006.

TEDH, (2006c) *Okkali v. Turkey*, núm. 52067/99, 17 de octubre de 2006.

TEDH, (2008) *Saadi c. Reino Unido (GC)*, núm. 13229/03, 29 de enero de 2008.

TEDH, (2009a) *A. y otros c. Reino Unido*, núm. 3455/05, 19 de febrero de 2009.

TEDH, (2009b) *Abdolkhani y Karimnia c. Turquía*, núm. 30471/08, 22 de septiembre de 2009.

TEDH, (2010a) *Z.N.S. c. Turquía*, núm. 21896/08, 19 de enero de 2010.

TEDH, (2010b) *A.A. c. Greece*, núm. 12186/08, 22 de julio de 2010.

TEDH, (2010c) *Bubullima c. Grecia*, núm. 41533/08, 28 de octubre de 2010.

TEDH, (2011a) *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, núm. 30696/09, 21 de enero de 2011.

TEDH, (2011b) *Rahimi c. Grecia*, núm. 8687/08, 5 de abril de 2011.

TEDH, (2012a) *Popov c. Francia*, núm. 39474/07, 19 de enero de 2012.

TEDH, (2012b) *Shakurov c. Rusia*, núm. 55822/10, 5 de junio de 2012.

TEDH, (2013a) *Djalti c. Bulgaria*, núm. 31206/05, 12 de marzo de 2013.

TEDH, (2013b) *Suso Musa c. Malta*, núm. 42337/12, 23 de julio de 2013.

TEDH, (2013c) *Housein c. Grecia*, núm. 71825/11 24 de octubre de 2013.

TEDH, (2014) *Mohamad c. Grecia*, núm. 70586/11, 11 de diciembre de 2014.

TEDH, (2016) *Abdullahi Elmi y Aweys Abubakar c. Malta*, núm. 25794/13 y 28151/13, 22 de noviembre de 2016.

TEDH, (2019a) *H.A. y otros c. Grecia*, núm. 19951/16, 28 de febrero de 2019.

TEDH, (2019b) *Sh. D. y otros c. Grecia, Austria, Croacia, Hungría, Macedonia del Norte, Serbia y Eslovenia*, núm. 14165/16, 13 de junio de 2019.

TEDH, (2020) *Moustahi c. Francia*, núm. 9347/14, 25 de junio de 2020.

UNHCR (2012), *Detention Guidelines. Guidelines on the applicable criteria and standards relating to the detention of asylum-seekers and alternatives to detention*. Disponible en: «<http://www.unhcr.org/refworld/docid/503489533b8.html>» (consulta 6 de junio de 2020).

UNGA, (2010), Resolución aprobada por la Asamblea General, 64/142, *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños*, 24 de febrero.

_____, (2019), Estudio mundial sobre los niños privados de libertad, 11 de julio.

_____, (2020), Poner fin a la detención de menores por razones de inmigración y proporcionarles cuidado y acogida adecuados, 20 de julio.

Vinaixa, M. (2019), "La mayoría de edad: un mal sueño para los menores extranjeros no acompañados", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, núm. 1, pp. 571-602.

VV. AA., (2014), "*Expulsiones en caliente*": cuando el Estado actúa al margen de la ley, Informe Proyecto I+D+i IUSMIGRANTE (DER 2011-26449), 27 de junio.

VV. AA., (2015), "*Rechazos en fronteras*": ¿Fronteras sin derechos?, Informe Proyecto I+D+i IUSMIGRANTE (DER 2011-26449), 13 de abril.

Criterios de pertinencia intercultural en la defensa de los derechos y garantías de los NNA y sus familias, en contextos de movilidad internacional

María Olaya Grau Rengifo*

Carla Liliana Muñoz Reyes**

María Elvira Cárdenas Sánchez***

Resumen

Este capítulo se propone explorar la relación entre interculturalidad y sistema de justicia adaptado a los niños en contexto de movilidad internacional, bajo la premisa de que no basta tener a la base los principios de participación, interés superior de la niñez, dignidad, protección de discriminación y Estado de Derecho, sino también contemplar la variable cultural en su abordaje y en las interacciones con los distintos actores que intervienen en el sistema judicial. Por tanto, se pretende visibilizar

* Doctora en Ciencias Políticas de la Universidad Complutense de Madrid, Magíster en Gobierno y Administración Pública, Magíster en Investigación Participativa y Desarrollo Local de la misma universidad. Trabajadora social de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Actualmente es profesora asistente de la Escuela de Trabajo Social de la Pontificia Universidad Católica de Chile y es Investigadora responsable de 2 investigaciones que abordan temáticas de niñez migrante en Chile (FONDECYT Iniciación 11180217).

** Pontificia Universidad Católica de Chile.

*** Magíster en Trabajo Social de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Magíster en Seguridad y Defensa Nacionales de la Escuela Superior de Guerra de Colombia, Socióloga de la Universidad Nacional de Colombia. Actualmente ocupa el cargo de investigadora asociada en Centro de Investigación CIELO, Universidad Santo Tomás, Chile.

la relevancia de considerar la variable intercultural en una justicia adaptada a la niñez, y entregar directrices sobre qué criterios, desde un enfoque intercultural y a la luz de la justicia adaptada, debería considerarse para eliminar, o al menos, aminorar las barreras de acceso a la justicia de los niños en contexto de migración y sus familias. Se concluye la necesidad de diseñar políticas y leyes que proporcionen protección integral a los niños en contexto de migración internacional y reconozcan desde el diálogo intercultural las necesidades y vulnerabilidades específicas, enfatizando en la capacitación y conocimientos de los actores del sistema judicial quienes deben garantizar las condiciones para que los niños migrantes puedan acceder de manera amigable y culturalmente pertinente al sistema de justicia.

I. Introducción

La realidad de la población migrante en los ámbitos nacional e internacional genera cada día más desafíos en el mundo. Más aún, es más complejo para los niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA) en contexto de migración internacional, puesto que se pone de manifiesto una falta de compatibilidad, en ciertos casos, de las políticas y leyes migratorias con un enfoque de derechos de NNA, que además se ve reflejado en la carencia de programas que se adecuen para atender a los NNA en contexto de migración, considerando sus necesidades y derechos (UNICEF, 2017; UNICEF, 2009; Feuk, Perrault, Delamónica, 2010; y Ceriani, 2019). Todos los NNA deben tener acceso a derechos sociales como la educación y la vivienda digna, sin embargo, estos derechos se ven restringidos, en parte, porque las leyes y políticas de control migratorio en el ámbito nacional no son compatibles con los derechos de los NNA (Ortega, 2017), y de esta forma, aspectos como tratar la migración irregular como delito grave impacta sus derechos, pudiendo sufrir las consecuencias de la criminalización del estatus migratorio irregular propio o de su familia, en casos, por ejemplo, como la deportación o expulsión. Es así como se evidencia que el tratamiento que reciben los NNA en el proceso de migración, especialmente los indocumentados o en situación irregular, eclipsa los beneficios del proceso, donde sus derechos pueden no respetarse (Espejo 2021, 2).

Entonces, aunque los Estados deben garantizar y proteger los derechos de los NNA, esto en la práctica no se da como debiera. Además, en distintos países se evidencia la falta de un marco político y normativo o estrategias específicas para garantizar estándares mínimos para todos los NNA en contexto de migración (Ceriani, 2019). En este contexto y frente a la necesidad de hacer cambios en el nivel de normativa, es esencial considerar el enfoque de justicia adaptada a NNA, que se refiere a una justicia que garantiza el respeto y la implementación efectiva de los derechos de NNA considerando su nivel de madurez y comprensión (Council of Europe, 2011). Esto implica entonces que debe haber una adaptación a las necesidades de los NNA y en ese sentido comprender que los niños constituyen un grupo poblacional vulnerable (Ortega, 2017), pero que además hay otras variables que generan una vulnerabilidad aún mayor, las cuales deben ser tenidas en cuenta. Es el caso de los NNA migrantes, quienes se enfrentan a la doble vulnerabilidad de ser niños y a la vez migrantes (Crock, 2010; y Grau y Margarit, 2017).

La condición de migrante conlleva una carga de desigualdad asociada a la identificación respecto a una cultura u otra, basada en una construcción social donde predominan y se imponen los imaginarios socioculturales e ideológicos de los grupos hegemónicos de poder social, económico y cultural (Simón y González, 2012; Pérez y Álvarez, 2012; García-Canclini, 2006; Tijoux, 2013; y Appadurai, 2006). De esta manera, un sistema de justicia no sólo debe ser adaptado a NNA, por un lado, o a la población migrante, por el otro, de manera independiente, sino que debe integrar ambos enfoques para que ofrezca respuestas efectivas a las necesidades de los NNA migrantes, para poder derribar las barreras presentes en la experiencia desigual y vulnerable a la cual están expuesta los NNA en contexto de movilidad internacional. En este sentido, una justicia adaptada a los NNA migrantes, además de cumplir con los principios relevados de este enfoque, debe abordar su carga cultural y priorizar en la pertinencia con la que se maneje la realidad sociocultural de cada NNA. Con base en esto, es clave considerar la garantía de una justicia amigable orientada por la pertinencia intercultural en el proceso de acceso a la justicia de los NNA migrantes.

Este capítulo busca visibilizar la relevancia de contemplar la variable intercultural en una justicia adaptada a la niñez, así como también entregar directrices respecto a qué criterios, desde un enfoque intercultural y a la luz de la justicia adaptada, deberían considerarse para poder eliminar, o al menos, aminorar las barreras de acceso a la justicia de los NNA en contexto de migración y sus familias. Para lograr esto, primero se aborda el concepto de interculturalidad, los modelos de integración implementados por los distintos Estados y las posibilidades de inclusión de identidades culturales en un contexto plural y diverso, específicamente en lo relativo a NNA migrantes. Luego, se discute sobre la contribución de la pertinencia intercultural en el acceso a la justicia de los NNA y el diálogo de este enfoque con el concepto de justicia adaptada a los NNA, buscando la convergencia de ambas perspectivas para abordar así las principales barreras y desafíos en la defensa de los derechos y garantías de los NNA migrantes y sus familias. En línea con esto, se identifican los criterios de pertinencia intercultural que deben tener en cuenta los sistemas de justicia, los equipos jurídicos y las instituciones y organizaciones que promueven y defienden los derechos de NNA migrantes, para facilitar el acceso a la justicia de éstos y prevenir la vulneración de derechos. Finalmente, se presentan y analizan casos de NNA y sus familias en contextos de movilidad internacional a la luz de los criterios identificados, con el objetivo de ejemplificar la ausencia de la pertinencia intercultural en esos procesos judiciales, la aplicabilidad de los criterios mencionados y el surgimiento de nuevas preguntas que dan cuenta de la complejidad de las experiencias asociadas a NNA en contextos de migración internacional.

II. La experiencia migratoria a la luz del enfoque intercultural: Definiciones y aportes conceptuales sobre interculturalidad y acceso a la justicia de NNA migrantes y sus familias

Las sociedades contemporáneas y democráticas se sustentan culturalmente desde la presencia de identidades diversas que se conjugan y entran en un mismo territorio (Simón y González, 2012; Pérez y

Álvarez, 2012; y García-Canclini, 2006). Sin embargo, lo que caracteriza a esta diversidad desde la diferencia con un "otro/a" (Tijoux, 2013), conlleva procesos de tensión y conflicto, puesto que las identidades e identificación respecto a una cultura u otra surgen desde el contraste de desigualdad, desde referencias e imaginarios socioculturales e ideológicos a manera de calificativos y cualidades que son construidos en el tiempo. Ser afrodescendiente, moreno, blanco, hombre, mujer o infante son cualidades cargadas de un proceso de construcción social desde el prejuicio que "operan en la práctica cotidiana y delimitan fronteras específicas" (Pérez Álvarez, 2012, p. 270).

En este escenario, se evidencia la hegemonía de grupos de poder social, económico y cultural, tanto en ámbitos privados como públicos, que dominan y definen una homogeneidad nacional cultural (Appadurai, 2006; Pérez Álvarez, 2012; Tijoux, 2013; y Yúdice, 2006) ante la cual toda pluralidad cultural y social puede desestabilizar esta idea y mito de "unidad nacional-ciudadana" (Guizardi, 2016, p.187). Sin duda, estos aspectos podrían tensionar los principios de adaptabilidad y accesibilidad que estarían en la base de un sistema de justicia adaptado a la niñez en contexto de movilidad internacional.

Respecto a lo anterior, se evidencia la importancia de dar respuesta a esta problemática global (Simón y González, 2012; Pérez Álvarez, 2012; y CEPAL, 2002) desde una perspectiva intercultural. El reconocimiento de identidades culturales requiere no sólo del reconocimiento de dichas identidades, sino también de la necesidad de establecer instituciones que se basen en una cultura global desde la interacción y la transformación cultural mutua:

Como consecuencia, toda política pública requiere una comprensión de sus ciudadanos y la diversidad de sus identidades y necesidades [...] se requiere buscar maneras de reconocer las diversas maneras de vivir la interculturalidad sin reducirlas a una identidad cosmopolita y única [Simon y González, 2012, pp. 195-196].

Ahora bien, los distintos Estados y políticas asociadas han respondido en diversas formas al desafío de cómo incluir las distintas identidades culturales, sin embargo, la mayoría de éstas se construyen desde la visión hegemónica de un Estado-nación, asociadas al control e integración como principales mecanismos políticos, especialmente para el caso de la población migrante (Arango, 2005). Es el caso del modelo de integración asimilacionista y el utilitarista, que históricamente han sido la forma de internalización e imposición de la cultura mayoritaria, que busca crear una cultura dominante (Hannoun, 1992; y López-Salas, 2005) o la promoción de integración y aceptación de un "otro" pero desde su utilidad para la sociedad, bajo la consideración de que la población migrante es exógena a la cultura homogénea y hegemónica y que por tanto su influencia cultural es peligrosa para el mantenimiento de la unidad nacional (Guizardi, 2016).

Si bien otros modelos han cuestionado o se han replanteado la ideología de la unidad nacional, como es el caso del modelo multiculturalista, en el cual se asume la diversidad cultural y se releva la importancia de la cohabitación de diferentes culturas, pero el foco se mantiene en la existencia de diversidad sin interacción (Hannoun, 1992; y Giménez, 2005), es el modelo intercultural el que interesa abordar en este capítulo. Además de afirmar la existencia de distintas identidades culturales, este modelo aboga por que la diversidad es inherente al ser humano y a la sociedad, y que, por tanto, la integración de las culturas debe ser dialógica y multidireccional (Hannoun, 1992; y Giménez, 2005). Hablar de interculturalidad va un paso más allá del reconocimiento de lo multicultural, puesto que se fija en la relación entre culturas con la convicción de poder alcanzar una "interdependencia enriquecedora" entre ellas (Rodríguez, 1995; Poblete, 2006), respetando las diferencias, valorándolas positivamente y reconociéndolas de manera abierta, no abordando las culturas como superiores o inferiores, sino desde la igualdad en dignidad aunque existan diferentes rasgos (*idem*).

De esta manera, es importante que la interculturalidad se entienda en el contexto de desigualdad estructural en el que se presenta, considerando que su garantía depende de la destrucción de mecanismos favorables a la distribución de recursos desde la desigualdad y cuya operación se ve posibilitada con la invisibilización de la cultura, así como por un discurso que alimenta centrar la carencia como condición de vida de las culturas subalternas (Guerra y Skewes, 2012). Es importante evidenciar que, desde esta mirada, las diferencias étnicas y culturales se dan en un contexto de prejuicios y relaciones de poder, estableciendo fronteras desde las relaciones de poder y automatizándolas como prejuicios, donde su aceptación generalizada (que hace que los grupos discriminados sientan su condición como limitación para su participación social) es la base para su eficiencia social (*idem*, 2012). En este sentido, resulta fundamental tomar en consideración que la interculturalidad implica "el ejercicio efectivo de derechos en un contexto de autonomías e interdependencias relativas y de vinculación política con los procesos de toma de decisión a nivel local, regional y nacional" (Guerra y Skewes, 2012, p. 186). Desde esta perspectiva se requiere apuntar hacia un cambio, no sólo en las relaciones, sino en estructuras, condiciones y dispositivos de poder sostenedores de desigualdades (Walsh, 2010).

Si bien en América Latina la emergencia de la interculturalidad suele abordarse desde la mirada a las luchas políticas de movimientos sociales indígenas (Espejo-Yaksic, 2018), afrodescendientes y de mujeres (Yáñez, Bussoletti, Estrada y Mariscal, 2011), y donde la mirada sobre la interculturalidad tiende a enfocarse en aquellos saberes en la región, el mundo actual se caracteriza por estar enmarcado en un proceso acelerado de globalización acompañado de un aumento en el flujo de las migraciones internacionales, lo que se evidencia en el estudio de la interculturalidad en otras latitudes, como es el caso de Europa. En Europa, incluso desde la década de 1970, los estudios relativos a la interculturalidad han estado marcados por una mirada hacia la migración, inicialmente como un problema técnico vinculado al bilingüismo, y luego comenzó a abordarse

también desde la mirada sociopolítica, considerando las sociedades pluriculturales y los movimientos de reivindicación identitaria emergentes (Buendía, González, Pzo y Sánchez, 2004).

En este sentido, parece evidente que enfrentamos una paradoja asociada a la falta de reconocimiento¹ (Fraser, 2003) de culturas distintas, donde se evidencia que un número, cada vez mayor de migrantes se moviliza hacia distintos países, pero al mismo tiempo carece, en muchos casos, de acceso a derechos sociales, económicos, políticos y culturales. La inclusión de identidades diversas, producto de la migración, en contextos plurales se convierte en un desafío clave en el logro de ese reconocimiento y, por tanto, en la garantía de los distintos derechos. Esto evidencia la necesidad de abordar la migración desde una mirada con pertinencia intercultural que procure una "interdependencia enriquecedora de culturas", respetando, valorando y reconociendo las diferencias, abordándola desde la igualdad en dignidad (Rodríguez, 1995; Poblete, 2006).

Así, no debe desconocerse que la realidad de las personas migrantes y específicamente de los NNA en contexto de migración internacional evidencia necesidades, riesgos y vulnerabilidades específicas, dependiendo de la edad y del momento del ciclo de vida en el que se esté, además de las diferencias de género, raza y condición migratoria (Maldonado, Martínez y Martínez, 2018; y Ceriani *et al*, 2014). Por esto, es relevante la pertinencia intercultural en los ámbitos sociales, culturales, jurídicos, políticos y económicos donde se juega la experiencia migratoria, los cuales son determinantes en la definición de una movilidad menos adversa de las personas migrantes. Como se mencionó anteriormente, la aplicación de una mirada intercultural implica que los derechos de éstos sean ejercidos de manera efectiva en todas las estructuras y dispositivos de

¹ La redistribución (acceso a derechos sociales y económicos) debe ir de la mano de políticas de reconocimiento (derechos políticos y culturales), pues por separado ninguno de los dos ámbitos resulta suficiente.

poder que sostienen la experiencia desigual de personas migrantes. Ante esto, surge la importancia de construir una política de DDHH que sea global y cultural (Ursola, 2012).

Si lo anterior se visualiza respecto a la niñez en contextos de movilidad internacional y su acceso a la justicia, implica dar cuenta de la relevancia de la interculturalidad en todas las interacciones de los NNA con los actores que intervienen en los procedimientos asociados a la justicia. En este sentido, la variable intercultural aparece y se expresa en diferentes formas, pudiendo existir brechas que afectan los principios básicos, como, por ejemplo, de discriminación, de dignidad, participación o interés superior de la niñez, lo que sin duda tensiona y afecta el bienestar de los NNA, sus familias e incluso la comunidad.

III. Justicia adaptada a la niñez con pertinencia intercultural: derribando barreras de acceso y promoviendo la defensa de los derechos de NNA en contextos de movilidad internacional

La defensa de los derechos de los NNA en contexto de migración es un desafío considerando que las leyes nacionales relativas a la migración pueden entorpecer el ejercicio pleno de sus derechos como NNA. De hecho, debe considerarse incluso que:

La transnacionalidad de los hogares migrantes también supone la superposición de al menos dos ordenamientos jurídicos nacionales. En especial, los ordenamientos de los sistemas de protección social de los países de origen, tránsito y destino se traslapan, generando múltiples desafíos de portabilidad de derechos y beneficios [Maldonado, Martínez y Martínez, 2018, p . 28].

Si bien los DDHH, por su carácter universal y puesto que su fundamento es la persona humana, obliga a los Estados a respetar, garantizar y proteger los derechos, en forma igualitaria y sin discriminación, tanto de

personas nacionales como extranjeras (Corte IDH, 2014), la evidencia muestra que las personas migrantes experimentan barreras y desafíos para hacer cumplir su derecho de acceso a la justicia, puesto que se encuentran "en un medio social y jurídico diferente del propio" (Ministerio de Relaciones Exteriores *et al*, 2016, p. 18), además de todas las adversidades políticas, sociales, culturales y económicas a las que se enfrentan en su proceso de movilidad.

Por tanto, es gravitante que los Estados y los distintos actores que intervienen y toman decisiones en procesos jurídicos, adapten las normativas y procedimientos judiciales, considerando una aproximación desde una mirada intercultural. En este contexto, el enfoque de justicia adaptada a los NNA es crucial para avanzar hacia sistemas judiciales que sean amigables y adecuados para NNA en contextos de migración, esto es, que sean capaces no sólo de adaptarse a la condición de NNA, sino también a su realidad sociocultural. La justicia adaptada a los NNA ha sido un tema que ha cobrado relevancia en los últimos años e incluso organizaciones como la Comisión Europea han respaldado iniciativas encaminadas hacia su consecución (Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2017).²

² Respecto a las Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa (2011), la justicia adaptada a los NNA hace referencia a los sistemas de justicia que garantizan el respeto y la aplicación de los derechos del NNA considerando los principios de 1) **Participación**, que hace referencia, entre otros aspectos, al respeto del derecho de los NNA a ser informados sobre sus derechos, a que les sean otorgadas vías adecuadas de acceso a la justicia, a ser escuchados y consultados, otorgando la importancia que merecen sus opiniones. 2) **Interés superior del niño**, lo que implica que sus puntos de vista reciban la importancia correspondiente, que todos los derechos del NNA sean respetados y que las autoridades adopten un enfoque integral que considere todos los intereses en juego. 3) **Dignidad**, teniendo en cuenta que el trato hacia los NNA debe ser de cuidado, sensibilidad, equidad y respeto, considerando su situación personal, bienestar y necesidades y respetando su integridad física y psicológica. 4) **Protección de la discriminación**, esto implica que los NNA más vulnerables, como los migrantes, los solicitantes de asilo, refugiados o no acompañados pueden necesitar que les sea otorgada una protección y asistencia específicas respecto a este principio. 5) **Estado de Derecho**, que hace referencia a que en todos los procedimientos judiciales y no judiciales se debe asegurar a adultos y NNA los elementos del debido proceso y debe considerarse el derecho al acceso a mecanismos de denuncia adecuados, independientes y eficaces (Council of Europe, 2011).

En general, se observa que los NNA se siguen enfrentando a distintas barreras en el acceso a la justicia, en parte debido a la falta de información sobre procedimientos judiciales y conocimiento sobre sus propios derechos, lo que ha evidenciado incluso que la disponibilidad, calidad, accesibilidad y valor de la información sobre las leyes relevantes para la infancia han sido poco exploradas (Stalford, Cairns y Marshall, 2017). Esto implica que falta mayor consideración de los NNA como un grupo poblacional vulnerable (Ortega, 2017), más aún, esto se complejiza cuando hay otras variables que generan aún mayor vulnerabilidad, como es el ser migrantes (Grau y Margarit, 2017 ; y Crock 2010).

Por tanto, una justicia adaptada a los NNA migrantes requiere el reconocimiento, la consideración y el ejercicio de estos principios para lograr derribar barreras en el acceso de los NNA a la justicia y facilitar su participación efectiva en procedimientos judiciales por medio de la adaptación de los procedimientos judiciales, con la finalidad de prevenir la vulneración de derechos de NNA (Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2017). Pero, además de cumplir con los criterios expuestos, también se debe considerar que la condición de migrante acarrea una desigualdad cultural, por tanto, también es necesario priorizar en la pertinencia con la que se maneje el factor cultural en el acceso a la justicia de NNA migrantes.

En este sentido, la clave está en el concepto de interculturalidad abordado anteriormente. La interculturalidad implica el reconocimiento de distintas culturas (Fraser, 2003), pero también considera el cuestionamiento y los cambios estructurales de la forma en que se perpetúan las relaciones y condiciones de poder que son desiguales para la población migrante (Walsh, 2010). De esta manera, la existencia y aplicación de criterios de pertinencia intercultural en la defensa de los derechos y garantías de NNA en contexto de migración y sus familias tendrá éxito en la medida en que se consideren ciertos aspectos, por ejemplo, que cada cultura tiene la misma valía y en ese sentido también las personas que

pertenezcan a ellas; que se garantice el reconocimiento de las diferencias y similitudes culturales para comprender el carácter de las expectativas que se tienen (Alarcón, 2003); permitir, en la construcción de políticas públicas interculturales, la toma de decisiones ligadas a elementos culturales desde los propios grupos minoritarios; involucrar una participación plena en la toma de decisiones; y caracterizar la normativa desde un conjunto de prácticas en las que participa cierta comunidad, donde la pertinencia debe relacionarse con el sentido de comunidad y diálogo demarcado por la relación con "los otros" y con las instituciones (Yúdice, 2006).

Siguiendo a Álvarez Pérez (2012), desde las ciencias sociales la tensión que aparece en el marco de acción desde el reconocimiento de la diversidad cultural se convierte en un problema central a ser intervenido y esa intervención debe ser un "proceso que reconozca las manifestaciones de las diferentes realidades subjetivas e intersubjetivas en los contextos, y apoyada en lo teórico, configure objetos y estrategias metodológicas potenciadoras de pluralidad, reconocimiento del otro, diálogo intersubjetivo y democratización del poder" (Pérez, Álvarez, 2012, p. 275). Esta realidad plantea considerar las barreras de acceso de los NNA en contexto de migración y sus familias y contemplar las diferencias en cuanto a recursos de todo tipo, para trabajar así en la igualdad de oportunidades. De tal manera, en el acceso a una justicia adaptada a la niñez deben construirse criterios precisos desde la pertinencia intercultural, comprendiendo siempre las expectativas que los NNA en contexto de migración y sus familias tienen desde su universo cultural.

IV. Criterios con enfoque intercultural para el acceso a la justicia de NNA en contextos de movilidad internacional

A partir de lo planteado en los apartados anteriores, es posible definir los criterios que serán relevantes para facilitar el acceso a la justicia de NNA migrantes y sus familias desde una perspectiva intercultural en el marco de un sistema judicial que se adapte a la realidad y las necesidades de los

NNA en contextos de movilidad internacional. En este sentido, los principios mencionados desde el enfoque de justicia adaptada se configuran como punto de arranque considerando que la exposición y participación de NNA no ocurre en las mismas condiciones que las de un adulto y, por tanto, los sistemas de justicia deben adaptarse a esta especificación y condición: principio de participación, interés superior de la niñez, no discriminación, dignidad, Estado de Derecho, la supervivencia y el desarrollo del niño/a y el derecho a ser escuchado en todo procedimiento judicial y administrativo que le afecte (Council of Europe, 2011).³

Por lo mismo, hay que recalcar que, si bien en este capítulo se aborda principalmente desde el sistema de justicia, los principios y derechos de NNA deben ser siempre respetados y considerados criterios mínimos para todos los adultos que se vinculen con los NNA migrantes, y esto aplica principalmente para los padres, representantes, acompañantes y cuidadores. Esto se indica porque es necesario considerar en todo momento la responsabilidad de los padres, representantes y cuidadores migrantes en el cuidado y respeto de los derechos de NNA migrantes. Lo relevante es el aseguramiento de la protección integral de la infancia en contextos de migración internacional.

Además de lo anterior, es importante mencionar que los criterios de pertinencia intercultural no se encuentran definidos con la misma claridad y formalidad que los principios asociados a los derechos de los

³ Respecto a esto, el Comité de los Derechos del Niño da ciertas recomendaciones y criterios para alcanzar un acceso a la justicia que sea amigable para NNA: Adaptación de entorno y métodos de trabajo que sean consecuentes con sus capacidades; tiempo y recursos para asegurar su preparación, confianza y la oportunidad de aportar sus puntos de vista; y teniendo en cuenta la edad y, por tanto, las capacidades de los niños, considerar los diferentes niveles de apoyo que puedan ser requeridos (Berrick, Dickens, Pôsô y Skivenes; 2018).

⁴ Además, partiendo de la Regla N° 78 de las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad, aprobadas por la XV Cumbre Judicial Iberoamericana (2008), se presentan criterios y reglas para los procedimientos judiciales en los que participen NNA, considerando su edad y desarrollo integral (XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, 2008), por ejemplo, ser celebrados en una sala adecuada, facilitar la comprensión basándose en un lenguaje sencillo; y la evitación de todo formalismo innecesario.

NNA, los cuales ya están ampliamente validados a partir del enfoque de la justicia adaptada para NNA. Por tanto, el desafío es nombrar los criterios normativos de pertinencia intercultural que pueden ser la base y facilitación del acceso de NNA migrantes a los procesos judiciales.

Hasta el momento, existen escasos lineamientos teóricos y técnicos unificados y desarrollados en profundidad en la literatura; si bien existen documentos que reúnen reglamentos respecto al acceso a la justicia de población vulnerable, como las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad (XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, 2008), no se aborda explícitamente desde un enfoque intercultural y están más bien acotados a la realidad de América Latina. Por tanto, la identificación de los criterios de pertinencia intercultural identificados en este capítulo surgen desde la revisión extensa y diversa sobre la experiencia de los distintos Estados y sistemas judiciales, literatura especializada, expertos y documentos donde se ha abordado esta temática, quienes entregan luces claras desde donde se puede encontrar el punto de partida para poder avanzar hacia mayor claridad y certeza de cómo se espera una implementación pertinente por parte de los sistemas judiciales en términos de interculturalidad.

En el acceso a la justicia de NNA migrantes, la tensión intercultural aparece desde el incumplimiento de los principios ya mencionados y también como la ausencia de garantía de condiciones jurídicas bidireccionales, acceso y garantía en los juicios, especialización y desarrollo de competencias de los equipos jurídicos en herramientas interculturales para la mediación, lo cual tensiona las interacciones y vínculos entre los NNA y sus familias y los actores del sistema judicial y afecta directamente el bienestar de los NNA y sus derechos (Ministerio de Relaciones Exteriores *et al*, 2016; Keyes, 2016; y Hlass, 2017). Desde aquí, el ejercicio de definir posibles criterios que sean pertinentes a la diversidad cultural es fundamental. En este apartado se discuten estos criterios a la luz de la experiencia internacional, y específicamente a partir de cómo desde la li-

teratura especializada se identifican orientaciones interculturales para poder manejar y abordar casos que se vinculen con NNA migrantes y sus familias.

1. Igualdad ante la ley y respeto de las diferencias culturales

Uno de los primeros criterios encontrados y que está más abordado en la literatura, especialmente en el marco de la Unión Europea, surge desde la importancia de abordar y garantizar la igualdad ante la ley desde el respeto a las diferencias culturales (Rodríguez, 2011). A partir de esto, en el caso europeo se reconocen en el Consejo de Ministros de Justicia y Asuntos de Interior de la Unión Europea durante el año 2004 los Principios Básicos Comunes (PBC) como una política común de integración en el marco de la experiencia migratoria (Rodríguez, 2011; y González-Rábago, 2014). Estos PBC configuran un proceso bidireccional donde las personas migrantes conocen y respetan las normas de la sociedad que los recibe, y al mismo tiempo la sociedad receptora respeta y conoce los valores diferenciales y las diferencias culturales de la población migrante (Rodríguez, 2011 y; González-Rábago, 2014), esto aseguraría, por ejemplo, la accesibilidad e inclusión en el sistema judicial de los NNA migrantes independientemente de su idioma, (Del Valle y Ortiz, 2002).

En España, por ejemplo, existe reconocimiento jurídico del pluralismo (pluralidad cultural) (Rodríguez, 2011, p. 194) e incluso se reconoce como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico a partir de los PBC. Sin embargo, la realidad española no responde a este modelo de integración en su totalidad, sino que se presenta un marco jurídico heterogéneo, diverso y a veces incoherente (Borges Blázquez, 2013) que esconde un proceso de asimilación obligatoria que se basa en cuánto los migrantes conocen el idioma, la historia y la cultura del país receptor (González-Rábago, 2014), esto es, que para que la integración suceda es indispensable que quienes llegan al país receptor deben tener un conocimiento básico de estos elementos, cumpliendo una de las partes del

proceso bidireccional, donde se indica que los migrantes deben conocer y respetar las normas y cultura del país receptor. Pero desde la otra vereda, donde es la sociedad receptora la que debe respetar y conocer las diferencias culturales de la población migrante, no se presenta de la misma manera, con la misma exigencia (González-Rábago, 2014).

Por otro lado, relacionado con este proceso bidireccional que debe considerarse como un criterio en el acceso a la justicia, Canadá podría ser un ejemplo de un Estado más avanzado en este tema. Es el primer país en adoptar un modelo multicultural, se reconoce como país bilingüe y bicultural y, además, se encuentra en su Constitución la política de multiculturalismo, la cual refleja la diversidad cultural y racial de la sociedad canadiense y reconoce la libertad de todos los miembros de su sociedad para preservar, mejorar y compartir su patrimonio cultural (Choquet, 2017). Si bien su modelo ha pasado por distintas fases y transformaciones y no está exento de falencias, se destaca por tomar en consideración las raíces culturales y religiosas de las personas migrantes para facilitar su integración en la sociedad. Esto se refleja en que aplican la "adaptación/acomodación razonable" de algunas leyes que podrían ser discriminatorias para algunas minorías (Choquet, 2017). La implementación de esta medida refleja el grado de flexibilidad de las leyes y políticas que surge desde la consideración de que algunas leyes no funcionan en algunas situaciones donde es necesario que respondan a la diversidad cultural. La "adaptación razonable" es un mecanismo que proviene de la legislación laboral de aquel país, donde tanto empleador como empleado se ponen de acuerdo en si una normativa de la empresa en la que trabajan es discriminatoria para el empleado por su religión, origen o discapacidad (Choquet, 2017).

En este caso, es posible ver un proceso de bidireccionalidad que más allá de basarse en principios, como los PBC, se sustenta en la flexibilidad y el reconocimiento previo de que algunas leyes y normativas son perfectibles desde el enfoque intercultural y, por tanto, desde esta práctica se

fomenta la facilitación de la integración de población migrante en un marco jurídico.

Ahora, si bien en este capítulo se pone el foco en los sistemas de justicia como tal, también es necesario mencionar que no se debe descuidar la responsabilidad de los cuidadores y padres migrantes y la exigencia a ellos de respetar y promover los derechos de NNA. El contexto adverso y crítico en que las familias migrantes se encuentran incide en las trayectorias de desarrollo y el ciclo vital de los niños/as y por ello es relevante en todo momento hacer un seguimiento del cumplimiento de estos derechos. Así, lo que se busca es la superación de un paradigma adulto-centrista de crianza, donde los vínculos entre adultos y NNA son verticales y los adultos son posicionados en una escala superior, creyendo que tienen más derechos que éstos, inculcando la obediencia a ciegas e imponiendo normas de arriba hacia abajo, es decir, de padres y madres o cuidadores/as a hijos/as (Saracostti, Caro, Grau, Kinkead y Vatter, 2015; y Jové, 2009).

Sin embargo, en todo momento hay que considerar que desde el enfoque de la interculturalidad crítica es la población migrante, en este caso las familias y NNA migrantes, la que se encuentra en posición y condiciones desiguales respecto a las sociedades receptoras que tienden a imponer su cultura a quienes llegan (Walsh, 2010) y en este contexto, la evidencia muestra que el ejercicio de la crianza en contextos de migración, la experiencia de ser niño/a y migrante al mismo tiempo y la calidad de vida de los NNA migrantes es una situación compleja y difícil para quienes migran, mucho más que para las sociedades receptoras. La implementación del criterio de bidireccionalidad está ligada entonces a cómo los Estados y sistemas de justicias crean y promueven marcos normativos robustos para la población migrante, y por ello es tan importante la aplicación de este criterio, para que así tanto quienes se encuentran en contexto de migración internacional como las sociedades receptoras cumplan con los derechos y principios de NNA migrantes.

2. Promoción de saberes y diálogo intercultural

Otro criterio relevante, vinculado al proceso bidireccional y que se relaciona con la importancia de contar con un sistema de justicia adaptado y amigable para NNA, es la consideración de los saberes de los NNA migrantes y la promoción del diálogo intercultural, esto es, no basta con el reconocimiento de la diversidad cultural y el respeto de los derechos de NNA migrantes, sino que los Estados y sus sistemas judiciales deben ser activos respecto a la participación de los NNA migrantes y sus familias en los distintos ámbitos que toca el fenómeno migratorio y particularmente en el ámbito judicial, y para esto el diálogo intercultural es clave (Hernández, 2007; Hrubec, 2010; Mansouri, 2017; y Valladares y Olivé, 2015).

El concepto de diálogo intercultural ha sido ampliamente abordado en el marco de los Derechos Humanos. Hrubec (2010), aborda desde una perspectiva jurídico-filosófica el potencial de consenso entre distintas culturas a partir del diálogo intercultural en el marco de los derechos humanos, y cómo este puede aportar a la erradicación de la imposición coercitiva de los derechos humanos de algunas culturas sobre otras. En este contexto, Hrubec considera que a partir del diálogo intercultural se puede identificar las normas sociales, discutirlos críticamente y crear nuevas que puedan ser compartidas por culturas individuales de manera universal. Si bien el autor asume que este concepto tan amplio no puede entregar soluciones a todos los problemas sociales, económicos, políticos y otros asociados, lo que sí se puede hacer es crear las condiciones para un marco intercultural importante para trabajar en estos problemas. En palabras del autor, "el objetivo es llegar a un consenso transcultural comúnmente compartido a partir de medios interculturales para reemplazar la actual situación supracultural que no es universalmente aceptada" (Hrubec, 2010, p. 186).

Con base en lo anterior, es esencial entonces reconocer que lo que caracteriza significativamente al diálogo intercultural es el esfuerzo por en-

contrar un rasgo transcultural en común que pueda ser compartido por todas las culturas (*ibidem*). Además de lo anterior, y a la luz de un enfoque habermasiano, es clave entender que el contexto de los derechos humanos se establece como una institucionalización de las "condiciones de comunicación" en las cuales se forma una voluntad política (Habermas, 1998; Hrubec, 2010). En adición a esto, y refiriendo a Axel Honneth (1995), se debe comprender que los derechos humanos no son sólo las condiciones de comunicación, sino también el designio que las personas se reconozcan entre sí para disponer y generar las condiciones sociales, económicas y cívicas necesarias de su respeto o dignidad (Hrubec, 2010).

Al reconocer la importancia de generar las condiciones comunicativas y sociales en el marco de los derechos humanos esto se puede extender a todos los ámbitos jurídicos. Desde esta línea basal, y para generar el diálogo, se considera esencial asegurar mediación, traducción e interpretación para generar las condiciones óptimas de acceso a la justicia de NNA migrantes. Y asimismo, es clave que quienes migran, familias y NNA migrantes, puedan acceder a conocer el idioma de la sociedad receptora, tengan opciones y busquen participar de instancias de aprendizaje de éste. Como lo indica Hrubec, el desafío en el diálogo es el aspecto lingüístico. Cada idioma o idiomas de las culturas individuales tiene sus propias características específicas que no son compartidas por otras culturas, sin embargo, esto no significa la imposibilidad de llegar a un consenso y, en este contexto, los sistemas judiciales deben generar las condiciones de diálogo.

3. Formación continua y desarrollo de habilidades y competencias

Por lo demás, los sistemas judiciales no sólo deben contar con competencias y habilidades lingüísticas para generar las condiciones dialógicas en el acceso a la justicia, si no que los procesos de mediación deben ir acompañados del desarrollo y la formación continua de habilidades y

competencias por parte de los equipos jurídicos y de todos aquellos que participen en el proceso por el cual los NNA acceden a la justicia (Hlass, 2017; Keyes, 2015; OHCHR, 2014; y UNICEF, 2009) para "facilitar el ejercicio de todos los derechos a todas las niñas y niños inmigrantes, atendiendo su participación en los asuntos que les afecten y a la reunificación familiar" (Pávez-Soto, 2015, p. 48).

La experiencia internacional muestra distintos ejemplos y prácticas para generar las condiciones óptimas para que la experiencia de acceso a la justicia sea bidireccional y basada en el diálogo intercultural, y que además con esto se garantice el cumplimiento de los principios que garanticen que es la justicia la que se adapta a la realidad de los NNA migrantes, y no al revés.

Desde América del Norte, específicamente Estados Unidos, se han definido algunas prácticas efectivas para asegurar el acceso a la justicia de NNA migrantes, a pesar de la gran diferencia en sus modelos de integración y políticas públicas asociadas a la migración. Hlass (2017) reúne en su publicación las mejores prácticas para la prestación de servicios legales a un gran volumen de NNA migrantes que escapan de sus países y buscan protección en Estados Unidos. Así, algunas prácticas efectivas identificadas en la representación de NNA migrantes son la de contar con representación legal y equipos jurídicos estudiados que tienen alta experiencia y conocimiento de casos de NNA migrantes, son especializados en población infanto-juvenil, en su mayoría son bilingües español-inglés y a menudo trabajan como parte de un equipo integral con asistentes legales, estudiantes de derecho y, en ocasiones, trabajadores sociales. Respecto a este punto, Hlass (2017), en línea con lo planteado por Hrebec (2010), destaca que el dominio del idioma permite la comunicación directa con los clientes, lo que genera la confianza fundamental para el éxito de un caso que comprende detalles delicados y traumáticos, como suele ocurrir para NNA migrantes. Una de las entrevistadas de su investigación indica "un niño debe poder contar su historia en un idioma en

el que se sienta cómodo" (Hlass, 2017, p. 279). Además, en las organizaciones que destacan por sus mejores prácticas, todos los defensores también trabajaron en ocasiones con intérpretes, lo cual es una habilidad fundamental para trabajar en comunidades que hablan una variedad de idiomas.⁴

El desarrollo de estas competencias interculturales por parte de todos los actores que pertenecen a los sistemas judiciales son entonces una herramienta clave para implementar criterios de bidireccionalidad y de diálogo en el acceso a la justicia de NNA migrantes. Según la UNESCO:

Las competencias interculturales son habilidades para navegar acertadamente en ambientes complejos marcados por la creciente diversidad de gentes, culturas y estilos de vida, en otros términos, habilidades para desempeñarse "efectiva y apropiadamente al interactuar con otros lingüística y culturalmente diferentes de uno mismo" [UNESCO, 2017, p. 10].

Si bien este tipo de desarrollo profesional se ha dado mayormente en el ámbito de la educación (UNESCO, 2017), éste es un complemento a los DDHH, puesto que promueven la coexistencia pacífica entre distintas culturas y, por tanto, una cultura global, cuyo sustento son los DDHH, requiere competencias y habilidad que sostengan y fomenten el diálogo intercultural. En este contexto, es vital que las y los abogados, así como las personas operadoras de justicia cuenten con especialización respecto a las competencias interculturales (Hlass, 2017; y Keyes, 2015) pero también es importante contar con profesionales de otras áreas, organizaciones sin

⁴ Este aspecto también es abordado por Keyes (2015), quien señala una serie de características clave para los NNA migrantes, tales como: capacidad de entrevistar y asesorar a NNA que han sufrido algún trauma debido a su contexto de movilidad y traspaso de fronteras; comprender los desafíos éticos de trabajar con NNA migrantes; fluidez idiomática (se refiere al español en el caso de Estados Unidos) o habilidades para trabajar con intérpretes; poseer conocimiento y familiaridad con las leyes de inmigración y de familia específicas; conocimiento de las opiniones de jueces particulares y los estilos de litigio de esos jueces y la capacidad de trabajar con otros profesionales como tutores legales, trabajadores sociales y psicólogos, entre otros.

finés de lucro, instituciones que apoyan en la facilitación del acceso a la justicia de NNA migrantes y mediadores con formación y competencias interculturales. Como se ha visto hasta ahora, la literatura rescata el papel de estos actores, puesto que trabajan en el campo de la migración internacional brindando un espacio para la información, el diálogo y la cooperación entre migrantes (documentados, no documentados y refugiados), ciudadanos, cortes y tribunales y agencias gubernamentales en los países de origen y destino (Taran, 2001; Hlass, 2017; Keyes, 2016; y Del Campo, Vilá, Martí y Vinuesa, 2006).

4. La mediación intercultural

Desde la vereda europea, particularmente en España (Del Campo, Vila, Martí y Vinuesa, 2006), se describe la utilización de la mediación intercultural como instrumento alternativo a las formas más tradicionales de gestión del conflicto asociada a la Ley Penal Juvenil española, puesto que se visibiliza un aumento de población migrante juvenil en sus centros de menores. En este estudio los autores dan cuenta de que los jóvenes migrantes además de encontrarse sometidos a violencia estructural, por el hecho de ser migrantes, se encuentran sometidos a violencia cultural (Galtung, 1990; Del Campo, Vila, Martí y Vinuesa, 2006). Al respecto, el rol de mediador, que es de negociación entre las partes sin imponer un resultado en la resolución final, considera competencias con pertinencia cultural, especialmente asociado a la comunicación y el lenguaje, puesto que es la principal herramienta para generar el diálogo cultural.

Otro país donde se recalca la importancia de generar mecanismos y prácticas para subsanar las barreras con las que se encuentran la población migrante en el acceso a la justicia es Australia. En el documento *Access to Justice for People from Refugee and Migrant Backgrounds in Australia* (Settlement Council of Australia o por sus siglas SCoA) se parte de la base de que el sistema judicial australiano es una compleja combinación de leyes federales, estatales y locales para una persona migrante, puesto que son procesos con los que no están familiarizados. Ante esta situa-

ción, se ha intentado dar respuesta a estas barreras tanto desde cambios en las políticas gubernamentales, pero también desde organizaciones civiles que prestan servicios al sistema judicial. Muchas de estas organizaciones ofrecen iniciativas y servicios de apoyo para conectar a sus clientes con el acceso al sistema judicial. Por ejemplo, se destaca *Legal Aid*, institución que ofrece asistencia jurídica gratuita o subvencionada a quienes la necesitan y cumplen la prueba de medios y méritos. También ofrecen talleres educativos gratuitos sobre el sistema legal australiano; centros de derechos y asesoramiento de migración, que ayudan con distintas solicitudes, especialmente de asentamiento de personas migrantes, apelaciones y evaluaciones con respecto a la ley de inmigración; clínicas de extensión de derecho civil y familiar, que ayudan a los clientes desde el punto de vista cultural y antecedentes lingüísticamente diversos con el sistema de derecho de familia, entre otros servicios. Dentro de una serie de recomendaciones que presenta este documento, específicamente la recomendación asociada a incrementar el compromiso, se encuentran acciones tales como: capacitar a la policía, los funcionarios judiciales, el personal administrativo y el jurado para que estén más conscientes y sean sensibles culturalmente; emplear personal cuyo trabajo sea específicamente abordar las barreras que enfrentan los migrantes en el sistema judicial y contratar intérpretes para trabajar con equipos jurídicos y demás profesionales legales para explicar el sistema legal y los problemas legales.

5. El desafío de la bidireccionalidad

Los criterios de pertinencia intercultural se basan principalmente en la importancia de la bidireccionalidad de los procesos, esto es, tanto Estado receptor como población migrante deben estar en conocimiento de las realidades culturales de cada actor. Puesto que estamos hablando de NNA, esto intensifica la importancia que adquieren las instituciones y los organismos de la sociedad receptoras al ser quienes deben generar las condiciones para que los NNA migrantes puedan acceder al sistema

de justicia, respetando los principios y recomendaciones mencionados al comienzo de este apartado, con énfasis en que son los sistemas de justicia y todos sus actores los que deben adaptarse a las condiciones de los NNA y garantizar que ellos estén adecuadamente preparados para poder ser escuchados. Específicamente desde el enfoque intercultural, es el diálogo intercultural el criterio último para generar un acceso a la justicia de manera óptima. Para esto, se destacan las siguientes medidas:

- Importancia de asegurar la entrega de información de manera bidireccional y completa, específicamente a partir de disminuir la barrera lingüística, asegurando intérpretes y traductores durante todo el procedimiento judicial y la correcta y cabal entrega de información, con el fin de que los NNA migrantes y sus familias estén informados de todos los aspectos relevantes del procedimiento legal en el que participan, y que al mismo tiempo genere confianza en el proceso.
- Asegurar la disminución de barreras culturales, por medio de la especialización de todos los actores del sistema de justicia en competencias interculturales y cualquier aspecto necesario para que los conocimientos y saberes culturales de los NNA migrantes sean considerados.
- Promover una cultura jurídica que esté en conocimiento de que ser NNA migrante está sujeto a una vulnerabilidad doble y compleja, y por tanto se debe asegurar asistencia legal gratuita y de calidad y medidas de facilitación de los procedimientos (desde el uso de lenguaje sencillo, simplificar formalidades, adaptación de los procedimientos a edad y desarrollo de los NNA migrantes)
- Asegurar una óptima organización y gestión judicial, que contemple a equipos multidisciplinarios y especializados en leyes migratorias y familiares, generación de medidas de agilización y prioridad en los casos, mecanismos de coordinación entre distintas instituciones y organizaciones, entre otras.

Junto con esto, si bien este capítulo se enfoca en la relevancia de que los sistemas de justicia implementen criterios de pertinencia intercultural a la hora de que NNA migrantes accedan a la justicia, es relevante que las familias también cumplan con los criterios mínimos respecto al cuidado y protección de NNA, y para esto, deben respetar tanto los derechos de NNA y también responder, promover y participar activamente de la aplicación y ejecución de los criterios de pertinencia cultural descritos, para así lograr una real implementación del enfoque intercultural en los sistemas de acceso a la justicia.

Para ilustrar lo anterior, cabe mencionar un caso en el cual se evidencia la importancia de contar con criterios de pertinencia intercultural para abordar la defensa y garantía de los NNA en contexto de migración internacional y sus familias garantizando que se cumplan los principios de la justicia adaptada a los NNA.

Cabe abordar un caso reconocido mediáticamente en Chile con respecto a una ciudadana haitiana y su hijo en el país. En febrero de 2019 documentaba el diario *La Tercera* (Baeza, 2019) que Vitha Malbranche, una mujer haitiana que se movilizaba entre Chile y Brasil en un bus con su hijo, en camino a encontrarse con su hermano, sufrió un cuadro ansioso, manifestando su angustia por medio de un ritual, pidiendo ayuda a sus dioses rezando y danzando, motivo por el que ella aseguraba haber sido detenida por carabineros. De tal forma, fue llevada al Hospital Regional de Iquique e internada en la Unidad Hospitalaria de Cuidados Intensivos de Psiquiatría, esto conlleva que fuera separada de su hijo que llevaba un proceso de lactancia materna ininterrumpida.

Se llevó a cabo una audiencia en el tribunal de familia, determinando el traslado del niño del Hospital Regional de Iquique a una residencia para niños lactantes y, por su parte, que la madre permaneciera internada en la UCI de Psiquiatría. No se le permitía ver o amamantar a su hijo y no tenía una persona que le tradujera y de tal forma informara las razones por las cuales estaba hospitalizada. Finalmente, el tribunal de familia

tomó la decisión de devolver el niño a su madre tras 20 días de separación. Sin embargo, en este ejemplo se visualiza cómo se generó una vulneración de los derechos del niño y de la madre debido a la incompreensión de aspectos culturales y de ausencia de consideración de tradiciones del país de origen de la madre. Aunque hubiera prevalecido allí el interés superior de la niñez y la reunificación familiar, habría sido necesario abordar la situación desde la comprensión a su universo cultural, porque en eso también radica el interés superior de la niñez. Además, es clave para eliminar la barrera lingüística en la promoción de un diálogo intercultural en el acceso a procesos judiciales, que las instituciones encargadas cuenten con traductores, intérpretes y mediadores con competencias interculturales en el proceso, para que se den las condiciones apropiadas para un diálogo intercultural.

Por lo anterior, se derivan tensiones entre los principios de la CDN, el enfoque de justicia adaptada y la necesidad de generar procesos judiciales, desde la bidireccionalidad y sustentados en el diálogo intercultural. Es clave la formación y especialización en competencias interculturales de todos los actores que participan en el sistema de justicia. También es clave que se respete el interés superior del niño/a, tanto desde la madre como desde el sistema de justicia, pues podría incluso argumentarse que los profesionales con menos conocimiento relativo a la pertinencia cultural son quienes tienden a solicitar más rápidamente medidas cautelares que comprenden la separación de NNA de sus familias, debido a criterios que se utilizan con población chilena, pero que en esos casos se cruzan con aspectos culturales como la imposibilidad de comunicarse con la familia debido a la barrera idiomática o las habilidades parentales debilitadas que además son medidas con instrumentos estandarizados y no contextualizados. Se evidencia una falta de aplicación de criterios que garanticen la pertinencia intercultural y donde flexibilizar y adaptar la normativa ante la realidad migratoria de los NNA y sus familias, la falta de diálogo y ausencia de bidireccionalidad en el proceso, la falta de mediación y ausencia de defensa de la madre, además de la carencia de

interpretación lingüística (en el segundo caso), generan una vulneración a los derechos del NNA migrante y su familia, en este caso la madre.

V. Conclusiones

La importancia de abordar la pertinencia intercultural en la defensa de los derechos y garantías de los NNA y sus familias en el marco de la migración internacional supone ciertamente un desafío para los Estados para garantizar estos derechos sin incurrir en fallas de tipo cultural que puedan generar los efectos contrarios en el interés superior de la niñez su bienestar y su desarrollo. Las consecuencias que se derivan para un NNA cuando no se respetan sus derechos, son de toda índole, repercutiendo significativamente en su desarrollo psicosocial y emocional, cuyas secuelas son difíciles de reparar.

Con ello, se evidencia además la necesidad de un proceso de revisión de la legislación aplicable, teniendo en cuenta que deben ser las normas que garantizan los derechos de los NNA las que primen por encima de la normativa migratoria. Pues se evidencia que al suceder en sentido opuesto se generan ciertas limitaciones y contradicciones en los procedimientos aplicados bajo el marco normativo. En torno a la defensa de los derechos de los NNA en contexto de migración internacional radica la importancia de una justicia adaptada a los niños acompañada de normativas que además consideren a la población culturalmente diversa y de tal forma se apliquen criterios que faciliten una aproximación pertinente en cada situación.

Lo anterior supone que los países deban diseñar políticas y leyes que proporcionen una protección integral a los NNA en contexto de migración internacional y que reconozcan desde el diálogo intercultural sus necesidades y vulnerabilidades específicas, pero además que pongan énfasis en la capacitación y conocimientos de los actores del sistema judicial, por ser ellos quienes deben garantizar las condiciones para que los NNA puedan acceder de manera amigable al sistema de justicia.

Para ello, es necesario el reconocimiento de los niños como grupo de población vulnerable, considerando, además, que esa vulnerabilidad puede acrecentarse a partir de otros factores como la migración, por lo que el sistema de justicia debe abordar de manera conjunta ambos factores para ofrecer respuestas que se adecuen a las necesidades de los NNA migrantes. En este sentido, se pone de manifiesto la importancia de considerar la variable intercultural en la justicia adaptada a la niñez, lo que debe ser complementado con una bidireccionalidad, en la que los padres, por su parte, respeten el cumplimiento de criterios mínimos en cuanto a cuidado y protección del NNA. Esto genera ciertas tensiones, considerando que muchas veces las condiciones de los padres (por estatus migratorio, carencia de un trabajo formal, dificultades de acceso a vivienda, etc.) no son lo suficientemente óptimas para garantizar un buen cuidado y protección de los niños, niñas y adolescentes. De tal forma, es allí donde el Estado podría tener una responsabilidad aún mayor en el apoyo a su protección.

Los sistemas judiciales están tradicionalmente pensados desde una perspectiva apta para personas adultas, complejizando el acceso a la justicia para NNA y dificultando que puedan reclamar sus derechos. Considerando que el acceso a la justicia es un requisito indispensable para garantizar la protección de los derechos de los NNA migrantes, se presentan varios desafíos para los sistemas de justicia, no sólo por la necesidad de ser adaptada a los niños, niñas y adolescentes, sino porque además debe garantizar la entrega de información de manera bidireccional y oportuna, disminuir las barreras culturales y asegurar la óptima gestión y organización judicial. En este sentido surgen interrogantes con respecto a la preparación de los sistemas judiciales y los diferentes Estados para asumir estos desafíos, la posibilidad y apertura de los actores pertenecientes al sistema judicial para dar este paso y la disponibilidad para incluir a personas culturalmente diversas en los sistemas judiciales que puedan tener una aproximación más cercana a la comprensión de los conflictos que trae consigo la migración.

Además de los desafíos planteados desde la necesidad de una justicia que se adapte y sea amigable con la niñez, la realidad de los NNA en contextos de migración exige más de los sistemas de justicia en la actualidad. A lo largo de este capítulo se evidencian las barreras a la igualdad de oportunidades y las diferencias en el acceso a los recursos de todo tipo, por la condición de niños y de migrantes. Es por esto que en el marco del acceso a una justicia adaptada a la niñez se hace cada vez más urgente la construcción de criterios que además de responder a los principios ya existentes y mínimos para NNA, se sustenten desde la pertinencia intercultural. Para esto, uno de los principales desafíos se presenta desde la unificación y consolidación de los criterios y condiciones con enfoque intercultural que deben ser provistos desde y para todos los actores participantes en el acceso a la justicia de NNA migrantes. En este capítulo se buscó identificar y delinear los criterios con base en una revisión de experiencias teóricas y prácticas, sin embargo, el desafío es que tanto este esfuerzo como el de otros autores por ir develando tanto las condiciones mínimas como óptimas para el acceso a la justicia de NNA migrantes, se formalicen desde las instituciones de cada Estado y en el ámbito internacional en un documento que tenga validez y el impacto suficiente para cambiar las dinámicas actuales del acceso a la justicia de NNA migrantes.

Otro de los desafíos o interrogantes que quedan abiertos, se relaciona con la implementación efectiva de estos criterios. Hasta ahora la evidencia muestra cómo distintos sistemas de justicia han intentado aplicar normativas que dan cuenta de una aproximación a esta problemática, sin embargo, aún queda mucho para que efectivamente prevalezcan criterios con un enfoque que considere las realidades socioculturales de los migrantes. La implementación de este tipo de normativa revela la importancia de que se trabaje en un cambio de paradigmas en distintos niveles de la sociedad, no sólo en términos judiciales, sino de formación y educación de los profesionales que forman parte de los sistemas judiciales, de las mismas familias migrantes y de la población en general para que

la bidireccionalidad y la reciprocidad cultural sea una realidad cada vez más posible en un contexto de movilidad internacional que demanda cambios culturales y que nos interpela a hacernos cargo de las vulnerabilidad y desigualdades a las que se encuentran expuestos los NNA migrantes.

Bibliografía

Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2017), Justicia adaptada a la infancia: perspectivas y experiencias de los niños y de los profesionales. Recuperado de: «https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2017-child-friendly_justice-summary_es.pdf».

Aguado M. T. (1991), La educación intercultural: concepto, paradigmas, realizaciones, en: Jiménez, M. C. (edit.). *Lecturas de pedagogía diferencial*, Madrid, Dykinson.

Alarcón, A. M., Astudillo, P., Barrios, S., y Rivas, E. (2004), "Política de Salud Intercultural: Perspectiva de usuarios mapuches y equipos de salud en la IX región", Chile, *Revista médica de Chile*, 132(9), 1109-1114. Disponible en: «<https://dx.doi.org/10.4067/S0034-98872004000900013>».

Alarcón, A. M., Vidal, A., y Neira, J. (2003), "Salud intercultural: elementos para la construcción de sus bases conceptuales", *Revista médica de Chile*, 131(9), 1061-1065. Disponible en: «<https://dx.doi.org/10.4067/S0034-98872003000900014>».

Alonso, J. A. (2011), *Migración internacional y desarrollo: una revisión a la luz de la crisis*, UN.

Appadurai, A. (2006), *Fear of Small Numbers. An Essay on the Geography of Anger*, Duham, Duke University Press.

Arango, J. (2005). "Dificultades y dilemas de la política de inmigración", en *Arbor*, 181(713), 17-25.

Bairoch, Baeza, A., (2019, 25 de febrero), Denuncian que mujer haitiana fue separada de su bebé tras ser internada en hospital psiquiátrico. *LaTercera*. «<https://www.latercera.com/nacional/noticia/denuncian-mujer-haitiana-fue-separada-bebe-tras-internada-hospital-psiquiatrico/543465/>».

Berrick, J.D., Dickens, J., Pösö, T. y Skivenes, M. (2018), International Perspectives on Child-responsive Courts, *International journal of children's rights*, 26, 251-277. Recuperado de «https://escholarship.org/content/qt7pr0x5wx/qt7pr0x5wx_noSplash_6fa37d379f45d87d7fec7dd41ab622f6.pdf?t=qa4vta».

CEPAL (2002), *Globalización y desarrollo*. Disponible en: «https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/2724/2/S2002024_es.pdf».

CEPAL y UNICEF (2010), *Infancia y migración internacional en América Latina y el Caribe. Desafíos*, *Boletín de la infancia y adolescencia sobre el avance de los Objetivos del Desarrollo del Milenio*, 11, 1-12. Recuperado de «<http://www.gfmd.org/mexico-2010/index.php>».

Ceriani, P. (2019), *Los derechos de los niños y niñas migrantes no acompañados en la frontera sur Española*, Madrid, UNICEF, Comité Español. Recuperado de «https://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/documentos_ficha.aspx?id=5750».

Ceriani, P. C., García, L., y Salas, A. G. (2014), Niñez y adolescencia en el contexto de la migración: principios, avances y desafíos en la protección de sus derechos en América Latina y el Caribe, *REMHU: Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*, 22(42), 9-28.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2017), *Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos-OEA

Comité de los Derechos del Niño, Naciones Unidas (2005), *Convención sobre los Derechos del Niño, Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, Observación General No. 6*. ACNUR. Recuperado de «<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3886.pdf>».

Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y Comité de los Derechos del Niño (2017), *Observación general conjunta núm. 3 del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 22 del Comité de los Derechos del Niño sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional*. Recuperado de «<https://www.refworld.org/es/docid/5bd780094.html>».

Corte IDH (2014), *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párr. 61.

Council of Europe (2011), *Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice*. Disponible en: «<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804b2cf3>».

Crock, M. E. (2010), "Justice for the Migrant Child: The Protective Force of the Convention on the Rights of the Child", en *Child-friendly Justice*, Leiden, The Netherlands, Brill | Nijhoff, doi: «https://doi.org/10.1163/9789004297432_019».

- XIV Cumbre Judicial Iberoamericana (2008), *Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad*. Disponible en: «<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>».
- Del Campo Soribas, J., Vila Baños, R., Martí Barberan, J. y Vinuesa Casas, M. R. (2006), "La mediación con jóvenes inmigrantes en el ámbito de la justicia penal juvenil: un enfoque educativo", *Revista de Investigación Educativa*, 24(1), 35-49.
- Del Valle Rojas, C. y Ortiz Veas, M. (2002), "Los desafíos de la interculturalidad en la transición de a justicia penal en Chile: cuentas pendientes", *Lengua y Literatura Mapuche*, pp. 217-226. Disponible en: «<http://publicacionescienciasociales.ufro.cl/index.php/indoamericana/article/view/537/445>».
- Delgado, J. (2019), Guía comentada de las Reglas de Brasilia Comentarios a las Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. HERRAMIENTAS EUROSOCIAL núm. 23/2019. Programa EUROsocial. Disponible en: «https://eurosocial.eu/wp-content/uploads/2020/02/Herramientas_23.pdf».
- Díez, B. (2016, 7 de abril), "Los niños que se enfrentan solos a tribunales de deportación en EE.UU", *BBC News Mundo*. Disponible en: «https://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/04/160405_eeuu_menores_migrantes_a_juicio_sin_abogado_bd».
- Espejo Yaksic, Nicolás, "El acceso a una justicia amigable para la niñez en contextos de movilidad internacional", en Espejo Yaksic, Nicolás, *Acceso a la justicia y protección integral de los derechos de las niñas y niños en contextos de movilidad internacional*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Dirección de Derechos Humanos, 2021, pp. 1-39.

- Espejo Yaksic, N. (2018), "International Laws on the Rights of Indigenous Children", en: Kilkelly U., Liefaard T. (eds.), *International Human Rights of Children*. International Human Rights, Springer, Singapore. Disponible en: «https://doi.org/10.1007/978-981-10-3182-3_21-1».
- Falicov, C. (2001), "Migración, perdida ambigua y rituales", *Perspectivas sistémicas*, 69.
- Feuk, R., Perrault, N., Delamónica, E. (2010), *Infancia y Migración Internacional en América Latina y el Caribe. Desafíos Boletín de la infancia y adolescencia sobre el avance de los Objetivos de Desarrollo del Milenio*, UNICEF, Oficina Regional para América Latina y el Caribe.
- Figueroa, L. (2015), "Educación mapuche e interculturalidad: un análisis crítico desde una etnografía escolar", *Chungará*, 47(4), 659-667. DOI: 10.4067/S0717-73562015005000040.
- Fraser, N. (2003), Social justice in the age of identity politics: redistribution, recognition, and participation, en N. Fraser y A. Honneth, *Redistribution or recognition?: a political-philosophical Exchange*, London: Verso.
- Giménez, C. (2005), "Convivencia: conceptualización y sugerencias para la praxis", en Puntos de Vista Cuadernos del OMCI, (1), 7-31.
- González, A. P. (2012), Garantías y acceso a derecho de los migrantes externos residentes en Argentina: focalizando la mirada en el Poder Judicial, *Jurídicas*, 9(2), pp. 105-123.
- González, A. P., y Plotnik, G. (2013), "Nosotros-otros", violencia simbólica y representaciones sociales sobre el migrante internacional. Un análisis en las instituciones educativa y judicial en la Ciudad de Buenos Aires y Gran Buenos Aires.

- Grau, M., y Margarit, D. (2017), La vulnerabilidad invisible de la Infancia migrante en Chile: Alcances y desafíos de las Políticas públicas en procesos migratorios, en: H, González y Cienfuegos J., *Familias Transnacionales: Un campo en construcción en Chile*, pp. 183-202, Santiago, Chile, CRANN Editores.
- Guerra, D., y Skewes, J. C. (2012), "¿La retórica de la equidad o la recuperación del espacio público? Un desafío para la interculturalidad", en J, Rowlands y J, Aylwin. *Desafíos para una ciudadanía plena en Chile hoy*, pp. 173-186, Temuco, Chile, Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas.
- Guizardi, M. (2016), "Migración y cultura: repensar las políticas migratorias en tiempos de realismo capitalista", en: Consejo Nacional de la Cultura y Las Artes (2016), *Interculturalidad y Migración Ponencias de II Seminario internacional sobre diversidad cultural en Chile y del II Coloquio Iber-Rutas de migración, cultura y derechos*, p. 187.
- Hannoun, H. (1992), *Els Ghetos de l'escola: per una educació intercultural*, Eumo.
- Hernández Reyna, Miriam. (2007), "Sobre los sentidos del Multiculturalismo e Interculturalismo", *Revista ra Ximhai*, mayo-agosto, año/vol. 3, núm. 002. Universidad Autónoma Indígena de México, el Fuerte, México. Pp. 429-42. Disponible en: «<http://redalyc.uaemex.mx/pdf/461/46130212.pdf>».
- Hlass, L. (2017), *Minor Protections: Best Practices for Representing Child Migrants*, 47 N.M. L. Rev. 247, p. 279. Disponible en: «<https://digitalrepository.unm.edu/nmlr/vol47/iss2/3>».
- Honneth, A. (1995), *The Struggle for Recognition*, Cambridge, Polity Press, Instituto Nacional de Estadísticas (INE) y Departamento de Extranjería y Migración (DEM). (2020, *Estimación de personas*

extranjeras residentes habituales en Chile al 31 de diciembre 2019. Recuperado de «https://www.ine.cl/docs/default-source/demografia-y-migracion/publicaciones-y-anuarios/migración-internacional/estimación-población-extranjera-en-chile-2018/estimación-población-extranjera-en-chile-2019-metodología.pdf?sfvrsn=5b145256_6».

Instituto Nacional de Estadísticas (INE) (2018), *Características de la inmigración internacional en Chile, Censo 2017*. Recuperado de «<http://www.censo2017.cl/descargas/inmigracion/181123-documento-migracion.pdf>».

Joiko, S., y Vásquez, A. (2016), Acceso y elección escolar de familias migrantes en Chile: No tuve problemas porque la escuela es abierta, porque acepta muchas nacionalidades. *Calidad en la Educación*, (45), 132-173.

Jové, R. (2009), *La Crianza Feliz. Como cuidar y atender a tu hijo de 0 a 6 años*, Madrid, España: La esfera de los libros.

Liwski, N. (2008), *Migraciones de niñas, niños y adolescentes bajo el enfoque de derechos*, Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos, Comisión Especial de Asuntos Migratorios. Disponible en: «https://www.fundacionhenrydunant.org/images/stories/biblioteca/ddhh-juventud/Informe%20al%20Consejo%20Permanente-OEA_Migraciones%20de%20Ni%C3%B1os%20Ni%C3%B1as%20y%20Adolescentes%20bajo%20el%20Enfoque%20de%20Derechos.pdf».

López-Sala, A. M. (2005), *Inmigrantes y Estados: la respuesta política ante la cuestión migratoria*, Barcelona: Anthropos Editorial.

Maldonado, C., Martínez, J. y Martínez, R. (2018), *Protección social y migración Una mirada desde las vulnerabilidades a lo largo del ciclo de*

la migración y de la vida de las personas, p. 28. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) y Cooperación Alemana. Disponible en: «<https://www.cepal.org/es/publicaciones/44021-proteccion-social-migracion-mirada-vulnerabilidades-lo-largo-ciclo-la-migracion>».

Mansouri, F. (2017), *Interculturalism at the crossroads: Comparative perspectives on concepts, policies and practices*, UNESCO Publishing.

Ministerio de Relaciones Exteriores, Defensoría Penal Pública, Ministerio Público de Chile, Ministerio de Justicia, Carabineros de Chile, Instituto Nacional de Derechos Humanos y Policía de Investigaciones (2016). Boletín estadístico núm. 2 Mesa interinstitucional de acceso a la justicia de migrantes y extranjeros. Disponible en: «<http://www.dpp.cl/resources/upload/files/documento/ea5714463e44fbfd79322a60c26a4adf.pdf>».

Observación general conjunta núm. 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno. Para acceder a una versión amigable para niños, niñas y adolescentes. Consultar: «https://violenceagainstchildren.un.org/sites/violenceagainstchildren.un.org/files/children_declarations/child_participation/finalmis_derechos_viajan_conmigo_final.pdf».

OHCHR (2014), Los derechos económicos, sociales y culturales de los migrantes en situación irregular, Oficina del Alto Comisionado, Nueva York y Ginebra. Disponible en: «https://www.ohchr.org/documents/publications/hr-pub-14-1_sp.pdf».

Organización Internacional para las Migraciones-OIM (2013), Informe sobre las migraciones en el mundo 2013: El bienestar de los migrantes y el desarrollo. Disponible en: «https://publications.iom.int/system/files/pdf/wmr2013_sp.pdf».

Organización Internacional para las Migraciones-OIM (2017), *Diálogo Internacional sobre la Migración 2017 Entender las vulnerabilidades de los Migrantes: un enfoque basado en soluciones para la elaboración de un pacto mundial que empodere a los migrantes y reduzca sus vulnerabilidades*. Disponible en: «https://www.iom.int/sites/default/files/our_work/ICP/IDM/2017_IDM/S%C3%ADntesis%20de%20conclusiones%20IDM%20workshop%2018_19%20julio%202017.pdf».

Ortega, D. (2019), "Interculturalidad en municipalidades de la región metropolitana", *Desafíos y buenas prácticas de los gobiernos locales en torno al trabajo con población migrante*, Servicios Jesuita a Migrantes, Chile.

Ortega, E. (2017), *Estándares para niñas, niños y adolescentes migrantes y obligaciones del Estado frente a ellos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Pavez-Soto, I. (2010), "Los derechos de las niñas y niños peruanos en Chile: La infancia como un nuevo actor migratorio", *Revista Enfoques*, 8(12), pp. 27-51.

_____ (2015), "Los derechos de las niñas y niños peruanos en Chile: La infancia como un nuevo actor migratorio", *Revista Enfoques*, 8(12), pp. 27-51.

Pérez Álvarez, A. (2012), "De la Diferencia Como Amenaza a la Diversidad Como Potencia: Reflexiones en Torno a la Relación Entre Ciudadanía Intercultural e Intervención en lo Social", *Eleuthera*, 7, pp. 264-281. Recuperado de «<http://bd.univalle.edu.co/login?url=http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=fua&AN=87526393&lang=es&site=eds-live>».

Poblete, R. (2006), *Educación intercultural: teorías, políticas y prácticas. La migración peruana en el Chile de hoy. Nuevos escenarios y desafíos para la integración* (Tesis doctoral). Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona.

Pozo, G. (2012), "Construcción y organización de escuelas interculturales. Asuntos pendientes y proyecciones", en J, Rowlands y J, Aylwin, *Desafíos para una ciudadanía plena en Chile hoy* (pp. 173-183). Temuco, Chile, Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas.

Quilaqueo, D. (2009). Interculturalidad en el contexto mapuche. *Revista Cuhso*, 17(1), 13-21. DOI: «<http://dx.doi.org/10.7770/cuhso-V17N1-art288>».

Rodríguez, J. A. (2011), "La integración intercultural en España: El mestizaje constitucional democrático", *Migraciones Internacionales*, El Colegio de la Frontera Norte, 6 (2), pp. 193-222. Disponible en: «http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1665-89062011000200007&lng=es&nrm=iso&tlng=es» (consultado el 13 de mayo de 2020).

Rodríguez, M. (1995), *Educación para la paz y el interculturalismo como tema transversal*, Barcelona, Oikos-Tau.

Rosello Torres, J. C. (2019), "El ejercicio de la magistratura con enfoque intercultural y pertinencia cultural", *Revista de Investigación de la*

Academia de la Magistratura, 1(1), pp. 101-128. Disponible en: «<http://revistas.amag.edu.pe/index.php/amag/article/view/6>».

Saracostti, M., Caro, P., Grau, M., Kinkead, A. y Vatter, N. (2015), "El derecho de participación en la niñez: alcances y desafíos para la investigación social", *Revista CLAD Reforma y Democracia*, 62, 211-244.

Settlement Council of Australia (SCoA), (2019), *Access to Justice for People from Refugee and Migrant Backgrounds in Australia*. Disponible en: «http://scoa.org.au/wp-content/uploads/2019/02/SCoA-Policy-Focus--Access-to-justice-for-people-from-refugee-and-migrant-backgrounds-in-Australia_Feb-2019.pdf».

Serrano, L. y Villegas, C. (2018), *La niñez migrante no acompañada: uno de los principales grupos vulnerables en un mundo globalizado. Un análisis jurídico comparado entre Argentina, España y El Salvador*, Consejo Federal de Estudios Internacionales, 325-249.

Simon, J., y González, C. (2012), "Conceptualizaciones interculturales de bienestar en comunidades Pewenche y Lafquenche: desafíos para el diseño de políticas públicas interculturales", en J, Rowlands y J, Aylwin, *Desafíos para una ciudadanía plena en Chile hoy*, pp. 173-196, Temuco, Chile: Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas.

Stefoni, C., Stang, F y Riedeman, A. (2016), *Educación e interculturalidad en Chile: un marco para el análisis. Estudios internacionales (Santiago)*, 48(185), 153-182.

Suárez, D. L. (2013), *De la construcción marginal de los niños y las niñas de la migración andina y la invisibilización de otras infancias migrantes en Santiago de Chile*, XXIX Congreso ALAS Chile Crisis y Emergencias Sociales en América Latina, Chile. Disponible en: «<https://www.researchgate.net/publication/258344292>».

Stalford, H., Cairns, L. y Marshall, J. (2017), "Achieving Child Friendly Justice through Child Friendly Methods: Let's Start with the Right to Information", *Social Inclusion*, 5(3), 207-218. Disponible en: «<https://doi.org/10.17645/si.v5i3.1043>».

Taran, P. A. (2001), Human rights of migrants: challenges of the new decade. *International Migration*, 38(6), 7-51.

Tavernelli, R. (2014), Migración y cultura como explicación del delito. El poder judicial, una institución del Estado en la que pervive el racismo. *Unidad Sociológica*, 1(1), 54-61.

Tijoux, M. E. (2013), "Las escuelas de la inmigración en la ciudad de Santiago: Elementos para una educación contra el racismo", *Polis*, 12(35), 287-307. Disponible en: «<http://dx.doi.org/10.4067/s0718-65682013000200013>».

UNESCO (2017), *Competencias interculturales. Marco conceptual y operativo*, Cátedra UNESCO-diálogo intercultural. Universidad Nacional de Colombia.

UNICEF (2006), *Convención sobre los derechos del niño*. Disponible en: «<https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>».

_____ (2009), Estudio sobre los estándares jurídicos básicos aplicables a niños y niñas migrantes en situación migratoria irregular en América Latina y el Caribe, *Argentina: Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Lanús*, 22.

_____ (2017), Constitución política e infancia Una mirada desde los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Chile, p. 10. Disponible en: «https://www.unicef.org/chile/media/1381/file/constitucion_politica_e_infancia.pdf».

United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Population Division ONU DAES (2019), International Migrant Stock 2019, (United Nations database, POP/DB/MIG/Stock/Rev.2019).

Ursola, D. (2012), Boaventura De Sousa Santos y la reconstrucción intercultural de los derechos humanos, *Jurídicas*, 9(2), 175-188. Recuperado de «[http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/juridicas_Vol9\(2\)Completa.pdf#page=105](http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/juridicas_Vol9(2)Completa.pdf#page=105)».

Valladares, L. y Olivé, L. (2015), ¿Qué son los conocimientos tradicionales? Apuntes epistemológicos para la interculturalidad. *Cultura y representaciones sociales*, 10(19), 61-101.

Vansteenbergh Waeterschoot, G. (2012), "Coexistencia de los tres modelos de integración en España", *Barataria. Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, Vol., núm.13, pp. 225-237 [consultado: 3 de agosto de 2020]. ISSN: 1575-0825. Disponible en: «<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=3221/322127623014>».

Walsh, C. (2010), Interculturalidad crítica y educación intercultural, CAB, 3. Recuperado de «<https://aulaintercultural.org/2010/12/14/interculturalidad-critica-y-educacion-intercultural/>».

Yúdice, G. (2006), "¿Una o varias identidades?", *Nueva Sociedad*, 201, 106-116.

Niños, niñas y familias migrantes en tribunales nacionales: los jueces y juezas como líderes en la protección de los derechos de la niñez

Lisa Marie LeSage*

Resumen

Las juezas y los jueces estatales de familia o niñez de todas las naciones, como encargados de decisiones que afectan la vida de las niñas y los niños, tienen la responsabilidad de asumir papeles de liderazgo en el establecimiento de un marco de protección de sus derechos. Al adaptar procedimientos específicos, interpretar leyes sustantivas apropiadas y participar en iniciativas de colaboración con otros actores de la justicia, los jueces y las juezas pueden ser agentes de cambio integrales en la construcción de enfoques de justicia más integrados, holísticos y flexibles para los niños, las niñas y las familias en contextos de migración.

I. Introducción

El artículo 20 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (CDN) establece que los Estados deben brindar asistencia

* Abogada de Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Ha sido una vice-decana y profesora de derecho de la Facultad de Derecho de Lewis & Clark, Northwestern en EEUU; y becaria Fulbright en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Actualmente dirige el Programa de Justicia (INL) de la embajada de EEUU en Costa Rica.

y protección especiales a las niñas y los niños que se encuentran temporalmente privados de su entorno familiar, y exige la implementación de estándares que promuevan el "interés superior de la niñez" como un "derecho, principio y regla de procedimiento" (Asamblea General de la ONU, 1989, art. 3, párr. 1; art. 20). El Comité de los Derechos del Niño ha sostenido durante mucho tiempo que la niñez en situación de migración internacional es particularmente vulnerable y, con frecuencia, ha instado a los Estados a establecer marcos que incluyan el acceso a los recursos administrativos y judiciales y la implementación de programas, procedimientos y políticas que garantizarán un tratamiento conforme a la convención (CDN, 2012). El Comité también exhorta a los Estados a recopilar datos e investigaciones para desarrollar políticas basadas en evidencia que garanticen que los niños afectados por la migración tengan acceso a la justicia (*ibidem*, pp. 15-16).

A medida que la migración se ha intensificado globalmente a niveles sin precedentes en los últimos diez años, la niñez y las familias migrantes han cruzado cada vez más las fronteras internacionales en busca de seguridad y protección. Después de cruzar estas fronteras, no sólo entran en contacto con las autoridades migratorias, sino que también es muy probable que ingresen al sistema judicial de un Estado por medio de una corte o tribunal de familia o de la niñez, en algún momento. Si bien estos tribunales desempeñan un papel muy importante en la vida de las niñas y los niños migrantes y sus familias, a menudo fallan al momento de brindarles un acceso adecuado a la justicia, ya que carecen de una normativa integral que incluya mecanismos para protegerlos. Lamentablemente, la niñez migrante no acompañada suele ser la más vulnerable frente a los sistemas de justicia familiares o para adolescentes.

Este artículo propone que los tribunales familiares y para adolescentes de diversos países que toman decisiones que afecten a la niñez, tienen la responsabilidad de asumir el liderazgo en el establecimiento de esta normativa integral. A partir de la adaptación de procedimientos específicos,

la incorporación de estándares adecuados y de la colaboración con otros actores de justicia, las personas juzgadoras pueden ser agentes de cambio en la construcción de enfoques mucho más integrales, holísticos y flexibles para la protección de la niñez y las familias migrantes.

En Estados Unidos, varios jueces y juezas comenzaron a emplear su *autoridad inherente* para llamar a la mesa a otros actores del sector de justicia, y se han formado asociaciones colaborativas e intersectoriales para implementar procedimientos judiciales adaptados a la niñez y recopilar datos que han llevado a una toma de decisiones judiciales más informada y comprometida, así como a resultados comunitarios positivos a largo plazo. Las iniciativas procesales, sustantivas y comunitarias de los tribunales estatales familiares y de adolescentes creadas demuestran que las personas juzgadoras pueden aportar enfoques más integrados, holísticos y flexibles para los procedimientos de estos tribunales y permitir un mejor acceso a la justicia.

II. Los tribunales estatales de familia y de la niñez desempeñan un papel fundamental al brindar acceso a la justicia a niños y niñas migrantes en Estados Unidos

Casi todos los niños migrantes y sus familias que acceden al sistema judicial en Estados Unidos lo hacen, en su mayoría, exclusivamente por medio de un tribunal estatal de familia o de la niñez. Según la legislación estadounidense, el derecho de familia y de la niñez está bajo la jurisdicción de cada uno de los 50 tribunales estatales. Estos tribunales tienen jurisdicción sobre una amplia gama de asuntos, incluido el derecho de familia tradicional, como el divorcio, la custodia, la manutención de los hijos y el cónyuge, y varias áreas relacionadas, como la dependencia, la negligencia, la tutela y la patria potestad/responsabilidad parental. Además, los tribunales penales (y los tribunales de familia y niñez en algunas jurisdicciones) tienen jurisdicción en algunos asuntos auxiliares que se entrecruzan con el derecho de familia y niñez, como la violencia familiar, el abuso infantil y las órdenes de restricción.

Los tribunales de familia y de niñez, en su calidad de portal principal a través del cual las familias migrantes acceden al sistema legal de Estados Unidos, desempeñan un papel único y fundamental en la impartición de justicia a los niños migrantes en dos aspectos importantes: 1) resoluciones y procedimientos judiciales que determinan sus derechos en la familia, la dependencia y cuestiones de justicia juvenil, y 2) la emisión de determinaciones específicas en casos de dependencia que pueden determinar su capacidad para permanecer en Estados Unidos según la ley de migración de dicho país (Estatus Especial para Jóvenes Inmigrantes o SIJS, por sus siglas en inglés). La comprensión del papel fundamental que cumple la migración en la vida de la niñez y sus familias, así como de las desventajas que sufren las niñas y los niños migrantes, es fundamental para el desarrollo de protocolos y estándares relativos al acceso a la justicia.

A medida que un número creciente de niños y familias han ingresado a los sistemas judiciales estatales, y más defensores han solicitado a las autoridades de migración el estatus SIJS para sus representadas y representados, los tribunales familiares y de la niñez se han encontrado directamente en cruce entre el derecho familiar, el de niñez y la migración. Estos jueces y juezas, quienes están distribuidos por todo el país, se enfrentan a las graves implicaciones sin precedentes que enfrentan la niñez migrante y sus familias, y los resultados adversos de los casos derivados de un sistema legal que no los protege. Los jueces y sus contrapartes del sector de la justicia han comenzado a reconocer, e intentado eliminar, la discriminación flagrante, los prejuicios implícitos y la ignorancia de muchos operadores de justicia que crean obstáculos para estos niños.

Si bien la Convención sobre los Derechos del Niño no se considera como fuente legal en el sistema legal de Estados Unidos, y dados los crecientes desafíos de la niñez migrante, varias jurisdicciones han utilizado el principio del interés superior como guía rectora. En particular, la necesidad de aplicar dicho principio en todos los asuntos relacionados con las niñas

y los niños, definiendo en forma individual y de acuerdo con la situación, contexto y necesidades personales de cada uno de ellos, la mejor solución posible (CDN, 2013, art. 3, párr. 1).

Para que suceda un verdadero cambio, el liderazgo comienza desde arriba —con las personas juzgadoras—, y con dos componentes fundamentales. Primero, los jueces, juezas y demás autoridades judiciales, deben examinar el comportamiento y los sistemas *dentro de sus propias salas de audiencias*. Deben revisar no solo su comportamiento, sino también el de todo el personal de la sala del tribunal que interactúa con las personas usuarias —especialmente cuando la jueza o juez no está presente—, y asegurar que los sistemas judiciales faciliten que las y los niños migrantes tengan acceso a los servicios y se sientan seguros.

En segundo lugar, las juezas y los jueces deben enfatizar en la creación de conexiones *fuera de la sala*, al buscar defensores y actores que sean esenciales para garantizar la justicia y que compartan algunos de los mismos objetivos. A su vez, las personas juzgadoras tienen la responsabilidad de garantizar que todos los "actores de justicia" de la comunidad que entran en contacto con las niñas y los niños cumplan con los más altos estándares de profesionalismo y atención, incluidos la policía, los fiscales, la barra privada, los defensores públicos, los servicios sociales y las agencias de bienestar infantil. En su calidad de árbitros que emiten órdenes que afectan la vida de los niños migrantes y sus familias, las responsabilidades judiciales bajo los estándares del "interés superior de la niñez" se extienden más allá de la toma de decisiones legales sólidas y les exigen asegurarse de que los procedimientos, el personal y los mecanismos estén establecidos en sus salas de audiencias para asegurar el éxito de cada niña y niño. Si los demás actores no hacen su trabajo, es poco lo que un juez o una jueza puede hacer para garantizar la justicia.

Como demuestra un estudio del Centro Nacional de Tribunales Estatales (NCSC, por sus siglas en inglés) de 2017 (Rodríguez, *et al.*, 2018, p.15), cuando los actores clave de justicia (jueces, fiscales, agentes del orden y

defensores) realizan esfuerzos concertados para colaborar y adoptar prácticas y políticas que permiten una atención individualizada a las necesidades de la niñez migrante, el sistema de justicia genera confianza dentro de la comunidad migrante, lo que resulta en una mayor cooperación y voluntad de confiar en el sistema de justicia y se alcanzan mejores resultados (*ibidem*, 101).

Las juezas y los jueces, en la mayoría de los países, ya tienen el poder dentro de sus mandatos para actuar como líderes, y así lograr la implementación de prácticas y procedimientos adaptados a las niñas y los niños que ofrezcan un mayor acceso a la justicia. En primer lugar, se explorarán los problemas que enfrentan los tribunales de familia y niñez de Estados Unidos en relación con la niñez migrante. Posteriormente, se presentarán ejemplos específicos sobre cómo las personas juzgadoras de varias jurisdicciones de este país han creado procedimientos, programas y prácticas amigables que se alinean a las normas y principios internacionales y nacionales para garantizar el acceso a la justicia.

III. Los problemas que enfrentan los tribunales de familia y niñez de Estados Unidos

Hay varios problemas importantes que enfrentan los tribunales de familia y niñez de Estados Unidos. Éstos han provocado que muchos jueces y juezas se vuelvan proactivos e implementen mecanismos adaptados a niñas y niños en sus tribunales. Estos temas no son de ninguna manera inclusivos, sin embargo, ilustran los innumerables desafíos que los operadores de justicia enfrentan a diario y que los han llevado a asumir papeles de liderazgo para reducir las barreras a la justicia.

1. El creciente número de migrantes, la marginación y la pobreza exacerbaban las brechas de acceso a la justicia para las niñas y los niños migrantes

Durante los últimos veinte años, los tribunales y cortes de familia y de justicia juvenil estatales han experimentado un fuerte aumento en el

número de migrantes adultos, infantes migrantes y familias de estatus mixto que ingresan por sus puertas (Rodrigues, *et al.*, 2018). Desde el año 2000, la población migrante total de Estados Unidos ha aumentado 45% (Batalova, 2020), y actualmente hay más de 44.7 millones de migrantes viviendo en el país, lo que representa casi 15% de la población (Instituto de Políticas Migratorias, 2020). Cuarenta y cuatro por ciento de esos migrantes tienen orígenes hispanos o latinos y casi la mitad (47%) tiene un Dominio Limitado del Inglés (LEP, por sus siglas en inglés).¹ El número de niñas y niños migrantes menores de 17 años con padres migrantes creció al menos 16% entre 2000 y 2018 (*idem*). Más de una cuarta parte de *todos los niños y niñas* en Estados Unidos viven en "familias de estatus mixto", lo que significa que tienen al menos un padre migrante (*idem*). Según los datos del censo más reciente de Estados Unidos, el 25% de todos los niños en el país, son migrantes (Rosenblum y Ruiz Soto, 2015, p. 9).

Aunque las migrantes y los migrantes representan ahora tres veces la proporción de la fuerza laboral civil estadounidense que lo que representaban en 1970 (Instituto de Políticas Migratorias, 2020), aún presentan más probabilidades de sufrir pobreza que las personas nacidas en Estados Unidos (*idem*). Además, casi 52% de la población migrante de Estados Unidos son mujeres y 48% de ellas se consideran como con Dominio Limitado del Inglés (LEP) (Migration Policy Institute Spotlight, 2020). Las mujeres migrantes también tienen muchas más probabilidades de trabajar en la industria de los servicios y al menos 16% vive en la pobreza (*idem*).

Las estadísticas muestran que los migrantes no autorizados también tienen más probabilidades de vivir por debajo del nivel de pobreza que las personas nacidas en Estados Unidos (Gelatt y Zong, 2018). La mayor parte de los que están empleados tienden a trabajar en áreas con los salarios

¹ El Instituto de Políticas Migratorias utiliza el término "Dominio Limitado del Inglés" para referirse a personas de 5 años o más que informaron que no hablaban inglés "en absoluto", "no bien" o "bien" en su encuesta.

más bajos, incluidas las industrias de los servicios, la construcción y la fabricación (*idem*). Los hijos e hijas de migrantes tienen aún más probabilidades de vivir en familias de bajos ingresos en comparación con los no migrantes (*idem*). La pobreza es el problema más importante que impregna las vidas de quienes viven en familias de estatus mixto y se cruza con otros factores de riesgo mencionados anteriormente. Por ejemplo, al menos 75% de menores de edad que viven con un padre no autorizado viven en la pobreza o casi en la pobreza y, de ellos, el 43% son considerados "lingüísticamente aislados", lo que representa un factor de riesgo significativo, incluida la dificultad para acceder a educación o a las instituciones y proveedores de servicios sociales y de salud (*ibidem*, p. 4).

Aunque no hay cifras exactas del número de migrantes sin estatus legal que viven en Estados Unidos, un informe de 2016 (Capps, *et al.*, 2016) estima que para enero de ese año, más de 11,300,000 "migrantes indocumentados" vivían dentro de las fronteras del país. Esto se traduce en que al menos 30% de *todos los niños y niñas estadounidenses menores de 18 años*, o 5.1 millones, viven con al menos un migrante indocumentado, y casi un millón de esos niños y niñas tienen el mismo estatus (*ibidem*, pp. 3-4). El informe también cita evidencia de que los niños con al menos un padre en situación irregular sufren claras desventajas, especialmente cuando sus padres carecen de recursos y de la posibilidad de obtener algún tipo de estatus legal formal (*ibidem*, p. 2). Además, el informe determinó que estos niños y niñas corren un riesgo mucho mayor que aquellas que no viven en familias de estatus mixto, incluido lo referido a su "Dominio Limitado del Inglés," el aislamiento lingüístico, la pobreza y un progreso socioeconómico reducido (*idem*).

Las hijas y los hijos de ciudadanos estadounidenses migrantes que viven en familias de estatus mixto y las hijas y los hijos de migrantes, enfrentan retos diferentes a aquellas niñas y niños hijos de ciudadanos blancos estadounidenses. Quizás el desafío más importante sea el trato desigual (discriminación manifiesta basada en su estatus migratorio o el de sus padres)

en los tribunales, escuelas, entornos de servicios sociales, empleo y sociedad (Thronson, 2005).

2. Falta de conciencia judicial sobre los complejos problemas que enfrentan los niños y niñas migrantes

Las juezas y los jueces, así como el personal del sistema de justicia, a menudo son ajenos a la discriminación clara, la marginación y los problemas de pobreza que enfrentan las familias y la niñez migrante, especialmente dentro del mismo sistema. Quizás los más insidiosos de estos problemas sean las políticas y procedimientos aparentemente neutrales que usualmente causan impactos negativos dispares en estos menores de edad y sus familias y que van en contra de los estándares internacionales que protegen el derecho a la vida familiar. Por ejemplo, las reglas generales de las cortes que requieren que todos los padres o tutores presenten alguna identificación oficial, como una licencia de conducir vigente, número de seguro social u otra identificación emitida por el gobierno cuando reclamen a sus hijos e hijas, pueden tener como consecuencia que los integrantes de la familia (indocumentados) se presenten frente al tribunal, lo que resultará en la separación de la familia. (Wilbur y Junck, 2014).

En 2017, el estudio del Proyecto Nacional de Defensa de las Mujeres Inmigrantes (NIWAP) junto con el Centro Nacional de Tribunales Estatales (NCSC) incluyó una encuesta a personas juzgadoras, fiscales, policías y defensores de las víctimas de los tribunales estatales de Estados Unidos para comprender mejor el efecto de la aplicación de la ley de inmigración sobre las víctimas de delitos en este gremio (Rodríguez, *et al.*, 2018). Las preguntas de la encuesta a las juezas y los jueces se centraron en la intersección del estado regular de migración y las preocupaciones de ésta en los tribunales penales y de lo familiar. En la encuesta participaron 133 jueces de 25 Estados diferentes, que presidieron una amplia gama de procesos, que incluyen órdenes de protección (81%), penales (78%), trata (59%), custodia y manutención de menores (49%), dependencia

(41%), divorcio (40%), tutela (35%) y delincuencia (32%) (*ibidem*, pp. 4-22).

Esta encuesta encontró que sólo en 2016 y 2017, las juezas y los jueces notaron un fuerte aumento en el número de casos que involucran a migrantes y personas con dominio limitado del inglés en sus tribunales: un aumento de 14% en los casos de divorcio; un aumento de 19% en los casos de dependencia juvenil; un aumento de 19% en casos de manutención infantil; un aumento de 20% en los casos de custodia; un aumento de 23% en las órdenes de protección; y un aumento de 37% en casos penales (*idem*).

Las juezas y los jueces que respondieron a la encuesta notaron un incremento en los siguientes problemas: defensores que usan el estatus migratorio contra una parte contraria, falta de intérpretes judiciales calificados y un aumento en el nivel de falta de confianza de los migrantes en la policía, los tribunales y los funcionarios de gobierno (*idem*). Es alarmante que pocos jueces de tribunales estatales y defensores de las infancias desarrollen experiencia en leyes de migración, incluyendo cómo y en qué medida el estado migratorio de una persona puede afectar los resultados en los procedimientos judiciales estatales. Tampoco aprenden a redactar órdenes que brinden protección a las niñas y los niños que son elegibles de conformidad con el SIJS (Thronson, 2005 p. 66).

Otros hallazgos importantes de esta encuesta de jueces de tribunales estatales incluyen:

- 70% de los jueces y juezas informaron que sus jurisdicciones tenían un gran número de poblaciones con Dominio Limitado del Inglés (LEP), ya que hablaban 29 idiomas diferentes;
- Un número creciente de tribunales, fuera de las grandes áreas urbanas, están conociendo casos que incluyen a infantes migrantes y víctimas de delitos, (siguiendo las tendencias nacionales de personas

migrantes en los Estados Unidos que se mudan de áreas urbanas a comunidades rurales más asequibles);

- Más de un tercio de los jueces y juezas indicaron que no estaban familiarizados con el papel de los tribunales estatales a la hora de realizar determinaciones legales que los defensores de migración podrían utilizar como base para la protección migratoria (visas U para víctimas de delitos, visas T para víctimas de trata y visas SIJS para jóvenes migrantes especiales);
- Casi la mitad de las juezas y los jueces informaron haber visto un aumento en el número de casos penales que involucran a migrantes víctimas de delitos entre 2016 y 2017;
- Dos tercios de todos los jueces y las juezas informaron que los folletos informativos sobre los derechos de las víctimas migrantes no estaban incluidos en la información pública "Conozca sus derechos" de sus tribunales sobre los derechos de los menores de edad y migrantes, o no sabían si esa información se había proporcionado o no;
- Los jueces y las juezas informaron de un número creciente de litigantes que utilizan el estatus migratorio como una amenaza. Por ejemplo, tomar el pasaporte del migrante, amenazar con denunciarlos a ICE y retener a sus hijos e hijas;
- Sólo 19% de personas juzgadoras informaron que sus tribunales tenían políticas con respecto a la aplicación de la ley de inmigración en el juzgado o dentro de la sala de audiencias;
- Ochenta y seis por ciento de los que respondieron la encuesta a las fuerzas del orden informaron un aumento de migrantes LEP en sus jurisdicciones que necesitan servicios de interpretación;
- Casi 50% de personas funcionarias sintieron que el aumento de la aplicación de la ley de inmigración americana afectó negativamente sus relaciones con las comunidades de migrantes, haciendo que los delitos de trata de personas y abuso infantil sean más difíciles de investigar y procesar como resultado de los temores de los migrantes;

- Las personas defensoras de las víctimas informaron que la mayoría de sus representadas y representados fueron víctimas de abuso sexual y maltrato físico. También informaron que la mayoría de los hijos e hijas sufrieron agresión física, sexual o ambas;

Las personas defensoras informaron que las cinco razones principales por las que sus clientes no llaman a la policía para pedir ayuda o no siguen adelante con los casos judiciales son por temor a la deportación, temor a que un perpetrador tome represalias entregando a la víctima, temor a perder a sus hijos e hijas, temor a la aplicación de las leyes migratorias en el juzgado y temor de que el sistema de justicia no le crea a una víctima debido a su estatus migratorio (*idem*).

3. Falta de normas uniformes relacionadas con la "justicia adaptada a los niños" y su "interés superior"

Las personas titulares de órganos jurisdiccionales estadounidenses se encuentran en una clara desventaja en comparación con la de otros países cuando se trata de un estándar de aplicación universal para determinar el interés superior del niño o niña. Dentro de la legislación del derecho de familia y niñez de Estados Unidos no existe un estándar federal de "justicia para la niñez", ni una definición nacional uniforme de "interés superior de la niñez". Por el contrario, los jueces de cada uno de los 50 estados deben seguir los estatutos o jurisprudencia estatales que establecen las pautas y estándares del "interés superior de la niñez" y que los tribunales deben aplicar al tomar acciones en las que hay menores de edad involucrados (Szymanski, 2005) y muchos de esos estándares cambian a medida que evoluciona la jurisprudencia. A pesar de la falta de uniformidad, varios estados han adoptado algunos principios rectores comunes sobre el "interés superior de la niñez" (Departamento de Salud y Servicios Humanos de Estados Unidos, 2016), que incluyen:

- La preferencia por la unidad familiar;
- La protección de la salud, seguridad y protección de las niñas, los niños y jóvenes menores de 21 años;

- Adoptar decisiones de permanencia oportunas, y
- Que los menores de edad separados de su familia reciban atención, tratamiento y asistencia para convertirse en adultos autosuficientes.
- También hay algo en común entre los factores de "mejor interés" de la ley estatal que los tribunales deben considerar, aunque a menudo han sido criticados por llevar a toma de decisiones judiciales subjetivas (Kohm, 2008). Ellos incluyen (*idem*):
- Las relaciones entre el niño y quienes integran la familia o cuidadores;
- La capacidad de los padres para proporcionar vivienda segura, comida, atención médica y ropa suficientes; y
- La salud y bienestar físico y mental del niño o la niña

Las juezas y los jueces no sólo luchan con leyes estatales débiles, no uniformes y con directrices relacionadas con el "interés superior de la niñez", sino también con que no existen normas internacionales vinculantes para estos tribunales. Estados Unidos ha ratificado pocos instrumentos internacionales de derechos humanos, y ninguno que proteja específicamente a las niñas y los niños en general y a la niñez migrante en particular. De hecho, es el único país miembro de las Naciones Unidas que no ha ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), y por ello dicha convención no es vinculante. Aunque el gobierno estadounidense ha aceptado la jurisdicción en virtud de la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre, esa norma sólo prevé un derecho general bastante vago en relación con la protección de la familia y guarda silencio con respecto al acceso de la niñez migrante a la justicia y sobre el interés superior de la niñez (Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre, 1948, art. 6). Sin embargo, existe al menos algún argumento sobre que las juezas y los jueces pueden considerar el estándar vinculante del "interés superior de la niñez" de la CDN como consideración primordial. En *Beharry c Reno* (*Beharry c Reno*, 2d Cir. 2003, p. 601), un tribunal federal de primera instancia determinó que estas consideraciones tienen la fuerza del derecho internacional. Aunque la

decisión fue limitada, la conclusión sobre esa disposición de la CDN sigue en pie. Lamentablemente, el caso fue anulado por otros motivos y la opinión no ofrece ninguna orientación sobre lo que debe entenderse por "interés superior de la niñez" o los factores que un tribunal debería considerar para tomar tal determinación.

Aunque la ley y la política migratoria de Estados Unidos están estrictamente dentro del ámbito de la jurisdicción del gobierno federal (tribunales administrativos y tribunales federales), los tribunales estatales de familia y niñez desempeñan un papel único y fundamental en la determinación del destino de las niñas y los niños migrantes según la ley federal de migración, cuando no pueden ser reunificados con sus padres. Dicha disposición es clave en la Ley de Inmigración y Nacionalidad (INA, por sus siglas en inglés) ya que permite a un menor de edad migrante solicitar un "Estatus de Inmigrante Juvenil Especial" (SIJS) si éste puede producir un fallo de un tribunal de niñez estatal que haga determinaciones específicas en su nombre (Ley de Inmigración y Nacionalidad, 2006). El estado de SIJS brinda protección temporal contra la deportación (y la elegibilidad para solicitar la residencia permanente) a una persona menor de 21 años que no esté casada y no esté acompañada por uno de sus padres, si cumple con los requisitos legales.

La única forma en que la niñez migrante cumpla con el requisito de protección temporal es mediante la solicitud de una orden específica a un tribunal estatal de niñez o familia. La INA establece que quien presente una solicitud de SIJS debe tener una orden válida *emitida por un tribunal de niñez estatal* que establezca específicamente que:

[...] el niño depende de la corte o está bajo la custodia de una agencia o departamento estatal o de una persona o entidad designada por la corte; no puede reunirse con uno o ambos padres debido a cualquiera de las siguientes causas: abuso, abandono, negligencia o una base similar según la ley estatal, y no es lo mejor para el niño regresar al país de nacionalidad o última residencia habitual, ya sea de él o de los padres. (*Idem*)

A pesar de la referencia que hace el Estatuto sobre el ‘interés superior de la niñez’, cabe mencionar que éste no es el mejor estándar, pues tiene un enfoque limitado y aplica sólo a esas circunstancias específicas. Sin embargo, lo más importante para las niñas y los niños migrantes no acompañados y sus defensores es el hecho de que muy pocos jueces entienden la ley o cómo redactar órdenes que cumplan con los requisitos del estatuto (Rodrigues, *et al.*, 2018 pp. 7-85).

IV. Usar el Poder Judicial para establecer iniciativas procesales, sustantivas, colaborativas y de capacitación para mejorar el acceso a la justicia a niños y niñas migrantes

El informe del estudio NIWAP de 2017 describió varias recomendaciones importantes para los tribunales estatales de Estados Unidos que tratan cada vez más con migrantes, especialmente menores de edad, en áreas urbanas y rurales (Rodrigues *et al.* 2018). Estas recomendaciones están más estrechamente alineadas con las políticas establecidas en la Observación general 14 (OG-14) del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, referidas a la evaluación y determinación del interés superior de la niñez. Entre otras materias, la OG-14 incluida en análisis de las circunstancias que hacen que los niños y las niñas sean únicas (CRC / C / GC / 14, párrs. 48-49), así como garantizar medidas procesales que, a su vez, aseguren la plena participación de las y los infantes, incluida su capacidad para expresar sus opiniones y asegurándose de que estén plenamente informados (*ibidem*, párrs. 89-91). Entre las recomendaciones del informe figuran las siguientes:

- Las y los migrantes deben tener acceso a servicios cultural y lingüísticamente apropiados, incluida la interpretación;
- Se debe proporcionar capacitación y materiales continuos a las juezas y los jueces sobre la ley de inmigración y la protección de la migración para las víctimas y menores de edad;

- Se debe proveer información sobre derechos civiles, derechos de migración y beneficios a los migrantes; y
- Se deben desarrollar relaciones profesionales entre agencias para promover la colaboración entre las fuerzas del orden, las fiscalías, los tribunales y defensores (Rodrigues *et al.* 2018, pp. 59-60).

Las recomendaciones de este informe han contribuido en gran medida a aumentar la conciencia judicial sobre los desafíos únicos que enfrenta la niñez migrante en Estados Unidos. Como resultado, muchos jueces y juezas de familia y niñez han comenzado a actuar, capacitándose no sólo en la ley de migración, sino también en los principios internacionales que sustentan la protección de los derechos del niño y aplicando el principio del "interés superior" en la interpretación de la ley.

Asimismo, los jueces y juezas han comenzado a ejercer su papel como funcionarios judiciales para aplicar estos principios de protección infantil nacionales e internacionales en sus salas de audiencias y comunidades, incluyendo la implementación de capacitación, procedimientos, prácticas y marcos legales, para derribar barreras y construir caminos hacia la justicia para los niños y niñas más marginadas.

Aunque ha habido pocos esfuerzos por crear tribunales especializados o programas judiciales centrados exclusivamente en los niños y niñas migrantes, es posible reconocer algunos proyectos piloto prometedores, centrados en brindarles un mayor acceso a la justicia. Así, se han promovido programas específicos en un esfuerzo por aumentar el acceso a la justicia, incluyendo cambios en los procedimientos de administración de casos, implementación de tribunales especiales, inicio de programas de capacitación de actores del sector judicial, y colaboraciones con otros actores del mismo sistema.

Los siguientes ejemplos de estas iniciativas demuestran el poder de un juez o una jueza en lo individual para crear medidas de justicia adaptadas a las niñas y los niños al reunir a otros actores del sistema judicial,

como policías, trabajadores sociales, especialistas en sistemas de tecnologías de la información (TI) y defensores.

Estos innovadores proyectos piloto han sido iniciados por jueces y juezas que han decidido tomar un papel de liderazgo en la construcción de enfoques legales procesales, colaborativos y sustantivos para aumentar el acceso a la justicia para algunos de los niños y las niñas con mayor marginación en la sociedad norteamericana.

1. Implementación de procedimientos y aprovechamiento de datos para salvaguardar el interés superior de niñas y niños migrantes en los casos de SIJS: el caso de Maryland

Muchas de las barreras que enfrentan los niños y niñas migrantes para acceder a la justicia en los tribunales estatales son procesales. La Convención sobre los Derechos del Niño establece que: "En todas las medidas concernientes a los niños, iniciadas ya sea por las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño" (Convención sobre los Derechos de los Niños, 1989, artículo 3, párr. 2). El Comité, al ser el encargado de aplicar e interpretar la CDN, estableció directrices detalladas para aplicar este principio. Estos lineamientos incluyen la implementación de procesos formales con estrictas garantías procesales y procesos transparentes y objetivos para todas las decisiones tomadas en áreas que afectan directamente a las infancias. (CRC/C/GC/14, párrs. 85-99).

Las medidas para implementar procedimientos enfocados a menores de edad sólo deberán adoptarse después de una exhaustiva "evaluación del impacto sobre los derechos de la niñez" que contemple el interés superior como la consideración primordial. Estas evaluaciones deberán integrarse en los procesos gubernamentales en todos los niveles a fin de garantizar la buena gobernanza de los derechos de la niñez, así como "basarse en los principios generales y tener especial consideración por el

impacto diferenciado de la(s) medida(s) bajo consideración en los niños y niñas." (*ibidem*, párr. 99).

Al menos una jurisdicción en el estado de Maryland ha implementado procedimientos de acuerdo con este principio y con miras a fortalecer el acceso a la justicia para los niños migrantes que buscan el estatus SIJS. El Tribunal de Circuito del Condado de Montgomery es un gran tribunal local de Maryland de jurisdicción general, que maneja casos familiares y juveniles, así como todo tipo de casos civiles y penales (Fox, *et al.*, 2017). Los 24 jueces, los cinco magistrados de los tribunales de familia, los 14 jueces superiores y los 300 miembros del personal del tribunal atienden a una población de más de un millón de residentes del condado.

A partir de 2013, los tribunales de Maryland comenzaron a notar un aumento significativo en el número de casos de derecho familiar con solicitudes de determinación del SIJS (Fox, *et al.*, 2017, p. 4). El número promedio de casos familiares por mes con solicitudes de SIJS se duplicó en 2014, y los casos de custodia y tutela con solicitudes de SIJS aumentaron de 8% en 2014, a 24% en 2016 (*ibidem*). Este aumento también provocó una acumulación de casos, lo que ralentizó el proceso de toma de decisiones e incrementó el riesgo de no tomar decisiones oportunas. La administración del tribunal aprovechó esto como una oportunidad para examinar sus sistemas de gestión de casos, con miras a mejorar su eficiencia y garantizar que estos procedimientos se diseñaran de manera que se protegieran los derechos de la niñez en el proceso de migración.

En 2014, el tribunal comenzó a adoptar procedimientos para agilizar la gestión de estos casos y proporcionar una revisión más centrada de las solicitudes de SIJS. El tribunal separó los casos de tutela y custodia de SIJS de todos los demás casos de tutela y custodia y asignó casos SIJS a dos jueces, uno que presidió las tutelas con solicitudes SIJS, y el otro sobre los casos de custodia con componentes de SIJS (*ibidem*). Al mismo tiempo, el personal de la Corte desarrolló una metodología separada para procesar estos casos SIJS con el fin de garantizar que se hubieran completado

los requisitos legales federales complejos (como el servicio) antes de llegar a conocimiento del juez. (*ibidem*, p. 4) Como resultado de estas impugnaciones, el creciente número de casos SIJS que llegaron al tribunal, y de los datos recopilados sobre los esfuerzos de gestión de casos SIJS del tribunal de 2014-2016, el juez presidente del tribunal de lo familiar sugirió implementar una serie de cambios (*ibidem*, p. 6). Éstos incluyen:

- La implementación de un expediente especial para abordar los casos de SIJS y el trabajo pendiente, que dio lugar a una disminución de casi 50% en los casos pendientes y una tasa de autorización de 90% en 2016, frente a 32% en 2014.²
- Agregar un juez más al panel de los dos ya existente, en donde dos jueces atienden casos de tutela de SIJS y un juez, supervisa casos de custodia de SIJS;
- Ampliación de los servicios de gestión de casos a fin de garantizar que se cumplieran todos los requisitos de procedimiento, como la conclusión del servicio y la recopilación de documentos apropiados; y
- Adopción de un mecanismo de programación de casos impulsado por la Corte (frente a un mecanismo dirigido por un abogado o abogada) con fechas de audiencia establecidas automáticamente dentro de un periodo de tiempo establecido después de que se haya completado el proceso.

El tribunal también implementó mecanismos importantes para asegurar el monitoreo de datos y la automatización de las tareas que anteriormente se realizaban manualmente (por ejemplo, la emisión automática de una hoja de revisión antes de cada audiencia para informar al juez de la postura procesal del caso) (*ibidem*, p. 7). Por último, el tribunal determinó que era esencial que existiera una revisión constante de su sistema de

² *Id.*, en la nota al pie 33 - los autores explican que: "la tasa de aprobación se calculó dividiendo el número de casos que recibieron una orden de SIJS o que fueron de otro modo concluidas, entre la cantidad de casos en donde se presentó una solicitud de SIJS".

gestión de casos, para medir su eficiencia, así como para determinar si ello ayudaba o no a una mejor aplicación del derecho (*ibidem*, p. 5). En el informe final de 2017 sobre los esfuerzos del tribunal se enfatizó que:

Estas revisiones de las prácticas requerían colaboración y trabajo en equipo entre el personal de todos los niveles de la organización y un valor reconocido por el liderazgo de la corte en el uso de datos para informar las decisiones de la gestión. Los esfuerzos de gestión de casos del tribunal no se orientan únicamente a cumplir con un objetivo de desempeño o de ser eficiente a cualquier costo, sino más bien a asegurar eventos significativos que produzcan resultados sustanciales en el contexto de una justicia oportuna. El compromiso con estos principios de gestión de casos no puede ser exagerado, especialmente cuando se presidan casos que involucren a menores que buscan hallazgos fácticos para apoyar una solicitud de SIJS para el alivio temporal de inmigración [*Ibidem*, pp. 7-8].

Al reconocer primero la situación particular de vulnerabilidad en la que se encuentra la niñez ante el SIJS, como se reconoce en la CDN (CRC/C/GC/14, párrs. 75-76), el tribunal logró reestructurar los procedimientos para manejar sus casos y dar prioridad a los procedimientos que involucran a niños y niñas, especialmente quienes no están acompañados (CDN, 2017, párrs. 15-17).

Tal vez la lección más importante aprendida de este piloto de Maryland sea que un liderazgo judicial consistente y comprobado es un poderoso catalizador para impulsar el cambio. Los jueces y las juezas de esta jurisdicción de Maryland estaban dispuestos a dar un paso adelante y modelar el liderazgo de arriba hacia abajo, aprovechando la energía de otros actores en la administración de la Corte e insistir en que el personal de todo el sistema debe ir más allá de sus mandatos de oficina individuales y colabore entre sí.

En segundo lugar, el tribunal insistió en la necesidad de invertir en el capital humano y financiero para garantizar que dispusiera de los instrumentos técnicos adecuados para recopilar datos que pudieran ser incorporados fácilmente por el personal, y para contratar expertos capacitados con la educación y los antecedentes necesarios para puestos específicos.

Por último, el tribunal hizo hincapié en la colaboración transversal que invierta en la: construcción de relaciones no sólo dentro de las oficinas administrativas de la Corte, sino con partes interesadas externas, como la Oficina Administrativa del Estado, para identificar oportunidades de financiamiento y compartir recursos que el tribunal no podría haber generado por sí mismo (Fox, *et al.*, 2017, *ibid.* p. 8).

El informe final sobre este proyecto enfatiza que el impacto acumulativo del liderazgo de la Corte en estos ámbitos es profundo y se manifiesta desde el momento en que la persona entra en la recepción del tribunal hasta la resolución definitiva en la sala de audiencias. Estos resultados no vienen todos a la vez, sino que se construyen con el tiempo. Al comenzar poco a poco, e invertir tanto en datos como en capital humano, este tribunal demostró que podría proporcionar un mejor acceso a la justicia para los niños y niñas migrantes. Además de demostrar liderazgo judicial, las recomendaciones de este programa piloto de dos años incluyen:

- Identificar las métricas de gestión de casos, en casos de menores de edad migrantes y bases de datos y métodos que se pueden utilizar para informar sobre esas métricas;
- Colaborar regularmente entre las oficinas de los tribunales y las partes interesadas externas clave con el fin de salir del "pensamiento en silos", identificar las brechas, fortalezas y recursos que cada parte interesada pone sobre la mesa para abordar cuestiones comunes; y
- Proporcionar educación y capacitación continua sobre cuestiones relacionadas con la migración, no sólo para el personal judicial y

del tribunal, sino para y con defensores, fiscales y policías (Fox *et al.*, 2017, p. 9).

No se puede dejar de insistir en la importancia de recopilar, utilizar y monitorear datos para incorporar una evaluación sistemática de los sistemas que afectan directamente a las niñas y los niños migrantes, tal como instan las recomendaciones del Comité sobre los Derechos del Niño (CDN, 2012). El uso de este tribunal de Maryland de la recopilación y evaluación de datos es un excelente ejemplo de las recomendaciones del Comité en acción.

2. Construir enfoques colaborativos adaptables a los niños y niñas para aumentar su acceso a la justicia: Un estudio de caso en Texas

Uno de los principios más importantes consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño es el reconocimiento de que los niños y niñas son un grupo diverso, y como tal, cualquier evaluación de su interés debe ser llevada a cabo por profesionales capacitados, y "en la medida de lo posible" por un equipo multidisciplinario (CRC/C/GC/14, párr. 94). El Consejo Nacional de Jueces de Familia y Niñez (NCJFCJ, por sus siglas en inglés) ha trabajado con varios tribunales de Estados Unidos durante la última década para mejorar el acceso a la justicia para la niñez, fomentando enfoques colaborativos entre profesionales capacitados que se ocupan de ellos y con métodos que se fundamentan en la utilización de datos.

El Proyecto de Tribunales Modelo de la Ley de Víctimas —*The Victims Act Model Court Project*— (Tribunales Modelo) es resultado de la iniciativa del NCJFCJ para mejorar el acceso a la justicia para niños y niñas en casos de dependencia y negligencia, mediante la elaboración de directrices para las mejoras de los tribunales nacionales (Judges, 2017). Estas directrices de mejora judicial incorporan varios principios consagrados en la CDN para evaluar y determinar el "interés superior de la niñez". Gracias

a este documento, los tribunales modelo identificaron los obstáculos para tener acceso a la justicia e implementaron reformas para hacerles, los cuales luego se compartían con los tribunales de todo el país (*idem*). El proyecto modelo se extendió hasta más de 80 tribunales en todo el país (*ibidem*, p. 2). Como resultado del trabajo realizado en estos tribunales modelo, el NCJFCJ reestructuró el *Proyecto Modelo de Tribunales*, designando a los tribunales modelo iniciales para que sean "tribunales mentores" creados para compartir sus hallazgos, prácticas y políticas con tribunales adicionales (*idem*).

Con financiamiento de la Oficina de Justicia Juvenil y Prevención de la Delincuencia, el NCJFCJ desarrolló el Proyecto de Sitios de Implementación. A partir de este proyecto, las jurisdicciones que deseaban mejorar sus resultados fueron seleccionadas para implementar el Proyecto de Tribunales Modelo. Uno de esos sitios seleccionados fue el Tribunal del Valle del Río Grande Oeste, en Edimburgo, Texas, en los condados de Hidalgo y Starr, ubicado cerca de la frontera entre Estados Unidos y México (*ibidem*, p. 9). Estos dos condados tienen una tasa muy alta de personas de habla hispana de origen extranjero con tasas significativas de pobreza y otros desafíos. De acuerdo con las últimas cifras de un censo, más de 90% de la población en cada condado son latinos, casi 30% son nacidos en el extranjero, más de 80% de los hogares hablan otro idioma que no es inglés, más de un tercio vive en la pobreza y el ingreso anual promedio per cápita es inferior a \$16,500. (Censo de Estados Unidos, 2020).

Las personas migrantes y familias latinas enfrentan muchos desafíos únicos en estos condados de Texas, los cuales se acarrean a los tribunales. El juez Carlos Villalon Jr., quien es Asociado del Tribunal, preside casos en ambos condados (Tribunales del Condado de Hidalgo, Texas, 2020) y ha identificado varios factores culturales que los tribunales deben tener en cuenta para facilitar el acceso a la justicia (Chiamulera, 2018). Éstos incluyen: a) familias numerosas con varios menores de edad y extensas redes familiares; b) temor a denunciar abusos debido a su estatus migratorio; c) diferentes tradiciones y prácticas culturales que pueden

interpretarse como abusos por parte de oficiales de protección infantil desinformados y; d) una cultura de dominio masculino que se desarrolla de diferentes maneras en casos de abuso y violencia familiar (*idem*).

Desde que se convirtió en un proyecto de Sitios de Implementación en 2014, el Tribunal del Valle del Río Grande Oeste ha desarrollado varios enfoques colaborativos destinados a aumentar el acceso a la justicia para niños y niñas migrantes latinos y sus familias, que incorporan los métodos establecidos en la Observación General 14 de la CDN en cuanto a la evaluación y determinación del interés superior de un niño:

Evaluación [...] es llevada a cabo por el responsable de la toma de decisiones y su personal —si es posible un equipo multidisciplinario— y requiere la participación del niño. La "determinación del interés superior" describe el proceso estructurado y con garantías estrictas concebido para determinar el interés superior del niño tomando como base la evaluación del interés superior [CRC/C/GC/14, párr. 47].

En este tribunal de Texas, el juez se centró en crear un acceso adaptado a la niñez, utilizando equipos multidisciplinarios no sólo para llevar a cabo evaluaciones para mejorar los procedimientos, sino también para ayudar a evaluar y abordar las necesidades individuales de cada niño o niña. Los métodos que el tribunal empleó incluyen reunir a agencias que interactúan con los procedimientos judiciales de los tribunales de familia para examinar las tradiciones culturales y cómo éstas afectan todo, desde la toma de decisiones familiares hasta la crianza de los hijos. También tienen en cuenta la interseccionalidad de estas tradiciones culturales con temas de negligencia, pobreza y estatus migratorio, para que todas las agencias trabajen juntas para reconocer y eliminar los sesgos, al mismo tiempo que aprender a trabajar juntos de manera más efectiva (Chiamulera, 2018). Precisamente porque hay grandes diferencias culturales, raciales y de otro tipo entre los condados de Texas, el Tribunal insiste en que los trabajadores del caso y otros "piensen con una mente abierta" (*idem*).

Esto significa que las agencias están trabajando en evitar la adopción de políticas generales y estatales para, en su lugar, identificar soluciones que se apliquen a situaciones particulares.

El tribunal también hace hincapié en la importancia de los derechos fundamentales contenidos en los artículos 9, 18 y 20 de la CDN: conservar los lazos familiares y prevenir la separación familiar, incluso si los derechos de los padres se anulan o si los niños alcanzan la edad límite para el sistema de acogida y pueden permanecer en Estados Unidos. El juez Villalon ha hecho hincapié en que quienes trabajan en el sistema judicial deben replantear su mentalidad. "[...] (pensamos) caray, si dejamos a estos niños en hogares de acogida temporal, tendrán acceso gratuito a la universidad y generalmente mejores oportunidades, pero ¿vale la pena cortar los lazos con su familia en México? No, la familia es muy importante" (*idem*).

Con aproximadamente 25 a 30% de los casos del Tribunal que involucran a familiares en México, el juez ha implementado protocolos para promover la reunificación familiar cuando sea posible. Por ejemplo, si un niño o niña tiene familiares en México, los Servicios de Protección Infantil del Estado de Texas trabajan con la agencia equivalente en México para llevar a cabo un estudio en el hogar, que incluya la traducción de documentos del español al inglés cuando sea necesario. En cada etapa del proceso, el Tribunal exige información sobre los recursos relativos a otros parientes y familiares cercanos.

Los esfuerzos del Tribunal parecen haber rendido frutos. En tan sólo dos años, ha reducido su carga de casos de patria potestad en más de 100 casos; se redujo el número de menores de edad bajo la patria potestad/responsabilidad de los servicios de Protección Infantil de Texas en más de 200; y tuvo una reducción de 56% en el número total de niños y niñas en custodia permanente de los Servicios de Protección Infantil (Judges, 2017).

Sin embargo, a pesar de los éxitos sustanciales, siguen existiendo desafíos, especialmente relacionados con el financiamiento de los servicios de idiomas. Aunque la mayoría del personal y las y los abogados de la Corte hablan español, el Tribunal reconoce que existen serias limitaciones del idioma. Puesto que todos los procedimientos deben llevarse a cabo en inglés, hay una gran necesidad de intérpretes, sin embargo, los tribunales todavía carecen de intérpretes de tiempo completo, por lo que a menudo deben recurrir al personal de la Corte o a los miembros de la familia, lo cual está lejos de ser lo ideal (Chiamulera, 2018, *ibid.*).

Una de las cuestiones que sigue plagando a esta Corte, y a otras que intentan programas piloto similares, es la falta de análisis significativos, basados en datos, que proporcionen una visión de las lecciones aprendidas, así como la eficacia de esos tribunales y sus procedimientos implementados. Otras iniciativas judiciales colaborativas podrían beneficiarse en gran medida de análisis basados en datos, como los realizados por el piloto del SIJS de la Corte del condado de Montgomery en Maryland.

3. Tribunales Especiales de Trata de Personas enfocados en Niños y Niñas Víctimas

Estados Unidos siempre ha luchado por proteger a las víctimas de trata menores de 18 años, especialmente las niñas y los niños no acompañados, así como a quienes no cuentan con una situación migratoria regular y son más vulnerables a los abusos. Las víctimas de la trata también experimentan algunos de los mismos desafíos que otros menores de edad ciudadanos estadounidenses, especialmente aquellos que viven en la pobreza, las comunidades marginadas y las comunidades afrodescendientes. En los últimos diez años, la percepción de la sociedad sobre la trata ha cambiado, por lo que las niñas y los niños que han sido víctimas de trata con fines de explotación laboral y sexual, ahora son vistos como víctimas en lugar de actores criminales, y el sistema de justicia se ha convertido en un actor importante en la transición de esta tendencia a la criminalización, hacia una de apoyo y prevención (Kulig y Butler, 2019).

Como resultado de este cambio de perspectiva, algunas jurisdicciones han establecido "tribunales especializados en casos de trata" para niños y niñas, con el objetivo de desviarlos del sistema de justicia penal. Estos tribunales están diseñados en torno a los principios de la CDN, reconociendo que la evaluación del interés superior de un menor de edad debe basarse en su protección frente a la explotación y centrarse en garantizar su bienestar y seguridad (*ibidem*, p. 304).

Estos tribunales también implementan "servicios integrales" que se esfuerzan por utilizar equipos multidisciplinarios para evaluar el interés superior de la niñez y proporcionar a las víctimas de trata servicios de apoyo para ayudar a su transición a una participación saludable en la sociedad, en lugar de condenarlos a toda una vida de traumas e interacciones con las legislaciones, los tribunales y el encarcelamiento (*ibidem*, p. 308). La mayoría de estos tribunales especializados fueron iniciados por jueces y juezas que tienen interés en el tema y experiencia en este tipo de casos (*idem*).

A partir de abril de 2019, hay al menos 34 tribunales relacionados con la trata en Estados Unidos, de los cuales al menos 12 atienden sólo a niñas y niños (*idem*). Aunque muchos de estos tribunales tienen formas distintas de operar, la mayoría tienen las siguientes características: trabajan en colaboración con una amplia gama de actores y promotores del sistema de justicia, incluyendo fiscales y abogadas o abogados defensores; además, participa una amplia gama de prestadores de servicios "auxiliares", como trabajadores de salud mental y física, trabajadores sociales, educadores y terapeutas ocupacionales y proveedores de servicios laborales); y hay un énfasis en el trabajo en equipo multidisciplinario centrado en las necesidades individuales de la víctima (*idem*). Dos de estos tribunales están ubicados en jurisdicciones con altas poblaciones de migrantes y niños y niñas pertenecientes a minorías, en Los Ángeles, California, y en el condado de Dade, en Florida.

a) Tribunal Anti-Trata de personas G.R.A.C.E. de Miami-Dade

El condado de Dade, donde se encuentra Miami, tiene la segunda población migrante más alta de Estados Unidos (Instituto de Política Migratoria, 2020). A partir de 2018, Florida tiene el cuarto porcentaje más alto de población migrante en Estados Unidos, con 21% (*idem*). Se estima que 73% de las víctimas de trata en Florida son migrantes (Human Trafficking Hotline, 2020). Como resultado de la alta tasa de trata de personas, en 2015, la jueza Maria Sampredo-Iglesia estableció el tribunal G.R.A.C.E. (Crecimiento Renovado a través de la Aceptación, el Cambio y el Empoderamiento) de Miami-Dade dedicado a las niñas y niños víctimas de trata (Tribunal de Crecimiento Renovado a partir de la Aceptación, el Cambio y el Empoderamiento, 2020). Para 2018, el tribunal G.R.A.C.E. manejaba aproximadamente 160 casos por año (Haywood, J., 2018).

En el sistema judicial de Miami-Dade, cuando se sospecha que un niño o niña es víctima de trata de personas en cualquier caso de dependencia, delincuencia, derecho de familia o violencia doméstica, los investigadores deben seguir un protocolo específico (*idem*). La corte G.R.A.C.E. se basa en un modelo colaborativo que utiliza equipos interdisciplinarios. Los equipos también incluyen equipos legales que representan a los niños(as). Así, una vez que se reconocen formalmente como víctimas, son transferidos a la corte G.R.A.C.E., donde las necesidades son evaluadas por el equipo interdisciplinario que se reúne semanalmente, y recibe servicios de apoyo (*idem*). En este programa, el objetivo de tales servicios es evitar una posible revictimización y proporcionar apoyo por medio de la transición a la independencia (*idem*).

Se espera que las niñas y los niños, en la medida de lo posible, participen en todos los aspectos del proceso (*idem*). Después se les proporcionan estos servicios a través de un programa de tratamiento residencial o servicios de apoyo en casa. Además, los padres adoptivos han recibido capacitación especializada a partir de este programa con el fin de proporcionar un enfoque holístico (*idem*). El tribunal G.R.A.C.E. también participa en

un grupo de trabajo contra la trata de personas compuesto por una amplia gama de defensores, incluidos fiscales, el FBI, terapeutas, administradores de casos y demás, para que la atención a los niños y las niñas pueda coordinarse de manera continua.

Algunos de los desafíos a los que se enfrenta el Tribunal G.R.A.C.E. incluyen la incertidumbre del financiamiento a largo plazo, la falta de colocación de menores de edad que transitan fuera de la posibilidad de cuidado y la continua falta de experiencia y conocimiento de cómo atender adecuadamente las complejas necesidades de los niños que han sido víctimas de trata (*idem*). Otro desafío es la falta de cualquier proceso de evaluación formal o análisis de datos que proporcione el entendimiento de si este programa judicial está logrando o no sus objetivos. Aunque hay evidencia anecdótica de que el programa puede ser realmente exitoso, en varios casos no hay datos oficiales que proporcionen información detallada sobre los resultados.

b) Tribunal STAR del Condado de Los Ángeles

El Condado de Los Ángeles, en California, es una de las "Zonas de Explotación Infantil de mayor densidad" en Estados Unidos, y la niñez afrodescendiente está representada desproporcionadamente entre las víctimas de trata (Baldwin, S.B. y Haberman, G., 2014).³ En 2011, el Tribunal de Niñez del Condado de Los Ángeles y los servicios de libertad condicional comenzaron a hacer un seguimiento de los malos resultados para los niños/as víctimas de trata en relación con otros niños/as involucrados en delitos violentos (Informe de actualización del Tribunal STAR, 2020, p. 14). Como resultado, el Tribunal de Niñez y el Departamento de Libertad Condicional colaboraron en una solicitud de subvención al Departamento de la Correccional de California para establecer un tribunal especializado voluntario que proporcionara servicios destinados a reducir la

³ Los autores señalan que el Informe del FBI de 2009 se refiere a estas áreas como "Zonas de prostitución infantil de alta intensidad".

cantidad de tiempo en la que los y las niñas, ya en libertad condicional, estaban bajo custodia (*ibidem*, p. 15).

En su primer año, el *Tribunal de Éxito a través de Logros y Resiliencia* (STAR, por sus siglas en inglés) recibió a 100 niños y niñas en su programa (*ibidem*, p. 15). En 2016 se creó un segundo tribunal especializado, denominado "Dedicación a la Restauración a través del Empoderamiento, la Defensa y la Mentoría (DREAM)" para atender a niños y niñas víctimas de trata. (Baldwin, S.B. y Haberman, G., 2014). Ambos tribunales tienen: a) mecanismos especiales adaptados a las necesidades específicas de las niñas y los niños víctimas de trata, incluido un énfasis en su participación y un enfoque positivo, en lugar de punitivo; b) un juez dedicado para todos los casos de trata; c) un expediente especializado que incluye visitas más frecuentes a la Corte; d) gestión interdisciplinaria de casos; y e) capacitación especializada para todo el personal de la Corte, funcionarios judiciales y representantes legales (Informe de Actualización del Tribunal STAR, 2020, p. 13). Desde su inicio, en enero de 2012, hasta mediados de 2018, aproximadamente 550 niñas y niños han participado en el Tribunal STAR, y desde 2016 hasta mediados de 2018, 350 niños han participado en el programa del Tribunal DREAM (*idem*).

Sin embargo, estos tribunales no funcionan en forma aislada. El Departamento de Libertad Condicional del Condado de Los Ángeles cuenta con equipos especializados de trabajadores sociales altamente capacitados y oficiales de libertad condicional con menores casos que son capaces de identificar a los niños y niñas en riesgo y a las víctimas de trata (*ibidem*, p.14). Participan en reuniones interdisciplinarias y se reúnen con frecuencia, dos veces al mes, con menores de edad bajo su supervisión (*ibidem*, p.15). Además, el Condado ha contratado numerosos proveedores de servicios sociales para proporcionar un defensor a cada víctima identificada de trata identificada, y de 2012 a 2018 se atendió a casi 800 niños y niñas (*ibidem*, p.16).

En una evaluación inicial del Programa STAR publicada en noviembre de 2014, los investigadores encontraron que de 222 niñas que habían participado en el programa desde enero de 2012, 113 lo habían completado. Otros hallazgos incluyen que el sistema de bienestar infantil no estaba identificando o ayudando de manera efectiva a menores de edad en alto riesgo de trata; y más de 33% tenían casos activos y abiertos de abuso y negligencia infantil en el momento de su detención (*idem*). En este periodo, el tiempo de detención se había reducido en un promedio de 10 días; 73% de menores de edad no habían sido arrestados de nuevo desde que iniciaron el programa; y 25% seguían en contacto voluntario con alguien del equipo del Tribunal STAR (*idem*).

Las estadísticas actualizadas muestran que estas tendencias parecen mantenerse. Según un Informe del Departamento de Libertad Condicional del Condado de Los Ángeles en junio de 2017, ha habido entre 100 y 115 niños en el programa cada año desde 2011, con un total de 425 niños y niñas atendidos (*idem*). Los hallazgos específicos incluyen:

- El número promedio de días que un niño o una niña ha pasado bajo custodia se redujo de 35 a 25;
- En 2015 y 2016, más de 60% de los participantes se graduaron de la escuela secundaria dentro de los 6 meses siguientes a cumplir 18 años, en comparación con el promedio nacional de 50% para niños y niñas en hogares de acogida;
- 70% de infantes completaron con éxito la libertad condicional y todos sus cargos fueron desestimados por el Tribunal;
- 75% de los participantes no habían sido detenidos nuevamente por cargos relacionados con prostitución, después de cumplir 18 años.

En una evaluación detallada del programa STAR que señalaba brechas y fortalezas, los investigadores observaron que las niñas y los niños afrodescendientes estaban sobrerrepresentados en el sistema de justicia, y que los niños migrantes y los jóvenes latinos eran menos propensos

a participar en los programas, probablemente debido a la incapacidad de los Tribunales, de las personas operadoras del sistema de justicia y de los servicios sociales para llegar efectivamente a ellos. En el informe se hizo hincapié en que "[...] los hallazgos de este estudio sobre la sobrerrepresentación de los jóvenes afrodescendientes en la población identificada (víctima de trata) se alinean con una extensa investigación que muestra que en cada nivel de bienestar infantil y participación en el sistema de justicia juvenil, las disparidades raciales se multiplican, tanto en el ámbito nacional como en el condado de Los Ángeles [...] 20% de los casos identificados de tráfico sexual son latinos(as)" (Direkhising, *et al.*, 2018, p. 100).

El informe también señaló que, "Dado que los jóvenes hispanos/latinos experimentan gran parte de las mismas disparidades sistémicas que los jóvenes afroamericanos, como las tasas desproporcionadamente altas de disciplina escolar y reportes escolares, y la sobrerrepresentación y el trato dispar en el sistema de justicia juvenil", especialmente en Los Ángeles, era difícil entender por qué tan pocos participaron en el programa STAR y que esto podría deberse a una serie de factores, entre ellos, su falta de identificación efectiva (*idem*).

Una vez más, al igual que con los otros tribunales que se centran en las necesidades de infantes migrantes, hay una escasez de estudios inclusivos que confirmen la eficacia de los mismos. Como se ha señalado, el Comité de los Derechos del Niño ha reconocido durante mucho tiempo que el compromiso con la recopilación, el uso y el análisis de datos es fundamental para crear marcos eficaces para la protección de niños y niñas (CDN, 2012). Esta falta de datos deja a los tribunales, al personal encargado de hacer cumplir la ley y a las agencias de servicios sociales en la oscuridad acerca de dónde están las brechas cruciales en los servicios (Kulig y Bulter, 2019). Sin embargo, a pesar de la escasez de datos sólidos, hay fuertes pruebas anecdóticas de que estos tribunales están proporcionando acceso a la justicia a los niños y niñas más vulnerables.

4. Capacitación: la formación judicial mejora el acceso a la justicia de niñas y niños migrantes y fomenta el liderazgo judicial

El Comité de los Derechos del Niño enfatiza fuertemente la importancia de que "profesionales calificados" trabajen en colaboración con diversas disciplinas para evaluar el interés superior de la niñez (CRC/C/GC/14 párrs. 94-95). El Comité también hace hincapié en que la evaluación del impacto en los derechos del infante debe:

[...] edificarse sobre procesos gubernamentales hacia todos los niveles y lo antes posible en el desarrollo de políticas y otras medidas generales con el fin de garantizar una buena gobernanza de los derechos de los niños [...] La evaluación de impacto en sí misma podría basarse en las aportaciones de los niños, la sociedad civil y los expertos, así como de los departamentos gubernamentales pertinentes, la investigación académica y las experiencias documentadas en el país o en otros lugares. El análisis debería culminar en la formulación de recomendaciones de modificaciones, alternativas y mejoras y ponerse a disposición del público [CRC/C/GC/14 párr. 99].

Aunque la mayoría de las normas internacionales, incluyendo la CDN, son relativamente omisas en cuanto a la importancia de capacitar a quienes trabajan en la protección de niños y niñas. Está implícito en los comentarios del Comité el hecho de que es un requisito que todos los profesionales que trabajan con ellas y ellos sean competentes y estén altamente capacitados. El Centro Nacional de Tribunales Estatales y el Consejo Nacional de Jueces del Tribunal Estatal de lo Familiar y de Menores (NCJFC) han considerado de suma importancia el aspecto de la capacitación en los últimos años, especialmente en cuestiones relacionadas con la vulnerabilidad única que sufren las infancias migrantes. El Colegio Judicial Nacional también ha colaborado con el Consejo Nacional de Jueces del Tribunal de lo Familiar y de Menores para proporcionar capacitación sobre temas de migración a los jueces y juezas de la Corte estatal, incluyendo webinarios gratuitos (National Judicial College, 2020).

La jueza Ramona González (Consejo Nacional de Jueces del Tribunal de Menores y de la Familia, 2020), la 75a. Presidenta del NCJFC, jueza de circuito en el Estado de Wisconsin, considera imperativo que el NCJFC ayude a los tribunales a desarrollar la capacidad de proporcionar acceso a la justicia para los migrantes a través de capacitaciones judiciales que alienten y apoyen a los jueces en los papeles de liderazgo.⁴ El NCJFC proporciona capacitación sobre la coordinación con organizaciones sin fines de lucro de la comunidad, personas defensoras, personas operadoras del sistema de justicia y otros para que los jueces puedan utilizar una amplia gama de información y legislación para hacer los hallazgos apropiados del caso. Ayudar a los jueces y juezas a entender cuáles son las cuestiones legales, y las formas críticas en que la ley de inmigración se cruza con el derecho familiar y de la niñez, incluyendo los principios del derecho estatal e internacional sobre el "interés superior de la niñez", para que ellas y ellos puedan asegurar que los niños tengan lo que necesitan, es la filosofía que ancla el enfoque del NCJFC.

El NCJFC también reconoce que la capacitación judicial es necesariamente un proceso continuo y colaborativo. La jueza González informa que en Wisconsin, el NCJFC utilizó algo de dinero disponible a través de subvenciones de mejora judicial para establecer un Consejo Asesor de Niñez que se reúne trimestralmente para hablar sobre cuestiones que afectan a niños y niñas migrantes en los tribunales (*idem*). El Consejo Consultivo incluye miembros del Departamento de Salud y Servicios Humanos del Estado y de las fuerzas del orden, y el NCJFC trabaja con el Consejo Consultivo para proporcionar un enfoque colaborativo a la educación y la capacitación de impartidores de justicia, trabajadores sociales y fuerzas del orden sobre cómo el problema que se presenta en el niño puede no ser lo que está sucediendo entre bastidores.

⁴ La jueza Ramona González fue entrevistada por llamada telefónica personal (L. LeSage, el 12 de febrero de 2020).

También se alienta a las personas juzgadoras a llevar al personal de la sala de audiencias a las capacitaciones, de modo que todos puedan entender mejor los asuntos de justicia vinculados con la niñez. Dichas capacitaciones colaborativas ayudan a *todo el personal del Tribunal* a entender que sus funciones y comportamiento al interactuar con un menor de edad durante todo el proceso le ayuda a tener éxito. En otras palabras, todas aquellas personas del tribunal y con los que las niñas y los niños entran en contacto, tienen la misma responsabilidad de impartir justicia. A jueces, juezas y personal de la Corte se les enseña a considerar cuestiones que relatan cómo se trata a niños y niñas tanto dentro como fuera de la sala del tribunal. Por ejemplo, antes de que el juez(a) entre en la sala, ¿cómo trata el secretario de la Corte a ese niño o niña? ¿Realmente es necesario que las policías pongan grilletes en la sala del tribunal? A los jueces también se les enseña cómo adaptar sus órdenes a la situación de cada niño y niña, en lugar de usar una plantilla estándar con espacios en blanco a "rellenar".

5. La colaboración entre sectores apoya al liderazgo judicial y los enfoques transversales innovadores ante la justicia

Como resultado de estas capacitaciones y colaboraciones con proveedores de servicios sociales, educadores, fuerzas del orden y defensores, los jueces y juezas están cada vez más capacitados para implementar procedimientos en sus propias salas de audiencias que protejan mejor a las niñas y los niños. La jueza González se siente alentada por todos los jueces que se ven entusiasmados al enterarse de que pueden ajustar sus protocolos y proteger mejor a la niñez. Citó el ejemplo de un juez en Nebraska que, después de participar en una capacitación del NCJFC, comenzó voluntariamente a nombrar abogados de migración para casos de niños y niñas, una vez que reconoció el problema (*idem*).

Muchos jueces entienden que los procedimientos judiciales diseñados para crear sistemas eficientes no necesariamente producen buenos resultados. En otras palabras, si los sistemas judiciales repiten los mismos

protocolos sin tener en cuenta resultados cambiantes, no sólo se desperdician los recursos, sino que también se desperdician vidas. La jueza González señala que hay numerosas oportunidades para que los tribunales prueben enfoques innovadores basados en evidencia, cuando los jueces se enteran de que tienen la oportunidad de cambiar los resultados para bien:

Tenemos que reconocer que, si lo hacemos bien, podemos ser más eficientes y obtener los resultados que queremos. Por ejemplo, podemos preguntar a los jueces y juezas durante una capacitación cuántas generaciones de la misma familia ven llegar a sus tribunales con el mismo problema, el trauma secundario vaya que existe. (*idem*)

Varios tribunales han iniciado o implementado programas piloto que han producido algunas pruebas de que sacar a infantes del hogar tiene efectos negativos emocionales y sociales a largo plazo. Cuando los niños y niñas son retirados del ambiente familiar y puestos en hogares de acogida, o son arrestados e institucionalizados, no sólo sufren traumas a largo plazo, sino que el logro educativo se reduce significativamente (Tarnowski, 2019). Algunos tribunales están empezando a reconocer que puede haber un sesgo judicial en este tipo de casos, y están exigiendo que el Estado realice una evaluación de riesgos antes de emitir una orden para removerlos. Por ejemplo, ¿mantener al niño o la niña en un hogar produce más riesgo que el trauma significativo a largo plazo que es probable que resulte si se le remueve? (*idem*).

Uno de los jueces que adoptan este enfoque es la jueza Ernestine Gray, quien es jueza de la corte juvenil o de la niñez en Nueva Orleans, Luisiana. Ella ha instituido una política que exige que ningún niño sea llevado al cuidado del Estado a menos que ella emita una orden que apruebe dicha acción (*idem*). Antes de dar sentencia, ella ordena que el Estado exponga los factores de riesgo que pretende evitar y que anularían la necesidad del niño/a de estar con un padre/madre, sin cambiar su realidad fundamental o la de su familia. La pregunta que surge es para cada niño que

se mantiene en el hogar, ¿cómo se puede manejar ese riesgo?, ¿cuáles son los recursos por adelantado que se pueden utilizar? (*idem*) La filosofía subyacente a este enfoque es que, a pesar de que se requieren más recursos cuando es por adelantado, el beneficio será una reducción de resultados futuros adversos.

Sin embargo, este enfoque también tiene sus críticas. Como ya se mencionó, no hay datos que respalden los resultados a largo plazo, especialmente las consecuencias adversas que los niños que no son retirados del hogar podrían sufrir, por falta de apoyo de servicios sociales. Hay una parte importante de este debate que no puede pasarse por alto. Los enfoques de la justicia infantil deben ser multifacéticos, en otras palabras, si un tribunal ordena que un niño o una niña sea devuelto a una situación familiar algo precaria, corresponde a la Corte asegurarse de que haya recursos suficientes para proteger y apoyar a los niños(as) y a las familias en esos ambientes. Los jueces no pueden hacer este trabajo en un asilo, tampoco los defensores del bienestar infantil.

Estos enfoques ponen de relieve la tensión extrema que existe actualmente en los tribunales de familia y niñez de Estados Unidos entre el énfasis en el derecho que tienen los niños a vivir en familia (que también está consagrado en la CDN) (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, arts. 7, 9, 10, 18) y los recursos básicos necesarios para proporcionar atención médica adecuada, cuidado infantil, educación y ayuda parental, que son parte integral de la integridad familiar y asegurar la unificación familiar exitosa. Desafortunadamente, la provisión de recursos se encuentra dentro del ámbito político, no legal, y estos tribunales luchan con una grave falta de recursos para apoyar los servicios sociales necesarios para construir un marco de protección adaptado a las niñas y los niños.

V. Conclusión

Las juezas y los jueces en Estados Unidos y en muchos otros países están en posiciones únicas para promover y garantizar el acceso adecuado a la

justicia para la niñez migrante. Aunque tienen la obligación, en virtud del derecho interno e internacional, de garantizar que se tenga en cuenta el interés superior de todos los niños y niñas que se les presente, sólo cumplir con sus funciones judiciales tradicionales resulta insuficiente. Es momento de que las juezas y los jueces tomen funciones más activas dentro del sistema de justicia, para crear procedimientos adaptados a la niñez con el objetivo de cumplir con las obligaciones internacionales.

El liderazgo judicial exige acciones en varios niveles. En primer lugar, los jueces y juezas deben encargarse de garantizar que existan recursos suficientes para cumplir sus mandatos. Además, tienen la obligación, bajo el derecho internacional, de velar por el principio del "interés superior de la niñez". Ello implica considerar las circunstancias específicas que hacen que cada infante sea único (CRC/C/GC/14, párr. 49) y de entender los aspectos específicos de su vida, dictando órdenes y diseñando procedimientos que equilibren una orientación concreta y flexible (CRC/C/GC/14, párr. 50). En otras palabras, como varios de estos proyectos han demostrado, los jueces deben entender que cuando dictan una orden en casos que involucran a un niño o una niña, su obligación no termina allí, también tienen la responsabilidad correspondiente e igualmente importante *de asegurarse de que haya recursos suficientes para que ese niño o niña en particular tenga éxito en el cumplimiento de esa orden judicial*.

Por ejemplo, si un juez o jueza ordena a un niño(a) que reciba tratamiento con medicamentos, pero tiene que tomar dos autobuses a través de la ciudad y de vecindarios potencialmente violentos para llegar allí, o no tiene dinero para la tarifa del autobús, es poco probable que la sentencia sea exitosa. Del mismo modo, si la filosofía del tribunal es mantener a las familias unidas y el juez emite una orden para mantener al niño o niña en un ambiente potencialmente frágil en el hogar, quien juzga tiene la responsabilidad de asegurar que haya recursos adecuados para apoyar una red de atención que garantice que los padres puedan tener éxito en proporcionar un entorno seguro a largo plazo.

En segundo lugar, el liderazgo judicial también requiere que los y las juezas asuman la responsabilidad de garantizar que todos los profesionales involucrados con menores de edad en su sistema estén bien capacitados y se desempeñen profesionalmente al más alto nivel.⁵ Tienen, además, la obligación de considerar todos los hechos presentados y seguir las reglas y luego tomar las decisiones más eficaces. Sin embargo, esas decisiones no pueden ser efectivas, a menos que todos los que estén en contacto con un niño o niña sujeta a una orden judicial (trabajador social, trabajadora social, defensor, defensora, fiscal, oficial de policía) tengan los recursos y la capacitación adecuadas para cumplir con sus obligaciones legales. Uno de los primeros pasos que las personas juzgadoras pueden dar para ayudarse a sí mismos, y a otros que interactúan con los tribunales, es buscar colaboraciones *con aquellos que comparten las mismas obligaciones y el interés en proteger a niños y niñas*, garantizando la más alta calidad de la atención.

La colaboración y la capacitación son herramientas clave que las personas impartidoras de justicia pueden utilizar para lograr un cambio sistémico y a largo plazo. Quienes colaboran con éxito también reconocen las dificultades: el cambio a largo plazo a menudo exige una gran inversión de recursos por adelantado, sin un aumento inmediato correspondiente de los resultados positivos. Sin embargo, también entienden que las colaboraciones facilitan eliminar las preocupantes diferencias territoriales y los intereses propios cuando hay un interés compartido en ofrecer acceso a la justicia a las infancias. Las iniciativas dirigidas por el proceso judicial, para ser eficaces, deben estar *basadas en la colaboración* y en un compromiso audaz con la inversión de recursos en estas iniciativas a largo plazo. Ésa es la única manera de aumentar el acceso a la justicia a las niñas y los niños más marginados del país.

⁵ Entrevista telefónica personal (L. LeSage, el 12 de febrero de 2020) con Multnomah County (jubilado), Juez Presidente del Tribunal Juvenil de Oregon y la antigua Presidenta del NCJFC, Katherine Tennyson.

Los jueces y juezas pueden y deben usar su condición como plataforma para reunir a otros actores del sistema de justicia y examinar los resultados que les gustaría conseguir. Al cubrir todos los sectores (sociales, legales, culturales) para centrarse en los desafíos comunes y exigir resultados informados basados en datos, se puede aprovechar la experiencia de otras personas que comparten objetivos comunes para encontrar recursos y apoyo en la implementación de nuevos enfoques de justicia para la niñez migrante. Como dijo la jueza Gray: "Como jueza, debes tener valor. No abogo por ser imprudente, pero creo que hay jueces y juezas que hacen las cosas sólo para ir a la segura, en el caso de ellos y de las familias. Para mí, ése no es el estándar" (Tarnowski, 2019). De hecho, la norma debería ser, ¿qué puedo hacer yo, como juez o jueza, para ser el catalizador de lo que es mejor para los niños y las niñas migrantes del país?

Bibliografía

A Snapshot of the Implementation Sites Project. [En línea] Disponible en: «<https://www.ncjfcj.org/wp-content/uploads/2017/09/NCJFCJ-Implementation-Sites-Snapshot-Final.pdf>» [consultado el 12 de junio de 2020].

Asamblea General de la ONU, Convención sobre los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1989, Naciones Unidas, Treaty Series, vol. 1577, (artículo 3, párrafo 1; artículo 20).

Baldwin, S. B. y Haberman, G. (2014), *Commercial Sexual Exploitation of Children: The Los Angeles County Response From A Public Health Perspective*, citando al Departamento de Justicia de los Estados Unidos, The Federal Bureau of Investigation's Efforts to Combat Crimes Against Children, Informe de auditoría 09-08, Ch. 4 (2009), [de aquí en adelante: Informe del FBI de 2009]. Disponible en: «<https://oig.justice.gov/reports/FBI/a0908/chapter4.htm>». [En línea] Disponible en: «https://www.researchgate.net/profile/Susie_Baldwin/publication/266786644_Commercial_sexual_exploitation_of_

children_The_Los_Angeles_County_approach_from_a_public_health_perspective/links/55f0778208aedecb68ffb1eb/Commercial-sexual-exploitation-of-children-The-Los-Angeles-County-approach-from-a-public-health-perspective.pdf » [21 de mayo de 2020] *Informe de actualización del Tribunal STAR* [En línea] Departamento de Libertad Condicional del Condado de Los Ángeles (p. 14). Disponible en: «<https://www.courts.ca.gov/27693.htm>» [13 de junio de 2020].

Batakova, J. B. B. J. (2020), *Migration Policy Institute Spotlight*. [en línea]. Disponible en: «<https://www.migrationpolicy.org/article/frequently-requested-statistics-immigrants-and-immigration-united-states#Immigrants%20Now%20and%20Historically>». [consultado el 19 de mayo de 2020].

Beharry c Reno, 183 F. Sup. 2d 584 (EDNY 2002), revisado por otros motivos, 329 F.3d 51 (2d Cir. 2003) en 601.

Capps, R., Fix, M. y Jong, Z. (2016), *A Profile of U.S. Children with Unauthorized Immigrant Parents*. [En línea]. Disponible en: «<https://www.migrationpolicy.org/research/profile-unauthorized-immigrant-population-united-states>» [consultado el 6 de mayo de 2020].

Censo de Estados Unidos (2020), Datos del Censo de Estados Unidos para el Condado de Starr Texas; Condado de Willacy, Texas; Condado de Cameron, Texas; Condado de Hidalgo, Texas. [En línea]. Disponible en: «<https://www.census.gov/quickfacts/fact/table/starrcountytexas,willacycountytexas,cameroncountytexas,hidalgo-countytexas/PST045218>» [consultado el 1 de mayo de 2020].

Chiamulera, C. (2018), *A Culturally Responsive Court, Lessons from the Rio Grande Valley West, Texas*. [En línea] Disponible en: «https://www.americanbar.org/groups/public_interest/child_law/resources/child_law_practiceonline/january-december-2018/a-culturally-

responsive-court--lessons-from-rio-grande-valley-we/» [consultado el 1 de mayo de 2020].

Comité sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (CDN), Comité sobre los Derechos del Niño, Informe de los Días de debate general de 2012 sobre los derechos de todos los niños en el contexto de la migración internacional, 28 de septiembre de 2012.

Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (CDN), Comité sobre los Derechos del Niño, Informe de 2012.

Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (CDN), Observación General núm. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3, párr. 1), 29 de mayo de 2013, CRC/C/GC/14. Disponible en: «<https://www.refworld.org/docid/54b5e4.html>» [consultado el 3 de mayo de 2020].

Comité de los Derechos del Niño, Observación General Adjunta No 4 (2017), párrs. 15-17.

Consejo Nacional de Jueces del Tribunal de Menores y de la Familia. La Honorable Ramona A. Gonzalez, (en línea), Disponible en: «<https://www.ncjfcj.org/about/board-of-directors/ramona-a-gonzalez/>» [1 de mayo de 2020].

Departamento de Salud y Servicios Humanos de Estados Unidos, Determining Best Interests in All States, Estatutos de los estados actuales hasta marzo de 2016, Children's Bureau/ACYF/ACF/HHS. Disponible en: «https://www.childwelfare.gov/pubPDFs/best_interest.pdf» [consultado el 20 de mayo de 2020].

Dierkhising, C. B., Walker Brown, K., Ackerman-Brimberg, M. y Newcombe, A. (2018), *Commercially Sexually Exploited Girls and Young Women*

Involved in Child Welfare and Juvenile Justice in Los Angeles County: An Exploration and Evaluation of Placement Experiences and Services Received, National Center for Youth Law, [en línea]. Disponible en: «https://youthlaw.org/wp-content/uploads/2018/11/CSEC-Research-Report_Placement-Exp-Svcs-Recd__NCYL_Cal-State.pdf» [consultado el 1 de junio de 2020].

Fox, D. *et al.* (2017), "When Special Immigrant Juveniles and Trial Courts Intersect: The Value of Data-Informed Case Management", *International Journal for Court Administration*, 8, núm. 3 de julio (Especial).

Gelatt, J. y Zong, J. (2018), *Settling In: A Profile of the Unauthorized Immigrant Population in the United States*, [en línea]. Disponible en: «<https://www.migrationpolicy.org/research/profile-unauthorized-immigrant-population-united-states>» [consultado el 6 de junio de 2020].

Haywood Janice (2018), *G.R.A.C.E Court... Providing an Outlet for Children Involved in Human Trafficking*, consultado el 20 de mayo de 2020. Disponible en: «<https://www.americanbar.org/groups/litigation/committees/childrens-rights/articles/2018/winter2018-grace-court-providing-outlet-children-human-trafficking/>».

Human Trafficking Hotline, Recursos de trata de personas. [en línea]. Disponible en: «<https://humantraffickinghotline.org/state/florida>» [20 de mayo, 2020].

Informe de actualización del Tribunal STAR, [en línea], Departamento de Libertad Condicional del Condado de Los Ángeles. Disponible en: «<https://www.courts.ca.gov/27693.htm>» [13 de junio de 2020].

Instituto de Políticas Migratorias Estadísticas solicitadas con frecuencia sobre inmigrantes e inmigración en Estados Unidos, [en línea].

Disponible en: «<https://www.migrationpolicy.org/article/frequency-requested-statistics-immigration-and-immigration-united-states>» [consultado el 16 de abril de 2020].

Instituto de Políticas Migratorias, Análisis de inmigrantes no documentados en Estados Unidos por país y región de nacimiento, Perfil de niños estadounidenses con padres inmigrantes no documentados (p. 9, cita el análisis del Instituto de Políticas Migratorias de datos de la Oficina del Censo de Estados Unidos, ACS 2009-2013, agrupado y SIPP 2008 por Hammar, Bachmeier y Van Hook).

Instituto de Política Migratoria. Población de inmigración por estado y condado [en línea]. Disponible en: «<https://www.migrationpolicy.org/programs/data-hub/charts/us-immigrant-population-state-and-county>» [20 de mayo de 2020].

Kohm, L. M. (2008), Tracing the Foundations of the Best Interests of the Child Standard in American Jurisprudence, *J. L. FAM. STUD.*, volumen 10, p. 337.

Kulig, T. C. y Butler, L. C. (2019), "From Whores to Victims: The Rise and Status of Sex Trafficking Courts", *Victims & Offenders, an International Journal of Evidence-based Research, Policy and Practice*, 14(3).

Ley de Inmigración y Nacionalidad, Pub. L. No. 101-649, 153, 104 Stat. 4978, 5005-06 (1990) (codificado en 8 USC 1101 (a) (27) (J) (2006). Disponible en: «<https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-104/pdf/STATUTE-104-Pg4978.pdf#0-0-0-471>» [consultado el 19 de mayo de 2020].

Migration Policy Institute Spotlight (2020), Immigrant Women and Girls in the United States, [en línea]. Disponible en: «<https://www.migrationpolicy.org/article/immigrant-women-and-girls-united-states>» [consultado el 10 de mayo de 2020].

National Immigrant Women's Advocacy Project, American University Washington College of Law (3 de mayo de 2019) Rodrigues, R., Husain, A., Couture-Carron, A., Ammar, N. y Orloff, L., *Promoting Access to Justice for Immigrant and Limited English Proficient Crime Victims in an Age of Increased Immigration Enforcement: Initial Report from a 2017 National Survey*. Disponible en: «<http://library.niwap.org/wp-content/uploads/Immigrant-Access-to-Justice->».

National Judicial College, Educación Judicial [en línea]. Disponible en: «<https://www.judges.org/the-judges-role-in-utilizing-u-visa-certifications-and-special-immigrant-juvenile-status/>» [1 de mayo de 2020].

Rodrigues, R., Couture-Carron, Ammar, N. y Orloff, L. (2018), *Promoting Access to Justice for Immigrant Crime Victims and Children: Findings of a National Judicial Survey and Recommendations*, Trends in State Courts, Courts and Society. Disponible en: «<http://niwaplibrary.wcl.american.edu/wp-content/uploads/Immigrant-Access-to-Justice-National-Report.pdf>» [15 de mayo de 2020].

Rosenblum, M. y Ruiz Soto, A. (2015), *An Analysis of Unauthorized Immigrants in the United States by Country and Region of Birth*, s.l.: Instituto de Política Migratoria.

Szymanski, L. (2005),n "Child Custody: Best Interests of the Child and Age of the Child", *Juvenile and Family Law Digest*, National Center for Juvenile Justice, 37, núm. 11 (noviembre).

Tarnowski, B., (2019). "El enfoque de un juez duro sobre los hogares de acogida: es sólo para los casos realmente extremos", *The Washington Post*, 25 de noviembre. Disponible en: «https://www.washingtonpost.com/national/one-judges-tough-approach-to-foster-care-its-only-for-the-really-extreme-cases/2019/11/24/bd2dd322-0a4c-11ea-97ac-a7ccc8dd1ebc_story.html» (acceso: 19 de mayo de 2020).

Thronson, D. (2005), "Of Borders and Best Interests: Examining the Experiences of Undocumented Immigrants in U.S. Family Courts", *Texas Hispanic Journal of Law and Policy*, *The University of Texas School of Law*, vol. 11, pp. 57, 67, 70.

Tribunal de Crecimiento Renovado a través de la Aceptación, el Cambio y el Empoderamiento (G.R.A.C.E.) Undécimo Circuito Judicial de Florida [en línea]. Disponible en: «<https://www.jud11.flcourts.org/GRACE-Court>» [20 de mayo de 2020].

Tribunales del Condado de Hidalgo, Texas, 2020. Tribunales del Condado de Hidalgo, Texas. [En línea]. Disponible en: «<https://www.hidalgo-county.us/directory.aspx?eid=3356> » [consultado el 1 de mayo de 2020].

Wilbur, S. y Junck, A. (2014), *A Guide to Juvenile Detention Reform: Non-Citizen Youth in the Juvenile Justice System*. [Online]. Disponible en: «<https://njdc.info/wp-content/uploads/2014/10/aecf-NoncitizenYouthintheJJSsystem-2014.pdf>» [consultado el 19 de mayo de 2020].

Desorden y desprotección: El estatus de los niños, niñas y adolescentes migrantes en Estados Unidos

Pedro Gerson*

Resumen

Estados Unidos es un país con una norma jurídica y políticas públicas que poco consideran o atienden las vulnerabilidades de los niños, niñas y adolescentes (NNA) migrantes. Este capítulo explica cómo el derecho en Estados Unidos está construido de tal forma que precariza la vida de los NNA. Los NNA migrantes que llegan a Estados Unidos usualmente se enfrentan a procesos legales que no entienden, con un entramado jurídico arcaico, y en el que no hay esfuerzos gubernamentales para proveerles ayuda en las cortes migratorias. Por otro lado, el sistema migratorio tolera la separación familiar, e incluso la utiliza para forzar a que la gente abandone sus casos migratorios. Por último, el propio sistema genera incentivos perversos para que NNA migrantes abandonen a sus familias para garantizar su migración con éxito. Este capítulo aborda estas problemáticas y, usando casos reales, muestra cómo distintos actores jurídicos, jueces y defensores de migrantes han operado en las orillas del marco institucional en beneficio de los NNA migrantes.

* Profesor de Derecho en California Western School of Law. Anteriormente dirigió la Clínica de Migración del Paul M. Herbert Law Center, Louisiana State University.

I. Introducción

Como se ha visto y elaborado en distintos capítulos de este libro, las leyes, tratados, y normas internacionales, así como los derechos sustantivos y procesales del ámbito local, tratan con atención particular y focalizada a los niños, niñas y adolescentes (NNA). Estas diversas protecciones emanan de la idea que los NNA, por su especial posición, son sujetos particularmente vulnerables. Por ello, existe un esfuerzo local e internacional por cuidarlos y garantizar sus derechos y su bienestar. Las protecciones son tales que podría hablarse incluso de una "excepcionalidad" en cómo la ley y las instituciones jurídicas abordan temas relacionados con los NNA. Al decir excepcional, simplemente me refiero a que, en los marcos jurídicos y sus interpretaciones, los NNA reciben un trato especial o diferente que la población adulta.¹

La excepcionalidad de los NNA se puede ver, en lo general, en el hecho de que se han desarrollado procesos y protecciones diversas en distintos ámbitos del derecho: penal, constitucional, laboral y un largo etcétera. Específicamente en el ámbito familiar, por tomar el ejemplo más concreto, la excepcionalidad se aprecia claramente en cómo los países abordan las relaciones entre los NNA y sus representantes o cuidadores legales. Como Anne Dailey y Laura Rosenbury explican, esta relación es una de las más protegidas y valoradas en el derecho constitucional y familiar (Dailey y Rosenbury, 2018, 1484). Esto tiene que ver con que el bienestar emocional, educativo y de salud de los NNA depende en mayor medida del cuidado de adultos responsables (Stolzenberg, 2018; 1998) y también el interés de libertad que cada individuo tiene en transmitir sus creencias y valores a su familia.²

¹ Esto es evidentemente algo positivo.

² En Estados Unidos, la Suprema Corte ha entendido este derecho ampliamente como parte de las libertades que emanan de la Primera Enmienda. En los casos emblemáticos de *Meyer v. Nebraska*, *Pierce v. Society of Sisters* y *Troxel v. Granville*, por ejemplo, la Corte ha reafirmado la presunción de que los padres y madres —siempre y cuando sean hábiles— actúan con el mejor interés de los NNA y, por ende, tienen libertad para educarlos como les parezca.

Dada esta preocupación general con los NNA y el gran número de NNA migrantes en Estados Unidos, uno esperaría que el derecho migratorio de ese país hubiese desarrollado un cuerpo robusto de protecciones para los NNA. No obstante, el derecho migratorio carece de recursos especiales para NNA. Pero no sólo es el derecho migratorio, sino que inclusive en materia constitucional, diversas cortes de apelación en el país han resistido limitar las acciones del Ejecutivo en lo que se refiere al derecho migratorio (Cox y Rodríguez, 2019, p. 104). En particular, como se analizará en la segunda sección de este capítulo, la detención de NNA migrantes y la separación de ellos de sus padres, políticas que atentan contra el bienestar e intereses superiores de los NNA, han sido validadas por distintas cortes. A esto se suma el hecho de que Estados Unidos sólo ha creado una vía migratoria especial o diferente para NNA que migran solos o sólo con uno de sus padres. Y, lo que es peor, las distintas avenidas para la migración pueden poner en conflicto a los NNA con sus progenitores.

En este capítulo abordaré estos temas particulares al derecho migratorio en los Estados Unidos. Primero, prestaré atención a las vulnerabilidades especiales de los NNA que migran o intentan migrar. Después discutiré el tema de la detención migratoria y apuntaré ciertos casos y jurisprudencia recientes que demuestran cómo algunos abogados y jueces han tratado de forzar la mano de las autoridades federales para proteger los derechos de los NNA en detención migratoria. Por último, describiré las vías migratorias que tienen los NNA y cómo muchas veces éstas los ponen en conflicto con sus propias familias. Si bien el campo de maniobra de los jueces es particularmente restringido en el ámbito migratorio estadounidense —dado que el uso de la norma internacional es muy limitado y la nacional le concede mucha discreción al poder federal— de todos modos se ha progresado en limitar un poco el accionar del gobierno. Anclando cada capítulo, recapitularé casos contemporáneos, algunos que ha llevado la clínica de migración de la Louisiana State University que en su momento dirigí. Estos casos permitirán poner en términos más concretos las problemáticas descritas.

II. Complejidades del sistema migratorio de Estados Unidos para los NNA

El sistema migratorio de Estados Unidos es notoriamente complejo. En lo personal, navegar el sistema genera la misma sensación que una obra de Samuel Beckett: objetivamente todo parece familiar, pero en el fondo todo es absurdo. La Corte de Apelación del Noveno Circuito, por ejemplo, ha dicho que "con sólo un pequeño grado de hipérbole, se dice que las leyes migratorias van sólo después que las tributarias en términos de su complejidad" (*Castro-O’Ryan v. INS*, 847 F.2d 1307, 1312 [9th Cir. 1988]). Dicha complejidad deriva, en gran medida, de que el sistema migratorio se ha construido a base de parches. Las leyes principales que afectan la migración han sido aprobadas en distintos momentos históricos, el *Immigration and Nationality Act* de 1952, su enmienda en el *Hart-Cellar Act* de 1965, el *Refugee Act* de 1980, el *Immigration Reform and Control Act* de 1986, el *Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act* de 1996, etc. Cada una de estas leyes refleja las ansiedades particulares del momento histórico en el que fue aprobada, y se ejecutaron sin preocuparse por armonizar la nueva norma con el sistema migratorio que la precedía. Esto lleva a una serie de duplicidades y contradicciones que dificultan navegar el panorama jurídico. Aunado a esto está el hecho de que muchas leyes —tanto locales como nacionales— inciden directamente en el funcionamiento del aparato migratorio. En particular, las leyes penales y familiares afectan directamente las posibilidades que tienen los migrantes para quedarse en Estados Unidos. El entramado legal es tan complejo que es normal que inclusive un representante legal migratorio no tenga la especialidad o pericia para identificar problemáticas que emanan de la interacción de las leyes penales y migratorias.

De modo más concreto, las complicaciones del sistema migratorio se demuestran en que los procesos no sólo varían de acuerdo con el tipo de caso, sino que el foro e institución gubernamental ante el que se plantean, difiere conforme al tipo de caso migratorio de que se trate. Por un lado, la parte *defensiva* del sistema es acusatoria. Es decir, en casos donde el

gobierno está intentando deportar a alguien —de recién ingreso o no— el sistema se parece al penal. En esas ocasiones los casos se presentan ante jueces y juezas administrativos del Departamento de Justicia ("DOJ") y son perseguidos por representantes legales del Departamento de Seguridad Nacional ("DHS"). En estos casos, los migrantes, la mayoría del tiempo sin representación legal, se enfrentan a personal jurídico del Estado expertos en materia migratoria cuyo interés es lograr la deportación. Por otro lado, la parte *afirmativa* del sistema sirve para que las personas migrantes busquen algún beneficio, por ejemplo, traer algún pariente, solicitar un permiso laboral, o solicitar una visa para jóvenes. Estos casos se presentan ante agentes de DHS pero en un proceso administrativo, no acusatorio. Frecuentemente los sistemas se traslapan. Uno puede pedir asilo como defensa en contra de la deportación o afirmativamente como un beneficio para quedarse. También puede buscar un beneficio afirmativo, como una residencia a través de un familiar, para defenderse de la deportación. Entender precisamente cuándo se utiliza cada sistema rebasa el alcance de este capítulo (y no es necesario para comprender la problemática aquí descrita).

1. Los NNA en el sistema migratorio de Estados Unidos

Es importante entender esta complejidad al momento de intentar soportar el grado de vulnerabilidad de los NNA migrantes en Estados Unidos. Amén de que la ley es así de compleja, los NNA se tienen que enfrentar a procesos migratorios estando solos. Si ya resulta difícil para un adulto sin representante legal acceder a los diversos beneficios o evitar la deportación, éste tiene mayor facilidad para exponer su situación de manera coherente y así potencialmente tener éxito. Mientras tanto, muchos NNA, sea por su edad, desarrollo cognitivo, nivel educativo, o el mismo trauma de migrar, tendrán mayores dificultades para articular sus historias de tal manera que puedan migrar con éxito.³ De hecho, psicólogos y expertos

³ Si bien el éxito de un caso migratorio depende de que se haga una conexión entre los hechos particulares que sucedieron y los fundamentos jurídicos que permiten que haya algún beneficio migratorio, como el asilo político. Un abogado, al conocer la norma, puede contar la historia de tal

en desarrollo cognitivo han argumentado que muchos NNA ni siquiera cuentan con la madurez necesaria para verbalizar respuestas que les permitan abogar por sí mismos en las cortes migratorias (NeMoyer *et al.*, 2019, p. 6). A pesar de estas circunstancias, y en contra de la opinión de académicos, abogados, y expertos legales, el gobierno estadounidense se ha negado a proporcionar representación legal, aunque sea a los NNA en casos de deportación (King, 2013; Bhabha y Young, 1999; Finkel, 2011; y Kaplan, 2010). Y, aún más notorio quizá, el Poder Legislativo no ha aprobado una reforma a la ley de migración (el *Immigration Nationality Act*, "INA") para que ésta ya no prohíba que el Estado proporcione la representación legal de los migrantes (8 U.S.C. § 1229a(b)(4XA) (2006)).

Aunque pueda parecer más banal que la falta de conocimiento en materia legal, los NNA — así como muchos adultos migrantes — se presentan ante un sistema sin conocimiento del idioma, y muchas veces sin traductores. Por las mismas dificultades mencionadas anteriormente para que los NNA construyan su narrativa de una manera clara y coherente, a muchos NNA se les complica hablar a través de un intérprete. Esto no es un tema menor, de hecho, el Colegio de Abogados de Estados Unidos, ha intercedido a favor de la representación legal universal para los migrantes que citan la barrera del idioma como un elemento que amenaza al debido proceso. (Commission on Immigration, 2019, p. 17).

Por último, está el hecho de que las cortes migratorias tienen atrasos y contratiempos enormes que entorpecen su administración. De acuerdo con el último conteo, hay aún 1.2 millones de casos migratorios por resolverse, incluyendo más de 40,000 que datan de 1998 y 1999 (TRAC, 2020). No sólo es un tema de sobrecarga de trabajo, sino que el gobierno federal no ha hecho lo necesario para agilizar el sistema. Por ejemplo, no ha otorgado más recursos para que haya más cortes y jueces, digitalizando

manera que esas conexiones se hagan en forma explícita. No obstante, en la práctica he notado que las personas con tal de contar sus historias con una narrativa clara y sin contradicciones usualmente tienen éxito en pelear sus casos migratorios. En ese contexto, la habilidad de construir una narrativa coherente se vuelve, literalmente, un tema de vida o muerte.

procesos para que los representantes accedan a los expedientes de manera más sencilla y expedita, o proporcionando representación universal que permitiría a los jueces avanzar sus casos más rápido (puesto que no tendrían que explicarle a cada migrante los pormenores del caso). Increíblemente, la administración del Presidente Donald Trump entorpeció más el funcionamiento de las cortes migratorias al quitarles a los jueces muchas herramientas que les permitían agilizar el trámite de varios asuntos pendientes. (*Matter of Castro Tum*, 2018). Todo esto, al entorpecer el funcionamiento de las cortes migratorias, genera muchos cambios en el funcionamiento de las mismas.

Las y los abogados migratorios reciben notificaciones a última hora (o tarde) de que sus juicios o audiencias se han reagendado, o incluso no son notificadas y tienen que revisar constantemente que las audiencias sigan en el mismo día. Esto complica mucho el trabajo de los representantes legales. Para los NNA sin abogados, sin embargo, es más bien un obstáculo que puede imposibilitar su defensa. ¿Cómo esperar que esta población, tan joven y sin conocimiento alguno del sistema, esté al pendiente, o siquiera sepa cómo revisar que sus audiencias siguen de acuerdo con el calendario establecido?

Entender estas complicaciones, nos permite puntualizar lo grotesco del espectáculo de tener a niños y niñas menores de 5 años apareciendo frente a un juez migratorio. En 2018, cuando el gobierno federal estaba separando a todos los NNA de sus familiares al momento de entrar a Estados Unidos, había decenas sino es que centenas de NNA que aparecían solos como testigos defensores en casos de deportación. La mayoría de ellos no contaba con abogados. Un abogado que estaba representando a una niña de 3 años declaró: "estábamos [...] en la corte con una niña que había sido separada de sus padres y de repente —en medio de la audiencia— la niña se empezó a subir a la mesa. Esto realmente puntualizó lo absurdo de lo que le estábamos haciendo a los niños" (Jewett *et. al.*, 2018).

Aun con todo esto, las cortes han negado que existe un derecho constitucional de los NNA a contar con representación legal en sus casos

de deportación. En el caso de *C.J.L.G. v. Sessions*, por ejemplo, la Corte de Apelación del Noveno Circuito concluyó que las Cláusulas del Debido Proceso de las Enmiendas 5 y 14 no otorgan este derecho. En ese caso, la Corte de Apelación puntualizó que la Suprema Corte "nunca ha determinado que los principios del debido proceso [...] requieran de manera categórica representación legal en ningún contexto afuera del penal." (*C.J.L.G.*, 2018, p. 1136). Algunos autores han articulado que este tipo de interpretaciones son muy obtusas, puesto que el interés jurídico reclamado en las cortes migratorias (la no-deportación) es muy similar al reclamado en el ámbito penal (la libertad) y la criminalización de la migración, tanto en lo jurídico como en su aplicación. (King, 2013; y Hernández, 2019). Si bien es normal que las cortes de apelación sigan dicho precedente, es implausible que una niña de 8 años, que aparece por sí sola a una Corte de migración, sea congruente con cualquier noción del debido proceso estadounidense, independientemente de las obligaciones que Estados Unidos haya adquirido en el ámbito internacional. No obstante, ninguna Corte en ese país ha declarado lo contrario.

2. La representación legal y el acceso a la justicia para NNA: El caso de María K.

Uno de los casos de la Clínica de Migración de LSU ilustra cómo la representación jurídica en materia migratoria podría remediar los grandes vacíos normativos y jurídicos en lo que respecta al acceso a la justicia de los NNA migrantes en Estados Unidos. En 2019, la Clínica tomó el caso de *María K*, una adolescente hondureña de 15 años. Ella había dejado su casa muy joven tras el abuso emocional y físico al que la sometió su madre. Se mudó con Anna K, una mujer a quien María describe como su mamá adoptiva y tomó su apellido. Después de unos años, Anna intentó someter a María a prostitución infantil, pero María no se lo permitió. Finalmente Anna decidió que trataría de emigrar a Estados Unidos y a principios de 2019 partió con María a ese país, al que cruzaron de manera irregular y fueron arrestadas. María declaró que Anna era su madre y las transfirieron a un centro de detención familiar. Las autoridades las

dejaron libres luego de un mes porque María era adolescente; fueron reubicadas en Denver, Colorado. Allí Anna conoció a una pareja, quien empezó a abusar de María física y emocionalmente. De acuerdo con María, Anna la insultaba, le gritaba, le aventaba cosas, le pegaba y la sacaba de la casa. Algunos días María durmió en la calle.

Paralelamente a estas circunstancias, el caso migratorio de Anna y María seguía su curso, en un mismo expediente judicial, a pesar de que cada una tenía distintas bases para evitar la deportación. El juez de migración había decidido que ambas se quedarían sólo si Anna podía demostrar que merecía asilo político. Consecuentemente, y por su edad, María fue excusada de ir a las audiencias, por lo que no podía enterarse de cuándo tendrían lugar. Anna no compareció a la audiencia respectiva porque estaba muy ebria y María no sabía que ese día se conocía, también, su situación legal. Por esta ausencia, la Corte migratoria emitió una orden de deportación para ambas.

Mientras tanto, el conflicto entre María y Anna empeoró. Finalmente, Anna expulsó a María de su departamento y ella se mudó a Luisiana con su tía. Allí entró en contacto con la Clínica de LSU, la cual determinó que ella ya había sido deportada, e intentamos reabrir su caso para que ella pudiera solicitar el asilo. El caso sólo podía avanzar si conveníamos al juez de que María no asistió a su audiencia por "circunstancias especiales". Argumentamos que por el hecho de que María era muy joven y sufrió abuso por parte de su representante legal, ella no había tenido la posibilidad de ir a la Corte. La jueza de migración estuvo de acuerdo con dicha solicitud y ahora la Clínica podrá defender la solicitud para que María se quede en Estados Unidos.

Si bien es cierto que varios de los problemas del caso se habrían resuelto si María tuviera representación legal, el caso también es notable porque revela cómo los jueces de migración utilizan su gran discreción para llenar los vacíos jurídicos en materia de justicia de la ley migratoria. Legalmente, la jueza no tendría por qué reabrir el expediente. Jurídicamente

el hecho de que Anna no le hubiera dicho a María de la audiencia era irrelevante porque María (al ser menor de edad) no tenía que estar ahí. Por otro lado, la ausencia no fue motivada por el abuso físico o emocional que sufrió María. No obstante, la jueza que resolvió el caso tomó en consideración tanto el abuso como la edad de María para concluir que ella no era capaz de decidir si ir a una audiencia o no, y ésta era una *circunstancia especial*. El análisis, jurídicamente hablando, era débil, pero siendo una corte de primera instancia sin capacidad de generar precedentes o incluso que se publiquen las decisiones, la jueza le dio mayor importancia al reconocimiento de que tanto el sistema migratorio como su familia adoptiva no le habían dado a María una oportunidad real para pelear o defender su caso. Ahora, con un abogado, María podría pelear, y fue por eso que la jueza resolvió a su favor.

III. NNA en detención migratoria y los esfuerzos por eliminarla

Los problemas para el acceso a la justicia descritos en la sección anterior, las barreras legales, idiomáticas y programáticas, se acentúan en el contexto actual en que la detención migratoria se ha vuelto una parte constitutiva y básica de la aplicación del derecho migratorio estadounidense (Ryo, 2019; Gerson, 2021; y García Hernández, 2013). En los últimos 30 años este fenómeno ha ido en aumento. En 2004, Estados Unidos detenía aproximadamente 6,000 personas al día, para el 2019 la cifra llegó hasta los 52,000 y se "regularizó" en alrededor de 42,000 (Ryo, 2019; y Gerson, 2021). Hoy por hoy, Estados Unidos es el país que detiene a más migrantes en centros penitenciarios en el mundo (Ryo y Peacock, 2020, p. 69). Además, específicamente, es el que detiene a más NNA migrantes, rebasando a México, que está en segundo lugar con una cifra 500% mayor (McCarthy, 2019). Los NNA pueden ser detenidos junto con sus familiares o por sí solos (porque migraron así, o porque fueron separados de sus familias). Es decir, sumado al trauma físico y emocional que representa la migración, muchos NNA llegan a su país destino para pasar días o

meses en cárceles u otros centros de detención. En este contexto, navegar la complejidad del sistema migratorio se vuelve una tarea casi imposible.

Los NNA en detención migratoria no son una excepción. Al contrario, son una parte importante del aparato migratorio. Tan sólo en diciembre de 2018, por ejemplo, Estados Unidos ubicó a más de 15,000 NNA en detención migratoria (Telus *et al.*, 2019). Los NNA que han llegado sin familiares han atraído gran parte de la atención mediática y política de los últimos años (Shah, 2016; Gordon, 2014). En gran medida, esto tiene que ver con que el número de NNA que llegan ha ido en aumento en los últimos años. En promedio, en 2010 había 2,000 NNA no-acompañados detenidos al día, en el 2019 esta cifra fue de más de 12,000 (Telus *et al.*, 2019). Algunos años el aumento ha sido particularmente marcado y la atención mediática lo ha acompañado. Por ejemplo, entre 2013 y 2014 el número de NNA migrantes no-acompañados subió en 90% (King, 2019, p. 85) y entre 2018 y 2019 el aumento fue de 52% (Villegas, 2019). De acuerdo con la ONU, en los últimos cinco años, 25% de las detenciones en la frontera sur de Estados Unidos (que usualmente llevan a periodos de detención) ha sido de NNA (ONU, 2019, cap. 16 § 3). Esta situación no sólo ha atraído la atención nacional, sino que ya en el plano internacional hay instituciones que reclaman protecciones especiales para lo que se describe como una crisis humanitaria de NNA no-acompañados migrando a Estados Unidos (UNHCR, 2014). De hecho, expertos de la ONU en 2018 hicieron un llamado al gobierno de los Estados Unidos a terminar la detención migratoria de NNA, en el que opinaban que "los NNA nunca deberían estar detenidos por su estatus migratorio o el de sus padres" (ONU, 2019, cap. 16 § 3). Evidentemente, ese llamado, y otros, han sido más que ignorados por las autoridades estadounidenses.

Es importante aclarar que los niveles actuales de detención migratoria no son consecuencia forzosa de las leyes migratorias, sino de su implementación (Gerson, 2021). Si bien muchos estudios legales han sugerido que

el punitivismo migratorio se debe a reformas jurídicas que le dieron más facultades al gobierno federal para detener a personas migrantes (Ryo y Peacock, 2020; Chacón, 2014; Torrey, 2015; y Das, 2013), los altos niveles de detención son consecuencia de cómo las autoridades migratorias han ejercido sus facultades y qué tanto han sido apoyadas por agencias de administración de justicia en el ámbito estatal o local (Ryo, 2019 y; Gerson, 2021). Menciono esto porque vale la pena comprender que los niveles actuales de detención migratoria, y especialmente la detención de NNA, son reflejo de una decisión de política pública, más que de una obligación legal, amén de que el gobierno federal estadounidense pretenda lo contrario.

Durante la administración del Presidente Donald Trump, el número de niños migrantes en detención aumentó con la implementación, en mayo de 2018, de la política de "cero tolerancia" en contra de los migrantes (Department of Justice, 2018).⁴ De acuerdo con esta medida, cualquier persona aprehendida tratando de cruzar la frontera de manera irregular será sancionada penalmente.⁵ Esta política tuvo el efecto de separar a miles de NNA de sus padres, puesto que estos últimos irían a prisiones federales mientras que los NNA serían reubicados en centros de reclusión migratorios (que en forma y fondo son cárceles,⁶ (Human Rights First, 2018; García Hernández, 2014 y 2017; Aas y Bosworth, 2013). Anteriormente, la mayoría de los NNA no-acompañados o familias que llegaban

⁴ En realidad la separación de familias comenzó antes con un programa piloto en El Paso, el cual sería la prueba para la política de cero tolerancia a nivel nacional.

⁵ Es un delito federal cruzar la frontera de manera ilegal. Sin embargo, no es un delito estar en Estados Unidos sin la documentación reglamentaria. Es decir, el delito sólo es al momento de migrar. Si alguien evade la detección de los agentes fronterizos, es muy difícil que sea perseguido penalmente. No obstante, hoy por hoy, los delitos migratorios son los más perseguidos por el Departamento de Justicia. En 2018, este tipo de delitos concentró 34.4% de los expedientes conformados por el DOJ, en segundo lugar, con 28.1% están los crímenes relacionados con sustancias ilícitas, (Schmitt y Syckes, 2019, 30).

⁶ De hecho, un informe de la ONU sobre NNA en varias situaciones de privación de libertad "utiliza el término 'detención migratoria' -independientemente del lugar donde se dé- cuando los NNA son privados de libertad por su estatus migratorio o el de sus padres" (ONU, 2019, cap. 16 § 2). Es decir, la misma ONU reconoce que hay muchos distintos espacios físicos donde los NNA migrantes pueden ser reclusos, pero todos esos espacios funcionan como centros penitenciarios.

con NNA eran liberados condicionalmente en Estados Unidos para que pelearan sus casos migratorios en libertad.

Esto último no quiere decir que antes de la presidencia de Donald Trump no existiese detención de NNA por razones migratorias. De hecho, este fenómeno ha sido litigado desde la década de los ochenta. Así, por ejemplo, en 1984 las autoridades migratorias de Estados Unidos decidieron que los NNA aprehendidos cruzando la frontera sólo podrían ser liberados a sus padres o representantes o guardianes legales (asumiendo que alguno de éstos ya estaba en el país). El siguiente año, un grupo de NNA demandó al gobierno argumentando que la política de sólo liberar a los NNA con figuras parentales y las condiciones de detención de los NNA eran inconstitucionales (*Flores by Galvez-Maldonado v. Meese*, 1990, p. 994).

Eventualmente el caso llegó a la Suprema Corte que decidió que el gobierno podía decidir o limitar quién podría reclamar a los NNA detenidos. En este caso, la política de sólo liberar a los NNA a sus padres o representantes legales era constitucional. La Corte explicó que no hay un derecho fundamental a que los NNA sean liberados y que la política migratoria trata de balancear el interés de proteger a los NNA y no "soltarlos a la luz de la luna" con quien sea, pero a la vez el interés de los NNA y sus familiares de que no estén detenidos (Flores, 1993, p. 296).

1. El "Acuerdo Flores" y la privación de libertad de los NNA.

El caso continuó, y en 1997 una Corte de Distrito validó un acuerdo entre las partes que estipulaba una "política nacional para la detención, liberación y trato de menores bajo la custodia" de autoridades migratorias (*Flores v. Lynch*, 2016, p. 904). Este acuerdo se conoció como el *Flores Settlement Agreement* ("Acuerdo Flores"). El acuerdo debía terminar cinco años después de ser aprobado por la Corte o tres años después de que alguna Corte decidiera que el gobierno había cumplido con lo que estipulaba el acuerdo. En 2001 las partes declararon que el acuerdo finalizaría 45 días después de que el gobierno publicara normas para implementar el Acuerdo Flores. Hoy por hoy esas normas siguen sin publicarse.

El *Acuerdo Flores* contiene los estándares para los menores de edad en custodia en lo que se refiere a su "alimentación, vestimenta, artículos de limpieza, trato médico y dental, asesorías de necesidades individualizadas, servicios educativos, contacto con miembros de familia, y un derecho razonable a la privacidad" (*Flores v. Lynch*, 2016, p. 903). El Acuerdo Flores también estipula que cualquier persona menor que entre bajo la custodia de las autoridades migratorias será procesada de manera expedita, notificada de sus derechos, y si la liberación no es posible, será puesta en una institución no penal en cinco días. No obstante, el acuerdo incluye una excepción a este cronómetro en casos "de emergencia o de afluencia de NNA migrantes" en esos casos el cambio de institución se hará "lo más rápido posible." (Flores Settlement Agreement, 1997, párr. 12(A)).

Tras el *Acuerdo Flores*, el gobierno federal estadounidense también está obligado a detener a NNA en instituciones con mejores condiciones que las cárceles tradicionales. Si algún centro carece de las condiciones que establece el acuerdo, los NNA deben ser liberados en 20 días. El gobierno federal también tiene la obligación de buscar algún custodio que tome el cuidado de los NNA para que éstos no estén en detención. El Acuerdo Flores ha propiciado que el gobierno cree centros de detención para familias completas, como los de Berks en Pensilvania, Karnes City y Dilley en Texas, o el de Artesia en Nuevo México. No obstante, estos centros y varios otros albergues para NNA han sido fuertemente criticados por no cumplir con los estándares del *Acuerdo Flores* (aunque hay un debate en torno de si estas protecciones incluyen a menores de edad que llegan acompañados de familiares adultos o no), (Lakosil, 2018; y Marguiles, 2019).

2. El rol del litigio y las cortes para la protección de los derechos de NNA en contextos de privación de libertad.

Tanto la detención migratoria en general como las condiciones de ésta, han sido objeto de recientes litigios. Estos mismos sirven para ver de qué modo los actores jurídicos en Estados Unidos actúan para proteger los intereses y el bienestar de los NNA. Antes de analizarlos, sin embargo,

es importante entender el limitado campo de maniobra que existe para exigir estas protecciones. Como se mencionó, las leyes no proveen explícitamente estas garantías y las normas internacionales raramente son siquiera invocadas. Sin embargo, las limitaciones no son sólo una consecuencia de una norma francamente regresiva en materia de derechos humanos, especialmente si se le compara en el plano internacional. También está el hecho de que, en general, las cortes en Estados Unidos han sido foros realmente limitados para vindicar los derechos de los migrantes. Como David Rubenstein y Pratheepan Gulasekaram han escrito:

las impugnaciones de derechos a las decisiones de política migratoria del gobierno federal generalmente tienen que nadar contracorriente en contra de la doctrina del poder plenario⁷ y sus vestigios [...] De este modo, derechos sustantivos constitucionales, como la igualdad ante la ley, el debido proceso, la libertad de asociación, etcétera, tienden a recibir menor escrutinio judicial en casos migratorios que en otras áreas de regulación federal [Rubenstein y Gulasekaram, 2017, p. 597].

Esto se aprecia inclusive con la historia del *Acuerdo Flores* descrita anteriormente. En ese caso, la Suprema Corte estadounidense decidió que el interés fundamental en la libertad de los NNA compite con el interés del gobierno en regular la migración.

Es difícil encuadrar esta decisión en el marco de cómo otras cortes exploradas, en otros capítulos de este libro, han entendido los derechos de los NNA. Sin embargo, esta visión no sólo refleja la jurisprudencia que le otorga amplios poderes al Ejecutivo en lo que tiene que ver con la migración en general, sino que también pone en evidencia cómo la Suprema Corte casi no ha restringido la discreción que tiene el gobierno federal en la implementación de su política de detención migratoria en lo específico.

⁷ Doctrina utilizada comúnmente por cortes federales para interpretar la constitucionalidad de diversas leyes y políticas migratorias.

En los últimos 30 años, la Corte ha decidido tan sólo cuatro casos acerca de la constitucionalidad de la detención. El único que fue decidido en contra del gobierno federal, *Zadvydas v. Davis*, en donde se declaró que existe un límite de tiempo para permanecer detenido, una vez que haya una orden de deportación y el gobierno haya tratado de ejecutarla por 90 días (*Zadvydas*, 2001, p. 680). No obstante, la Corte ha decidido que puede detener a migrantes sin audiencias o posibilidad a fianza (*Demore v. Kim*, 2003, p. 523), y que la gente no tiene derecho a audiencias periódicas para determinar su libertad condicional (*Jennings v. Rodriguez*, 2018, p. 842).

Todo esto apunta a un panorama complicado para que jueces y defensores de los derechos de NNA hagan algo por limitar políticas públicas del gobierno federal que vulneren el bienestar de los menores en detención. No obstante, los casos litigados durante la administración del Presidente Trump han mostrado que aun en condiciones adversas, jueces y defensores creativos pueden tener éxito. El primer caso tiene que ver con el uso de hoteles para detener a NNA migrantes, en vez de en cárceles, dadas las complicaciones que surgen por el coronavirus⁸ en la detención de personas en cárceles o albergues.

a. El caso *Jenny Flores v. Barr* (2020)

El 20 de marzo de 2020, el gobierno de Estados Unidos cerró las fronteras del país con México y Canadá a ciertas personas como una respuesta a la pandemia del Covid-19. Bajo esta orden, el gobierno comenzaría a deportar a migrantes so pretexto de contener la propagación del coronavirus (*Closure Order*, 2020). Las autoridades migratorias comenzaron a utilizar hoteles privados para albergar a NNA no acompañados en lo que se efectuaba su deportación conforme a lo que estipulaba la ley.

⁸ El coronavirus —SARS-CoV-2— es el virus que ocasiona la enfermedad Covid-19. Este virus se propaga por partículas aéreas y las conglomeraciones de grupos grandes de personas en espacios cerrados generan las condiciones ideales para que la gente se contagie del virus. Por esta razón, en el ámbito mundial, las cárceles han sido puntos críticos de riesgo de contagio.

De acuerdo con la recopilación de hechos que hizo la Corte que revisó esta práctica, se utilizaron "25 hoteles en tres estados para albergar a 660 menores de entre 10 y 17 años de edad, de los cuales 577 migraron sin familiares adultos. En promedio, los menores se albergaron en hoteles por menos de cinco días, aunque 25% fueron detenidos por más de 10 días, con una estancia máxima de 28 días" (*Jenny Flores v. Barr*, 2020).

Este caso (*Jenny Flores v. Barr*, 2020) permite analizar varios temas de interés para los lectores de este libro, por ejemplo, la constitucionalidad de la política de expulsión inmediata de NNA migrantes sin familiares adultos, sin oportunidad de audiencia. Este tipo de medidas claramente van en contra de diversas protecciones a NNA en el contexto internacional y, dadas las vulnerabilidades particulares de los NNA migrantes especialmente en el contexto de una pandemia, sería un caso complicado dentro del marco constitucional estadounidense. No obstante, una Corte de Distrito del Noveno Circuito se limitó a analizar si el uso de hoteles por parte del gobierno cumplía con las obligaciones del Estado para con los menores bajo el marco del *Acuerdo Flores*.

Los NNA migrantes argumentaron que la utilización de los hoteles contravenía el *Acuerdo Flores* porque no los alojaba en un "albergue registrado",⁹ un requisito del acuerdo. El gobierno argumentó que el hotel era una medida temporal para efectuar la deportación lo antes posible. Sin embargo, el gobierno no demostró que albergar a los NNA en hoteles agiliza las deportaciones más que si se les detenía en un albergue registrado. La Corte consideró que, si los hoteles fuesen una medida para solventar las necesidades de detención en el contexto migratorio y temporal en lo que se abre un espacio en un albergue registrado, entonces el uso de los hoteles no sería problemático. Sin embargo, cambiar los albergues por hoteles no está permitido por el programa.

⁹ El *Acuerdo Flores* establece que cuando un NNA no puede ser liberado será puesto a disposición de un programa/albergue registrado. Usualmente éstos son albergues que se especializan en el cuidado de NNA que migran sin adultos.

La Corte también leyó una obligación contractual dentro del *Acuerdo Flores* para que el bienestar de los NNA fuera resguardado con atención a la "vulnerabilidad particular de las y los menores de edad" (*Acuerdo Flores*, p. 11). De acuerdo con su investigación de los hechos, los NNA no habían sido resguardados por personal con entrenamiento o cualificaciones suficientes para atender a esta población. Además, la Corte explicó que el control interno de los hoteles era "vago y mínimo". "La única revisión 'independiente' consistía en [...] unas inspecciones virtuales, que han ocurrido en todas las ciudades, pero no necesariamente en todos los hoteles" (*Flores v. Barr*, 2020, p. 14). Por último, la Corte consideró que, dado el gran volumen de personas que entran a hoteles, albergar a NNA en éstos los exponía de manera innecesaria al coronavirus.

Por todo lo anterior, la Corte concluyó que "estas condiciones no son lo suficientemente seguras y no dan cuenta suficiente a la vulnerabilidad de los menores sin acompañantes en detención" y resolvió a favor de los NNA migrantes (*Flores v. Barr*, 2020, p. 15). La Corte ordenó que las autoridades migratorias dejaran de usar los hoteles y utilizar en, en cambio, los albergues registrados (que además tienen más de 90% de capacidad actualmente porque la frontera está cerrada). A la fecha de redacción de este capítulo, esta orden ha sido atrasada, mas no revertida, por una Corte de Apelación, con el pretexto de que el gobierno federal necesita tiempo para implementar sus nuevas obligaciones.¹⁰

Si bien el alcance de esta decisión es limitado, de igual modo es revelador que la motivación principal para resolver a favor de los NNA migrantes haya tenido que ver con las "vulnerabilidades especiales" de esta población. Aun y cuando ni la ley migratoria ni la jurisprudencia de la Suprema Corte establecen que estas vulnerabilidades requieren que el gobierno federal preste un trato especial a los NNA migrantes, la jueza de distrito Dolly M. Gee en este caso buscó un instrumento para darle sustento a esta

¹⁰ No está claro por qué se necesita más tiempo para dejar de transferir a personas a hoteles y, en vez de ello, llevarlos a albergues registrados.

intuición. En este caso, el *Acuerdo Flores* fue interpretado como un reconocimiento explícito de que los NNA merecen, desde una perspectiva legal, una atención particular. Es decir, puesto que las vulnerabilidades de los NNA migrantes son tan pronunciadas, este caso demuestra cómo las cortes pueden utilizar instrumentos jurídicos relativamente endebles y poco claros (un contrato, no una ley, o directiva inclusive), para obligar al gobierno a hacer lo mínimo en beneficio de los NNA. Evidentemente, sin cambios más profundos, el Poder Judicial no podrá atender el problema de fondo: el hecho de que el Ejecutivo detiene a NNA migrantes. No obstante, en el contexto de precariedad en cuanto a la vindicación de derechos, cualquier victoria en este sentido debe ser celebrada.

b. El caso Ms. L. v. ICE (2020)

El otro caso que quiero resaltar es uno que muestra la batalla que hoy en día se está librando en contra de la separación familiar ya descrita. La American Civil Liberties Union (ACLU) demandó al gobierno federal argumentando que la separación familiar iba en contra de los derechos a integridad familiar y asociación bajo la cláusula del Debido Proceso de la Quinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos. El caso se centraba en una madre del Congo y su hija de seis años, quienes fueron arrestadas por las autoridades migratorias y enviadas a centros de detención a miles de kilómetros la una de la otra, sin verse por cuatro meses (*Ms. L. v. ICE*, 2020). Una Corte de Distrito de California resolvió a favor de los migrantes representados por la ACLU y el gobierno se vio forzado a reunificar a dicha familia.

El litigio mostró que, en total, la administración del Presidente Trump había separado a más de 4,200 NNA de sus familias. El trabajo de litigio de la ACLU logró reunir a más de 2,000 familias, pero el gobierno federal siguió separando a algunas de ellas bajo el pretexto de que la Corte ordenó la reunificación de los NNA con sus familias, salvo en los casos en que los adultos no tengan las capacidades para cuidar a los NNA. Tal argumentación se basó, a su vez, en lo dispuesto por la Corte al precisar

que cuestiones como antecedentes penales, o alguna enfermedad transmisible, eran muestras de que los padres "no eran competentes" (*Ms. L. V. ICE*, 2020, p. 7). El gobierno federal ha continuado su práctica de separación utilizando estas excepciones para articular pretextos menores, como el hecho de que algunos bebés tenían pañales sucios o alguien tenía un antecedente penal por conducir con licencias expiradas, como señales de que la separación familiar está justificada. Estos hallazgos han sido independientemente confirmados por el contralor federal (OIG, 2020) lo que ha provocado que el litigio de este tema continúe.

Más allá de la función informativa del caso, *Ms. L v. ICE* es notorio porque fue el primero en encontrar una *limitación constitucional* al trato de NNA migrantes en el contexto de detención. En *Ms. L*, la Corte articuló que "está bien establecido que el interés de libertad identificado en la Quinta Enmienda provee el derecho a la integración de una familia o a la asociación familiar", sin embargo, la pregunta era si ese derecho se extiende a "familias migrantes aprehendidas por el gobierno cuando cruzaron la frontera entre México y Estados Unidos" (*Ms. L v. ICE*, 2020, p. 8). La Corte explicó que este caso no se puede analizar sólo como uno familiar, y por eso sólo visto desde los estándares del derecho en esa materia, sino que con éstos compiten los intereses legítimos del gobierno en controlar la seguridad nacional y aplicar las leyes migratorias penales en la frontera del país. Es decir, a veces puede ser legal la separación familiar aun si una madre es declarada competente en una corte familiar, si su detención migratoria está justificada bajo las leyes migratorias (por ejemplo, si tiene un antecedente penal que le da la discreción al Departamento de Seguridad Nacional de detenerla).

Por esto la Corte consideró que la legalidad de la separación familiar no sólo se debe analizar desde la perspectiva de si los padres son competentes para quedarse con sus hijos o si por alguna razón los ponían en peligro (como sería en el contexto familiar), sino también se deben tener en cuenta los antecedentes penales, la existencia de una relación familiar real y/o de alguna enfermedad transmisible. La Corte validó la actuación

del gobierno en cuanto al uso de antecedentes penales, así como de las enfermedades transmisibles como factores para separar a las familias. Por otro lado, decidió que antes de separar a una familia porque el gobierno duda de la relación filial, debe comprobar la sospecha con una prueba de ADN (*Ms. L v. ICE*, 2020, p. 12).

Dicho de otro modo, la Corte resolvió a favor de las familias migrantes, pero de manera limitada. No obstante, aun con sus matices, el caso llevó a que el gobierno dejara de separar a grupos familiares y los obligó a reunificar a familias que había separado previamente. La victoria no fue total porque, en el fondo, las cortes consideraron que los derechos de los NNA competían con los intereses migratorios de Estados Unidos y que por eso algunas restricciones eran válidas. Claramente, otra interpretación era posible. Al fin y al cabo, es difícil concebir cómo la separación familiar ayuda a la implementación del derecho migratorio en un contexto en el que los procesos migratorios se pueden llevar de la misma manera en detención o en libertad y no es claro que la detención ayude a que el sistema funcione de manera íntegra o eficiente (Gerson, 2021). Empero, así como el caso de *Flores*, la victoria de *Mrs. L.* en el contexto actual no puede ser menospreciada.

IV. Las leyes y prácticas migratorias como herramienta de coerción para los NNA y sus familiares

A pesar del éxito del litigio en contra de la separación migratoria, el gobierno estadounidense sigue utilizando la práctica como herramienta de negociación o coerción. En esta sección veremos cómo las autoridades migratorias utilizan la amenaza de separación para negociar la auto deportación de miles de personas. También veremos cómo el mismo sistema migratorio, a través de las opciones que presenta para migrar, puede poner los intereses de los NNA en conflicto con los de sus padres y/o madres. En este sentido, si bien los agentes del Estado no están utilizando la ley de manera coercitiva, las tensiones en la ley funcionan de ese modo.

1. La amenaza del legítimo ejercicio de derechos como estrategia de coerción.

Los niños y las niñas han sido utilizados como moneda de cambio por muchos siglos. En la Edad Media, por ejemplo, familias nobles utilizaban a sus hijos como medios para hacer alianzas y símbolos de buena fe para la paz (Parks, 2017). Actualmente, la amenaza de separar a NNA de alguno de sus progenitores caracteriza bastante el proceso de divorcio. En estos casos, por ejemplo, si la disolución de la sociedad conyugal no se percibe como justa, entonces la parte que reclama puede utilizar la custodia de los hijos como herramienta para llegar a un arreglo. Mientras tanto, en el derecho público, el Estado utiliza la amenaza de separar a niños y niñas de sus padres o representantes legales en contextos familiares, para obligar a que los segundos protejan el bienestar de sus hijos. De manera menos positiva, el Estado también utiliza la amenaza de separación familiar como una herramienta para que la gente revele más información acerca de conductas delictivas (Lewis, 2004, pp. 107-108).

Cuando comenzaron las reunificaciones ordenadas por el Poder Judicial tras casos como el de *Ms. L v. ICE* descrito anteriormente, el gobierno estadounidense anunció que los padres que abandonaran sus casas de asilo u otro beneficio migratorio, serían rápidamente reunidos con sus hijos e hijas. Por otro lado, si estos derechos eran reclamados, entonces aquellos padres en detención penal —ocasionada, recordemos, por el crimen de entrar al país de manera ilegal—¹¹ continuarían en las cárceles y, por ende, separados de su familia (Lind, 2018). Esta práctica fue revisada y aprobada en el caso de *Ms. L (Ms. L v. ICE, 2020, pp. 6-10)*.

En un artículo reciente, Olivia Saldaña Schulman describió cómo opera la política del gobierno:

¹¹ Recordemos que esto es precisamente a lo que se refiere "cero tolerancia." Anteriormente, la entrada legal no siempre era perseguida penalmente y por ende había menos separación. Ahora, este delito no sería tolerado.

Enfrentándose a su deportación, Hilaria solicitó un tipo de beneficio migratorio disponible a víctimas de violencia doméstica. Sin embargo, porque tenía una sentencia por agresión, ella estaba en violación de la política de ‘cero tolerancia’ en contra de ‘migrantes criminales’ [...] Doce meses después del incidente, Hilaria seguía en un centro de detención y sus hijos en colocación familiar [...] (como consecuencia) del hecho de que era probable que el Estado comenzaría procedimientos en su contra, para cesar sus derechos parentales [Saldaña Schulman, 2019, pp. 363-364].

Vemos entonces que en este caso entra en juego no sólo la ley migratoria, de ámbito federal, o la ley familiar, de ámbito estatal. Enfrentándose a esta opción, Hilaria tendría que escoger entre seguir luchando por su estatus y arriesgarse a perder a sus hijos o abandonar su caso y ser deportada con ellos. Ésta es una decisión extremadamente difícil en circunstancias normales, pero para aquellos migrantes que están escapando de la persecución en sus hogares resulta imposible. En efecto, el gobierno de Estados Unidos está utilizando a los NNA de migrantes para forzar la auto deportación en muchos casos.

Se puede pensar que la separación es una consecuencia simplemente de la realidad migratoria: no se puede dejar entrar a todo el mundo. No obstante, esa crítica no aborda el problema fundamental que evidencia la separación familiar. Recordemos que esta separación es producto de utilizar la detención como herramienta para administrar el sistema migratorio. Es decir, se podría no encarcelar a nadie y permitir que se litiguen o tramiten casos de migración en libertad, sin necesidad de que haya separación familiar en ningún momento, y aun así mantener el número de migrantes admitidos con un tipo de estatus permanente al nivel que cualquier gobierno escoja. Dicho de otro modo, la separación familiar no es necesaria para restringir la migración.

Otro argumento que se podría hacer a favor de la política de cero-tolerancia es que el Estado está velando por el bienestar de los NNA migrantes

al separarlos de sus padres cuando éstos tienen antecedentes penales o representan algún otro tipo de amenaza. Sin embargo, el hecho de que el gobierno federal explique que la separación se da en un contexto en que los padres son "peligrosos", a la vez que está dispuesto a reunificar a las familias cuando éstas abandonen sus casos migratorios, demuestra que la administración no está preocupada por el bienestar de los NNA sino por la migración.

Más allá de una crítica de política pública, en términos jurídicos vale la pena cuestionarse qué tanto permite la Constitución de Estados Unidos que se utilice a los NNA como herramienta de coerción. Los argumentos presentados en los últimos dos párrafos no atienden la legalidad de utilizar a los NNA como peones para lograr la auto deportación. Aún no existen casos que formulen esta problemática constitucional desde esta perspectiva, sin embargo, defensores de NNA tampoco la han planteado. Viendo hacia delante, podría ser una ruta para litigios estratégicos que intenten limitar más cómo el gobierno usa la detención y a los NNA para limitar el número de migrantes.

2. Los incentivos perversos del sistema migratorio de Estados Unidos

Al margen de la separación familiar efectuada por el gobierno, el derecho migratorio en Estados Unidos también genera incentivos perversos que empujan a los NNA a separarse legalmente de sus guardianes legales. Esto tiene que ver con los distintos mecanismos que existen para migrar a Estados Unidos y cómo éstos entran en conflicto. A continuación, explico cómo se generan estos incentivos perversos y qué función pueden cumplir los actores jurídicos para minimizarlos.

En 1990, el Congreso creó un camino hacia la residencia permanente para NNA que habían sido víctimas de violencia doméstica o abandono en sus países natales. Se aprobó el Estatus Especial para Inmigrante Juvenil (*Special Immigrant Juvenile Status*, "SIJS") (Immigration and Nationality

Act §§ 101(a)(27)(J), 203(b)(4), 204(a)(1)(G)(i), 287(h)). Dependiendo del estado de Estados Unidos donde se solicite este estatus, el o la solicitante tiene que ser menor de 18 o 21 años, y haber sufrido abuso, abandono o negligencia (definidos también en las leyes estatales) paterna o materna. Para obtener este estatus, una corte estatal familiar tiene que determinar que el NNA ha sido abandonado, abusado o sufrido negligencia parental, y por ese motivo se ha otorgado la custodia a algún adulto en ese estado. Una vez que eso sucede, las autoridades migratorias aprueban la petición para SIJS y eventualmente otorgan la residencia. Por lo general, el SIJS implica que el guardián legal estatal sería alguien que no es el padre o la madre del NNA, ya que el fundamento del proceso es que el NNA sufrió violencia doméstica. No obstante, en ciertos casos, la custodia se le otorga al padre o a la madre, en contra del otro.¹²

La ley migratoria de Estados Unidos permite que un residente permanente o ciudadano mayor de 21 años solicite la residencia permanente para alguno o ambos padres. Sin embargo, si la residencia permanente se obtiene por medio del SIJS la ley no permite que esta persona tramite la residencia para sus padres (aun si el guardián o representante legal originalmente solicitado era el padre o la madre). Esto tiene lógica, si el SIJS es una forma de proteger a los NNA de sus progenitores, no esperaríamos que estos NNA una vez adultos quieran traer a sus familiares. Además, esta restricción existe para que no se abuse del sistema. La teoría es que muchos NNA podrían inventar historias de abuso para migrar y una vez en Estados Unidos traer a sus padres o madres cuando cumplan la mayoría de edad.

El SIJS es una herramienta poderosa dentro del arsenal de un abogado o abogada de migración. Las situaciones que la ley califica como negligencia, abuso o abandono son amplias, y, si un NNA migró con sólo un padre o madre, es casi seguro que una corte resuelva que amerita un

¹² Esto sucede por ejemplo si el padre estaba en Estados Unidos cuando ocurrió la violencia o si la madre también fue víctima de la violencia que la llevó a migrar con su hijo o hija.

nuevo guardián o representante legal por abandono. Si comparamos los requisitos jurídicos de este proceso con los de una solicitud de asilo, por ejemplo, es claro que es mucho más fácil tener éxito con el SIJS. En el asilo, por ejemplo, una persona tiene que comprobar que será perseguida por el gobierno o fuerzas que éste no pueda contener, porque ella pertenece a una clase protegida en su país natal. Cada elemento, la persecución, la pertenencia a la clase protegida, y la relación entre ambas, no sólo tiene que ser comprobado por el migrante, sino que también es definido por conceptos jurídicos muy específicos. Con todo esto, para ganar el asilo no sólo es importante haber sido perseguido, sino saber cómo contar la historia de persecución (por eso los solicitantes de asilo con representación legal tienen cinco veces más probabilidades de ser exitosos (Balaban *et. al.*, 2018). Por otro lado, para obtener una U-Visa o una T-Visa, que protegen a denunciantes de delitos o víctimas de trata de personas, requieren ayuda y cooperación de agencias policíacas o fiscalías que muchas veces no se da con facilidad.

Si bien las múltiples avenidas para obtener un estatus migratorio legal en Estados Unidos no son un problema, en el contexto de los NNA migrantes con sus familias sí se pueden convertir en ello. Imaginemos a una niña migrante de Honduras de 7 años que llega a Estados Unidos con su madre, también hondureña. Las dos fueron víctimas de abuso doméstico por parte del padre. La niña puede solicitar el SIJS (que podría obtener fácilmente porque fue abusada por su padre) y asilo, mientras que la madre sólo asilo. El camino de la madre es mucho más complicado y, de hecho, de acuerdo con la reciente jurisprudencia en materia de asilo, casi imposible (*Matter of A-B*, 2018¹³). El problema para esta familia es que si la niña persigue el SIJS, entonces tendrá que dejar la tutela de su

¹³ Este caso revirtió la jurisprudencia desarrollada en las últimas dos décadas que establecía que las mujeres víctimas de violencia doméstica podrían ser catalogadas como un grupo protegido por las leyes de asilo de Estados Unidos. Según el Fiscal General Sessions, quien decidió el caso, para que un grupo protegido sea válido, las características del grupo tienen que existir independientemente de la persecución del mismo. En este caso, la violencia en contra de las mujeres definía al grupo y era parte del acto persecutorio, por ende, las peticiones de asilo por violencia doméstica no son válidas.

madre porque ella está en proceso de deportación y una corte no se la otorgaría. Y, lo que es peor, abandonar cualquier esperanza de algún día patrocinar la residencia de su madre. Por otro lado, si no persigue el SIJS, entonces sólo podrá intentar obtener asilo, que probablemente perderá y tendrán que salir del país. La decisión, por ende, es entre asegurar la migración de la hija o mantenerse juntas.

Jurídicamente, no hay un impedimento para que estos conflictos surjan. Tampoco hay una ruta para reclamar derecho de que los NNA o sus familias se pongan en esta situación. El SIJS es para un problema, el asilo para otro, si se buscara hacer una excepción para el tipo de caso descrito, entonces no se evitarían los incentivos perversos que se tratan de evitar con las restricciones que conlleva el proceso del SIJS. Entonces, ¿qué papel pueden desempeñar los jueces o defensores en este contexto?

Una opción es simplemente explicar a las familias cuáles son sus opciones y respetar su decisión. La otra es reconocer cómo los distintos mecanismos entran en conflicto y buscar —en la medida de lo posible— una solución que minimice el riesgo de la separación familiar o algún otro daño a los NNA. Es difícil que suceda en todos los casos, incluyendo el caso hipotético que describí, pero algunas circunstancias lo permiten.

El caso de la Clínica de LSU de *Tomás R*, adolescente salvadoreño de 14 años, es ilustrativo. Tomás emigró solo y cuando llegó a Estados Unidos fue arrestado y enviado a un albergue donde pasó unas semanas. Finalmente fue liberado y se reunió con su padre, Víctor, que llevaba más de 10 años viviendo como indocumentado en Luisiana. Tomás llegó a la Clínica y vimos que calificaba para el SIJS, puesto que dejó El Salvador porque su madre lo golpeaba y lo había mandado a un campamento de adoctrinamiento evangélico donde lo sometieron a un trato claramente abusivo. Para Tomás y Víctor habría sido mejor pedir el asilo porque Víctor no tenía caso migratorio, entonces si Tomás obtenía asilo en siete años podría "pedir a su papá". Sin embargo, el caso de asilo era muy endeble, o por lo menos mucho más que el de SIJS. Así que avanzamos con ambos.

El problema para Tomás es que una corte en Luisiana difícilmente le iba a dar la custodia legal a su padre, porque era indocumentado (en otros estados esto no es un problema). Sin embargo, si la Corte le daba la custodia a Víctor, esto le permitiría hacer argumentos en contra de la separación familiar en caso de ser arrestado por su irregularidad migratoria. Ésta no es una protección muy fuerte, sin embargo, en un contexto de precariedad era mucho mejor que entregarle la custodia a alguien más. La Clínica le presentó al juez un escrito detallando cómo su decisión en cuanto a si Víctor era un guardián o representante legal adecuado podría afectar el bienestar de Tomás. Todo el caso se construyó en torno a demostrar que los intereses del niño estarían mejor protegidos con su padre. Al final el juez accedió y le dio la custodia a Víctor.

Al final tuvimos la suerte de que ganamos el asilo y pudimos abandonar el proceso de SIJS. Finalmente, por ende, Tomás podrá regularizar la situación migratoria de su padre. No obstante, el caso ilustra que aun cuando el bienestar de los NNA no necesariamente está en el centro del marco jurídico, sí puede ser el centro de las decisiones judiciales. En este caso el juez entendió que no otorgarle la custodia de Tomás a Víctor sería desproteger a Tomás, aun cuando su padre no tenía estatus legal. Reconoció que no había ninguna opción en la que el bienestar de Tomás no fuera precario y optó por la que al menos protegía la unidad familiar. En último análisis, el caso demuestra que argumentar los casos con el bienestar o el interés superior de los NNA al centro, puede remediar los vacíos o contradicciones de la ley migratoria de Estados Unidos.

V. Conclusión

Como se ve a lo largo de este libro, los NNA migrantes son una de las poblaciones con más vulnerabilidades del mundo, sin hogar, sin recursos y muchas veces sin instituciones que velen por sus intereses. Varias de las normas jurídicas —tanto nacionales como internacionales— tratan de llenar los vacíos, pero aun así la condición de precariedad depende de que los actores en el ámbito local actúen con los intereses de los NNA. En Estados Unidos, como hemos visto, las leyes no son congruentes

internamente, ni se adecuan a las protecciones para los NNA que existen en otros países de similar desarrollo o en el derecho internacional. Por eso existen las políticas como la separación familiar, la detención migratoria y los mecanismos de migración que impiden la reunificación.

No obstante, defensores y jueces pueden actuar de manera estratégica para proteger lo más posible a los NNA migrantes de estas y otras medidas. En este capítulo vimos casos concretos de cómo puede suceder esto. Sin embargo, algo que caracteriza a todos estos casos es que los fundamentos jurídicos que se utilizaron para resolver a favor del bienestar o interés superior de los NNA son endebles. Los análisis constitucionales y jurídicos realmente se fundamentan en las esquinas de las doctrinas interpretativas. Más que legales propiamente, las decisiones parecen ser conducidas por nociones o apelaciones a la justicia más ampliamente entendida. Puesto que los sujetos en estos casos son NNA, estas apelaciones sí encuentran eco en varias cortes (y en la opinión pública).

Esta precariedad jurídica, más que demostrar la pericia o el ingenio de ciertos actores legales, es una señal inequívoca de que las leyes migratorias que afectan los intereses de los NNA tienen que cambiar. Muchos dirían que todo el sistema migratorio lo tiene que hacer. Si bien esa revolución institucional se ve complicada, acordar mayores mecanismos para proteger a los NNA migrantes parece una meta mucho más alcanzable. No sólo porque en el ámbito internacional hay experiencias importantes que iluminan el camino, sino porque las imágenes de la frontera sur del país y la crisis humanitaria que se vive ahí lo exigen. Esperemos que futuras administraciones estadounidenses atiendan esta problemática con el ahínco que la actual la empeoró.

Bibliografía

Libros, artículos y reportes gubernamentales

Aas, K. F. y Bosworth, M. (2013), *The Borders of Punishment: Migration, Citizenship, and Social Exclusion*, OUP Oxford.

- Babalan, S., Álvarez Boyd, S. y García-Navarro, L. (2018), "Without A Lawyer, Asylum-Seekers Struggle With Confusing Legal Processes", *NPR*, 25 de febrero. Disponible en: «<https://www.npr.org/2018/02/25/588646667/without-a-lawyer-asylum-seekers-struggle-with-confusing-legal-processes>» (consultado el 4 de octubre de 2020).
- Bhabha, J. y Young, W. (1999), "Not Adults in Miniature: Unaccompanied Child Asylum Seekers and the New U.S. Guidelines", *International Refugee Law*, 11, 84.
- Bridges, K. (2017), "The Poverty of Privacy Rights", Stanford University Press, Stanford, California.
- CBP Separated More Asylum-Seeking Families at Ports of Entry than Reported and for Reasons Other than Those Outlined in Public Statements* (2020), Office of Inspector General, ("OIG").
- Chacón, J. M. (2014), "Immigration Detention: No Turning Back?", *South Atlantic Quarterly*, 113, pp. 621-628.
- Commission on Immigration (2019), *Reforming the Immigration System: Proposals to Promote Independence, Fairness, Efficiency, and Professionalism in the Adjudication of Removal Cases*, American Bar Association, p. 17.
- Cox, A. y Rodríguez, C. (2015), "The President and Immigration Law Redux", *The Yale Law Journal*, pp. 104 y 125.
- Das, A. (2013), "Immigration Detention: Information Gaps and Institutional Barriers to Reform", *University of Chicago Law Review*, (80), pp. 137-163.
- Dailey, A. y Rosenbury, L. (2018), "The New Law of the Child", *Yale Law Journal* 127, p. 1448.

Department of Justice (2018), *Attorney General Sessions Delivers Remarks Discussing the Immigration Enforcement Actions of the Trump Administration*. Disponible en: «<https://www.justice.gov/opa/speech/attorney-general-sessions-delivers-remarks-discussing-immigration-enforcement-actions>» (consultado el 3 de octubre de 2020).

Finkel, S. (2001), "Voice of Justice: Promoting Fairness Through Appointed Counsel for Immigrant Children", *New York Law School Journal of Human Rights* 17, 1105.

Flores Settlement Agreement, párr. 12(A) (1997).

García Hernández, C. C. G. (2013), "Creating Crimmigration", *Brigham Young University Law Review*, pp. 1457 y ss.

_____ (2014), "Immigration Detention as Punishment", *UCLA Law Review*, 61, pp. 1346-1414.

_____ (2017), "Abolishing Immigration Prisons", *Boston University Law Review*, 97, pp. 245-302.

Gerson, P. (2020), "Embracing Crimmigration to Curtail Immigration Detention", SSRN. Disponible en: «<https://ssrn.com/abstract=3678812>».

_____ (2021 Forthcoming), "Immigration Detention as an Obstacle to Decarceration", *San Diego Law Review*.

Gordon, I. (2014) "70,000 Kids Will Show Up Alone at Our Border This Year. What Happens to Them?", *Mother Jones*, July. Disponible en: «<https://www.motherjones.com/politics/2014/06/child-migrants-surge-unaccompanied-central-america>».

Hernández, W. (2019), "The immigration crisis in American courts: Children representing themselves", *Hastings Constitutional Law Quarterly*, 47(1) 145-164.

- Jewett, C., Shefali Luthra y Kaiser Health (2018), "Immigrant toddlers ordered to appear in court alone", *The Texas Tribune*, 28 June. Disponible en: «<https://www.texastribune.org/2018/06/27/immigrant-toddlers-ordered-appear-court-alone/>» (consultado el 3 de octubre de 2020).
- Kaplan, A. (2010), "A New Approach to Ineffective Assistance of Counsel in Removal Proceedings", *Rutgers Law Review* 62, 345.
- King, S. (2013), "Alone and Unrepresented, A Call to Congress to Provide Counsel for Unaccompanied Minors", *Harvard Journal on Legislation*, 50, 331.
- King, S. M. (2019), "Child Migrants and America's Evolving Immigration Mission", *Harvard Human Rights Journal*, 32, 59-102.
- Lakosil, N. (2018), "The Flores Settlement: Ripping Families Apart Under Law", *Golden Gate University Law Review*, 48, pp. 31-62.
- Lewis, P. (2004), "Behind the Glass Wall: Barriers That Incarcerated Parents Face Regarding the Care, Custody and Control of Their Children", *Journal of American Academy of Matrimonial Law* 19, pp. 97, 107-108.
- Lind, D. (25 de junio de 2018), *Trump will Reunite Separated Families— But Only if They Agree to Deportation*, Vox. Disponible en: «<https://www.vox.com/2018/6/25/17484042/children-parents-separate-reunite-plan-trump>».
- Nemoyer, A., Rodríguez, T. y Álvarez, K. (2019), "Psychological practice with unaccompanied immigrant minors: Clinical and legal considerations", *Translational Issues in Psychological Science*, 5(1), 4-16.

- Marguiles, P. (2019), "What Ending the Flores Agreement on Detention of Immigrant Children Really Means", *Lawfare*, 29 August.
- McCarthy, N. (20 de noviembre de 2019), *The Countries Detaining The Most Migrant Children*, Statista. Disponible en: «<https://www.statista.com/chart/20022/the-number-of-children-in-migrant-related-detention/>».
- ONU (2019), The United Nations Global Study on Children Deprived of Liberty, Cap. 16 § 3. Disponible en: «<https://omnibook.com/global-study-2019/liberty/page-001.html>».
- Order Suspending Introduction of Certain Persons from Countries where a Communicable Disease Exists, 85 Fed. Reg. 17,060 (Mar. 26, 2020). ("Closure Order").
- Parks, A., "Thy Father's Valiancy Has Proved No Boon," en *Medieval Hostageship c.700-1500: Hostage, Captive, Prisoner of War, Guarantee, Peacemaker* 140 (Bennett y Weikert eds. 2017).
- Rubentein, D. S. y Gulasekaram, P. (2017), "Immigration Exceptionalism", *Northwestern University Law Review* 111, pp. 583 y 597.
- Ryo, E. (2019), "Understanding Immigration Detention: Causes, Conditions, and Consequences", *Annual Review of Law and Social Science*, 15, p. 97.
- Ryo, E. y Peacock, I. (2020), "Jailing Immigrant Detainees: A National Study of County Participation in Immigration Detention, 1983-2013", *Law & Society Review*, 54(1), pp. 66-101.
- Saldaña Schulman, O. (2019), "'Now They've Robbed Me:' the Use of Termination of Parental Rights in Government-Fractured Immigrant Families", *N.Y.U. Review of Law & Social Change* 43, pp. 361, 363-364.

Schmitt, C. y Syckes, C. (2019), *Overview of Federal Criminal Cases FY 2018*, United States Sentencing Commission, p. 30.

Shah S. (2016), "The Crisis in Our Own Backyard: United States response to unaccompanied minor children from Central America", *Harvard Public Health Review*. Disponible en: «<http://harvardpublichealthreview.org/the-crisis-in-our-own-backyard-united-states-response-to-unaccompanied-minor-children-from-central-america/>».

Stolzenberg, E. (2018), "The New Family Freedom", *Boston College Law Review* 59, 1983.

Telus, H. Pierce Muzaffar Chisti, S. (2019), "Spike in Unaccompanied Child Arrivals at U.S.-Mexico Border Proves Enduring Challenge; Citizenship Question on 2020 Census in Doubt", *migrationpolicy.org*, 26 June. Disponible en: «<https://www.migrationpolicy.org/article/spike-unaccompanied-child-arrivals-proves-enduring-challenge>».

Torrey, P. L. (no date), "Rethinking Immigration's Mandatory Detention Regime: Politics, Profit, and the Meaning of 'Custody'", *University of Michigan Journal of Law Reform*, 48, p. 37.

TRAC (2020), *Immigration Court Backlog Tool: Pending Cases and Length of Wait in Immigration Courts*. Disponible en: «https://trac.syr.edu/phptools/immigration/court_backlog/» (visitado: 2 de octubre de 2020).

_____ (2020a), *The Life and Death of Administrative Closure*. Disponible en: «<https://trac.syr.edu/immigration/reports/623/>» (Visitado: 2 de octubre de 2020).

UNHCR (2014), *Children on the Run: Unaccompanied Children Leaving Central America and Mexico and the Need for International Protection*.

Villegas, P. (2019), "Detentions of Child Migrants at the U.S. Border Surges to Record Levels", *The New York Times*, 5 November.

Zero-Tolerance Criminal Prosecutions: Punishing Asylum Seekers and Separating Families, Human Rights First (July 18, 2018), «<https://www.humanrightsfirst.org/resource/zero-tolerance-criminal-prosecutions-punishing-asylum-seekers-and-separating-families>».

Resoluciones judiciales:

Castro-O’Ryan v. INS, 847 F.2d 1307, 1312 (9th Cir. 1988).

C.J.L.G. v. Sessions, 880 F.3d 1122, 1136 (9th Cir. 2018).

Demore v. Kim, 538 U.S. 510, 523 (2003).

Flores by Galvez-Maldonado v. Meese, 296, 934 F.2d 991, 994 (9th Cir. June 20, 1990).

Flores v. Lynch, 828 F.3d 898, 903, 904 (9th Cir. 2016).

Jennings v. Rodriguez, 138 S. Ct. 830, 842, (2018)

Jenny L. Flores, et al. V. William P. Barr, et. al., CV 85-4544-DMG (AGRx) (U.S.D.C. 9th, September 4, 2020). pp. 3, 14,15.

Matter of A-B-, 27 I&N Dec. 316 (A.G. 2018).

Meyer v. Nebraska, 262 U.S. 390 (1923).

Ms. L. v. U.S. Immigration & Customs Enforcement, No. 18CV0428 DMS (MDD), 2020 WL 217846, (S.D. Cal. Jan. 13, 2020). pp.7,8-10 y 12.

Pierce v. Society of Sisters, 268 U.S. 510 (1925).

Reno v. Flores, 507 U.S. 292, 295-96 (1993).

Troxel v. Granville, 530 U.S. 57, 65 (2000).

Zadvydas v. Davis, 533 U.S. 678, 680 (2001).

Niñez migrante en México y el derecho al acceso a la Justicia

Ricardo Antonio Bucio Mújica*

Resumen

Históricamente, las niñas, los niños y los adolescentes han enfrentado innumerables desafíos para acceder plenamente al ejercicio de sus derechos humanos, debido a un sistema estructural de dominación y exclusión al cual llamamos adultocentrismo, enraizado en la idea de subordinación y dominio que, junto a la hegemonía patriarcal, define en la práctica límites que impiden mirarlos como titulares de derechos. Cuando se habla de niñez migrante el escenario es aún peor. Este grupo de población se enfrenta a un doble o triple nivel de discriminación en su camino y tránsito por México hacia un mejor futuro que los aleje de la violencia, la pobreza, la desigualdad y el cambio climático. Sin embargo, el poderoso sistema de exclusión que enfrentan impide una adecuada

* Estudió Ciencias Políticas y Administración Pública, y Gerencia Pública y Desarrollo Social. Se ha especializado en políticas públicas, derechos humanos, igualdad y no discriminación, ciudadanía y grupos de población vulnerados. Desde 1984 ha colaborado con diversas organizaciones de la sociedad civil, siendo Coordinador Nacional de Cáritas Mexicana y Director de El Arca de México. Fue Director Ejecutivo de SIPINNA. Actualmente, es Presidente Ejecutivo del Centro Mexicano para la Filantropía (Cemefi).

determinación del interés superior de la niñez, consagrado en la Constitución Política mexicana al limitar, por ejemplo, su capacidad jurídica en los procedimientos judiciales o de repatriación a los que son sometidos. Este artículo analiza la situación de la niñez migrante en México desde este enfoque y propone una serie de acciones de política pública para derribar nuestra historia basada en el rechazo a la diversidad.

I. Introducción

México se ubica geográficamente en una de las regiones con mayor movilidad humana del mundo. Es país de origen, tránsito, destino y retorno de millones de personas quienes año con año emprenden el desafío de salir de sus lugares de origen en busca de seguridad, paz y mejores oportunidades de desarrollo, debido a los factores estructurales que viven diversos países de la región de Centro y Sudamérica, así como los propios desafíos que enfrenta México. En este contexto de movilidad, niñas, niños y adolescentes (en adelante, NNA o niñez y adolescencia) son un grupo en enorme situación de vulnerabilidad que requieren acciones coordinadas para garantizar su seguridad y sus derechos en su camino hacia un futuro que vislumbran más prometedor.

Un estudio presentado por el Banco Mundial (CHIODA, 2016) señala que la región latinoamericana y el Caribe es la más violenta del mundo, con un promedio de cerca de 24 homicidios por cada 100 mil habitantes, muy por encima del promedio de otras regiones del planeta, cuyos efectos impactan directamente en el desarrollo y bienestar de más de 195 millones de NNA que viven en la región.

La Agencia de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) señalan que durante 2020 la principal razón para el desplazamiento de NNA fue por amenazas de muerte (21%), seguido por el reclutamiento forzado de las "Maras" (5%), problemas personales (4%), extorsión (2%) y violencia doméstica (2%) (Families on the Run, 2020).

La vulnerabilidad que provoca un contexto tan complejo en el desarrollo de NNA les orilla a tomar por lo menos tres caminos: 1) Se ven propensos a cometer delitos y con ello transmitir a nuevas generaciones las condiciones de desigualdad, marginación, violencia y pobreza a la que se enfrentaron; 2) se convierten en víctimas de esos delitos, lo que de igual forma impacta negativamente en su evolución biopsicosocial, o 3) deciden emprender la difícil ruta migratoria hacia el norte del continente para conseguir un empleo o reencontrarse con sus familias, sorteando obstáculos, más violencia y, en muchas ocasiones, la omisión de facto de las autoridades nacionales y locales en la obligación de garantizar y proteger sus derechos humanos.

Además de las graves vulneraciones que enfrentan la niñez y la adolescencia derivadas de la violencia, el factor climático es otro de los grandes desafíos de los Estados para la seguridad alimentaria y sanitaria de sus habitantes. Millones de personas centroamericanas han sido golpeadas duramente por ciclones, tormentas atípicas, largas sequías o prolongación del periodo de estiaje, así como la irregularidad de los periodos de cultivo. Éstos son algunos de los impactos del cambio climático que han derivado en mayores movimientos de personas hacia zonas de mayor seguridad medioambiental. Las enormes y devastadoras tormentas que azotan cada año, y cada vez con más furia, detonan la pérdida de miles de vidas, daños materiales incalculables y enfermedades producto de la insalubridad de las zonas afectadas.

Finalmente, y no por ello menos importante, resulta fundamental considerar los efectos negativos que tendrá la prolongada pandemia que ha enfrentado el mundo por la COVID-19, tanto en grupos de población en situación de vulnerabilidad, como en NNA y en países con recursos limitados para afrontar la dura realidad económica y social que está aún lejos de mostrar su verdadero rostro.

La Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) ha señalado que las condiciones económicas adversas para la región latinoamericana no se estabilizarán en por lo menos los tres años que están

por venir, 2021 a 2023 (CEPAL, 2020). Esto claramente dependerá de las condiciones preexistentes en cada país y de las acciones y políticas de Estado para garantizar el bienestar de sus pueblos. Si bien la CEPAL señala que estamos frente al "entorno de mayor vulnerabilidad financiera" desde la Segunda Guerra Mundial, época en la que todos los países enfrentaron condiciones económicas adversas, en los próximos años, sin duda habrá una mayor afectación en aquellas regiones o países donde históricamente prevalecen mayores desigualdades: una de esas regiones es América Latina y el Caribe.

Según el estudio hecho por la CEPAL (2020) la contracción estimada para las economías latinoamericanas rondaría el 9.1%, con un aumento significativo en la tasa de pobreza (con un incremento de 37.3%) una tasa de desocupación cercana al 14%, lo cual generará más desigualdad y carencias no sólo a 2023, sino mucho más allá. Esto no resulta un escenario esperanzador en el contexto migratorio, pues una mayor falta de oportunidades recrudecería con mucha mayor fuerza y constancia los flujos migratorios (caravanas) como las vividas en México entre 2017 y 2019.

México debe estar preparado para asumir la responsabilidad histórica y geográfica de ser un país de origen, tránsito, destino y retorno de personas migrantes. Debe estar listo también para brindar seguridad a miles de NNA acompañados o no acompañados que circulen por el territorio, pues la dura realidad hará que personas cada vez más jóvenes busquen caminos hacia nuevos territorios que les alejen de las condiciones de violencia, pobreza, desigualdad y medioambientales descritas anteriormente. Son muchos los factores que debe considerar el Estado mexicano para proteger de manera integral los derechos de la niñez y la adolescencia migrantes o solicitantes de la condición de refugiado, uno de esos factores es el acceso a la justicia, sobre lo cual versará el siguiente texto.

El artículo esboza el derecho a la justicia de NNA en contexto de movilidad humana, elabora una radiografía de los obstáculos que esta población enfrenta para hacerlo efectivo, y concluye con un breve análisis de

las acciones realizadas desde México, orientadas a erradicar progresivamente esas limitaciones. Para ello, se hace un análisis, así como algunas recomendaciones de política pública, y se plantea el panorama técnico, conceptual y procedimental que debe seguirse para lograr este propósito.

Este artículo no pretende ser un espacio de análisis profundo sobre la teoría acerca de la justicia, ni mucho menos un documento jurídico especializado en dogmática legal o procedimental de la justicia para NNA migrantes o solicitantes de la condición de refugiado. Busca contextualizar la situación que enfrenta la niñez y la adolescencia migrantes que llegan a México principalmente —pero no exclusivamente— del Triángulo Norte de Centroamérica (entiéndase como Triángulo Norte de Centroamérica la región geográfica compartida por El Salvador, Guatemala y Honduras), y a partir de ello reflexionar sobre las medidas que deben asumir por las autoridades administrativas y judiciales para garantizar plenamente los derechos humanos de miles de vidas en tránsito, particularmente, el acceso pleno al derecho a la justicia.

México ha dado un avance significativo en la protección de las personas de 0 a 17 años de edad al analizar, discutir y aprobar la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (en adelante, LGDNNA) vigente en México desde 2014, la cual se construyó con el impulso de las organizaciones de la sociedad civil dedicadas al tema y está plenamente armonizada a lo establecido por la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas (en adelante, CDN o la Convención), ratificada por el país en 1990.

El capítulo Décimo Noveno de esta Ley establece los derechos de NNA migrantes, y se señala con ello una serie de medidas administrativas y competencias jurídicas necesarias para hacer valer plenamente esos derechos. Esta misma Ley, tanto para el caso de la protección de la niñez migrante como en cualquier otro tema, establece la máxima corresponsabilidad institucional a fin de sumar los trabajos y esfuerzos ya realizados en favor de atender una situación determinada.

Este apartado específico para la protección de los derechos de la niñez migrante en la LGDNNA tiene sustento en diversos instrumentos internacionales ratificados por México con el mismo propósito, desde los generales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto por los Derechos Civiles y Políticos, el Pacto por los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos; hasta algunos más específicos como la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular, entre otros. Esta fuerte base jurídica de protección de derechos tiene su corolario dentro del orden jurídico mexicano al elevar a rango constitucional el principio del interés superior de la niñez (en adelante, ISN), base fundamental para la protección de los derechos de NNA desde el ámbito judicial y administrativo.

Como se verá más adelante, el sólido andamiaje jurídico vigente en México para la protección y garantía de los derechos fundamentales de NNA migrantes o solicitantes de la condición de refugiado debería ser suficiente para que cada niña y cada niño que ingresa por las fronteras al territorio nacional tuviera garantizados su seguridad y su desarrollo durante el tiempo que vivan o transiten por México. Sin embargo, la realidad aún dista mucho de ser así. Una hipótesis que surge de esta reflexión es que existe un problema de carácter estructural, administrativo, jurídico, e incluso político, para la adecuada determinación del ISN de NNA migrantes. Con ello, se tratará de analizar las causas que originan este problema y las acciones que pueden emprenderse para su resolución.

El avance jurídico e institucional es insuficiente para la plena garantía de los derechos de la niñez migrante. En este artículo se tratará de ir más allá de los fundamentos jurídicos ya descritos y, con ello, tratar de explicar las acciones que desde el Sistema Nacional de Protección integral de Niñas, Niños y Adolescentes en México (en adelante, SIPINNA) se han asumido para este fin, considerando la magnitud del fenómeno que en-

frenta México y que enfrentará con mucha mayor regularidad por las condiciones sociales, económicas y medioambientales mencionadas al principio. Pero, sobre todo, considerando el dolor de la tragedia, asumiendo que cada niña, cada niño o adolescente que decide salir de su lugar de origen, lo hace con profundo dolor, y lo que toca a las autoridades mexicanas y de justicia es derribar nuestros prejuicios, generar empatía con el otro y dar la vuelta a nuestra historia basada en el rechazo a la diversidad. Este breve texto es sólo un aporte mínimo a este objetivo común que debe seguir México para fortalecer su democracia a partir de la igualdad.

II. Acercamiento conceptual al derecho al acceso a la justicia de NNA en contexto de movilidad humana

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos es un mecanismo encargado de definir normas de procedimiento para la tutela institucional y judicial de los derechos humanos de la población del continente americano. Este Sistema cuenta con dos instancias u órganos de vigilancia y cumplimiento: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH). Ambos organismos tienen la encomienda por parte de todos los Estados de la región de promover, vigilar y garantizar el pleno ejercicio de los derechos humanos de la población, así como orientar, recomendar, interpretar y aplicar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), cuyas interpretaciones se derivan en recomendaciones generales o específicas y sentencias que los Estados deben acatar.

La CADH es la carta de derechos aprobada por los Estados parte de la Organización de Estados Americanos (OEA), la cual se deriva de otros instrumentos internacionales mencionados con anterioridad, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Pactos por los Derechos Civiles y por los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros. En la CADH, al igual que en estos documentos doctrinarios, se establece el derecho al acceso a la justicia como elemento fundamental

del ser humano para alcanzar su bienestar y seguridad. El acceso a la justicia es, en suma, la versión más acabada de un Estado de Derecho (Kostova, 2019), es decir, de una sociedad que basa su comportamiento en las leyes y tiene mecanismos fuertes para hacerlas valer con respeto a la dignidad de las personas.

Por esta razón, al ser un derecho fundamental a través del cual se pueden ejercer otros derechos básicos, los Estados tienen una enorme responsabilidad de generar sistemas de justicia amplios e incluyentes, con la capacidad de dar certeza y seguridad jurídica a cualquier persona sin importar su origen étnico, sexo, edad, nacionalidad, orientación sexual o condición socioeconómica. Es por ello que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, vía sus órganos de vigilancia, ha emitido diversas recomendaciones y jurisprudencias en materia de acceso a la justicia. Sin embargo, los Estados han avanzado a un ritmo diferenciado para lograr este propósito, y aún existen barreras que limitan su pleno ejercicio.

En el caso de NNA, y particularmente de NNA migrantes o solicitantes de la condición de refugiado, el derecho al acceso a la justicia resulta más complejo por la vigencia de los sistemas de exclusión analizados con anterioridad dentro de los propios mecanismos del Estado para garantizarla. Además, las barreras preexistentes se agudizan en razón de la edad de la persona migrante o refugiada, pues al no reconocerles plena capacidad jurídica, su voluntad y opinión queda supeditada a la de aquella persona adulta que es su responsable legal o tutor. A estas barreras se regresará un poco más adelante para contextualizar sus efectos específicamente en NNA migrantes.

Ahora, es posible distinguir al menos tres dimensiones en el acceso a la justicia: 1) el acceso propiamente dicho; 2) la sentencia debidamente fundada en derecho, y 3) el cumplimiento de la resolución emitida (Chaves, 2020). En el acceso propiamente dicho juega un rol fundamental las características estructurales con las que cuenta el Estado para garantizar justicia a las personas, es decir, un sistema enfocado a ello con

mecanismos de profesionalización constante y acciones para derribar las barreras de acceso. Pero también, en este primer nivel resulta fundamental el conocimiento previo que tengan las personas sobre cuáles son sus derechos y cómo puede hacerlos exigibles, en otras palabras, resulta fundamental el empoderamiento que el Estado genera con las personas. El acceso a la justicia de NNA migrantes o refugiados inicia con las acciones de empoderamiento que el Estado garantiza a nivel institucional, no sólo a través del propio sistema de justicia, sino mediante el fortalecimiento de los sistemas de protección a la infancia y el reforzamiento de la perspectiva de derechos en todas las instancias que pertenecen a este sistema.

La segunda dimensión resulta especialmente compleja cuando se refiere a NNA migrantes. Es el momento de impartición de justicia donde interviene la determinación del ISN a fin de definir los mejores caminos que pueden llevar a la garantía y protección de sus derechos humanos, y es donde, en ocasiones, se establece el problema de origen para el acceso a la justicia. Finalmente, el cumplimiento de la resolución emitida es responsabilidad tanto de las autoridades judiciales como de las instituciones administrativas encargadas de la protección integral de NNA. Se trata de una serie de acciones que debe asumir el Estado para restablecer sus derechos y reparar el daño que se haya causado. Por tanto, es el elemento donde se verifica si verdaderamente hubo pleno acceso a la justicia o si las instancias responsables fallaron en ese propósito.

En este mismo sentido, cabe resaltar el Índice de Acceso Efectivo a la Justicia (IAEJ) realizado por el Departamento Nacional de Planeación del gobierno de Colombia, el cual establece 6 dimensiones indispensables para alcanzar la justicia: 1) Ambiente favorable; 2) empoderamiento legal; 3) asistencia legal; 4) acceso a las instituciones; 5) procedimiento justo, y 6) capacidad de cumplimiento (IAEJ, 2020). Esta propuesta surge a partir de la aplicación de la Encuesta de Necesidades Jurídicas realizada en aquel país, que se relaciona con las metas nacionales para el

cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030 de Naciones Unidas.

Sea cual fuere el modelo, sistema o conjunto de políticas encaminadas a la protección del derecho de acceso a la justicia, resulta innegable la existencia de barreras que impiden su pleno goce, más aún en personas de grupos históricamente desaventajados, como las NNA migrantes. El siguiente cuadro muestra de manera enunciativa algunas de las principales barreras para el acceso a la justicia de NNA migrantes o solicitantes de la condición de refugiado:

Cuadro 1. Barreras para el acceso a la justicia de niñas, niños y adolescentes migrantes o solicitantes de la condición de refugiado

1. Barreras estructurales	Se refiere a todas aquellas barreras que son resultado de la acción constante y permanente de los sistemas de exclusión (hegemonía patriarcal adultocéntrica), como la pobreza y la pobreza extrema, la desigualdad, la violencia, el desempleo y la discriminación.
2. Normativas	Consiste en aquellas leyes u ordenamientos jurídicos que impiden, omiten, invisibilizan o desprotegen directa o indirectamente a NNA migrantes, o bien, no existe aún una plena armonización legislativa nacional y local en la materia de acuerdo con los estándares internacionales de protección. En ocasiones, esta ambigüedad ocasiona una disparidad en los criterios judiciales al alcance de las personas impartidoras de justicia para la determinación del ISN.
3. Procesales y procedimentales	Derivado de las barreras normativas, las barreras procesales o de procedimiento suelen alejar a NNA migrantes del acceso a la justicia, pues los plazos administrativos o judiciales llegan a demorar, y en ocasiones ese tiempo deben esperar bajo detención.

4. Culturales y lingüísticas	Debido a que muchas NNA migrantes son hablantes de alguna lengua indígena o alguna otra lengua nacional. En el caso de NNA migrantes con discapacidad sensorial (auditiva, visual o ambas), la ausencia de personal que ayude a la interpretación en lengua de señas limita su derecho de acceso a la justicia.
5. Económicas	Los altos costos de los procedimientos judiciales son una barrera importante para acceder a la justicia. NNA migrantes tienen derecho a una representación legal en suplencia, pero son un sistema fuerte que garantice una defensoría pública, no sólo para casos del orden penal, un proceso judicial puede representar mucha inversión para las familias, o incluso, para organizaciones de la sociedad civil quienes asumen el papel de defensa.
6. En razón de edad o género	Como se ha mencionado, la capacidad jurídica de NNA se ve limitada por razón de su edad. Aun existiendo un verdadero proceso que garantizara la autonomía progresiva de NNA, la oportunidad que tienen de opinar y participar en su propio proceso es casi nula. Además, si a esto se suma la ausencia de servicios especializados para niñas, adolescentes y mujeres, el propio sistema judicial termina por revictimizar a las NNA migrantes.

Fuente: Información propia de la Secretaría Ejecutiva del SIPINNA y Due Process of Law Foundation.

En suma, garantizar el acceso a la justicia en el contexto de movilidad humana plantea retos de enorme relevancia para los Estados, no sólo para aquellos denominados "santuarios" o receptores de la población migrante o refugiada, sino también de aquellas naciones cuyos factores de expulsión no han sido atendidos de manera integral y estructural por décadas, y con ello, el contexto de marginación, pobreza y violencia se ha transmitido de generación en generación, haciendo que cada vez más personas en edades pertenecientes a la niñez y la adolescencia asuman el desafío de cruzar las fronteras en busca de sus objetivos.

El acceso a la justicia debe ser considerado un derecho humano inalienable y necesario para el fortalecimiento de la democracia y del Estado de Derecho. El complejo y diversificado fenómeno migratorio que vive América Latina, particularmente en Centro y Norteamérica plantea un reto de proporciones regionales, nacionales y locales para la protección y la seguridad de aquellas personas que se encuentran en mayor situación de vulnerabilidad en razón de edad, como las NNA migrantes.

Las reformas a los sistemas de justicia nacionales y subnacionales requieren un enfoque más allá del ámbito penal y con pleno conocimiento del dolor y la angustia a la que se enfrentan miles de NNA cada año en su tránsito por Centroamérica y México. Suárez de la Cruz (2019) señala que "el acceso a la justicia por parte de población migrante y, en particular, niñas, niños y adolescentes, demanda una mayor sensibilidad y compromiso por parte de autoridades e impartidores de justicia". Nada más cierto que esto. Sin embargo, también demanda la sensibilidad de la población en general para desnormalizar los prejuicios que hemos preservado para ellas y ellos.

III. La determinación del interés superior de la niñez (ISN) como base para el acceso a la justicia de NNA migrantes y solicitantes de la condición de refugiado

Se ha mencionado en repetidas ocasiones la importancia que tiene la adecuada determinación del ISN para garantizar que NNA en contexto de movilidad humana accedan al ejercicio del derecho a la justicia, rebasando la barrera de doble o hasta triple nivel de discriminación a la que se enfrentan. En los ámbitos regional y nacional se han realizado esfuerzos por definir y establecer criterios para su adecuada interpretación y determinación, que se recuperarán a continuación. No obstante, en materia migratoria aún queda mucho por hacer, principalmente para las personas encargadas de impartir justicia, a fin de que cuenten con las herramientas y la sensibilidad suficientes para asumir la relevancia del acto jurídico.

Sin ánimo de caer en consideraciones generalistas, en muchas ocasiones la determinación del ISN consiste en la repatriación del niño, la niña o el adolescente, no sólo en la lógica de que podrían estar mejor en sus países de origen, sino con una solución jurídica y administrativa para las autoridades de migración y de protección a la infancia debido a la escasa infraestructura existente para atenderles. Ambas perspectivas son verdades parciales que deben ser analizadas de mejor manera por quienes imparten justicia. Sin duda, los países enfrentan con escasos recursos económicos, humanos y materiales el creciente fenómeno migratorio; no obstante, bajo el principio de progresividad, los Estados deben fortalecer las instituciones encargadas de la atención primaria a esta población y garantizar los recursos, los espacios físicos y la capacitación del personal de primera línea de atención.

La Opinión Consultiva OC-17/2002 de la CoIDH, realizada a solicitud de la CIDH, en consonancia con los instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos establece el principio del ISN como:

Un principio regulador de la normativa de los derechos del niño [que] se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades [...] A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos [...] En conclusión, es preciso ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se hallan (*sic*) en niño [Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, p. 61].

En este sentido, su interpretación y aplicación son retomadas en distintos casos atendidos por los órganos de vigilancia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, como el caso *Bulacio vs. Argentina* (2003), el caso *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay* (2005), ambos en la CoIDH;

y el caso *Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz vs. México* (1999) de la CIDH, específicamente en materia de NNA migrantes y donde se establece el derecho que tienen niñas y niños de "contradecir" o apelar la decisión tomada por los órganos judiciales.

En México, el 12 de octubre de 2011 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la reforma al artículo Cuarto constitucional en el cual se hace referencia al ISN. El artículo señala que:

[...] En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos [...] [CPEUM].

La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), Máximo Tribunal del país para sentar jurisprudencia e interpretación a la Constitución Política, señala que el desarrollo y pleno ejercicio de derechos de NNA deberá ser considerado como un principio rector, tanto en la elaboración de las normas como en su aplicación.

Lo anterior lo expone en el siguiente criterio jurisprudencial:

INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONCEPTO [...] los tribunales, en todas las medidas que tomen relacionadas con menores, deben atender primordialmente el interés superior de niño; concepto que interpretó la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cuya competencia contenciosa aceptó el Estado mexicano en 16 de diciembre de 1998) de la siguiente manera: "la expresión 'interés superior del niño' [...] implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de estas en todos los órdenes relativos a la vida del niño" [SCJN, Tesis de Jurisprudencia 1a./J. 25/2012 (9a.)].

La determinación específica y los límites conceptuales del ISN que ha hecho la SCJN, establecieron que éste varía en función de las circunstan-

cias personales y familiares de las niñas y los niños. Por esta razón, la Corte avanzó en el terreno de la configuración del ISN, estableciendo criterios relevantes para que las personas encargadas de hacer justicia cuenten con mayores elementos de interpretación. Aunque la jurisprudencia es algo extensa, se ha querido rescatar la mayor parte posible en este texto, pues resulta fundamental en la labor de las juzgadas y los juzgadores en casos que involucren a NNA migrantes. Esta tesis afirma lo siguiente:

INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONFIGURACIÓN COMO CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO [1] Y CRITERIOS PARA SU APLICACIÓN EN CASOS CONCRETOS. Resulta ya un lugar común señalar que la configuración del interés superior del menor, como concepto jurídico indeterminado, dificulta notablemente su aplicación. Así, a juicio de esta Primera Sala, es necesario encontrar criterios para averiguar, racionalmente, en qué consiste el interés del menor y paralelamente determinarlo en concreto en los casos correspondientes. Es posible señalar que todo concepto indeterminado cabe estructurarlo en varias zonas. Una primera zona de certeza positiva, que contiene el presupuesto necesario o la condición inicial mínima. Una segunda zona de certeza negativa, a partir de la cual nos hallamos fuera del concepto indeterminado. En tercer y último lugar la denominada zona intermedia, más amplia por su ambigüedad e incertidumbre, donde cabe tomar varias decisiones. En la zona intermedia, para determinar cuál es el interés del menor y obtener un juicio de valor, es necesario precisar los hechos y las circunstancias que lo envuelven. En esta zona podemos observar cómo el interés del menor no es siempre el mismo, ni siquiera con carácter general para todos los hijos, pues éste varía en función de las circunstancias personales y familiares [...] Por lo anterior, es

¹ El concepto jurídico indeterminado se refiere a la ambigüedad de un término que requiere una interpretación más o menos abstracta, donde los límites a una norma no pueden ser claramente precisados en un solo enunciado y, por tanto, requieren la interpretación particular apegada a derecho por parte de las personas juzgadas.

claro que el derecho positivo no puede precisar con exactitud los límites del interés superior del menor para cada supuesto de hecho planteado. Son los tribunales quienes han de determinarlo moviéndose en esa "zona intermedia", haciendo uso de valores o criterios racionales. En este sentido, es posible señalar como criterios relevantes para la determinación en concreto del interés del menor, los siguientes: a) se debe satisfacer, por el medio más idóneo, las necesidades materiales básicas y vitales del menor, y las de tipo espiritual, afectivas y educacionales; b) se deberá atender a los deseos, sentimientos y opiniones del menor, siempre que sean compatibles con lo anterior e interpretados de acuerdo con su personal madurez o discernimiento; y c) se debe mantener, si es posible, el statu quo material y espiritual del menor y atender a la incidencia que toda alteración del mismo pueda tener en su personalidad y para su futuro. Asimismo, es necesario advertir que para valorar el interés del menor, muchas veces se impone un estudio comparativo y en ocasiones beligerante entre varios intereses en conflicto, por lo que el juez tendrá que examinar las circunstancias específicas de cada caso para poder llegar a una solución estable, justa y equitativa especialmente para el menor, cuyos intereses deben primar frente a los demás que puedan entrar en juego, procurando la concordancia e interpretación de las normas jurídicas en la línea de favorecer al menor, principio consagrado en el artículo 4o. Constitucional [SCJN, Tesis de Jurisprudencia 1a./J. 44/2014 (10a.)].

En este orden de ideas, resulta relevante observar el alto nivel de avance que la doctrina jurídica mexicana ha dado para la interpretación del principio del ISN. La SCJN ha establecido los criterios generales sobre los cuales las personas juzgadoras deben sentar las interpretaciones relativas a este principio, con la salvaguarda de que la naturaleza misma del ISN es su ambigüedad y su interpretación contextual, es decir, la forma en que debe ser interpretado y aplicado en cada caso en particular para el mejor bienestar de las NNA. Encontramos, sin embargo, que una doctrina sólida no ha logrado ser incorporada plenamente en los criterios jurídicos de las personas juzgadoras en casos relativos a NNA migrantes.

Corresponde ahora a las autoridades judiciales y administrativas desarrollar mejores capacidades de respuesta, proceso y atención de la población de niñez migrante en el país, una mayor sensibilidad, como se ha mencionado anteriormente, no sólo para que el criterio judicial sea el más preciso de acuerdo con las interpretaciones adecuadas de las juzgadas y los juzgadores sobre el ISN, sino para crear una mayor empatía con las condiciones que implica el contexto de movilidad humana, más aún tratándose de niñas y niños, grupo de población en aumento y cuyas características y condiciones plantean acciones de protección reforzada por parte del Estado, tal como lo establecen los órganos de vigilancia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Ahora bien, con el propósito de contextualizar la importancia del fortalecimiento de las capacidades judiciales para garantizar que NNA tengan un pleno acceso a la justicia, a continuación se presenta un breve panorama de la situación que enfrenta este sector de la población en la región latinoamericana, muy particularmente en la zona denominada "Triángulo Norte de Centroamérica" definido en líneas anteriores.

IV. Niñez en movimiento y acceso a la justicia: un acercamiento a las estadísticas oficiales en México

México es un país de origen, tránsito, destino y retorno de personas migrantes. Las NNA provenientes de otros países y de México, no acompañados o separados, representan un porcentaje muy importante de los flujos migratorios, constituyen el segmento de la población migrante de más alta vulnerabilidad y requieren una amplia protección y atención por parte de los Estados involucrados.

Las personas migrantes menores de 18 años se han convertido en un punto sumamente vulnerable de la defensa de los derechos humanos en el mundo, de manera particular, los dirigidos hacia Estados Unidos desde México y los países de Centroamérica.

Solos o acompañados, las NNA emprenden el camino para encontrar a sus familiares, o bien, para escapar de los factores de expulsión en su lugar de origen, pero su condición de personas en desarrollo físico y mental, así como el desconocimiento del idioma y de las leyes del lugar adonde arriban, son factores que muchas veces les convierte en víctimas de violación a sus derechos humanos, que van desde el maltrato, explotación sexual, trabajo forzado, hasta abusos por parte de autoridades, deportación o encarcelamiento, entre otras.

En la actualidad, son cada vez mayores los flujos migratorios de NNA alrededor del mundo que huye de conflictos bélicos, violencia social, grupos delincuenciales, pobreza, o en busca de un lugar de residencia que les permita tener una mejor expectativa de vida. América Latina, y en especial Centroamérica, no se ha visto ajena a tal situación, sobre todo los países del Triángulo Norte de América, cuya niñez en los últimos diez años ha generado flujos migratorios importantes hacia el norte del continente, a fin de tener una oportunidad en su desarrollo y vida. Hasta inicios de 2019, UNICEF calculaba que el número de NNA migrantes o solicitantes de refugio en las Américas ascendía a 6.3 millones (UNICEF, 2020). Sin duda, algunos fenómenos políticos y sociales que ha enfrentado la región son puntos por considerar para explicar el fenómeno de la movilidad humana, así como las necesidades de asilo o refugio de aquellos países quienes asumieron el compromiso y la responsabilidad de asistir a dicha población.

En tiempos recientes, la crisis social y política que enfrenta Venezuela ha ocasionado que miles de personas se desplacen a las fronteras de Colombia y Brasil en busca de mejores oportunidades de subsistencia. Chile, por ejemplo, ha reportado un aumento de los flujos migratorios de países como Perú, Argentina, Colombia, Ecuador, y en menor medida de Brasil, República Dominicana o Haití. Precisamente, el caso de Haití resulta doloroso y una afrenta para los países desarrollados de la región. Este país logró su independencia de la República francesa a partir de la revo-

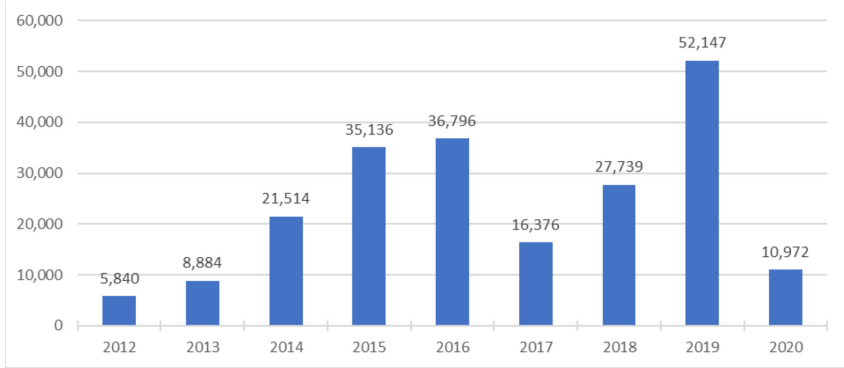
lución de "esclavos" que imperó a principios del siglo XIX, de hecho, fue el primer país de la región en alcanzar ese logro. Sin embargo, a pesar de ese logro, Haití ha vivido más de 200 años de luchas, golpes de Estado, epidemias y fenómenos naturales catastróficos que hoy los coloca como uno de los países más pobres del mundo.

Asimismo, como se mencionaba con anterioridad, un foco importante para comprender el contexto de movilidad de NNA en México recae en comprender las condiciones estructurales y sociopolíticas por las que atraviesan los países pertenecientes al Triángulo Norte de Centroamérica. Para este propósito, se dividirá en dos perspectivas el análisis estadístico: por una parte, se analizarán brevemente los datos correspondientes al periodo entre 2012 y 2019, en el cual hubo una gran movilización humana en la frontera sur de México, a causa de la presencia de un nuevo fenómeno migratorio denominado "caravanas", en las cuales las personas migrantes viajan juntas en grandes grupos a fin de mantenerse protegidos de las Maras y de las medidas de las autoridades de Guatemala y México para su contención en la frontera. Por otro lado, se observarán los datos pertenecientes a 2020, actualizados hasta el cierre de este artículo y con los últimos datos disponibles de la autoridad migratoria mexicana, en donde se observa una drástica reducción de NNA presentados ante dicha autoridad migratoria, como parte de los efectos de la pandemia por COVID-19 que enfrenta el mundo. No obstante, diversas organizaciones de la sociedad civil y organismos internacionales concuerdan en que, a medida que las consecuencias sociales de la pandemia se agraven, es decir, ante la presencia de mayores condiciones de pobreza, pérdida de empleos, carencia alimentaria, entre otras, así como la transición política en Estados Unidos, con la llegada de Joe Biden a la presidencia, parece inevitable la renovación de la esperanza de poder llegar a aquel país, y con ello, el fortalecimiento de las caravanas migrantes en los próximos meses y años.

Como puede observarse en la gráfica 1, en el periodo de enero a noviembre de 2012 a 2019 hubo un incremento en el número de NNA presen-

tados ante la autoridad migratoria, siendo el año 2019 el de mayor número de casos registrados. Sin embargo, para 2020, en ese mismo periodo, se habían registrado 10,972 casos de NNA presentados ante la autoridad migratoria.

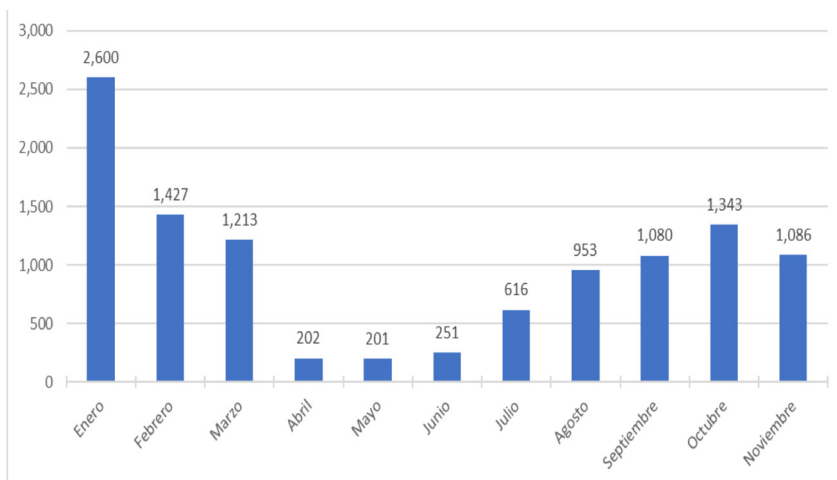
Gráfica 1. Eventos de menores (sic) presentados ante la autoridad migratoria en el periodo de enero a noviembre de cada año



Fuente: Unidad de Política Migratoria. Boletines estadísticos.

Para enero de 2020, el ritmo de NNA presentados ante la autoridad migratoria parecía tener un ritmo constante a partir de los datos de años anteriores. Sin embargo, conforme fue avanzando el año y, por ende, las medidas de confinamiento para contrarrestar la propagación del coronavirus SARS-CoV2, se vio un descenso en los casos, principalmente durante los meses de abril a junio (gráfica 2). No obstante, a partir del mes de julio se inició un crecimiento constante ascendente, lo cual estaría en consonancia con lo pronosticado por organismos y organizaciones civiles.

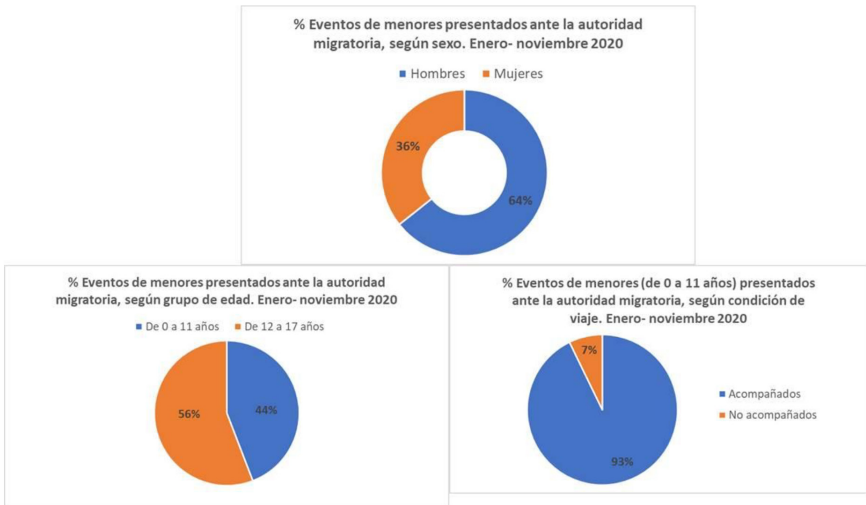
Gráfica 2. Eventos de menores (sic) presentados ante la autoridad migratoria 2020



Fuente: Unidad de Política Migratoria. Boletines estadísticos.

Ahora bien, respecto a la composición del grupo de población, a partir de los datos disponibles a noviembre de 2020, y en concordancia con la tendencia mostrada en los datos disponibles de 2012 a 2019, se puede afirmar que más del 60% de los NNA migrantes son varones y alrededor de un 40% mujeres; más del 55% están en el grupo de edad entre 12 y 17 años y alrededor del 44% están entre los 0 y 11 años; y, finalmente, más del 90% de los NNA migrantes son acompañados por alguna persona adulta y cerca de un 7% son NNA no acompañados (gráfica 3).

Gráfica 3. Composición del grupo de NNA migrantes 2020 según sexo, edad y condición de viaje



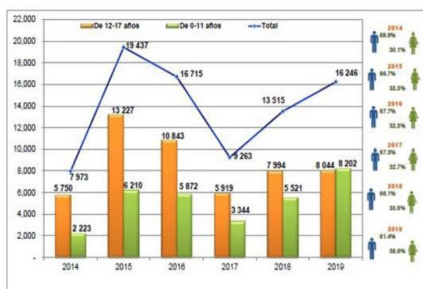
Fuente: Unidad de Política Migratoria. Boletines estadísticos.

En cuanto al origen de NNA migrantes, hasta 2019 se puede observar que en su mayoría son NNA provenientes de Honduras, seguidos por NNA de Guatemala y finalmente de El Salvador (gráfica 4). Para 2020 se registraron otras nacionalidades como nicaragüenses, estadounidenses, haitianos, chilenos, venezolanos, entre otras.

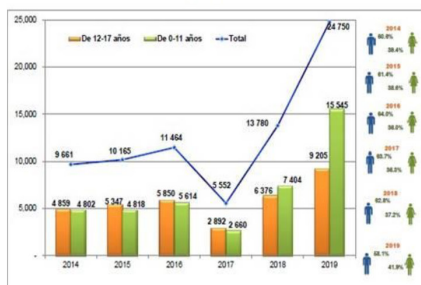
Resulta más que evidente la enorme diversidad y complejidad que representa la atención y la garantía del derecho de acceso a la justicia de un grupo tan amplio y variado como el de las NNA migrantes en México. El país cuenta con mecanismos, protocolos y modelos de atención a partir de los cuales procura brindar atención a este grupo en situación de vulnerabilidad de una manera integral. Sin embargo, en la aplicación cotidiana de estos mecanismos, aún existen muchos vacíos de las autoridades encargadas de brindar protección, incluyendo a las autoridades judiciales encargadas de sus procesos.

Gráfica 4. Composición del grupo de NNA migrantes 2014-2019 según nacionalidad

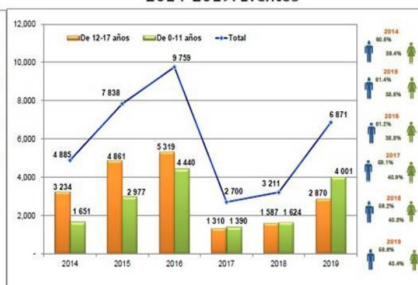
Flujo de NNA guatemaltecos presentados al INM, según grandes grupos de edad, 2014-2019. Eventos



Flujo de NNA hondureños presentados al INM, según grandes grupos de edad, 2014-2019. Eventos



Flujo de NNA salvadoreños presentados al INM, según grandes grupos de edad, 2014-2019. Eventos



Fuente: Unidad de Política Migratoria. Boletines estadísticos.

En ese contexto, los NNA migrantes de Centroamérica que viajan no acompañados, al ser asegurados en México por agentes del Instituto Nacional de Migración (INM), son entrevistados y enseguida llevados a albergues del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF), situados en los diferentes municipios de la frontera sur o norte de México. Ahí reciben alimentación, atención médica, psicológica y jurídica mientras las autoridades mexicanas se ponen en contacto con los consulados de sus respectivos países. Al hacerlo, inicia el proceso de repatriación a cargo de Oficiales de Protección a la Infancia (OPI).

En el caso de las y los mexicanos, posterior a ser detenidos por agentes de la Patrulla Fronteriza, son remitidos a centros de detención, donde

son entrevistados, se contacta al Consulado mexicano más cercano y se inicia el proceso de repatriación. En territorio nacional, los menores también son recibidos por Oficiales de Protección a la Infancia y llevados a los albergues del DIF.

En 2020 se reformó la Ley de Migración y la Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político con la finalidad de establecer la no detención de NNA migrantes y solicitantes de la condición de refugiado en estancias migratorias, así como la actuación inmediata de las Procuradurías de Protección a NNA (PPNNA) desde la detección del ingreso de NNA migrantes a México. Esto representa el mayor avance en la protección de los derechos de NNA migrantes y solicitantes de la condición de refugiados desde la propia publicación de la LGDNNA y la ratificación de la CDN. Esta armonización legal ayudará a erradicar la práctica tan normalizada que dicta que el ISN de las NNA migrantes es la repatriación, sin analizar detenidamente caso por caso, tal como se recuperó de la jurisprudencia de la CoIDH y de la SCJN. No obstante, se reconoce que una sola resolución judicial en sentido contrario a la repatriación no es suficiente para vigilar y garantizar que NNA cuenten con el acceso efectivo a todos sus derechos humanos.

Se requieren mecanismos institucionales eficientes y eficaces, articulados y expeditos para atender de manera inmediata a cada niña y cada niño que lo requiera. Por ello, en el apartado final de este artículo, se analizarán sucintamente algunas de las acciones de política pública que México está emprendiendo, a partir del trabajo de articulación entre las instancias públicas federales, estatales y municipales, y en consonancia con el propósito del Sistema de Protección Integral a la infancia.

V. Recomendaciones de política pública

A partir de la publicación y entrada en vigor de la LGDNNA en 2014, armonizada plenamente a la CDN, México ha avanzado progresivamente en la articulación de una política nacional para la protección integral

de los derechos de más de 40 millones de NNA que viven y transitan por el país, mediante el desarrollo institucional, la coordinación sistémica, el desarrollo de programas y políticas públicas, el cambio normativo, las decisiones judiciales, el fortalecimiento de capacidades, la difusión de derechos y la visibilización de la agenda en el país.

Esta Ley General mandata al Estado mexicano la creación y el funcionamiento del SIPINNA, encargado de coordinar las acciones públicas que desde los distintos sectores se realizan, a fin de armonizar, potenciar y establecer por vez primera una política nacional de derechos para la infancia y la adolescencia. Dicho sistema lleva 5 años de funcionamiento, y es a partir de su funcionamiento que el Estado ha logrado detectar los avances pero también los enormes retos que tiene para la protección de NNA migrantes.

Un primer y gran desafío es que hay una ausencia de políticas públicas con enfoque de movilidad humana. Existen mecanismos de control, y hay también un sistema político, social y económico que no brinda posibilidades de incidir. México tiene hoy en día más de treinta mil niñas y niños en todo el país albergados, reconocidos estadísticamente como niños y adolescentes en espacios residenciales alternativos (institucionalizados), es decir, aquellos que carecen de cuidados parentales de manera temporal o definitiva, y están en casas hogar, orfanatos, centros de atención social o en centros de asistencia social (CAS). En esta estadística no están incluidas las NNA migrantes.

Antes de la pandemia, la autoridad migratoria mexicana estimaba que para 2020 México tendría cincuenta mil niñas y niños localizados como migrantes, es decir, que la totalidad de los espacios de acogimiento que tiene nuestro país no alcanzarían para las niñas y los niños migrantes. Garantizar y dar cumplimiento a la reforma legislativa de 2020 para evitar la detención de NNA migrantes requerirá un esfuerzo adicional del Estado para generar espacios de alojamiento, así como para fortalecer el sistema de familias de acogida, principalmente para aquellas niñas

y niños que viajen no acompañados. En 2 o 3 años México regresará a ese escenario, por lo que deberá estar preparado para ello.

En cuanto al papel de los Estados, hay una doble vía que se está jugando permanentemente: Una, fortalecer las funciones del gobierno, las autoridades y la sociedad frente a las necesidades de la migración, donde se crean mecanismos de inclusión y mejoramiento del marco legal, institucional y de políticas públicas; segundo, el fortalecimiento de las capacidades del mercado y la globalización en el orden social e internacional que genera mayor exclusión de niñas y niños en sus países de origen, aunado a feroces estrategias de mercado donde el Estado pierde su función de regulación frente a capitales con gran poder de decisión nacional e internacional, y con ello, la exacerbación de los factores de expulsión como el desempleo, la precariedad laboral, el daño al medio ambiente, entre otros. En otras palabras, requieren acciones que fortalezcan la capacidad del Estado para garantizar los derechos humanos de la población, mecanismos de regulación a los agentes privados y sociales, así como un mayor compromiso para el cambio cultural en torno al fenómeno de la movilidad humana que, por lo que respecta al Triángulo Norte de Centroamérica, lejos está el escenario de cumplir a cabalidad con lo establecido en el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular.

El Estado, sus instituciones y leyes, y la sociedad en general deben reconstruirse a partir de un enfoque de garantía de derechos para NNA, no sólo para la niñez migrante, pero sí particularmente para ellas y ellos. México debe avanzar hacia una visión de integralidad de los derechos de niñas y niños, pues hay sobrada evidencia de países que asumieron desde hace décadas ese compromiso, y ahora los beneficios sociales se traducen en mejores oportunidades, menor pobreza y mayor índice de desarrollo humano. Ejemplo de ello son algunos países nórdicos como Suecia, en donde la existencia de un sistema para la protección de los derechos de la niñez es impensable pues cada área, cada institución, cada persona sabe exactamente lo que tiene que hacer para lograrlo. A ese

estadio debería transitar México, a un momento en que el SIPINNA ya no fuera necesario porque todas las autoridades, sectores y población asumen *per se* su compromiso con la infancia.

Desde esta perspectiva, el trabajo para la protección de la niñez y juventud migrante tiene que ver con una doble vía: Se requiere mecanismos de protección especial o medidas de protección reforzada para cada una de las situaciones que viven, y también, se necesita un mecanismo que vaya modificando las políticas públicas para transformar las condiciones de vulnerabilidad, de vulneración a sus derechos, de manera permanente, es decir, acciones de protección integral. Necesitábamos, por ejemplo, la armonización de la Ley de Migración, la Ley sobre Refugio y la LGDNNA para evitar la detención de NNA migrantes, entre otras cosas, pero también se requiere una red de espacios de acogimiento que aún no tenemos, preferentemente no institucionalizados, para la niñez migrante. Necesitamos de autoridades judiciales que puedan determinar, para cada niña, para cada niño, su interés superior a partir de la situación y el contexto específico que enfrenta y cuáles son las decisiones de política pública que deberían tomarse en su caso particular.

Pero también se requieren autoridades administrativas sensibilizadas en materia de derechos de la niñez, que sepan y apliquen cada uno de los pasos a seguir para su protección hasta la conclusión de su proceso.

En los años que están por venir, el Estado mexicano deberá transitar hacia esa visión, y el Sistema de Protección Integral es una pieza fundamental para alcanzar los objetivos sin perder el enfoque. Parte de esas acciones son a las que se ha enfocado el SIPINNA desde su fundación hasta ahora. Se creó, por ejemplo, la Comisión para la Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes migrantes y solicitantes de la condición de refugiado, con el fin de proteger todos los derechos de NNA en situación de migración desde su ingreso a territorio nacional hasta su vida independiente en el país. A través del Grupo de Trabajo de dicha

Comisión, se elaboró un documento procedimental denominado "Ruta de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes en situación de migración". Esta Ruta es un documento de política nacional que favorece los procesos de coordinación y articulación entre las autoridades de los tres órdenes de gobierno para la protección de NNA migrantes, solicitantes de la condición de refugiado y refugiados en el país.

La Ruta representa un cambio fundamental en el paradigma de protección de NNA migrantes, pues establece fundamentos como:

- Se establece que las Procuradurías de Protección de NNA son ahora la autoridad de primer contacto esencial de NNA migrantes y solicitantes de la condición de refugiado para la protección de sus derechos.
- Se garantizan todos los derechos de NNA en situación de migración desde su ingreso al país hasta su vida independiente a lo largo de las distintas etapas de la Ruta.
- Y, lo más importante, contempla el ISN y la restitución de sus derechos como eje central y guía de cada decisión que se tome con relación a NNA en situación de migración.

La Ruta de Protección Integral es el camino para garantizar a cada NNA su derecho al acceso a la justicia. En este sentido, las autoridades deben acatar, considerar e implementar en todo momento y bajo cualquier circunstancia el principio del ISN caso por caso como consideración primordial en todos los actos y decisiones que involucren a NNA en situación de migración y solicitantes de la condición de refugiado, tomando en cuenta su opinión y situación de vulnerabilidad en cualquier proceso o determinación, y privilegiando la preservación del entorno familiar. De igual forma, se deberá asegurar la no devolución, la no discriminación, la no detención de NNA en estaciones migratorias u otros centros de reclusión, asegurando el principio de legalidad y el debido

acceso al proceso como ejes principales en sus acciones y consideraciones diarias.

En suma, la Ruta de Protección Integral es el resultado de un trabajo articulado entre las autoridades migratorias y de refugio mexicanas, autoridades administrativas y judiciales, organizaciones de la sociedad civil y organismos internacionales para asegurar que todas las NNA migrantes tengan garantizados todos sus derechos en su tránsito y estancia por México. Es el instrumento más completo y consensuado con el que actualmente cuenta el Estado mexicano para ese propósito, y será su responsabilidad aplicarlo y adecuarlo a las nuevas realidades cuando sea necesario.

Asimismo, una Ruta de Protección Integral no abarca por sí misma todas las acciones que pueden y deben emprenderse para garantizar el acceso a la justicia de NNA migrantes. Hay mucho trabajo por hacer en materia de coordinación, capacitación y desnormalización de los prejuicios contra esta población.

Más aún, frente a la emergencia sanitaria derivada de la pandemia por COVID-19, se requerían medidas urgentes y extraordinarias para garantizar la salud de NNA migrantes y prevenir los riesgos sociales asociados a la pandemia, como una mayor carencia alimentaria, pobreza, deserción escolar, violencia, entre otros. Por ello, el SIPINNA asumió durante 2020 acciones indispensables requeridas para la protección de la niñez de manera integral.

En materia de NNA migrantes, entre las acciones de atención a la salud de la población en contexto de movilidad internacional durante la pandemia se encuentra la difusión del Plan Operativo de atención a la población migrantes ante COVID-19 y de los Lineamientos para la prevención, detección y atención de COVID-19 en NNA en contexto de migración. Adicionalmente, la Secretaría de Salud, en coordinación con las jurisdicciones sanitarias, brinda asesorías a los CAS y albergues que

alojan población en contexto de migración para la ejecución de medidas de prevención de contagio establecidas en el Protocolo de actuación para la prevención y atención de casos sospechosos y confirmados de COVID-19 en las estaciones migratorias y estancias del Instituto Nacional de Migración.

Asimismo, para asegurar el derecho a la educación de NNA en situación de migración, en el marco del Grupo de Trabajo de la Comisión de Protección Integral de NNA migrantes, se realizaron acciones concretas con el objetivo de eliminar las barreras que impiden la plena inclusión de NNA en contextos de movilidad en los sistemas educativos formales, como la estrategia para garantizar el acceso a la educación de NNA en situación de movilidad. Esta estrategia se encuentra incluida en el Programa Sectorial 2020-2024 de la Secretaría de Educación Pública (SEP).

VI. Reflexiones finales

En este artículo se ha analizado el panorama general de la situación de NNA migrantes y solicitantes de la condición de refugiados, y cómo esta condición resulta un riesgo para la vida, la seguridad y el bienestar de ellas y ellos, producto de una cultura enraizada de discriminación y de una hegemonía patriarcal adultocéntrica cuyos efectos impactan directamente en la manera en que las autoridades administrativas y judiciales interpretan el principio del interés superior de la niñez y, por ende, esto impacta decididamente en el ejercicio de sus derechos. A manera de reflexiones finales, se enlistan algunas de las afirmaciones más relevantes de este texto, esperando sirvan para el fortalecimiento de las capacidades instaladas y por instalarse en México en favor de miles de NNA que buscan cruzar la frontera sur de México:

- México enfrenta un desafío enorme al formar parte de uno de los flujos migratorios más grandes del mundo. Son muchos los facto-

res que determinan el contexto de movilidad humana que vivimos, y que solo podemos resolver a través de la coordinación para alcanzar acciones locales, nacionales y regionales.

- La pobreza, la desigualdad, la violencia y los enormes cambios climatológicos, con sequías intensas o tormentas cada vez más destructivas, entre algunos otros factores que para efectos de estudio se han denominado "Factores de expulsión", son sólo algunas de las condiciones que enfrentan miles de personas centroamericanas en sus lugares de origen y que, en ejercicio de sus derecho a la movilidad, toman camino en busca de mejores oportunidades y de un entorno más favorable para su desarrollo.
- La LGDNNA postula que, sin importar su condición migratoria, las NNA migrantes tienen los mismos derechos que aquellos nacidos en nuestro país. De entre éstos, el acceso a la justicia es central, ya que configura la puerta de entrada para el ejercicio de todos los derechos de que son sujetos.
- En un desafío fundamental a dichas consideraciones normativas, en el año 2014 se incrementó notablemente el número de NNA migrantes acompañados y no acompañados que buscan llegar a Estados Unidos a través del territorio mexicano. Las caravanas migrantes son y serán un punto toral en la expectativa de contar con una política migratoria con enfoque de derechos de la niñez y la adolescencia pues, a pesar de la disminución del flujo migratorio durante 2020 producto del confinamiento por la pandemia por COVID-19, organizaciones y personas expertas afirman que en los próximos años se normalizará el flujo de personas provenientes del Triángulo Norte de Centroamérica hacia México, e incluso podría aumentar.
- La mayoría de los países, entre ellos México, se suscriben a instrumentos internacionales como la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual estipula el interés superior, la no discriminación, la protección en procesos administrativos o judiciales, entre otros. En México hubo un avance significativo en la materia en los últi-

mos años, con la construcción de un amplio y robusto cuerpo jurídico e institucional encargado de proteger los derechos de la niñez migrante, sin embargo, como se analizó en el texto, este importante avance aún no es suficiente para que NNA migrantes gocen plenamente sus derechos en la práctica.

- Si bien el término "justicia" resulta ambiguo e inacabado, resulta indispensable su construcción y fortalecimiento como una parte preponderante de cualquier Estado democrático de Derecho que busca la paz y la concordia entre su población, pues es a través de ésta que se alcanza la dignidad humana, aún más si situamos la justicia en el contexto de movilidad humana.
- Si bien es importante considerar en cualquier análisis sobre movilidad humana el concepto de soberanía, y cómo cada nación tiene el derecho de permitir o restringir el ingreso de personas no nacidas en su territorio con fines de asilo o refugio, el término "extranjero" ha tenido consecuencias negativas que han derivado en el fortalecimiento de sistemas de exclusión social y prejuicios en contra de grupos históricamente desaventajados.
- En este mismo sentido, se consideró relevante analizar no solo el término "xenofobia" sino también el de "aporofobia". Es decir, una visión donde lo que realmente rechaza una sociedad no es "lo extranjero" sino "lo pobre", haciendo claras diferencias entre aquellas personas que tienen cierto poder adquisitivo, a quienes se les considera útiles dentro de la sociedad, y aquellos que no poseen esa capacidad de adquisición.
- A partir de una revisión detallada de la jurisprudencia regional de los órganos de vigilancia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, y la forma en que internamente la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha asumido e interpretado el principio del interés superior de la niñez, resulta evidente que México cuenta con todos los elementos necesarios para determinar correctamente este principio en favor de NNA migrantes. Sin embargo, lo que falta es una mucha mayor capacidad del Estado mexicano para

garantizar que las personas juzgadoras tengan las herramientas para su correcta interpretación caso por caso, así como una estructura institucional de apoyo en casos donde se requiera el alojamiento de NNA migrantes sin recurrir a la detención. México debe avanzar en su visión, en ocasiones generalista, de que el interés superior de la niñez está en la repatriación a su país de origen, quedando lejos de consideraciones más profundas.

- Es necesario que el Estado mexicano trabaje de manera articulada para derribar progresivamente las barreras de índole estructural, normativas, procesales y procedimentales, culturales y lingüísticas, económicas y en razón de edad y género, para el acceso a la justicia de NNA migrantes o solicitantes de la condición de refugiado.
- Hay una propuesta que se hace para tener una visión, para contrarrestar esta representación social de la niñez y poder trabajar una visión integral, y es lo que supone la propuesta del sistema de protección integral. Para esta propuesta primero tiene que haber un mecanismo, un solo mecanismo que influya en la perspectiva y decisión de las normas, políticas, instituciones, presupuestos y actores sociales, y no dejar que cada órgano público o privado decida por sí mismo sus propias políticas, porque no hay manera de tomar decisiones transversales. Asimismo, que haya una manera de coordinar una política que pueda llegar a los distintos espacios territoriales, aun y cuando la situación que vive la población sea totalmente distinta.
- Debe existir una sólida relación entre el sistema judicial y el sistema de protección integral de niñas, niños y adolescentes. Resulta casi imposible asegurar una adecuada interpretación del ISN sin la articulación constante y permanente de ambos sistemas.

Finalmente, a manera de reflexión final, los efectos y riesgos sociales asociados a la pandemia por COVID-19 han llevado al mundo a un nuevo rostro de la desigualdad social, una desigualdad más exacerbada,

mucho más cruda y excluyente. Estamos enfrentando una época a la que denominaría una "Era de posdesigualdad". Me explico.

La llegada de la pandemia evidenció los enormes sesgos de desigualdad y exclusión en la que viven millones de personas en el mundo, en primera instancia, las de urgente necesidad para la atención de la pandemia, como sistemas de salud fuertes, camas hospitalarias suficientes, medicamentos, agua potable para el lavado de manos y electricidad; pero también, en una segunda instancia, evidenció las desigualdades en materia laboral, la informalidad y la subcontratación, el acceso desigual a la educación y a las tecnologías de la información y comunicación; evidenció la violencia y exacerbó la pobreza de quienes ya la padecían antes de las medidas de confinamiento, principalmente los grupos históricamente discriminados.

Sin embargo, conforme avanza la pandemia y los Estados asumen acciones urgentes para su contención, en muchos casos, al parecer, estas acciones no están tomadas para revertir o frenar esa desigualdad, sino que están tomadas desde la desigualdad misma, profundizando más y más las condiciones de los más pobres y los más excluidos. En otras palabras, una etapa de enormes carencias sociales producidas en países y regiones donde de por sí la desigualdad ya prevalecía, y ahora será aún más complejo resolverla.

Según el último informe sobre desigualdad publicado por Oxfam (2021), las mil fortunas más grandes del mundo han tomado tan sólo nueve meses en recuperar su nivel de riqueza, mientras que para las personas en mayor situación de pobreza esta recuperación podría tardar más de una década en llegar (Oxfam, 2021, p. 8). Esto sin duda tendrá efectos inmediatos en la vida de las personas, pero también podría originar una mayor agitación social de grupos históricamente desaventajados en contra del nuevo *stablishment*.

El contexto de movilidad humana será, sin duda, uno de los fenómenos con mayor agitación en los años que están por venir. Miles y miles de vidas buscando empleo, educación o salud y, en general, nuevas oportunidades de desarrollo pondrán en contradicción a las autoridades migratorias mexicanas si no están preparadas para ello. Tocaré hacer un verdadero Estado de Derecho para cumplir con este desafío.

Bibliografía

CNURNICEF, OIM (2012), *Los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes, refugiados y víctimas de trata internacional en Chile: Avances y desafíos*, Santiago, Chile.

Bernales Rojas, Gerardo (2019), *El acceso a la justicia en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, [en línea] «https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122019000300277», Santiago, Chile.

Birgin, Haydée y Gherardi, Natalia (coords.) (2012), *La garantía de acceso a la justicia: aportes empíricos y conceptuales*, [en línea], colección Género, Derecho y Justicia, núm. 6, Suprema Corte de Justicia de la Nación, «<https://www.corteidh.or.cr/tablas/28920.pdf>» Fontarama, México.

Ceriani Cernadas, Pablo (coord.) (2015), *Los Derechos Humanos de Niñas, Niños y Adolescentes migrantes en la frontera México-Guatemala*, Centro de Derechos Humanos Fray Matías de Córdova y Universidad Nacional de Lanús, Tapachula y Lanús.

CEPAL (2020), Estudio Económico de América Latina y el Caribe 2020. Principales condicionantes de las políticas fiscal y monetaria en la era pospandemia de COVID-19.

Chaves Cervantes, Lupita, *El acceso a la justicia y los Derechos Humanos de las personas adultas mayores*, CEPAL, San José, Costa Rica, en «https://www.cepal.org/sites/default/files/events/files/09_lchaves.pdf».

Chioda, Laura (2016), *Fin de la Violencia en América Latina: una mirada a la prevención desde la infancia a la edad adulta*, Grupo Banco Mundial, Washington, D. C.

Comisión Económica para América Latina y El Caribe (CEPAL), 2020: *Estudio Económico de América Latina y el Caribe 2020. Principales condicionantes de las políticas fiscal y monetaria en la era pospandemia de COVID-19*, [en línea] Disponible en: «https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/46070/89/S2000371_es.pdf» Santiago, Chile.

Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) (2018), *Informe Especial. La problemática de niñas, niños y adolescentes centroamericanos en contexto de migración internacional no acompañados en su tránsito por México, y con necesidades de protección internacional*, México.

_____ (2019), *Informe Especial. Situación de las estaciones migratorias en México, hacia un nuevo modelo alternativo a la detención*, México.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (2021), [en línea]. Disponible en: «http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Constitucion_Politica.pdf».

Comité de los Derechos del Niño (CRC) (2005), *Observación General No. 6. Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, Ginebra, Suiza.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) (2003), *Caso Bulacio vs. Argentina*, [en línea]. Sentencia de 18 de septiembre de

2003. Disponible en: «https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_100_esp.pdf».

_____ (2002), *Opinión Consultiva OC-17/2002*, [en línea]. Disponible en: «https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf».

_____ (2017), Entrevista en *El País*, "No tenemos fobia al extranjero sino al pobre". Disponible en: «https://elpais.com/elpais/2017/09/18/opinion/1505731398_223371.html».

Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), [en línea]. Disponible en: «<https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>».

Duarte Quapper, Claudio (2015), *Adultocentrismo como paradigma y sistema de dominio*, Tesis doctoral Universidad Autónoma de Barcelona, España.

_____ (2012), *Sociedades adultocéntricas. Sobre su origen y reproducción*, España, CIDPA.

Due Process of Law Foundation e Instituto de Defensa Legal. *Obstáculos para el acceso a la justicia en las américas*, [en línea]. Disponible en: «http://www.dplf.org/sites/default/files/obstaculos_para_el_acceso_a_la_justicia_en_las_americas_version_final.pdf», Lima, Perú.

Enríquez Ojeda Karla y Chong Espinoza Susana (2013), *Adultocentrismo y ciudadanía infantil*, Argentina, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales.

Fontaina Marta (2018), *Diccionario de estudios de Género y Feminismo*, México, Editorial Biblos.

- Flores Rentería, Joel (2011), *Conceptualización de la justicia y los derechos humanos*, [en línea]. Disponible en: «http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-77422011000100003#notas», UAM Xochimilco, México.
- Hecht, Ana Carolina (2013), "Del Adultocentrismo a la Agencia Infantil. Un enfoque de socialización lingüística", en *Revista Infancia-Imágenes*, enero-junio, Argentina.
- Índice de Acceso Efectivo a la Justicia (IAEJ) (2020), "Midiendo el acceso a la justicia desde un punto de vista ciudadano", «<https://www.arcgis.com/apps/Cascade/index.html?appid=b92a7ab2fe6f4a06a6aec88581d6873e>».
- Kostova, Bissera (2019), *Acceso a la justicia*, [en línea]. Disponible en: «<https://www.un.org/ruleoflaw/es/thematic-areas/access-to-justice-and-rule-of-law-institutions/access-to-justice/>».
- Krauskopf, Dina (2000), *Participación y Desarrollo en la Adolescencia*, Fondo de Población de las Naciones Unidas.
- Mendiola, Mariana (2012), *Módulo II: Movilidad humana Gestión fronteriza integral en la subregión andina*, Organización Internacional para las Migraciones (OIM), Lima, Perú, p. 18.
- Musalo, Karen y Ceriani, Pablo (2015), *Niñez y migración en Centro y Norteamérica: Causas, políticas, prácticas y desafíos*, Center for Gender and Refugee Studies University of California y Universidad Nacional de Lanús.
- Oxfam (2021), "El virus de la desigualdad: Cómo recomponer un mundo devastado por el coronavirus a través de una economía equitativa, justa y sostenible", [en línea] Oxford, Reino Unido. Disponible

en: «<https://www.oxfammexico.org/sites/default/files/el-virus-de-la-desigualdad.pdf>».

Pereda, Carlos (ed.) (2016), *Diccionario de justicia*, Siglo XXI Editores, México.

Pérez Fuentes, Gisela María (2019), "La justicia en México en caso de niños migrantes no acompañados o con discapacidad", en *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, [en línea], Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, de Ciencias Sociales núm. 25, pp. 147-162, México. Disponible en: «<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7140172>».

Platón, *La República*, [en línea]. Disponible en: «<http://www.filosofia.org/cla/pla/img/azf07061.pdf>».

Romero, Mar, (2020), "Haití, el olvidado de América", en *El Orden Mundial*, [en línea]. Disponible en: «<https://elordenmundial.com/haiti-el-olvidado-de-america/>».

Secretaría Ejecutiva del Sistema Nacional de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes (SIPINNA) (2020), "Ruta de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes en situación de Migración", México.

_____ (2020), "Acciones Indispensables para la Atención y Protección de Niñas, niños y Adolescentes, en el contexto del COVID-19", México.

Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) (2015), *Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren a personas migrantes y sujetas de protección internacional*, México.

_____ (2019), Extracto del Amparo en Revisión 1368/2015, [en línea], Dirección General de Derechos Humanos, México. Disponible en: «<https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/sentencias-emblematicas/resumen/2020-02/Resumen%20AR1368-2015%20DGDH.pdf>».

_____ (2012), Tesis de jurisprudencia 1a./J. 25/2012 (9a.) INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONCEPTO", *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro XV, Tomo I, diciembre de 2012, México.

_____ (2014), Tesis de jurisprudencia 1a./J. 44/2014 (10a.) INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONFIGURACIÓN COMO CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO Y CRITERIOS PARA SU APLICACIÓN A CASOS CONCRETOS", *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 7, Tomo I, junio de 2014, p. 270, México.

OC-17/2002, "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño", p. 61.

Suárez de la Cruz, Ximena (2019), "El Poder Judicial y su asignatura pendiente: el interés superior de la niñez migrante", en *Revista Nexos*, [en línea]. Disponible en: «<https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=10036>», México.

Vásquez, Jorge Daniel (2013), *Adultocentrismo y Juventud. Aproximaciones Foucaulteanas*, Redalyc, Universidad politécnica Salesiana, Ecuador.

Venegas Sepúlveda, Paula Andrea (2010), *Autonomía progresiva: el niño como sujeto de derechos*, [en línea], Facultad de Derechos, Universidad de Chile, Santiago. Disponible en: «http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/107103/de-venegas_p.pdf?sequence=3&isAllowed=y».

UNICEF (2020), "Niños, niñas y adolescentes migrantes y refugiados en América Latina y el Caribe". Disponible en: «<https://www.unicef.org/lac/ni%C3%B1os-ni%C3%Blas-y-adolescentes-migrantes-y-refugiados-en-am%C3%A9rica-latina-y-el-caribe>».

Reflexiones sobre la experiencia del Comité de los Derechos del Niño en la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes a través del Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un Procedimiento de Comunicaciones

Luis Ernesto Pedernera Reyna*

Resumen

El artículo desarrolla los principales aspectos de la puesta en funcionamiento del Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un Procedimiento de Comunicaciones (OPIC), también conocido como Tercer Protocolo a la Convención sobre los Derechos del Niño. Sus primeros 5 años de vigencia permiten valorar el desarrollo de su estructura de funcionamiento y formas de implementación, así como acercarnos a una jurisprudencia incipiente y avizorar algunos desafíos pendientes.

* Ex presidente del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas; Presidente de la Reunión de Presidentes de Órganos de Tratados de Derechos Humanos; consultor en temas de derechos del niño para diversas entidades públicas y privadas y agencias de Naciones Unidas e instituciones nacionales de Derechos Humanos; docente invitado a dictar clases sobre derechos del niño en diversas universidades; miembro del Consejo de Administración del Bureau Internacional de Derechos del Niño, Canadá; miembro del Comité Académico del Certificado de Estudios Avanzados en Justicia Juvenil de la Universidad de Ginebra y el Institut de droit de la Enfance, Suiza; miembro de la Junta de Gobierno de la African Child Policy Forum; miembro del Comité Ejecutivo de la Red Internacional de Derechos Humanos, Ginebra Suiza.

I. Introducción

El presente texto desarrolla, en líneas generales, el trabajo del Comité bajo el procedimiento de peticiones individuales. Van cinco años desde la entrada en vigor del Tercer Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño, es un momento oportuno para describir cómo se han delineado sus reglas de trabajo así como dar cuenta de la forma en que se han construido sus resoluciones.

Estas reflexiones emergentes intentan acercar al lector a aquellos aspectos generalmente desconocidos del funcionamiento del Comité sobre los Derechos del Niño e intenta mostrar parte de las preocupaciones, debates y reflexiones que han marcado el camino de este nuevo mecanismo para la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

Dar a conocer estos procesos a las partes interesadas de nuestra región es una tarea fundamental para acercar los mecanismos previstos para la protección de los derechos humanos de las personas menores de 18 años en el marco del sistema universal de protección.

La distancia geográfica respecto a la sede donde sesiona el Comité de los Derechos del Niño y el idioma de trabajo y de los documentos oficiales —con un fuerte predominio del inglés—¹ son algunos de los factores que lo vuelven un sistema percibido como lejano, cuando no imposible de acceder. Comprender también parte de la estructura sobre la que se asienta su funcionamiento es esencial para derribar algunos mitos y obstáculos respecto a su utilización. Por ello, este trabajo intenta dar cuenta de estas y algunas otras cuestiones con el objetivo de difundir sus potencialidades como instrumento valioso para proteger los derechos

¹ Naciones Unidas tiene seis idiomas oficiales —el árabe, el chino, el inglés, el francés, el ruso y el español— y los Comités tienen, a su vez, tres idiomas de trabajo: inglés, francés y español. El respeto al multilingüismo forma parte de las bases sobre las que se sostiene el trabajo, pero no siempre se ve contemplado y se convierte en un obstáculo al conocimiento y a la participación de regiones como la nuestra.

humanos y, a su vez, incorporar una perspectiva latinoamericana en los asuntos a valorar por este nuevo procedimiento.

II. Cuestiones generales sobre el Tercer Protocolo

El Tercer Protocolo a la Convención sobre los Derechos del Niño cierra el ciclo de protección de derechos al habilitar a niños, niñas y adolescentes a denunciar directamente ante el Comité de los Derechos del Niño las violaciones a los derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño y a sus dos protocolos opcionales.

Además del mecanismo de quejas individuales, el Protocolo habilita al Comité a llevar adelante investigaciones² ante violaciones a los derechos de la niñez de "carácter grave o sistemática" —según lo establece el Protocolo en su artículo 13 (Parte III)—³ en aquellos Estados que hayan aceptado esta competencia. Cuando se justifique, y con el consentimiento del Estado Parte, esta investigación podrá incluir una visita a su territorio.

El 14 de abril de 2020 el Tercer Protocolo cumplió cinco años de su entrada en vigor —momento en que Costa Rica depositó la décima ratificación—; pero, a la fecha, el número de Estados que lo han ratificado es indudablemente bajo y su proceso de adhesión es lento. Europa y América son las regiones que llevan la delantera en número de ratifica-

² Para acceder a información clara y útil sobre el Tercer Protocolo, consultar el sitio web de Child Rights Connect: «<http://opic.childrightsconnect.org>».

³ Protocolo facultativo, parte III, artículo 13. 1: "El Comité, si recibe información fidedigna que indique violaciones graves o sistemáticas por un Estado parte de los derechos enunciados en la Convención o en sus Protocolos facultativos relativos a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía o a la participación de niños en los conflictos armados, invitará a ese Estado a colaborar en el examen de la información y, a esos efectos, a presentar sin dilación sus observaciones al respecto. 2. El Comité, teniendo en cuenta las observaciones que haya presentado el Estado Parte de que se trate, así como cualquier otra información fidedigna que se haya puesto a su disposición, podrá designar a uno o más de sus miembros para que realicen una investigación y le presenten un informe con carácter urgente. Cuando se justifique, y con el consentimiento del Estado parte, la investigación podrá incluir una visita al territorio de este. 3. La investigación tendrá carácter confidencial, y se recabará la colaboración del Estado parte en todas las etapas del procedimiento. 4. Tras examinar las conclusiones de la investigación, el Comité las transmitirá sin dilación al Estado parte de que se trate, junto con las observaciones y recomendaciones del caso", pp. 174-175.

ciones, mientras que África y Asia-Pacífico tienen aún un bajo número de Estados partes. Por lo que se ha convertido en un gran desafío el hacer conocer la herramienta y lograr que los países vean en él una herramienta válida para promover y proteger los derechos de niños, niñas y adolescentes.

1. Mecánica de trabajo del Comité de los Derechos del Niño en relación con el Tercer Protocolo

Para la presentación de una petición, el Comité elaboró una serie de documentos que desarrollan los aspectos de forma o procedimentales que deben tenerse en cuenta. Al momento, los documentos son los siguientes:

- Reglas de procedimiento del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño sobre un procedimiento de comunicación⁴
- Métodos de trabajo para tratar las comunicaciones individuales recibidas con arreglo al Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones⁵
- Guía sobre medidas cautelares⁶
- Guía sobre intervención de terceros⁷

A. Modelo para la presentación de casos bajo el Tercer Protocolo a la Convención sobre los Derechos del Niño

Estos cinco documentos describen y orientan en relación con la presentación de las peticiones. Mediante ellos se pretende dar certeza, claridad

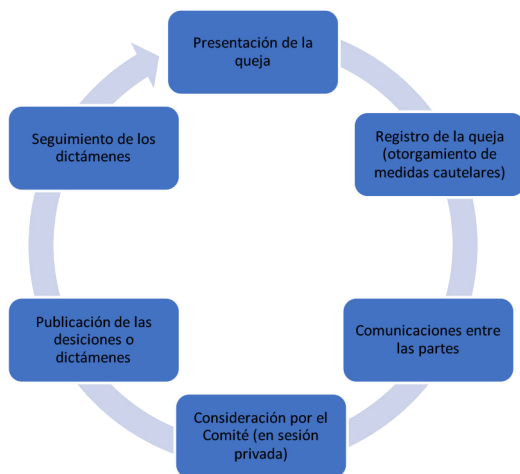
⁴ Documento disponible en: «https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC/C/62/3&Lang=en».

⁵ Documento disponible en: «<https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRC/WorkingMethodsOPIC.pdf>».

⁶ Documento disponible en: «<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/InquiryProcedure.aspx>».

⁷ Documento disponible en: «<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/InquiryProcedure.aspx>».

y transparencia sobre los requisitos y las condiciones necesarias para eventuales presentaciones de las partes interesadas. El ciclo completo del procedimiento se detalla en el siguiente cuadro.



Las peticiones se reciben directamente en la Unidad de Peticiones quien, a través de sus abogados, toma el primer contacto con el asunto y realiza el análisis de los requisitos formales, en particular, si los criterios del artículo 7⁸ (Parte II) del Protocolo se cumplen.

Una vez registrado el caso, pasa a ser considerado por el Grupo de Trabajo del Tercer Protocolo. Este grupo, integrado por nueve miembros, es el encargado de estudiar los casos y elaborar las propuestas para consideración del Plenario del Comité. Le compete al grupo de trabajo el análisis y la adopción sobre medidas cautelares, y según el Reglamento

⁸ El Comité no recibirá ninguna comunicación que se refiera a un Estado que no sea parte de conformidad con el art 1 párrafo 2 (Parte I) del Protocolo, donde se refiera a los derechos establecidos en un instrumento en que el Estado no sea parte (p. 168). Tampoco si la comunicación es (a) anónima o (b) no se haya presentado por escrito; c) constituya un abuso del derecho a presentar comunicaciones o sea incompatible con las disposiciones de la Convención y/o de sus Protocolos facultativos; d) se refiera a una cuestión que ya haya sido examinada por el Comité o que haya sido o esté siendo examinada en virtud de otro procedimiento de investigación o arreglo internacional; e) se haya presentado sin que se hayan agotado todos los recursos internos disponibles (Parte I, art. 7, p. 171).

CRC/C/62/3 también puede declarar admisibles o inadmisibles los asuntos que se presenten, siempre que haya acuerdo en el grupo de trabajo.⁹ Cada caso por estudiar es asignado a un miembro del Grupo de Trabajo que elaborará junto con un abogado de la Unidad de Peticiones una propuesta que se debatirá dentro del grupo y se presentará a la Plenaria para deliberación y adopción. El proceso, una vez registrado el caso, puede tomar los caminos posibles señalados en el siguiente cuadro en relación con su admisibilidad o no:

La admisibilidad se adoptará por mayoría simple y puede haber votos discordes o particulares.¹⁰ La práctica, a la fecha, es analizar en conjunto la admisibilidad y el fondo, pero es posible que el Estado solicite el análisis por separado de la admisibilidad y del fondo.

2. Audiencias

El reglamento, además, habilita y regula la posibilidad de realizar audiencias con peticionarios o los Estados para profundizar aspectos sobre los que se requiere mayor información o claridad. Hasta la fecha, esta posibilidad de interacción entre víctimas y/o Estados en el proceso de análisis de una petición no ha sido utilizada por el Comité y tampoco solicitada.

3. Archivo de los casos

Por último, el Comité puede discontinuar o archivar casos sometidos a su consideración. Tal cuestión se encuentra regulada por el artículo 26

⁹ CRC/C/62/3 Admisibilidad de las comunicaciones, art. 20: "1. El Comité, a la mayor brevedad, por mayoría simple y de conformidad con los artículos siguientes, decidirá si la comunicación es o no admisible con arreglo al Protocolo. 2. La decisión de declarar admisible una comunicación podrá ser adoptada por un grupo de trabajo establecido con arreglo al presente reglamento, siempre que todos sus miembros estén de acuerdo. 3. Un grupo de trabajo establecido con arreglo al presente reglamento podrá declarar inadmisibile una comunicación si todos sus miembros así lo deciden. La decisión será transmitida al pleno del Comité, que podrá confirmarla sin debate oficial, a menos que un miembro del Comité lo solicite", p. 11.

¹⁰ Hasta el momento, la mayoría de los asuntos han sido resueltos por consenso, pero existen un par de casos en los que se plantearon votos discordes. Por ejemplo, un caso de Finlandia, que se puede consultar en: «<https://juris.ohchr.org/Search/Details/2628>», y uno de España: «<https://juris.ohchr.org/Search/Details/2747>».

del Reglamento (CRC/C/62/3).¹¹ Los asuntos que el Comité ha discontinuado responden a cuestiones diversas como, por ejemplo, el efecto buscado ya se logró, desapareció la amenaza o la vulneración a los derechos, o ya no se cuenta con información sobre la víctima.

4. Estado de situación de las peticiones (cantidad, registros, casos resueltos)

A pesar de ser el procedimiento más reciente y de que su número de ratificaciones sigue siendo relativamente bajo, el Comité fue el órgano de tratados que adoptó el segundo número más alto de decisiones sobre comunicaciones individuales después del Comité de Derechos Humanos.

Al mes de octubre de 2020, en el marco del Tercer Protocolo, el Comité ha recibido 380 denuncias individuales, de las cuales 123 fueron registradas. Del total de registradas, ha adoptado decisiones sobre 56 casos, lo que deja un total de 61 casos pendientes de examen.¹² Los casos pendientes, en su mayoría, son de los años 2018 y 2019 —lo que es un indicador de que aún no hay retrasos significativos—, pero es necesario tener presentes los desafíos en materia presupuestal y de recursos humanos para que no se produzca una acumulación en la demanda que deje sin capacidad de respuesta al Comité. La resolución de un asunto promedia los dos años hasta la adopción de una decisión.

No obstante, la cantidad de denuncias recibidas aumenta y, aunque el Comité ha hecho esfuerzos considerables para examinar los casos con la mayor rapidez posible, se corren riesgos de acumulación considerable

¹¹ Protocolo facultativo, art. 26: "El Comité podrá poner fin al examen de una comunicación cuando, entre otras razones, hayan desaparecido los motivos por los que, en virtud de la Convención y/o de sus Protocolos facultativos sustantivos, se sometió a su consideración la comunicación", p. 14.

¹² En la siguiente base de datos jurisprudencial se pueden encontrar los asuntos sobre los que el Comité adoptó decisiones: «<https://juris.ohchr.org>». También en: «<https://juris.ohchr.org/en/search/results?Bodies=5&sortOrder=Date>» y aquí se puede consultar la tabla de asuntos pendientes que se actualiza periódicamente: «<https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRC/TablePendingCases.pdf>».

debido a la falta de recursos para atender la creciente demanda. Es éste un motivo de preocupación, particularmente, por tratarse de un procedimiento que requiere celeridad para dar respuesta, pues cuando se trata de niños, niñas y adolescentes el transcurso del tiempo cobra una relevancia particular. Además de insostenible en el tiempo, esta situación plantea un desafío en cuanto a credibilidad y eficiencia del procedimiento.

5. Sistema de seguimiento de decisiones

En relación con el seguimiento de sus resoluciones el Comité puede designar un relator o grupo de trabajo para que dé seguimiento a sus resoluciones en relación con un Estado determinado.

También se elaboran informes de seguimiento¹³ en donde se recopila información recibida de los Estados partes y los denunciantes sobre las medidas adoptadas para aplicar los dictámenes y recomendaciones sobre comunicaciones individuales presentados en virtud del Protocolo Facultativo.

Este seguimiento se encuentra regulado en el artículo 11 y en el 28 del Reglamento OPIC. Para la evolución, el Comité decide la situación del Estado en relación con el cumplimiento de la resolución con base en cuatro criterios:

- Las medidas tomadas son satisfactorias o en gran medida satisfactorias
- Éstas son parcialmente satisfactorias, pero se requiere información o acción adicional
- Respuesta recibida, pero las medidas tomadas no son satisfactorias o no implementan las Vistas o son irrelevantes para las Vistas
- Sin cooperación o sin respuesta recibida

¹³ A la fecha, se han realizado dos informes de seguimiento que se pueden consultar en: «<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/CRCIndex.aspx>».

Esta información acompañará, oportunamente, el informe que el presidente del Comité presenta a la Asamblea General de Naciones Unidas en virtud del artículo 44 de la Convención.

III. Temas que han sido objeto de análisis bajo el procedimiento de peticiones ante el Comité de los Derechos del Niño (procedencia, derechos violados)

El Comité lleva adoptadas decisiones sobre diferentes asuntos, en particular, los siguientes: no devolución (haré mención en detalle más adelante), interés superior, derecho a la identidad, reunificación familiar, secuestro internacional de menores de edad, repatriación campos de refugiados, robo de bebés, custodia, derecho a la educación y proceso de determinación de la edad de niños y niñas migrantes.¹⁴ El volumen de asuntos, así como la diversidad de temas, se amplían a medida que el Protocolo es conocido y adoptado por los Estados.

En esta primera etapa de puesta en marcha del Tercer Protocolo, el mayor flujo de peticiones estuvieron relacionadas con la migración que centraron la queja en aspectos como la determinación de la edad, es decir, en la presunción de minoría de edad, el tratamiento del interés superior, la no devolución, la detención administrativa, la garantía del debido proceso, el derecho a la asistencia letrada y de intérpretes, la separación de los niños y niñas de sus padres, la reunificación familiar, el desconocimiento de los documentos de identidad expedidos por el Estado de origen y el acceso a los procedimientos de asilo. En cuanto a distribución territorial, la mayoría de los casos provienen de Europa — en particular, España, en un primer momento, concentró la mayor cantidad de casos— y de América comienzan a llegar los primeros asuntos.

¹⁴ Sobre este asunto, se pueden realizar búsquedas en: «<https://juris.ohchr.org/en/search/results/1?sortOrder=Date&typeOfDecisionFilter=0&countryFilter=0&treatyFilter=0>».

1. Decisiones de fondo

En este apartado haré mención —del amplio espectro de derechos que han sido objeto de peticiones— de algunas decisiones que han permitido al Comité de los Derechos del Niño generar jurisprudencia de fondo sobre violaciones a los derechos de la niñez en el contexto de la migración internacional o asuntos asociados a ella. Es una selección arbitraria de casos, pero que establecieron una referencia en la construcción jurisprudencial del Comité. En particular, estas decisiones avanzaron en definir con mayor claridad la reparación que es un asunto que plantea matices sobre el grado al que se puede llegar en relación con las obligaciones de los Estados.

A grandes rasgos, se trata de infantes que llegan a la frontera, se identifican como menores de edad y, cuando la poseen, aportan documentación que así lo prueba. Sin embargo, las autoridades ponen en duda tal afirmación, por lo que se les detiene y son enviados a un centro de internamiento para adultos. Allí se los somete a un proceso de determinación de la edad —atlas de Greulich y Pyle— que consiste en una radiografía de muñeca y, algunas veces, se complementa con exámenes dentales.¹⁵

¹⁵ Como ejemplo, vemos el caso 11/2017 (CRC/C/779/D/11/2017): "2.2 El 27 de enero de 2017, la Fiscalía de Menores de la Audiencia Provincial de Granada ordenó la práctica de pruebas osteométricas para determinar la edad del autor. Dichas pruebas fueron practicadas ese mismo día en el Hospital Virgen de las Nieves de Granada y consistieron en una radiografía de la mano izquierda. El resultado de dicha radiografía determinó que la edad ósea del autor era 'superior a 19 años'. 2.3 Basándose en el resultado de dicha prueba, la Fiscalía de Menores de la Audiencia Provincial de Granada dictó ese mismo día un decreto que determinaba que el autor era mayor de edad. 2.4 El 28 de enero de 2017, el Juzgado de Instrucción Núm. 3 de Motril ordenó el ingreso del autor en un centro de internamiento de extranjeros por un período máximo de 60 días, pendiente de la ejecución del acuerdo de devolución. El autor fue trasladado al centro de internamiento de extranjeros de Barcelona. En el momento de ingresar en dicho centro, manifestó nuevamente ser menor de edad, por lo que el cuerpo policial del centro envió un fax, con fecha de 15 de febrero de 2017, a la Sección de Menores de la Fiscalía Provincial de Barcelona y a la administración pública de protección de menores (Generalitat de Catalunya) comunicando dicha situación. El autor afirma no haber recibido respuesta alguna hasta el momento", p. 2.

El método Greulich y Pyle fue desarrollado en 1954 con base en radiografías de niños caucásicos y tiene un error de paralaje de más/menos 2 años. El Comité, en los casos en que esta prueba fue determinante para establecer la edad del niño, ha señalado que debe utilizarse un método holístico que incluya otro tipo de pruebas y no exclusivamente la osteométrica, pues luego de obtenido el resultado arrojado por este método, la determinación de la edad no es apelable. Por tanto, la persona que alega ser menor de edad queda sin la protección a la que tiene derecho por su condición y enfrenta el proceso de deportación inminente.

10.3 El Comité recuerda que la determinación de la edad de una persona joven que alega ser menor de edad tiene una importancia fundamental, dado que el resultado determina si dicha persona tendrá derecho a la protección nacional como niño o será excluido de dicha protección. Del mismo modo, y de vital importancia para el Comité, el disfrute de los derechos contenidos en la Convención fluye de dicha determinación. Por ello, es imperativo la existencia de un proceso debido para determinar la edad, así como de la oportunidad de cuestionar el resultado mediante procesos de apelación. Mientras dichos procesos siguen abiertos, deberá darse a la persona el beneficio de la duda y tratarla como un niño o niña. En consecuencia, el Comité recuerda que el mejor interés del niño debiera ser una consideración primordial durante todo el procedimiento de determinación de la edad [CRC/C779/D/11/2017, p. 9].

En relación con la presentación de documentos que acrediten la edad como, por ejemplo, la partida de nacimiento, el Estado español no los ha considerado como legítimos aun cuando éstos han sido validados consularmente. La lectura del caso 017/2017 pone de manifiesto las dificultades a las que se enfrentan los niños migrantes: no presunción de su condición de niño, violación de su derecho a la identidad, desprotección por su condición de menor de edad, desconocimiento del derecho a la representación letrada y a la solicitud de asilo:

2.2 El 18 de enero de 2017, el Juzgado de Instrucción núm. 5 de Almería, sin ver al autor ni realizar las averiguaciones necesarias

con la Embajada de Côte d'Ivoire en Madrid para determinar su edad, ordenó su internamiento en el Centro de Internamiento de Extranjeros de adultos de Aluche, Madrid, donde permaneció hasta el 2 de febrero de 2017. En abril de 2017, su primo le envió desde Côte d'Ivoire su acta de nacimiento, su certificado de nacionalidad y su certificado de identidad, donde constaba su foto y su huella digital, documentos que acreditaban su minoría de edad y su identidad. El 19 de abril de 2017, la organización no gubernamental Fundación Raíces [...] entregó su documentación. [...] Transcurridas unas tres o cuatro horas, lo dejaron en la calle sin darle ninguna información y sin ponerlo a disposición de los servicios de protección ni notificar a la Fiscalía de Menores. El 20 de abril de 2017, el autor acudió a la Oficina de Atención al Refugiado de Madrid [...] [donde se] le comunicó que no podía formalizar su solicitud de asilo ya que, al ser menor de edad, debía realizar la solicitud con su tutor legal. [...] El 4 de mayo de 2017, el autor asistió a una segunda cita a la Oficina de Atención al Refugiado, acompañado por una letrada. [...] Le informaron [...] que no podía solicitar asilo hasta que no se resolviera la contradicción entre la edad reflejada en sus documentos [...] y la edad de un decreto de la Fiscalía de mayoría de edad que se habría emitido y que no le fue comunicado. [...] El 8 de mayo de 2017, la Fundación Raíces envió un escrito a la Subdirectora General de Asilo del Ministerio del Interior en el que relató que al autor se le había impedido en dos ocasiones solicitar asilo, señalando su situación de vulnerabilidad y solicitando que fuera citado urgentemente en la Oficina de Atención al Refugiado para poder formalizar su solicitud de asilo y, en el caso de que se denegara dicha solicitud, que se le notificara por escrito. Durante todo ese tiempo el autor continuó residiendo en el hostel, un alojamiento destinado a adultos que carecía de las condiciones higiénicas adecuadas y de la atención que precisaba el autor, exponiéndole a numerosos riesgos al ser un lugar altamente conflictivo. [...] El 6 de junio de 2017, el autor [...] se personó en la Fiscalía de Menores de Madrid acompañado de su abogada, a la cual no se le permitió asistirle en dicha comparecencia. Manifestó ser menor de edad y [...] aportó todos los documentos de

los que disponía [...]. La Fiscal le instó a que se realizara las pruebas de determinación de la edad, a lo cual el autor se negó alegando que disponía de documentación acreditativa de su minoría de edad. La Fiscal le advirtió de que la negativa a someterse a dichas pruebas sería considerada como un indicio de su mayoría de edad. La Fiscal requirió toda la documentación al autor para ponerla a disposición de la policía [...] Ese mismo día por la tarde, la Fundación Raíces recibió una llamada de la policía informando que la Fiscal de Menores les había ordenado dejar al autor en la calle. 2.11 Al no disponer de ninguna resolución escrita de la Oficina de Atención al Refugiado denegándole la formalización de su solicitud de asilo, el autor no pudo iniciar ninguna vía interna para defender su derecho a solicitar protección internacional. Asimismo, el autor señala que, en el caso de que existiera un decreto de mayoría de edad, en ningún momento le fue notificado. Añade que, en todo caso, los decretos de determinación de la edad emitidos por la Fiscalía no son impugnables en sede judicial, según lo confirmado por el Tribunal Constitucional mediante auto 172/2013, del 9 de septiembre de 2013, por lo que habría agotado todos los recursos internos disponibles [CRC/C779/D/11/2017, pp. 2-3].

Ante este caso, el Comité resolvió:

13.12 [...] que los hechos que tiene ante sí ponen de manifiesto violaciones de los artículos 3, 8, 12, 20, párrafo 1 y 22 de la Convención y del artículo 6 del Protocolo Facultativo.

14. Como consecuencia, el Estado parte debe proporcionar al autor una reparación efectiva por las violaciones sufridas, incluido ofreciéndole la oportunidad de que regularice su situación administrativa en el Estado parte, teniendo debidamente en cuenta el hecho de que era un niño no acompañado cuando presentó por primera vez su solicitud de asilo. El Estado parte tiene asimismo la obligación de evitar que se cometan violaciones similares en el futuro [p.14].

En relación con la violación del artículo 8, es importante destacar el criterio adoptado por el Comité. Éste considera que en casos como el presentado en el párrafo anterior se viola el derecho a la identidad del autor no sólo por la adulteración de su edad, determinada por el test aplicado, sino también que se adultera conjuntamente su fecha de nacimiento, componente esencial de la identidad de cualquier persona.

13.9 [...] El Comité considera que la fecha de nacimiento de un niño forma parte de su identidad y que los Estados partes tienen la obligación de respetar el derecho del niño a preservarla sin privarlo de ninguno de sus elementos (*ibidem*, p. 13).

Una consideración especial ha sido la determinación del Comité en el caso 04/2016 de lo que se conoce una devolución en caliente. El autor es un niño de Mali que huye del conflicto armado en su país y llega a Marruecos sin acompañantes. Realizó varios intentos de atravesar la frontera. Su testimonio es el siguiente:

2.4 [...] El autor llegó a la cima de la tercera valla y vio cómo otros individuos que bajaban de la valla estaban siendo deportados sumariamente por la Guardia Civil española y entregados a fuerzas marroquíes. Entonces, por temor a ser deportado y sujeto al eventual maltrato y violencia por fuerzas marroquíes, el autor permaneció varias horas en la cima de la valla. Durante ese período, no se le ofreció ningún tipo de asistencia. No tuvo acceso a agua ni comida. Tampoco pudo comunicarse con la Guardia Civil, pues el autor no hablaba español y no había intérpretes presentes. Finalmente, bajó de la valla con ayuda de una escalera provista por la Guardia Civil. Apenas puso sus pies en el suelo, el autor fue detenido y esposado por la Guardia Civil, entregado a las fuerzas marroquíes y deportado sumariamente a Marruecos. En ningún momento fue sometido a un procedimiento de identificación. Tampoco se le dio la oportunidad de explicar sus circunstancias personales, incluida su edad, ni objetar contra su deportación inminente o reclamar protección como niño no acompañado. No fue asistido por abogados, intérpretes o médicos.

Tras ser liberado por las fuerzas de seguridad marroquíes, el autor regresó al Monte Gurugú donde continuó viviendo en condiciones precarias, bajo el temor constante de la violencia y redadas a manos de fuerzas de seguridad marroquíes [CRC/C/80/D/4/2016, p. 2].

El Comité, en su resolución, señaló:

14.6 El Comité reitera la obligación del Estado parte de no trasladar a un niño "a un país en el que haya motivos racionales para pensar que existe un peligro real de daño irreparable para el menor". El Comité también toma nota de que, antes de devolver al autor a Marruecos, el Estado parte no identificó al autor, no escuchó sus circunstancias personales y no condujo una evaluación previa sobre la existencia de un riesgo de persecución y/o daño irreparable en el país al que iba a ser devuelto. El Comité considera que, a la luz de la situación de violencia contra migrantes en la zona de frontera con Marruecos y del maltrato al cual fue sometido el autor, no haber realizado una evaluación sobre el eventual riesgo de daño irreparable para el autor, antes de su deportación y no haber tenido en cuenta el interés superior del autor viola los artículos 3 y 37 de la Convención. 14.8 Por último, el Comité considera que la forma en que se llevó a cabo la deportación del autor, en su condición de niño no acompañado privado de su medio familiar, en un contexto de migración internacional, habiendo sido detenido y esposado, sin haber sido escuchado, recibido asistencia legal o de un intérprete o tenido en cuenta sus necesidades, constituye tratos prohibidos por el artículo 37 de la Convención. El Estado parte debe proporcionar al autor una reparación adecuada, incluida una indemnización financiera y rehabilitación por el daño sufrido. Asimismo, el Estado parte debe revisar la ley (que establece) un "Régimen especial de Ceuta y Melilla", la cual autorizaría la práctica indiscriminada del Estado parte de deportaciones automáticas en su frontera [*Ibidem*, p. 12].

En relación con este tipo de casos y más allá de la resolución del Comité acerca de la devolución del menor de edad, me interesa destacar un aspecto relevante referido a la reparación. Éste es el primer caso donde el Comité ordena una indemnización financiera a la víctima y una rehabilitación por el daño sufrido. En el proceso de adopción de resoluciones, el Comité ha ido avanzando desde resoluciones en donde dictaminaba una reparación, pero en términos generales, sin especificar qué implicaba esa reparación, hasta llegar a resoluciones donde se explicita claramente qué se busca con la reparación: "regularice su situación administrativa [...] una indemnización financiera y rehabilitación por el daño sufrido" (*Ibidem*, p. 13). Esto es fruto del avance en la construcción de sus resoluciones, consecuencia también del diálogo efectivo con los Estados que han reclamado más especificidad en su definición.

El Tercer Protocolo ha facilitado un proceso que, en el marco de los diálogos con los Estados parte, deja entrever la debilidad del mecanismo de seguimiento e interacción con ellos. El Comité, a la fecha, no tiene un mecanismo previsto de seguimiento de su documento de Conclusiones y Recomendaciones, producto de los exámenes periódicos, como sí lo tienen otros órganos de tratados.

Por ello, el procedimiento de peticiones ha permitido cerrar un ciclo de protección de derechos y habilita algunas cuestiones importantes en la interacción, como el diálogo y el seguimiento a los casos sobre los que el Comité ha adoptado una decisión.

El Comité trabaja también para dar respuestas a las necesidades que surgen ante nuevas demandas. Parte de ello se puede apreciar en la necesidad de establecer procedimientos claros para aquellos aspectos en los que no existen aún (medidas cautelares, intervención de terceros).

En este sentido, el diálogo con los Estados ha sido vital para identificar aquellas áreas en donde falta claridad en términos conceptuales (por ejemplo, las

reparaciones tratan de ser más precisas y evitar ser demasiado generales para que los Estados tengan mayor claridad sobre lo que se le solicita) y procedimentales para contribuir con la transparencia y la certidumbre.

Todavía quedan aspectos por desarrollar; el vínculo con la víctima, por ejemplo, es un aspecto que todavía no ha sido explorado —por diferentes motivos—, pero especialmente porque todavía no ha sido necesaria su presencia durante el proceso.

El intercambio y conocer la experiencia de otros Comités es crucial; la colaboración e instancias internas de trabajo con ellos ha sido importante para el desarrollo del trabajo.

2. Las medidas cautelares

A medida que avanza y se afirma la jurisprudencia del Comité en los asuntos sometidos a su resolución, ha ido adoptando algunos documentos complementarios que sirven como guías de orientación para los Estados y personas peticionantes. Lo que intentan es transparentar, dar claridad y certeza sobre los criterios objetivos para la adopción de algunas decisiones. A la fecha, se adoptaron dos directrices, una para las medidas cautelares¹⁶ y, la más reciente, sobre la intervención de terceros¹⁷ (*amicus curiae*).

Las medidas cautelares se aplican en función artículo 6.1 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones¹⁸ y tendrán un doble carácter, pre-

¹⁶ Adoptadas por el Comité de los Derechos del Niño en su 80 sesión (14 de enero al 1 de febrero de 2019). Disponible en: «<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/CRCIndex.aspx>».

¹⁷ Adoptadas por el Comité de los Derechos del Niño en su 83 sesión (20 de enero al 7 de febrero de 2020). Disponible en: «<https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRC/GuidelinesTPI.pdf>».

¹⁸ Protocolo Facultativo, art. 6: 1. El Comité, tras recibir una comunicación y antes de pronunciarse sobre la cuestión de fondo, podrá en cualquier momento dirigir al Estado parte de que se trate, para que éste la estudie con urgencia, la solicitud de que adopte las medidas provisionales que puedan ser necesarias en circunstancias excepcionales para evitar posibles daños irreparables a la víctima o a las víctimas de la presunta violación, p. 170.

ventivo y protector, por cuanto tendrán por objeto evitar un daño irreparable y preservar el ejercicio de los derechos humanos. En cuanto a su carácter precautorio, las medidas tienen por objeto preservar una situación jurídica que está siendo examinada por el Comité, el cual establece en la guía sobre las directrices sobre intervenciones de terceros¹⁹ que serán consideradas por el órgano como circunstancias excepcionales y las define como toda repercusión "grave que una acción u omisión de un Estado parte puede tener en un derecho protegido o en el efecto eventual de una decisión pendiente en una causa o petición ante el Comité". También define daño irreparable como "una violación de derechos que, por su naturaleza, no sería susceptible de reparación, restauración o indemnización adecuada". Las medidas cautelares pueden solicitarse en cualquier momento siempre que sobrevenga un riesgo inminente.

Las medidas cautelares pueden plantearse al presentar la petición o en cualquier momento del trámite del asunto. Gran parte de la actividad que realiza el grupo de trabajo sobre el Tercer Protocolo, durante todo el año, entre los periodos de sesiones ordinarios del Comité²⁰ es —además del estudio de los casos— vinculado a la adopción de medidas cautelares. Un número importante de peticiones son acompañadas con solicitudes de medidas cautelares. A la fecha, las deliberaciones del grupo de trabajo sobre el otorgamiento o no de la medida cautelar no se fundamenta. Al momento, las cautelares se deciden en función de lo establecido en su guía y en función de que se demuestre el daño irreparable. Sin embargo, está en la agenda —para dotar de mayor transparencia a estas decisiones— el que el dictamen de las cautelares vaya acompañado con una breve fundamentación.

¹⁹ Guidelines on third-party interventions under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure (OPIC). Disponible en: «<https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRC/GuidelinesTPI.pdf>».

²⁰ El Comité realiza tres periodos de Sesiones Ordinario en los meses de enero/febrero, mayo/junio y septiembre/octubre.

Las cautelares que más ha dictado el Comité han sido sobre no deportación de niños en situación de migración, pero también ha dictado cautelares en asuntos como evitar la separación familiar y sobre el derecho a la educación.²¹

3. La intervención de terceros

La intervención de terceros está prevista en el párrafo 1 del artículo 23 del Reglamento OPIC.²² La decisión sobre la intervención de terceros corresponde al Grupo de Trabajo sobre comunicaciones del Comité, que decidirá sobre las solicitudes presentadas o podrá solicitarlas por propia iniciativa. Las orientaciones para la intervención de terceros tratan de despejar dudas sobre el valor de las terceras opiniones y ordenar el proceso de su valoración e inclusión en los casos en estudio.

Al momento, las intervenciones de terceros han sido reguladas por las Directrices sobre las intervenciones de terceros ya mencionadas²³ y adoptadas en el 83o. Periodo de Sesiones.

Las intervenciones de terceras partes han resultado un instrumento de utilidad para el trabajo del Comité. Si bien su utilización aún es débil,

²¹ El derecho a la educación, al estar considerado como un derecho económico, social y cultural, tiene en el Tercer Protocolo una especial exigencia para su ponderación en tanto el art. 10 dice: "4. Al examinar una comunicación en que se denuncien violaciones de derechos económicos, sociales o culturales, el Comité considerará hasta qué punto son razonables las medidas adoptadas por el Estado parte de conformidad con el artículo 4 de la Convención. Al hacerlo, el Comité tendrá presente que el Estado parte puede adoptar toda una serie de posibles medidas de política para hacer efectivos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en la Convención", p. 172.

²² Reglamento OPIC, art. 23: "1. En cualquier momento después de haber recibido una comunicación y antes de llegar a una determinación sobre su fondo, el Comité podrá consultar o recibir, según proceda, la documentación pertinente de todos los demás órganos, organismos, fondos, programas y mecanismos de las Naciones Unidas, incluidos los demás órganos creados en virtud de instrumentos internacionales y los procedimientos especiales de las Naciones Unidas, y otras organizaciones internacionales, incluso de los sistemas regionales de derechos humanos, así como las organizaciones no gubernamentales, las instituciones nacionales de derechos humanos y otras instituciones especializadas pertinentes que tengan el mandato de promover y proteger los derechos del niño, y todas las instituciones, organismos u oficinas estatales pertinentes que puedan ayudar a examinar la comunicación", p.12.

²³ Documento disponible en: «<https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRC/GuidelinesTPI.pdf>».

las primeras intervenciones fueron presentadas por el Defensor del Pueblo de Francia en asuntos sobre niños migrantes en España. Son los primeros antecedentes y operaron como una orientación importante para las deliberaciones.

Es una herramienta que recién se está desarrollando, pero tiene un potencial para ayudar mediante una opinión técnica en el desarrollo de la jurisprudencia del Comité.

Hasta el momento, el espectro de actores que han venido emitiendo terceras opiniones incluye organizaciones no gubernamentales especializadas, personas académicas, expertas y especialistas en temas concretos que son objeto de las peticiones.

IV. Tensiones, diálogos y futuros posibles

Aún quedan desafíos en la afirmación de la jurisprudencia del Comité, especialmente en materia de mecanismo de justicia accesible a los sujetos a los que está dirigida la protección del instrumento. El Comité debe mejorar el conocimiento del Protocolo entre niños, niñas y adolescentes y trabajar más sobre el formato de las resoluciones para que sean accesibles y con información de calidad y adaptada a su nivel de desarrollo.

Recientemente se conoció una investigación realizada por Jaap Doek (Doek, 2020) para el Observatorio sobre Derechos del Niño de la Universidad de Leiden que pone en evidencia la brecha que existe entre la cantidad de peticiones presentadas y las que se han declarado admitidas. El documento, en sus líneas iniciales, se pregunta si eso ocurre porque las peticiones no han prestado demasiada atención a los requisitos para lograr su admisibilidad. Se podría agregar también la pregunta acerca de si las exigencias para la admisibilidad no son demasiado elevadas. Hasta la fecha se han adoptado 56 decisiones que no presentan variedad sobre las cuestiones de las que se alega violación de derechos, la cuestión migratoria lleva la delantera. Quizás con el tiempo y a medida que se diversi-

fiquen los derechos objeto de peticiones podamos tener una perspectiva que brinde mayor profundidad a este proceso.

1. Las tensiones con las jurisdicciones internas

Un elemento importante que ha de considerarse es la oportunidad que abrió el Tercer Protocolo para la exigibilidad de los derechos de niños, niñas y adolescentes y las tensiones que instala en los sistemas de justicia nacionales. En ellos las niñas y los niños —salvo contadas excepciones— tienen vedado el promover acciones en su nombre. En tal sentido, se asienta una tensión que debería facilitar su acceso a la justicia en los Estados. El Comité no es y nunca debería funcionar como una cuarta instancia en los asuntos que se someten a su consideración bajo el mecanismo de peticiones individuales, es decir, no va a revisar la actuación de las jurisdicciones domésticas. En ese marco, hay que considerar la subsidiariedad del sistema de protección universal de derechos humanos y por ello lo ideal es que menores de edad puedan ver protegidos sus derechos por sistemas de justicia doméstica. Por ello, en escenarios futuros, fruto de la experiencia de estos años de vigencia del Tercer Protocolo, emergen algunos debates necesarios sobre acceso a la justicia, cuestiones de legitimidad procesal y representación judicial, adaptabilidad de los sistemas de justicia a las necesidades y el desarrollo de niños y niñas, entre otros asuntos.

2. Las formalidades y la ritualidad

En este sentido, por ejemplo, es importante prestar atención a las formalidades del procedimiento que pueden hacerlo poco adaptado a los niños. Desde la ritualidad que rodea las sesiones en donde se examinan a los Estados, hasta el proceso instalado por el Protocolo de peticiones necesitamos trabajar para que estos formalismos sean lo menos hostil posible a los niños; aspectos que deberían también analizarse desde los sistemas de justicia nacionales.

3. El tiempo de los niños

El tiempo que insume adoptar decisiones finales no es un tiempo adaptado a las niñas y los niños; el promedio para tomar decisiones es de dos años,²⁴ pese a que el número de casos sobre los que se han adoptado decisiones ha ido en aumento. Ésta es una cuestión crucial, el abordaje del tiempo que insume el tratamiento, deliberación y adopción de una decisión dentro del Comité, sigue siendo desde una perspectiva adulta e institucional y por diversos motivos —entre ellas y ellos, la ausencia de recursos propios en la Unidad de Peticiones—;²⁵ el tiempo debe abordarse desde la perspectiva del niño. En los casos trabajados hasta la fecha, uno de los problemas que hemos detectado es que, luego de un tiempo, abogados, abogadas u organizaciones no gubernamentales que representan a las víctimas eventualmente pierden contacto con ellas o ya son mayores de edad, por lo que nunca llega a efectivizarse la reparación plenamente.

4. El lenguaje de las decisiones

Las resoluciones también son otro aspecto que atender, están caracterizadas por la formalidad y el discurso jurídico; es necesario avanzar en el desarrollo de resoluciones construidas con un lenguaje adaptado a los niños, pues ello contribuirá significativamente al acercamiento de las per-

²⁴ Si bien el Comité no presenta retraso en el análisis de sus casos y el tiempo promedio en función de los plazos se ubica en este rango, es claro que éstos son los tiempos determinados por los adultos y deberían ser ajustados a las necesidades de los niños. Por ejemplo, en temas de niños migrantes las decisiones han llegado cuando ya han cumplido la mayoría de edad o ya no se encuentran en el Estado parte involucrado en la petición, lo que hace difícil la ejecución de la decisión.

²⁵ Así lo señalé en el discurso a la Asamblea General de Naciones Unidas pronunciado el 12 de octubre de 2020 en virtud del septuagésimo quinto período de sesiones de la Asamblea General Tema 68 (a): "El número de denuncias recibidas sigue aumentando y, aunque el Comité ha hecho esfuerzos considerables para examinar los casos con la mayor rapidez posible, la acumulación de casos sigue siendo motivo de preocupación para un procedimiento que se supone que es rápido en lo que respecta a los derechos del niño. Seis años después de su entrada en vigor, no hay recursos humanos dedicados a este mecanismo. Por lo tanto, el ACNUDH tiene que tramitar las denuncias presentadas al Comité con los recursos existentes de la Sección de Peticiones y Medidas Urgentes. Esto es insostenible y plantea un importante desafío a la eficiencia del procedimiento".

sonas menores de 18 años a las herramientas establecidas en el marco de protección internacional de los derechos humanos. Asimismo, es preciso prestar atención a las lenguas oficiales de Naciones Unidas en todo el proceso y al uso de herramientas inclusivas para aquellos niños, niñas y adolescentes en situación de discapacidad.

5. Las investigaciones

El Tercer Protocolo habilita la posibilidad de llevar adelante investigaciones. Este recurso está previsto en el artículo 13²⁶ (Parte III) del Protocolo facultativo y puede decidirse cada vez que el Comité tenga conocimiento de violaciones graves o sistemáticas a los derechos de la niñez. Bajo este procedimiento, el Comité ha llevado adelante una sola investigación — hasta el momento— al Estado chileno.²⁷

Este procedimiento no requiere las formalidades que se exigen para una petición, en tal sentido, es más flexible. Tiene también la ventaja de poder realizar visitas al Estado parte objeto de la investigación y luego un seguimiento de las recomendaciones formuladas al final de la investigación.

V. Conclusiones

Los desafíos del Tercer Protocolo gravitan, sin duda, en todo el conjunto de derechos que el Comité debe atender. En particular, en el breve recorrido que he hecho en estas páginas, la situación de la niñez migrante ofrece ejemplos y contenidos concretos para pensar los sentidos en los que es necesario avanzar.

²⁶ Protocolo facultativo, parte III, art. 13: "1. El Comité, si recibe información fidedigna que indique violaciones graves o sistemáticas por un Estado parte de los derechos enunciados en la Convención o en sus Protocolos facultativos relativos a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía o a la participación de niños en los conflictos armados, invitará a ese Estado a colaborar en el examen de la información y, a esos efectos, a presentar sin dilación sus observaciones al respecto", p. 174.

²⁷ CRC/C/CHL/INQ/1. Documento disponible en: «https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRC/CRC_C_CHL_INQ_1.pdf».

Entre las decisiones adoptadas por el Comité, quiero hacer mención de las medidas cautelares tomadas para una niña marroquí que nació y vive en Melilla, a quien por su condición de migrante irregular no se le permitía el acceso al sistema educativo. El Comité adoptó medidas cautelares y la niña, por primera vez, pudo acceder al sistema oficial de educación español. El asunto representó un desafío porque vinculaba dos cuestiones, la migratoria y un derecho de los llamados económicos sociales y culturales.

El impacto en la vida de la niña de la decisión en términos de acceso a la justicia merece ser reconocido en estas líneas finales como ejemplo de la potencia de la herramienta para su uso futuro. Para conocer más de cerca el caso, invito a leer el comunicado público²⁸ emitido por el Comité, acompañado además por un video donde se relata cómo la niña se transformó en una activista por el reconocimiento del derecho a la educación de otros ochenta niños que están en una situación similar a la suya. Pero más interesante aún es ver el video donde la niña lee la resolución del Comité —en un lenguaje formal, el de la diplomacia— y su reacción final cuando responde —a la pregunta "¿Qué quiere decir todo eso?" —, con inmensa felicidad, "¡¡que me voy al colegio!!".²⁹

La cuestión del migrante ha sido abordada por Giorgio Agamben, quien la coloca como categoría política paradójica que marca nuestro tiempo. Su análisis desarrolla una mirada pesimista a partir de su idea de que hay vidas sacrificables. Su conclusión es dura, "sugiere —según cita de Kim Huynh— que la política moderna no está inspirada en Atenas, sino más bien en Auschwitz [...]" (Huynh, 2017, p. 183). Su visión se contrapone a la mirada de Hannah Arendt, que ve en el migrante refugiado a "la vanguardia" (Arendt, 1948, pp. 69-77).

²⁸ Para acceder, el link es el siguiente: «<https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25908&LangID=5>».

²⁹ Véase en el siguiente link: «<https://twitter.com/PRODEINORG/status/1227326536740745219?s=03>».

Sin pretender entrar en el debate sobre el que dialogan las categorías desarrolladas por Agamben y Arendt, me animo a realizar este pequeño acto de subvertir el pensamiento original depositando un poco de optimismo sobre el futuro, en función de que quizás, como creía Arendt, el niño migrante y las oportunidades que surgen de los instrumentos para su protección sean la vanguardia para el avance verdadero hacia democracias que coloquen el centro de preocupación en las personas y en particular en los niños, niñas y adolescentes. Ojalá que los tiempos futuros así lo confirmen.

Bibliografía

Arendt, Hannah (1943), "Nosotros los refugiados", en *Menorah Journal*, 31(1), pp. 69-77.

Asoc.PRODEIN Melilla [@PRODEINORG], (11 de febrero de 2020), #Melilla a B.A. y N.S. del Comité de los Derechos del Niño. [Tweet]. Twitter. «<https://twitter.com/PRODEINORG/status/1227326536740745219?s=03>».

Comité de los Derechos del Niño (2013), CRC/C/62/3 Reglamento del Comité en relación con el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones. Disponible en: «https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC/C/62/3&Lang=en».

(2018), CRC/C/79/D/11/2017 Dictamen aprobado por el Comité en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones Núm. 11/2017. Disponible en: «https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRC/CRC-C-78-DR-11-2017_SP.pdf».

(2020), CRC/C/83/D/24/2017 Dictamen aprobado por el Comité en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención

sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones Núm. 24/2017. Disponible en: «<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G20/071/89/PDF/G2007189.pdf?OpenElement>».

_____ (2019), CRC/C/80/D/4/2016 Dictamen aprobado por el Comité en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones Núm. 4/2016. Disponible en: «<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G19/139/23/PDF/G1913923.pdf?OpenElement>».

Comité de los derechos del Niño. Guidelines on third-party interventions under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure (OPIC). Disponible en: «<https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRC/GuidelinesTPI.pdf>».

Doek, Jaap (2020), Report on Admissibility under CRC-OP3. Universiteit Leiden. Disponible en: «<https://www.childrensrightsobservatory.nl/discussions/report-on-admissibility-under-crc-op3>».

Huynh, Kim (2017), "Niños migrantes forzados: biopolítica, autonomía y ambivalencia", en *Los niños y la conflictividad global*, Kim Huynh, Bina D'Acosta y Katrina Lee-Koo, ICIP, Barcelona, p. 183.

Naciones Unidas. Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado (2014), "Convención sobre los Derechos del Niño", en *Los principales tratados internacionales de derechos humanos*, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, pp. 119-146.

_____ (2014), "Protocolo facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones", en *Los principales tratados internacionales de derechos humanos*, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, pp. 167-180.

Sitios web

Child Rights Connect. Disponible en: «<http://opic.childrightsconnect.org>».

Guidelines on third-party interventions under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure (OPIC). Documento disponible en: «<https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRC/GuidelinesTPI.pdf>».

Naciones Unidas. Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado. Disponible en: «<https://www.ohchr.org/SP/Pages/Home.aspx>».

La formación editorial de esta obra fue elaborada por la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis. Se utilizaron tipos ITC Berkeley Oldstyle de 8, 9, 10, 11, 12 y 16.5 puntos. Noviembre de 2021.

