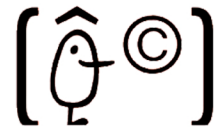


VNIVERSITAT
DE VALÈNCIA



Facultat de Dret

INSTITUT UNIVERSITARI DE DRETS HUMANS

PROGRAMA DE DOCTORADO “DERECHOS HUMANOS, DEMOCRACIA Y JUSTICIA INTERNACIONAL”



Los derechos de la niñez en el contexto de la migración:
los desafíos para la introducción del paradigma
de la protección integral de la niñez en las políticas migratorias

TESIS DOCTORAL

Presentada por:

Pablo Ceriani Cernadas

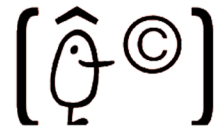
Dirigida por:

Dr. Don Francisco Javier de Lucas Martín

Dra. Dña. Ángeles Solanes Corella

VALENCIA, 2015

VNIVERSITAT
E VALÈNCIA



Facultat de Dret

INSTITUT UNIVERSITARI DE DRETS HUMANS

PROGRAMA DE DOCTORADO “DERECHOS HUMANOS, DEMOCRACIA Y JUSTICIA INTERNACIONAL”



Los derechos de la niñez en el contexto de la migración:
los desafíos para la introducción del paradigma
de la protección integral de la niñez en las políticas migratorias

TESIS DOCTORAL

Presentada por:

Pablo Ceriani Cernadas

Dirigida por:

Dr. Don Francisco Javier de Lucas Martín

Dra. Dña. Ángeles Solanes Corella

VALENCIA, 2015

ÍNDICE

I.	Agradecimientos	2
II.	Introducción: objetivos y justificación de la tesis. Descripción de las publicaciones compendiadas	3
1.	Antecedentes, objetivos y justificación	4
2.	Las publicaciones compendiadas en la presente tesis	8
3.	Investigaciones y publicaciones sobre derechos humanos de la niñez en el contexto de la migración internacional: hilo conductor de la tesis y de la formación profesional	12
3.1.	Los derechos de la niñez migrante en América Latina y el Caribe	12
3.2.	Migraciones y derechos de NNA en contextos nacionales y subregionales	17
3.3.	Desarrollos conceptuales que fueron nutriendo las investigaciones en terreno	26
4.	Reflexiones finales	29
III.	Publicaciones compendiadas	
1.	Estudio sobre la articulación de las políticas migratorias y los estándares de derechos humanos aplicables a la Niñez en América Latina y el Caribe	31
2.	Abstract 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	104
3.	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	105
4.	Niñez Detenida. Los derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes en la frontera México-Guatemala	165
5.	Migración, derechos de la niñez y Asignación Universal por Hijo: las fronteras de la inclusión	473
6.	Migración y el Derecho a la Vida Familiar de niños, niñas y adolescentes	487

7. Políticas migratorias, movilidad humana y derechos de la niñez en América Latina y el Caribe	506
8. 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	533
9. Niñez, migración y derechos humanos en Argentina. Estudio a 10 años de la ley de migraciones	553
10. Niñez y migración en Centro y Norte América: causas, políticas, prácticas y desafíos	760
11. Abstract The human rights of children in the context of international migration	842
12. The human rights of children in the context of international migration	843
IV. Conclusiones	860
1. Aportes conceptuales de los trabajos realizados	861
1.1. Los NNA en el contexto de la migración	861
1.2. Los pilares de la CDN, en clave migratoria	862
1.3. Principio de no expulsión	863
1.4. Principio de no detención	865
1.5. El derecho a la vida familiar	866
1.6. Derechos de NNA migrantes y la obligación de protección consular	868
2. Resultados e impacto de las publicaciones y su difusión	869
2.1.Publicaciones complementarias a la compilación de tesis doctoral	869
2.2.Impacto y resultados en el ámbito de las políticas públicas	873
2.3.Impacto en el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos	875
2.4. Otros resultados e impactos de las investigaciones y publicaciones	878
3. Reflexiones finales: preguntas y desafíos para continuar la investigación	880
V. Anexo I: Publicaciones complementarias	883
VI. Anexo II: Presentaciones en conferencias, paneles y seminarios especializados	887

Agradecimientos

Quiero agradecer a mis directores, Javier de Lucas y Ángeles Solanes, por su constante y sabia asistencia, y en especial por motivarme a presentar esta tesis; a Victor Abramovich y

Ricardo Fava, por su confianza al invitarme ocho años atrás al Centro de Justicia y Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús; a las autoridades de este Centro y de la UNLa por el permanente apoyo a las actividades y proyectos de investigación sobre migraciones y derechos humanos; a mis colegas de la Universidad, por el aprendizaje cotidiano, lo que extiendo a colegas de otras instituciones con las que he tenido la suerte de trabajar en estos años; a Luis Campos, por el último empujón; a Laura Gottero, por su aporte fundamental a la sistematización y análisis de las publicaciones aquí presentadas, y a Andrea Stilman, por su imprescindible ayuda en la etapa final.

A mis padres, por estar ahí siempre, por los principios transmitidos; a mis hermanos, por estar ahí siempre, por la felicidad de seguir creciendo juntos, ahora con familias ampliadas; a María, compañera de mi vida, imprescindible, incansable, apasionada; y finalmente, a las pequeñas luces, Laia y Violeta, que alegremente me recuerdan día a día la importancia del interés superior del niño y el dulce esfuerzo de respetar ese principio con coherencia.

Introducción: objetivos y justificación de la tesis. Descripción de las publicaciones compendiadas

La presente tesis se presenta bajo la modalidad “Compendio de Publicaciones”, regulada en el artículo 8 del Reglamento de la Universitat de València sobre depósito, evaluación y defensa de la Tesis doctoral, con base en la reforma realizada el 28/II/2012. Por esta razón, en cumplimiento de lo exigido en la disposición mencionada, esta tesis se compone de un capítulo introductorio, una serie de publicaciones de variada extensión y formato (libros, artículos, ponencias), y una conclusión.

Sin perjuicio de la modalidad de tesis escogida, es importante subrayar, como se explicará en esta introducción, que el tema elegido y las publicaciones que han sido compendiadas en buena medida representan la continuidad de un proceso de formación iniciado con los cursos del Programa de Doctorado *Los derechos fundamentales. La lucha por los derechos*. En particular, los trabajos que aquí se describirán y analizarán abordan temáticas que habían sido trabajadas —aunque de manera incipiente o exploratoria— en el trabajo de investigación presentado y defendido en el año 2008, como paso previo a la obtención del Diploma de Estudios Avanzados (DEA).

Por esta razón, en la primera sección de este capítulo introductorio, destacaré los principales objetivos de esta tesis y los motivos que han llevado a escoger no sólo esta modalidad de tesis doctoral, sino también a la elección del tema y las publicaciones que han sido compendiadas. Seguidamente, mencionaré cuáles han sido los trabajos que dan forma a este compendio, así como el grado de participación que he tenido en cada uno de ellos.

La última sección de la introducción a esta tesis tiene dos objetivos: por un lado, describir cada una de las publicaciones, su contenido y la metodología de trabajo utilizada. Por el otro, explicar el proceso de formación por el cual cada una de estas publicaciones han conducido de alguna manera a la siguiente y, finalmente, a la decisión de presentar este formato de tesis. En la Conclusión de esta tesis, me detendré en el impacto que han tenido estos trabajos, tanto desde el punto de vista teórico-conceptual como en una diversidad de

ámbitos académicos, normativos y de políticas públicas, bien a nivel nacional, bien a nivel internacional.

1. Antecedentes, objetivos y justificación

La presente tesis doctoral se compone de manera central por una serie de trabajos académicos, elaborados entre los años 2008 y 2015, enfocados en el estudio y análisis de la situación de derechos de niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA) en el contexto de la migración internacional. Cada una de las publicaciones compendiadas en esta tesis aborda desde diferentes perspectivas y alcance, y con diversas metodologías de investigación, una amplia gama de temáticas que giran en torno de los derechos de NNA migrantes y/o de hijos e hijas de personas migrantes.

El objetivo central que atraviesa toda esta tesis está en observar y analizar la forma y el alcance de aplicación de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño (en adelante, CDN), aprobada por la Asamblea General en el año 1989, en el campo de las migraciones internacionales. Se trata de examinar en qué medida —y cómo— los derechos reconocidos en la CDN han sido integrados —y por ende, respetados, protegidos y garantizados— en las políticas, normativas y prácticas relativas al trato a las personas migrantes y sus familiares, y en particular de niños, niñas y adolescentes.

Entre los objetivos específicos que se pueden deducir de la tesis, así como de cada uno de los trabajos que la componen (de su contenido, pero también de la propia metodología implementada para su elaboración), es importante destacar los siguientes:

a) desarrollar un marco conceptual que articule los derechos de la infancia y la adolescencia, por un lado, y los derechos de las personas migrantes, solicitantes de asilo y refugiadas, por el otro;

b) evaluar el estado del arte en el ámbito de los derechos de la niñez en el contexto de la migración, y proponer nuevas líneas de investigación y análisis;

c) identificar los elementos teóricos y prácticos en materia de políticas públicas sobre niñez y migración, desde un enfoque de derechos humanos;

d) visibilizar los desafíos existentes para la aplicación del marco conceptual y normativo sobre los derechos de la niñez en el ámbito de las políticas migratorias;

e) examinar, a través de investigaciones en terreno, las políticas y prácticas desarrolladas por diversos países en relación con la niñez migrante y con hijos e hijas de migrantes;

f) proponer aspectos conceptuales y prácticos para el diseño de políticas públicas sobre niñez, migración y otras conexas, desde una perspectiva de derechos humanos.

Tal como se indicó previamente, el punto de partida del tema que aborda esta tesis, en cuanto a la exploración bibliográfica y un esbozo de trabajo de campo, se halla en el *Trabajo de investigación* realizado entre 2007 y 2008 en el marco del Programa de Doctorado en Derechos Fundamentales que había iniciado en 2006¹. En esa oportunidad, dado que el desarrollo de la formación previa a la obtención del DEA consiste en un diálogo en el que se definen y proponen próximos pasos en materia de investigación para la tesis doctoral, tuve la oportunidad de indagar sobre temas más generales que me plantearon desafíos específicos de estudio en términos de objeto de investigación y coyunturas críticas de análisis en materia de migraciones y derechos humanos.

En dicha investigación, analicé desde una perspectiva de derechos humanos las características de las políticas y mecanismos de control migratorio implementados por España desde el año 2000 en adelante, a través de su Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero. En ese trabajo examiné algunos de los principales problemas que se derivaban de esos dispositivos de control en materia de protección de los derechos de las personas migrantes. En particular, en lo relativo a las garantías de debido proceso, a la privación de la libertad por razones migratorias, y al impacto de las medidas de repatriación, rechazo y devolución en frontera, entre otros.

Es preciso destacar que en el marco de esa investigación, y por ende, de las reflexiones realizadas en el trabajo presentado en aquel entonces, la inclusión de diversas cuestiones relativas a la situación de la niñez en el contexto de los mecanismos de control migratorio

¹ El título del Trabajo de Investigación era el siguiente: “El control de la migración irregular en España a la luz de los tratados de derechos humanos: en las fronteras de la legitimidad”.

analizados. Es decir, que al momento de examinar los desafíos más relevantes que se derivaban de las políticas de control migratorio, desde una perspectiva de derechos humanos, se prestó una atención especial a los retos que de manera diferenciada se presentaban cuando se trataba de personas con menos de 18 años de edad (como define la niñez el artículo 1° de la CDN).

Allí señalé, en primer lugar, cuestiones terminológicas que daban cuenta de la limitada imbricación entre el desarrollo de los derechos de la infancia desde la adopción de la CDN, por un lado, y las políticas migratoria, por el otro. En efecto, en el trabajo se subrayaba que, al analizar el trato dado a niños y niñas migrantes, no resultaba “paradójico que la normativa se refiera a ‘menores’ y no a ‘niños’, cuando justamente (...) el término ‘menores’ proviene históricamente de una lógica basada en una idea de ‘tutela’ que parte de la condición de ‘incapaz’ o ‘disminuido’ del niño. No responde a un adjetivo (de menor o mayor) sino que tiene connotaciones sustantivas, que han sido superadas, precisamente, por la legislación internacional que comenzó a adoptar el concepto de ‘niños’ (...) en tanto sujeto pleno y autónomo de derechos fundamentales, y no únicamente como objeto de tutela en razón de su supuesta incapacidad determinada por su ‘minoridad’...”²

De igual manera, a lo largo de mi trabajo de investigación en el marco del Programa de Doctorado, pude identificar y describir cómo los mecanismos de control migratorio —en ese caso, en España— presentaban problemas específicos, desde una perspectiva de derechos humanos, cuando se trataba de niños y niñas. Si bien en cierta medida se tenía en consideración algunos principios relativos a los derechos de la niñez, como las limitaciones para la privación de la libertad de niños y niñas no acompañados, en otros casos ello no sucedía, por ejemplo en lo relativo a la detención de familias, o la repatriación de niños y niñas no acompañadas hacia sus países de origen.³

² Ceriani Cernadas, Pablo, *El control de la migración irregular en España a la luz de los tratados de derechos humanos: en las fronteras de la legitimidad*, Trabajo de Investigación, Doctorado en Derechos Fundamentales. La lucha por los derechos. Universitat de València, 2008; p. 78. La versión completa de este trabajo se encuentra disponible en: <http://www.infojus.gob.ar/pablo-ceriani-cernadas-control-migracion-irregular-espana-luz-tratados-derechos-humanos-fronteras-legitimidad-dacfl10152-2011-10-03/123456789-0abc-defg2510-11fcanirtcod>.

³ Ver, entre otros, las secciones III.3, III.4. y IV.5 del trabajo de investigación citado.

Es posible ir incluso algo más atrás, para identificar —en uno de los trabajos finales presentados en el marco de cursos tomados durante el Doctorado— abordajes embrionarios sobre algunos desafíos relativos a los derechos de la niñez en el contexto de la migración. Así, en un curso dedicado a la normativa de derechos humanos en la Unión Europea, el trabajo examina cómo la regulación del derecho a la reunificación familiar por parte de organismos de la UE, podría afectar una serie de derechos garantizados en la Convención sobre Derechos del Niño.⁴

En cualquier caso, lo importante aquí es que la realización del Programa de Doctorado, y en particular el Trabajo de Investigación, constituyó un punto de partida para un proceso de formación en materia de derechos humanos y migraciones, en términos generales, y sobre derechos de la niñez en esa relación, de manera particular. A partir de la identificación de la identificación de elementos teóricos y prácticos específicos acerca de esa temática, pude comenzar a explorar bibliografía relevante y a realizar algunos análisis críticos, a fin de empezar a visualizar una problemática vinculada con las contradicciones y/o las diferencias entre los estándares de derechos humanos —en especial de la niñez— y las políticas migratorias. Esos primeros acercamientos al tema, al mismo tiempo, evidenciaron por un lado, la existencia de un campo de investigación que hasta el momento había sido muy poco explorado. Por el otro, la posibilidad de contribuir, por medio de iniciativas de investigación —teórica y en terreno—, con una serie de propuestas y reflexiones dirigidas a acordar esas brechas.

Por estas razones, considero que la tesis doctoral presentada se presenta en cierta forma como una respuesta a esos vacíos y necesidades que fueron paulatinamente identificadas a través de la cursada del Programa de Doctorado. En efecto, esta problemática fue retomada por mí inmediatamente luego de mi regreso a la Argentina —luego de la defensa pública del Trabajo de Investigación—. Desde ese momento hasta la actualidad, me aboqué de manera exclusiva a la temática de los derechos humanos de las personas migrantes, y

⁴ El trabajo, presentado en el Curso sobre los Derechos Humanos en la Unión Europea —a cargo de la Prof. Rosario Serra Cristóbal y el Prof. Roberto Viciano Pastor—, se tituló: *El derecho a la reagrupación familiar en la directiva 2003/86/CE de la UE. La legitimación de ciudadanías estratificadas. La nacionalidad reduce la familia*. El trabajo se encuentra disponible en línea en: <http://www.infojus.gob.ar/pablo-ceriani-cernadas-derecho-reagrupacion-familiar-directiva-2003-86-ce-ue-legitimacion-ciudadanias-estratificadas-nacionalidad-reduce-familia-dacfl10155-2011-10-04/123456789-0abc-defg5510-11fcanirtcod>.

dentro de ese campo, ha sido la cuestión de los derechos de la niñez y la adolescencia la que ha tenido la mayor atención. La investigación, la docencia y otras actividades profesionales estuvieron, desde entonces, centradas en su amplia mayoría en los derechos de NNA en el contexto de la migración.

Es por estos motivos que el trabajo de campo, la investigación académica y los pasos concomitantes que me llevaron a la presentación de mi tesis doctoral en este momento, se articularon firme y fructíferamente con mi labor profesional cotidiana. El reflejo en la producción científica de una trayectoria combinada y mutuamente fructífera de estudio, análisis, docencia, promoción y defensa en materia de derechos humanos de personas migrantes, especialmente de NNA, es la que se presenta en la tercera sección de esta Introducción. Previo a ello, resulta oportuno mencionar cuáles son las publicaciones compendiadas que integran esta tesis, en tanto a continuación pasaré a describir cada una de ellas así como el hilo conductor que las articula, tanto en plano teórico como práctico.

2. Las publicaciones compendiadas en la presente tesis

Esta sección está limitada únicamente a mencionar de manera precisa cuáles son las publicaciones que han sido compendiadas a los efectos de conformar el cuerpo central de la presente tesis. Es importante subrayar en este punto que un porcentaje considerable de estos trabajos han sido realizados en el marco de mi trabajo como Coordinador del Programa Migración y Asilo, del Centro de Justicia y Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús (CJDHUNLa). En efecto, la mayoría de estas publicaciones han sido producto de las líneas de investigación que fueron desarrolladas e implementadas desde este Centro de investigación.

En el listado que se encuentra a continuación se menciona el tipo de publicación, su extensión, así como las formas y el grado de participación que he tenido en cada una de

ellas. En el apartado siguiente me detendré a describir y analizar brevemente el contenido de estas publicaciones.⁵

A. Libros

1. *Niñez Detenida. Los derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes en la frontera México-Guatemala.* Ed. Fontamara. 2013. Ciudad de México; 300 páginas. ISBN 978-607-8252-54-1. Este trabajo también se encuentra disponible en línea, en la siguiente dirección: <http://ninezmigrante.blogspot.com.ar/>

Participación: a) Coordinador de la investigación; b) coordinador y editor de la publicación; c) principal autor de todos los capítulos (con excepción del capítulo 2);

2. *Estudio sobre la articulación de las políticas migratorias y los estándares de derechos humanos aplicables a la Niñez en América Latina y el Caribe.* UNICEF. Panamá, 2010. 73 páginas. ISBN 978-92-806-4533-0. Esta publicación también se encuentra disponible en línea, en la dirección: http://www.unicef.org/lac/UNICEF_MIGRACION_NINOS.pdf

Participación: a) coordinador de la investigación; b) coordinador y editor de la redacción de la publicación; c) principal autor de todos los capítulos.

3. *Niñez, Migración y Derechos Humanos en Argentina. Estudio a 10 años de la ley de migraciones,* UNICEF y Universidad Nacional de Lanús, Buenos Aires, 212 páginas; 2013

Participación: a) co-coordinador de la investigación; b) co-dirección editorial

4. *Niñez y migración en Centro y Norte América: causas, políticas, prácticas y desafíos.* 543 páginas. Publicado en San Francisco (Estados Unidos) y Lanús (Argentina), febrero de 2015. Disponible en línea en la dirección: <http://ddhhinfanciamigracion.blogspot.com>

⁵ El resto de las publicaciones elaboradas durante el periodo de formación doctoral, pero que no forman parte del cuerpo central de la tesis, se citan en las conclusiones y en el Anexo I.

Participación: a) Co-coordinador de la investigación, junto a Lisa Frydman y Karen Musalo; b) Co-coordinador y co-editor de la publicación, junto a Lisa Frydman y Karen Musalo; c) autor de un capítulo (36 páginas); d) co-autor de otro capítulo (autor principal), junto a Marinka Yossifon y Leticia Virosta (39 páginas);

B. Capítulos de libros

5. *The human rights of children in the context of international migration*. Publicado en: Wouter Vandenhoe; Ellen Desmet; Didier Reynaert; Sara Lembrechts (Eds.), *Routledge International Handbook of Children's Rights Studies*. 436 páginas. Routledge. Publicado en Abingdon, Oxon, y Nueva York, NY. 2015. ISBN 978-113-8023-70-3.

Participación: autor de capítulo (pp. 311–357)

6. *Políticas migratorias, movilidad humana y derechos de la niñez en América Latina y el Caribe*, en Lettieri, Martin (ed.), *Protección de Refugiados en el Sur de Sudamérica*, publicación por el 60° aniversario de la Convención de Ginebra de 1951; 502 páginas; coordinada por ACNUR, IPPDH y Universidad Nacional de Lanús; Ed. UNLa, Buenos Aires, 2012.

Participación: co-autor de capítulo (autor principal), junto a Emelina Alonso y Alejandro Morlachetti (pp. 177–225)

C. Artículos en Revistas

7. *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*. Publicado en *Revista Interdisciplinaria da Mobilidade Humana*: Centro Scalabriniano de Estudos Migratórios. 2014 vol. n°42. 296 páginas; ISSN 1980-8585.

Participación: Co-autor de artículo, junto a Lila García y Ana Gómez Salas (pp. 9-28)

8. *Migración y el Derecho a la Vida Familiar de niños, niñas y adolescentes.* Publicado en *Revista Población*; Año 6, Nro. 10, Marzo 2013. 151 páginas. ISSN: 1852-074X. Dirección Nacional de Población. Buenos Aires. Disponible en línea en la siguiente dirección: http://www.mininterior.gov.ar/poblacion/pdf/poblacion_10.pdf

Participación: Co-autor de artículo (autor principal), junto a Ana Gómez Salas, Natalia Lippmann y Alejandro Morlachetti (pp. 74-85)

Otras publicaciones

9. *Migración, derechos de la niñez y Asignación Universal por Hijo: las fronteras de la inclusión.* Ponencia presentada en el *IV Seminario Internacional Políticas de la Memoria. Ampliación del Campo de los Derechos Humanos*, organizado por la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, del 28 de septiembre al 1º de octubre de 2011, en el Centro Haroldo Conti (Ex ESMA), Buenos Aires. 15 páginas. La publicación se encuentra disponible en línea, de manera íntegra, en la siguiente dirección del Seminario: http://conti.derhuman.jus.gov.ar/2011/10/mesa_2/ceriani_cyment_morales_mesa_2.pdf

Participación: Co-autor de la ponencia, junto a Paola Cyment y Diego Ramón Morales

10. *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.* UNICEF Social and Economic Policy Working Papers. April 2011. UNICEF, Policy and Practice. New York. 60 páginas. Disponible en línea en forma completa en la siguiente dirección de internet oficial de la Oficina en Nueva York de UNICEF: http://www.unicef.org/socialpolicy/files/The_Rights_of_Children_Youth_and_Women_in_the_Context_of_Migration_FINAL.pdf

Participación: Co-autor de la publicación (autor principal), junto a Victor Abramovich y Alejandro Morlachetti

3. Investigaciones y publicaciones sobre derechos humanos de la niñez en el contexto de la migración internacional: hilo conductor de la tesis y de la formación profesional

Tal como se adelantó en la primera sección de esta introducción, y como se puede constatar con los títulos de las publicaciones —enlistadas en el acápite anterior— compendiadas para esta tesis, mi proceso de formación profesional desde la aprobación del DEA hasta el presente ha estado centrado particularmente en el análisis de diversas aristas en materia de niñez, migraciones y derechos humanos. En esta sección describiré brevemente cada uno de los trabajos incluidos en esta tesis, los temas principales que abordan y el contexto en el que fueron realizados. Asimismo, señalaré cómo, en buena medida, cada uno de ellos fue nutriéndose de los demás, complementándose mutuamente a partir no sólo de la profundización de ciertos desarrollos teóricos sino también del marco comparativo que fue aportando el trabajo de campo.

La descripción de estos trabajos está presentada de la siguiente manera: por un lado, a través de una clasificación geográfica —es decir, con base en los países o regiones en los que se centró uno u otro trabajo—. Por el otro, por medio de diversas herramientas metodológicas: mientras que algunas publicaciones responden a desarrollos fundamentalmente conceptuales, en un intento de producir reflexiones teóricas que contribuyan a un mejor conocimiento de las problemáticas examinadas, otras están basadas en investigaciones de campo que se han llevado adelante en diferentes países. Estos trabajos en terreno, que han incluido una variedad de instrumentos metodológicos, se han ido complementando y complejizando de manera permanente con la producción teórica.

3.1. Los derechos de la niñez migrante en América Latina y el Caribe

Un porcentaje importante del trabajo realizado en esta temática ha sido enfocado en la temática de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en la región de América

Latina y el Caribe. Estos análisis estuvieron enmarcados en un primer trabajo que representa —sin perjuicio de lo señalado en el primer acápite— no sólo el comienzo de una serie de investigaciones en esta región sino que constituye una base sobre la que luego fue apoyándose las futuras publicaciones que han sido compendiadas para esta tesis.

3.1.1. Una primera aproximación a la problemática en la región

En el segundo semestre de 2008, coordiné, bajo la dirección de Víctor Abramovich, un proyecto de investigación encargado por la Oficina de UNICEF para América Latina y el Caribe, sobre los derechos de la niñez en el contexto de la migración en la región. De manera específica, mis funciones consistieron en la coordinación de la elaboración del proyecto —y por ende, la coordinación de un equipo de varias personas—, la exploración, recopilación y análisis de información, para finalmente concluir con la redacción del informe general. Dicha elaboración bibliográfica y analítica se desarrolló en diferentes etapas: primero, analizar la legislación vigente en cada uno de los países de América Latina y el Caribe. En algunos países donde la información era más relevante, se intentaron observar algunos procesos de implementación de políticas, así como de cambios normativos.

En esta investigación de aproximadamente seis meses, pude aplicar para esta región algunos análisis realizados para el caso español, principalmente en lo relativo a cuestiones de control migratorio (detenciones, expulsiones) y su impacto en los derechos de la niñez. También se introdujeron algunas reflexiones teóricas que fueron profundizadas en trabajos posteriores. Una de ellas es la idea del “doble déficit”: un déficit en materia de niñez en el ámbito de las políticas migratorias y, simultáneamente, un déficit en cuanto al abordaje de la temática migratoria por parte de las políticas de niñez.

En el contexto del trabajo, se observó una ausencia casi generalizada del tratamiento de los derechos de la niñez, y sobre todo del contenido de la CDN, pese a que este tratado había sido ratificado por todos los países de la región. El análisis de la legislación y la política migratoria permitió observar que existían elementos que impactaban y regulaban directamente la situación de la niñez, pero no incorporaban en modo alguno —en la mayoría

de los casos- ninguno de los principios centrales que configuran el marco jurídico internacional en materia de derechos humanos de NNA.

Se evidenciaba así una paradoja que luego se fue constatando en trabajos posteriores. La adopción de la Convención sobre Derechos del Niño por parte de los países de la región tuvo un amplio impacto en el diseño de normativas sobre protección integral de la infancia, reformas políticas e institucionales. La amplia mayoría de los países han desarrollado una importante batería de reformas con el objetivo de adecuar su marco jurídico y las políticas públicas a los parámetros de la CDN. Sin perjuicio de la magnitud de los desafíos pendientes en esta materia (muchos de ellos, con impacto en las migraciones crecientes de NNA, como luego señalaré), lo relevante es que esos avances no tuvieron casi incidencia en el campo de las políticas migratorias.

El análisis y las conclusiones de este trabajo se clasificaron temáticamente en diversos capítulos temáticos que más adelante constituyeron aspectos teóricos y prácticos medulares de las investigaciones y publicaciones posteriores. Uno de los capítulos aborda específicamente el tema de la detención, es decir, la privación de la libertad de niños y niñas sobre la base de su condición migratoria y/o la de sus padres. Se examinó allí cómo cada Estado de la región regulaba la detención migratoria, con qué alcance y de qué manera se establecía algún tratamiento específico en el caso que hubiera personas migrantes con menos de 18 años de edad. Las primeras reflexiones acerca del principio de no detención migratoria de NNA fueron realizadas en el marco de este trabajo.

Otro de los capítulos enfoca la expulsión de NNA migrantes hacia sus países de origen. En concreto, se evaluó cómo los Estados receptan la posibilidad de deportar a niños y niñas con base en su condición migratoria, es decir, si pueden ser expulsados solos o con sus familias, así como si sus padres pueden ser expulsados y ser separados de ellos. En ese capítulo se plantea algo que no habíamos leído en otra bibliografía, por lo que estas reflexiones permitieron empezar a completar un espacio de vacancia que luego fue paulatinamente trabajado por otros trabajos que componen la presente tesis doctoral.

En efecto, una de los aspectos más relevantes de este trabajo fue el incipiente argumento por el cual la traducción de los derechos de NNA al contexto del control

migratorio debería llevar a que una eventual irregularidad migratoria no podría justificar un traslado forzoso a su país, si ello no implicaba en realidad una medida de protección. Aún si se trata de niños y padres en situación irregular, subrayé allí que los NNA no deberían recibir una sanción, sino que, llegado el caso, podrían regresar con sus padres —de ser éstos expulsados— como una medida basada en el principio de unidad familiar. A partir de ese análisis crítico se postuló el *principio de no expulsión de NNA*, el cual en cierta forma fue la base de abordajes teóricos posteriores, sin duda más profundos, en torno a los Procedimientos de Determinación del Interés Superior del niño (DIS).

El tercer capítulo de esta publicación examinó los niveles de reconocimiento o restricción de derechos sociales (en particular, salud y educación) a NNA con base en su nacionalidad o condición migratoria. Allí se evidencia que, a pesar de la existencia de cambios normativos favorables en varios países de la región, en materia migratoria y/o en el ámbito de políticas públicas sobre derechos sociales, persisten una serie de restricciones u obstáculos normativos y prácticos en el acceso a esos derechos por parte de NNA migrantes o hijos/as de migrantes. Algunos de los temas aquí abordados serán retomados en otros trabajos que integran esta tesis, especialmente referidos a la situación en Argentina, así como en aquellos de carácter más bien teórico.

Finalmente, el cuarto capítulo se focaliza en cuestiones relacionadas con el derecho del niño o niña a la inscripción del nacimiento y el derecho al nombre, y sobre cómo pueden verse restringidos en algunos casos como consecuencia de determinadas orientaciones de las leyes y políticas migratorias. Esta temática fue brevemente abordada en futuros trabajos, como los referidos a México, o en los artículos que constituyen una revisión actualizada del libro realizado con el apoyo de UNICEF. También, en otras actividades realizadas a lo largo de este período (2008-2015), entre las que cabe mencionar diversas ponencias presentadas en eventos internacionales llevados a cabo en diversos países, o la Pericia realizada ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el marco del Caso *Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas v. República Dominicana*.⁶

⁶ Pericia realizada el día 8 de octubre de 2013 en el contexto de la sesión de la Corte IDH desarrollada en la Ciudad de México. Ver el video difundido por la Corte IDH en: <https://vimeo.com/76479051>.

3.1.2. Versiones revisadas y actualizadas sobre los derechos de NNA en América Latina y el Caribe

A partir de la impresión y difusión del libro descrito en el acápite anterior, se presentaron diversas oportunidades para complementar el análisis allí realizado, a través de distintas vías. Una de ellas fue la de eventos de distinta naturaleza (Conferencias, Seminarios, Simposios) en los cuales pude exponer los principales hallazgos de dicha investigación.⁷ Otra consistió en incorporar algunos aspectos más destacados en materia de derechos de la niñez en el contexto de la migración en la región, en publicaciones más generales —no referidas únicamente a NNA—. Entre ellas, cabe destacar un análisis sobre la legislación migratoria en los países latinoamericanos, que fuera publicado en la *Revista Nueva Sociedad*.⁸

Sin perjuicio de esta clase de actividades, es importante indicar que otras dos publicaciones que forman parte del Compendio aquí presentado, constituyen específicamente artículos que revisitan y actualizan el libro que fuera finalizado a inicios de 2009 y publicado a fines de ese año. En efecto, tanto en 2012 como en 2014, pude elaborar —junto a colegas del Centro de Justicia y Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús— dos trabajos que retomaron el análisis sobre los derechos de la niñez en el contexto de la migración en la región latinoamericana y caribeña.

Uno de ellos fue el artículo incluido en el libro que editara la Oficina para el sur de Sudamérica del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), en el marco de la celebración del 60º aniversario de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de Refugiados. En ese artículo —elaborado junto a Emelina Alonso y Alejandro Morlachetti—, se resaltaron las principales conclusiones del libro elaborado a solicitud de UNICEF, incluyendo a su vez dos tipos de actualizaciones: por un lado, en cuanto a novedades transcurridas en la región entre una y otra publicación, como fue la ley de migración aprobada en México a inicios de 2011, o decisiones en el ámbito del MERCOSUR en materia de libre circulación e integración regional (a fines de 2010). Por el

⁷ En la Conclusión de esta tesis se citan de manera detallada algunas de estas actividades.

⁸ *Luces y sombras en la legislación migratoria latinoamericana*; en *Revista Nueva Sociedad*, No. 233, mayo-junio 2011, pp. 68-86. Disponible en: http://nuso.org/media/articles/downloads/3775_1.pdf.

otro, en términos conceptuales, introduciendo allí reflexiones más desarrolladas en temas como la no detención de NNA migrantes y la determinación del interés superior.

Al año siguiente, una publicación internacional de amplio reconocimiento en la región, editada en Brasil, la *Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana* (REMHU) me invitó a presentar un trabajo sobre la niñez y la migración en la región. Por ello, con mis colegas Lila García y Ana Gómez Salas, elaboramos un diagnóstico general que aborda los principales desafíos en la materia, a través de una versión resumida y actualizada del informe realizado para UNICEF América Latina y el Caribe.

Se trata de un trabajo que, por un lado, incluye novedades producidas en la región (como se hizo en la publicación del ACNUR), como la ley migratoria de Bolivia aprobada en 2013. Por el otro, incorpora elaboraciones conceptuales más novedosas en cuestiones como las “categorías de NNA afectados por la migración”, contemplando la situación de NNA que retornan a su país de origen. Por último, este trabajo se detiene con particular atención en el trato a NNA migrantes en dos países de la región: Argentina y México. La elección de estos casos estuvo dada no sólo por el contraste que existe en la realidad y las políticas migratorias de uno u otro país. También, porque ha sido precisamente en esos países en los cuales se centraron muchas de las investigaciones en las que he trabajado desde 2010 en adelante, tal como se explicará en la sección siguiente.

3.2. Migraciones y derechos de NNA en contextos nacionales y subregionales

Como se adelantó, un volumen importante de las actividades de investigación y divulgación científica que realicé en esta materia en los últimos años, ha estado focalizado en la situación de los derechos de la niñez en el contexto de la región. A su vez, un porcentaje considerable de estas acciones se focalizaron en la indagación, descripción y análisis de esa temática en dos escenarios particulares. Por un lado, en Argentina, por las razones que explicaré a continuación. Por el otro, en México y Guatemala, el cual fue llevando progresivamente a una ampliación del objeto de estudio, especialmente en términos geográficos –hacia otros países centroamericanos y a Estados Unidos de América.

3.2.1. Argentina

El trabajo realizado con respecto a la Argentina es sin dudas muy interesante, puesto que no sólo retoma la línea de trabajo del primer proyecto realizado para UNICEF América Latina y el Caribe, sino que también incorpora las observaciones efectuadas durante la labor de investigación en España, donde al analizar cuestiones generales sobre derechos humanos de personas migrantes, se pudo identificar aristas teóricas y prácticas específicas para el caso de la niñez. Asimismo, el primer trabajo realizado a nivel regional dio lugar al inicio de una prolífica colaboración entre la Oficina de UNICEF en Argentina y la Universidad Nacional de Lanús, que permitió entre otras cosas realizar una serie de investigaciones y publicaciones que tuve la oportunidad de coordinar.

De manera retrospectiva, resulta muy importante señalar el continuo trabajo de retroalimentación que supuso la elaboración de los trabajos académicos que componen el desarrollo de esta tesis, en combinación con el desarrollo de proyectos de investigación que permitieron refinar la definición y el uso de categorías conceptuales, así como los esquemas de trabajo de campo. Esa articulación constante habilitó una continua labor reflexiva y revisora de mi propia labor como investigador, a partir de la cual pude enriquecer análisis previos y complejizarlos con nuevos hallazgos. Así, en el inicio de mis estudios doctorales, contaba con un análisis previo que había realizado sobre derechos humanos de personas migrantes en Argentina, labor que luego profundizo en términos comparativos al estudiar la situación en España y, como se subrayó, aplicar de manera preliminar conceptualizaciones relacionadas con la niñez como sujeto de derechos.

Los proyectos trabajados con el apoyo de UNICEF permitieron la focalización temática en los NNA. Los estudios sobre el caso argentino permitieron incorporar nuevos elementos de análisis, tanto teóricos como prácticos. En efecto, el punto de partida de la primera investigación —en 2009— fue el de indagar por medio de diferentes herramientas metodológicas (trabajo en terreno, análisis de normativas, estudios de casos, etc.) cuál había sido el impacto en la niñez del importante cambio producido en la política migratoria desde 2004 en adelante. Es decir, se trataba de evaluar, a 5 años de ser aprobada una nueva ley de

migraciones en el país, cuáles habían sido las consecuencias específicas en materia de derechos humanos de niños, niñas y adolescentes migrantes e hijos/as de migrantes.

En la primera etapa del proyecto de investigación (co-coordinado junto a Ricardo Fava), se convocó a diversos especialistas, tanto desde la academia como de organizaciones de la sociedad civil, con amplia experiencia en el tema de migraciones y derechos humanos en diferentes áreas del país. De esta manera, se desarrolló una investigación que derivó en una primera publicación (en ese momento, únicamente en formato digital) en el año 2011. Ese trabajo incluyó por un lado, un análisis normativo y de políticas públicas, dirigido a observar en qué medida la cuestión de la niñez había sido incorporada de forma explícita en las reformas que se habían aprobado años atrás.

A su vez, la publicación incluyó trabajos en terreno realizados en cuatro regiones del país (Noroeste de Patagonia —Neuquén y Río Negro—; Noreste —Misiones y Formosa—; Noroeste —Jujuy—; Área Metropolitana de Buenos Aires —Ciudad de Buenos Aires y Conurbano Bonaerense). Por otra parte, se incluyó el análisis de una problemática particular, como es el de niños y niñas cuyas madres migrantes están privadas de la libertad por la comisión de un delito. Por último, una sección contemplaba el análisis de casos que fueron presentados ante diversas instituciones de asistencia jurídica gratuita a población migrante, en los que se hubieran detectado problemas que afectaran específicamente a derechos de niños y niñas.

Hay algunos elementos de análisis interesantes que comienzan a ser examinados en esta investigación y que luego serán retomados en otras investigaciones y publicaciones, puntualmente en términos de ampliación de las reflexiones teóricas y las recomendaciones prácticas dirigidas a actores institucionales a los cuales estos análisis han estado especialmente dirigidos. Me refiero, por un lado, a los desafíos en cuanto a la interacción entre gobiernos nacionales (o federales) y gobiernos locales. Es decir, en contextos en los que se entrecruzan materias que son por un lado competencia federal (por ejemplo, la migratoria) y otras de carácter local (salud, educación, protección de infancia, acceso a la justicia, entre otras), se identifican diversos retos que deben ser contemplados en una indagación sobre políticas públicas y su impacto en la población —general o de un grupo en particular, como en este caso—.

El otro tema novedoso en cuanto a objeto de análisis fue la coordinación interinstitucional. Es decir, en qué medida diversos organismos gubernamentales presentaban mecanismos de articulación dirigidos a asegurar objetivos comunes, en este caso la protección adecuada e integral de los derechos de NNA migrantes e hijos/as de migrantes. Se trata de un eje de análisis que tanto en ésta como en futuras investigaciones y publicaciones (por ejemplo, en el caso de México) va tomando cada vez mayor relevancia. En el caso argentino, este eje permitió no sólo ampliar y profundizar el análisis, sino que también habilitó el inicio de un proceso de articulación de actores institucionales, a partir de la divulgación de las conclusiones y recomendaciones de la publicación.

La continuidad del proyecto entre ambas instituciones permitió actualizar el contenido de la primera publicación, ampliar la investigación a otras áreas del país (Tucumán y Salta) e incorporar una sección referida al trabajo de articulación interinstitucional que se desarrolló con base en los hallazgos de la primera etapa de la investigación. Así, junto con Gimol Pinto –de UNICEF- coordiné también esta segunda fase de investigación, edición y publicación. Finalmente, es importante remarcar que en el contexto de la realización de esta investigación –con sus diferentes etapas-, el equipo de trabajo que estaba bajo mi coordinación pudo producir otros materiales, entre los que cabe destacar algunos dirigidos al ámbito educativo -en articulación con el Ministerio de Educación de la Nación-⁹ y otros referidos a temas de niñez, migración y salud.¹⁰

Otra de las publicaciones compendiadas en esta tesis fue una derivación directa del análisis de las investigaciones que había co-coordinado en el marco de la articulación entre UNLA y UNICEF. Ya en la primera edición de esa publicación se habían señalado algunas problemáticas concretas en materia de niñez, migración y el acceso a algunos derechos sociales, puntualmente a determinados programas de protección social a grupos en situación de vulnerabilidad. Entre ellos, la Asignación Universal por Hijo (AUH). Con el objetivo de profundizar el análisis teórico que se había incluido en esa publicación, junto a los colegas Paola Cyment y Diego Morales, elaboramos la ponencia titulada “Migración,

⁹ Valija de Materiales “[Re]Pensar la Inmigración en Argentina”, UNLA-UNICEF-Ministerio de Educación-Cine Migrante, disponible en línea en: <http://valijainmigracion.educ.ar/index.html>.

¹⁰ UNLA, CAREF, UNICEF y UNFPA; *Migrantes y Derecho a la Salud. Guía de Información y Recursos. Cuadernillo 2: Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes Migrantes*. Disponible en línea en: http://www.unla.edu.ar/documentos/centros/derechos_humanos/Cuadernillo_2.pdf.

derechos de la niñez y Asignación Universal por Hijo: las fronteras de la inclusión”, presentada en un seminario internacional sobre derechos humanos.

En esa ponencia se indagó, a partir de un marco teórico atravesado por los principios de igualdad y universalidad, las limitaciones del concepto de ciudadanía entendido restrictivamente como sinónimo de nacionalidad, cómo y porqué determinados programas dirigidos a proteger derechos sociales recurren a la nacionalidad y la clase de residencia para fijar requisitos diferenciados en el acceso a derechos. El trabajo intenta visibilizar las contradicciones argumentativas entre determinados principios de derechos humanos y los objetivos de políticas públicas dirigidas a mitigar situaciones de vulnerabilidad de parte de la población, y por otro lado, las restricciones que esas prestaciones prevén cuando la persona potencialmente beneficiaria ha nacido en otro país. Algunas de estas reflexiones fueron retomadas posteriormente en otros trabajos, algunos referidos concretamente a derechos de NNA –como luego describiré-, otros sobre derechos de personas migrantes en general.¹¹

3.2.2. México-Guatemala

A partir del año 2010, y particularmente como consecuencia del trabajo realizado sobre la temática a nivel regional con UNICEF, surge la posibilidad de hacer una investigación con un intenso trabajo de campo, “en terreno”, en México, una de las áreas que aquél trabajo había identificado como de las más complejas, por diversos factores. Las diferentes categorías de niñez afectada por la migración, la dimensión cuantitativa de las migraciones centroamericanas hacia Estados Unidos –a través de México-, así como la creciente securitización de las políticas de los países de la región, son algunos de los factores más destacados.

En términos de estado del arte, es importante subrayar que había una importante laguna sobre la situación de las personas migrantes –y en particular, NNA- en la frontera sur de México, en contraste con lo prolífico de la producción científica sobre su frontera

¹¹ Ver, por ejemplo, el artículo *Ciudadanía, migraciones y libre circulación en el Mercosur: ¿hacia un paradigma basado en los derechos humanos o la réplica del modelo excluyente de la Unión Europea?*, publicado en la Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, Lex Nova, Nro 30., 2012, pp. 259-287.

norte. Debido a la existencia de esta vacancia de investigación, se inició un proyecto, bajo mi coordinación, que en la actualidad se encuentra en su cuarta fase y que luego fue complementado con otras investigaciones. La primera etapa, que derivó en el libro publicado por la Editorial Fontamara bajo el nombre “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 niñez”.

La investigación estuvo centrada en esa primera fase en identificar los desafíos y problemas en materia de derechos humanos de la niñez migrante, en el marco de los mecanismos de detención, expulsión y repatriación de NNA centroamericanos/as en su tránsito hacia Estados Unidos. Esa investigación comienza a analizarse en el plano local, identificando así un punto neurálgico de la zona sur de México: la ciudad de Tapachula (Estado de Chiapas), imprescindible para el proyecto no sólo por su cercanía con la frontera con Guatemala sino porque allí se estableció el principal centro de detención migratoria de México y el mayor de América Latina: la Estación Migratoria “Siglo XXI”, con capacidad para aproximadamente mil personas. Asimismo, ya existía información sobre que ese centro de detención era el lugar al que llevaban prácticamente todos los NNA migrantes interceptados en México, como paso previo a su repatriación a sus países de origen.

Tanto por razones geográficas como institucionales, se trataba de un lugar especialmente importante para desarrollar la investigación, y en ese contexto se inicia una articulación institucional, para el trabajo conjunto, entre los equipos de investigación de la Universidad Nacional de Lanús y el Centro de Derechos Humanos Fray Matías de Córdova (Tapachula). Dicha labor compartida se basó en un intenso trabajo en terreno, y el conocimiento obtenido (construido) fue vital para avanzar en la conformación de una metodología de trabajo compuesta por un bagaje conceptual articulado y refinado con la labor de campo, que se enriquecía con la experiencia en terreno que aportaba el Centro Fray Matías, con presencia y trabajo en la región a lo largo de unas tres décadas.

La investigación inicial se desarrolló desde mediados del 2010 hasta finales de 2011, basada en la exploración de fuentes secundarias y entrevistas a actores claves, como los propios niños detenidos en estación migratoria, funcionarios públicos a nivel nacional, estatal y local –tanto de México como de Guatemala-, especialistas académicos y

representantes de organizaciones no gubernamentales. Se elaboraron dos cuestionarios, uno dirigido a los NNA –validado con especialistas de UNICEF-, y otro para las organizaciones de la sociedad civil especializadas en el tema. Por otra parte, se analizó en profundidad numerosos informes de esas organizaciones, de organismos internacionales sobre México (Sistemas Interamericano y de Naciones Unidas en materia de derechos humanos) y otras fuentes de información, para a partir de esa sistematización poder analizar la situación identificando diferentes temas. A través del mecanismo establecido por la ley mexicana de acceso a la información, se accedió a diversos datos cualitativos y cuantitativos de especial relevancia para la investigación.

Entre estas dimensiones estudiadas, se destacaron las propias modalidades de “niñez en la migración” en la región, sus causas, modalidades, motivación y objetivos, el marco normativo e institucional en México de organismos que responden al fenómeno de la migración de NNA, cuál es su rol y sus prioridades, el estado del arte sobre política migratoria y de niñez en México, y en qué medida el tema migratorio es abordado en el marco normativo sobre niñez. Desde ese trabajo pormenorizado, se identificaron desde un análisis de los estándares de derechos humanos los principales problemas relativos a los y las NNA en el contexto de la migración: privaciones de la libertad, expulsiones arbitrarias, así como afectaciones a derechos como la protección atención consular, la vida familiar, el acceso a la justicia y las garantías de debido proceso, entre otros.

La investigación, en síntesis, constituye un análisis pormenorizado de las diferentes categorías de NNA migrantes que migran hacia México o a través de ese país hacia Estados Unidos, y que como consecuencia de ello son privados de la libertad y luego repatriados, incluyendo aquellos que van a solicitar asilo en razón de diferentes formas de violencia sufridas en sus países de origen. La publicación contiene un importante número de desarrollos conceptuales novedosos en la materia, particularmente en esos países o incluso para toda la región. Mediante una serie de argumentos teóricos, apoyados a su vez por los datos obtenidos de una amplia variedad de fuentes, se construyó una sólida argumentación que puso en evidencia los problemas sumamente serios que se derivaban de las respuestas brindadas a la niñez migrante. De ahí que la publicación (*Niñez Detenida*), incluyó un

listado extenso y detallado de recomendaciones a diferentes actores institucionales implicados en el tema.

Finalmente, es preciso subrayar que uno de los hallazgos más relevantes de esta primera investigación realizada en el sur de México fue precisamente el de la necesidad de ampliar el objeto de estudio. Es decir, que a fin de comprender más cabalmente la situación de la NNA en el contexto de la migración en esa frontera, sus causas y consecuencias, era sumamente importante efectuar otros estudios que permitan identificar y examinar una serie de factores (procesos, instituciones, políticas públicas) presentes en otras áreas de México, pero también en países vecinos en Centro y Norte América, tal como explicaré a continuación.

3.2.3. Centro y Norte América

El fenómeno examinado en la frontera México-Guatemala condujo a la necesidad de identificar datos y fuentes producidas por actores que se encuentran en otro lugar pero impactan en ese terreno, para luego analizar esa información de manera complementaria. Así, la realidad allí analizada trascendía la dimensión local y su estudio debía ampliarse con otros focos de investigación que no sólo pusieran mayor atención a la dimensión nacional en México y Guatemala, sino también más allá. Sin perjuicio que esa frontera juega un importante rol de lo que configura un extenso corredor migratorio, la problemática estudiada es de carácter regional. Por ello, las conclusiones y recomendaciones de “Niñez Detenida” señalaron que la investigación debía extenderse a los tres países que forman el triángulo norte de Centroamérica (El Salvador, Guatemala y Honduras) así como también a Estados Unidos.

A fin de poder llevar adelante esa tarea —un estudio sobre los derechos de NNA en el contexto de la migración en Centro y Norte América—, a lo largo de 2012 fui identificando a diferentes especialistas en esta temática a lo largo de los diversos puntos de ese corredor migratorio. La idea fue crear un consorcio de diferentes instituciones a efectos de realizar una investigación de esa escala y la complejidad. En el marco de una alianza entre la Universidad Nacional de Lanús y la Universidad de California (a través del Center

for Gender and Refugees Studies, CGRS, del Hastings College of Law), y con el apoyo de la Fundación MacArthur, ambas Universidades acuerdan coordinar un proyecto de investigación que incluye a más de una decena de instituciones,¹² y se desarrolla entre marzo de 2013 y febrero de 2015.

Una vez conformado el consorcio de instituciones que desarrollarían la investigación, se fijaron los objetivos y ejes transversales, la metodología, los marcos conceptuales, se consensuaron aspectos terminológicos, así como los lineamientos formales y de contenido, todo ello con miras a elaborar una publicación que pueda describir y explicar los principales factores en términos de derechos humanos de la niñez en el contexto de la migración en los cinco países involucrados. Este proyecto planteó una modalidad sin duda novedosa, dado no sólo la extensión del objeto de estudio sino también la articulación de especialistas de diferentes países. Es decir, que no se trataba de hacer una publicación que compile trabajos realizados por varias personas, sino de realizar una única investigación que incluya un abordaje comprehensivo que permita ver a la región como un único objeto de estudio en el cual la situación en un país impacta en la realidad de los demás y viceversa.

El informe producido por esta investigación, “Niñez y migración en Centro y Norte América: causas, políticas, prácticas y desafíos”, constituye entonces una única publicación articulada, e incluye temáticas centrales como: las causas de la migración de NNA y/o de sus padres, el trato a la niñez migrante durante su tránsito hacia el norte, la situación de NNA y familias migrantes en sus lugares de residencia; las prácticas de detención y deportación de la niñez, de sus padres o de familias completas; los procedimientos de asilo y las limitaciones para acceder a la justicia; la protección consular; los desafíos de los NNA que son retornados a sus países de origen; y los acuerdos bilaterales y regionales firmados por estos países, tanto en materia de NNA migrantes como en otras temáticas que impactan

¹² Además de la UNLa y el CGRS, las instituciones que fueron parte de este proyecto de investigación fueron las siguientes: De México, el Centro de Derechos Humanos Fray Matías de Córdova, el Proyecto de Defensa Binacional (Ciudad Juárez), la Coalición Pro-Defensa de Migrantes y Casas YMCA para Menores Migrantes (Tijuana). De El Salvador, la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas (UCA); Guatemala, la Pastoral para la Movilidad Humana y la Asociación Pop Noj'; y en el caso de Honduras, Casa Alianza. Para el análisis en Estados Unidos, participaron Kids in Need of Defense (KIND) y Women's Refugee Commission (WRC).

en los procesos migratorios. Para facilitar su amplia difusión en la región, este libro se publicó en línea en inglés y en castellano.

En el marco de esta importante iniciativa, mi labor consistió en la Coordinación de todo el proceso, junto a Karen Musalo y Lisa Frydman (UC Hastings), incluyendo la coordinación de las siguientes acciones y etapas: la elaboración y presentación de la propuesta a la Fundación MacArthur; la identificación de las instituciones aliadas; la planificación y realización de la investigación; el proceso de redacción de cada capítulo del libro; la corrección y edición del libro (tuvo dos procesos de edición), y en particular de los capítulos de México y los países centroamericanos. Asimismo, fui el autor de la Introducción, co-autor del resumen ejecutivo y las recomendaciones, y co-autor del artículo sobre procesos regionales.

La (extensa) introducción del libro busca describir los principales hallazgos de la investigación realizada en los cinco países. Asimismo, allí planteo que el cuadro general que el libro expone es de tal complejidad que puede catalogarse como una profunda crisis que contempla una triple dimensión: una crisis de derechos humanos, una crisis de desarrollo humano, y una crisis humanitaria. Por su parte, el artículo referido a procesos regionales, analiza por un lado el contenido de decenas de convenios firmados entre los países objeto de la investigación (incluyendo gobiernos locales) en materia migratoria —y en particular, los referidos a NNA. Por otro lado, examinan otra serie de acuerdos que impactan en las causas de la migración —como los tratados de libre comercio los acuerdos de índole securitaria.

3.3. Desarrollos conceptuales que fueron nutriendo las investigaciones en terreno

Finalmente, algunas publicaciones compendiadas no están dedicadas únicamente al análisis de una determinada realidad local, nacional o regional, sino al desarrollo de marcos conceptuales, introduciendo allí ciertas líneas argumentativas novedosas. Estos trabajos tuvieron una relación de retroalimentación recíproca permanente con las investigaciones descritas en las secciones anteriores. Por un lado, las tareas en terreno fueron generando una serie de hallazgos que al mismo tiempo conducían a la necesidad de producir marcos

teóricos y argumentaciones que intenten comprender y/o explicar la realidad. Por el otro, el desarrollo conceptual aportaba insumos y reflexiones que permitían plantear hipótesis más acertadas sobre las circunstancias observadas.

Las investigaciones realizadas hasta ese momento permitieron la elaboración de un diagnóstico que remitía a pensar en tres recorridos diferenciados y mutuamente influyentes: uno, pensar en NNA en el contexto de la migración; otro, reflexionar sobre el sentido de las políticas públicas migratorias que aborden la cuestión de la niñez; y por último, cómo a partir del desarrollo de la investigación concreta se van identificando categorías de niñez que antes no se habían detectado. Así, la idea de NNA migrantes se pluraliza y se convierte en diversas variantes que incluyen elementos distintivos: niños/as acompañados o no acompañados, separados, que se quedan en origen, que nacen en destino, y también que regresan, tal como se ha visto en el trabajo situado en el escenario centro y norteamericano.

Dos de estos trabajos teóricos son de carácter general, ya que abordan en un mismo artículo una amplia variedad de temas sobre derechos de NNA migrantes. Otros, por su parte, se refieren a temáticas específicas, como el derecho a la vida familiar de NNA migrantes o hijos e hijas de migrantes.

3.3.1. Análisis teóricos generales

La realización de los primeros proyectos de investigación –como aquel con la Oficina regional de UNICEF- posibilitó el surgimiento de nuevas posibilidades de análisis, particularmente de corte teórico. Una parte importante de este trabajo fue realizado en el marco de una creciente articulación entre el Programa de Migración y Asilo que yo coordinaba, y la División de Políticas y Prácticas de la Oficina central de UNICEF en Nueva York. También, en mi rol personal de Consultor de UNICEF. En ambos casos, desde 2009 en adelante.

De esta manera, uno de las publicaciones realizadas en ese marco fue un Documento de Trabajo sobre derechos de NNA en el contexto de la migración, junto con Víctor Abramovich —por entonces Director del CJDHUNLa y Miembro de la Comisión

Interamericana de Derechos Humanos— y Alejandro Morlachetti. Ese trabajo, titulado *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*, constituye un intento de aglutinar en un mismo documento la diversidad de problemáticas y desafíos en torno a los derechos de niños migrantes y de niños cuyos padres son migrantes. Se trata de un estudio que indaga no sólo sobre el impacto de la migración en la niñez, sino también el modo en que las políticas que causan la migración y las que afectan sus derechos en tanto migrantes. Este documento presenta un nivel descriptivo y otro más teórico, planteando la necesidad de profundizar el marco conceptual que permita comprender y atender esos desafíos.

Por otra parte, a partir del trabajo realizado con diversas oficinas de UNICEF desde el 2008, fui convocado como docente para dar clases en un curso bianual sobre desarrollo humano y derechos de la niñez en la Universidad de Amberes (Bélgica), en alianza con otras dos universidades de dicho país (Gante y Vrije). En el marco de la colaboración con las instituciones a cargo de este Seminario internacional, me invitaron a escribir un capítulo sobre migraciones y derechos de la niñez de carácter global sobre los derechos humanos de la infancia. Así, en 2015 se publica el artículo *The human rights of children in the context of international migration*, en el libro *Routledge International Handbook of Children's Rights Studies*.

Tomando los insumos del trabajo realizado desde el año 2008, y en particular el artículo elaborado en 2011 con Abramovich y Morlachetti, este artículo me permitió ampliar y actualizar una serie de reflexiones teóricas acerca de esta temática. El objetivo estuvo en profundizar en términos académicos la apuesta de consolidar y extender el alcance de los estándares y el marco conceptual sobre derechos de la infancia al contexto de políticas migratorias y de otras políticas públicas asociadas, vinculadas con o influidas por la política migratoria y viceversa. Este trabajo, tal como lo presentan los editores de la publicación, propone un giro radical en las políticas migratorias en cuanto a cómo los derechos de NNA deberían guiar esas políticas, a fin de realizar el potencial transformador que tienen los derechos de la niñez.

3.3.2. Desarrollos teóricos específicos

Una de las publicaciones compendiadas intenta desarrollar con cierta profundidad algunas líneas argumentativas aplicadas a temas concretos, en especial al derecho a la vida familiar. A partir de un trabajo realizado en un primer momento para la Oficina de UNICEF en Nueva York, junto con colegas de la Universidad elaboramos un artículo dedicado exclusivamente al derecho a la vida familiar de NNA en el contexto de la migración, que fue publicado en la Revista Población.

Tal como se explicará más detalladamente en el capítulo de conclusiones de esta tesis, a través de este trabajo —así como, con menor detalle, en otras publicaciones ya descritas—, se buscó elaborar argumentos teóricos novedosos acerca del derecho a la vida familiar. Se trata de un intento por construir un marco conceptual sólido que diera cuenta de la multiplicidad de aristas e implicaciones que las políticas migratorias pueden tener en la vida familiar de los niños y niñas migrantes o que son hijas de migrantes. Allí se plantea que la noción del derecho a la vida familiar no incluye solamente que los niños no estén forzosamente separados de sus padres y que se facilite la reunificación familiar. También, entre otras cuestiones, que los padres tengan un status migratorio regular que les permita brindar una materialidad y una riqueza diferente al derecho a la vida familiar. No sólo se trata de vivir en familia, sino de garantizar el derecho al desarrollo de los niños y que éstos vivan en un grupo familiar donde existan los roles de padre y madre y se asegure un desarrollo humano digno y adecuado a los niños.

4. Reflexiones finales

Esta introducción intenta describir, por un lado, los hilos conductores que atraviesan las publicaciones que fueron compendiadas para esta Tesis. Uno de esos hilos, el más importante, es temático. Es decir, la cuestión de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en el contexto de la migración, y sobre cómo el paradigma de la niñez como sujeto de derechos ha sido o no internalizado en el ámbito de las políticas públicas que regulan los movimientos migratorios. Este tema está en el centro de todos los trabajos

compilados y de las diferentes iniciativas personales y grupales de investigación en las cuales esas publicaciones fueron elaboradas.

El otro hilo conductor está en el carácter complementario entre los diferentes trabajos, en cómo cada uno de ellos se ha nutrido de los demás. En este sentido, el hecho de tratarse de investigaciones en terreno, en algunos casos, de trabajos puramente teóricos, en otros, y que estén referidos a realidades en diferentes países con distintos niveles (local, nacional, regional), ha permitido que esa articulación sea aún más fructífera e integral. Estas investigaciones tienen como aspecto novedoso que incluyen propuestas que mezclan dimensiones conceptuales, teóricas, con un intenso trabajo de campo, en el terreno del objeto de estudio, lo que brinda la posibilidad de efectuar trabajos comparativos, así como desarrollar iniciativas y procesos de incidencia (directa o indirecta), que coadyuvan a transformar las agendas académica, política (institucional) y social.

A continuación se presentan, entonces, los textos íntegros de cada una de las publicaciones que conforman esta Tesis. Luego, en el capítulo de las conclusiones, haré hincapié en dos aspectos: por un lado, en una breve descripción de algunos aportes teóricos que emanan de estos trabajos. Por el otro, de la diversidad de impactos y resultados que han tenido las publicaciones, tanto en el campo académico como en la discusión de políticas públicas en esta materia a nivel nacional e internacional. Por último, mientras que en un anexo se mencionan mis intervenciones en estos temas en diferentes seminarios y conferencias internacionales, un segundo anexo se limita a citar otras publicaciones realizadas en el mismo período en materia de migraciones y derechos humanos, aunque no referidas exclusivamente a temas de niños, niñas y adolescentes.



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

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LANÚS,
CENTRO DE DERECHOS HUMANOS

Equipo de investigación:

Víctor Abramovich - Dirección
Pablo Ceriani Cernadas - Coordinación
Leonardo Franco - Consultor Académico

Pablo Asa
Verónica Asurey
María Capurro Robles
Edurne Cárdenas
Ricardo Fava
Carina A. Sobieray
Sabrina Vechionni
Magdalena Zold

ISBN: 978-92-806-4533-0

Lanús, Provincia de Buenos Aires, Febrero de 2009
(Actualizado en diciembre de 2009)

Fotos Portada
Gonzalo Bell, República Dominicana

Las opiniones y datos incluidos en la presente obra representan los puntos de vista de los autores y no reflejan necesariamente los puntos de vista del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF)

Esta investigación ha sido realizada en el marco del memorando de entendimiento celebrado en julio de 2008, entre la Oficina Regional de UNICEF para América Latina y el Caribe (UNICEF TACRO) y la Universidad Nacional de Lanús (UNLa) para el desarrollo de un “Estudio sobre los estándares jurídicos básicos aplicables a niños y niñas migrantes en situación irregular y algunas líneas de acción para su protección”

INDICE

Siglas y abreviaturas

Presentación

Capítulo 1- Detención de niños y niñas migrantes

1. Introducción
2. La privación de la libertad de niños migrantes: el principio de no criminalización, las medidas alternativas y las causas y requisitos para disponer una detención
 - 2.1 Criminalización de la migración irregular
 - 2.2 La obligación de adoptar medidas alternativas a la detención de niños migrantes
 - 2.3 Causas, condiciones y límites para disponer la detención de niños migrantes
3. Privación de libertad de niños y niñas migrantes y garantías de debido proceso
4. Lugares, plazo y condiciones de detención de niños y niñas migrantes

Capítulo 2- Políticas migratorias, garantías de debido proceso y el derecho a la vida familiar de niños y niñas migrantes e hijos e hijas de migrantes

1. Introducción
2. El principio de no expulsión de niñas/as migrantes como sanción
3. Procedimientos migratorios y garantías de debido proceso
 - 3.1 El derecho a expresarse a y a ser oído. El derecho a un intérprete
 - 3.2 El derecho a la asistencia jurídica gratuita
 - 3.3 El derecho a un recurso efectivo y el acceso a la justicia
 - 3.4 El derecho a la asistencia consular
 - 3.5 Debido proceso, prohibición de expulsiones colectivas y principio de no devolución
 - 3.6 Los niños y niñas no acompañados y el debido proceso: la importancia de la designación oportuna de un tutor y un representante legal
4. El derecho a la vida familiar en procesos de expulsión y de reagrupación familiar
 - 4.1 El derecho a la vida familiar del niño/a en caso de disponerse la expulsión de sus padres
 - 4.2 El derecho a la reagrupación familiar de niños y niñas migrantes
5. Procedimientos migratorios, obstáculos administrativos y discriminación

Capítulo 3- Derechos económicos, sociales y culturales de niños y niñas migrantes

1. Introducción
2. El acceso al derecho a la educación de niños y niñas migrantes
 - 2.1 Las garantías y restricciones para el acceso en condiciones de igualdad
 - 2.2 Restricciones económicas que impiden el acceso igualitario a la educación
 - 2.3 Xenofobia y racismo en el ámbito educativo: límites al ejercicio del derecho a la educación
3. El derecho a la salud de niños y niñas migrantes
 - 3.1 Garantías y restricciones en el acceso a la salud
 - 3.2 La atención sanitaria de las mujeres migrantes embarazadas y su impacto en los niños y niñas
 - 3.3 La salud como un impedimento para ingresar y residir en el país
4. Otras reflexiones relacionadas con el acceso a los derechos sociales de niños y niñas migrantes e hijos e hijas de migrantes
 - 4.1 El derecho a un nivel de vida adecuado. Los derechos sociales de los padres y las políticas de regularización migratoria
 - 4.2 La explotación laboral infantil y la trata y tráfico de niños y niñas migrantes
 - 4.3 Normas y mecanismos de control migratorio que afectan la realización de derechos sociales

Capítulo 4- La inscripción de nacimiento de hijos e hijas de migrantes. El impacto en sus derechos humanos

1. Introducción
2. El principio ius soli en América Latina y el Caribe
3. La negativa a inscribir el nacimiento de hijos de migrantes: su impacto en la vigencia de sus derechos fundamentales
 - 3.1 Control migratorio y no inscripción del nacimiento
 - 3.2 El problema de las personas que carecen de documentos en su país de origen
 - 3.3 Inscripción de nacimiento, nacionalidad e igualdad de género
 - 3.4 El derecho a la nacionalidad: los migrantes “en tránsito” y la no aplicación del principio ius soli
4. Otros derechos afectados por la falta de inscripción del nacimiento

Anexo: Normativa Migratoria en América Latina y el Caribe

Bibliografía

Siglas y abreviaturas utilizadas en este estudio

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (**ACNUR**)

Convención Americana sobre Derechos Humanos (**CADH**)

Convención sobre los Derechos del Niño (**CDN**)

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (**CIDH**)

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (**Comité DESC**)

Corte Interamericana de Derechos Humanos (**Corte IDH**)

Derecho Internacional de los Derechos Humanos (**DIDH**)

Organización Mundial de la Salud (**OMS**)

Organización de las Naciones Unidas (**ONU**)

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (**UNESCO**)

Organización Internacional del Trabajo (**OIT**)

Organización Internacional para las Migraciones (**OIM**)

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (**PIDESC**)

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (**PNUD**)

Unión Europea (**UE**)

Presentación

En América Latina y el Caribe, se estima que alrededor de 25 millones de personas han migrado hacia países de Norte América y Europa, y seis millones han migrado a otros países de la región¹. De ellas, una cantidad creciente, aunque todavía no cuantificada, son niños, niñas y adolescentes, algunos de los cuales migran junto a sus padres (o con uno de ellos) al tiempo que otros lo hacen en forma no acompañada o separada².

Sin embargo, los niños y niñas afectados de una u otra forma por la migración internacional representan un número significativamente más alto, ya que estas cifras no contabilizan, por ejemplo, a muchos hijos e hijas de migrantes, nacidos con posterioridad a la migración de sus padres, quienes adquieren la nacionalidad del país de destino en razón del principio *ius soli* que rige en prácticamente toda la región. Tampoco se incluye a muchos niños y niñas que permanecen en el país de origen cuando sus padres deciden migrar.

La cantidad de niños migrantes que se encuentran en situación irregular en la región es otro dato del que no se tiene certeza.

De acuerdo con la opinión de diversos organismos internacionales de derechos humanos, las personas migrantes en situación migratoria irregular, por un lado, y los niños y niñas, por otro, son grupos sociales que se encuentran generalmente en una condición de vulnerabilidad. Ambos colectivos requieren, por ello, una atención especial por parte de los Estados que deben procurar el respeto, la protección y la garantía de sus derechos fundamentales³.

En el caso de la niñez migrante sin estatus migratorio regular, el cuadro de vulnerabilidad se profundiza, como resultado de la combinación entre edad y condición migratoria, demandando una atención específica y adecuada por parte de los Estados (de origen, tránsito y destino de migrantes) y de otros actores implicados. La acción estatal, desarrollada fundamentalmente a través de las políticas migratorias, debería estar guiada por dos directrices principales: la garantía de los derechos fundamentales y un enfoque transversal de edad que tenga debidamente en cuenta los intereses, necesidades y derechos de los niños y niñas afectados por la migración.

No obstante, la acción estatal en relación con los niños y niñas migrantes, especialmente aquellos en situación migratoria irregular, no puede restringirse al ámbito de las políticas migratorias. Por el contrario, la particular situación de este colectivo debe ser considerada también por las políticas públicas de infancia, las cuales deben incluir medidas específicas destinadas a la protección de estos niños y niñas y a la promoción de su desarrollo.

Al analizar esta cuestión, los Estados de la región iberoamericana se han comprometido a promover “el fortalecimiento de los derechos humanos como un componente central de las políticas y prácticas migratorias de los países de origen, de tránsito y de destino, asegurando la protección de los derechos humanos de los migrantes en el marco del ordenamiento jurídico de cada Estado, independientemente de su condición migratoria, y cualquiera que sea su nacionalidad, origen étnico, género o edad”⁴. En el mismo

sentido, los gobiernos sudamericanos, al reafirmar “la importancia de proteger y garantizar el pleno respeto de los derechos humanos de las personas migrantes y de sus familias, en particular mujeres y niños, independientemente de su condición migratoria”, declararon “su absoluta convicción de que el ser humano es el centro de las políticas y programas migratorios y, consecuentemente, se debe priorizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas migrantes”⁵.

Estas declaraciones se enmarcan en un contexto en el cual la migración, tanto a nivel global como en el espacio latinoamericano y caribeño, ha adquirido una creciente relevancia, ocupando progresivamente la agenda de los Estados, organismos internacionales (entre otros, UNICEF, PNUD, OIT), organizaciones de la sociedad civil, asociaciones de migrantes de la diáspora y familiares en el país de origen. En este marco, durante los últimos años, los Estados de América Latina y el Caribe han desarrollado diversos programas de acción y han hecho públicas numerosas opiniones sobre la temática, la mayoría de ellas referidas a la situación de las personas originarias de la región que han migrado hacia otras latitudes, fundamentalmente a Estados Unidos y algunos países de la Unión Europea. En 2008, esas manifestaciones han enfatizado la necesidad de un enfoque de derechos humanos en las políticas migratorias⁶.

En este escenario, resulta oportuno observar, por un lado, cuáles son los estándares, principios y

obligaciones concretas que los Estados deben cumplir en materia de derechos humanos de las personas migrantes. Y por el otro, en qué medida los Estados de América Latina y el Caribe han desarrollado estos compromisos en el marco de sus políticas y prácticas migratorias. Más específicamente, este estudio se propone desarrollar esas dos líneas de análisis en relación con los derechos fundamentales de los niños y niñas migrantes y de los hijos e hijas de padres que han migrado hacia otros países.

Un elemento central a considerar en este contexto -que por su trascendencia influenciará las diferentes instancias de nuestra indagación-, son los impactos de la irregularidad migratoria en un escenario marcado por procesos generales de exclusión social y de aumento de la movilidad internacional. En este sentido, se ha argumentado que mientras las causas de la irregularidad migratoria resultan tan numerosas como diverso es el fenómeno, las medidas de control migratorio en sí mismas no son suficientes para gestionar la migración irregular, siendo necesario un enfoque global e integral que incorpore respuestas más constructivas. Por ello, la protección de los derechos humanos de un grupo en situación tan vulnerable como los migrantes sin residencia regular, debe incluir el abordaje de la cuestión del mercado informal de trabajo, proveer más vías regulares para la migración de trabajadores y trabajadoras y contemplar seriamente la cuestión de las políticas de regularización migratoria⁷.

¹ 1 Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Migración internacional, derechos humanos y desarrollo, Santiago, agosto de 2006, p. 73. ² Según el Comité de los Derechos del Niño, los niños no acompañados son quienes se encuentran fuera de su país de origen y 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”; mientras que los niños separados serían los que están “separados de ambos padres o de sus tutores legales o habituales, pero no necesariamente de otros parientes”; Observación General No. 6 (2005), Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, CRC/GC/2005/6, del 1 de septiembre de 2005, párrs. 8-9. ³ Sobre la vulnerabilidad de la situación de las personas migrantes, véase, entre otros documentos, la Convención Internacional para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, preámbulo; y el Estudio del Grupo de Trabajo Intergubernamental de Expertos en los Derechos Humanos de los Migrantes, E/CN.4/AC.46/1998/5 noviembre de 1998.

⁴ 4 XVI Cumbre Iberoamericana, Compromiso de Montevideo sobre Migraciones y Desarrollo de los Jefes de Estado y de Gobierno de la Comunidad Iberoamericana, Montevideo, diciembre de 2006, p. 25.g.

⁵ 5 VIII Conferencia Sudamericana de Migraciones, Declaración de Montevideo sobre Migración, Desarrollo y Derechos Humanos de las personas migrantes, del 19 de septiembre de 2008, preámbulo y párr. 1. De igual manera, todos los Estados, a través del Programa de Acción adoptado en la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y Formas Conexas de Intolerancia, se comprometieron a promover y proteger “cabal y efectivamente los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos los migrantes, de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y sus obligaciones en virtud de los instrumentos internacionales de derechos humanos, prescindiendo de la situación de inmigración de los migrantes” (Durban 8 de septiembre de 2001, párr. 26).

⁶ 6 Véase, por ejemplo, las siguientes reacciones críticas en la región al ser adoptada la Directiva de Retorno de Inmigrantes en situación irregular por parte del Parlamento Europeo: Organización de los Estados Americanos (OEA), Resolución del 26 de junio de 2008; Parlamento Centroamericano, Guatemala, del 30 de junio de 2008; Parlamento Latinoamericano, Santiago, del 4 de julio de 2008; Parlamento Andino, Decisión No. 1219, del 25 de junio de 2008; Unión de Naciones Sudamericanas, decisión del 4 de julio de 2008; MERCOSUR y Asociados, Declaración de Tucumán, del 1 de julio de 2008; Conferencia Sudamericana de Migraciones, Declaración de Montevideo sobre Migración, Desarrollo y Derechos Humanos de las personas migrantes, cit., párrs. 4-10.

⁷ 7 Global Migration Group, International Migration and Human Rights. Challenges and Opportunities on the Threshold of the 60th Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights, octubre de 2008, p. 43.

Estos desafíos demandan un examen de las políticas públicas existentes respecto de la migración irregular, y de los niños y niñas en esa circunstancia, desde un enfoque basado en los principios y obligaciones de derechos humanos. También instan a plantear lineamientos en relación con las medidas que más acabadamente cumplimentarían esos estándares. En este punto, es preciso recordar que la política migratoria, como ha destacado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “está constituida por todo acto, medida u omisión institucional (leyes, decretos, resoluciones, directrices, actos administrativos, etc.) que versa sobre la entrada, salida o permanencia de población nacional o extranjera dentro de su territorio”. Por ello, subraya la Corte que no basta con que la legislación de un país se adecue a la normativa internacional, sino que es preciso que los órganos o funcionarios estatales (a nivel ejecutivo, legislativo o judicial) ejerzan sus funciones y realicen o emitan sus actos, resoluciones y sentencias de manera efectivamente acorde con el derecho internacional aplicable⁸.

Ahora bien, en el marco del abanico de respuestas que los Estados (especialmente, de tránsito y destino de migrantes) dan usualmente frente a esta realidad, se encuentran situaciones como la privación de libertad, las medidas de expulsión del país, la denegación o restricción de derechos sociales de la que son objeto tanto adultos como niños, niñas y adolescentes, o ciertos obstáculos para la inscripción del nacimiento de los hijos e hijas de migrantes.

A lo largo de este estudio se abordarán las temáticas mencionadas. El primer capítulo estará dedicado a la cuestión de la privación de libertad de

niños y niñas migrantes en razón de la infracción a disposiciones migratorias relativas al ingreso y la permanencia en el país de destino. A continuación, se examinarán las garantías de debido proceso legal que deberían asegurarse a los niños y niñas en el marco de los procedimientos migratorios referidos a la entrada, residencia y expulsión de migrantes. Asimismo, se evaluará el impacto de estos procesos en el derecho a la vida familiar de los niños. El tercer capítulo analizará la situación de los derechos económicos, sociales y culturales de niños y niñas e hijos e hijas de migrantes, con un énfasis particular en los derechos a la salud y a la educación. La última sección tratará la inscripción del nacimiento y el derecho a un nombre y una nacionalidad por parte de los hijos e hijas de personas migrantes nacidos en el país de acogida.

Como hemos adelantado, estas temáticas serán examinadas a partir de los estándares internacionales de derechos humanos, para luego observar el marco jurídico y las prácticas concretas de los países de América Latina y el Caribe. A partir de este análisis, y luego de señalar las lagunas o vacíos más relevantes que hayan podido detectarse, se propondrán recomendaciones sobre las políticas públicas que los Estados podrían diseñar e implementar a efectos de ajustar su actuación a los criterios consensuados a través de los instrumentos internacionales de derechos humanos. También se indicarán algunas recomendaciones sobre posibles iniciativas y líneas de acción para las oficinas de UNICEF en la región.

En relación con los aspectos sustantivos que se presentarán en las páginas que siguen, es posible adelantar que los marcos normativos y operativos

de la gran mayoría de países de la región aún no han sido adecuados para atender eficaz y legítimamente el fenómeno de la migración de niños, niñas y adolescentes⁹. En este sentido, uno de los primeros hallazgos del presente estudio es la ausencia generalizada de normas, regulaciones o políticas públicas dirigidas específicamente a velar por los niños que son migrantes en otro país (de tránsito o destino), particularmente cuando se encuentran en condición migratoria irregular.

Es por ello factible afirmar que en América Latina y el Caribe, la conciliación entre la legislación y las prácticas que constituyen la política migratoria de los Estados, y los parámetros de la Convención sobre los Derechos del Niño, es una de las tareas pendientes en el proceso complejo, considerablemente lento en muchos casos, que ha supuesto la aplicación de ese instrumento internacional en los países de la región¹⁰.

La ausencia de una perspectiva particular —y transversal— en relación con los niños y niñas migrantes, de la que adolecen tanto la legislación como las políticas públicas, invisibiliza el impacto de la migración en la niñez y determina la falta de mecanismos jurídicos y operativos necesarios para la protección de sus derechos. Ello repercute también en cuestiones tales como la inexistencia de estadísticas adecuadas sobre el fenómeno de la niñez migrante y sobre la repercusión del proceso migratorio en los niños, la insuficiencia de los programas de capacitación en niñez y derechos humanos de los organismos encargados de las políticas migratorias, y la muy escasa aplicación de los estándares sobre derechos de niños y niñas en la legislación, las políticas de control migratorio o los planes de integración social de la población

inmigrante¹¹.

En razón de esta falta de distinción entre adultos y niños en el campo de las políticas migratorias, al momento de examinar los diferentes temas incluidos en este estudio, se hará alusión a numerosas situaciones que involucran, en general, a todas las personas migrantes.

En el análisis de la legislación vigente, por ejemplo, se advertirá que existen vastas y diversas lagunas en materia de aplicación de los estándares internacionales de derechos humanos, que afectan el reconocimiento y ejercicio de estos derechos por parte de las personas migrantes. Criterios como la nacionalidad o el estatus migratorio son usualmente invocados para denegar o restringir el acceso a sus derechos fundamentales. Resulta indudable que estas circunstancias repercuten de un modo particular y específico en los niños y niñas en función de su especial condición de vulnerabilidad.

Junto con las reformas pendientes en el ámbito normativo, se señalarán importantes problemas derivados de las prácticas y políticas implementadas por los Estados de la región para regular las condiciones de ingreso, residencia y, eventualmente, las causales de expulsión de la población migrante. Tal como ha señalado la Relatoría Especial de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre los Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, “en la región coexisten legislaciones bastante avanzadas de protección a los derechos fundamentales de los trabajadores migratorios y sus familias con violaciones sistemáticas y muy serias a los derechos fundamentales de este grupo”¹².

• 8 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, Condición Jurídica y Derechos De los Migrantes Indocumentados, del 17 de septiembre de 2003, párrs. 163 y 171.

• 9 Como subraya De Lucas, las políticas migratorias no sólo deben ser “eficaces”, sino también “legítimas” y ello implica el respeto y la garantía de los derechos fundamentales; De Lucas, Javier, “La inmigración, como res política”, en Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, No. 10, Valencia, 2004, p. 11.

• 10 Nos referimos a la paulatina reforma de las leyes y códigos de infancia y adolescencia en los países de la región, particularmente en cuestiones como: mecanismos de protección integral de la infancia, justicia penal juvenil, etc. Al respecto, véase UNICEF, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, La Convención sobre los Derechos del Niño quince años después. América Latina, Panamá, 2004.

• 11 La recientemente aprobada Ley de Migración y Extranjería de Costa Rica señala, entre los objetivos de la política migratoria, el de “Garantizar el cumplimiento de los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes migrantes, de conformidad con las convenciones internacionales en esta materia. Se tendrá especialmente en cuenta el interés superior de estas personas” (art. 6, publicada el 01/09/2009).

• 12 Relatoría de la CIDH sobre Trabajadores Migratorios y sus Familias en el Hemisferio, Segundo Informe de progreso, del 16 de abril de 2001, párr. 126.

No obstante la gravedad del diagnóstico que puede formularse en relación con algunas de las temáticas analizadas, es preciso reconocer también que, en los últimos años, diversos Estados de la región han efectuado importantes avances en cuanto al reconocimiento, la protección y la garantía de los derechos humanos de las personas migrantes, independientemente de su estatus migratorio. Las nuevas leyes migratorias de países como Argentina, Panamá y Uruguay evidencian un cambio sustancial en el enfoque de las políticas migratorias y el tratamiento que los Estados deben brindar a los y las migrantes, adultos y niños, que se encuentran bajo su jurisdicción. En el mismo sentido, la reforma constitucional realizada en Ecuador en septiembre de 2008, es otro paso digno de mención¹³. Como luego se indicará, estos cambios normativos requieren aun de otras medidas que incorporen un enfoque transversal de edad, a fin de garantizar los derechos y necesidades específicos de la niñez migrante.

En el ámbito de las prácticas y los programas adoptados por los países de la región, también pueden destacarse valiosas iniciativas dirigidas a asegurar los derechos de la población migrante. Entre ellas, cabe mencionar la creación del cuerpo de Oficiales de Protección a la Infancia (OPIs), en el marco del Instituto Nacional de Migración de México, diseñado con el apoyo de UNICEF y cuya función consiste en asegurar la protección integral de los derechos de la niñez migrante no acompañada en las fronteras norte y sur del país¹⁴. En igual sentido, los programas de regularización migratoria implementados en los últimos años por varios países de la región (entre ellos, Argentina, Brasil, Chile, México, cada uno con distinta

extensión), constituyen una medida relevante para la integración social de las personas migrantes en el Estado de destino y la garantía de sus derechos.

Como cierre de esta breve introducción, resulta oportuno destacar que, al examinar los estándares internacionales aplicables específicamente a los temas en cuestión, debe tenerse presente la necesidad de articular y complementar tales preceptos con otros principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos de carácter más general, que deben ser incorporados en todo análisis que se articule en un enfoque de derechos humanos. Ello incluye, entre otros:

1- el principio pro homine, que exige recurrir a la interpretación más favorable a la persona¹⁵;

2- el principio de no discriminación, que prohíbe la restricción irrazonable de derechos fundamentales con base en diversos factores, como podría ser la nacionalidad o la condición migratoria de la persona¹⁶;

3- la progresividad y el dinamismo de los derechos humanos, que demanda interpretar las normas de forma tal de enfrentar los desafíos presentes (en este caso, el fenómeno migratorio) con el objetivo de asegurar, progresivamente, la garantía de los derechos a todas las personas;

4- la obligación de proteger especialmente los derechos de los grupos que se encuentran en condición vulnerable, como los niños y niñas migrantes indocumentados;

5- el principio del “interés superior del niño”¹⁷, que debe ser una consideración primordial en cada medida que pueda afectarlo y exige una protección especial a sus derechos y su desarrollo;

6- y el principio de “protección integral del niño”¹⁸, que demanda un tratamiento centrado no sólo en los derechos de los niños sino también en la garantía efectiva e interdependiente de esos derechos.

En resumen, tomando en consideración estos principios elementales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el presente estudio aspira a dar cuenta de los pasos realizados, las tareas pendientes y los problemas más graves relativos a los derechos fundamentales de la niñez en el contexto de la migración internacional en los países de América Latina y el Caribe. La convicción que subyace a estas páginas es que las actuales restricciones y privaciones de derechos de las que son víctimas los niños y niñas migrantes en razón de su nacionalidad, su condición migratoria o la de sus padres, representan un desafío (y un deber) inaplazable para los países de la región¹⁹.

Metodología y fuentes utilizadas en la elaboración de este estudio.

En cuanto a la metodología de la investigación realizada para la elaboración de este estudio, cabe mencionar que los temas examinados han resultado del acuerdo celebrado entre la Oficina Regional de UNICEF para América Latina y el Caribe (UNICEF TACRO) y el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús (UNLa), en una reunión mantenida en la Ciudad de Buenos Aires en el mes de julio de 2008²⁰. Seguidamente, se conformó un equipo compuesto por investigadores especializados en el área de derechos humanos y políticas públicas, y particularmente en la aplicación de los estándares internacionales de derechos humanos en el ámbito de las políticas migratorias²¹.

Las primeras actividades de la investigación estuvieron dedicadas a identificar y sistematizar los estándares y principios internacionales de derechos humanos relativos a las temáticas seleccionadas (detención y expulsión de niños y niñas migrantes, garantías de debido proceso, derecho a la vida familiar y políticas de reunificación familiar, derechos sociales e inscripción del nacimiento de hijos e hijas de personas migrantes).

Una vez finalizada esa etapa, y tal como se había acordado, la UNLa, a través de UNICEF TACRO, efectuó un pedido de información a las oficinas de UNICEF ubicadas en los países de la región. Entre los meses de septiembre y noviembre de 2008, se recibieron respuestas de las oficinas de UNICEF correspondientes a los siguientes países: Argentina, Belice, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Guatemala, México, Panamá y República Dominicana.

A su vez, durante el transcurso de la investigación, representantes del equipo participaron en dos eventos internacionales en los cuales se concretaron diversos intercambios con personal de UNICEF y de otros organismos intergubernamentales, internacionales y de organizaciones de la sociedad civil. En el Seminario sobre Niñez y Migración organizado por las Oficinas de UNICEF de Ecuador y El Salvador, en la ciudad de San Salvador (del 9 al 11 de septiembre de 2008), se presentaron las líneas generales del proyecto de investigación y se realizó un taller de discusión con los participantes del encuentro, con el objetivo de recabar información, ideas y propuestas para el desarrollo del estudio. En la Conferencia Internacional sobre la Protección de los Niños y Niñas Migrantes, organizada por el

• 13 Entre los artículos de la nueva Constitución referidos a los derechos de las personas migrantes, cabe mencionar los siguientes: “artículo 9: Las personas extranjeras que se encuentren en el territorio ecuatoriano tendrán los mismos derechos y deberes que las ecuatorianas, de acuerdo con la Constitución”; “artículo 11.2: Nadie puede ser discriminado por razones de...condición migratoria...”; “artículo 40: Se reconoce a las personas el derecho a migrar. No se identificará ni se considerará a ningún ser humano como ilegal por su condición migratoria...”. Esta reforma ha dado lugar a un proceso que actualmente (finales de 2009) está dirigido a adoptar una nueva legislación migratoria en Ecuador.

• 14 Información proporcionada por la Oficina de UNICEF de México..

• 15 Respecto del principio pro homine, véase, entre otros, Henderson, H., “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine”, en Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos, No. 39, San José, enero-junio de 2004. • 16 Al respecto, ver Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, del 17 de septiembre de 2003. • 17 Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 3. • 18 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Instituto de Reeducación del Menor v. Paraguay, sentencia del 2 de septiembre de 2004, p. 147; Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva OC-17/02, del 28 de agosto de 2002, p. 54.

• 19 En relación con las restricciones a los derechos de los niños y niñas en virtud de la condición migratoria de sus padres, cabe adelantar, en palabras de la Corte Interamericana, que “el estatus migratorio de una persona no se transmite a sus hijos”; Corte IDH, caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, sentencia del 8 de septiembre de 2005, párr. 156.

• 20 Participaron de este encuentro: integrantes del Centro de Derechos Humanos de la UNLa y personal de UNICEF TACRO, y de las oficinas de UNICEF de Argentina, Bolivia, Ecuador, y de la Oficina Regional del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH). • 21 El equipo está integrado por: Víctor ABRAMOVICH (Director de la investigación, Abogado, LL.M. American University, Washington College of Law, International Legal Studies Program), Pablo CERIANI CERNADAS (Coordinador de la investigación, Abogado, Doctorando en Derechos Humanos y Políticas Migratorias, Universidad de Valencia), Verónica ASUREY (Abogada, Consultora de la Oficina Regional de la Organización Internacional para las Migraciones), Pablo ASA (Abogado, Coordinador de la Clínica Jurídica Derechos de Inmigrantes y Refugiados, UBA-CAREF-CELS), María CAPURRO ROBLES (Abogada, Doctoranda en Ciencias de la Comunicación, Universidad Autónoma de Barcelona), Ricardo FAVA (Antropólogo, Candidato a Magíster en Antropología Social, IDES), Carina SOBIERAY (Abogada), Sabrina VECHIONNI (Abogada) y Magdalena Zold (abogada). Edurne Cárdenas (abogada, investigadora del Centro de DDHH, UNLa) participó en la última actualización del estudio, realizada a fines de 2009.

Gobierno de México y la Oficina Regional del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (Ciudad de México, 31 de septiembre y 1 de octubre de 2008), se presentó un adelanto de la investigación, referido específicamente a la cuestión de la privación de libertad de niños y niñas migrantes en América Latina y el Caribe. En esta oportunidad también se mantuvieron reuniones con personal de UNICEF (México, especialmente) a efectos de reunir información y datos valiosos para la investigación.

Por otra parte, cabe señalar que la presentación de este estudio no constituye la etapa final del mismo. Tal como han acordado UNICEF TACRO y el Centro de Derechos Humanos de la UNLa, se han fijado otras instancias que podrán coadyuvar a cumplimentar este estudio contemplando nuevas perspectivas sobre las necesidades, realidades y desafíos existentes en los países de la región.



Foto: Geregely Siméyi

Detención de niños y niñas migrantes

1. Introducción

Las necesidades particulares de protección que tienen los niños y niñas migrantes, dada su situación de vulnerabilidad, se visibilizan con especial intensidad en ciertas circunstancias. Una de ellas es, sin dudas, la privación de la libertad dispuesta en razón de haber ingresado a otro país sin autorización o de encontrarse allí sin permiso de residencia o con éste vencido, tal como ha evidenciado un informe solicitado por el Parlamento Europeo²². En la actualidad, la detención de migrantes (adultos y niños) debido a la infracción de las normas migratorias constituye una problemática que suscita una profunda preocupación en diferentes ámbitos nacionales e internacionales. La afectación del derecho a la libertad de las personas migrantes ha llevado a la Asamblea General de Naciones Unidas a instar a los Estados “a adoptar medidas efectivas para poner fin a los arrestos y detenciones arbitrarios de migrantes y a tomar acción para prevenir y castigar cualquier forma de privación ilegal de la libertad de migrantes”²³.

Al examinar la problemática de la detención de

personas migrantes, corresponde dejar aclarado desde el comienzo que, sin perjuicio de la diferente terminología que cada país pueda utilizar para denominar esta situación (albergar, aprehender, asegurar, internar, retener, etc.), lo relevante está en sus implicaciones prácticas y su naturaleza jurídica. Es decir, si una persona está privada de su libertad, sin tener la posibilidad de entrar y salir libremente (o abandonar) el lugar donde ha sido alojada²⁴, entonces las circunstancias deben ser evaluadas con base en los principios, normas y estándares que rigen el derecho a la libertad personal²⁵.

En este marco, el presente capítulo aspira a cumplimentar los siguientes cuatro objetivos:

1. Señalar los estándares internacionales de derechos humanos más relevantes en relación con la privación de libertad de niños y niñas migrantes debido a su condición migratoria;
2. Reflexionar sobre las implicaciones de esos principios en términos de políticas públicas, es decir, en cuanto obligaciones positivas y negativas para los Estados;

3. Destacar algunas respuestas normativas y prácticas existentes en la región latinoamericana y caribeña, a través de las cuales es posible tener un panorama general sobre el grado de adecuación de estas políticas a los compromisos internacionales asumidos en los instrumentos de derechos humanos; y 4. Efectuar recomendaciones dirigidas principalmente a los Estados de la región, aunque también a otros actores, entre ellos UNICEF, cuando se considere oportuno.

Nos interesa especialmente analizar la cuestión de la detención de niños y niñas cuando ésta se encuentra asociada a su condición migratoria, es decir: en razón del ingreso a otro país de manera no autorizada; por encontrarse sin residencia, bien porque carecen de permiso o porque éste ha expirado; en el marco de procesos de identificación de personas migrantes sin documentación alguna; o cuando se dispone la privación de libertad hasta tanto se resuelve su estatus migratorio (normalmente, entre la opción de permitir su estancia en el país u ordenar su retorno al país de origen).

Un primer acercamiento al tema de la detención de estos niños y niñas migrantes en la región latinoamericana y caribeña nos permite identificar algunos de los problemas y desafíos más significativos que se enfrentan en esta materia, tal

como se describirá más adelante. Sin embargo, muchos de los inconvenientes, abusos y privación de derechos sufridos por las personas migrantes privadas de la libertad en los países del continente fueron advertidos hace ya casi una década por la Relatoría sobre Trabajadores Migrantes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos²⁶.

Como se destacó en la introducción de este estudio, un rasgo común en las políticas migratorias en la región es la omisión de un enfoque específico que tenga en cuenta las necesidades y derechos de los niños y niñas. En este escenario de ausencias políticas y normativas, se ubica el debate sobre la posibilidad (o no) de privar de libertad a niños y niñas en razón de su estatus migratorio, hayan migrado junto a sus padres o de manera no acompañada. Es decir, en la amplia mayoría de los países, tanto cuando se habilita por ley la detención de personas migrantes como cuando se lleva a la práctica sin sustento legal, no se prevén disposiciones, enfoques y tratamientos especiales para los casos de niños y niñas migrantes. Tampoco existen, en la generalidad de los casos, medidas alternativas a la detención, dirigidas específicamente a asegurar una protección integral de la infancia migrante.

²² Estudio The conditions in centres for third country national (detention camps, open centres as well as transit centres and transit zones) with a particular focus on provisions and facilities for persons with special needs in the 25 EU member states, elaborado por STEPS Consulting Social, por solicitud de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos Internos del Parlamento Europeo, Ref. IP/C/LIBE/JC/2006-181, Bruselas, 12/2007, pp. 29-35, 205-217.

²³ Asamblea General, Resolución 59/194, Protección de migrantes, 2005. En los mismos términos se expresó la (extinta) Comisión de Derechos Humanos, en la Decisión 2001/52 sobre Derechos humanos de los migrantes, E/CN.4/RES/2001/52, del 24 de abril de 2001, párr. 18. A su vez, el Comité sobre la Eliminación de la Discriminación Racial recomendó a los Estados “asegurar la seguridad de los no-ciudadanos, en particular con respecto a la detención arbitraria...” (CERD, Recomendación General XXX, Discriminación Contra No Nacionales, 2004).

²⁴ En este sentido, véase, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría de Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, Cuarto Informe de Progreso. Visita in loco a Guatemala, en Informe Anual 2002, párr. 376.

²⁵ Entre otros instrumentos internacionales, este derecho se encuentra consagrado en: Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 9); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 9); Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (art. 25); y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 7).

²⁶ CIDH, Relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias en el hemisferio, Segundo Informe de progreso, del 16 de abril de 2001, párrs. 101-119.

Esta situación no sólo puede constituir un escenario de incertidumbre en cuanto a la protección jurídica e integral de estos niños y niñas -marco que suele ser proclive a las propagación de decisiones discrecionales e incluso arbitrarias- sino que, además, puede determinar, como sucede en muchas ocasiones, que esos niños y niñas sean tratados de idéntica forma que a los adultos, con los perjuicios que ello acarrea para su desarrollo presente y futuro. En este sentido, por una parte, en diversos países la ausencia de preceptos legales dirigidos a proteger a los niños en estas circunstancias repercute en cuestiones como la detención de niños junto con personas adultas (migrantes, pero también, en ciertos casos, personas acusadas y/o condenadas por la comisión de delitos penales), la no prestación de asistencia jurídica gratuita y la falta de garantías procesales adecuadas a su edad en el marco de las cuales puedan defender sus derechos, o la inexistencia de políticas públicas que aseguren el ejercicio de derechos como la educación, la salud, la vida familiar o la recreación, en el contexto de detención por razones migratorias.

Al existir un tratamiento indiferenciado entre migrantes adultos y niños en la mayoría de los Estados de la región, será necesario analizar algunas problemáticas relativas a la privación de la libertad de migrantes en situación migratoria irregular en general. En este sentido, como observaremos en detalle, mientras que algunos países prevén la detención de migrantes (sin perjuicio de su edad) como sanción penal por infringir la legislación migratoria, en otros se dispone la detención administrativa como medida cautelar en el marco de procedimientos migratorios, sin ofrecer medidas alternativas a la detención, las cuales deberían aplicarse prioritariamente. A su vez, en muchos casos esta detención de niños y adultos

migrantes se impone (con base legal o de facto) en virtud de la condición migratoria de la persona, sin necesidad de alegar otros motivos o causas para justificar la medida.

En cuanto al procedimiento ligado a la detención de adultos y niños migrantes, nos encontramos con importantes carencias respecto de la autoridad competente para dictar y ejecutar esa decisión, particularmente debido a la falta de intervención del poder judicial, la no estipulación de plazos máximos de detención y la ausencia de garantías elementales del debido proceso.

Al mismo tiempo, en numerosas ocasiones, niños y adultos migrantes son alojados en centros carcelarios o comisarías policiales. Estas dependencias, por un lado, no han sido destinadas a guarecer a personas acusadas de cometer infracciones migratorias, y por otro, no se adecuan a las necesidades y derechos de los niños y niñas. Por otra parte, en diversos países en que existen centros especialmente creados (o acondicionados) para la retención de migrantes, éstos presentan una lógica de funcionamiento que en poco, o nada, se distingue de un régimen penitenciario, lo que incide en la criminalización y estigmatización de la población migrante sin residencia, repercutiendo de forma particularmente negativa y perjudicial en la niñez.

En este contexto, nuestra indagación sobre los estándares, las políticas públicas y la situación regional relativa a la detención de niños y niñas migrantes, se articulará en torno a tres temáticas concretas en función de las cuales se estructura el presente capítulo. En primer lugar, las implicaciones del principio de no detención de migrantes como sanción por su condición migratoria, las medidas alternativas que debieran

constituir la respuesta estatal prioritaria y las causas absolutamente excepcionales que justificarían la detención de niños y niñas migrantes. En segundo término, las garantías de debido proceso que deben regir en el marco de toda medida que suponga esta restricción al derecho a la libertad personal. Por último, las características y requisitos que debieran cumplimentar los espacios de alojamiento de niños y niñas migrantes, y las condiciones y derechos que deben asegurarse en este contexto.

2. La privación de la libertad de niños y niñas migrantes: el principio de no criminalización, las medidas alternativas, y las causas y requisitos para disponer una detención

2.1. Criminalización de la migración irregular

Entre las diferentes respuestas que los Estados diseñan o implementan a fin de gestionar la inmigración irregular, se encuentra la opción de recurrir a la detención o privación temporal de su libertad ambulatoria a las personas extranjeras que no cuentan con un permiso de ingreso o residencia en el país²⁷. En estas circunstancias, y desde un enfoque basado en los estándares internacionales de derechos humanos, es preciso subrayar en primer lugar que la detención de migrantes (adultos o niños) no debería constituir un castigo por la entrada irregular al territorio de otro Estado, o bien

por la carencia o el vencimiento de la autorización para residir allí. En este sentido, ha sido subrayado por los organismos especializados que la detención administrativa de migrantes nunca debe tener carácter punitivo²⁸.

La interdicción de respuestas de tipo punitivo a la irregularidad migratoria (en el ingreso o la permanencia) está especialmente enfocada en evitar que los Estados sancionen con penas privativas de la libertad infracciones de esa naturaleza, es decir, impedir la penalización de meras infracciones administrativas²⁹. Al respecto, el Comité de Naciones Unidas para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, al examinar disposiciones que establecen la privación de la libertad por infringir la regulación relativa al ingreso a un país, ha recomendado que, a fin de ajustar la legislación a la Convención y otros instrumentos internacionales, se debe eliminar “como delito penado con privación de libertad la entrada irregular de una persona [al] territorio [de otro Estado]”³⁰. En el mismo sentido, todos los Estados del ámbito iberoamericano han afirmado unánimemente que en tanto “migrar no es un delito, [...] los Estados no desarrollarán políticas orientadas a criminalizar al migrante”³¹. También a nivel sudamericano se ha decidido “rechazar enfáticamente la criminalización de la irregularidad migratoria y su posible tratamiento como un hecho punible desde el derecho penal”³².

²⁷ Sin perjuicio del término formal que cada Estado otorgue a la detención de personas migrantes en razón de su estatus migratorio (detención, aprehensión cautelar, aseguramiento, retención, etc.), en cualquier caso estamos ante una situación que supone una privación de la libertad, y como tal requiere ser observada a través de los estándares internacionales referidos al derecho a la libertad personal y los derechos conexos a éste. Por ello, usaremos indistintamente diferente terminología, sin que por ello varíe la naturaleza jurídica del hecho y, consecuentemente, sus implicaciones.

²⁸ Informe de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos de Migrantes, Gabriela Rodríguez Pizarro, E/CN.4/2003/85, párrs. 43 y 73. Véanse también, Informe del Relator Especial sobre Derechos Humanos de Migrantes, Jorge Bustamante, A/HRC/7/12, 25 de febrero de 2008, párrs. 15, 19, 42 y 43; Informe del Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria, A/HRC/7/4, del 10 de enero de 2008, párrs. 41-54.

²⁹ Según el Global Migration Group, constituido por UNICEF, PNUD, UNESCO, ACNUR y otras agencias internacionales, es importante que la irregularidad migratoria sólo sea vista como una infracción administrativa y no de índole criminal (GMG, International Migration and Human Rights. Challenges and Opportunities on the Threshold of the 60th Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights, octubre de 2008, pp. 72, 73).

³⁰ Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, Observaciones Finales, México, CMW/C/MEX/CO/01, del 8 de diciembre de 2006, párr. 15. La Convención a la que se hace referencia es la Convención sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias.

³¹ Compromiso de Montevideo sobre Migración y Desarrollo de los Jefes de Estado y de Gobierno de la Comunidad Iberoamericana de Naciones, XVI Cumbre Iberoamericana, Montevideo, 5 de noviembre de 2006, párr. 17.

³² Declaración de Asunción, VI Conferencia Sudamericana de Migraciones, 4 y 5 de mayo de 2006, párr. 3.b.

De estas posiciones se deriva una precisa obligación negativa para los Estados: la prohibición de imponer penas de prisión a personas migrantes como sanción a una infracción a las regulaciones acerca del ingreso y la permanencia en el territorio. De hecho, la nítida posición de los Estados de la región sobre esta cuestión, reforzada por los estándares fijados por diversos organismos internacionales de protección de derechos humanos, habilita a hablar de un *principio de no criminalización de la migración irregular*.

La irregularidad migratoria, esto es, la entrada al país sin cumplir con las condiciones exigidas en la legislación, o la circunstancia de encontrarse dentro de un país sin autorización de residencia (o con ésta vencida), no puede dar lugar a la iniciación de un proceso que pueda determinar la detención de una persona como pena en razón de alguna de esas conductas. Mucho menos en el caso de niños y niñas migrantes. En los Estados que tienen en su ordenamiento jurídico disposiciones de esa naturaleza, esta prohibición supone el deber de reformar la normativa con el objetivo de eliminar cualquier clase de sanción privativa de la libertad con base en infracciones administrativas en el ámbito migratorio.

La penalización de infracciones migratorias, por otra parte, contribuye a fomentar una incorrecta asociación entre migrantes en situación irregular y delincuencia, lo cual puede repercutir en, por un lado, el surgimiento o incremento de opiniones y acciones xenófobas contra la población migrante de una sociedad, y por el otro, el intento de legitimación de normas y prácticas restrictivas a sus

derechos fundamentales.

Ahora bien, aún cuando los estándares internacionales no autorizan la detención como sanción de las personas migrantes en situación irregular o por ingreso no permitido, al examinar la legislación migratoria vigente en los países de la región de América Latina y el Caribe, es posible identificar diversos casos en los que se establecen sanciones punitivas (privativas de la libertad) en tales circunstancias, sin que alguna de ellas, a su vez, exceptúe a niños o niñas de esos castigos.

En este sentido, en algunos Estados la normativa fija penas de prisión por ciertas conductas como las siguientes: el ingreso a un país de manera irregular o “clandestinamente”, la entrada por lugares no habilitados o mientras está vigente una prohibición de reingresar, la circunstancia de que una persona se encuadre en uno de los “impedimentos de ingreso” establecidos en la ley³³, la permanencia en un país sin autorización de residencia o con ésta vencida, etc. En la mayoría de estos casos, al cumplimiento de la pena impuesta le sigue la ejecución de una medida de expulsión. Algunas de las leyes en vigor en la región sobre este aspecto establecen:

- Penas de “presidio” de 61 días a 10 años por ingreso irregular, por pasos no autorizados o bien con una prohibición de reingreso o un impedimento;³⁴
- Sanción de tres meses a dos años de penitenciaría a las personas migrantes expulsadas que reingresan sin el permiso correspondiente;³⁵
- Prisión por un plazo de hasta 6 o 12 meses por ingreso al país de manera contraria al fijado en la

ley;³⁶

- Penas de hasta 2 años de prisión por ingresar al país siendo un “inmigrante prohibido” o incumplimiento de las condiciones del permiso de residencia³⁷; o de hasta 3 años por diversas ofensas a la normativa migratoria (como ingreso irregular)³⁸;
- Arresto de hasta treinta días por ingreso al país en violación de la normativa migratoria.³⁹

Por otra parte, cabe mencionar que recientemente algunos países de la región han reformado su marco normativo, derogando disposiciones que imponían penas de hasta 10 años por reingreso luego de una expulsión, o de 2 años por ingreso irregular⁴⁰, o sanciones de 2 años en establecimientos carcelarios por no cumplir una

orden de deportación⁴¹. En ambos casos las sanciones fueron reemplazadas por otro tipo de medidas no privativas de la libertad. Finalmente, cabe señalar que en ninguna de las legislaciones de la región que establecen la privación de libertad como sanción a conductas como las mencionadas, existe cláusula alguna que exima de dicha penalidad, o la restrinja, cuando las personas involucradas son niños o niñas migrantes.

En este contexto, por lo tanto, es oportuno efectuar algunas recomendaciones a los Estados de la región, a fin de ajustar la regulación de la migración a los estándares internacionales de derechos humanos.

Recomendaciones sobre la no criminalización de las infracciones migratorias

- Los Estados deben efectuar de manera urgente las reformas normativas pertinentes con el fin de eliminar cualquier clase de sanción privativa de libertad a infracciones de disposiciones relativas al ingreso o permanencia de migrantes en el territorio.
- Hasta tanto se hagan efectivas esas reformas, los Estados deberían adoptar las medidas pertinentes para suspender la ejecución de penas de esta naturaleza. Se debe asegurar que dichas sanciones no se apliquen, en modo alguno, a niños y niñas migrantes.
- Los Estados deberían diseñar e implementar, con participación de organizaciones sociales y organismos especializados, estrategias de comunicación y capacitación dirigidas a evitar la asociación entre migración irregular y delincuencia.
- Incluir estas medidas en el plan contra la discriminación asumido por cada Estado en la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y formas conexas de Intolerancia (Durban, 2001) y evaluada en Ginebra en el 2009.
- En relación con las oficinas de UNICEF en la región, velar por la derogación efectiva de esta clase de normas y, en particular, por su no aplicación a niños y niñas.
- UNICEF podría desarrollar, junto a otras instituciones implicadas, campañas destinadas a evitar cualquier tipo de asociación entre la inmigración irregular -en particular, de niños y niñas- y criminalidad.

33 Sobre estos impedimentos, y particularmente sobre ciertas causales arbitrarias y discriminatorias establecidas en la normativa de diversos países de la región, ver en el siguiente capítulo de este estudio el acápite titulado “procedimientos migratorios y discriminación”.

34 Chile, Decreto Ley 1094 (Normas sobre Extranjeros en Chile), del 14 de julio de 1975, artículos 69 y 87

• 35 Paraguay, Ley N° 978 de Migraciones, del 27 de junio de 1996, artículo 108. En el caso de Nicaragua, la sanción será de tres meses (Ley No. 240 de Control del Tráfico de Migrantes, según reforma de leyes Nos. 240-513, del 26 de Noviembre del 2004, art. 21).

• 36 Antigua y Barbuda, The Immigration and Passport Act, Chapter 208, del 10 de enero de 1946, arts. 40 y 41 (hasta 6 meses); Bahamas, Immigration Act, 1967, art. 19(2); Barbados, Immigration Act, art. 30 (hasta 12 meses).

• 37 Belice, Immigration Act, 1st January 1958, Revised Edition, 2000, art. 34.2.

• 38 Jamaica, The Aliens Act, del 28 de febrero de 1946, art. 20.

• 39 El Salvador, Ley de Migración, Decreto Legislativo N° 2272, del 19 de diciembre de 1958, art. 60.

• 40 México, Ley General de Población, artículos 118 a 124, derogados (Decreto por el que se reforma y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Población, publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 21 de julio de 2008).

• 41 Panamá, Decreto Ley 16, del 30 de junio de 1960, art. 67, vigente hasta agosto de 2008, cuando fuera reemplazado por el Decreto Ley 3, del 22 de febrero de 2008.

2.2. La obligación de adoptar medidas alternativas a la detención de niños migrantes

En virtud de lo señalado en el apartado anterior, es posible afirmar que sólo podría analizarse la legitimidad y pertinencia de una eventual detención por motivos migratorios, con base en los principios del DIDH, como medida cautelar, en circunstancias como: en el marco de una decisión acerca del ingreso o permanencia de un extranjero al territorio de un Estado, o durante un procedimiento de deportación o expulsión del país.

En estos casos, usualmente se alega que la detención procedería a fin de asegurar objetivos legítimos de un Estado, esto es, evitar la entrada irregular al país (o la permanencia no autorizada) o asegurar la ejecución efectiva de una orden de expulsión. Es por ello que, al momento de analizar los estándares aplicables a esta situación, es preciso, primero, evaluar si está permitido disponer la privación de la libertad de niños y niñas migrantes y, en su caso, identificar en qué ocasiones y con qué condiciones y alcance puede ordenarse esa medida como medio para alcanzar uno de dichos objetivos de control migratorio.

Los estándares internacionales establecen, como punto de partida, que la privación de libertad de un niño sólo podría ser adoptada como medida de último recurso, por el período más breve que proceda y sólo en casos excepcionales⁴². Si la

prisión preventiva, en el ámbito penal y respecto de personas adultas, debe ser aplicada como una medida excepcional⁴³, esta excepcionalidad cobra una considerable trascendencia en caso de niños y niñas. Como destaca la Corte Interamericana, en estas ocasiones “la regla de la prisión preventiva se debe aplicar con mayor rigurosidad, ya que la norma debe ser la aplicación de medidas sustitutorias”⁴⁴. Si tenemos en cuenta que una infracción migratoria no equivale a una de orden penal y que los niños y niñas migrantes que carecen de residencia legal se encuentran, como hemos comentado, en una particular situación de vulnerabilidad, se refuerza la aplicación del principio que prohíbe la detención de niños por razones de índole migratoria⁴⁵.

Por otra parte, principios generales como el pro homine y el interés superior del niño, que en este contexto estarían simbolizados en el principio favor libertatis (protegiendo un derecho esencial como la libertad personal⁴⁶), tendrían un especial vigor en estos casos. Con este criterio, en las conclusiones de un extenso informe elaborado a petición del Parlamento Europeo, que supuso la visita y evaluación de cerca de 130 centros de detención de migrantes existentes en la Unión Europea. Los expertos subrayaron, por un lado, que la detención de niños, niñas y familias “deberían estar prohibidas”, y por el otro, que la privación de la libertad no podría, de ningún modo, ser en el “interés superior del niño”, por lo que debería recurrirse a medidas de otra naturaleza⁴⁷.

En cuanto a los niños y niñas migrantes no acompañados o separados de sus padres, los organismos internacionales subrayan, como principio general, que no deberían nunca ser detenidos⁴⁸. En el caso excepcional de que se opte por una medida privativa de libertad, ésta “no podrá justificarse solamente [en razón de que] el menor esté solo o separado de su familia, ni por su condición de inmigrante o residente”⁴⁹. En estas ocasiones, deben realizarse todos los esfuerzos posibles para permitir la liberación inmediata de los niños y niñas no acompañados o separados, y su posterior ubicación en otras formas más apropiadas de alojamiento⁵⁰.

Por estas razones, resulta pertinente evaluar -previo a examinar en qué consistirían esas excepcionales circunstancias que podrían derivar en la necesidad de disponer esta medida- qué implicaciones y derivaciones concretas tiene el principio o regla general que debe guiar esta materia: la no privación de la libertad.

Si la detención de niños y niñas migrantes supone una medida de último recurso y absolutamente excepcional, que muy difícilmente sería compatible con el principio de interés superior del niño, acatar seriamente estos criterios implica diseñar e implementar políticas públicas consecuentes y coherentes con esos estándares, lo cual conlleva a una serie de obligaciones.

La primera y fundamental es prever en la

legislación una serie de opciones alternativas a la privación de la libertad de las personas migrantes en el marco de procedimientos relativos a su ingreso y permanencia en el país de destino o su eventual retorno al país de origen. En este sentido, según subraya el Comité Australiano del UNICEF, los niños y niñas no deberían estar detenidos ni en “centros de migrantes” ni en ningún otro establecimiento, siendo de imperiosa necesidad que los Estados establezcan medidas alternativas a la detención de niños migrantes y sus familias⁵¹.

Estos criterios, tal como lo ha señalado el Relator Especial de la ONU para los Derechos de los Migrantes⁵², deberían incluir opciones expresamente adecuadas a los niños y niñas migrantes, tanto cuando se encuentren con su familia como en caso de no estar acompañados. Entre otras, mencionamos a continuación algunas alternativas: el alojamiento en centros de protección social, no cerrados; el albergue de niños y niñas no acompañados en instituciones de atención social cuya finalidad sea su protección integral y la garantía de sus derechos fundamentales; la exigencia de una caución juratoria (compromiso jurado ante la autoridad competente); la fijación de medidas para asegurar la presencia de las personas migrantes (niños y niñas, en su caso, sus padres) en las diferentes etapas de los procesos (administrativos y judiciales) ligados a su ingreso y/o residencia en el país, como podría ser la presentación periódica en determinada institución pública; el nombramiento de un garante; etc.

• 42 Artículo 37 de la Convención sobre Derechos del Niño y párrafo 1.2 de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990).

• 43 Como ha destacado la Corte Interamericana, “la prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por el derecho a la presunción de inocencia, así como por los principios de necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática (...) No cumplir con estos requisitos equivale a anticipar una pena sin sentencia, lo cual contradice principios generales del derecho universalmente reconocidos.” (Corte IDH, caso Instituto de Reeducación del Menor, cit., párr. 228 y 229). En igual sentido, véase Corte IDH, caso Acosta Calderón v. Ecuador, del 24 de junio de 2005, párrs. 24-25.

• 44 Corte IDH, Caso Instituto de Reeducación del Menor, cit., párr. 230.

• 45 Véase, en este sentido: Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 6, Tratado de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, CRC/GC/2005/6, del 1 de septiembre de 2005, párrs. 40, 61; En igual sentido, Touzenis, Kristina, Human rights of migrant children, en International Migration Law, No. 15, IOM, 2008, p. 33.

• 46 El derecho a la libertad personal goza de una protección especial en el derecho internacional (y constitucional), dado que es considerado un derecho angular para la democracia y el Estado de Derecho, y por ende la restricción a este derecho sólo puede ser adoptada en particulares circunstancias y con el debido respeto de requisitos sustantivos y formales.

• 47 The conditions in centres for third country national (detention camps, open centres as well as transit centres and transit zones) with a particular focus on provisions and facilities for persons with special needs in the 25 EU member states, cit., p. 22, recommendations to Member States, y p. 210, recommendations to European Institutions.

• 48 Informe del Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria, en su visita al Reino Unido, sobre la cuestión de inmigrantes y solicitantes de asilo, E/CN.4/1999/63/Add.3, p. 37. Véase también, Informe de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos de Migrantes, E/CN.4/2003/85, cit., párr. 75.a.

• 49 Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 6 (2005), Tratado de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, cit., párr. 61.

• 50 *Ibidem*. A su vez, el Comité ha subrayado que “los Estados deberán tener en cuenta que la entrada o la estancia ilegales en un país de un menor no acompañado o separado de su familia también pueden justificarse a la luz de los principios generales del derecho, cuando la entrada o la estancia sean la única forma de impedir una violación de los derechos humanos fundamentales del menor” (*Ibidem*, párr. 62).

• 51 UNICEF Australia, Submission to the National Inquiry into Children in Immigration Detention, written submission to the Human Rights and Equal Opportunity Commission, HREOC, 2003, Summary of Recommendations.

• 52 Informe del Relator Especial sobre Derechos Humanos de los Migrantes, presentado ante el Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/11/7, 14 de mayo de 2009, párrs. 60-62.

Luego, en caso de que fuera necesario recurrir a medidas provisionales, ese marco normativo debe, además, exigir la aplicación prioritaria de alternativas como las identificadas en el párrafo anterior, dejando como recurso último y excepcional la utilización de una opción de detención temporal. No obstante, una aplicación estricta de los estándares podría ser interpretada en el sentido de que la legislación debería expresamente prohibir la detención como una opción posible, tal como estipula la normativa de Venezuela, que no permite la privación de libertad de personas migrantes por razones de esta índole, ni niños ni adultos (ver cuadro). En el caso de niños migrantes, la prohibición de cualquier tipo de detención está ampliamente sostenida en la normativa y los principios internacionales.

Ahora bien, a fin de que esas medidas alternativas puedan aplicarse de manera efectiva, la normativa y su reglamentación deben prever los mecanismos pertinentes y asegurar los recursos necesarios. A ello se suma la exigencia de un serio y positivo cumplimiento de esos mandatos normativos por parte de todas las autoridades e instituciones públicas responsables, junto al diseño de dispositivos de monitoreo y evaluación sobre el nivel de observancia de esas obligaciones.

Estas responsabilidades incluyen, a su vez, que la autoridad competente (administrativa y/o judicial), en caso de emitir una decisión que suponga la aplicación de una de esas opciones, acate debidamente las prioridades y obligaciones resultantes de estos criterios derivados de estándares internacionales y las leyes que los desarrollan en cada país. Así, cualquier resolución que no constituya la aplicación de la alternativa menos lesiva para el niño o niña migrante, debería estar suficientemente fundamentada. En primer lugar, indicando los argumentos que permitan concluir que la elección tiene en cuenta el interés superior del niño y luego demostrando por qué se descarta cada una de las posibilidades existentes, no privativas de la libertad, exigidas por las normas y disponibles a través de las políticas públicas que hayan sido adoptadas.

En el contexto de América Latina y el Caribe, sin embargo, son considerablemente pocos los Estados que siguen fielmente los criterios y estándares consagrados a nivel internacional: en la mayoría de las legislaciones que prevén la detención de personas migrantes en el marco de procesos de control migratorio, la medida que debería ser excepcional y de último recurso (la detención, incluida la de niños y niñas) se

transforma en la regla general, ya sea por la ausencia de opciones alternativas y prioritarias en la normativa o por la no aplicación de esas variantes menos gravosas para el derecho a la libertad personal. Es decir, que en varios casos, la herramienta excepcional y más extrema (severa) posible es no sólo la respuesta prioritaria sino la única que ofrece el marco normativo o la práctica que llevan adelante las autoridades competentes. En otros casos, las medidas alternativas no se aplican, bien por la ausencia de políticas públicas que aseguren su efectiva existencia, bien por la falta de voluntad o conocimiento de la persona u organismo a cargo de su ejecución. El otro aspecto que caracteriza a casi todas las normas vigentes es la omisión de medidas destinadas específicamente a regular la situación de los niños y niñas migrantes.

Para describir este escenario más detalladamente, nos encontramos con leyes que establecen la detención como único mecanismo cautelar que podría imponerse durante la tramitación de procedimientos de deportación o expulsión, sin hacer referencia alguna a medidas de otra índole o, más precisamente, a opciones que no supongan la privación de la libertad⁵³. A su vez, otro grupo de países, al regular los mecanismos de expulsión de una persona migrante en razón de su condición migratoria, no instituyen ninguna clase de medida provisoria⁵⁴. En unos pocos Estados, aunque sin establecer prioridad alguna entre ambas medidas, la legislación prevé, además de la detención, alternativas como la libertad vigilada⁵⁵, la

permanencia en una localidad determinada y la comparecencia en sede policial⁵⁶, o, de manera excepcional, la custodia a cargo de instituciones o personas “de reconocida solvencia”⁵⁷. En otro caso, se reconoce la posibilidad de disponer de la libertad bajo caución si no se puede ejecutar la expulsión luego de un plazo prudencial⁵⁸.

La nueva ley migratoria de Costa Rica establece las siguientes medidas cautelares: Presentación y firma periódica ante las autoridades competentes; Orden de aprehensión; Caución; Decomiso temporal de documentos; y Detención domiciliaria. Y luego, dispone que el derecho a la libertad de las personas migrantes podrá ser limitado con carácter excepcional y “siempre y cuando no exista otra medida menos gravosa”⁵⁹.

Por otra parte, cabe señalar que únicamente la normativa de Panamá prevé que la retención sólo podría aplicarse a personas mayores de 18 años de edad⁶⁰. Las demás legislaciones no contienen una excepción a fin de que la privación de libertad no se aplique a niños y niñas o adolescentes, sea acompañados o migrantes con sus familias. Igualmente, sin perjuicio de la necesidad de garantizar por ley la no detención de niños y niñas en razón de infracciones a la normativa migratoria, la ausencia de protección normativa no implica que no existan -en la práctica o en reglamentos administrativos- mecanismos dirigidos a evitar tal privación de la libertad.

Venezuela. Ley de Extranjería y Migración

(Nro. 37.944, del 24 de mayo de 2004).

Artículo 46. Medidas Cautelares: “A los fines de garantizar la ejecución de las medidas de deportación o expulsión, la autoridad competente en materia de extranjería y migración, en el auto de inicio del respectivo procedimiento administrativo, podrá imponer al extranjero o extranjera que se encuentre sujeto al procedimiento a que se contrae este capítulo, las medidas cautelares siguientes: 1. Presentación periódica ante la autoridad competente en materia de extranjería y migración. 2. Prohibición de salir de la localidad en la cual resida sin la correspondiente autorización. 3. Prestación de una caución monetaria adecuada, para lo cual deberá tomarse en cuenta la condición económica del extranjero o extranjera. 4. Residenciarse mientras dure el procedimiento administrativo en una determinada localidad. 5. Cualquier otra que estime pertinente a los fines de garantizar el cumplimiento de la decisión de la autoridad competente, siempre que dicha medida no implique una privación o restricción del derecho a la libertad personal”.

• 53 Antigua y Barbuda, The Immigration and Passport Act, arts. 19 y 25; Argentina, Ley de Migraciones, No. 25871, sancionada el 17 de diciembre de 2003, art. 70; Barbados, Immigration Act, Chapter 190, del 2 de febrero de 1976, art. 22; Belice, Immigration Act, arts. 28 y 29; Colombia, Decreto 4.000/04, Normas sobre Expedición de Visas, Control de Extranjeros y Migración, del 27 de diciembre de 2004; arts. 72 y 109; Cuba, Ley de Extranjería N° 1313, del 20 de septiembre de 1976, art. 21; Ecuador, Decreto Supremo No. 1899, del 30 de diciembre de 1971, art. 31; Guatemala, Ley de Migración, Decreto N° 95/98: art. 111; Jamaica, The Aliens Act, del 28 de febrero de 1946, art. 15; Nicaragua, Ley de Extranjería, N° 154, del 2 de junio de 1993, art. 65; Panamá, Decreto Ley No. 3, del 22 de febrero de 2008, art. 93; Paraguay, Ley N° 978, Ley de Migraciones, del 27 de junio de 1996, art. 83; República Dominicana, Ley sobre Migración, N° 285, del 15 de agosto de 2004, art. 126.

• 54 Bolivia, Régimen Legal de Migración, Decreto Supremo N° 24423, del 29 de noviembre de 1996; El Salvador, Ley de Migración, Decreto Legislativo N° 2772, del 19 de diciembre de 1958; Honduras, Decreto N° 208-2003, Ley de Migración y Extranjería, del 3 de marzo de 2004; Perú, Ley de Extranjería, Decreto Legislativo N° 703, del 5 de noviembre de 1991; Uruguay, Ley N° 18.250, Ley de Migración, del 17 de enero de 2008.

• 55 Brasil, Ley N° 6.815, Ley sobre la Situación Jurídica del Extranjero en Brasil, de 19 de agosto de 1980, art. 73.

• 56 Chile, Normas sobre extranjeros en Chile, Decreto Ley 1094, del 14 de julio de 1975, art. 82.

• 57 México, Ley General de Población, del 7 de enero de 1974, arts. 152 y 153.

• 58 Argentina, Ley 25.871, art. 71.

• 59 Costa Rica, Ley 8764, arts. 31.5 y 211, publicada el 01/09/2009, en vigor desde 02/03/2010.

• 60 Panamá, Decreto Ley No. 3, del 22 de febrero de 2008, art. 93.

Como señalamos al comienzo de este capítulo, la ausencia de mecanismos de protección específicos para niños y niñas migrantes en las normativas migratorias, conlleva la prácticamente absoluta inexistencia de medidas alternativas para cumplir con la obligación exigida por el derecho internacional. Por el contrario, siendo la no detención de niños migrantes la regla general, el deber prioritario de los Estados es diseñar políticas dirigidas a asegurar la protección de este grupo social sin que éstas incluyan la privación de libertad como posibilidad⁶¹.

En este escenario, consideramos pertinente efectuar una serie de recomendaciones relativas a las medidas alternativas a la detención de migrantes en general y de niños migrantes en particular.

2.3. Causas, condiciones y límites para disponer la detención de niños y niñas migrantes

En el caso excepcional de que no pudiera imponerse, o no haya resultado efectiva, ninguna de las medidas alternativas que de manera

prioritaria deberían aplicarse, es preciso evaluar si corresponde recurrir a la medida más gravosa posible, la detención, en el marco de un procedimiento migratorio que pudiera finalizar con una expulsión de una persona migrante⁶². El examen debe ser especialmente estricto cuando se encuentren involucrados niños y niñas, y sólo podría efectuarse una vez que se han hecho todos los esfuerzos posibles para aplicar medidas alternativas a la detención⁶³. En tal supuesto, además de fundamentar la inaplicabilidad e incapacidad de las opciones menos restrictivas, resulta inexcusable demostrar que la privación de libertad, en el caso concreto, será en el interés superior del niño.

Cuando los niños migrantes se encuentran junto a sus padres, la privación de libertad se suele justificar en razón de un equilibrio entre el principio de unidad familiar (es decir, el derecho a la vida familiar) y el interés estatal en el control de la migración irregular. Sin embargo, tales argumentos no pueden invocarse en detrimento de los otros estándares señalados, como la detención como último recurso y como medida excepcional. El interés superior del niño y la noción de protección integral de la infancia debería conducir, antes que a la detención de la familia, al mantenimiento de la unidad familiar sin recurrir a una medida privativa de

la libertad⁶⁴. A su vez, como ya se subrayó, de ninguna manera podría entenderse que la privación de libertad será en beneficio del interés superior del niño⁶⁵. En este sentido, se ha resaltado que está suficientemente documentado que la detención de niños y niñas tiene un efecto perjudicial para su desarrollo emocional y su bienestar físico ya que pueden padecer, entre otras consecuencias psicofísicas, depresiones, cambios de comportamiento, desórdenes de diverso carácter, pérdida de peso, negativa a alimentarse, falta de sueño, así como problemas dermatológicos y respiratorios, entre otros⁶⁶.

En cuanto a los niños migrantes no acompañados o separados, los organismos internacionales subrayan, como principio general, que éstos no deberían nunca ser detenidos⁶⁷. En el caso excepcional que se opte por una medida privativa de libertad, ésta “no podrá justificarse solamente [en el hecho de] que el menor esté solo o separado de su familia, ni por su condición de inmigrante o residente”⁶⁸. Por el contrario, cuando una persona menor de edad se encuentra en tales circunstancias, se debe procurar su liberación inmediata y su ubicación en lugares más apropiados⁶⁹.

Recomendaciones sobre las medidas alternativas a la detención de migrantes

- Los Estados deben introducir en la legislación migratoria diversas medidas alternativas a la detención, así como herramientas provisionales en el marco de procesos ligados al ingreso y permanencia de las personas migrantes. El diseño de estos mecanismos debería efectuarse con la participación de los organismos gubernamentales, internacionales y de la sociedad civil implicada, incluidas las asociaciones de migrantes.
- La normativa debe exigir expresamente que dichas medidas alternativas se apliquen en forma prioritaria a la detención, la cuál sólo podría disponerse como opción de último recurso.
- Asimismo, la legislación debe subrayar la obligación de justificar, en cada caso concreto, la no aplicación de las medidas menos lesivas existentes.
- Este marco normativo debe incluir medidas especiales para niños y niñas, con el objeto de brindar una protección integral centrada en asegurar los derechos humanos, que dé cumplimiento al principio general que prohíbe la detención de niños migrantes, estén con su familia o no acompañados.
- Los organismos competentes deben implementar las políticas públicas necesarias a fin de asegurar que dichas medidas alternativas estén disponibles y sean eficaces. Esto incluye la asignación de los recursos necesarios y la capacitación de las autoridades competentes.
- Cualquier decisión que no aplique, o que revoque, las medidas menos lesivas, debe estar debidamente fundamentada. En el caso de los niños y niñas, la justificación debe demostrar por qué una opción más restrictiva podría ser, en un caso determinado, en el interés superior del niño.
- A través de la legislación, deben diseñarse mecanismos independientes que supervisen la aplicación de las medidas alternativas, así como su eficacia y, eventualmente, recomienden la adopción de nuevas medidas o los cambios necesarios para optimizarlas.
- Las oficinas de UNICEF y otras instituciones pueden promover la adopción efectiva de estas medidas alternativas, en particular respecto de los niños y niñas migrantes, así como contribuir a su diseño, implementación y la evaluación de sus resultados.

• 62 En el informe elaborado a solicitud del Parlamento Europeo, se subraya que la detención debería ser la excepción a la regla y solo ser usada como último recurso, cuando medidas alternativas más flexibles hayan fallado, según lo ordena el derecho internacional de derechos humanos y el derecho internacional de refugiados. La detención de migrantes no debe ser utilizada como política para gestionar los flujos migratorios (Estudio The conditions in centres for third country national (detention camps, open centres as well as transit centres and transit zones) with a particular focus on provisions and facilities for persons with special needs in the 25 EU member states, cit., p. 209).

• 63 Convención de los Derechos del Niño, arts. 37 y 40.4; Reglas de Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad, Asamblea General, Resolución 45/113, del 14 de diciembre de 1990, reglas 1.2 y 17; Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, Reglas de Beijing, AG, Resolución 40/33, del 29 de Noviembre de 1985, reglas 13.1 y 19; Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, Resolución 2002/23, Protección Internacional de los Refugiados, 2002, p. 4; Informe del Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria, E/CN.4/1999/63, del 18 de diciembre de 1998, p. 78; Corte IDH, Caso Instituto de Reeduación del Menor v. Paraguay, cit., p. 228-231; Corte IDH, Caso Bulacio v. Argentina, sentencia del 18 de septiembre de 2003, párr. 133.

• 64 En este sentido, el Relator de Naciones Unidas sobre Derechos de Migrantes señaló que deben hacerse todos los esfuerzos para liberar a niños y su familia de centros de detención, y ubicarlos en alojamientos más apropiados para familias con niños (Mission to the United States of America, A/HRC/7/12/Add.2, del 5 de marzo de 2008, párr. 125, la traducción es propia).

• 65 The conditions in centres for third country national (detention camps, open centres as well as transit centres and transit zones), cit., p. 22. En igual sentido, según UNICEF Australia, la detención de niños y adultos en el mismo lugar no resulta en interés superior del niño ya que la detención de niños es inherentemente indeseable por una multiplicidad de motivos. La única opción sería dejar en libertad al niño junto a su familia. Por ello, deben desarrollarse modelos alternativos a la detención, que tengan en cuenta todos los aspectos del superior interés del niño, incluido preservar la unidad familiar (UNICEF, Submission to the National Inquiry into Children in Immigration Detention, cit., la traducción es propia).

• 66 Alternatives to immigration detention of families and children. A discussion paper by John Bercow MP, Lord Dubs and Evan Harris MP for the All Party Parliamentary Groups on Children and Refugees, Supported by the No Place for a Child Coalition, Julio de 2006, p. 9.

• 67 Informe del Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria, en su visita al Reino Unido, sobre la cuestión de inmigrantes y solicitantes de asilo, E/CN.4/1999/63/Add.3, p. 37. Véase también, Informe de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos de Migrantes, E/CN.4/2003/85, cit., párr. 75.a.

• 68 Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 6 (2005), cit., párr. 61.

• 69 Comité Derechos del Niño, Obs. Gral. 6, cit., párr. 61. A su vez, el Comité ha subrayado que “los Estados deberán tener en cuenta que la entrada o la estancia ilegales en un país de un menor no acompañado o separado de su familia también pueden justificarse a la luz de los principios generales del derecho, cuando la entrada o la estancia sean la única forma de impedir una violación de los derechos humanos fundamentales del menor” (Ibidem, párr. 62).

• 61 En este sentido, el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial ha cuestionado que los Estados recurran “automáticamente” a la detención de inmigrantes que no cuentan con la documentación exigida para ingresar o residir en el país, recomendando, contrariamente, que, en tanto la detención debe ser un último recurso, deberían adoptarse otras soluciones no privativas de la libertad. CERD, Observaciones Finales, Bahamas, CERD/C/64/CO/1, del 28 de abril de 2004, párr. 17.

En cualquiera de los casos, la eventual detención de niños y niñas migrantes requiere en primer lugar, que una ley formal autorice y regule esa posibilidad⁷⁰ y, como ya subrayamos, que expresamente lo haga como una opción de último ratio, dando prioridad a medidas alternativas a la detención⁷¹. A su vez, la normativa debe establecer las causas particulares en que las autoridades competentes podrían recurrir a este último y excepcional recurso. Asimismo, la aplicación de una de estas causales en cada caso debe estar basada y justificada en las circunstancias individuales correspondientes, a fin de asegurar fehacientemente que se trata de una restricción necesaria en una sociedad democrática y que constituye una medida proporcional al objetivo que se busca alcanzar.

La cuestión de las causas que podrían legitimar la aplicación de la opción más severa es un aspecto fundamental en relación con la detención de personas migrantes. En muchas ocasiones, los Estados justifican la decisión (sea a través de la normativa o en la práctica) por la existencia de un procedimiento de expulsión o de autorización de ingreso o permanencia en el país, sin alegar otro motivo que fundamente la privación de libertad. Es decir, usualmente no se esgrimen los criterios y estándares generales relativos a la privación de la libertad en tanto medida cautelar, por ejemplo, probar el riesgo de fuga o de obstrucción de la justicia, pese a que las infracciones migratorias no constituyen (o no deberían configurar) un delito penal. Si tal como exigen los estándares

internacionales deben existir, en la legislación y la práctica, medidas alternativas a la detención, resulta evidente que la privación de la libertad no puede estar sustentada en la mera irregularidad migratoria (como ya se indicó, en el caso de niños migrantes, la detención nunca puede basarse únicamente en su condición migratoria)⁷².

En los países de América Latina y el Caribe, hemos identificado ciertas respuestas normativas y prácticas que, en su mayoría, no se condicen con los estándares aquí señalados. La detención como medida cautelar se dispone, en muchos casos y sin exigir otras causas o fundamentos que justifiquen la decisión, cuando la persona no cuenta con un permiso de ingreso o residencia, para investigar su situación migratoria o su identidad, o durante la tramitación del expediente administrativo (de expulsión o deportación)⁷³, o bien a efectos de que abandone el país o de ejecutar la expulsión⁷⁴. A su vez, además de la ausencia en la mayoría de las legislaciones de causales que vayan más allá de la situación migratoria para justificar la detención, en la práctica las autoridades competentes (administrativas y/o judiciales, según el país) suelen no invocar supuestos generales justificantes de la privación de la libertad, como el demostrar que existe un riesgo real de fuga.

Por otra parte, ciertas normas prevén la detención, en procesos de expulsión de migrantes (adultos y niños, o familias enteras), con base en calificaciones tales como “personas indeseables” o “inmigrantes prohibidos o impedidos” de ingresar

y/o residir. La vigencia de estos criterios supone, en la mayoría de los casos, la vulneración del principio de no discriminación (por ejemplo, por razones económicas, características físicas, condición sanitaria o discapacidad). También se invocan, con un sentido peyorativo, criterios de identificación tales como “vagos”, “cretinos”, “inútiles”, “brujos”, “hechiceros o charlatanes”, etc., cuya inclusión en la normativa de diversos países también favorece la discriminación⁷⁵. En ocasiones, la causal de no admisión al país (y eventual detención cuando se prevé) es el hecho de ser menor de 18 años sin compañía de padres o representantes legales, supuestos que pueden vulnerar diversos derechos de los niños y niñas migrantes no acompañados⁷⁶. Finalmente, cabe señalar que sólo en escasísimos casos, se afirma que la detención durante el trámite de expulsión podrá dictarse por razones que excedan la situación migratoria, por ejemplo, en razón de antecedentes penales o de mala conducta de la persona, o si ésta fuera considerada “peligrosa”, o si se presumiera que intentará eludir el cumplimiento de la medida⁷⁷.

En cuanto a la legalidad de las detenciones, se ha verificado que, en ocasiones, la detención de migrantes (niños y adultos) se autoriza por medio de decretos administrativos⁷⁸, o se lleva adelante de facto, sin que exista un marco normativo (una ley emanada del poder legislativo) que autorice dicha privación de libertad y regule las causas y condiciones en que puede dictarse esa medida. En algunos casos los tribunales de justicia impugnan

estas prácticas, precisamente, invocando la falta de sustento legal⁷⁹.

Por otra parte, debe subrayarse que la amplia mayoría de los países de la región, aún cuando el marco jurídico recepta la privación de libertad de personas migrantes en razón de su condición migratoria, no cuenta con previsiones legales relativas específicamente a la detención de niños y niñas migrantes, estén con sus familias o no acompañados. Ello provoca que, en la práctica, los niños sean detenidos junto a las personas migrantes adultas, pese a contradecir, en diversos países, la normativa vigente sobre no detención administrativa (o incluso, penal) de personas menores de edad. Unos pocos países permiten expresamente la detención de niños cuando tienen una edad determinada (por ejemplo, entre 13 y 17 años⁸⁰), mientras que otros no autorizan la detención de ningún menor de 18 años de edad⁸¹.

Finalmente, en relación con el deber de justificar la aplicación de la opción más restrictiva en virtud de las excepcionales circunstancias individuales que pudieran concurrir en un caso concreto, cabe señalar que en general se omite el cumplimiento de este compromiso, precisamente por basar la decisión en la mera situación migratoria de la persona. Asimismo, en los últimos años, se ha comunicado la existencia de operativos de tipo “razzias” o “redadas” dirigidos a la detención grupal de migrantes (adultos y niños)⁸², por infracciones migratorias, lo cual implica una expresa omisión de

• 70 El requisito de ley formal para la restricción de un derecho fundamental ha sido fundamentado detalladamente, entre otros organismos internacionales, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (véase, entre otros, Corte IDH, Opinión Consultiva OC-6/86, La expresión leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del 9 de mayo de 1986).

• 71 Consejo de Europa, Asamblea Parlamentaria, Resolución 1509 (2006), Human rights of irregular migrants, del 27 de junio de 2006, p. 12.4; Consejo de Europa, Twenty Guidelines on Forced Return, Septiembre 2005, Directriz 11.

• 72 El Comité de Derechos Humanos consideró que “toda decisión de mantener detenida a una persona debe ser examinada periódicamente a fin de evaluar los motivos que justifican la detención” y explico que “por ejemplo, el hecho de que haya habido una entrada ilegal tal vez indique la necesidad de realizar una investigación, y puede haber otros factores privativos del individuo, como la probabilidad de huida y la falta de colaboración, que justifiquen la detención durante un período determinado” pero “si no concurren esos factores, puede considerarse arbitraria la detención, incluso si la entrada fue ilegal” (Comité de Derechos Humanos, Comunicación N° 560/1993, CCPR/C/59/D/560/1993, 30 de abril de 1997, párr. 9.3 y 9.4).

• 73 Brasil, Ley N° 6.815, art. 71; Guatemala, Ley de Migración, Decreto N° 95/98, art. 111. La ley de Costa Rica (arts. 211 y 219) exige cierta fundamentación en el caso de expulsión de migrantes con residencia legal (“cuando, por antecedentes personales, pueda presumirse que la persona extranjera intentará eludir el procedimiento de expulsión”), pero no requiere esa justificación para el caso de deportación de migrantes en situación migratoria irregular.

• 74 Argentina, Ley 25.871, art. 70 (excepcionalmente, también durante el proceso); Nicaragua, Ley de Extranjería, art. 65; Paraguay, Ley N° 978 de migraciones, art. 83; República Dominicana, Ley sobre Migración, art. 126.

• 75 Entre otras, véanse las siguientes normativas migratorias: Belice, Immigration Act, arts. 5, 28 y 29; Barbados, Immigration Act, art. 22, y First Schedule, Prohibited Persons; Paraguay, Ley de Migraciones, art. 6; República Dominicana, Ley No. 285 sobre Migración, art. 15.

• 76 Véase, entre otros, el art. 7.1 de la Lei que define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil (No. 6.815) y el art. 5 (1).f de la Immigration Act de Belice.

• 77 Colombia, Ley Migratoria, art. 65. • 78 Honduras, Reglamento de extranjería, art. 4.8.

• 79 Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional de Bolivia Nro. 0121/2005. El tribunal expresa que la normativa migratoria “no autoriza en ningún momento a efectuar aprehensión alguna en contra de los extranjeros que presentes defectos en su documentación migratoria, o sea que, una vez emitida la orden de expulsión, se la debe ejecutar sin que el extranjero pueda permanecer en el país en calidad de detenido ni arrestado...”. • 80 Ver, entre otros, ACNUR, La protección internacional de las niñas y niños no acompañados en la frontera sur de México (2006-2008), Oficina Regional del ACNUR para México, Cuba y América Central, 2008, p. 6. • 81 Panamá, Decreto Ley No. 3/08, art. 93.

• 82 Centro de Derechos Humanos Fray Matías de Córdova, Violaciones a derechos humanos en el contexto de la migración en la frontera sur, del 31 de mayo de 2005, México, p. 4; El Periódico de México, Redada contra indocumentados de CA en la frontera sur: 100 detenidos, del 11 de febrero de 2007; Relatoría de Trabajadores Migrantes, Cuarto Informe de Progreso, Visita in loco a Costa Rica, 2002, párrs. 221 y 236; Amnistía Internacional, República Dominicana. Vidas en tránsito: la difícil situación de la población migrante haitiana y de la población dominicana de ascendencia haitiana, Ref. AI: AMR 27/001/2007, p. 7, 14, 16 y 18.

la obligación de fundar previa y de manera individual una orden de detención⁸³.

En razón de los aspectos señalados en este apartado, consideramos pertinente formular las siguientes recomendaciones.

Recomendaciones sobre causas, condiciones y límites para disponer la detención de niños migrantes

- En caso que los Estados decidan establecer -como último recurso- la posibilidad de disponer la privación de libertad de personas migrantes en el marco de procedimientos migratorios, deben hacerlo a través de una ley formal y respetando los límites y condiciones impuestas en el derecho internacional de los derechos humanos.
- De establecerse, este marco normativo debe incluir, como principio general, la prohibición de detención de niños y niñas migrantes, sea que se encuentren con sus familias o no acompañados.
- La legislación debe establecer de manera expresa y taxativa las razones excepcionales que podrían llevar a la aplicación de una medida privativa de la libertad, así como la obligación de justificar la decisión en una de esas causales. La irregularidad migratoria no puede ser una causal suficiente para adoptar una decisión de esa naturaleza.
- La normativa debe exigir que la justificación de una orden de detención (adoptada por autoridades administrativas y/o judiciales) esté basada, además de en los criterios regulados en la ley, en las circunstancias individuales de cada caso concreto. La ley debe prohibir la ejecución de “razzias”, “redadas” o prácticas similares destinadas a la detención colectiva de migrantes.
- Los Estados deben revisar (y en su caso, reformar) la normativa migratoria con el fin de evitar que la privación de la libertad se base en criterios que supongan la violación del principio de no discriminación por cualquiera de los motivos prohibidos por dicho principio.
- UNICEF puede profundizar acciones en la región dirigidas al diseño de marcos jurídicos que prohíban expresamente cualquier privación de la libertad de niños y niñas basada en su condición migratoria.
- Instituciones públicas como las Defensorías del Pueblo, Ombudsman o Comisiones de Derechos Humanos, junto a organizaciones de la sociedad civil y organismos internacionales concernidos, deberían tener participación en el diseño de estas medidas, así como en el monitoreo de su ejecución acorde a los principios y normas de derechos humanos vigentes en cada país.

3. Privación de libertad de niños y niñas migrantes y garantías de debido proceso

Sin perjuicio de las limitaciones y prohibiciones que los estándares de derechos humanos imponen respecto de la posibilidad de detener personas migrantes en razón de su condición migratoria, y especialmente cuando se trata de niños y niñas, en caso de que se decida recurrir a una medida privativa de libertad es preciso cumplir con ciertos requisitos relativos al procedimiento a seguir.

En tal sentido, las normas internacionales que consagran el derecho a la libertad personal establecen una serie de condiciones que deben satisfacerse a fin de que una privación de la libertad sea legítima. Estos requisitos constituyen garantías procesales que buscan asegurar el derecho a no ser detenido arbitrariamente y que conforman el “debido proceso legal” que precisa ser observado en todas las instancias procesales a efectos de que las personas puedan defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos⁸⁴.

Los estándares internacionales reconocen -con particular intensidad, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos- que cualquier actuación de los órganos estatales en un proceso administrativo o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal y que estas garantías mínimas se aplican en todos los órdenes en los cuales puedan afectarse los derechos de las personas, lo que incluye los procedimientos de índole migratoria⁸⁵. La Corte Interamericana ha subrayado que, sin perjuicio de que los Estados pueden establecer mecanismos de

control de ingresos y salidas de migrantes “indocumentados”, esas medidas “deben siempre aplicarse con apego estricto a las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana”⁸⁶.

Estas garantías incluyen el derecho a ser informado de los motivos y razones de la detención, el control judicial inmediato de la privación de libertad por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial previamente establecido por ley, el derecho a ser oído, el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a que se informe sobre la detención a una tercera persona -por ejemplo, un familiar, un abogado y/o al cónsul del país de origen, según corresponda-, el derecho a recibir asistencia legal gratuita, a ser asistido por un intérprete si fuera necesario, etc. El debido proceso legal debe ser reconocido a todas las personas que se encuentren bajo la jurisdicción de un Estado, lo que indudablemente incluye a las personas migrantes sin perjuicio de su condición migratoria⁸⁷, y con especial atención, cuando se trata de niños y niñas.

Por lo tanto, además de las garantías sustantivas y procesales que exigen los estándares internacionales para evitar una detención arbitraria, deben contemplarse los mecanismos específicos de protección para adecuar dichas garantías a las condiciones de los niños y niñas (entre otras, la regla general de no detención, el fiel cumplimiento del principio de interés superior del niño, etc.). Para los niños y niñas migrantes, y particularmente para aquellos no acompañados, el derecho a ser oído (consagrado en el artículo 9.2 de la CDN) cobra una

⁸³ Según la Corte Interamericana, “las razzias son incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales, entre otros, de la presunción de inocencia, de la existencia de orden judicial para detener...” (Corte IDH, caso Bulacio v. Argentina, cit., párr. 137).

⁸⁴ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, cit., párr. 123. ⁸⁵ Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros, sentencia de 2 de febrero de 2001, párr. 124; Caso Ivcher Bronstein v. Perú, sentencia de 6 de febrero de 2001, párr. 102; OC-17/02, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, cit., párrs. 115-136; OC-18/03, Condición Jurídica y Derechos de Migrantes Indocumentados, cit., párrs. 121-126.

⁸⁶ Corte IDH, OC-18/03, cit., párr. 119.

⁸⁷ Véase, al respecto, los principios establecidos en el Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Anexo II, Deliberación N° 5: Situación relativa a los inmigrantes y a los solicitantes de asilo, E/CN.4/2000/4, del 28 de diciembre de 1999. La Corte Interamericana afirmó que “el derecho al debido proceso legal debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se deben brindar a todo migrante, independientemente de su estatus migratorio” y que “el amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso comprende todas las materias y todas las personas, sin discriminación alguna” (Corte IDH, OC-18/03, cit., párr. 173.7). En igual sentido se expresó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, Relatoría Especial sobre Trabajadores Migratorios y miembros de sus familias en el hemisferio, Segundo informe de progreso, cit., párrs. 89 y 90).

especial relevancia. También respecto de niños y niñas no acompañados o separados de sus familias es de suma importancia, a fin de garantizar eficazmente el derecho a la libertad personal, brindarles acceso rápido y gratuito a la asistencia jurídica y de otra índole, y nombrarles un tutor y representante legal a fin de defender sus intereses y asegurar su bienestar⁸⁸. Cabe tener en cuenta que la dilación en la adopción de estas medidas representa una amenaza a la seguridad de los niños y niñas, dejándolos más expuestos al riesgo de ser víctimas de trata y otros abusos⁸⁹. Estas garantías deben ser tenidas en cuenta también en el marco de los procedimientos relativos a las medidas alternativas a la detención (o incluso, para determinar la opción más adecuada al caso).

Por otra parte, el artículo 37 de la CDN consagra el derecho de todo niño a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción. Esta garantía también incluye el derecho a contar con un recurso efectivo para evitar una detención arbitraria⁹⁰. La intervención judicial, bien como autoridad competente para disponer la eventual privación de la libertad, o bien para verificar de forma inmediata la legalidad y racionalidad de la medida dictada por un organismo administrativo, también supone una garantía esencial en el marco de los mecanismos de control migratorio, y especialmente si la medida involucra a niños y niñas.

El derecho a establecer contacto con un familiar, por su parte, puede ser esencial cuando se trata de detenciones de menores de edad. En esos casos, tanto la autoridad que practica la detención como la responsable del lugar en que se encuentra alojado el niño o niña, deben notificar inmediatamente a sus familiares o representantes, teniendo en cuenta el interés superior del niño. La finalidad de la notificación es que el menor de edad pueda recibir oportunamente la asistencia de la persona a quien se ha contactado⁹¹. Es importante recordar que los niños y niñas migrantes gozan también del derecho a la asistencia consular reconocido a toda persona extranjera detenida fuera de su país de origen⁹². La vigencia de este derecho implica, para la persona detenida, la posibilidad de comunicarse con un funcionario consular de su país, al tiempo que el Estado en cuyo territorio ocurre la detención tiene la obligación de informar al extranjero sobre dicho derecho y asegurar los medios para su vigencia efectiva⁹³.

Por otra parte, un problema recurrente que enfrentan los niños y niñas migrantes es el debate en torno a las modalidades y criterios para la definición de su edad. En muchos casos, los niños y niñas se encuentran en el país de tránsito o destino sin ningún documento que acredite su identidad y su edad, ante lo cual suelen ser tratados como adultos y no se les brinda la atención y protección adecuada a su condición. Al respecto, el Comité de Derechos del Niño ha

establecido que la determinación de la edad debe tomar en cuenta no sólo el aspecto físico del individuo sino también su madurez psicológica, y que la evaluación debe realizarse con criterios científicos, seguridad e imparcialidad, atendiendo al interés del niño y a consideraciones de género, evitando todo riesgo de violación de su integridad física, respetando debidamente su dignidad humana y, en caso de incertidumbre, otorgando al individuo el beneficio de la duda, de manera que, en la hipótesis de que se trate de un menor de edad, se le trate como tal⁹⁴, incluso al momento de resolver si correspondería adoptar una medida privativa de la libertad.

Por lo dicho, recurrir excepcionalmente a la detención de niños y niñas migrantes requiere el desarrollo de medidas y mecanismos que aseguren efectivamente, de manera previa y durante la ejecución de la medida, las garantías fundamentales de debido proceso, adecuadas a la condición y edad de la persona, centrándose en la protección especial de la cual es titular y sin perjuicio de su condición migratoria. A modo de ejemplo, ello exige la adopción de políticas que garanticen su derecho a la asistencia jurídica; procedimientos que satisfagan su derecho a ser oído de manera efectiva y ante un tribunal imparcial; mecanismos que impliquen la revisión periódica de la medida en el caso excepcional de que ésta sea dictada; instituciones y prácticas responsables de asegurar la comunicación con sus familiares y las autoridades consulares; provisión de asistencia de un intérprete y de especialistas en el área de protección de la infancia, etc.

Sin embargo, en muchas ocasiones, pese a la trascendencia de los derechos en juego y al impacto que puede ocasionar en las personas que se encuentran en tal situación de vulnerabilidad, las garantías mínimas no son reconocidas o implementadas efectivamente. Se verifica, por el contrario, una suerte de “zona gris”, asociada estrechamente a mecanismos y procedimientos administrativos discrecionales que redundan en la vulneración de derechos y garantías fundamentales, reconocidas tanto en tratados internacionales como en los textos constitucionales de todos los países de la región⁹⁵.

En las políticas y prácticas detectadas en los Estados latinoamericanos y caribeños, corresponde mencionar, en primer lugar, que numerosas normativas no establecen mecanismos para asegurar el debido proceso, el acceso a la justicia y a un recurso efectivo a los y las migrantes que estén privados de la libertad en el marco de políticas de control migratorio. A su vez, no existe casi de ninguna legislación en materia migratoria que establezca un procedimiento vinculado a la detención (o al menos ciertas cláusulas relativas a estos procesos) que esté especialmente diseñado para los casos que involucran a niños y niñas, tanto cuando éstos se encuentran con sus padres como cuando migran no acompañados. De esta manera, ante la eventual aplicación de una medida privativa de la libertad, en el marco de estos procesos relativos, las reglas procedimentales serán las mismas para adultos que para niños.

• 88 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, cit., párr. 63.

• 89 Así lo entendió la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en su Recomendación 1703 (2005) sobre protección y asistencia para niños no acompañados solicitantes de asilo.

• 90 Sobre el derecho a un recurso efectivo, véase la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre los artículos 25 y 13 de las convenciones americana y europea de derechos humanos, respectivamente. A modo de ejemplo, véase la Opinión Consultiva OC-18/03 de la Corte IDH (cit., párr. 126) y la sentencia del caso Conka v. Bélgica (TEDH, caso No. 51564/1999, del 5 de febrero de 2002).

• 91 Corte IDH, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, Opinión Consultiva OC-16/99, del 1 de octubre de 1999, párr. 106; Caso Bulacio v. Argentina, cit., párr. 130; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri v. Perú, sentencia de 8 de julio de 2004, párr. 93.

• 92 Artículo 36 de la Convención de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares y artículo 16.7 de la Convención para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y Miembros de sus Familias.

• 93 Según la Corte Interamericana, este derecho, al igual que el derecho a contar con un traductor cuando la persona (el niño, en este caso) desconoce el idioma en que se desarrolla el procedimiento, se fundamenta en la necesidad de “reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia” para alcanzar los objetivos del proceso atendiendo el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y la prohibición de discriminación (Corte IDH, OC-16/99, cit., párr. 119).

• 94 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 6 (2005): Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen (CRC/GC/2005/6, 1° de septiembre de 2005), párr. 31.

• 95 Como ha afirmado Mezzadra, “la inmigración ha demostrado ser un terreno de experimentación para irrupción de criterios administrativos en ámbitos de relevancia constitucional, con la carga de incertidumbre y arbitrariedad que esto comporta”; Mezzadra, Sandro, Derecho de fuga. Migraciones, ciudadanía y globalización, Ed. Mapas. Traficantes de Sueños, Madrid, 2005, p. 107.

En las legislaciones analizadas, a su vez, se evidencian otras circunstancias sobre las que profundizaremos a continuación.

En la mayoría de los países, la privación de libertad de migrantes es dispuesta por organismos del poder ejecutivo⁹⁶, aunque en ciertas ocasiones la autoridad competente es un juez o tribunal de justicia⁹⁷. Aquellas legislaciones que disponen que sea un organismo administrativo, difieren en relación con la posibilidad y alcance de un control posterior de la medida por parte del poder judicial o de otro órgano administrativo: en ocasiones, la normativa dispone de un recurso de apelación ante un tribunal administrativo (sin efecto suspensivo)⁹⁸, o un recurso sumario ante un tribunal judicial⁹⁹; en otros casos, la normativa establece que la medida privativa de la libertad de migrantes no puede ser revisada por tribunal alguno¹⁰⁰. A su vez, hay leyes que, aún cuando regulan el procedimiento relativo al ingreso o expulsión del país, no fijan ningún tipo de recurso contra una orden de detención¹⁰¹. En algunos Estados, en los que la ley no prevé la interposición de recursos contra la detención ni regula el procedimiento a seguir, ha sido la intervención judicial (en particular, a través del recurso de hábeas corpus) la que ha reconocido las garantías de debido proceso¹⁰².

Por otro lado, y al contrario de lo establecido por la Corte Interamericana¹⁰³, la amplia mayoría de las legislaciones de la región no contemplan garantías para el ejercicio del derecho a la defensa gratuita para los migrantes que se encuentran detenidos en el marco de procedimientos migratorios¹⁰⁴. En alguno de los pocos países cuyas legislaciones contemplan la asistencia jurídica gratuita, resta adoptar políticas que la hagan plenamente efectiva¹⁰⁵. No obstante, en ningún caso se disponen formas específicas de asegurar este derecho a las personas menores de edad, particularmente a los niños y niñas no acompañados. De igual modo, prácticamente ninguna de las leyes vigentes en los países de América Latina y el Caribe, regula de manera expresa garantías procesales como el derecho a comunicarse con un abogado y con los representantes consulares¹⁰⁶ o a contar con la asistencia de un intérprete¹⁰⁷. En la mayoría de las normas analizadas tampoco se establece explícitamente la obligación de motivar la orden de detención de una persona migrante en un procedimiento relativo al ingreso o permanencia en el país, ni el deber de revisar periódicamente la pertinencia de mantener una medida privativa de la libertad.

Por último, y sin perjuicio de la mayor o menor regulación legal de las garantías de debido proceso, diversos informes elaborados especialmente por organizaciones de la sociedad civil¹⁰⁸, organismos internacionales¹⁰⁹ o, como hemos señalado, también por tribunales de justicia, han dado cuenta de la vulneración de estas garantías en las prácticas de detención y expulsión de migrantes, adultos y niños. Se ha denunciado, en tal sentido, la falta de previsión normativa de los recursos correspondientes, la inexistencia de un proceso debida e íntegramente regulado y el incumplimiento, por parte de las autoridades competentes, de los procedimientos vigentes.

Frente a este escenario, descrito hace unos años por la Relatoría sobre Trabajadores Migrantes de la Comisión Interamericana¹¹⁰, se considera oportuno efectuar las recomendaciones que se presentan a continuación.

• 106 Uno de los países que sí lo hace es Panamá (Decreto Ley N° 3/08, art. 94).

• 107 Entre las excepciones, el Reglamento de la Ley General de Población, México, del 14 de abril de 2000, art. 209.V.

• 96 Barbados, Immigration Act, art. 22 (puede ser detenido por un oficial de inmigración o por la policía); Brasil, Lei No. 6.815, art. 69 (Ministro de Justicia); Colombia, Decreto 4.000/04, art. 109 (autoridad migratoria); Costa Rica, Ley General de Migración y Extranjería, art. 211 (Dirección General de Migración y Extranjería); Ecuador, Ley de Migración, art. 31 (Intendente General de Policía); Guatemala, Ley de Migración, art. 111 (Dirección General de Migración); Nicaragua, Ley de Extranjería, art. 65 (Director de Migración y Extranjería); Panamá, Decreto Ley 3/2008, art. 93 (Servicio Nacional de Migración); República Dominicana, Ley 285, art. 126 (Director General de Migración).

• 97 Argentina, ley 25.871, art. 70; Paraguay, Ley N° 978 de Migraciones, art. 83.

• 98 Costa Rica, Ley General de Migración y Extranjería, art. 194.

• 99 Antigua y Barbuda, Immigration Act, art. 35.2; Belize, Immigration Act, art. 28.

• 100 Barbados, Immigration Act, art. 23.1; Colombia, Decreto 4.000/04, art. 72 (en relación a la decisión de inadmisión al territorio y -eventual- retención por 36 horas).

• 101 Entre otros casos, cabe mencionar la legislación de Argentina, Brasil, Chile, Ecuador, Guatemala, Paraguay y República Dominicana. De ello no se deriva que, en la práctica, las personas detenidas no puedan utilizar las vías recursivas previstas en el ordenamiento jurídico para cualquier caso de privación de libertad.

• 102 Al respecto véase, por ejemplo, las sentencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, en los casos 10-J-96 (Cañas y otros v. Dirección Nacional de Migración) y 70-98 (Rosales v. Ministerio del Interior y Director Nacional de Migración). En igual sentido, ver Guatemala, caso Exhibición personal C-24-2002, de la Sala duodécima de la Corte de Apelaciones, constituida en Tribunal Constitucional de exhibición personal, del 13 de febrero de 2002.

• 103 La Corte IDH señaló que "se vulnera el derecho a las garantías y a la protección judicial por varios motivos: por el riesgo de la persona cuando acude a las instancias administrativas o judiciales de ser deportada, expulsada o privada de su libertad, y por la negativa de la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a su favor, lo cual impide que se hagan valer los derechos en juicio", por lo que "el Estado debe garantizar que el acceso a la justicia sea no solo formal sino real" (OC-18/03, cit., párr. 126).

• 104 Relator de Naciones Unidas sobre derechos de Trabajadores Migrantes, Relator especial sobre los derechos humanos de los migrantes concluye su visita oficial a Guatemala, Nota de prensa, Guatemala, 28 de marzo de 2008.

105 Argentina, ley 25.871, art. 86. Sin embargo, a fines de 2008, cinco años después de la sanción de la ley de migraciones, ésta aún ha sido reglamentada, lo que ha demorado la puesta en funcionamiento de diversas disposiciones de esta normativa, como el referido a la asistencia jurídica gratuita.

• 108 Al respecto, véase, entre otros: Amnistía Internacional, República Dominicana. Vidas en Tránsito: la difícil situación de la población migrante haitiana y de la población dominicana de ascendencia haitiana, Ref.: AI: AMR 27/001/2007; Centro de Documentación en Derechos Humanos, Segundos Montes Mozo, Informe para el Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias, Misión al Ecuador, Detenciones arbitrarias a extranjeros/as, inmigrantes irregulares, solicitantes de refugio y refugiados, febrero de 2006; Centro de Derechos Humanos "Fray Matías de Córdoba", Hogar de la Misericordia y Due Process of Law Foundation, La crisis de derechos humanos en la frontera sur de México, 2008, pp. 16-18; Mesa Nacional de Migrantes y Refugiados, de Panamá para la CRM, Panamá, abril de 2007. □

• 109 Informe del Grupo sobre la Detención Arbitraria, Misión al Ecuador, A/HCR/4/40/Add.2, marzo de 2007; CIDH, casos Jesús Tranquilino Vélez Looor v. Panamá, Informe N° 95/06, Decisión de admisibilidad, 23 de octubre de 2006, párr. 56; Comité Haitiano de Derechos Humanos y otros v. Estados Unidos, Informe No. 51/96, 13 de marzo de 1997, párr. 180; Rafael Ferrer Mazorra y otros v. Estados Unidos, Informe No. 51/01, 4 de abril de 2001, párrs. 209-213, 242.

• 110 Relatoría de Trabajadores Migratorios y sus Familiares, Segundo Informe de Progreso, CIDH, Informe Anual 2002.

Recomendaciones sobre detención de niños migrantes y garantías de debido proceso

- Los Estados que aún no contemplen las garantías de debido proceso expresamente reconocidas en relación con la privación de libertad de migrantes en el marco de procedimientos migratorios (averiguación de identidad, ingreso, permanencia), deben reformar el marco jurídico a fin de introducir dichas garantías.
- La legislación debe contener garantías específicas para niños y niñas migrantes, en el caso excepcional de que se prevea, como último recurso, la posibilidad de adoptar una medida privativa de la libertad, tanto si se encuentran con su familia como no acompañados. Las garantías fundamentales de debido proceso deben estar plenamente adecuadas a la edad y madurez de cada niño y niña.
- En particular, todo niño o niña migrante debe tener reconocido normativamente, entre otros derechos, los siguientes: su derecho a ser oído, a contar con un abogado y a la asistencia jurídica gratuita, a tener un representante legal cuando estuviera separado o no acompañado por sus padres, al derecho a acceder a la justicia, encarnado en un tribunal independiente e imparcial frente al cual impugnar la medida privativa de su libertad, el derecho a que la decisión sobre su libertad esté escrita y debidamente fundamentada, el derecho a disponer de un recurso efectivo, a contar con un intérprete, a la asistencia consular, y a la revisión judicial inmediata y periódica de la orden de detención, etc.
- Esta protección normativa debe estar acompañada de los mecanismos y las políticas adecuadas. Para ello los Estados deben asignar los recursos que sean necesarios, a fin de asegurar el ejercicio pleno de estas garantías.
- Como principio general, la legislación debería establecer que sólo la autoridad judicial sea competente para disponer la privación de libertad de una persona. En el caso excepcional que se otorgue competencia a una autoridad administrativa, debe exigirse la revisión judicial inmediata de dicha medida, así como el control posterior sobre su ejecución y sobre la necesidad de mantener vigente la decisión adoptada.
- A fin de evaluar el cumplimiento del debido control judicial sobre la privación de libertad de personas migrantes, en especial cuando se trata de niños y niñas, los Estados deberían llevar una base de datos actualizada sobre la jurisprudencia en la materia, respetando debidamente el principio de confidencialidad en casos que involucren a menores de edad.
- A fin de garantizar un efectivo derecho a la asistencia jurídica gratuita, los Estados deberían desarrollar planes de formación y capacitación para abogados, jueces y otros agentes del sistema de administración de justicia y autoridades competentes en el área migratoria, con especial énfasis en derechos humanos y, más específicamente, en derechos de los niños y derechos de personas migrantes.
- Las oficinas de UNICEF podrían diseñar iniciativas dirigidas a cooperar con los Estados para la adecuación del marco normativo migratorio, y de las prácticas consecuentes, a los estándares en materia de garantías procesales de niños y niñas, en casos relativos a la privación de la libertad. Junto a otros actores concernidos, UNICEF podría evaluar la aplicación efectiva de estas medidas, desde un enfoque centrado en el interés superior del niño, la obligación de protección integral y la regla general de no detención de niños y niñas por cuestiones de índole migratoria.

4. Lugares, plazo y condiciones de detención de niños y niñas migrantes

Como principio general, los estándares internacionales exigen que toda persona privada de libertad sea tratada humanamente, respetando su dignidad inherente, sus derechos y garantías fundamentales. Asimismo, y tomando en cuenta la posición especial de garante que tienen los Estados, éstos deben respetar y garantizar la vida e integridad personal de quienes se encuentran en tales circunstancias. Esto supone la adopción de medidas vinculadas no solamente con el lugar donde las personas son detenidas sino también con las condiciones en las que se ejecuta la privación de la libertad.

Ahora bien, en el caso de las personas migrantes -que como ya se señaló no pueden ser detenidas como sanción sino, y excepcionalmente, en tanto medida cautelar y previo cumplimiento de una serie de requisitos formales y sustanciales¹¹¹-, hay ciertos estándares específicos a garantizar en cuanto al lugar y las condiciones en que debería desarrollarse esta detención, algunos referidos concretamente a los niños y niñas.

En este sentido, cabe señalar en primer lugar que las personas migrantes no pueden ser alojadas en establecimientos carcelarios u otros destinados a personas condenadas o acusadas de haber cometido infracciones de naturaleza penal¹¹². La detención en este tipo de instituciones resulta

“incompatible con las garantías básicas de los derechos humanos”¹¹³.

Respecto de las condiciones de la detención, se ha establecido que los migrantes detenidos no deben ser expuestos a circunstancias que atenten contra sus derechos fundamentales y que puedan poner en riesgo su integridad física o su vida¹¹⁴. Al respecto, la CIDH se refirió a las condiciones de detención apropiadas subrayando “la responsabilidad que le cabe a los Estados de garantizar que los extranjeros detenidos, sobre todo aquellos retenidos por razones administrativas, no sean expuestos a condiciones que atentan contra sus derechos fundamentales y pueden poner en riesgo su integridad física o su vida”¹¹⁵. En relación con las personas menores de edad, deben tenerse en consideración los principios generales (interés superior del niño, derecho a una protección especial e integral¹¹⁶) al momento de diseñar y desarrollar las condiciones en que se debe ejecutar una medida privativa de libertad en circunstancias tan especiales y excepcionales: se trata de niños y niñas en una especial condición de vulnerabilidad quienes, en el peor de los casos, han infringido una normativa administrativa¹¹⁷.

En lo que respecta a los niños y niñas migrantes que se encuentran en el país de tránsito o destino junto a sus padres, deben interpretarse, armónicamente y en el marco de los estándares generales del DIDH, diversos principios. Nos referimos a las exigencias de que “todo niño

¹¹¹ CIDH, Relatoría sobre Trabajadores Migratorios, Segundo Informe de Progreso, cit., párr. 115.

¹¹² Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, Resolución 01/08, marzo de 2008, Principio XIX. Véase también, Convención Internacional para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, artículo 17; CIDH, Segundo Informe de Progreso de la Relatoría Especial sobre Trabajadores Migratorios y sus Familias en el Hemisferio, cit., párr. 110; Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria, Deliberación N° 5 sobre la situación de los inmigrantes y solicitantes de asilo, cit., principio 9.

¹¹³ CIDH, Resolución 03/08. En igual sentido, véase el Segundo Informe de Progreso, Relatoría sobre Trabajadores migratorios y sus Familias de la CIDH, cit., párr. 110.

¹¹⁴ Informe del Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria, A/HRC/7/4, cit., párrs. 57 y 58. En igual sentido, CIDH, Relatoría para los Trabajadores Migratorios, Segundo Informe de Progreso, cit., párr. 99.g.

¹¹⁵ CIDH, Relatoría sobre Trabajadores Migratorios, Segundo Informe de Progreso, cit., párr.94.

¹¹⁶ Esto “debe entenderse como un derecho adicional, complementario, que el tratado establece para seres que por su desarrollo físico y emocional necesitan protección especial” (Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, OC-17/02, cit., párr.54)

¹¹⁷ La Corte IDH entiende que “la forma en que se trata a un detenido debe estar sujeta al escrutinio más estricto, tomando en cuenta la especial vulnerabilidad de aquél, función estatal de garantía que reviste de particular importancia cuando el detenido es un menor de edad” y agregó que “esta circunstancia obliga al Estado a ejercer su función de garante adaptando todos los cuidados que reclama la debilidad, el desconocimiento y la indefensión que presentan naturalmente, en tales circunstancias, los menores de edad”; Corte IDH, Caso Bulacio v. Argentina, cit., párr. 126.

privado de libertad est[é] separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño” (artículo 37.c de la CDN)¹¹⁸, a que los niños en situación de detención no pueden ser separados de sus padres¹¹⁹ y a la obligación de garantizar el derecho a la vida familiar consagrado en numerosos tratados internacionales de derechos humanos. Ahora bien, podría señalarse que los niños y niñas migrantes pueden ser alojados en centros de detención siempre y cuando se encuentren junto a sus padres. De todas maneras, es razonable considerar que el interés superior del niño será siempre el no estar en ninguna clase de régimen de privación de la libertad. Por ello, como se señaló, los Estados deberían hacer el mayor esfuerzo con el fin de adoptar medidas alternativas a la detención, por las cuales la familia entera pueda estar en libertad.¹²⁰

En el caso de los niños y niñas migrantes no acompañados, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que, en el caso excepcional de que se disponga su detención, “las condiciones de la privación de libertad [...] se regirán por el interés superior del niño [...] se dispondrá lo necesario para que el alojamiento sea adecuado para los menores y esté separado de los adultos, a menos que lo contrario se considere conveniente en interés superior del menor”. A su vez, “los centros de detención no deberán localizarse en zonas aisladas donde no pueda accederse a recursos comunitarios adecuados desde el punto de vista cultural ni a asesoramiento jurídico. Los menores deberán tener oportunidad de establecer contactos periódicos con

amigos y parientes y con su tutor y recibir la visita de éstos, así como asistencia espiritual, religiosa, social y jurídica”. Por otra parte, en cuanto al ejercicio de los derechos fundamentales del niño en estas circunstancias, el Comité destacó el derecho de los niños y niñas migrantes “a recibir productos de primera necesidad y, de ser necesario, tratamiento médico adecuado y ayuda psicológica. Durante el período de privación de libertad, los menores tendrán derecho a recibir enseñanza, de ser posible fuera del lugar de detención, a fin de facilitarles la continuación de su educación una vez en libertad. También tendrán derecho al esparcimiento y el juego con arreglo al artículo 31 de la Convención”¹²¹.

En cualquier caso, siguiendo los lineamientos del Comité, resulta fundamental destacar que cualquier medida privativa de la libertad de niños y niñas migrantes, debe estar acompañada por una serie de políticas públicas que aseguren que tanto la determinación de los espacios como las condiciones de detención (así como la causa que justifica tal decisión) se orienten por el principio de “atención” y no de “privación de libertad” del niño¹²². Para ello, como indica la Corte Interamericana, las personas encargadas de los centros en los que disponga la detención de niños y niñas, deben estar debidamente capacitadas para el desempeño de su cometido¹²³. La efectiva garantía y aplicación de estas obligaciones, principios y estándares, requiere la adopción de políticas estatales, a partir de un marco jurídico adecuado. Resulta verdaderamente difícil dar

cumplimiento a tales exigencias sin el desarrollo de medidas que, entre otras, creen lugares de atención y protección social (e integral) para niños migrantes o que aseguren su acceso a derechos tales como la educación, el esparcimiento, etc.

Otro aspecto central a tener en cuenta en relación con las condiciones de detención de personas migrantes, es el de las normas de funcionamiento y los objetivos de los lugares en que se concreta la privación de libertad. Si, por un lado, la detención de migrantes no es un castigo, y por el otro, el principio central es la protección de los niños y niñas, resulta obligatoria la elaboración de políticas públicas que regulen, desde estos enfoques, el funcionamiento de dichos centros, particularmente en cuanto al régimen disciplinario, las actividades a realizar, las facultades de sanción y castigo de las autoridades responsables, el uso de armas y otros instrumentos de coerción, o las relaciones de las personas allí alojadas con la comunidad y las instituciones sociales y estatales de la localidad en que se encuentran, entre otras cuestiones.

En este sentido, es necesario que los Estados, con la participación de instituciones competentes (gubernamentales, internacionales y de la sociedad civil), diseñen centros de alojamiento que no tengan relación ni similitud alguna con lugares destinados al cumplimiento de sanciones, y sí con medidas alternativas. No resulta legítimo ni adecuado, por lo tanto, partir de un paradigma asociado a un régimen carcelario pues las circunstancias son radicalmente diferentes. Un sistema con mecanismos coercitivos

propios de una prisión contradice abiertamente las supuestas finalidades que legitimarían una eventual retención temporal de personas migrantes. Por el contrario, las asociaría al delito.

Al respecto, un extenso informe elaborado por expertos a solicitud del Parlamento Europeo, sobre el funcionamiento de unos 130 centros de detención de migrantes en los países de la UE, ha subrayado que en la amplia mayoría de los países existen regímenes de naturaleza carcelaria, lo cual es una política desproporcionada e inapropiada, que lleva a la criminalización de personas que no han cometido delito alguno¹²⁴.

En la mayoría de los países de América Latina y el Caribe, la cuestión de la detención de migrantes (adultos y niños), en particular en lo relativo al lugar y las condiciones en que se lleva a cabo esa privación de libertad, se aleja considerablemente de los principios y estándares de derechos humanos.

En relación con los lugares de detención, son muy escasos los países que han regulado normativamente los aspectos ligados a los establecimientos donde alojar a personas migrantes¹²⁵. Luego, casi ningún país cuenta con disposiciones específicas sobre los espacios donde albergar a niños y niñas migrantes, en caso de que la legislación admita la posibilidad de detenerlos en el marco de procedimientos migratorios¹²⁶.

Algunos países alojan a personas extranjeras en centros destinados exclusivamente a migrantes en

• 118 En igual sentido, la Corte IDH estableció que “para salvaguardar los derechos de los niños detenidos, especialmente su derecho a la integridad personal, es indispensable que se les separe de los detenidos adultos”. Corte IDH. OC-17/02, Condición Jurídica y derechos humanos del niño, Párr.28.

• 119 CIDH, Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, cit., Principio XIX.

• 120 Según el Relator de la ONU sobre Derechos de los Migrantes, los familias migrantes con niños no deberían ser alojadas en establecimientos similares a las prisiones, sino ubicados en lugares alternativos, apropiados a su condición (Mission to the United States of America, cit., 2008, párr. 125). En igual sentido, véase UNICEF Australia, Submission to the National Inquiry into Children in Immigration Detention, cit.

• 121 Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 6, cit., párr. 63.

• 122 Comité de Derechos del Niño, Obs. Gral. 6, cit., párr. 63. El mismo Comité recomendó al Estado mexicano que los niños que buscan asilo y los que no tienen un estatus migratorio regular, “no sean detenidos y tengan acceso a servicios especiales de recepción y atención” (CDN, Observaciones Finales, México, CRC/C/MEX/CO/3, del 8 de junio de 2006, párr. 61.d). Véase también, Corte Suprema de Sudáfrica (Transvaal Provincial Division), Caso Centre for Child Law and Isabelle Ellis v The Minister for Home Affairs and others, Caso no. 22866/2004, del 8 de septiembre de 2004.

• 123 Corte IDH, Caso Bulacio v. Argentina, cit., párr. 136.

• 124 Estudio The conditions in centres for third country national (detention camps, open centres as well as transit centres and transit zones)...in the 25 EU member states, cit., pp. 15, 180.

• 125 Uno de esos pocos es México, a través de las Normas para el funcionamiento de las Estaciones Migratorias del Instituto Nacional de Migración.

• 126 Como ya se destacó, sólo Panamá prohíbe la detención de niños, mientras que Venezuela no permite la detención cautelar de ninguna persona migrante. En el caso de México, las Normas para el funcionamiento de las Estaciones Migratorias del Instituto Nacional de Migración reconocen a los niños migrantes en situación de detención los siguientes derechos: el derecho a permanecer al lado de su familia o reintegrarse a ella; a participar en actividades recreativas, educativas, culturales, deportivas y de esparcimiento acordes a sus necesidades; a contar con actividades que propicien la convivencia y estancia con otros niños, niñas y adolescentes; y a que se privilegie su estancia en instituciones adecuadas para su sano desarrollo físico y emocional (art. 27). De todos modos, en la práctica, el tratamiento a los niños se distingue según éstos tengan entre 13 y 17 años o sean menores de 12 años, siendo los primeros detenidos junto a los adultos, y los segundos en centros específicos para niños. Al respecto, el ACNUR ha cuestionado esta diferenciación ya que todos son niños según la Convención (ACNUR, La protección internacional de las niñas y niños no acompañados o separados en la frontera sur de México (2006-2008), cit., p. 6).

• 127 Guatemala, Ley de Migración, art. 111; Nicaragua, ley 154, art. 65; Panamá, Decreto Ley 3/08, art. 93.

otros lo hacen en dependencias policiales o carcelarias¹²⁸. En otros casos, la normativa deja a la discrecionalidad de la autoridad competente la decisión acerca del lugar donde retener a las personas migrantes en este tipo de procedimientos, o bien no dice nada al respecto¹²⁹. Algunos países han reformado su legislación, pasando de un régimen que preveía la detención en centros carcelarios o policiales a otro en el cual la privación de libertad sólo podría realizarse en albergues preventivos de corta estancia u otros centros especialmente creados al efecto¹³⁰. Ello, sin perjuicio de lo ya señalado sobre la ausencia de medidas alternativas o de las diferencias que puedan existir en cada lugar respecto de las condiciones de detención.

En países cuya legislación indica que la detención debe efectuarse en centros especializados, se ha informado sobre la detención de migrantes (incluyendo niños y adolescentes) en comisarías o penitenciarias, ante la ausencia de espacio suficiente en los centros de detención migratorios¹³¹. En las instituciones penitenciarias, a su vez, se ha evidenciado que la detención de migrantes no se produce en un espacio separado al que ocupan las personas acusadas por la comisión de delitos¹³².

Por otra parte, sin perjuicio de la falta de regulación de la particular situación de los niños y niñas, en la práctica de varios países se dispone su detención junto a sus familiares en los mismos centros de detención que albergan a otros adultos¹³³. En pocos casos, los niños y niñas son alojados en centros de atención, a veces junto a sus familias y otras veces de manera separada a sus padres¹³⁴. A su vez, la normativa de muy pocos países establece, en leyes o reglamentos administrativos, la prioridad del alojamiento de niños y niñas migrantes en centros separados, destinados a asegurar su desarrollo y atención integral en tales circunstancias¹³⁵. En escasas oportunidades, la normativa señala que cuando se trate del aseguramiento de familias, se alojarán en la misma instalación y la autoridad permitirá la convivencia diaria, de conformidad con las disposiciones administrativas aplicables¹³⁶.

Por otra parte, aún cuando la normativa establece expresamente la opción de detención de migrantes, en la generalidad de los países no está explícitamente fijado el plazo máximo que puede tener esa privación de libertad¹³⁷. En ningún caso se hace una distinción, en cuanto al plazo de esa duración según se trate de niños o adultos. En la práctica, esa detención puede durar horas, días, semanas, meses o incluso años¹³⁸. En ciertas

ocasiones, situaciones como la inexistencia de un plazo legal, la ausencia de plazo en la orden de detención o la superación del plazo previsto en la ley o en la decisión de la autoridad competente, han sido impugnadas por tribunales de justicia¹³⁹. En alguno de estos casos, se ha prolongado la detención bajo el argumento de la carencia de recursos económicos para costear los gastos de traslado al país de origen¹⁴⁰. La detención también se extiende por problemas logísticos, o por la falta de representación consular o diplomática para determinar la nacionalidad de la persona migrante, sobre todo cuando ésta no es nacional de países de la región¹⁴¹.

En otro orden de ideas, cabe subrayar que en la mayoría de los países en los que existen instituciones destinadas a la detención de personas migrantes, éstos carecen de una regulación que establezca las condiciones para su funcionamiento¹⁴². Al respecto, informes de organizaciones no gubernamentales, organismos internacionales o bien resoluciones de tribunales judiciales, han dado cuenta de las inadecuadas condiciones de estos lugares. En estos diagnósticos cuestiones como las siguientes: escasez de camas, la mala calidad nutricional de los alimentos

suministrados, las condiciones de hacinamiento, la insuficiencia de ventilación y de luz, tanto natural como artificial, la falta o deficiente atención médica, las malas condiciones higiénicas, etc.¹⁴³. Asimismo, se ha señalado que hay centros de detención de migrantes en aeropuertos internacionales, espacios que resultan inadecuados cuando la detención se prolonga por más de un día, debido a la falta de instalaciones básicas (camas, duchas, comedores, cocinas, etc.)¹⁴⁴.

En cuanto a los niños y niñas, la revisión de la normativa y las políticas aplicadas en cada país, así como informes existentes al respecto, demuestran la ausencia de políticas específicamente destinadas a considerar sus necesidades, intereses y derechos. En la generalidad de los casos, la falta de actividades y espacios de recreación, la falta de provisión de servicios educativos y, en general, la no aplicación (en estas circunstancias) de los mecanismos existentes en el país para la protección integral de la infancia, contribuyen a generar condiciones arbitrarias de privación de libertad y al incremento del nivel de vulnerabilidad de la situación en que se encuentran muchos de esos niños y niñas¹⁴⁵.

• 127 Guatemala, Ley de Migración, art. 111; Nicaragua, ley 154, art. 65; Panamá, Decreto Ley 3/08, art. 93.

• 128 Chile, Decreto 1094/75, art. 89; Ecuador, Decreto Supremo No. 1899/71, art. 31. En Argentina, hasta 2004, la detención se efectuaba en comisarías y centros penitenciarios (Véase, Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria sobre su visita a Argentina, del 23 de diciembre de 2004, E/CN.4/2004/3/Add.3, párr. 58).

• 129 Antigua y Barbuda, Immigration Act, art. 35.1; Argentina, Ley de Migraciones, art. 72; Jamaica, Immigration Restriction (Commonwealth Citizens) Act, del 27 de diciembre de 1945, art. 32.4.1; Paraguay, Ley de Migraciones, art. 83; República Dominicana, ley 285, art. 126.

• 130 Panamá, Decreto Ley No. 3, del 22 de febrero de 2008, art. 93 (a diferencia de lo que disponía el art. 67 del Decreto Ley 16, del 30 de junio de 1960).

• 131 Relatoría de la CIDH sobre Trabajadores Migratorios, Segundo Informe de Progreso, cit., capítulo VII.

• 132 Comité de Protección de los Derechos de los Todos los Trabajadores Migrantes y sus Familias, Observaciones Finales: Ecuador, CMW/C/ECU/CO/1, del 5 de diciembre de 2007, párrs. 23, 24.

• 133 Es el caso de las Estaciones migratorias en México, especialmente cuando los niños son mayores de 12 años. Ver también, Amnistía Internacional, Bahamas, Forgotten Detainees? Human Rights in Detention, AMR 14/005/2003, octubre de 2003; Coalición Interinstitucional para el seguimiento y difusión de la Convención sobre la protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias, Informe sombra al primer informe del Estado ecuatoriano sobre cumplimiento de la Convención, Ecuador, abril de 2007, p. 16.

• 134 Por ejemplo, en algunas regiones de México (como Chiapas), cuando se trata de niños de hasta 12 años de edad.

• 135 México, Normas para el Funcionamiento de las Estaciones Migratorias del Instituto Nacional de Migración, art. 27.IV.

• 136 Reglamento de la Ley General de Población, México, art. 208.VIII.

• 137 Esta ausencia ha sido cuestionada por diversos organismos internacionales, entre ellos: Comité contra la Tortura, Observaciones Finales, Costa Rica, CAT/C/CRI/CO/1, del 15 de mayo de 2008, párr. 10; Relator de Naciones Unidas sobre derechos de las personas migrantes, Visita a Guatemala, 2008, nota de prensa, cit. Una excepción se verifica en Nicaragua, que fija en 48 horas el plazo máximo de detención, el cual puede extenderse hasta 30 días en caso que "no existiera en el territorio nacional representación diplomática del país de origen" (Ley No. 240 de Control del Tráfico de Migrantes, cit., art. 21).

• 138 Según CERD, en Bahamas algunas detenciones se han prolongado por un año o más (CERD, Observaciones Finales, Bahamas, CERD/C/64/CO/1, del 28 de abril de 2004, párr. 17). En Brasil, por su parte, la detención puede extenderse por 90 días, prorrogable por 90 días más (Lei No. 6.815, art. 69).

• 139 La Corte Suprema de El Salvador señaló: "advierte con preocupación la 'práctica' ejecutada por la autoridad administrativa, específicamente el Ministerio del Interior y la Dirección General de Migración, de privar de su libertad por tiempo indefinido al extranjero que ingresa ilegalmente al territorio. En materia de privación de derechos fundamentales, priva el llamado principio de legalidad, por el cual, únicamente el legislador puede establecer los supuestos por los cuales el Estado podrá limitar o restringir el ejercicio de ciertos derechos; es el llamado principio de reserva de ley, por el cual, es competencia exclusiva del legislador establecer los casos de limitación o restricción de derechos, y siempre dentro de los límites que la Constitución le señala al legislador" (caso No. 70-98, Rosales vrs. Ministro del Interior y del Director General de Migración).

• 140 CIDH, caso Jesús Vélez Loo v. Panamá, cit., caso 12.581, Audiencia del 28 de octubre de 2008, en www.cidh.org/audiencias; Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos de El Salvador, Informe del Procurador al Comité de la ONU sobre Trabajadores Migrantes y sus Familias, El Salvador, abril de 2008, párrs. 196-198 y 236.

• 141 Relatoría de Trabajadores Migratorios de la CIDH, Segundo Informe de Progreso, cit., cap. VII.

• 142 En el caso mexicano, las Normas para el funcionamiento de las Estaciones Migratorias del Instituto Nacional de Migración.

• 143 Entre los organismos internacionales, véanse: CIDH, Relatoría de Trabajadores Migrantes, Visita in loco a Guatemala, en Cuarto Informe de Progreso, 2002, párrs. 385-389, y Segundo Informe de Progreso, cit., cap. VII; Comité de Derecho Humanos, Observaciones Finales, Costa Rica, CCPR/C/CRI/CO/5, del 16 de noviembre de 2007, párr. 9. En cuanto a resoluciones judiciales, ver Corte Suprema de Costa Rica, Tribunal Constitucional, Sala Constitucional, voto N° 12819-07, del 4 de septiembre del 2007; Guatemala, caso Exhibición personal C-24-2002, de la Sala duodécima de la Corte de Apelaciones, constituida en Tribunal Constitucional de exhibición personal, del 13 de febrero de 2002. Entre los informes de organizaciones no gubernamentales, véase Amnistía Internacional, Bahamas, Forgotten Detainees?, cit.

• 144 CERD, Observaciones Finales, Bahamas, CERD/C/64/CO/1, del 28 de abril de 2004, párr. 20; Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos de El Salvador, Informe al Comité de Trabajadores Migrantes, cit., 2008.

• 145 Sin Fronteras, Migrantes adolescentes no acompañados, Documento elaborado en el marco del proyecto Desarrollo de un Modelo de Atención para Migrantes Adolescentes no Acompañados durante su proceso migratorio en México y Propuestas para mejoramiento de los procesos de deportación desde México y recepción y reintegración en Guatemala; Ciudad de México, 2008; Sin Fronteras, Situación de los derechos humanos de la población migrante en las estaciones migratorias de la ciudad de México y de Tapachula, Chiapas, 2005-2007; Ciudad de México, 2007.

En relación con el derecho a la integridad física de las personas alojadas en esta clase de centros, es preciso indicar que organismos internacionales, como el Comité para los Derechos de los Trabajadores Migrantes y sus Familias, han indicado que existen reportes de casos de tratos crueles y hacinamiento en algunos centros de detención de migrantes, incluso respecto de niños y niñas¹⁴⁶.

Para finalizar, tanto el marco normativo existente en diversos países, que regula la detención de migrantes, independientemente del lugar concreto, a partir de una perspectiva que prioriza la cuestión de la seguridad¹⁴⁷ -cuando no del castigo-, como la información existente sobre el funcionamiento real de esos espacios, dan cuenta de regímenes de privación de libertad que se asimilan a los previstos para las instituciones carcelarias. En la amplia

mayoría de los países de América Latina y el Caribe, las personas migrantes se ven sometidas a sistemas de retención que lejos de procurar la protección y la atención, se caracterizan por regímenes disciplinarios, de castigo y de restricción de la libertad y los derechos. Estos parámetros no varían en el caso de los niños y niñas migrantes que son alojados en tales establecimientos¹⁴⁸.

A partir de este repaso sucinto sobre las características de los ámbitos y condiciones en que se priva de la libertad a personas migrantes en los países de América Latina y el Caribe, y a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos aplicables a estas circunstancias, consideramos apropiado formular las siguientes recomendaciones destinadas a los Estados y otros actores relevantes.

Recomendaciones sobre lugares y condiciones de detención

- Para los casos en que correspondiera aplicar alguna medida que implique la detención de personas migrantes en el marco de procedimientos migratorios, los Estados deben regular, en su legislación, el funcionamiento de los ámbitos físicos en los que se concretará a privación de libertad. Del mismo modo, se debe establecer legalmente el plazo máximo y las condiciones de esa detención.
- Dicha regulación debería establecer explícitamente que el enfoque de derechos humanos y el principio de protección y no castigo, constituirán los vectores fundamentales a partir de los cuales se definirán esos centros y las condiciones de la detención.
- En cuanto a la detención de niños y niñas migrantes, los Estados deben asegurar que la ley regule dicha posibilidad (salvo que expresamente la prohíba), con base en los estándares internacionales de derechos humanos, en particular el interés superior del niño y la obligación de proteger integralmente sus derechos. Entre los aspectos prioritarios a considerar en dicha regulación destacamos:
 - Cuando se trate de niños y niñas no acompañados, respetando la regla general que impide su detención, la ley debe crear los centros de atención y protección social adecuados.
 - En el caso de niños y niñas migrantes con sus padres, la normativa debe diseñar los centros sociales apropiados para asegurar un alojamiento respetuoso del principio de unidad familiar.
 - En cualquier caso en que los niños y niñas migrantes (solos o acompañados) sean alojados en un centro determinado en razón de su condición migratoria, y sin perjuicio del tipo de establecimiento, la legislación deberá establecer que el plazo y las condiciones de detención se definan en función del interés superior del niño, para su protección integral y el aseguramiento efectivo de sus derechos fundamentales.

Recomendaciones sobre lugares y condiciones de detención (continuación)

- Los Estados deben diseñar las políticas públicas correspondientes a fin de hacer efectiva la existencia de lugares que cuenten con las características y condiciones antes señaladas. Ello incluye, por un lado, el aseguramiento de los recursos necesarios, y por el otro, la realización de acciones que garanticen una adecuada capacitación de las personas que desempeñen tareas en estas dependencias.
- Las políticas relativas a regular los centros de detención o alojamiento de personas migrantes deberán asegurar el diseño de un sistema completamente diferente al existente en centros penitenciarios, ya que se trata de personas en situación de vulnerabilidad cuyo alojamiento en tales sitios no se motiva en la comisión de un delito.
- Los Estados deberían crear, por ley, mecanismos independientes de control de los centros, en particular de las condiciones de detención y el efectivo ejercicio de los derechos y garantías fundamentales por parte de las personas allí alojadas.
- Los Estados deben asegurar mecanismos independientes que evalúen las denuncias de malos tratos efectuadas por migrantes detenidos en estos establecimientos, así como el cumplimiento por parte del poder judicial del deber de investigar seria y diligentemente este tipo de delitos. Un mecanismo que supervise esta clase de hechos debería estar específicamente adecuado a los casos en que las víctimas sean niños y niñas.
- Los Estados deben reconocer por ley -y reglamentar razonablemente-, la posibilidad de acceso permanente a estos centros para las organizaciones sociales, incluidas las entidades defensoras de derechos humanos, las asociaciones de migrantes y demás instituciones concernidas.
 - Es necesario que tanto las normas como la práctica institucional en estas dependencias, garanticen el derecho de los niños y niñas a ser visitados periódicamente por familiares, amigos, representantes legales, religiosos y de la sociedad civil (entre ellos, asociaciones de personas oriundas de su mismo país).
- Los funcionarios y personal de dichos establecimientos deben estar particularmente capacitados para atender y proteger a grupos sociales en tal nivel de vulnerabilidad, como son las personas migrantes en situación irregular, y especialmente los niños y niñas. A tal fin, se deberían diseñar los mecanismos apropiados para alcanzar y certificar esa capacitación, que debe estar basada en un enfoque de derechos humanos y la noción de protección integral de la infancia.
- Deben implementarse las medidas dirigidas a asegurar las condiciones de higiene, alimentación y salubridad, entre otras, tomando en consideración, y como objetivos prioritarios, el mejor interés y desarrollo de los niños.
- Deben arbitrarse las medidas y los mecanismos oportunos para garantizar que los niños y niñas ejerzan, en tales circunstancias, derechos fundamentales tales como la recreación, la salud (física y psíquica) y la educación (que debe procurarse fuera del lugar de retención, salvo que el centro -no cerrado- cuente con las instalaciones adecuadas).
- Las oficinas de UNICEF podrían desarrollar, en la región y junto a otras instituciones concernidas, iniciativas que permitan supervisar eficazmente los lugares creados por los Estados para el alojamiento o detención de personas migrantes (niños y niñas, en particular) en el marco de procedimientos migratorios. Entre otros aspectos, podrían evaluarse los marcos normativos que regulan estos establecimientos, su ubicación, el cumplimiento de los plazos de detención, las condiciones de habitabilidad, el régimen disciplinario, la capacitación del personal a cargo, la garantía de derechos en esas circunstancias, el rol del poder judicial y otros organismos públicos (defensorías del pueblo, institutos de protección de la infancia, entre otros), el acceso de instituciones sociales, etc.

• 146 Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y sus Familias, Observaciones Finales: México, CMW/C/MEX/CO/1, del 8 de diciembre de 2006, párrs. 27-30.

• 147 Véase, en este sentido, la reglamentación de los albergues previstos en la legislación migratoria de Guatemala (Reglamento de la ley de migración, Acuerdo Gubernativo 529/99, art. 96).

• 148 Existen legislaciones, como las Normas para el Funcionamiento de las Estaciones Migratorias del Instituto Nacional de Migración (México) que prevén la imposición de medidas disciplinarias de hasta 20 días de encierro como castigo (art. 39). Organizaciones no gubernamentales tomaron conocimiento de medidas de "aislamiento" aplicadas a niños (Foro Migraciones, Informe Alternativo México, presentado al Comité de Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias, diciembre de 2005, p. 22).



Foto: Luis Vera, Paraguay

Políticas migratorias, garantías de debido proceso y el derecho a la vida familiar de niños y niñas migrantes e hijos e hijas de migrantes

Políticas migratorias, garantías de debido proceso y el derecho a la vida familiar de niños y niñas migrantes e hijos e hijas de migrantes

Capítulo 2

1. Introducción

Las garantías de debido proceso son herramientas esenciales para la defensa y protección de los derechos fundamentales. El ejercicio de los derechos humanos por parte de las personas migrantes que buscan ingresar en el territorio del país de destino, o no ser expulsados del lugar en el que anhelan instalarse, se vincula estrechamente con el tipo de procedimientos migratorios regulados por ese Estado. La vigencia, o no, de las mencionadas garantías en los procesos previstos puede ser determinante no sólo para su permanencia en el país sino también para la realización de sus derechos. Concientes de ello, los gobiernos sudamericanos han afirmado que “las garantías procesales para la protección de los derechos humanos de los migrantes y la observancia de los principios fundamentales del Derecho Internacional y de los acuerdos internacionales en la materia, tienen primacía y no deben estar subordinadas a la implementación de políticas públicas”¹⁴⁹.

En el marco de los referidos procesos, un derecho que suele estar fuertemente implicado es el derecho a la vida familiar. Garantizado en diversos tratados internacionales de derechos humanos, este derecho tiene una particular relevancia para las personas migrantes ya que las decisiones estatales pueden afectar la vida familiar

fundamentalmente en dos circunstancias: en primer lugar, a través de aquellas medidas de control migratorio (entre ellas la expulsión) que pudieran significar la separación de padres e hijos; en segundo término, en el tratamiento que se dé al principio de unidad familiar en las disposiciones relativas al ingreso y la residencia, y en particular, en la radicación por vínculo familiar y el mecanismo de reagrupación familiar.

En el caso de los niños y niñas en contextos de migración, tanto las garantías procesales como el derecho a la vida familiar, tienen una importancia sustancial. Por ello, en este capítulo se examinará la vigencia de las garantías de debido proceso de niños y niñas migrantes e hijos e hijas de migrantes en trámites de expulsión, ingreso, repatriación o residencia, y el respeto o vulneración, según el caso, del derecho a la vida familiar en dichos procedimientos. En función de dicho análisis, junto a los estándares internacionales aplicables a estas temáticas, se describirá el marco jurídico, prácticas y políticas públicas desarrolladas por los Estados de la región, que inciden en la vigencia, o no, de esas garantías. Asimismo, evaluaremos el grado de reconocimiento del derecho a la vida familiar de niños y niñas en esas circunstancias, así como las cuestiones pendientes en relación con ambas temáticas.

En cuanto a las garantías, se observarán en

particular los siguientes procedimientos: aquellos relativos a la entrada al país de destino en una zona de frontera; los que atañen a la determinación del estatus migratorio o el otorgamiento de una residencia de acuerdo con una categoría prevista en la normativa migratoria vigente (familia, trabajo, estudios, otros); y, finalmente, los que se refieren a la emisión y tramitación de una decisión de expulsión, repatriación o retorno.

En el análisis de cada uno de estos procesos, se tendrán en cuenta las distintas situaciones en las que puede encontrarse el niño. Estas circunstancias pueden ser: que haya migrado con su familia o lo haya hecho no acompañado -tanto si sus padres han permanecido en el país de origen como si se encuentran en el país de destino-, que exista un proceso de expulsión seguido contra alguno de sus progenitores migrantes siendo el niño nacional del país en que habita el grupo familiar, y que sus padres hayan iniciado los trámites para la reunificación familiar.

A continuación indagaremos en la vigencia del derecho a la vida familiar en el marco de los mencionados procesos. El modo en que se regulan las condiciones de acceso y permanencia de personas migrantes en el territorio de un Estado del cual no son nacionales, puede ser concluyente en cuanto a la posibilidad, o no, de ejercer una vida familiar en el país de destino. Como se verá, diferentes organismos internacionales y tribunales

nacionales se han referido a esta cuestión. Por ello, en los procedimientos de índole migratoria, analizaremos en qué medida su regulación e implementación se ajusta a los deberes concretos que se derivan de la obligación de proteger y garantizar tal derecho a todas las personas que están bajo la jurisdicción de un Estado.

Por último, comentaremos las implicaciones que tienen, en los procedimientos de ingreso y residencia de migrantes, ciertas cláusulas normativas que establecen causales que impedirían a los migrantes ingresar y permanecer en otro país, algunas de las cuales configuran mecanismos contrarios al principio de no discriminación.

La vigencia de las garantías de debido proceso y del derecho a la vida familiar de la niñez en contexto de migración requiere, por un lado, políticas públicas que reconozcan y busquen asegurar tales derechos a todas las personas migrantes, y por el otro, que esas medidas contemplen mecanismos especiales que tengan en cuenta las necesidades y derechos específicos de los niños y niñas. En este sentido, la Corte Interamericana ha subrayado que “si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños y niñas el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran [...], la adopción de ciertas medidas específicas con .../.

¹⁴⁹ Declaración de la VIII Conferencia Sudamericana de Migraciones, Montevideo, 19 de septiembre de 2008, párr. 6.

el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías”¹⁵⁰.

Sin embargo, tal como hemos advertido al analizar las políticas de detención de niños y niñas migrantes, una primera reflexión sobre la realidad en América Latina y el Caribe revela una ausencia generalizada de mecanismos normativos y ejecutivos destinados específicamente a las garantías de debido proceso de los niños y niñas en los procedimientos migratorios. La amplia mayoría de las legislaciones, políticas y prácticas de la región, referidas a los trámites de ingreso, permanencia o salida de personas migrantes, y concretamente a la provisión de garantías esenciales en esos casos, carece del enfoque transversal de edad necesario para garantizar el ejercicio de los derechos por parte de los niños y niñas migrantes. Por el contrario, una característica de la regulación vigente en muchos Estados de la región es la falta de mecanismos ceñidos a los derechos y necesidades de la niñez migrante -por ejemplo, la provisión de tutores a niños y niñas no acompañados, o su participación en los procesos de expulsión de sus padres-, que permitan hacer efectivo, entre otras cuestiones, que la decisión contemplará el principio de interés superior del niño.

Esta omisión se ve agravada, como se observará, por el hecho de que algunas de las normativas vigentes omiten prever, o incluso niegan expresamente, en los diferentes procesos reglamentados, ciertas garantías procesales fundamentales, como por ejemplo, el derecho a un recurso administrativo y/o judicial o el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Asimismo, en la normativa migratoria de la región existen lagunas en cuanto al derecho a la

vida familiar de niños, niñas o hijos e hijas de migrantes. Por ejemplo, las disposiciones vigentes en los procesos que pueden derivar en una separación de padres e hijos, como consecuencia de una orden de expulsión del país dictada a los padres de niños y niñas nacidos en el país de destino, la regulación de la reunificación familiar en el país de destino o de la vida familiar de niños y niñas no acompañados, bien en el país de origen o en el de destino. Las omisiones e incluso francas transgresiones a los principios de derechos humanos verificadas en la regulación de estas cuestiones, configuran un escenario en el cual urgen importantes cambios que permitan asegurar el respeto del derecho a la vida familiar.

Antes de ingresar en detalle en las dos temáticas centrales de este capítulo, ofrecemos, a modo de introducción conceptual, una aproximación al contenido del principio que debería guiar los procedimientos posibles derivados del retorno de un niño migrante al país de origen, ya sea que se encuentre solo o con sus padres. Nos referimos al principio que prohíbe identificar la expulsión como una sanción. El corolario de este principio es que la repatriación, cuando corresponda, sólo podrá constituirse como una medida de protección dispuesta en el interés superior del niño y luego de un proceso respetuoso de las garantías fundamentales de debido proceso y de otros derechos que pudieran estar involucrados en cada caso (entre ellos, el derecho a la vida familiar).

2. El principio de no expulsión de niños y niñas migrantes como sanción

La decisión de repatriar a un menor de edad desde el país donde habita hacia su país de origen, sea que se encuentre con su familia o que se trate de un niño no acompañado, deberá adoptarse teniendo en cuenta el interés superior del niño. Ello implica que la medida tendrá que estar enmarcada en una lógica de protección y no de sanción. En ningún caso una medida que disponga el retorno de un niño migrante al país del que es nacional debiera tener una naturaleza sancionatoria.

Si se trata de niños y niñas que migran con su familia, es razonable entender que, sin perjuicio de las causas puntuales que hayan impulsado el traslado, la decisión de migrar ha sido de los padres, por lo que difícilmente el Estado de destino puede imponer una sanción a niños o niñas en razón de aquello que han determinado sus padres. Menos aún si la expulsión conlleva, como sucede usualmente, una pena adicional generalmente materializada en la prohibición de reingreso a ese país por una determinada cantidad de años. Por lo tanto, ante una eventual expulsión de los padres debido a un ingreso irregular o a la falta de permiso de residencia, la repatriación o retorno de su hijo o hija al país de origen no debería disponerse con el carácter de sanción sino como una medida para su protección en razón del principio de unidad familiar, y siempre que ello sea en su interés superior (lo que implica, entre otras cuestiones, asegurar su derecho a ser oído, atendiendo a su edad y madurez).

En el caso de niños y niñas no acompañados, la respuesta del Estado de destino debe estar basada,

indefectiblemente, en una lógica de protección integral de la infancia. La situación de vulnerabilidad en que se encuentran los migrantes menores de edad en estos casos es un elemento que refuerza la imposibilidad de concebir la decisión sobre su futuro en los términos de una sanción. Asimismo, es preciso que la evaluación que haga el Estado sobre si el retorno al país de origen es la solución que mejor satisface el interés superior del niño, particularmente por razones de unidad y reunificación familiar, se alcance luego de un procedimiento que, por un lado, respete las debidas garantías procesales del niño, y por el otro, incluya las pertinentes indagaciones a fin de asegurar que la repatriación a su familia y comunidad no sólo será posible y efectiva sino también en su mejor interés y protección.

Organismos internacionales como el Comité de los Derechos del Niño y el ACNUR, así como otras instituciones públicas y de la sociedad civil de distintos países, han afirmado el principio de protección que debería guiar la actuación de los Estados en estos procedimientos, frente a los objetivos y metas que se puedan fijar en materia migratoria. En este sentido, el Comité ha señalado, en relación con los niños y niñas no acompañados, que “el retorno al país de origen podrá decidirse, una vez ponderados debidamente el interés superior del menor y otras consideraciones, si estas últimas están fundadas en derechos y prevalecen sobre el interés superior del menor [...] Los argumentos no fundados en derechos, por ejemplo, los basados en la limitación general de la inmigración, no pueden prevalecer sobre las consideraciones fundadas en el interés superior”¹⁵¹.

• 150 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/02, Condición Jurídica y Derechos de los Niños, cit., párr. 98.

• 151 Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 6, cit., párr. 86.

Asimismo, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y la Alianza Internacional Save the Children destacaron la necesidad de ponderar el interés superior del niño al momento de decidir su retorno: “Un menor no acompañado sólo podrá ser devuelto si se considera que la devolución es en interés superior del menor. Todas las demás consideraciones, por ejemplo, la lucha contra la inmigración ilegal, han de ser secundarias. La mejor forma de llevar a cabo la reunificación familiar y el regreso al país de origen es hacerlo de forma voluntaria. Los menores han de ser plenamente informados y consultados y sus opiniones respetadas a lo largo de todo el proceso. El tiempo que un menor haya estado fuera de su país de origen y su edad son factores importantes a tomar en cuenta en ese proceso”¹⁵².

Por su parte, la Red Europea de Defensores de la Niñez señala la importancia de que la repatriación sólo sea decidida si atiende al mejor interés del niño: “El principio ENOC [European Network Ombudspersons for Children] no.10 define el regreso de los menores como una re-integración en su entorno social de origen (familia, institución de atención u otros), la cual debe ser buscada sólo a través de una repatriación asistida voluntaria y sólo si esta es considerada ser de sus mejores intereses, después de una cuidadosa evaluación incluyendo la debida atención de sus puntos de vista. El Artículo 10 de la Directiva no garantiza una re-integración, sino deja la re-patriación como una tarea de la policía...”¹⁵³

En definitiva, las políticas de control migratorio, aplicadas en las circunstancias comentadas, deben

partir de un principio que podríamos sintetizar como “niño primero, migrante segundo”, lo cual exige asegurar un enfoque de “protección de la niñez” en materia de control migratorio. El énfasis debe colocarse en garantizar que las normas y las prácticas de control sean compatibles con las obligaciones que emanan de las normas nacionales y los tratados internacionales relativos a los derechos de la niñez¹⁵⁴.

En la amplia mayoría de las normativas migratorias de los países de América Latina, la regulación de las causas de expulsión por infracciones de índole migratoria y de los procedimientos a seguir en estos casos, no incluye alusión alguna o distinción respecto de los niños y niñas migrantes¹⁵⁵. Es por ello que una primera observación en relación con la legislación vigente en la región nos obliga a enfatizar en la necesidad de reformular el marco jurídico a fin de ajustar cualquier acto que involucre la repatriación de un niño a una lógica centrada en la protección y no en la sanción de la condición migratoria irregular en que pueda encontrarse.

3. Procedimientos migratorios y garantías de debido proceso

De acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el debido proceso legal es el conjunto de requisitos que deben respetarse en las instancias procesales a fin de que las personas estén en condiciones de defender sus derechos frente a cualquier acto del Estado que pueda afectarlos, se trate de un procedimiento administrativo o jurisdiccional¹⁵⁶. Entre estos procesos, deben incluirse todos aquellos que resuelvan acerca del ingreso, la permanencia o la salida del país de las personas migrantes.

De manera más específica, la Corte IDH señaló que el derecho al debido proceso legal debe ser reconocido y garantizado a todo los migrantes, sin perjuicio de la condición migratoria en que se encuentren¹⁵⁷. De esta manera, ha fijado un amplio marco protector al debido proceso legal en el ámbito de la migración¹⁵⁸. A modo de ejemplo, la Corte destacó que en estos procedimientos puede vulnerarse el derecho a las garantías y a la protección judicial por circunstancias tales como el riesgo de la persona a ser deportada o privada de su libertad cuando acude a las instancias administrativas o judiciales, así como por la negativa de la prestación de un servicio público y gratuito de defensa legal a su favor, lo cual impide que se hagan valer los derechos en juicio, siendo un deber del Estado garantizar que el acceso a la justicia sea efectivo, no solo formal sino real¹⁵⁹.

Por su parte, la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y sus Familias de la CIDH, ha señalado

que en todo procedimiento de carácter no penal a que pueda verse sometido un trabajador migrante, debe regir un cierto quantum de debido proceso y destacó que, en todos los casos en los que está en juego el goce efectivo de un derecho o un interés legítimo, las decisiones de la autoridad pública deben adoptarse sólo después de que el interesado sea debidamente escuchado por las autoridades. Finalmente indicó que el principio del debido proceso, es aplicable no sólo a las decisiones jurisdiccionales sino también a las que adoptan las autoridades administrativas¹⁶⁰.

En el ámbito migratorio predominan los procesos de tipo administrativo, sin perjuicio de las mayores o menores facultades que cada país otorga a los tribunales de justicia. Los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos han afirmado que en aquellos casos en que las personas involucradas en el proceso son niños o niñas, se mantiene -e incluso podríamos enfatizar que se refuerza- el deber de asegurarles las garantías fundamentales de debido proceso¹⁶¹.

Los diferentes elementos que conforman el debido proceso legal a nivel administrativo y judicial (por ejemplo, el derecho a un proceso y a que éste se encuentre regulado por ley, el derecho a una decisión fundada, a ser oído, a contar con asistencia jurídica gratuita, a recurrir la decisión, a acceder a la justicia para que sea revisada la decisión, etc.) no sólo deben estar garantizados a toda persona sujeta a la jurisdicción de un Estado, incluidos los y las migrantes con independencia de su estatus migratorio, sino que, en el caso de los niños y niñas, deben estar ajustados a su condición, necesidades

• 152 ACNUR y Save the Children, Tercera Edición de la Declaración de Buenas Prácticas del Programa de Menores no Acompañados en Europa, 2004, párr. 13.6.1.

• 153 ENOC, Declaración sobre el ‘Retorno’ de la Directiva de la UE, del 18.6.2008.

• 154 Crowley, Heaven, ILPA (Immigration Law Practitioners’ Association) position paper, “Child First, Migrant Second. Ensuring that every child matters”, London, 2006, pp. 64-66.

• 155 A modo de excepción, la nueva ley migratoria de Costa Rica establece que: “Las personas menores de edad no serán sujetos de deportación, ni expulsión del territorio nacional, salvo en resguardo de su propio interés” (art. 185).

• 156 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, cit., párrs. 124-127.

• 157 Ídem, párr. 122.

• 158 Instituto Interamericano de Derechos Humanos, “El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: su jurisprudencia sobre debido proceso. DESC, libertad personal y libertad de expresión”, Costa Rica, 2005, p. 61.

• 159 Corte IDH, OC-18/03, párr. 126.

• 160 CIDH, Relatoría sobre Trabajadores Migratorios, Segundo Informe de progreso, cit., párr. 95.

• 161 Corte IDH, OC-17/02, Condición Jurídica y Derechos del Niño, cit., párrs. 92-103.

y derechos. A su vez, tal como hemos comentado en otros pasajes de este estudio, las personas migrantes cuentan con garantías específicas, como el derecho a la asistencia consular, la prohibición de dictar expulsiones colectivas (que obliga al examen individual de la situación de cada persona) y el derecho a contar con la asistencia de un intérprete.

La identificación de la solución que mejor respeta el interés superior del niño en cada caso particular, sólo podrá obtenerse a través de un procedimiento que cumpla con las garantías del debido proceso ya

que, de lo contrario, resultaría imposible conocer debidamente las circunstancias del caso y, por ende, determinar si la medida a adoptar tiene en cuenta el interés superior del niño y otros principios de derechos humanos. Por otra parte, si se brinda a los niños y niñas el marco adecuado para que se expresen, si son asistidos por un defensor y si se produce la prueba que señalan, sin dudas quienes deban resolver sobre su situación contarán con los mejores elementos posibles para alcanzar una solución respetuosa de los derechos humanos y el interés superior del niño.

Los derechos de los niños y los procedimientos administrativos y judiciales

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/02, párrafo 93-94.

“Entre estos valores fundamentales figura la salvaguarda de los niños, tanto por su condición de seres humanos y la dignidad inherente a éstos, como por la situación especial en que se encuentran. En razón de su inmadurez y vulnerabilidad, requieren protección que garantice el ejercicio de sus derechos dentro de la familia, de la sociedad y con respecto al Estado. Estas consideraciones se deben proyectar sobre la regulación de los procedimientos, judiciales o administrativos, en los que se resuelva acerca de derechos de los niños y, en su caso, de las personas bajo cuya potestad o tutela se hallan aquéllas”

Los acápites que conforman esta sección examinan diversos elementos que componen el debido proceso legal respecto de la niñez en el contexto de la migración internacional. Como se verá, en la mayoría de los países de América Latina y el Caribe pueden identificarse numerosas ausencias normativas y diversas irregularidades en las prácticas administrativas, que repercuten negativamente en los derechos fundamentales de niños y niñas migrantes o de los hijos e hijas de padres migrantes nacidos en el país de destino. Entre estas omisiones, como ya se indicó, la más frecuente es la falta de previsiones y mecanismos específicos para asegurar las garantías procesales a la niñez migrante. Excepcionalmente, existen

normas en las cuales se establece la obligación de asegurar el interés superior del niño y respetar su derecho a la vida familiar, en el marco de procedimientos de expulsión (ver cuadro aparte).

Por estas razones, una primera recomendación general que debería hacerse a los Estados es la revisión de la legislación y las prácticas migratorias con el objeto de introducir transversalmente un enfoque basado en las necesidades y los derechos específicos de la niñez, en particular en los procedimientos migratorios referidos al ingreso, permanencia o salida del país, tanto de los niños y niñas como de sus padres.

Niños, procedimientos migratorios y vida familiar

Panamá, Decreto-ley 3/2008, artículo 66:

“El Servicio Nacional de Migración, antes de ordenar la deportación, deberá: [...] 6. Procurar que se preserve el interés superior de las personas de edad y la unidad familiar”.

3.1. El derecho a expresarse y a ser oído. El derecho a un intérprete.

El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece la obligación de los Estados de garantizar, a todos los niños y niñas que estén en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, debe otorgarse a los niños y niñas la oportunidad de ser escuchados, “en todo procedimiento judicial o administrativo que [les] afecte [...], ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”. El derecho a ser oído es una garantía imprescindible en el caso de los niños y niñas (ver cuadro aparte).

El derecho a ser oído está, a su vez, intrínsecamente ligado al derecho a expresarse y a recibir información. Por ello, a fin de formarse una opinión que pueda expresar y ser escuchada en dichos procedimientos, el niño tiene derecho a buscar, recibir y difundir información e ideas de todo tipo (artículo 13, CDN).

En el marco de procedimientos referidos a la situación migratoria, estos derechos deben ser plenamente respetados a todas las personas sujetas a ellos, tal como han señalado diversos organismos internacionales¹⁶². En ese sentido se ha pronunciado la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios de la Comisión Interamericana que ha destacado, además de la importancia de respetar el derecho a ser oído, la trascendencia de que las personas cuenten, en aquellos procesos que

El derecho de los niños y niñas a ser oídos

Asamblea General del Consejo de Europa, Recomendación No.1286 (1996)
sobre una estrategia europea para la infancia

“El derecho a ser oído es un derecho fundamental que se constituye en un mecanismo integrador de su interés superior, que se garantiza no sólo con preguntarle al niño o a la niña su opinión, puesto que incluye además la materialización de otros igualmente importantes, tales como el previo a ser informado sobre sus derechos (artículo 42 de la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas), las circunstancias en que se encuentra, las decisiones que respecto a él puedan ser acordadas, y sobre los medios y las vías de recurso con las que cuenta [...] Supone además la necesidad de ofrecerle al menor la oportunidad de manifestar «libremente» su opinión, la cual deberá ser respetada y sopesada con seriedad en cualquier procedimiento de tipo judicial o administrativo que le afecte. La participación especial de los niños y las niñas en tales asuntos no debe ser meramente simbólica, sino que ha de estar dirigida a determinar unas opiniones que sean representativas”.

podieran derivar en una medida de expulsión, con la asistencia de un traductor que les permita darse a entender y comprender acabadamente lo que se disponga en relación con su situación. En palabras de la Relatoría, “en estos procedimientos, el trabajador migratorio debe tener y gozar efectivamente del derecho a ser escuchado para alegar lo que estime correspondiente y así defender su derecho a no ser deportado. Este derecho a una audiencia debe extenderse a su capacidad para conocer y contradecir la prueba que se ofrezca en su contra, y para ofrecer y producir pruebas pertinentes, así como la oportunidad razonable para hacerlo [...] Debe garantizarse que el inmigrante, cualquiera que sea su estatus, entienda el procedimiento al que está sujeto, incluidos los derechos procesales que le asisten. A tal fin, de ser necesario, deben ofrecerse servicios de traducción e interpretación en el idioma que la persona entienda”¹⁶³.

En el ámbito migratorio, el derecho a ser oído también es esencial para evitar la vulneración de otros derechos. A modo de ejemplo, en caso de niños y niñas no acompañados, resulta fundamental escuchar al niño para evitar la afectación del principio de no devolución, o para evaluar su grado de integración en la sociedad de destino o los efectos que su repatriación podría acarrear en el goce de derechos como la salud, la educación o la vida familiar. Asimismo, en los procesos de expulsión de migrantes adultos, escuchar a sus hijos (nacidos en el país de destino o incluso migrantes como sus padres) puede ser determinante para, por ejemplo, optar por la regularización migratoria en lugar de la deportación, en virtud de principios como el de la unidad familiar o el interés superior del niño. Más adelante, se

retomarán algunas de estas cuestiones al analizar la relación entre los procedimientos migratorios y el derecho a la vida familiar.

Por otra parte, ha sido subrayado el impacto negativo que puede tener la deportación en los niños y niñas, tanto si están solos como con sus padres. En caso de haber migrado junto a su familia, la migración suele haber sido ya un proceso complejo y traumático para un niño. Luego, una eventual expulsión de la familia al país de origen podría implicar, según las circunstancias del caso, nuevos perjuicios. La repatriación puede ser una experiencia muy estresante para un niño, y si bien no hay suficiente información sobre los efectos de un retorno forzoso sobre los niños y niñas, se ha señalado que, generalmente, no quieren regresar al país de origen en particular cuando ellos o sus padres han invertido un gran esfuerzo en su proyecto migratorio¹⁶⁴.

Consideraciones de esta naturaleza refuerzan la trascendencia de permitir que el niño se exprese y sea escuchado en el marco de un procedimiento que pudiera devenir en su repatriación.

A su vez, en los procedimientos que pudieran suponer la expulsión de ambos padres (o uno de ellos), y siendo los niños o niñas nacionales del país donde habitan, el derecho a ser oído del niño será fundamental para determinar los impactos que una medida de este carácter pudiera generar en ellos. Asimismo, es un paso fundamental para tener en cuenta qué alternativa estaría más ajustada, en cada caso, al interés superior del niño.

Pese a la importancia del derecho a ser oído, no todas las legislaciones de la región reconocen expresamente ese derecho para los extranjeros en

los procedimientos migratorios. Muchas de ellas, tampoco regulan instancias para que la persona migrante pueda expresarse sobre el asunto en discusión (por ejemplo, una audiencia oral durante la cual alegar los motivos que justificarían una autorización de residencia o ingreso, o que cancelarían una medida de expulsión). Son muy pocos los países que incluyen la celebración de una audiencia en estos procedimientos¹⁶⁵. A su vez, aún en las normas que sí contemplan la realización de un proceso en el que se prevé el derecho a ser escuchado, prácticamente ninguna menciona textualmente este derecho en relación con los niños y niñas ni regula específicamente las modalidades para garantizar su participación y/o los mecanismos para que sean oídos según su edad, su grado de madurez, sus necesidades, derechos y otros elementos involucrados en el análisis de esos casos.

Por otra parte, tal como ha señalado la Relatoría de la CIDH, a fin de que las garantías de debido proceso, y en particular el derecho a ser oído, se respeten efectivamente, es necesario que el niño cuente con un intérprete o traductor que lo asista, en caso de hablar un idioma distinto al del país en que se encuentra. Algunas leyes migratorias vigentes en la región prevén expresamente la provisión de un intérprete¹⁶⁶.

Por último, cabe señalar que el derecho a ser oído, en toda su extensión, no sólo ha tenido una limitada atención en las leyes migratorias sino también en las prácticas de los Estados de la región. Así, en la última década se han divulgado diferentes

informes que dan cuenta de la existencia de numerosos casos de expulsión de facto de migrantes, que se han concretado en el traslado de personas al otro lado de la frontera, sin que se les haya dado posibilidad de ser oídas ante alguna autoridad competente¹⁶⁷. También se han relevado casos en los que no se ha garantizado a los migrantes el derecho a ser oídos, no se les ha ofrecido información adecuada ni tampoco servicios de interpretación¹⁶⁸.

En función de lo expuesto a lo largo del presente epígrafe, consideramos pertinente formular las siguientes recomendaciones.

• 163 CIDH, Relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias, Segundo Informe de progreso, cit., párr. 99.c.

• 164 Touzenis, K., Human Rights of Migrant Children, IOM, cit., p. 44.

• 165 Guatemala, Ley de Migración, art. 113; Venezuela, Ley de Extranjería y Migración, art. 43.

• 166 Entre ellas, Argentina, Ley de Migraciones, art. 86; Venezuela, ley de extranjería y migración, art. 43.

• 167 CIDH, Relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias en el hemisferio, Cuarto Informe de progreso. Visita in loco a Costa Rica, párr. 199.

• 168 CIDH, Relatoría de Trabajadores Migratorios, Cuarto Informe de progreso, Visita in loco a Guatemala, cit., párr. 16; Procuraduría de Derechos Humanos de El Salvador, Informe al Comité de trabajadores migratorios de la ONU, cit., p. 62; Centro de Derechos Humanos “Fray Matías de Córdoba”, crisis de derechos humanos en la frontera sur de México, cit., p. 17.

Recomendaciones sobre el ejercicio del derecho a ser oído por parte de niños migrantes e hijos de migrantes

- Los Estados deberían diseñar mecanismos destinados a asegurar el derecho a ser oído de los niños y niñas en los procedimientos de repatriación (tanto si están solos como junto a su familia).
- La normativa y las prácticas también deben asegurar que los niños y niñas sean escuchados en el marco de procedimientos relativos al ingreso, residencia o expulsión de sus padres, o de todo el grupo familiar.
- Deberían asegurarse los recursos humanos y económicos necesarios para garantizar el ejercicio del derecho de los niños a ser oídos. Ello incluye, entre otras cuestiones:
 - Que sean los funcionarios capacitados en niñez, derechos humanos y migración quienes tengan a su cargo la atención y tratamiento de los casos.
 - Que se disponga de intérpretes (a través, por ejemplo, de convenios entre el Estado y asociaciones de traductores profesionales)

3.2. Derecho a la asistencia jurídica gratuita

Otro elemento fundamental del debido proceso legal es la posibilidad de contar con asistencia jurídica, en el marco de los procedimientos migratorios en los cuales puede definirse la entrada, la adquisición de un permiso de estancia o la expulsión del país de una persona. Tal como ocurre en otros procedimientos jurídicos, las personas que no pueden pagar los costos de un asesor legal, deben tener acceso a un asesoramiento gratuito. En el caso de las persona migrantes, y particularmente de quienes se encuentran en situación migratoria irregular, la gratuidad suele ser imprescindible. Más aún en el caso de los niños y niñas no acompañados.

Según la Relatoría de la Comisión Interamericana, los Estados deben garantizar “a la persona presuntamente deportable la posibilidad de ser representada por abogados de su elección, o bien por personas idóneas en la materia”. Si bien la Relatoría reconoce que posiblemente no sea exigible que el Estado provea defensa profesional

gratuita como ocurre en materia penal, ésta sí debiera ofrecerse a aquellas personas que no puedan afrontar su costo¹⁶⁹. En estos supuestos, la asistencia jurídica gratuita resulta ser un derecho a garantizar, ya que de lo contrario se trataría de un servicio prestado en forma discriminatoria en virtud de la condición económica de la persona. Por tal razón, la Corte IDH ha afirmado que se vulnera el derecho a las garantías y a la protección judicial “por la negativa de la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal” a migrantes en casos de expulsiones¹⁷⁰.

Sin embargo, en muchos países de América Latina y el Caribe, los migrantes no cuentan con patrocinio letrado en los trámites migratorios, ni se reconoce este derecho en la legislación. Son menos aun las ocasiones en las que se prevé el derecho a la gratuidad de este servicio. Las relatorías sobre los derechos de las personas migrantes, tanto de la CIDH como de la ONU, han señalado, al visitar países de la región, que en general las personas no cuentan con asistencia legal en los procedimientos migratorios¹⁷¹.

El derecho a la representación legal se concreta en la existencia y disponibilidad de mecanismos y medios que permitan obtener de manera efectiva esa representación legal. Por ello, es necesario que los Estados diseñen e implementen políticas públicas que permitan asegurar el acceso a ese derecho en el marco de los procedimientos migratorios. En Argentina, por ejemplo, a fines de 2008 se celebró un acuerdo entre la Dirección Nacional de Migraciones y la Defensoría General de la Nación, a fin de contratar abogados cuya función sería brindar asistencia legal gratuita a los migrantes, en virtud de lo ordenado por el artículo 86 de la ley migratoria vigente (ver cuadro aparte).

En otras oportunidades se ha detectado que aún cuando la legislación reconoce este derecho y se crean mecanismos para hacerlo efectivo, no se designan las partidas presupuestarias necesarias para organizar un sistema de asistencia jurídica efectiva. En éstas y otras ocasiones, dicho servicio es brindado por organizaciones de la sociedad civil¹⁷². En algunos casos, se señaló que los servicios jurídicos gratuitos que con carácter general provee el Estado a las personas que no cuentan con recursos económicos, exigían el documento

nacional de identidad del país, excluyendo así a las personas extranjeras en situación migratoria irregular¹⁷³.

Más adelante, al examinar la situación de los niños y niñas no acompañados, se mencionarán algunos aspectos específicos sobre el derecho a la asistencia jurídica. No obstante corresponde adelantar que, en dichas circunstancias, el acceso al servicio resulta ineludible ya que, de encontrarse con sus padres, éstos últimos ejercerían el derecho por ellos (aunque en algunos casos excepcionales el interés superior del niño obligaría a proveer un asesoramiento jurídico diferenciado). En cualquier caso, es preciso señalar que la legislación migratoria en la región no alude específicamente a la asistencia legal a los niños y niñas, aunque el reconocimiento de este derecho en algunas de las normas migratorias permitiría predicar que éste se extiende a todas las personas migrantes, tanto adultos como niños.

Como corolario de las consideraciones presentadas en este epígrafe, presentamos a continuación las recomendaciones respectivas.

Derecho de asistencia jurídica gratuita Argentina, Ley de Migraciones (ley 25.871), artículo 86:

“Los extranjeros que se encuentren en territorio nacional y que carezcan de medios económicos, tendrán derecho a asistencia jurídica gratuita en aquellos procedimientos administrativos y judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, al retorno a su país de origen o a la expulsión del territorio argentino”.

• 169 CIDH, Relatoría de Trabajadores Migratorios y sus Familiares, Segundo Informe de Progreso, cit., párr. 99.d.

• 170 Corte IDH, OC-18/03, cit., párr. 126. En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional de España, en su sentencia STC 95/2003 (del 22 de mayo de 2003) declaró la inconstitucionalidad del artículo 2.a de la Ley sobre asistencia jurídica gratuita nro. 1/1996, que únicamente reconocía el derecho a la asistencia jurídica gratuita a los extranjeros que tuvieran residencia legal en el país.

• 171 CIDH, Relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias, Cuarto Informe de progreso, Visita in loco a Guatemala, cit., párr. 371; Relator especial de Naciones Unidas sobre los derechos humanos de los migrantes, Visita oficial a Guatemala, nota de prensa, 28 de marzo de 2008.

• 172 CIDH, Relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias, Visita in loco a México, 2002, párr. 303; Montero, Mora, F., Estudio y diseño del Área Encargada de las Políticas de Integración para el desarrollo de la población migrante y refugiada de la Dirección General de Migración y Extranjería -Versión Ejecutiva-, República de Costa Rica, PNUD, UNFPA, UNICEF, ACNUR, OIM, Dirección General de Migración y Extranjería, San José, 2007, p. 36.

• 173 Clínica Jurídica Derechos de Inmigrantes y Refugiados (CELS-CAREF-Universidad de Buenos Aires), “Derechos de las personas migrantes luego de la sanción de la nueva Ley de Migraciones 25.871: sin cambios efectivos”, en CELS, Informe Anual de Derechos Humanos, Siglo XXI Ed., Buenos Aires, 2007, pp. 293-309, p. 304.

Recomendaciones sobre el derecho a la asistencia jurídica gratuita

- Los Estados deberían organizar servicios de asistencia jurídica gratuita dirigidos a asesorar y defender a las personas migrantes en los procedimientos relativos al ingreso y la residencia en el país de destino, o la repatriación a su país de origen.
- Según el caso, podría tratarse de un servicio exclusivamente abocado a la cuestión migratoria, o bien asegurar que estos temas sean abordados por los servicios generales de asistencia jurídica gratuita que provee el Estado. En ambos supuestos, los abogados/as deben estar capacitados en la temática migratoria y en los derechos de las personas migrantes.
- Este cuerpo de asesores legales tiene que contar con personas debidamente capacitadas, además, en los derechos de la infancia, y trabajar junto a profesionales de diversas disciplinas (psicología infantil, pedagogía, etc.), a fin de brindar una atención integral a los niños y niñas migrantes
- Los servicios jurídicos gratuitos deben brindarse asegurando su acceso efectivo a las diferentes regiones del país, tanto en las ciudades como en las áreas rurales, y específicamente en las zonas de frontera.

3.3. El derecho a un recurso efectivo y el acceso a la justicia

Antes de adoptar una decisión respecto a la situación migratoria de una persona (adultos y niños) se deberá garantizar, a cada una de las partes involucradas, la posibilidad de llevar adelante las siguientes actividades: brindar los fundamentos sobre el sentido que debería tener la resolución, presentar pruebas y refutar los razonamientos y pruebas de la otra parte. Además, como se señaló, debe asegurarse el derecho a ser oído y la asistencia jurídica gratuita. Luego de la decisión, se debe permitir la presentación de recursos dirigidos a revisar la medida adoptada, tanto a nivel administrativo como judicial.

El artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) determina las garantías de las que goza toda persona involucrada en un proceso administrativo o judicial que pueda afectar sus derechos fundamentales: “Toda persona

tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. A su vez, el artículo 25 regula el derecho al recurso judicial del que gozan todas las personas que vean afectados sus derechos¹⁷⁴.

La Comisión Interamericana, en referencia a procesos de expulsión de migrantes, ha señalado que “...tratándose pues de todo tipo de juicios, deben considerarse como elementos constitutivos del derecho a la defensa: estar presentes durante el proceso, tener abierta la posibilidad de ofrecer pruebas y de contradecir las que ofrezca la parte contraria...”¹⁷⁵. A su vez, la Comisión ha analizado la jurisprudencia de varios países en materia de deportación de migrantes, con el objeto de

destacar diversos elementos del debido proceso que deben resguardarse, como el derecho a una audiencia, a exponer las razones en contra de la expulsión, y a contar con asistencia legal, tanto en las instancias administrativas como judiciales¹⁷⁶. Según la CIDH, las normas del debido proceso deben aplicarse no sólo en procedimientos de carácter penal, sino también en otros, como aquellos no penales, llevados adelante contra “no ciudadanos”¹⁷⁷.

Entre los elementos del debido proceso, la Comisión destacó el derecho a ser notificado de una decisión de expulsión del país. En ocasión de analizar casos concretos sometidos a su consideración, la CIDH entendió que la omisión de asegurar tal derecho podría constituir una violación del debido proceso legal garantizado en el artículo 8 de la CADH¹⁷⁸.

Por otra parte, la Comisión ha examinado con particular atención dos aspectos del debido proceso en el ámbito migratorio: por un lado, el derecho a contar con un recurso efectivo contra una decisión que ordene la expulsión del país o deniegue un permiso de ingreso o residencia; por otro, el derecho a que la decisión, si fuera adoptada por una autoridad administrativa, pueda ser revisada judicialmente, para que un tribunal de justicia determine si la disposición se ajusta al marco jurídico vigente, y en particular, a los derechos humanos garantizados en los tratados internacionales. En el caso de niños y niñas, esta instancia de revisión permite, entre otras cuestiones, identificar si la resolución ha tenido debidamente en

consideración el principio del interés superior.

En este sentido, al analizar casos de expulsiones de migrantes en los países de la región, la Comisión ha subrayado que de acreditarse la realización de deportaciones inmediatas, que no brindan a los migrantes que son objeto de las mismas la oportunidad de cuestionar la medida ante las autoridades competentes, se estaría ante una violación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana¹⁷⁹. En otra oportunidad, destacó la relevancia del derecho a la revisión judicial de las decisiones de las autoridades estatales referidas a la cancelación de residencia y posterior expulsión de extranjeros. Allí, precisó que las personas deberían haber tenido acceso a un órgano judicial a fin de que éste determinase la legalidad de la detención y la validez de las pruebas de cargo, diera lugar a la presentación de pruebas de descargo y permitiera la impugnación judicial de la decisión de expulsión¹⁸⁰.

El derecho a acceder a los tribunales de justicia por parte de personas migrantes fue examinado en otro caso sujeto a la consideración de la CIDH, quien decidió que las acciones de interceptación y devolución sumarias de migrantes y solicitantes de asilo, ejecutadas en omisión de un procedimiento adecuado, constituían una afectación del derecho a acceder a la justicia. Ello porque estas medidas no brindan a las personas migrantes afectadas la oportunidad de plantear y defender sus derechos ante una autoridad competente, particularmente ante un tribunal de justicia¹⁸¹. En el mismo sentido, afirmó que la aplicación de una pena de prisión y posterior deportación de una persona migrante,

• 174 CADH, artículo 25: “1) Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2) Los Estados partes se comprometen: a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos: a- de toda persona que interponga tal recurso; b- a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c- a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso...”

• 175 CIDH, Informe 49/99, caso Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz c. México, caso 11.610, del 13 de abril de 1999, párr. 58.

• 176 Ídem, párr. 67.

• 177 CIDH, Informe N° 56/06, Admisibilidad, caso Wayne Smith c/ Estados Unidos, 20 de julio de 2006, párr. 51.

• 178 CIDH, Informe n° 09/05, Petición 1/03, Admisibilidad, caso Elías Cattass Sahih, Ecuador, 23 de febrero de 2005, párrs. 6 y 41. La falta de notificación previa sobre la existencia del procedimiento administrativo también resulta un factor de relevancia en el caso Benito Tide Méndez, Antonio Sensión, Andrea Alezi, Janty Fils-Aime, William Medina Ferreras, Rafaelito Pérez Charles, Berson Gelim y otros v. República Dominicana; CIDH, Informe N° 68/05, Petición 12.271, Admisibilidad, del 13 de octubre de 2005.

• 179 CIDH, caso José Sánchez Guner Espinales y otros c/ Costa Rica, Informe N° 37/01, caso 11.529, del 22 de febrero de 2001, párr. 51; CIDH, caso Juan Ramón Chamorro Quiroz vs. Costa Rica, caso 11.495, Informe No. 89/00, del 5 de octubre de 2000, párrs. 32-36.

• 180 CIDH, caso Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz c. México, cit., párr. 44.

• 181 CIDH, caso Comité Haitiano de Derechos Humanos et al. v. Estados Unidos de América, caso 10.675, Informe No. 51/96, del 13 de marzo de 1997, párr. 180.

por parte de una autoridad administrativa y sin la posibilidad de contar con un control judicial posterior de la decisión, configurarían una violación de los citados artículos 8 y 25 de la CADH¹⁸².

Con el mismo criterio, la Relatoría de la CIDH sobre trabajadores migratorios precisó que las personas migrantes sin permiso de residencia deben tener el derecho a presentar un recurso de amparo que asegure una revisión judicial de medidas adoptadas por autoridades migratorias. En particular, destacó que, independientemente del estatus migratorio, todas las personas deberían poder acceso a un recurso judicial efectivo a fin de controvertir las decisiones en materia migratoria que establezcan los organismos administrativos competentes¹⁸³.

A pesar de los estándares comentados, la legislación migratoria de diversos países de la región, al definir los procedimientos que conducen a la expulsión del país o la denegación de ingreso al territorio, dispone expresamente que la persona no tendrá recurso administrativo y/o judicial alguno contra la decisión adoptada por la autoridad competente¹⁸⁴. En alguna ocasión, los tribunales de justicia han declarado la inconstitucionalidad de esta clase de disposiciones¹⁸⁵, mientras que otros han resuelto que se trata de una restricción

legítima¹⁸⁶. Por otra parte, el Comité de Trabajadores Migratorios de la ONU ha tenido oportunidad de señalar falencias en la normativa de estados latinoamericanos en cuanto a los recursos disponibles en la normativa para las personas migrantes, especialmente en los casos de expulsión¹⁸⁷.

Algunos países disponen como única vía recursiva, una petición ante el Consulado, una vez ejecutada la expulsión¹⁸⁸. A su vez, instituciones de la sociedad civil han señalado que, en el ámbito migratorio, la legislación otorga facultades excesivamente discrecionales al poder ejecutivo, facilitando de este modo la adopción de decisiones arbitrarias por parte de las autoridades. Así, las medidas de expulsión adoptadas carecen de las garantías básicas¹⁸⁹. Entre estas irregularidades, se encuentran los procedimientos de control migratorio llevados adelante por funcionarios que no están autorizados por ley a efectuar estas actividades¹⁹⁰.

Por el contrario, otros países reconocen a los migrantes las vías recursivas establecidas con carácter general para todas las personas que son parte de un procedimiento administrativo. Sin perjuicio de estipular alguna forma de intervención previa de la autoridad migratoria, las clases de

recursos y el procedimiento a seguir, así como los derechos y garantías procesales, son los mismos que rigen para todos los habitantes (nacionales o extranjeros)¹⁹¹.

En cuanto a la posibilidad de cuestionar la medida en sede judicial, también son pocos los países cuya normativa migratoria regula el derecho a la revisión judicial de una disposición administrativa relativa al ingreso o la expulsión de migrantes¹⁹². La mayoría de las legislaciones no prevé mecanismo judicial alguno en estos casos¹⁹³. En otros, se establece expresamente que dichas decisiones no pueden ser revisadas por ninguna corte o tribunal¹⁹⁴.

En algunos países que reconocen el derecho a un recurso judicial, éste sólo se concede a personas que hayan adquirido la residencia permanente¹⁹⁵ o que tengan “condición legal”, o bien se dispone que los recursos se estipularán de acuerdo al “estatus legal” de la persona¹⁹⁶. En estos casos, las personas extranjeras con determinada categoría migratoria o con estatus migratorio irregular, no pueden ejercer el derecho de apelar ante la justicia en caso de haberseles negado el ingreso al país y tampoco pueden solicitar la revisión de una orden de expulsión.

En el aspecto material de esta problemática, es decir, la falta de control judicial en estos procedimientos, se ha podido verificar cómo

estadísticas oficiales sobre procesos de expulsión (información provista a solicitud de organizaciones no gubernamentales) revelaban la ejecución de miles de medidas de deportación de migrantes sin ninguna clase de intervención del poder judicial¹⁹⁷.

Una cuestión relevante en cuanto a los recursos provistos en la legislación (tanto administrativos como judiciales), es que éstos resulten efectivos. De lo contrario, la garantía es meramente formal. Tanto la Corte Interamericana como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han destacado, concretamente en relación con casos de expulsión de migrantes, que el derecho a un recurso efectivo precisa ser idóneo, capaz de solucionar o reparar la afectación de los derechos en juego, y ser una garantía real y no una mera declaración de intenciones. Asimismo, han ratificado que debe ser reconocido a todas las personas, independientemente de su condición migratoria¹⁹⁸. En relación con los países de la región, sin embargo, distintos organismos internacionales han indicado la ausencia de recursos que resulten efectivos en los términos descritos¹⁹⁹.

Las legislaciones que disponen recursos dirigidos a cuestionar las decisiones adoptadas, plantean opciones variadas en relación con los plazos de presentación de dichos cuestionamientos, siendo éstos en algunos casos de horas y en otros de semanas²⁰⁰.

• 182 CIDH, caso Jesús Tranquilino Vélez Loo v. Panamá, Informe Nº 95/06, Decisión de Admisibilidad, del 23 de octubre de 2006, párr. 56.

• 183 CIDH, Relatoría de Trabajadores Migratorios y miembros de sus Familias, Visita in loco a México, 2002, párr. 307.

• 184 Belice, Immigration Act, art. 27 (decisión de no ingreso de “inmigrantes prohibidos”; Chile, Decreto 1094/75, art. 84 (expulsión por tener el permiso de estancia vencido); Colombia, Decreto 4000/04, art. 72 (rechazo de ingreso); Costa Rica, Ley General de Migración y Extranjería, art. 222 (en casos de rechazo al ingreso, y deportación); Honduras, Decreto 208-2003, art. 81 (no ingreso y expulsión de personas no admitidas); Panamá, Decreto-Ley 3/2008, art. 51 (negativa a ingresar); República Dominicana, Ley 285, art. 137.II (en caso de no admisión al territorio); Trinidad y Tobago, Immigration Act, art. 27.1 (en referencia a la deportación de “inmigrantes prohibidos”).

• 185 En Ecuador, el artículo 30 de la Ley de Migración expresaba que la orden de deportación “no será susceptible de recurso administrativo o judicial”. En 1993, el Tribunal de Garantías Constitucionales No. 12 había decretado su inconstitucionalidad. Sin embargo, la Corte Suprema revocó esta decisión (Resolución No. 57, Registro Oficial del 04/03/1994). En 2003, el Tribunal Constitucional confirmó la posición acerca de la constitucionalidad de tal disposición (Resolución No. 040-2002-TC). Finalmente, se reformó el artículo, estableciendo que la decisión será susceptible de impugnación ante el órgano competente de la Función Judicial”.

• 186 Costa Rica, Sala Constitucional de la Suprema Corte de Justicia, Exp. 05-007009-0007-CO, Res: 2005-09618, del 20 de julio de 2005.

• 187 Véase las Observaciones Finales del Comité de Protección de los Derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familiares, respecto de los siguientes países: México, cit., del 8 de diciembre de 2006, párrs. 12 y 13; Ecuador, CMW/C/EQU/CO/1, del 5 de diciembre de 2007, párrs. 25 y 26; Bolivia, CMW/C/BOL/CO/1, del 2 de mayo de 2008, párrs. 29 y 30; y El Salvador, CMW/C/SLV/CO/1, del 4 de febrero de 2009, párrs. 25-28.

• 188 Perú, Ley de Extranjería, art. 67.

• 189 Por ejemplo, según la Mesa Permanente sobre Derechos de los Migrantes de El Salvador, en la aplicación de la ley migratoria, “abusada de procedimientos administrativos restrictivos de derechos, la autoridad migratoria se convierte en juez y parte en el proceso, determina la infracción en un proceso verdaderamente sumarisimo que termina con la inminente expulsión del territorio nacional, muchas veces las personas son puestas inmediatamente en un vuelo de regreso o dejadas en el borde de la frontera próxima cercana, sin más...”. (Mesa Permanente sobre Derechos de los Migrantes de El Salvador, Informe alternativo relativo al cumplimiento por El Salvador de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus familias, cit., p. 10).

• 190 Comité sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migrantes y sus Familias, Observaciones Finales, México, cit., párrs. 31 y 32.

• 191 Argentina, ley 25.871, art. 75 y ss.; Guatemala, Ley de Migración, art. 116.

• 192 Argentina, Ley de Migraciones, arts. 75-84; Paraguay, Ley 978, art. 116; Uruguay, Ley de Migración, art. 52; Venezuela, Ley 37.944, art. 44.

• 193 El Salvador, Ley de Migración, art. 67; Nicaragua, Ley de extranjería, art. 74; Panamá, Decreto Ley 3/2008, art. 96; Paraguay, Ley de Migraciones, art. 78 (sobre negativa de ingreso); El Salvador, México; Brasil, art. 72.

• 194 Trinidad y Tobago, Immigration Act, art. 27.3.

• 195 Barbados, Immigration Act, arts. 2.c, 23.1 y 23.2.

• 196 República Dominicana, Ley de Migración, arts. 137.1 y 138.

• 197 En Argentina, ésta era la práctica habitual hasta la derogación de la anterior ley migratoria, en diciembre de 2003. Véase, al respecto, Ceriani Cernadas, P., “Migrantes: Una deuda pendiente. Veinte años de vigencia de la ‘Ley Videla’ en democracia”, en CELS, Derechos Humanos en Argentina: InformeEstudio 2002-2003, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2003, pp. 517-536.

• 198 Corte IDH, OC-18/03, cit., párr. 108; TEDH, casos Conka v. Bélgica, demanda No. 51564/1999, sentencia del 5 de febrero de 2002, y caso Hlail v. Reino Unido, demanda No. 45276/1999, sentencia del 6 de marzo de 2001.

• 199 Comité sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migrantes y sus Familias, Observaciones Finales, Ecuador, cit., párrs. 25 y 26.

• 200 En algunos casos, se brinda un plazo de 24 o 48 horas para presentar una apelación de la medida de expulsión ante un tribunal de justicia (Bolivia, Decreto Supremo 24.423, art. 20.h; Chile, Decreto 1094/1975, art. 89); en otros, se fija un plazo entre 8 y 15 días para presentar recurso administrativo (leyes migratorias de Argentina, arts. 75-81; Brasil, art. 72 y Paraguay, art. 116).

Los plazos muy breves corren el riesgo de provocar la pérdida de efectividad de los recursos y, por ende, la imposibilidad de ejercer el derecho. La ineficacia de los recursos en esta clase de procesos, puede aumentar cuando no existen políticas o mecanismos que provean a las personas migrantes de la información necesaria para interponer los recursos. De hecho, puede darse que la decisión (de no ingreso, por ejemplo) se comunique oralmente y no por escrito, careciendo además de los fundamentos necesarios; también puede ocurrir que la resolución no se notifique fehacientemente a la persona. En estos casos, los recursos pueden resultar inefectivos si las normas prevén plazos breves de apelación, si la resolución no informa por escrito cuáles son los recursos disponibles y cuáles son los plazos para presentarlos.

Asimismo, son contadas las legislaciones que establecen expresamente el carácter suspensivo de los recursos, lo cual implica que hasta que la autoridad competente no resuelva el recurso, el Estado no podría ejecutar la decisión (por ejemplo, la expulsión del país)²⁰¹. El Comité de la ONU sobre la Protección de los Trabajadores Migrantes ha señalado, al examinar la normativa de los países de la región, que entre los requisitos para garantizar un recurso efectivo, debe incluirse el derecho a que la decisión de expulsión se suspenda mientras esté pendiente un recurso²⁰². En la región, sin embargo, las pocas normas que regulan la vía recursiva en estos casos, disponen que esos recursos son de

carácter suspensivo o devolutivo (es decir, que la decisión podría realizarse sin aguardar la resolución del recurso), dependiendo de la causa por la cual se dictó la expulsión o deportación del país²⁰³.

En relación con los niños y niñas migrantes (o hijos de migrantes), las leyes no hacen ninguna referencia específica sobre los recursos administrativos y/o judiciales que tendrían disponibles en el caso de que una decisión de la autoridad migratoria pudiera afectar sus derechos. De todas maneras, podría decirse, por un lado, que en caso de niños y niñas no acompañados la persona asignada como tutor será quien, junto con el representante legal, interpongan los recursos que la ley prevea, de acuerdo a los intereses, los derechos y la voluntad de estos niños y niñas. Por otra parte, cuando se trate de hijos e hijas de migrantes sujetos a un proceso de expulsión, o de una familia migrante en tales circunstancias, serán los padres (por sí y en representación de sus hijos e hijas) quienes ejerzan esos recursos. Ello, independientemente del derecho de los niños y niñas a ser oídos y participar en el proceso.

En cualquier caso, considerando las importantes carencias que se han podido identificar en el ordenamiento jurídico de la mayoría de los países de la región, en cuanto al derecho de defensa, a un recurso efectivo y al acceso a la justicia en el marco de procedimientos migratorios, corresponde efectuar una serie de recomendaciones:

ver el siguiente cuadro:

Recomendaciones sobre el derecho a un recurso efectivo y el acceso a la justicia

- Los Estados deberían efectuar reformas legislativas a fin de que exista la posibilidad de interponer recursos efectivos ante todas las resoluciones acerca del ingreso, la permanencia o la salida (repatriación, expulsión, retorno, etc.) de migrantes, incluyendo expresamente a los niños y niñas.
- La legislación debe prever la obligación de notificar, por escrito y con la correspondiente fundamentación, aquellas decisiones que denieguen el ingreso al país, o el otorgamiento de un permiso de residencia (o su renovación), o determinen la expulsión del territorio. La decisión debería informar también los recursos administrativos y judiciales disponibles, así como los plazos para presentarlos.
- A fin de asegurar que se trate de recursos efectivos, los plazos para presentarlos deberían ser de una extensión razonable, que facilite a las personas el tiempo suficiente para preparar debidamente su defensa.
- Los recursos, particularmente aquellos destinados a impugnar una decisión de repatriación o expulsión, deberían tener un carácter suspensivo, con el fin de prevenir perjuicios de difícil reparación posterior.
- La legislación debería reconocer expresamente el derecho a acceder a la justicia, a través de recursos efectivos, para que sean revisadas las decisiones relativas al ingreso, la residencia o expulsión. Debe estar asegurada la función de control jurisdiccional sobre la actuación de las autoridades migratorias.

3.4. El derecho a la asistencia consular

El artículo 23 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares establece que los trabajadores migratorios y sus familiares “tendrán derecho a recurrir a la protección y la asistencia de las autoridades consulares o diplomáticas de su Estado de origen [...] en todos los casos en que queden menoscabados los derechos reconocidos en la presente Convención. En particular, en caso de expulsión, se informará sin demora de ese derecho a la persona interesada, y las autoridades del Estado que haya dispuesto la expulsión facilitarán el ejercicio de ese derecho”. Tal como ha señalado la Corte Interamericana, este derecho debe ser reconocido y considerado en el marco de las garantías mínimas a fin de brindar a los extranjeros la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa y contar con un juicio justo²⁰⁴.

Por su parte, la Relatoría de la CIDH sobre

trabajadores migratorios y sus familiares ha subrayado que el “papel de los Estados emisores en la protección y garantía de los derechos humanos de los trabajadores migratorios y sus familias es supremamente relevante. Mediante acciones concretas a través de sus representaciones consulares y mediante gestiones diplomáticas, los Estados emisores deben tomar medidas que repercutan de manera directa en la protección y garantía de los derechos de sus nacionales residentes en el exterior”²⁰⁵.

De esta manera, en los procedimientos que pudieran suponer la repatriación de niños, niñas y adultos migrantes a su país de origen, los Estados deben, en primer lugar, comunicar a las personas que tienen el derecho a que se informe de su situación a la autoridad consular de su país de origen y, luego, a que estas autoridades les brinden asistencia y protección. En el caso de los niños y niñas migrantes, especialmente cuando no están acompañados, este derecho (ante los Estados de destino y de origen) puede significar una importante

• 201 Argentina, ley 25.871, art. 61. Régimen Legal de Migración, Bolivia, art. 20.h; Ley de Migración y Extranjería, Costa Rica, art. 229 (respecto de la expulsión de personas con residencia legal, ya que un recurso contra la deportación de migrantes en situación irregular no puede tener efecto suspensivo); Ley de Migraciones, Paraguay, art. 117; Ley de Migración, Uruguay, art. 53.

• 202 Comité sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, Observaciones Finales, El Salvador, cit., párrs. 27 y 28.

• 203 En Panamá, por ejemplo, el recurso contra una orden de deportación tiene carácter suspensivo (art. 67, Decreto Ley 3/2008), mientras que el recurso de reconsideración de una medida de expulsión con base en un reingreso irregular posterior a una deportación, es de carácter devolutivo (arts. 71-73).

• 204 Corte IDH, OC-16/99, cit., párr. 122.

• 205 CIDH, Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y sus Familiares, Séptimo Informe de Progreso, cit., párr. 184.

garantía de protección, considerando la situación de vulnerabilidad en que normalmente se encuentran. Como veremos más adelante, en los procesos de retorno de niños y niñas no acompañados, si esta medida resulta ser en interés superior del niño, la participación del país de origen resulta esencial, no sólo para brindarle la protección que precise, sino también para garantizar que esa repatriación se realiza debidamente.

Por otra parte, debe destacarse que, en cuanto constituyen derechos personales, el o la migrante puede oponerse a la comunicación con el representante consular del país de origen y a cualquier otra intervención de estas autoridades en el procedimiento²⁰⁶. Este aspecto del derecho a la asistencia consular puede ser fundamental, por ejemplo, en caso de que los niños y niñas, solos o con sus padres, se encuentren en el país de destino como solicitantes de asilo y por ende tengan un temor fundado de persecución por parte de su Estado de origen.

En América Latina y el Caribe, prácticamente ninguna ley migratoria incluye este derecho en el contexto de procedimientos de expulsión²⁰⁷, tal como sucede en los casos de detención que comentamos en el capítulo anterior. Asimismo, organizaciones de la sociedad civil han indicado, por un lado, que los Estados de destino no dan cumplimiento a su obligación de informar de manera oportuna a las personas (tanto adultos como niños, niñas y adolescentes) sobre el derecho a la asistencia consular del que son titulares (en

casos de expulsión u otras medidas asociadas a esos procesos, como la detención administrativa). Otros lo hacen tardíamente, lo cual limita la función consular de asistencia y protección²⁰⁸. Por otra parte, estas mismas entidades han advertido que las representaciones consulares de los países de origen no prestan asistencia ágil y eficaz a sus nacionales, en particular en los casos de deportación. Del mismo modo, el Comité de la ONU sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios, ha recomendado a países de la región la adopción de medidas para garantizar el derecho a la asistencia consular en los procedimientos de expulsión²⁰⁹.

Algunos países llevan adelante programas específicos para garantizar la asistencia jurídica y la protección de los derechos de las personas migrantes en diferentes circunstancias, por ejemplo, frente a la iniciación de un proceso de expulsión, que en muchos casos está acompañado por una medida privativa de la libertad. Entre estas iniciativas, cabe mencionar la creación de organismos que tienen la función de velar por la protección de sus nacionales en el exterior²¹⁰. En ciertas ocasiones, esas políticas incluyen programas específicamente diseñados para la protección y asistencia de niños y niñas no acompañados. No obstante, la prioridad de estos planes es asegurar una repatriación segura y ordenada de los niños y niñas a su país de origen²¹¹, y, en menor medida, brindar asistencia jurídica (y de otra índole) para impedir la expulsión u obtener un permiso de residencia (por ejemplo,

por reagrupación familiar) en el país de destino.

Por otra parte, cabe señalar que el Estado de México, al evaluar la situación de los derechos de sus nacionales que habitan en otro país como migrantes (en particular, en los Estados Unidos), ha recurrido en dos oportunidades ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a fin de que

ésta, en su función consultiva, coadyuve a establecer estándares mínimos de protección de los derechos de las personas migrantes (entre ellos, el derecho a la asistencia consular)²¹².

En función del análisis presentado en este epígrafe, se presentan las recomendaciones siguientes.

Recomendaciones sobre el derecho a la asistencia consular en casos de expulsión o retorno de migrantes

- La legislación de los Estados debe fijar expresamente la obligación de informar a las personas migrantes involucradas en procedimientos de repatriación, que tienen derecho a comunicarse y recibir asistencia de las autoridades consulares de su país de origen.
- A fin de implementar eficazmente tal disposición, los Estados deberían diseñar mecanismos de actuación que aseguren la comunicación inmediata a los migrantes (y sus tutores, en caso de niños y niñas no acompañados) de su derecho a la asistencia consular.
- El Estado debería elaborar mecanismos de evaluación periódica del grado de cumplimiento de esta obligación por parte de las autoridades competentes.
- Los Estados deben diseñar políticas destinadas a proveer de manera efectiva a sus nacionales migrantes, la asistencia que precisen en el marco de procedimientos de expulsión que pueda haber iniciado contra ellos el Estado en el cual habitan. Estos programas deben contemplar medidas de protección especial a niños y niñas no acompañados.

3.5. Debido proceso, prohibición de expulsiones colectivas y principio de no devolución

3.5.1 Niños y niñas migrantes y expulsiones colectivas

La prohibición de disponer expulsiones colectivas es uno de los principios de derechos humanos, regulado en diversos tratados internacionales, que atañe específicamente a las personas migrantes²¹³. Esta clase de medidas constituye una grave

vulneración a las garantías esenciales de un debido proceso legal. En este sentido, según la Relatoría de la CIDH sobre trabajadores migratorios y sus familiares, la “existencia de situaciones en las que un grupo considerable de personas de una misma nacionalidad son detenidas en desarrollo de operaciones de control migratorio no puede generar situaciones en las que se desconozca este principio. Las operaciones de control migratorio pueden resultar en la necesidad de iniciar procedimientos migratorios contra un número considerable

• 206 Corte IDH, OC-16/99, cit., párr. 83.

• 207 El artículo 93 del Decreto 3/2008 de Panamá establece que en caso de personas menores de edad que hayan infringido las normas migratorias, “se comunicará al representante diplomático o consular de su país de origen o residencia, si éste estuviere acreditado en la República de Panamá, o a un gobierno amigo en caso que no lo estuviere”.

• 208 Entre otros, véase Foro Migraciones, Informe Alternativo al Comité de Derechos de Trabajadores Migrantes, México, cit., p. 20, 34, 40 y 41; Sin Fronteras, Situación de los Derechos Humanos de la población migrante en las Estaciones Migratorias de Ciudad de México y Tapachula, Chiapas, 2005-2006, México, 2007, pp. 13, 31 y 32.

• 209 Ver las Observaciones Finales del Comité de Trabajadores Migrantes, ya citadas, a los Estados de Ecuador (párr. 26.c), México (párr. 28.d).

• 210 En el caso de El Salvador, las organizaciones sociales han destacado que “el gobierno de la República a través de la Cancillería ha extendido algunos servicios para atender la creciente demanda de los salvadoreños en el exterior, estos servicios se han incrementado con la creación de la Vice Cancillería para los salvadoreños en el exterior, se han abierto más consulados en México y Guatemala, se atiende en otras grandes ciudades de los Estados Unidos, se ha creado el programa Bienvenido a Casa y se está incrementando el servicio consular para algunos trámites legales en el extranjero” (en Informe Alternativo al Comité de Trabajadores Migratorios, cit., p. 4).

• 211 Por ejemplo, el Programa Interinstitucional de Atención a Menores Fronterizos, de México. Al respecto, véase la información sobre este programa provista en el sitio web oficial del Instituto Nacional de Migración (INM) [En línea http://www.inm.gob.mx/index.php?page/Menores_Fronterizos_Antecedentes] [Consulta febrero de 2009]. Sobre este Programa, véase también: Acción Canadá para la Población y el Desarrollo; Colegio de Michoacán, Menores migrantes: derechos humanos, protección y servicios en los países miembros de la Conferencia Regional sobre Migración, Octubre de 2002, p. 21.

• 212 Opiniones Consultivas OC-16/99 y OC/18/03, cit., ambas solicitadas por los Estados Unidos Mexicanos.

• 213 Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 22.9; Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, artículo 22.1.

de personas [...] Es necesario que la situación migratoria de cada persona se determine de manera individual”²¹⁴.

En América Latina y el Caribe, muy pocas legislaciones han prohibido expresamente la ejecución de medidas de expulsión de migrantes de carácter colectivo²¹⁵. Por el contrario, la amplia mayoría no hacen alusión alguna a esta cuestión en el marco de sus políticas migratorias. Ello, pese a que varios países han ratificado la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias, al tiempo que todos los Estados latinoamericanos y la mayoría de los caribeños son parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Además de estas omisiones normativas, la información provista por organismos

internacionales²¹⁶ y organizaciones de la sociedad civil²¹⁷ sobre la actuación de los Estados de la región, revela diversos casos de expulsiones masivas de extranjeros, tanto de adultos como niños y niñas, durante la última década. Incluso algunas instituciones sociales y asociaciones de migrantes han debido recurrir a la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para solicitar medidas provisionales y urgentes que pudieran evitar la realización de expulsiones colectivas²¹⁸.

En oportunidad de responder a estos cuestionamientos, algunos Estados han alegado la inexistencia de prácticas de expulsión colectivas de migrantes, no obstante otras instituciones públicas del mismo país han indicado lo contrario²¹⁹.

En este contexto, es preciso efectuar algunas recomendaciones:

Recomendaciones sobre la prohibición de expulsiones colectivas

- Los Estados, en cumplimiento de los tratados internacionales, deben incluir expresamente en su legislación migratoria la prohibición de adoptar medidas de expulsión colectiva de personas migrantes.
- Debe quedar igualmente establecido que cada decisión de repatriación debe ser resultado de un procedimiento que respete el debido proceso legal, estar basada en las circunstancias del caso y respetar los principios y normas de derechos humanos aplicables a cada situación.
- Los organismos públicos competentes deben diseñar políticas y mecanismos que aseguren la evaluación individualizada de cada caso en el que se resuelva el ingreso, la permanencia o la salida del territorio de una persona migrante.
- Los Estados deberían elaborar mecanismos de control periódico para la prevención y, en su caso, reparación y sanción, de las medidas de expulsión colectiva que pudieran disponer los funcionarios públicos y/o las autoridades de las fuerzas de seguridad que tengan a su cargo tareas de control migratorio. Ello debe incluir la provisión de un recurso efectivo contra medidas de esta naturaleza.

• 214 CIDH, Relatoría de Trabajadores Migratorios y sus Familiares, Cuarto Informe de progreso, cit., párrs. 367, 376-378.

• 215 Argentina, Ley 25.871, artículo 66; Uruguay, Ley de Migración, artículo 56.

• 216 De acuerdo con la Relatoría de Trabajadores Migratorios de la CIDH, “en las zonas rurales y particularmente en las zonas fronterizas..., las deportaciones colectivas parecen ser frecuentes. Según datos obtenidos, las deportaciones colectivas de trabajadores migratorios tienen lugar bajo la apariencia de rechazos colectivos. La práctica de deportaciones masivas, sobre todo en áreas fronterizas, implica una trasgresión a las normas y garantías del debido proceso, así como a la prohibición expresa del artículo 22 inciso 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (Visita in loco a Costa Rica, cit., párr. 198).

• 217 Según Human Rights Watch, “las autoridades dominicanas han realizado expulsiones masivas de haitianos y dominico-haitianos, deteniendo a miles de personas en un período de semanas o meses y expulsándolas a la fuerza del país...” (HRW, “Personas Ilegales”: Haitianos y Dominico-Haitianos en la República Dominicana, 2002, pp. 3, 16-17). En igual sentido, véase Amnistía Internacional, *Vidas en tránsito: la difícil situación de la población migrante haitiana y de la población dominicana de ascendencia haitiana*, AI: AMR 27/001/2007, marzo de 2007, pp. 14-17. Véase también Centro de Derechos Humanos “Fray Matías de Córdoba”, *La crisis de derechos humanos en la frontera sur de México*, cit., p. 18.

• 218 Corte IDH, *Medidas Provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República Dominicana, caso de haitianos y dominicanos de origen haitiano en la República Dominicana*, dictadas en fechas 2 de febrero de 2006, 26 de mayo de 2001 y 7 de agosto de 2000, entre otras.

• 219 Véanse Informe del Estado de El Salvador al Comité sobre los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, CMW/C/SLV/1, del 20 de agosto de 2007, p. 63; Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos de El Salvador, Informe al Comité sobre Trabajadores Migratorios, cit., p. 63.

3.5.2 Niñez migrante y principio de no devolución

Las garantías de debido proceso también constituyen una salvaguarda esencial para el respeto del principio de no devolución, una norma imperativa del derecho internacional. Al respecto, la Convención Americana establece en su artículo 22.8 que “en ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas”. La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes también recepta el principio de no devolución en su artículo 3.

Al examinar el tratamiento que los Estados deberían otorgar a los niños y niñas no acompañados, el Comité de los Derechos del Niño llamó la atención sobre la prohibición de efectuar retornos como consecuencia de los cuales pudiera configurarse un peligro de daño para los derechos del niño. Por ello, destacó la importancia de efectuar previamente una evaluación seria sobre el riesgo que podría suponer una medida de repatriación. A su vez, según el Comité, dicho riesgo no se limita a la posible privación de la libertad o a la vulneración de derechos como la integridad física o la vida sino que, “la evaluación del riesgo de dichas violaciones graves deberá efectuarse teniendo en cuenta la edad y el género y tomando asimismo en consideración, por ejemplo, las consecuencias particularmente graves para los menores que presenta la insuficiencia de servicios alimentarios o sanitarios [...] El retorno al país de origen sólo podrá contemplarse en principio si redundaría en el interés

superior del niño. A fin de determinar esta circunstancia, se tendrá en cuenta, entre otras cosas, la seguridad personal y pública y otras condiciones, en particular socioeconómicas, que encontrará el niño a su regreso...”²²⁰.

Es así que ningún niño podría ser expulsado a un territorio en el que su vida, su supervivencia, su desarrollo integral o su libertad corrieran riesgo, no sólo por el temor de ser sometido a torturas u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, sino también por la ausencia de elementos esenciales para un crecimiento normal y digno.

Al momento de examinar si correspondería adoptar una medida de repatriación, los Estados están obligados a tener en cuenta estas circunstancias, cuya valoración resulta ineludible si se aspira a identificar la solución que respete más adecuadamente el interés superior del niño. En este sentido, los niños, sus familias o tutores, así como sus representantes legales, deberán tener a su alcance la información y las herramientas que les posibiliten incorporar estas variables a fin de solicitar un examen exhaustivo del caso. Todo ello, en el marco del respeto de las garantías del debido proceso, especialmente del derecho del niño a ser oído.

Tal como ocurre con la prohibición de las expulsiones colectivas, en los países de la región se evidencia una importante laguna en cuanto a la regulación normativa del principio de no devolución. A diferencia de lo que establecido en numerosas legislaciones en materia de refugio, en el campo de las políticas migratorias, y particularmente en la regulación de los procedimientos de rechazo en frontera o expulsión del territorio, el principio

de non refoulement (no devolución) suele estar ausente. De allí no se deriva necesariamente su violación, pero sí la necesidad de que se reconozca expresamente en la normativa, un principio tan

medular del derecho internacional. A continuación presentamos las recomendaciones que consideramos pertinentes en relación con esta temática.

Recomendaciones sobre el principio de no devolución de niños no acompañados

- Al iniciar un procedimiento relativo a la situación migratoria (ingreso, permanencia, repatriación) de un niño migrante no acompañado, los Estados, a través de los organismos concernidos, debe adoptar todas las medidas necesarias para establecer si una disposición de retorno podría significar un riesgo para la seguridad, libertad y desarrollo del niño.
- En el marco de este proceso, los Estados deben asegurar los mecanismos que garanticen el derecho del niño a ser oído.
- Para la evaluación del riesgo debe tenerse en cuenta, además de la opinión del niño, la valoración de las condiciones en el país de origen (incluidas, las socio-económicas) y cualquier otro factor indicativo de que la repatriación podría constituir un serio peligro para la integridad del niño o niña.

3.6. Los niños y niñas no acompañados y el debido proceso: la importancia de la designación oportuna de un tutor y un representante legal

En los casos en que el niño o niña migrante se encuentre no acompañado o separado de su familia, a fin de brindarle la protección que precisa desde el mismo momento en que se presenta en un puesto fronterizo, solicita la regularización migratoria en el país de destino o se ve involucrado en un procedimiento de repatriación, es esencial que el Estado adopte las medidas necesarias para asegurar un proceso con las debidas garantías. Ello incluye la designación de un tutor y un representante legal, en el plazo más breve posible y con la participación del niño en el proceso. La designación temprana del tutor, así como del asesor legal, posibilitará la representación de los intereses del niño y la defensa de sus derechos desde la primera oportunidad en que se analiza su situación

migratoria.

En cuanto a las facultades de los tutores de los niños y niñas no acompañados, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado, por un lado, el deber de los Estados de consultarle e informarle “de todas las medidas adoptadas en relación con el menor”. Además, ha indicado que el tutor debe estar autorizado a “asistir a todos los procedimientos de planificación y adopción de decisiones, incluidas las comparecencias ante los servicios de inmigración y órganos de recurso, los encaminados a definir la atención del menor y buscar una solución duradera”. Sobre las cualidades del tutor, el Comité indica que debe poseer “los conocimientos necesarios especializados en atención de la infancia, para que los intereses del menor estén protegidos y sus necesidades en materia jurídica, social, sanitaria, psicológica, material y educativa, etc., debidamente satisfechas”²²¹. A estos atributos debiera sumarse

el necesario conocimiento de las cuestiones migratorias, en particular de los impactos del proceso de migración en aquellos niños y niñas que lo transitan de manera no acompañada, y otros aspectos vinculados con la migración internacional, en particular la que protagonizan los niños y niñas.

El Comité destaca además, en cuanto a la actuación del tutor, la necesidad de crear “mecanismos que permitan evaluar el ejercicio de la tutoría, a fin de que el interés superior del menor esté representado durante todo el proceso de adopción de decisiones y, en particular, se prevengan los malos tratos”²²². En el marco del monitoreo de la actuación del tutor, resulta fundamental que se escuche la opinión del niño respecto de la relación que han entablado, a fin de que pueda solicitar una nueva designación si fuera oportuno, en función del respeto del principio de interés superior.

Retomando las directrices fijadas por el Comité acerca del tratamiento mínimo que los Estados deberían otorgar para proteger los derechos de los niños no acompañados, es preciso puntualizar que si éste “solicita el asilo o entabla otros procesos o actuaciones administrativas o judiciales, además del tutor, se le nombrará un representante legal”²²³. De esta manera, a partir de la obligación general que tiene todo Estado de garantizar la asistencia jurídica a todas las personas bajo su jurisdicción, en este caso, a través de la interpretación efectuada por el Comité, se afirma el deber de proveer este recurso a todos los niños y niñas no acompañados, en el marco de los procedimientos migratorios relativos a su ingreso al país, su permanencia o, eventualmente, su repatriación. Como en el caso del

tutor, aquí cabrían las mismas particularidades en cuanto al mecanismo de designación, la necesaria participación del niño y la posibilidad de que él mismo proponga revertir su nombramiento cuando pueda ser perjudicial o inefectivo en relación con la protección de sus derechos en tales procesos.

Las zonas de frontera constituyen entornos en los que resulta esencial la provisión de tutores y representantes legales eficientes en el cumplimiento de sus funciones²²⁴. Ello porque, en estos contextos, la situación de vulnerabilidad de los niños y niñas no acompañados se acrecienta por múltiples y diversos factores. Entre ellos, el temor a ser detenidos y expulsados por las fuerzas de seguridad del país al que pretenden ingresar, el riesgo de ser engañados por redes de tráfico y trata de personas, o incluso resultar víctimas de grupos civiles que rechazan, por medio de acciones violentas, el ingreso de migrantes por vías irregulares. En estas circunstancias y por los motivos expuestos, una medida fundamental que debieran desarrollar los Estados es disponer la rápida identificación del niño a fin de poner en marcha los mecanismos de asistencia y protección que requieren (entre ellos, la provisión de un tutor y, si fuera necesario, de un asesor legal). La obligación de identificación debería regir tanto si el niño ya ingresó en el territorio del Estado, como si se apersona o es encontrado en una zona de frontera.

Ahora bien, al observar las prácticas que los Estados llevan adelante estos casos, el Comité de los Derechos del Niño ha advertido que “en muchos países, se rehúsa sistemáticamente la entrada a los menores no acompañados o separados de su familia o son detenidos por funcionarios de los

• 221 Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 6, cit., párr. 33.

• 222 Ídem, párr. 35.

• 223 Ídem, párr. 21.

• 224 UNICEF, Niñez migrante en las fronteras [En línea http://www.unicef.org/lac/overview_12240.htm] [Consulta febrero de 2009].

servicios de fronteras o de inmigración”²²⁵, pese a que la respuesta debería estar en la posición inversa: la asistencia y la protección.

En algunos Estados de América Latina y el Caribe, el incumplimiento de los estándares internacionales de derechos humanos y de derechos del niño no sólo se manifiesta en la práctica administrativa en las zonas de frontera, sino también de la legislación vigente. En este sentido es preciso recordar que algunos países de la región incluyen a los niños y niñas no acompañados entre las categorías de personas que tienen prohibido ingresar al territorio²²⁶. Por el contrario, Costa Rica ha establecido recientemente que en ningún supuesto podrán rechazarse personas menores de edad no acompañadas ni a las personas de las que no exista certeza de su mayoría de edad, y que en tal caso se deberá informar de manera inmediata a las autoridades en materia de infancia, que asumirán la representación temporal del niño o niña y su traslado a un albergue²²⁷.

Al posible rechazo en la frontera se suma que, en muchos casos, la negativa a ingresar es una decisión que no admite recurso ni se prevé la realización de una (o más) audiencias previas a su adopción, las trabas para el ingreso de estos niños y niñas pueden ser definitivas, como así también los perjuicios que esta situación -que puede afectar el principio de no devolución- ocasiona para su desarrollo futuro.

De allí se deduce que es preciso desarrollar una serie de reformas legislativas que aseguren la consideración del interés superior del niño en el

contexto del ingreso en las fronteras de cada país.

En este marco, un primer paso consistiría en derogar toda disposición que estipulara la prohibición de entrada al país de niños y niñas no acompañados. Por el contrario, cualquier decisión que implique rechazar su ingreso al territorio del Estado, deberá ser tomada por el organismo competente, con la respectiva intervención judicial y el asesoramiento de profesionales idóneos que hayan mantenido entrevistas con el niño y evaluado su situación. La decisión sólo podrá fundarse en el principio de interés superior en ese caso particular, y deberá ser tomada respetando todas las garantías procesales a las que hemos hecho referencia a lo largo del presente capítulo. Asimismo, debe respetarse, sin excepción, el principio de no devolución.

De acuerdo con el Comité de los Derechos del Niño, la determinación del interés superior “exige una evaluación clara y a fondo de la identidad de éste y, en particular, de su nacionalidad, crianza, antecedentes étnicos, culturales y lingüísticos, así como las vulnerabilidades y necesidades especiales de protección”. Por ello, en el marco del control de ingreso en las fronteras, “permitir el acceso del menor al territorio es condición previa de este proceso de evaluación inicial, el cual debe efectuarse en un ambiente de amistad y seguridad y a cargo de profesionales competentes formados en técnicas de entrevistas que tengan en cuenta la edad y el género”²²⁸.

En base a estos parámetros, los Estados deben diseñar mecanismos que brinden un tratamiento adecuado a los niños y niñas no acompañados.

Ello debiera implicar, en primer lugar, la imposibilidad de rechazarlos sin procedimiento alguno en las zonas de frontera. Luego, junto con medidas de protección inmediatas (por ejemplo, en materia de alojamiento, salud, alimentación), dicho tratamiento obligaría a iniciar un proceso que tenga en consideración los aspectos antes señalados y que se dirija a evaluar las alternativas a seguir, respetando y tomando siempre como referencia el interés superior del niño. Este deber, como ha señalado el Comité, se extiende “a todos los poderes del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial)...”²²⁹.

En cuanto a la situación en América Latina y el Caribe, cabe señalar que las leyes migratorias, en su amplia mayoría, no contemplan expresamente el derecho a un tutor y un representante legal de los niños y niñas no acompañados. Esta omisión

acredita nuevamente el rasgo que caracteriza las políticas migratorias en la región: la falta de un enfoque transversal de edad, es decir, de mecanismos normativos y operativos destinados específicamente a asegurar los derechos de la niñez en el contexto de la migración, particularmente cuando se trata de niños y niñas no acompañados y en situación migratoria irregular²³⁰. Es por ello que formulamos las siguientes recomendaciones. (ver cuadro)

Por último, en relación con la cuestión de los niños y niñas no acompañados y las medidas de repatriación, cabe hacer mención de una reciente medida adoptada en la región. Algunos países del Caribe, Centroamérica y Norteamérica han aprobado unos *Lineamientos regionales para la atención de niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados en casos*

Recomendaciones sobre derecho a un debido proceso de los niños y niñas no acompañados y sobre las condiciones para la designación de un tutor y de un representante legal

- Los Estados deberían eliminar de su legislación las disposiciones que prohíben el ingreso de niños y niñas no acompañados. En su lugar, deberían desarrollar un marco normativo dirigido a crear mecanismos que protejan a los niños y niñas en esas circunstancias.
- Entre esos mecanismos, la normativa debería, en primer lugar, facilitar el inmediato ingreso al país del niño no acompañado que se encuentre en zona de frontera. Luego, disponer las instancias y el ambiente adecuado para que sea entrevistado por profesionales idóneos, y que sean ellos quienes determinen sus necesidades de asistencia y protección y, consecuentemente, las medidas a adoptar, aplicando el principio de interés superior.
- En los procedimientos relativos al ingreso, permanencia o salida del territorio de niños y niñas no acompañados, los Estados deben garantizar (por ley y en la práctica) el derecho a un tutor y, cuando corresponda, a un representante legal.
- A tal fin, se recomienda la conformación de equipos de tutores y asesores legales idóneos, cuyos antecedentes sean públicos, y estén debidamente capacitados en materia de derechos de inmigrantes, solicitantes de asilo, refugiados, niños y niñas. La designación y actuación del tutor debiera analizarse periódicamente y con la correspondiente participación del niño.
- Los programas diseñados para realizar de forma efectiva estos derechos deberán contar, en todo el territorio (incluidas las zonas de frontera), con los recursos materiales y humanos necesarios para su concreción.

• 225 Comité de los Derechos del Niño, Observación General 6, cit., párr. 3.

• 226 Bolivia: Decreto Supremo 24423 del 29/11/1996, art. 46; Brasil, Ley Migratoria, art. 7.1; Chile, Decreto-ley 1094, art. 16.4; Ecuador, Ley de Migración, art. 9.III.

• 227 Costa Rica, Ley de Migración y Extranjería, art. 65.

• 228 Comité de los Derechos del Niño, Observación General 6, cit., párr. 20.

• 229 Ídem, párr. 13. Más adelante se analizará cómo debería ser tenido en cuenta, en el marco de procesos relativos a la permanencia en el país de destino o su retorno al país de origen, el derecho a la vida familiar.

• 230 Véase, a modo de ejemplo, ACNUR, La protección internacional de las niñas y niños no acompañados en la frontera sur de México (2006-2008), cit., p. 6.

de repatriación (Conferencia Regional de Migración –CRM-, Guatemala, 9 de julio de 2009²³¹). Este documento es considerado “una herramienta guía para llevar a cabo la repatriación legal, ágil, digna, segura y ordenada de niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados”, cuyo propósito “es fomentar la colaboración en la protección y repatriación entre los países miembros de la CRM, y fungir como guía, desde el momento de su detección hasta el de su repatriación, siempre salvaguardando sus derechos y su interés superior”.

Este documento puede contribuir, especialmente si se armoniza con estándares internacionales, a asegurar un marco de protección efectiva de niños y niñas no acompañados en los países de la región. Igualmente, es preciso precisar que, si bien estos Lineamientos contienen una cláusula sobre “alternativas a la repatriación” (en caso que ésta pueda generar algún riesgo para el niño o niña), el objetivo central de esta herramienta no es determinar cuándo corresponde la repatriación y cuándo, en virtud del interés superior, deben adoptarse otras políticas de protección (como podría ser la concesión de residencia y, eventualmente, la reunificación familiar en el país de destino), sino de facilitar y gestionar la repatriación. Por otra parte, cabe también señalar que ciertas garantías fundamentales de debido proceso (como la asistencia jurídica y el derecho a un tutor) que figuraban en versiones preliminares de los lineamientos, finalmente no han quedado incorporadas en el documento aprobado por los Estados.

4. El derecho a la vida familiar en procesos de expulsión y de reagrupación familiar

En el prólogo a la Convención sobre los Derechos del Niño, los Estados han afirmado su convicción “de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños y niñas, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”. Sobre este principio protector, es pertinente observar la trascendencia de la relación entre la vida familiar, los derechos del niño y las políticas migratorias.

En este sentido, cabe señalar, en primer lugar, que numerosas decisiones que los Estados adoptan regularmente en el ámbito de las políticas migratorias, referidas al ingreso, la permanencia o la salida de migrantes, pueden tener un impacto determinante en la unidad o separación de la familia. Así, la resolución de una solicitud de entrada al país o de adquisición o renovación de un permiso de residencia, o bien la decisión sobre una eventual expulsión del territorio de un niño o sus padres, pueden afectar positiva o negativamente el derecho a la vida familiar.

Este derecho ha sido ampliamente reconocido por toda la comunidad internacional, y particularmente por los Estados de América Latina y el Caribe. Por ello, tanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos como diversos tratados de derechos humanos contemplan el derecho de toda persona a la vida familiar y, consecuentemente, han fijado las obligaciones de

protección, respeto y garantía que tienen los Estados respecto de todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción²³². También ha sido incluido explícitamente en la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, en la cual se estipula que los Estados, reconociendo que la familia es el grupo básico natural y fundamental de la sociedad y que tiene derecho a protección por parte de ésta última y del Estado, adoptarán las medidas apropiadas para asegurar la protección de la unidad de la familia del trabajador migratorio²³³.

En cuanto a la vida familiar y los derechos de los niños y niñas, la Corte Interamericana ha señalado que los Estados, dentro de su responsabilidad de asegurar la protección de los niños y niñas, tienen la obligación de favorecer de la manera más amplia posible el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar, ya que el reconocimiento de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, y el derecho de ésta a la protección estatal, “constituye un principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”²³⁴.

Sobre esta firme protección normativa, se examinarán a continuación algunos aspectos del derecho a la vida familiar de los niños y niñas migrantes y de los hijos e hijas de padres migrantes, su regulación en la legislación migratoria de los países de la región y los obstáculos existentes para su ejercicio efectivo (particularmente aquellos vinculados con la nacionalidad o condición migratoria de las personas migrantes y sus familias).

4.1. El derecho a la vida familiar del niño en casos de disponerse la expulsión de los padres

La Convención sobre los Derechos del Niño establece en su artículo 9, que los Estados deben velar porque los niños no sean separados de sus padres 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 el interés superior del niño”.

Como corolario de este principio, la separación sólo podría disponerse (como medida excepcional) si se dan una serie de requisitos: en primer lugar, que esté prevista en la ley; luego, que la decisión sea adoptada con respeto de las garantías de debido proceso (tanto de los niños como de sus padres); a su vez, dicha resolución debe poder ser revisada por una autoridad judicial; y finalmente, que sea “necesaria” para el interés superior del niño.

Los criterios emanados de la Convención permiten extraer una serie de consecuencias. Una de ellas es que sería muy difícil concluir que la separación generada por la expulsión de los padres en razón de su irregularidad migratoria, constituye la medida más adecuada al interés superior del niño. Los niños nacidos en el país de destino -que no pueden ser expulsados por poseer la nacionalidad de este país, tal como obliga el criterio de *ius soli* que rige en casi toda América Latina y el Caribe²³⁵-, en nada se beneficiarían por la deportación de sus padres. Todo lo contrario.

• 231 Los países miembros de la CRM son: Belice, Canadá, Costa Rica, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá y República Dominicana.

• 232 Artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículos 8, 9, 10, 16, entre otros, de la Convención sobre los Derechos del Niño; artículos 11 y 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 16 del Protocolo de San Salvador en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; artículos 17 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
• 233 Convención sobre los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias, artículo 44.
• 234 Corte IDH, OC-17/02, cit., párr. 66.
• 235 Véase el capítulo IV de este mismo Informe.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha precisado que cualquier “decisión relativa a la separación del niño de su familia debe estar justificada por el interés del niño”²³⁶. Entonces, “el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal”²³⁷. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por su parte, también ha reconocido el derecho a la vida familiar. En ocasión de analizar un caso sometido a su consideración, el Tribunal entendió que la expulsión de la madre de una niña holandesa afectaba el interés superior de la niña y señaló que el bienestar económico del país no puede estar por encima del derecho a la vida familiar de la madre y su hija²³⁸. En otro caso, estableció que debía tenerse en cuenta el mejor interés y el bienestar de los niños y niñas²³⁹.

Por su parte, la Comisión Interamericana ha señalado que los procedimientos de expulsión de adultos migrantes deben garantizar que los derechos e intereses de sus hijos serán tomados en cuenta, ya que la decisión tendría un impacto dramático sobre su bienestar y desarrollo. Subrayó que un Estado no puede dejar librada a los padres (que serían expulsados) una elección entre, por un lado, “el amor y cuidado” a sus hijos en un contexto de pobreza, o por el otro, los “beneficios de salud,

educación y bienestar” de los niños en un país con servicios como educación y salud eficientes. Por esta razón, la Comisión resalta la relevancia de incluir la perspectiva e intereses del niño en esos procesos²⁴⁰.

Además de ser contrarias al interés superior del niño, las medidas de expulsión de padres resultan de difícil justificación si se consideran debidamente ciertos principios del DIDH, como el interés superior del niño, el pro homine o el principio de proporcionalidad. Si tal como afirma la Corte Interamericana apoyándose en las Directrices de Riad²⁴¹, “la familia es la unidad central encargada de la integración social primaria del niño” y por ende “los gobiernos y la sociedad deben tratar de preservar” su integridad, resulta evidente que una infracción administrativa (en este caso, la irregularidad migratoria) no configuraría una conducta justificante de una medida que implicara la separación entre padres e hijos²⁴². La Comisión Interamericana ha indicado que las facultades del Estado en materia de control de ingreso, residencia y expulsión de extranjeros, deben equilibrarse con el perjuicio que puede causarse a los derechos de las personas involucradas en el caso particular, como el derecho a la vida familiar. Ello exige, entre otras cuestiones, recurrir al principio de razonabilidad²⁴³, así como a los demás principios emanados de los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Por otra parte, como ya se indicó, la Convención sobre los Derechos del Niño exige que la separación de padres e hijos esté prevista en la ley, sea el resultado de un proceso respetuoso de las garantías fundamentales y asegure la intervención judicial.

Estos aspectos también requieren ser examinados en el contexto de América Latina y el Caribe, donde la amplia mayoría de las legislaciones no los contemplan al regular la expulsión de migrantes que son padres de niños y niñas que

residen en el mismo país y no pueden ser deportados. En la mayoría de las leyes de la región no se prevé el interés superior de niño como criterio para la suspensión de una medida de deportación (ver cuadro aparte). Tampoco se establece la posibilidad de la reunificación familiar posterior a la expulsión, pese a que esa separación, además de excepcional, debería tener carácter temporal.

Expulsión de padres migrantes, vida familiar y regularización migratoria

Argentina, Ley de Migraciones (ley 25.871) artículo 70:

“Firme y consentida la expulsión de un extranjero, el Ministerio del Interior o la Dirección Nacional de Migraciones, solicitarán a la autoridad judicial competente que ordene su retención, mediante resolución fundada, al solo y único efecto de cumplir aquélla [...] Producida tal retención y en el caso que el extranjero retenido alegara ser padre, hijo o cónyuge de argentino nativo [...] la Dirección Nacional de Migraciones deberá suspender la expulsión y constatar la existencia del vínculo alegado en un plazo de cuarenta y ocho (48) horas hábiles. Acreditado que fuera el vínculo el extranjero recuperará en forma inmediata su libertad y se habilitará respecto del mismo, un procedimiento sumario de regularización migratoria”.

• 236 Corte IDH, OC-17/02, cit., párr. 73.

• 237 Corte IDH, OC-17/02, cit., párr. 77.

• 238 TEDH, caso Rodríguez Da Silva c. Holanda, Demanda Núm. 50435/99, sentencia del 31 de enero de 2006. En el caso se analizó la expulsión de la madre de una niña holandesa de tres años, quien al momento del nacimiento de su hija se encontraba en situación migratoria irregular.

• 239 TEDH, caso Üner c. Holanda, demanda 46410/99, sentencia de 18 de octubre de 2006, párr. 55 y ss.

• 240 CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado, del 28 de febrero de 2000, párrs. 158 y 159.

• 241 Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad), adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su resolución 45/112, del 14 de diciembre de 1990.

• 242 Corte IDH, OC-17/02, cit., párr. 67.

• 243 Según la CIDH, si se interpretan conjuntamente la Declaración Americana y la Convención sobre Derechos del Niño, “en los casos en que la toma de decisiones implica la potencial separación de una familia, la resultante interferencia en la vida familiar puede justificarse solamente cuando es necesaria para satisfacer una necesidad apremiante de proteger el orden público y cuando los medios son proporcionales al fin. La aplicación de estos criterios por parte de varios órganos de supervisión de los derechos humanos indica que se debe buscar este equilibrio caso por caso y que las razones que justifiquen la interferencia en la vida familiar deben realmente ser muy serias”. (CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado, cit., párr. 166).

A lo largo de este Informe hemos hecho alusión a la importante ausencia de mecanismos normativos que reglamenten el debido proceso legal en estas ocasiones o que faciliten la participación del niño en estos procedimientos. El panorama es similar cuando se trata de la (necesaria) implicación del poder judicial en esta clase de decisiones, algo que también exige el Protocolo de San Salvador²⁴⁴.

Como ocurre con otros temas analizados en este capítulo, la mayoría de las leyes migratorias de los países de la región no prevé un recurso judicial en los procesos de expulsión de migrantes. Por ello, en muchos casos, no es la autoridad judicial sino la administrativa, quien dispone la separación entre padres e hijos, al expulsar a aquéllos del país. Ello no obstante el Comité de los Derechos del Niño ha subrayado expresamente que el principio general del interés superior del niño debe aplicarse íntegramente, tanto en decisiones administrativas como judiciales, frente a una eventual expulsión de padres migrantes, que pudiera suponer la separación de la familia. Por el contrario, tales situaciones requieren la adopción de medidas tendentes a evitar esa desunión²⁴⁵.

Pese a que muchos países establecen como criterio para obtener la radicación el hecho de ser padre o madre de un niño de la nacionalidad del país de destino²⁴⁶, y aun cuando sus legislaciones tienen en cuenta el interés del niño²⁴⁷, la vigencia

del derecho a la vida familiar de los niños nacionales que conviven con sus padres extranjeros no cuenta en los países de la región con la protección debida.

En ese sentido, a las lagunas normativas comentadas en el párrafo anterior, deben sumarse las prácticas concretas desarrolladas en varios países, en los que se han denunciado, por ejemplo, casos de expulsión de padres extranjeros de niños y niñas nacionales, en el marco de procedimientos irregulares y sin la correspondiente consideración del deber de protección de la unidad familiar y de las afectaciones que tales medidas ocasionan al derecho del niño de convivir en condiciones familiares que permitan su desarrollo integral²⁴⁸. Asimismo, en ocasión de deportaciones sumarias, y en los momentos previos a la ejecución de la medida, se ha privado a padres e hijos de posibilidad de contacto²⁴⁹.

En atención a los aspectos comentados en este apartado, resulta pertinente efectuar algunas recomendaciones.

Recomendaciones sobre la excepcionalidad de la expulsión de padres migrantes

- La legislación migratoria de los Estados debe contemplar, si aun no lo hace, los derechos de los niños (en particular el derecho a no ser separados de sus padres) en los casos en que pudiera aplicarse una medida de deportación de uno o ambos progenitores como consecuencia de su estatus migratorio.
- Específicamente, debería establecerse, como principio general y en atención al interés superior del niño, la inhibición de la ejecución de una medida de esa naturaleza cuando pudiera suponer la separación de la familia.
- En caso de que exista normativamente la posibilidad de dicha separación, deben asegurarse las garantías de debido proceso (tanto del padre como de los niños y niñas que resultarían afectados por la medida), y debe asegurarse la revisión judicial de la resolución.
- En el supuesto de que, excepcionalmente, se ejecutara una decisión de esta naturaleza, los Estados de destino deberían asegurar que esa medida tiene un carácter temporal. Para ello, deberían diseñarse mecanismos accesibles que permitan la reunificación familiar, otorgando a los padres el permiso de residencia y trabajo por criterios de unidad familiar y a fin de garantizar los derechos del niño.

• 244 De acuerdo con su artículo 16, "Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre".

• 245 Comité de los Derechos del Niño, Observaciones Finales, Malasia, CRC/C/MYS/CO/1, del 25 de junio de 2007, párrs. 36 y 37.

• 246 Entre otros, véanse las siguientes normas: Bolivia, Decreto Supremo 24.423, arts. 33 y 37; Honduras, Decreto 208-2003, art. 35; México, Ley General de Población, art. 39; Paraguay, Ley de Migraciones, art. 82.a.

• 247 "La Relatoría tomó nota de la especial protección a la familia que garantiza la Constitución Política costarricense mediante los recursos de amparo presentados por padres extranjeros de menores nacidos en Costa Rica, que solicitaban se tuviera en cuenta el interés del menor quien se vería obligado a abandonar su país con sus padres o madres [...] la Dirección General de Migración tuvo en consideración el interés de la unidad familiar y suspendió órdenes de deportación u ordenó otorgar la visa, permitiendo a las personas migrantes regularizar su estatus [...] la Corte Suprema concedió amparos por casos similares en los que la Dirección General había ordenado la deportación..." (CIDH, Relatoría sobre Trabajadores Migratorios, Visita in loco a Costa Rica, cit., párr. 189).

• 248 Véase al respecto, Informe presentado por la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos de El Salvador ante el Comité sobre los Derechos de los Trabajadores Migrantes, cit., p. 75.

• 249 HRW, "Personas Ilegales": Haitianos y Dominicano-Haitianos en la República Dominicana, cit., p. 3.

4.2. El derecho a la reagrupación familiar de niños y niñas migrantes

Las obligaciones de los Estados en relación con el derecho a la vida familiar, y su inserción en la política migratoria, pueden suponer no sólo la necesidad de abstenerse de adoptar decisiones que impliquen la separación de los miembros de una familia, sino también la acción positiva de promover la reunión de los niños y niñas (nacionales y migrantes) con sus familiares.

El principio de reagrupación familiar ha sido reconocido en la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, cuyo artículo 44.2 dispone que los Estados “tomarán las medidas que estimen apropiadas y entren en la esfera de su competencia para facilitar la reunión de los trabajadores migratorios con [...] sus hijos solteros menores de edad que estén a su cargo”. En el mismo sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 10 alude al derecho a la reunificación familiar al señalar que, de conformidad con la obligación que incumbe a los Estados en virtud del artículo 9 (no separación de niños y padres), “toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva”.

La importancia de la reunificación familiar también ha sido destacada por los Gobiernos sudamericanos, para los cuales debe considerarse la reunificación familiar como “un derecho de los migrantes y un elemento fundamental para una

mejor integración en la sociedad receptora”²⁵⁰. En la Declaración de Santiago sobre Principios Migratorios, los representantes de los Estados del MERCOSUR y Asociados destacaron “la importancia de la reunificación familiar, como elemento necesario para la estabilidad plena de los inmigrantes, reconociendo a la familia como base fundamental de la sociedad”²⁵¹. En igual sentido, la Asamblea General de Naciones Unidas resolvió que “todos los gobiernos, en particular los de los países de acogida, deben reconocer la importancia vital de la reunificación de la familia y promover su incorporación en la legislación nacional a fin de proteger la unidad de las familias de los migrantes, de conformidad con los instrumentos de derechos humanos universalmente reconocidos”²⁵².

En el ámbito regional, aún cuando el principio de unidad familiar, o específicamente la reunificación familiar, han sido receptados en algunas legislaciones migratorias de reciente sanción (ver cuadro aparte)²⁵³, su incorporación aún está pendiente en la gran mayoría de los Estados. En algunos casos, la legislación sólo reconoce este derecho a quienes son reconocidos como refugiados²⁵⁴. Asimismo, no puede soslayarse que en muchas oportunidades, pese a ser un principio reconocido por las normas nacionales, los trámites previstos para efectivizarlo pueden llegar a ser tan engorrosos y costosos, al punto que tornan imposible el ejercicio del derecho, en especial cuando se trata de familias con escasos recursos económicos²⁵⁵.

En el contexto de las migraciones internacionales, y concretamente en relación con los niños y niñas involucrados en estos

El derecho a la reunificación familiar de todas las personas migrantes

Uruguay, Ley de Migración (ley 18.250) del 17 de enero de 2008, artículo 1:
“El Estado uruguayo reconoce como derecho inalienable de las personas migrantes y sus familiares, sin perjuicio de su situación migratoria, el derecho a la migración, el derecho a la reunificación familiar, al debido proceso y acceso a la justicia...”.

movimientos, la reunificación familiar, así como los principios jurídicos aplicables a ella, pueden ser examinados en dos escenarios particulares. Uno de ellos es el de los niños y niñas que se encuentran solos en el país de destino y desean reunificar allí a sus padres. El otro se configura cuando ambos padres, o uno de ellos, residen en el país de destino y pretenden que sus hijos se reúnan allí con ellos. Analicemos en detalle ambas situaciones.

En el primer caso, se trata de niños y niñas no acompañados que han dejado atrás a sus familiares.

Ya hemos hecho referencia a diversas responsabilidades que tienen los Estados desde que estos niños y niñas buscan ingresar al país o se les inicia un procedimiento para determinar su estatus migratorio y definir su permanencia o su regreso al país de origen (asistencia de un tutor y de un asesor legal, cuando corresponda, vigencia de las garantías del debido proceso, respeto del derecho a ser oído, etc.). Ahora bien, tal como hemos comentado, un paso ineludible que deben cumplimentar los Estados consiste en reunir todos los elementos necesarios para evaluar qué decisión satisface más íntegramente el interés superior del niño. Como destaca el Comité de Derechos del Niño, lo esencial es identificar una solución duradera que resuelva

todas sus necesidades de protección²⁵⁶. En este marco, las alternativas serán básicamente dos:

1. Disponer el retorno del niño, a fin de que se reencuentre con sus padres, otros familiares y seres queridos en el país de origen, o en su defecto, sea incorporado a los programas de protección integral de la infancia de ese país;

2. Disponer su permanencia en el país de destino, su regularización migratoria y, si fuera en su interés superior, gestionar el ingreso de sus padres a efectos de la reunificación familiar.

Si luego de escuchar al niño en forma debida²⁵⁷, se considera que decretar el retorno constituye la opción más beneficiosa para los intereses y derechos del niño -por razones de reunificación familiar u otras que garanticen su mejor protección-, el Estado debería arbitrar los medios para ubicar a la familia del niño en el país de origen. Para ello, requiere indefectiblemente la participación activa del otro Estado. Debe recordarse que se trataría de una medida dirigida a su protección (ver cuadro aparte).

• 250 V Conferencia Sudamericana de Migraciones, La Paz, Declaración, noviembre de 2004, párr. 8.

• 251 Declaración de Santiago sobre Principios Migratorios, del 17 de mayo de 2004, párr. VI.

• 252 Asamblea General, Resolución 59/203, Respeto del derecho a la libertad universal de viajar e importancia vital de la reunificación de las familias, del 23 de marzo de 2005, párr. 2.

• 253 Argentina, ley 25.871, artículo 3; Panamá, Decreto ley 3/2008, artículo 66; Uruguay, Ley de Migración, artículo 1.

• 254 Honduras, Ley de Migración y Extranjería, artículo 47.

• 255 Montero Mora, F., Estudio y diseño del Área Encargada de las Políticas de Integración para el desarrollo de la población migrante y refugiada de la Dirección General de Migración y Extranjería, Costa Rica, cit., pp. 35-36.

• 256 Comité de los Derechos del Niño, Observación General 6, cit., párr. 79.

• 257 “La opinión del niño y la niña debe ser escuchada y considerada en relación con la edad y madurez del niño o niña. Los niños y las niñas deben mantenerse informados de los planes que se hacen para ellos. Esto incluye decisiones acerca de su [...] reunificación” (Comité Internacional de la Cruz Roja, Directrices Generales Inter-Agenciales sobre Niñas y Niños no acompañados y separados, enero de 2004, p. 11).

Retorno de niños no acompañados y políticas de control migratorio

Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 6, párrafo 86:

“Los argumentos no fundados en derechos, por ejemplo, los basados en la limitación general de la inmigración, no pueden prevalecer sobre las consideraciones fundadas en el interés superior”.

Si el niño o niña se opusiera a tal solución, informando su voluntad a su tutor y o a su representante legal, debería contar con los medios adecuados para hacer valer su opinión en las distintas instancias (es decir, ejercer su derecho de defensa, acceder a la justicia y a un recurso efectivo). Debe subrayarse que la reunión familiar en origen no podría considerarse como una alternativa a evaluar, si ella pudiera conllevar la violación de los derechos del niño o si alguna razón fundada en su interés superior aconseja no inclinarse por esta opción²⁵⁸. También es preciso considerar nuestros comentarios previos en relación con el principio de no devolución.

Por otra parte, si el niño o niña estuviera de acuerdo con la repatriación, o la decisión estuviera confirmada por los tribunales de justicia, deben garantizarse otra clase de extremos. En tal sentido, ambos países deben contar con las previsiones legales, los recursos y los mecanismos administrativos necesarios para asegurar de forma efectiva y segura la reunificación. Ello incluye la adopción de medidas dirigidas a proteger al niño en el transcurso del proceso y a garantizar su reinserción social en el país de origen, tal como ha indicado el Comité de los Derechos del Niño²⁵⁹.

Ahora bien, el Comité ha considerado también el

supuesto en que la reunificación familiar en el país de origen no resulte posible o aconsejable. En tales circunstancias, “entran en juego las obligaciones estipuladas en los artículos 9 y 10 de la Convención, que deben regir las decisiones del Estado de acogida sobre la reunión familiar en su propio territorio [...] La integración en el país de acogida constituye la opción principal si el retorno al país de origen se revela imposible por razones jurídicas o de hecho”²⁶⁰. Esto implica que los Estados deberían, por una parte, contar con mecanismos que faciliten el ingreso al país de manera regular de los padres, a fin de garantizar el derecho a la vida familiar de esos niños y niñas, siempre que razones de peso no aconsejen lo contrario en su interés superior; por otro lado, arbitrar políticas que aseguren los derechos y necesidades de esos niños y niñas de manera integral y duradera.

En la región latinoamericana, los pocos programas e instrumentos normativos referidos a esta cuestión, están centrados especialmente en los mecanismos de retorno al país de origen de niños y niñas no acompañados. Acuerdos bilaterales e iniciativas regionales han regulado diversas actuaciones para los casos de repatriación de niños y niñas no acompañados, de manera “ordenada y segura”²⁶¹.

No obstante la opción alternativa, es decir, la reagrupación e integración en la sociedad de acogida, no ha sido desarrollada debidamente, ni en la normativa y la práctica interna de los países, ni a nivel bilateral o multilateral.

En el segundo supuesto, son los padres quienes han migrado al país de destino y pretenden que sus hijos se reúnan allí con ellos.

En estas circunstancias, tanto el país en que se encuentra el niño (que puede ser su país de origen o no) como el país de acogida, deben arbitrar todos los medios posibles a fin de facilitar, y no obstruir, la reagrupación familiar. Tanto a través de acuerdos bilaterales como en la normativa interna de cada Estado, es preciso que se diseñen mecanismos que puedan, de manera sencilla y accesible, hacer efectivo el ejercicio del derecho a la vida familiar, que en estos casos se materializa en la previsión de procedimientos de reunificación familiar.

La inexistencia de vías legales sencillas para llevar adelante exitosa y oportunamente estos procesos, o bien la ausencia de información sobre esta alternativa y/o sobre los requisitos que deben cumplirse para activarla, repercute en la imposibilidad de concretar la reunión familiar en el país de destino. Paralelamente, estos factores constituyen una explicación del origen e incremento de la migración irregular de niños y niñas no acompañados que van en busca de sus padres que han migrado previamente. De esta manera, se profundiza considerablemente el riesgo de que los niños y niñas sean víctimas de redes de tráfico y trata de personas, al tiempo que se configuran otros abusos y peligros para sus derechos, su integridad

física y sus vidas. En muchos casos, incluso si logran ingresar al país en el cual habitan sus padres, las sanciones previstas contra las infracciones a las normas migratorias, así como la falta de mecanismos de regularización en el país de destino, pueden no sólo obstruir la reunión con su familia sino conllevar la aplicación de medidas de expulsión del país, la prohibición de reingreso u otra clase de penalidades.

En la región de América Latina y el Caribe, son pocos los países que disponen de procesos de reunificación familiar regulados en la legislación. Tampoco son muchos los que cuentan con acuerdos bilaterales con países vecinos, dirigidos específicamente a facilitar el ingreso de niños y niñas migrantes a fin de que puedan reunirse con sus padres.

Al respecto, la Relatoría de la CIDH sobre Trabajadores Migratorios y sus Familias ha destacado las dificultades que encuentran los padres que residen en forma regular en el país de destino, para lograr que sus hijos se reúnan con ellos²⁶². En relación con los países de origen y sus obligaciones respecto de los derechos de los niños y niñas a reunirse con sus padres migrantes, los organismos internacionales han instado a los Estados a desarrollar iniciativas dirigidas a promover la reunificación familiar, por ejemplo, a través de acuerdos bilaterales con los países de destino²⁶³.

En aquellos casos en que los padres no cuentan con un permiso de residencia en el país de destino, la reunificación familiar encuentra uno de sus obstáculos más complejos.

• 258 Comité de los Derechos del Niño, Observación General 6, cit., párrs. 81 y 82.

• 259 Comité de los Derechos del Niño, Observaciones Finales, México, CRC/C/MEX/CO/3, del 8 de junio de 2006, párr. 61. e.

• 260 Comité de los Derechos del Niño, Observación General 6, cit., párrs. 83 y 89.

• 261 Cabe mencionar, entre ellos, el Memorándum de Entendimiento entre México, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua, para la repatriación digna, ordenada, ágil y segura de nacionales centroamericanos migrantes, firmado el 5 de mayo de 2006.

• 262 CIDH, Relatoría de Trabajadores Migratorios, Séptimo informe de progreso, 2005, cit., párr. 182.

• 263 Comité de los Derechos del Niño, Observaciones Finales, Ecuador, CRC/C/15/Add.262, del 13 de septiembre de 2005, párr. 42; Comité de los Derechos del Niño, Observaciones Finales, República Dominicana, 2008, cit., párr. 51.b..

Incluso cuando la normativa permitiera el ingreso (a efectos de reunificación familiar) de sus hijos, esta opción no estaría disponible para quienes no tienen un estatus migratorio regular. Como subraya la Relatoría, en muchos casos “la condición migratoria irregular de los padres no les permite ir a buscar a sus hijos por lo que acuden a redes de tráfico de migrantes para reunirse con ellos”²⁶⁴.

Un abordaje integral a esta compleja situación, basado en un enfoque de derechos y especialmente en el interés superior del niño (a corto y largo plazo), indicaría que los Estados deberían reconducir sus respuestas y, en lugar de centrarse en la sanción de la inmigración irregular, contemplar mecanismos que garanticen la protección de las personas que se encuentran en tal situación de vulnerabilidad (tanto los padres en situación migratoria irregular como los hijos e hijas con quienes ellos anhelan reencontrarse). Tal como han destacado repetidamente los países de la región, una de las respuestas posibles y más eficaces en estos casos,

es la regularización de la condición migratoria de los padres y, luego, por vía de reunificación familiar, la de los niños una vez que han ingresado al país (o bien, la regularización de todo el grupo en caso de que los niños y niñas ya se encuentran en el país de destino).

En función de las circunstancias analizadas en el presente epígrafe, consideramos pertinente formular las siguientes recomendaciones.

5. Procedimientos migratorios, obstáculos administrativos y discriminación

En la mayoría de los países de América Latina y el Caribe, los procedimientos migratorios, en particular aquellos destinados a obtener un permiso de ingreso o de residencia, suelen contener una serie de obstáculos burocráticos y exigencias administrativas que dificultan las posibilidades de cumplimentarlos exitosamente. Ello contribuye a aumentar los índices de irregularidad migratoria.

En el caso de niños y niñas que buscan ingresar al país, como se destacó, tales impedimentos contribuyen al aumento de las situaciones de explotación y trata de personas. Cuestiones como los altos costos de los trámites, exigencias irrazonables de documentación, largas demoras en el procesamiento de la solicitud o en la provisión de documentación necesaria por parte de diferentes organismos públicos (del Estado de destino o de origen), o la falta de notificación de la decisión (y por ende, la pérdida de la posibilidad de apelar la resolución), son algunos de esos obstáculos²⁶⁵.

Estas circunstancias exigen a los Estados una revisión de los mecanismos vigentes, a fin de facilitar el acceso a los procedimientos, colaborar en su adecuada finalización y evitar la subsistencia de trabas no razonables o incluso discriminatorias (por ejemplo, aquellas basadas en la exigencia de requisitos de índole económica).

Por otra parte, y como comentario final de este capítulo, es preciso hacer una mención sobre otros aspectos preocupantes de la normativa que rige en esta clase de procedimientos.

Ya hemos señalado que varios países establecen restricciones al ingreso o radicación de quienes padecen alguna discapacidad o enfermedad, o incluso permiten cancelar la residencia (y eventualmente,

decretar la expulsión) a personas que carecen de recursos económicos²⁶⁶.

Sin embargo, no son éstos los únicos criterios discriminatorios aplicados a los extranjeros. Pese a que el principio de no discriminación se encuentra previsto en numerosas normas internacionales -entre otros la CDN en su artículo 2-, las legislaciones nacionales establecen categorías discriminatorias para vedar el ingreso o la permanencia de extranjeros, o para decidir su expulsión. Por ejemplo, existen legislaciones que incluyen las siguientes calificaciones personales e impedimentos para ingresar y residir en el país, absolutos o sujetos a condiciones, según el caso:

- carecer de recursos económicos para solventar los gastos de su permanencia; carecer de profesión, oficio, industria, arte, o medio de vida lícito; practicar la mendicidad, vagancia, ebriedad habitual o consuetudinaria²⁶⁷;
- idiotas, imbeciles, débiles mentales, epilépticos, mudos, ciegos, personas con deficiencia mental²⁶⁸;
- brujos, hechiceros, curanderos, adivinos o charlatanes²⁶⁹;
- prostitutas²⁷⁰;
- profesar ideas anárquicas²⁷¹.

Por lo expuesto, consideramos relevante formular las siguientes recomendaciones.

Recomendaciones sobre la reunificación familiar de niños migrantes

- Los Estados deben reconocer expresamente en su normativa el derecho a la reagrupación familiar de las personas migrantes.
- Asimismo, deben incluir en la legislación un protocolo de actuación relativo a los niños y niñas migrantes no acompañados que ingresan en su territorio. Este protocolo, guiado por el interés superior del niño y otros principios y derechos del niño aplicables a estas circunstancias, debe proveer diferentes soluciones y medidas que tengan en cuenta tanto el corto como el largo plazo.
- Luego de un debido proceso legal, los Estados podrán disponer la repatriación del niño a su país de origen a efectos de su reunificación con su familia, en caso de que la medida se considere en interés superior del niño y no suponga una afectación de sus derechos fundamentales.
- Si la alternativa en el mejor interés del niño fuera la integración en la sociedad de acogida, y su reunificación en el país de origen no fuera aconsejable o posible, los Estados de destino deberán implementar las medidas necesarias para su protección integral (entre ellas, expedirle la correspondiente autorización de residencia). Si fuera en su interés superior, deberían garantizar, a través de un proceso sencillo y accesible, el ingreso al país de los padres a fin de asegurar la unidad familiar.
- Los Estados de origen y destino de migrantes deberían desarrollar iniciativas, bilaterales y multilaterales, que aseguren, por un lado, la repatriación de los niños no acompañados de acuerdo con los estándares internacionales de derechos humanos, y por el otro, la reunificación familiar en el país de acogida o en el de origen, según su interés superior.
- La irregularidad migratoria no debería constituir un obstáculo para que las personas migrantes puedan reagrupar a sus niños y niñas que permanecen en el país de origen. Por el contrario, las medidas de regularización deberían ser una opción accesible en estas circunstancias.

Recomendaciones sobre no discriminación en los procedimientos migratorios

- Los Estados deberían revisar su legislación migratoria a la luz del principio de no discriminación, con el objetivo de derogar cualquier cláusula discriminatoria por alguno de los motivos prohibidos por el derecho internacional de los derechos humanos.
- Las restricciones en el ingreso y residencia de personas migrantes deben estar basadas en criterios razonables y no discriminatorios. A su vez, la aplicación de las restricciones normadas precisa estar debidamente justificada en cada caso concreto.
- En la aplicación de los criterios relativos a las condiciones de ingreso a un país, debe tenerse en consideración el principio del interés superior del niño.

²⁶⁴ CIDH, Relatoría de Trabajadores Migratorios, Séptimo informe de progreso, cit., párr. 182.

²⁶⁵ Comité sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familias, Observaciones Finales, Bolivia, cit., párrs. 31 y 32.

²⁶⁶ Perú, Ley de Extranjería, artículo 63.2.

²⁶⁷ Véase, entre otras, la normativa de los siguientes Estados: Brasil, Ley 6.815, art. 65.c; Honduras, Ley de Migración y Extranjería, art. 81.5; Paraguay, Ley de Migraciones, art. 6.7; Perú, Ley de Extranjería, art. 29.d; República Dominicana, Ley 285, art. 15.5;

²⁶⁸ Barbados, Immigration Act, First Schedule, Prohibited Persons; Belice, Immigration Act, artículo 5.1; Perú, Ley de Extranjería, artículo 28.

²⁶⁹ Honduras, Ley de Migración y Extranjería, artículo 81.5.

²⁷⁰ Barbados, First Schedule, Prohibited Persons; Honduras, Ley de Migración y Extranjería, artículo 81.5.

²⁷¹ El Salvador, Ley de Migración, artículo 10.b.



Foto: Gonzalo Bell, Nicaragua

Derechos económicos, sociales y culturales de los Niños y niñas migrantes

1. Introducción

Las personas migrantes, en razón de las condiciones de vulnerabilidad en las que pueden encontrarse, están expuestas a diversas restricciones o violaciones a sus derechos económicos, sociales y culturales, tal como ha sido reconocido por la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. De acuerdo con la Relatoría, estas afectaciones configuran una situación paradójica ya que, en la mayoría de los casos, la decisión de migrar está determinada, precisamente, por la privación o falta de acceso a estos mismos derechos en el país de origen²⁷².

Como se ha señalado en otros pasajes de este estudio, la vulnerabilidad y el impacto de las restricciones a los derechos fundamentales se acrecientan sensiblemente cuando las personas no cuentan con un permiso de residencia en el país en el que habitan. La situación adquiere una gravedad mayor cuando los migrantes son personas menores de edad. Por ello, el Comité sobre los Derechos del Niño ha instado a los Estados a garantizar “el acceso de todos los niños y niñas a servicios adecuados y efectivos, en particular a programas

de atención de la salud, cuidado y educación específicamente diseñados para promover su bienestar”, prestando “especial atención a los grupos más vulnerables de niños pequeños y a quienes corren riesgo de discriminación (artículo 2). Ello incluye a las niñas, los niños [...] de familias migrantes”²⁷³.

En relación con el reconocimiento y ejercicio efectivo de los derechos sociales de las personas migrantes, es preciso subrayar, en primer lugar, que estamos aludiendo a un aspecto clave de su integración en la sociedad en que habitan, de su pertenencia a una nueva comunidad socio-política²⁷⁴. El ejercicio de estos derechos en condiciones de igualdad con los nacionales del país de destino constituye una condición sine qua non de la inclusión de los migrantes en la sociedad de acogida²⁷⁵. La relación entre protección de derechos e integración social no solamente ha sido destacada desde un punto de vista teórico sino también político ya que, en el ámbito iberoamericano, los Estados han resaltado su importancia²⁷⁶.

A su vez, la integración de las personas migrantes, es decir, la realización de sus derechos sin discriminación, puede constituir un factor

esencial para elevar los índices de cohesión social así como para reducir la conflictividad en una sociedad integrada por grupos de población de diversas procedencias u origen. Es por ello que diversos organismos internacionales han destacado la necesidad de diseñar instrumentos legislativos más comprensivos y basados en un enfoque de derechos, que aseguren los derechos económicos y sociales de los niños y niñas migrantes, sin perjuicio de su nacionalidad y estatus migratorio²⁷⁷. La igualdad de oportunidades en el acceso a la salud, la educación o la vivienda, o el nivel de éxito o fracaso escolar de los niños y niñas migrantes, constituyen indicadores objetivos para medir el grado de integración en la sociedad de acogida²⁷⁸.

En este sentido, debe notarse también que el acceso a los derechos sociales de las personas migrantes repercute positivamente en el resto de la sociedad de acogida, y no en sentido contrario, como a menudo se alega. Al respecto, se ha señalado, por ejemplo, que “la garantía de un entorno habitacional digno o de servicios públicos adecuados condiciona la salud y la seguridad de barrios enteros, sobre todo de los que ya padecen una mayor deficiencia de equipamientos. La concentración de alumnado extranjero en los centros educativos más deteriorados [en relación

con las condiciones del resto de los institutos] es un factor de erosión de la pluralidad y de la calidad en general de la esfera pública, tanto presente como futura. La existencia de trabajadores y trabajadoras inmigrantes sin derechos laborales suficientes y sin capacidad de negociación frente a los empresarios incide en la precariedad y en la explotación del resto de trabajadores. La situación de marginación y exclusión a la que las leyes condenan a los inmigrantes generan focos de violencia o atentados contra la pequeña propiedad que tienen lugar, principalmente, en los barrios y entre los sectores en situación de mayor vulnerabilidad económica”²⁷⁹.

En el plano normativo, los derechos sociales son reconocidos en diversos instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos, a todas las personas sujetas a la jurisdicción de un Estado. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC) y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”), constituyen dos tratados esenciales al momento de analizar cuáles son los derechos sociales que deben ser asegurados a todas las personas sin discriminación alguna. Por su parte, la Convención sobre los

• 272 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría Especial sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, Séptimo Informe de Progreso, en CIDH, Informe Anual, 2005, párr. 175.
• 273 Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 7, Realización de los derechos del niño en la primera infancia, 2005, párr. 24.
• 274 Añón, María J., “Límites de la universalidad: los derechos sociales de los inmigrantes”, en VV.AA., La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración, Universidad de Valencia, Valencia, 2004, 9-25., p. 10.
• 275 De Lucas, Javier, “Reconocimiento, inclusión, ciudadanía. Los derechos sociales de los inmigrantes”, VV.AA., La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración, cit., 27-36., p. 28.
• 276 Foro Iberoamericano sobre Migración y Desarrollo, Informe Final. Aportes y Conclusiones principales, Sesión IV: Integración de Migrantes, Cuenca, Ecuador, 10-11 de abril de 2008.

• 277 Global Migration Group, International Migration and Human Rights. Challenges and Opportunities on the Threshold of the 60th Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights, cit., p. 22.
• 278 Zapata-Barrero, Ricard, La gestión política de la inmigración: indicadores y derechos, VV.AA., La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración, cit., 199-221., p. 215.
• 279 Pisarello, Gerardo, “Derechos sociales e inmigración: razones para una comunidad de iguales”, en Universitas, N° 110, Bogotá (Colombia), julio-diciembre de 2005, pp. 13-60, p. 18.

Derechos del Niño establece también una serie de derechos sociales que deben ser garantizados a todos los niños y niñas, como la salud, la educación, la vivienda, la alimentación y un nivel de vida adecuado, sin ningún tipo de distinción basada en aspectos como la nacionalidad o la condición migratoria²⁸⁰. Como ya se precisó, los Estados de Sudamérica han subrayado la relevancia de proteger y garantizar los derechos humanos de todas las personas migrantes, sin perjuicio de su estatus migratorio, y especialmente en el caso de las mujeres y los niños²⁸¹.

De estos acuerdos surgen, a su vez, obligaciones concretas para los Estados firmantes. Entre otras, adoptar medidas de manera inmediata para garantizar un contenido mínimo de cada uno de estos derechos a todas las personas bajo la jurisdicción estatal y no implementar iniciativas que supongan una regresión respecto a los niveles de satisfacción alcanzados. Asimismo, prohibir cualquier tipo de discriminación en el ejercicio de estos derechos y asegurar el derecho a exigir judicialmente el cumplimiento de estos deberes²⁸². Y finalmente, diseñar y ejecutar medidas que progresivamente amplíen los niveles de protección y satisfacción de estos derechos por parte de toda la población.²⁸³

Ahora bien, aún cuando los Estados de América Latina y el Caribe han afirmado en repetidas ocasiones y en distintos escenarios internacionales

la necesidad de adecuar la legislación y las prácticas en materia migratoria a las obligaciones asumidas en relación con los derechos sociales, y han reconocido además el deber que les cabe en tal sentido²⁸⁴, en la actualidad se observa que diversos países cuentan con normas y políticas públicas que establecen restricciones a los derechos sociales de los trabajadores y trabajadoras migrantes y sus familias, tanto en razón de su nacionalidad como de su condición migratoria²⁸⁵. Incluso los propios Estados de la región han convenido que en el derecho interno de muchos países de destino de flujos migratorios, uno de los principales problemas es la falta de adecuación -o en algunos casos la abierta contradicción- entre los derechos legalmente reconocidos y la práctica estatal. En tal sentido, por un lado, en respuesta a intereses sectoriales de los Estados receptores, se tolera o incluso se promueve implícitamente la inmigración. Sin embargo, por otra parte, la población migrante es tratada, en el discurso y en la práctica política, como “irregular” o “indocumentada”, lo cual provoca la marginación, tanto jurídica como social, de las personas migrantes²⁸⁶.

A su vez, en relación con los derechos sociales de los niños y niñas migrantes, la amplia mayoría de las normas migratorias vigentes en los países de la región omite aludir expresamente a la cuestión. En principio, a diferencia de lo que sucede con la regulación de materias como la

detención y expulsión del país²⁸⁷, esta ausencia podría indicar que los niños y niñas migrantes gozan de los mismos derechos que los nacionales, regulados en normas destinadas a la población infantil en general, sin perjuicio de su nacionalidad y estatus migratorio. Sin embargo, es preciso efectuar dos observaciones. Por un lado advertir que, en la práctica, en la implementación de las políticas públicas, se verifican diversos obstáculos y restricciones a los derechos sociales de este colectivo. Por otra parte, indicar que dicha omisión suele significar la inexistencia de programas adecuados para atender debidamente la particular situación de los niños y niñas migrantes, sus necesidades y derechos, en especial cuando no están acompañados por sus padres.

En este contexto, debe resaltarse que la privación de derechos sociales a las personas migrantes en razón de su condición migratoria, repercute y afecta con especial intensidad a los niños y niñas en las diversas situaciones en que suelen atravesar la experiencia de la migración, es decir, tanto cuando se hallan no acompañados -e indocumentados- en el país de destino como cuando han migrado junto a su familia (o a uno de sus progenitores) y ésta no cuenta con residencia legal, y también si se trata de niños o niñas que han nacido en el país en que habitan no obstante sus padres continúan siendo migrantes en situación migratoria irregular. En cualquiera de estos supuestos, los niños y niñas pueden vivir en un contexto de manifiesta vulnerabilidad, condición que se acrecienta si sus derechos sociales se ven restringidos o negados debido a su estatus

migratorio o el de sus padres.

En este capítulo se efectuará un sucinto análisis sobre la vigencia, en los países de la región, de los derechos sociales de los niños y niñas en las circunstancias antes mencionadas. Haremos especial referencia al derecho a la educación y el derecho a la salud. Ello no solamente por la trascendencia de estos derechos en sí mismos y su incidencia en el ejercicio de otros derechos fundamentales²⁸⁸, sino porque precisamente en el acceso a la salud y a la educación se manifiestan las más serias vulneraciones a los derechos de las niñas y niños migrantes (o hijos e hijas de migrantes) que se encuentran en situación migratoria irregular. Al respecto, se ha señalado que la distinción entre niños y niñas migrantes y no migrantes, o entre niños y niñas migrantes regularizados y no regularizados, trae aparejada la vulneración de derechos básicos como la educación y la salud, pese a que la Convención sobre los Derechos del Niño y otros tratados garantizan una protección especial a todas las personas menores de edad, sin perjuicio de su nacionalidad o su permanencia regular o irregular en un país²⁸⁹.

A su vez, en tanto diversas normas o prácticas vigentes en la región pueden también implicar una restricción a otros derechos económicos, sociales y culturales de los niños y niñas migrantes, resulta oportuno analizar, si bien brevemente, cuestiones tales como: el derecho a un nivel de vida adecuado de los niños y niñas migrantes ante las restricciones a los derechos de sus padres debido a su condición migratoria; la explotación laboral infantil y la

• 280 Convención sobre los Derechos del Niño, artículos 24 a 29.

• 281 Declaración de Montevideo sobre Migración, Desarrollo y Derechos Humanos de las personas migrantes, VII Conferencia Sudamericana de Migraciones, Montevideo, 19 de septiembre de 2008, introducción, cuarto párrafo.

• 282 Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2006, pp. 47-63.

• 283 Sobre las características de estas obligaciones (inmediatez, contenido mínimo, no regresividad y progresividad), véanse, entre otros, Abramovich, V. y Courtis, Ch., Los derechos sociales como derechos exigibles, Trotta, Madrid, 2002; Courtis, Ch. (comp.), Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2006; Gutiérrez Contreras, Juan Carlos (Coord.), Los Derechos económicos, sociales y culturales, Programa de Cooperación en Derechos Humanos México-Unión Europea, 2005; Sepúlveda, Magdalena, The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic Social and Cultural Rights, Intersentia, Antwerp 2003.

• 284 Declaración de Montevideo de la VIII Conferencia Iberoamericana de Ministros, Ministras y Altos Responsables de Infancia y Adolescencia, del 7 de octubre de 2006; Declaración de Caracas, VII Conferencia Sudamericana de Migraciones, 1-3 de julio de 2007; Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, Programa de Acción, Durban, 8 de septiembre de 2001, párr. 30.g.

• 285 Entre otros, véase CIDH Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio, Cuarto Informe de Progreso, 2001, párrs. 66-69, 231-249.

• 286 Conclusiones Preliminares del Encuentro Iberoamericano sobre Migración y Desarrollo, Mesa de trabajo 2: Migración, Derechos Humanos y Ciudadanía, Migración y Derechos Humanos, Hechos y problemas detectados, Madrid, 18 y 19 de julio de 2006.

• 287 Como se explica en los capítulos I y II de este mismo Estudio, la ausencia de previsiones legales específicas sobre niños y niñas conduce a que éstos puedan ser objeto de medidas privativas de la libertad y deportación al igual que los adultos, sin ninguna clase de protección especial, en contravención con los derechos y garantías de la infancia.

• 288 Según la Corte IDH, “la educación y el cuidado de la salud de los niños...constituyen los pilares fundamentales para garantizar el disfrute de una vida digna por parte de los niños...” (Corte IDH, OC-17/00, cit., párr. 86).

• 289 Liwski, Norberto, Migraciones de niños, niñas y adolescentes bajo el enfoque de derechos, Instituto Interamericano del Niño, 2007, p. 3.

situación de los niños y niñas víctimas del delito de trata de personas; el impacto de los diversos mecanismos de control migratorio en los derechos económicos, sociales y culturales; y la incidencia de las políticas de regularización en el disfrute de los derechos sociales y la integración social de los migrantes en el país de acogida.

2. El acceso al derecho a la educación de niños y niñas migrantes

2.1 Las garantías y restricciones para el acceso en condiciones de igualdad

Los numerosos instrumentos internacionales que consagran el derecho a la educación establecen la obligación del Estado de garantizar este derecho a todos los niños y niñas bajo su jurisdicción, sin establecer distinciones o restricciones entre nacionales y extranjeros, o entre los extranjeros que se encuentran en situación regular o irregular²⁹⁰.

Por el contrario, de acuerdo con estos estándares, todas las personas bajo la jurisdicción de un Estado, y en particular los niños y niñas, deben tener acceso a la educación en condiciones de igualdad. Este derecho no puede ser denegado si los niños y niñas, a raíz de su condición migratoria, no cuentan con un determinado documento de identidad provisto por el país de destino o con alguna categoría específica de residencia. Los niños y niñas nacidos en el país al que migraron sus padres, a su vez, no pueden sufrir un menoscabo a este derecho en razón de la falta de residencia legal de sus padres²⁹¹.

En este sentido, la Convención sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y de sus Familias establece que los hijos de todos los trabajadores migratorios gozarán del derecho fundamental de acceso a la educación en igualdad de trato con los nacionales del Estado. Tal como ha reafirmado el Comité que supervisa el cumplimiento de esta Convención, dicho acceso no podrá denegarse ni limitarse a causa de la situación irregular de permanencia o empleo de cualquiera de los padres, ni del carácter irregular de la permanencia del hijo en el Estado de empleo²⁹².

De igual manera, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que el principio de no discriminación “se aplica a todas las personas en edad escolar que residan en el territorio de un Estado Parte, comprendidos los no nacionales y con independencia de su situación jurídica”²⁹³ y que “la educación debe ser accesible a todos, especialmente a los grupos mas vulnerables de hecho y de derecho”²⁹⁴. A su vez, es importante destacar que la prohibición de discriminación, consagrada en artículo 2.2 del PIDESC, no está supeditada ni a una implantación gradual ni a la disponibilidad de recursos en las arcas estatales, sino que se aplica plena e inmediatamente a todos los aspectos de la educación y abarca todos los motivos de discriminación rechazados internacionalmente²⁹⁵.

Recurriendo a los tratados y estándares internacionales de derechos humanos, el Tribunal Constitucional español declaró la

inconstitucionalidad de una disposición de la ley de extranjería que denegaba el acceso a cierto nivel del sistema educativo a los niños y niñas migrantes sin residencia legal. Al respecto, el tribunal subrayó que el derecho a la educación “incluye el acceso no sólo a la enseñanza básica, sino también a la enseñanza no obligatoria, de la que no pueden ser privados los extranjeros que se encuentren en España y no sean titulares de una autorización para residir. El precepto impugnado [en el caso bajo estudio] impide a los extranjeros menores de dieciocho años sin autorización de estancia o residencia acceder a la enseñanza secundaria postobligatoria, a la que sin embargo pueden acceder [...] aquéllos que hayan obtenido el título de graduado en educación secundaria obligatoria, normalmente a la edad de dieciséis años. Ese derecho a la educación no obligatoria de los extranjeros menores de edad forma parte del contenido del derecho a la educación, y su ejercicio puede someterse a los requisitos de mérito y capacidad, pero no a otra circunstancia como la situación administrativa del menor”²⁹⁶.

El reconocimiento del derecho a la educación sin discriminación alguna que surge de los tratados internacionales, exige a su vez a los Estados una serie de obligaciones. Fundamentalmente, adoptar medidas positivas que permitan y aseguren a individuos y comunidades disfrutar del derecho a la educación, abstenerse de implantar medidas que obstaculicen o impidan su disfrute (por ejemplo, con base en los motivos prohibidos por el principio de no discriminación) y evitar que el derecho sea obstaculizado por terceros²⁹⁷. Además, según el Comité DESC, los Estados deben garantizar que la educación en todas sus formas y en todos los

niveles cumpla con las siguientes cuatro características interrelacionadas: disponibilidad, accesibilidad -no discriminación, accesibilidad material y accesibilidad económica-, aceptabilidad y adaptabilidad²⁹⁸. De esta manera, los niños migrantes, o hijos de migrantes, tienen el derecho a acceder material y económicamente, y sin obstáculos fundados en su nacionalidad o estatus migratorio, o de sus padres, a las instituciones educativas disponibles. Éstas deben estar distribuidas geográficamente de un modo tal que asegure el acceso universal y adecuarse apropiadamente a la diversidad cultural de los grupos, pueblos y comunidades que componen una sociedad.

En relación con los niños y niñas no acompañados, el Comité sobre los Derechos del Niño señaló que “todo menor no acompañado o separado de su familia, independientemente de su estatuto, tendrá pleno acceso a la educación en el país de acogida” y que los Estados deben inscribir a los menores no acompañados o separados de su familia ante las autoridades escolares competentes lo antes posible y ayudarlos a que aprovechen al máximo las oportunidades de aprendizaje. Asimismo, indicó que los Estados deben velar por que los menores no acompañados o separados de su familia reciban certificados escolares u otros documentos donde conste su nivel de educación, en particular cuando se preparan para la reinstalación, el reasentamiento o el retorno²⁹⁹.

• 290 Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 26); Convención de los Derechos del Niño (artículos 28 y 29); Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 5); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículos 13 y 14); Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores y todas las trabajadoras migrantes y de sus familias (artículo 30); Convención de la UNESCO contra la Discriminación en la Educación (artículo 3); Protocolo de San Salvador (artículo 13).

• 291 Según la Convención sobre los Derechos del Niño, los Estados deben garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición o las actividades de sus padres (artículo 2.2).

• 292 Comité para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias, Observaciones Finales, Egipto, CMW/C/EGY/CO/1, del 25 de mayo de 2007, párrs. 36-37.

• 293 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 13: El derecho a la educación (artículo 13), E/C.12/1999/10, del 8 de diciembre de 1999, párr. 34.

• 294 Comité DESC, Observación General 13: El derecho a la educación (artículo 13), cit., párr. 6.b.i.

• 295 Comité DESC, Observación General 13: El derecho a la educación (artículo 13), cit., párr. 31; Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Los derechos de los no ciudadanos, HR/PUB/06/11, Nueva York y Ginebra, 2006, pág. 28.

• 296 STC 236/07, del 7 de noviembre de 2007, fundamento jurídico 8.

• 297 Comité DESC, Observación General 13: El derecho a la educación (artículo 13), párr. 47.

• 298 Para un desarrollo más exhaustivo sobre las implicaciones de estas obligaciones, véase Comité DESC, Observación General 13: El derecho a la educación, párrs. 6, 43-59.

• 299 Comité sobre los Derechos del Niño, Observación General 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, cit., párrs. 41 y 42.

El derecho de acceder a la educación y recibir una educación adecuada que se les reconoce a todos los niños y niñas migrantes (con sus familias o no acompañados) constituye, además, un instrumento esencial para favorecer su integración en las respectivas sociedades de acogida. La integración es un objetivo al que todos los Estados receptores de flujos migratorios deberían aspirar, tal como ha subrayado el Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas³⁰⁰. En el mismo sentido destaca un trabajo publicado por la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), que el acceso a la educación de niños y niñas migrantes, independientemente de su estatus migratorio, también debe ser considerado por los Estados de destino como un instrumento efectivo para alcanzar la igualdad y el mutuo entendimiento en sociedades multiculturales³⁰¹.

De los estándares comentados se desprende, por un lado, la obligación estatal de reconocer expresamente, en la legislación, el acceso a este derecho sin ninguna clase de discriminación; y por otro lado, el deber de desarrollar mecanismos administrativos, judiciales y de otra índole que aseguren la realización efectiva de este derecho por parte de todos los niños y niñas migrantes, eliminando cualquier tipo de obstáculo, evaluando la ejecución de las políticas destinadas a garantizar el derecho y, de ser necesario, impugnando, revisando o reformulando las políticas públicas existentes. Es oportuno recordar que, como

destaca el Comité de los Derechos del Niño, por ser la infancia migrante un colectivo en situación vulnerable, los Estados deben dedicarle una atención especial a fin de salvaguardar su derecho a la educación³⁰².

Si bien en la generalidad de la legislación de los países de la región no se establecen, expresamente, distinciones entre niños y niñas nacionales y extranjeros en cuanto al derecho a la educación, ni entre personas migrantes en razón de su condición migratoria³⁰³, en la práctica existen diversos obstáculos que restringen el acceso a este derecho a quienes se encuentran en una situación migratoria irregular. El derecho a la educación es limitado en numerosas ocasiones en razón del estatus migratorio del niño (o el de sus padres), advirtiéndose en algunos casos problemas o limitaciones en el acceso a la educación o elevadas tasas de deserción escolar entre la población migrante, particularmente en el nivel secundario³⁰⁴. Asimismo, en la mayoría de los países se advierte la ausencia de políticas específicas destinadas a promover la integración y el acceso a la educación de niños y niñas migrantes, lo cual impide satisfacer el deber estatal de brindar una protección especial a los grupos en situación vulnerable, así como el compromiso manifestado en diversos foros internacionales en tal sentido. Por último, son muy escasas las normas que reconocen expresamente la igualdad del derecho a la educación entre nacionales y extranjeros,

independientemente de su condición migratoria (véase cuadro aparte).

El derecho a la educación de niños migrantes en las legislaciones argentina y uruguaya

Argentina, Ley de Migraciones (ley 25.871, del 17 de diciembre de 2003) "Artículo 7: En ningún caso la irregularidad migratoria de un extranjero impedirá su admisión como alumno en un establecimiento educativo, ya sea este público o privado; nacional, provincial o municipal; primario, secundario, terciario o universitario".

Uruguay, Ley de Migración (ley 18.250, del 17 de enero de 2008) Artículo 11: "Los hijos de las personas migrantes gozarán del derecho fundamental de acceso a la educación en condiciones de igualdad de trato con los nacionales. El acceso de los hijos de trabajadores migrantes a las instituciones de enseñanza pública o privada no podrá denegarse ni limitarse a causa de la situación irregular de los padres".

Uno de los obstáculos más comunes que deben enfrentar los niños y niñas migrantes en situación irregular para acceder a la educación, es la exigencia de un documento de identidad emitido por las autoridades del país de acogida. En la práctica de algunos países de la región, y sin perjuicio de lo que establezca la normativa, el ingreso o inscripción en una institución educativa sólo pueden concretarse si se presenta un documento de identidad del país en que habita. Para ello, evidentemente, es preciso contar con un permiso de residencia³⁰⁵. En ciertas oportunidades, se alega la falta de documentación de los padres (y no de los niños y niñas) para denegar la inscripción.

se rechazaba sin fundamentos en un establecimiento público, era aceptado en otro. El riesgo de situaciones como ésta es que se promueva la segmentación, en el sistema público, entre instituciones con alumnado de origen nacional e instituciones con presencia mayoritaria de extranjeros³⁰⁶. Otro tipo de restricción vigente en alguna de las normas de la región es la imposición de un plazo mínimo de residencia para acceder al sistema educativo³⁰⁷.

Algunos de los casos de denegación al acceso a la educación han motivado la presentación de reclamos por parte de las defensorías del pueblo; otros han sido impugnados judicialmente³⁰⁸.

En otros casos, el mismo niño migrante a quien

• 300 Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, OHCHR discussion paper: Le droit à l'éducation des enfants migrants, marzo de 2007, p. 2.
• 301 Touzenis, K., "Human Rights of Migrant Children", en International Organization for Migration (IOM), International Migration Law, N° 15, Ginebra, 2008, p. 42.
• 302 Comité sobre los Derechos del Niño, Observaciones Finales, Belice, CRC/C/15/Add.252, del 31 de marzo de 2005, párr. 62.d).
• 303 Una excepción es la Ley de Extranjería de Cuba, cuyo artículo 22 establece que los "responsables administrativos de [...] centros de estudios, no admitirán en los centros de trabajo o estudio a extranjeros o personas sin ciudadanía desprovistos de los documentos de identidad correspondientes o que estén éstos vencidos" (ley 1.313, del 20 de septiembre de 1976). Otro ejemplo de la restricción al derecho a la educación en razón de la condición migratoria se hallaba -hasta hace pocos años- en la ley 22.439 de Argentina (derogada por la ley 25.871 del 21 de enero de 2004), la cual establecía en su artículo 102 que "Los institutos de enseñanza media o superior, ya sean públicos o privados, nacionales, provinciales o municipales, solamente podrán admitir como alumnos, a aquellos extranjeros que acrediten, para cada curso lectivo, su calidad de 'residentes permanentes' o 'residentes temporarios', debidamente habilitados a tales efectos".
• 304 Como prueba de estas circunstancias, nos remitimos a los informes de distintos órganos de supervisión del cumplimiento de tratados de Naciones Unidas que dan cuenta de ello, entre otros: Comité sobre los Derechos del Niño, Observaciones Finales, Argentina, CRC/C/15/Add.187, 9 de octubre de 2002, párrs. 29, 56; Comité sobre los Derechos del Niño, Observaciones Finales, Chile, CRC/C/CHL/CO/3, 23 de abril de 2007, párrs. 29, 63; Comité sobre los Derechos del Niño, Observaciones Finales, Costa Rica, CRC/C/15/Add.266, 21 de septiembre de 2005; Comité sobre los Derechos del Niño, Observaciones Finales, México, CRC/C/MEX/CO/3, 8 de junio de 2006, párr. 56; Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, Observaciones Finales, Ecuador, CMW/C/EQU/CO/1, 5 de diciembre de 2007, párr. 35; Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), Observaciones Finales, República Dominicana, CERD/C/DOM/CO/12, 16 de mayo de 2008, párrs. 15, 18; CERD, Observaciones Finales, Bahamas, CERD/C/64/CO/1, 28 de abril de 2004, párr. 14; Comité sobre los Derechos del Niño, Observaciones Finales, República Dominicana, CRC/C/DOM/CO/2, 11 de febrero de 2008, párrs., 27, 70, 72, 77.

• 305 Por ejemplo, en Panamá (según información proporcionada por UNICEF Panamá) y en República Dominicana (de acuerdo con la Corte IDH, caso de las Niñas Yean y Bosico c. República Dominicana, sentencia del 8 de septiembre de 2005, y con el Comité sobre los Derechos del Niño en las Observaciones Finales sobre este país emitidas en 2008), entre otros. En México, organizaciones de la sociedad civil han revelado que en ocasiones se exigía una constancia de estancia legal para la inscripción de niños migrantes en la escuela primaria (según Foro Migraciones, Informe alternativo presentado ante el Comité de Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familias, diciembre de 2005, p. 45). De igual manera, estos obstáculos han sido señalados por organizaciones sociales de Bolivia (Mesa Técnica de Migraciones, Respuestas al Cuestionario del Comité de protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares [CMW/C/BOL/1] sobre el Informe inicial presentado por el Estado boliviano de conformidad con el artículo 73 de la Convención, Bolivia, abril de 2007, párr. 17).
• 306 Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2007. Hechos 2006, Santiago, 2007, p. 345.
• 307 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Observaciones Finales, Antigua y Barbuda CERD/C/ATG/CO/9, 11 de abril de 2007, párr. 18. El plazo impuesto es de dos años.
• 308 En Argentina, especialmente hasta la vigencia de la ley migratoria anterior, la existencia de casos en que niños migrantes se han visto privados de acceder a estudios primarios, secundarios o universitarios, en razón de su situación migratoria o la de sus padres, dio lugar a la intervención de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires (resolución 3577/01) y a planteos ante el poder judicial. Véase en este sentido, Ceriani Cernadas, Pablo, Morales, Diego y Ricart, Luciana, "Los derechos de los migrantes en la jurisprudencia argentina (1994-2005)", en Abramovich V., Bovino A. y Courtis C. (comps.), La aplicación local de los tratados de derechos humanos: la experiencia de una década (1994-2005), Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2007.

Recomendaciones sobre el acceso a la educación en condiciones de igualdad

La legislación migratoria debe reconocer expresamente el derecho a la educación, sin restricción alguna, a todo niño y niña migrante. Cuestiones como la nacionalidad, el origen nacional o la condición migratoria deberían ser explícitamente motivos prohibidos para negar o restringir el acceso y ejercicio del derecho a la educación, en cualquiera de sus modalidades y niveles. Para ello, los Estados deben diseñar e implementar políticas públicas destinadas a asegurar la realización de este derecho. Entre estas políticas, podrían incluirse las siguientes:

- Disponer medidas que impidan la imposición de obstáculos formales al acceso a la educación, como la exigencia de un cierto documento de identidad como criterio excluyente. Ello requiere, además, el diseño de mecanismos de evaluación del cumplimiento de este deber, así como la provisión de recursos efectivos, oportunos y sencillos para eliminar esta clase de obstáculos.
- Establecer expresamente que la documentación de identidad tampoco puede ser un criterio excluyente para la rendición de exámenes o el paso a un nivel superior de educación.
- Desarrollar mecanismos alternativos de acreditación de la identidad de niños y niñas migrantes, a fin de asegurar su acceso y permanencia en el sistema educativo.
- Diseñar mecanismos que permitan y faciliten la regularización migratoria de niños y niñas migrantes que estén incorporados en el sistema educativo
- Realizar relevamientos periódicos de información a fin obtener datos fehacientes que permitan al Estado conocer la situación de acceso a la educación de niñas y niños migrantes para así evaluar y elaborar las políticas públicas pertinentes.
- Evaluar las causas que inciden en la deserción escolar de los niños y niñas migrantes, a fin de adoptar medidas de estímulo a la continuidad y finalización de los estudios en todos los niveles. Implementar, asimismo, programas específicos de reinserción escolar.
- Capacitar a maestros, profesores y demás funcionarios que se desempeñen en instituciones de enseñanza, en temáticas tales como la aplicación del principio de igualdad y no discriminación, procurando enfocar los contenidos en el derecho de los migrantes a disfrutar de una educación en condiciones de igualdad con los nacionales.
- Elaborar programas específicos para garantizar la inserción educativa de los niños y niñas migrantes no acompañados en el nivel escolar que les corresponda, según los estudios realizados en el país de origen.
 - UNICEF podría desarrollar o apoyar iniciativas dirigidas a evaluar las condiciones de acceso a la educación por parte de niños y niñas migrantes, sin perjuicio de su estatus migratorio o el de sus padres.
 - UNICEF podría realizar, junto a instituciones públicas y organizaciones de la sociedad civil, evaluaciones periódicas sobre el acceso a la educación de niños y niñas migrantes, los índices y causas de la deserción escolar y las políticas públicas implementadas para revertirla.

En otros casos, donde la exigencia de una documentación específica no resulta un obstáculo para ingresar a la escuela, sí lo ha sido, según relevaban organizaciones de la sociedad civil, para

realizar otras instancias fundamentales del desarrollo educativo (por ejemplo, rendir exámenes u obtener un título que certifique los estudios cursados que permita pasar al siguiente curso³⁰⁹).

309 Ceriani Cernadas, Pablo y Asa, Pablo, "Migrantes: ley inconstitucional, práctica arbitraria" en CELS, Informe Anual 2002, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2002, p. 442.

Es preciso indicar, no obstante, que en algunos países de la región este requisito puede suplirse presentando la documentación de identidad emitida por el país de origen (pasaporte, carnet de identidad o certificado expedido por el consulado)³¹⁰. Otra opción, ante la ausencia de cualquier clase de documento que acredite identidad y el nivel educativo del niño o niña, ha sido la aceptación de declaraciones juradas o pruebas de admisión³¹¹.

En virtud de este panorama, es preciso efectuar una serie de recomendaciones que podrían coadyuvar a evitar la afectación del derecho a la educación de niños y niñas en razón de su condición migratoria o la de sus padres.

2.2 Restricciones económicas que impiden el acceso igualitario a la educación

Otra traba que puede obstaculizar el ejercicio del derecho a la educación es la falta de acceso de niños y niñas migrantes a becas de ayuda económica, lo cual afecta especialmente a aquellos que se encuentran en una situación migratoria irregular quienes, por lo general, poseen escasos recursos³¹².

Es preciso reiterar que la accesibilidad económica es una de las características que integran el derecho a la educación e implica que la educación ha de estar al alcance de todos. En este sentido, el PIDESC establece que la enseñanza primaria ha de ser gratuita. Además, los Estados

tienen la obligación de implementar progresivamente la enseñanza secundaria y superior, también gratuita, y deben "implantar un sistema adecuado de becas" que respete los principios de igualdad y no discriminación, y fomente la igualdad de acceso a la educación de las personas procedentes de grupos desfavorecidos³¹³.

En la región, la justicia ha impugnado la denegación de becas y apoyos económicos similares a los niños y niñas migrantes. La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (decisión 8857-98), por ejemplo, declaró la inconstitucionalidad de un decreto que regulaba un subsidio llamado bono escolar y vedaba el acceso al mismo a los niños y niñas extranjeros³¹⁴. Por su parte, la Relatora Especial sobre el derecho a la educación incluyó a los niños y niñas migrantes en la categoría de niños y niñas especialmente susceptibles de ser excluidos de la educación, categoría que a su vez suma varios motivos de discriminación a la exclusión de la educación por motivos de pobreza. Por ello, afirma la necesidad de unir el enfoque de las medidas legislativas para eliminar la discriminación por un motivo prohibido (como la nacionalidad) a las medidas destinadas a superar la exclusión basada en la pobreza³¹⁵.

En función de dicho análisis, se considera pertinente formular las siguientes recomendaciones. (ver el siguiente cuadro .../.)

• 310 En Ecuador, ver el acuerdo ministerial 337 del Ministerio de Educación, del 26 de septiembre de 2008 (cabe resaltar que, entre los fundamentos de esta decisión, además de los tratados de derechos humanos vigente en ese país, se aludió a las observaciones efectuadas por el Comité para la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familias, al gobierno ecuatoriano en 2007). En Argentina, en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires, véanse las leyes 114 y 203.

• 311 Por ejemplo, en el caso de Costa Rica (CIDH, Informe Anual 2002, Relatoría Especial sobre Trabajadores Migratorios y sus Familias, Capítulo V, Visita in loco a Costa Rica, párr. 248).

• 312 Según datos de la Oficina de Estadística de la OIT, el 96% de los niños que trabajan y duermen en las calles son migrantes, que viven en la mayor pobreza e indigencia, sin un lugar fijo de trabajo y sin padres que los cuiden o vigilen (véase Informe presentado por la Relatora Especial, Gabriela Rodríguez Pizarro, de conformidad con la resolución 1999/44 de la Comisión de Derechos Humanos, /CN.4/2000/82, 6 de enero de 2000).

• 313 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 13, cit., párr. 26.

• 314 Sin embargo, en el año 2005 el Comité sobre los Derechos del Niño manifestó su preocupación por información de acuerdo con la cual los niños migrantes seguían sin tener derecho a obtener becas (Comité sobre los Derechos del Niño, Observaciones Finales, Costa Rica (CRC/C/15/Add.266, 21 de septiembre de 2005, párr. 18).

• 315 Informe de la Relatora Especial sobre el derecho a la educación, Katarina Tomaševski, presentado de conformidad con la resolución 2002/23 de la Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2003/9, 16 de enero de 2003, párr. 24.

Recomendaciones sobre acceso a la educación y condición económica

Los Estados deben elaborar e implementar políticas que garanticen una protección especial a los niños y niñas migrantes en situación irregular con base en su alto grado de vulnerabilidad.

Un corolario fundamental de dicha obligación consiste en diseñar o en su caso mejorar los programas de becas de ayuda económica u otras medidas similares de apoyo, procurando garantizar que todos los niños y niñas migrantes puedan acceder a ellas, según los criterios fijados para todos los niños y niñas que precisarían esas ayudas. De esta manera, se colaborará en evitar que la situación económica de los padres constituya un obstáculo para la realización del derecho a la educación de los niños y niñas migrantes en igualdad de condiciones con los nacionales del país de acogida.

2.3 Xenofobia y racismo en el ámbito educativo: límites al ejercicio del derecho a la educación

La xenofobia y el racismo constituyen graves problemas sociales que se presentan en general en todos los países de la región y que se manifiestan de manera particular en el ámbito de la educación³¹⁶. En este sentido, la ex Alta Comisionada para los Derechos Humanos de Naciones Unidas, Mary Robinson, ha declarado que la migración a gran escala ha provocado un aumento preocupante de casos de racismo y xenofobia en el hemisferio³¹⁷.

En el ámbito educativo, el fenómeno de la discriminación puede materializarse tanto en las políticas públicas como en actitudes más o menos sistemáticas de los diferentes actores que participan en el sistema (desde maestros o autoridades escolares hasta compañeros de estudios). En estos contextos, la discriminación y la xenofobia pueden amenazar seriamente las

posibilidades de integración de los niños y niñas migrantes con otros niños y niñas y con la sociedad de acogida en general³¹⁸.

Es por ello que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales indicó que “[l]os Estados Partes deben supervisar cuidadosamente la enseñanza, comprendidas las correspondientes políticas, instituciones, programas, pautas de gastos y demás prácticas, a fin de poner de manifiesto cualquier discriminación de hecho y adoptar las medidas para subsanarla”³¹⁹. A su vez, el Comité de los Derechos del Niño recomendó a los Estados “que adopten políticas amplias y coordinadas para enfrentarse al fenómeno en auge de la inmigración, incluida la realización de campañas de información pública para promover la tolerancia, la reunión y análisis de los datos sobre actos realizados por motivaciones raciales, y el estudio de la situación de los niños y niñas no ciudadanos, especialmente en el sistema de enseñanza, y el examen de la eficacia de las medidas adoptadas para facilitar su integración” y

señaló que “los Estados también deben adoptar medidas eficaces para enfrentarse a las actitudes o los prejuicios de carácter discriminatorio, en particular dirigidos contra niños y niñas no ciudadanos, aplicar las medidas jurídicas de prevención de la discriminación que ya estén en vigor y asegurar que su legislación esté en plena conformidad con el artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño”³²⁰.

Una actitud de los Estados que resulte tolerante hacia los discursos xenófobos y racistas, además de ser grave en sí misma, puede coadyuvar a la formación de un consenso social legitimador de la privación de derechos a los migrantes, e incluso a la adopción de normas discriminatorias y contrarias a los estándares de derechos humanos reconocidos internacionalmente.

En la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, suscripta por los presidentes de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú

y Venezuela en el año 2002, los Estados reafirmaron su decisión de combatir toda forma de racismo, discriminación, xenofobia y cualquier forma de intolerancia o de exclusión en contra de individuos o colectividades por razones de condición migratoria, entre otras (artículo 10) y se comprometieron a fortalecer los planes educativos y programas de educación en derechos humanos, para promover una cultura social sustentada en la tolerancia, el respeto a las diferencias y la no discriminación (artículo 11). A su vez, en la Declaración de La Paz, adoptada durante la Quinta Conferencia Sudamericana sobre Migraciones (La Paz, 26 de noviembre de 2004), los Estados declararon la necesidad de “apoyar la realización de actividades de capacitación y formación de funcionarios, profesionales, técnicos y miembros de la sociedad civil que trabajan en labores vinculadas a los migrantes, destacando la importancia de incluir en la currícula educativa, programas de educación que colaboren con la adopción de una cultura de acogida entre los pueblos de la región”.

Discriminación y xenofobia en el ámbito de la educación: los compromisos adoptados en la Conferencia Mundial contra el Racismo

Durban, 2001, Programa de Acción de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y Formas conexas de Intolerancia

- Párrafo 123, f: Los Estados deben apoyar “las medidas para garantizar un entorno seguro en las escuelas, en que no haya violencia ni hostigamientos motivados por el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia”.
- Párrafo 138: Se insta “a los Estados a que refuercen las actividades de capacitación y sensibilización en materia de derechos humanos destinadas a los funcionarios de inmigración, la policía de fronteras, el personal de los centros de detención y las cárceles, las autoridades locales y otros funcionarios de orden público, así como los maestros, prestando especial atención a los derechos humanos de los migrantes [...], con el fin de prevenir actos de discriminación racial y xenofobia y evitar situaciones en que los prejuicios puedan hacer que se adopten decisiones basadas en el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y otras formas conexas de intolerancia”.

• 316 Véase al respecto: Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Observaciones Finales, Bahamas, CERD/C/64/CO/1, del 28 de abril de 2004, párr. 14, y Comité sobre los Derechos del Niño, Observaciones Finales, Costa Rica, CRC/C/15/Add.266, del 21 de septiembre de 2005, párr. 19.

• 317 Citada en CIDH, Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, Segundo Informe de Progreso, cit., párr. 73.

• 318 Estudio de los efectos de la discriminación racial en los hijos de grupos minoritarios y de trabajadores migratorios en las esferas de la educación, la capacitación y el empleo, Informe del Secretario general de Naciones Unidas presentado ante el Comité preparatorio de la Conferencia mundial contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia (A/CONF.189/PC.1/11, 10 de abril de 2000), párrs. 5 y 28.

• 319 Observación General 13: El derecho a la educación (Art.13), cit., párr. 37.

• 320 Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales, Rumania, CRC/C/15/Add.199, párr. 26; también citado en: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Los derechos de los no ciudadanos, HR/PUB/06/11, Nueva York y Ginebra, 2006, p. 38.

No obstante los compromisos asumidos en los ámbitos intergubernamentales, el riesgo que representa para el desarrollo individual y social de los niños y niñas migrantes la subsistencia de

situaciones de discriminación en el ámbito educativo, conduce a la necesidad de formular las siguientes recomendaciones.

Recomendaciones sobre prevención y eliminación de la xenofobia y el racismo en el ámbito educativo

Los Estados deberían:

- Adoptar políticas antidiscriminatorias a fin de prevenir la discriminación padecida por los niños migrantes, en especial en las escuelas, fomentando el respeto, los valores democráticos, y la educación en derechos humanos, principalmente, en lo que respecta al principio de igualdad.
- Implementar programas específicamente dirigidos a prevenir la xenofobia de la que son víctimas los niños migrantes en función de actitudes generadas por otros niños. Evaluar las causas de este fenómeno y desarrollar iniciativas destinadas a su reversión y especialmente enfocadas en la población infantil.
- Diseñar acciones de sensibilización de la opinión pública contra la xenofobia y otras formas de intolerancia, promoviendo los valores de la interculturalidad y la igualdad de oportunidades y derechos en sociedades multiculturales.
- Implementar programas dirigidos a la formación de los maestros y profesores en materia de diversidad cultural, migraciones internacionales y derechos humanos.

3. El derecho a la salud de niños y niñas migrantes

3.1. Garantías y restricciones en el acceso a la salud

La salud es un derecho humano fundamental y resulta indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Por ello los Estados han reconocido en numerosos instrumentos internacionales que todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente³²¹. En particular, la Convención sobre los Derechos del Niño establece que los Estados deben esforzarse para asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al

disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud (artículo 24).

Además, el derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos, de los cuales a su vez depende. Nos referimos en particular a derechos como el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación³²².

Estos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud,

cuyos elementos esenciales e interrelacionados son la disponibilidad, la accesibilidad, la aceptabilidad y la calidad. En cuanto al elemento de accesibilidad, éste presenta cuatro dimensiones superpuestas que son la no discriminación -esto es, los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos-, la accesibilidad física, la accesibilidad económica o asequibilidad, y el acceso a la información³²³.

En relación con las personas migrantes, no debe dejar de mencionarse que el Comité DESC menciona expresamente, entre las obligaciones estatales derivadas del derecho a la salud, la de abstenerse de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas (incluidos los migrantes sin residencia legal) a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos³²⁴. Asimismo, de forma más general, afirmó que los Estados tienen la obligación fundamental de asegurar, como mínimo, la satisfacción de niveles esenciales en cada uno de los derechos enunciados en el Pacto, incluida la atención primaria básica de la salud, garantizando el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, especialmente en lo que respecta a los grupos en situación vulnerable o marginados³²⁵. Entre éstos grupos se encuentran, tal como ha dejado establecido el Comité de los Derechos del Niño, todos los niños y niñas afectados de una manera u otra por la migración³²⁶.

En cuanto a los niños y niñas no acompañados, el Comité de los Derechos del Niño señaló que “al reconocer el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud con arreglo al artículo 24 de la Convención, los Estados están obligados a proporcionar a los niños y niñas no acompañados o separados de su familia el mismo acceso a la atención de la salud que los nacionales”³²⁷.

Por otra parte, es pertinente comentar que el Comité Europeo de Derechos Sociales, en una decisión que constituye uno de los pocos antecedentes de jurisprudencia internacional sobre el derecho a la salud de niños y niñas migrantes indocumentados, ha afirmado que los tratados de derechos humanos son un instrumento vivo dedicados a asegurar la dignidad, igualdad, solidaridad y autonomía personal, y por ello las limitaciones a los derechos fundamentales deben ser restrictivas. A su vez, todos los niños y niñas (entre ellos, migrantes, incluido los no acompañados) son titulares de una protección especial respecto de sus derechos. Como corolario de estos fundamentos, entre otros, el Comité entendió que la limitación del acceso a la salud de niños y niñas migrantes sin residencia legal en situaciones de emergencia, así como ciertas restricciones relativas al tiempo de presencia en el país de destino, eran contrarias a las obligaciones asumidas por los Estados en los tratados de derechos humanos (en el caso, la Carta Social Europea)³²⁸.

• 321 Entre otros: Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 25); PIDESC (artículo 12); Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 5); Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículos 11 y 12); Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 24); Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares (artículo 28); Protocolo de San Salvador (artículo 10).

• 322 Relator Especial de Naciones Unidas sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel de salud física y mental (“el derecho a la salud”), Informe El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, E/CN.4/2003/58, 13 de febrero de 2003, párr. 31.

• 323 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12), E/C.12/1999/10, del 8 de diciembre de 1999, párrs. 1, 3 y 12.

• 324 Comité DESC, Observación General 14, cit., párr. 34.

• 325 Comité DESC, Observación General 14, cit., párr. 43.

• 326 Comité sobre los Derechos del Niño, Observación General No. 4, La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, CRC/GC/2003/4, junio de 2003, párr. 38.

• 327 Comité sobre los Derechos del Niño, Observación General 6, cit., párr. 46.

• 328 Comité Europeo de Derechos Sociales, caso FIDH v. Francia, N° 14/2003, decisión del 8 de septiembre de 2004, párrs. 26-38.

A partir de los estándares que surgen de tratados internacionales, informes de expertos y decisiones de organismos internacionales de protección, se derivan una serie de obligaciones para todos los Estados respecto del derecho a la salud de todas las personas sujetas a su jurisdicción, lo cual incluye a los niños y niñas migrantes, en cualquier condición migratoria en que se encuentren. Es por ello que la legislación -especialmente en materia migratoria y sanitaria- no debería contemplar ninguna restricción con base en la nacionalidad o estatus migratorio de la persona, como así tampoco las políticas de salud en su diseño y ejecución.

Sin embargo, en América Latina y el Caribe, encontramos un panorama bastante similar al descrito respecto del derecho a la educación: si bien la mayoría de las normas analizadas no establece distinciones en cuanto al acceso a la salud de extranjeros y nacionales, o en razón del estatus migratorio de los primeros, muchas personas (entre ellas, niños y niñas migrantes) ven limitado, en la práctica, su acceso a los servicios de salud debido a su condición migratoria³²⁹.

Un problema recurrente que deben enfrentar los migrantes sin residencia legal es la imposibilidad de recibir una atención adecuada de su salud por no contar con un documento de identidad, requisito muchas veces indispensable para lograr ser atendidos en instituciones médicas³³⁰. En la mayoría de los casos, se exige que este documento haya sido expedido por las autoridades

del país en el la persona reside (lo cual implica que debe tener un permiso de residencia y un estatus migratorio regular). En otras ocasiones, se debe poseer cualquier documentación que pueda demostrar la identidad de la persona que precisa atención en un centro sanitario.

La salud de los migrantes en situación migratoria irregular (tanto niños como adultos) se ve afectada, además, por la falta de acceso a otros derechos básicos -por ejemplo, una vivienda y un empleo dignos, una alimentación adecuada, agua potable-, así como por la violación de la prohibición de trabajo infantil o la existencia de prácticas de explotación laboral. Estos vínculos evidencian una de las características esenciales de los derechos humanos, su interdependencia, una cuestión que se retomará más adelante en este Estudio.

En los países de la región, además, se han detectado diversos obstáculos presentes en la instancia de implementación de las políticas públicas, que vedan el acceso a migrantes en situación irregular a distintos servicios médicos.

A modo de ejemplo, han podido verificarse impedimentos de acceso a ciertos tratamientos médicos prolongados -como el antiretroviral necesario en casos de HIV-SIDA³³¹ o el indicado para tratar la tuberculosis³³²-, a las personas que no contaran con un documento de identidad que pruebe su residencia legal. Se han verificado casos en los que un Estado aceptaba brindar un tratamiento a los niños y niñas nacidos en el país

de destino, mientras que paralelamente negaba el mismo servicio a los padres por no contar éstos con permiso de residencia. Es evidente que además de la vulneración concreta de los derechos de los adultos, prácticas de esta naturaleza inciden en los derechos de los niños ya que la eventual pérdida de la salud o incluso de la vida de sus padres, repercutirá en su derecho a la vida familiar y en otros derechos fundamentales (entre ellos, el derecho a un nivel de vida adecuado).

En otras ocasiones, reglamentaciones administrativas en el ámbito sanitario, por ejemplo, en materia de donaciones de órganos, han excedido el marco regulador de la legislación migratoria, estableciendo diferencias entre nacionales y extranjeros, y entre éstos últimos, en razón de su categoría migratoria³³³.

En algunos casos, a través de convenios interagenciales, los Estados han elaborado programas para “regularizar y otorgar atención de salud a la población inmigrante en riesgo social”, incluyendo el otorgamiento de una residencia temporal a niños y niñas menores de 18 años, para asegurar su acceso a las instituciones sanitarias en igualdad de condiciones que los nacionales. Para ello, según subraya UNICEF, se les requiere la inscripción en el centro sanitario correspondiente a su domicilio y luego solicitar esa residencia temporal (en caso de que el niño esté matriculado en un establecimiento educativo, también podría obtener un permiso de residencia de estudiante)³³⁴.

En función del panorama descrito, se considera pertinente presentar las siguientes recomendaciones:

Recomendaciones sobre el acceso de niños migrantes a los servicios de salud

Los Estados deben asegurar que todos los migrantes, y en particular los niños y niñas, independientemente de su condición migratoria, accedan a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos de todo tipo de enfermedades, sobre la base de la igualdad de trato con los nacionales eliminando todos los obstáculos formales e informales que en la actualidad restringen el ejercicio del derecho a la salud a este grupo vulnerable.

A tal fin, deberían:

- Asegurar un marco jurídico que reconozca expresamente el derecho a la salud de todas las personas migrantes, con independencia de su condición migratoria.
- Diseñar mecanismos dirigidos a evaluar el efectivo acceso a la salud de los grupos en situación más vulnerable, entre ellos, los niños y niñas migrantes.
- Producir y difundir periódicamente información sobre la atención sanitaria de la población inmigrante, incluida aquella sin permiso de residencia, con el objetivo de adecuar las políticas públicas de tal modo que aseguren dicha atención.
- Brindar capacitación al personal médico, otros profesionales de la salud y funcionarios de instituciones sanitarias, acerca del principio de igualdad y no discriminación, con particular énfasis en los derechos de las personas migrantes.

continúa .../.

• 329 Ver al respecto: Comité sobre los Derechos del Niño, Observaciones Finales, Costa Rica (CRC/C/15/Add.266, 21 de septiembre de 2005), párr. 18; Comité sobre los Derechos del Niño, Observaciones Finales, Chile, cit. párr. 63; Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, Observaciones Finales, Ecuador (CMW/C/EQU/CO/1, 5 de diciembre de 2007), párr. 39; Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Observaciones Finales, República Dominicana (CERD/C/DOM/CO/12, 16 de mayo de 2008), párr. 18; etc.

• 330 Por ejemplo, el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) da cuenta de un caso en el que a una mujer migrante que concurría a un hospital público a dar a luz a su hijo, en razón de su falta de un documento nacional de identidad, se le exigió que aportara un litro de sangre o que abonara 30 pesos al banco de sangre del hospital, ya que de lo contrario no se le otorgaría el certificado de nacimiento de su hijo (Asa, Pablo y Ceriani Cernadas, P. “A dos años de la nueva ley de migraciones: avances, cuestiones pendientes y casos preocupantes”, en CELS, Derechos Humanos en Argentina. Informe 2005, Buenos Aires, Siglo XXI editores, 2005, p. 344).

• 331 Por ejemplo, en Argentina se presentaron varios casos de inmigrantes sin residencia legal en el país, portadores de VIH, que no recibían la medicación que brindaba el Programa Nacional de SIDA, en razón de no contar con el documento nacional de identidad (véase Ceriani Cernadas, P., Morales, D. y Ricart, L., op. cit.).

• 332 Un informe elaborado por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales destaca cómo la exigencia de la cédula nacional de identidad (no requerida normativamente) impide en la práctica el acceso de migrantes en situación irregular a los tratamientos previstos en el “Programa Nacional de tuberculosis” en Chile. (véase Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, op. cit., p. 342)

• 333 Es el caso de la resolución 085/04 del INCUCAI (Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante), del 15 de abril de 2004, Argentina. Aludiendo a “criterios de justicia local”, se aparta de la igualdad de derechos entre nacionales y extranjeros, así como la plena garantía del derecho a la salud a toda persona migrante, sin perjuicio de su condición migratoria, ambas fijadas en los artículos 6 y 8 de la Ley de Migraciones, ley 25.871.

• 334 UNICEF, Situación de los niños migrantes en Chile, 2008, inédito.

Recomendaciones sobre el acceso de niños migrantes a los servicios de salud (Continuación)

Asimismo, los Estados deben garantizar el pleno ejercicio de todos los derechos que condicionan el goce del derecho a la salud, como el derecho a una alimentación adecuada, al agua potable y saneamiento, a una vivienda digna, al trabajo y a la educación, entre otros, adoptando las medidas necesarias para mejorar su nivel de vida.

A tal fin, deberían:

- Desarrollar políticas coordinadas por múltiples agencias públicas.
- Producir información periódica sobre la ejecución de las políticas llevadas adelante.
- Facilitar la participación de las organizaciones de la sociedad civil en el diseño, ejecución y evaluación de estas políticas.

UNICEF podría realizar, junto a instituciones gubernamentales, organizaciones sociales y organismos internacionales como la Organización Panamericana de la Salud (OPS), iniciativas dirigidas a promover el acceso pleno de los niños y niñas migrantes a los servicios y establecimientos de salud, sin ninguna clase de discriminación u obstáculo en razón de su nacionalidad o condición migratoria, o la de sus padres.

3.2. Derecho a la salud, la atención de mujeres migrantes embarazadas y su impacto en los niños y niñas

Otro problema que afecta a los hijos de migrantes es la falta de acceso al derecho a la salud de las madres durante el embarazo y el parto.

En este sentido, tanto el PIDESC como la CDN (artículos 10.2 y 24.d respectivamente) establecen la obligación de los Estados de conceder una especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Es por ello que el Comité DESC ha señalado que la disposición relativa a la reducción de la mortalidad materna y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños y niñas se puede entender en el sentido de que es preciso adoptar, entre otras, medidas para mejorar la salud infantil y materna, la atención anterior y posterior al parto y

los servicios obstétricos de urgencia³³⁵. Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño ha instado a los Estados a adoptar todas las medidas posibles para mejorar el cuidado prenatal de las madres³³⁶.

En relación con la particular situación de las mujeres migrantes, la anterior Relatora Especial para los Derechos Humanos de los Migrantes, señaló que “muchas mujeres también reportan [...] el no poder acceder a servicios básicos de salud destinados a mujeres, por estar en condición de irregularidad” y afirmó que “[e]sto es particularmente preocupante para las mujeres migrantes que están embarazadas y que no siempre cuentan con un seguimiento apropiado de su embarazo”³³⁷.

Los obstáculos generales al acceso a la salud de las personas migrantes, afectan con particular

gravedad a las mujeres embarazadas y en situación de parto. En algunos casos, luego de diversos estudios que desvelaban la negativa de atención sanitaria a mujeres migrantes embarazadas en razón de su condición migratoria (irregular)³³⁸, se diseñaron programas estatales destinados a asegurar el acceso sin restricciones a dicho tratamiento, conjuntamente con medidas de regularización migratoria para esas mujeres.³³⁹

A su vez, algunas mujeres migrantes indocumentadas que están embarazadas no asisten

a los consultorios de atención primaria por temor a ser denunciadas y deportadas o porque no se brinda información suficiente sobre la existencia de la normativa que prevé su atención. La falta de atención del embarazo y o el parto en todas sus instancias, no sólo vulnera el derecho a la salud de las mujeres embarazadas sino que puede afectar seriamente el desarrollo de sus hijos e hijas en los primeros meses de vida e incluso limitar su crecimiento futuro. Es por ello que se formulan las siguientes recomendaciones.

Recomendaciones sobre la protección de la salud de las mujeres migrantes embarazadas

- Los Estados deben asegurar que todas las mujeres embarazadas reciban una protección adecuada a su salud, adoptando todas las medidas necesarias a fin de que su condición de irregularidad no sea un obstáculo para acceder a una atención adecuada durante el embarazo, el parto y una vez acontecido éste.
 - Entre otras medidas, los Estados podrían implementar campañas de información dirigidas a mujeres migrantes embarazadas acerca de su derecho a la salud.
- UNICEF podría asistir a los Estados, junto a otras instituciones, a diseñar políticas públicas dirigidas a asegurar la atención integral de la salud, sin restricción alguna, para las mujeres migrantes durante su embarazo, el parto y posparto.

3.3. La salud como un impedimento para ingresar y residir en un país

El examen de las legislaciones relativas al ingreso y permanencia de personas migrantes muestra que, en algunos países de la región, el estado de salud puede ser un criterio determinante para otorgar, o denegar, un permiso de ingreso y residencia. Es decir, que muchos países de la región limitan el acceso al país de personas con problemas de salud. Algunas leyes prohíben, por ejemplo, la

admisión de personas que padezcan enfermedades infecto-contagiosas, enfermedades mentales, limitaciones físicas crónicas o psíquicas permanentes, o aquellas con una enfermedad que les imposibilite el ejercicio de la profesión, oficio, industria o arte que se pretende ejercer conforme a la finalidad del ingreso al país³⁴⁰, personas ciegas, sordas o mudas³⁴¹, o personas que no se encuentren física o mentalmente sanos a criterio de la autoridad sanitaria³⁴².

• 335 Comité DESC, Observación General 14, cit., párr. 14.

• 336 Comité de los Derechos del Niño, Observación General 7: Niños en edad temprana, CRC/GC/7, Rev.1, del 20 de septiembre de 2006, párrs. 10 y 20.

• 337 Informe presentado por la Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, de conformidad con la resolución 2001/52 de la Comisión de Derechos Humanos (E/CN.4/2002/94, 15 de febrero de 2002), párr. 50.

• 338 Fundación Instituto de la Mujer, Mujeres migrantes peruanas y salud reproductiva, versión preliminar, abril de 2007, p. 12, citado en Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile, Santiago, 2007, p. 339

• 339 En 2004, en Chile, se firmó el “Convenio de la Mujer embarazada” entre el Ministerio del Interior y el Ministerio de Salud, por el cual se garantiza el acceso al tratamiento del embarazo y el parto a las mujeres migrantes embarazadas que no cuentan con un permiso de residencia.

• 340 Véanse los diferentes impedimentos establecidos en la legislación de los países de la región, en particular los siguientes: Bolivia, Decreto Supremo 24.423; Ecuador, Ley de Migración (ley 1899), art. 9; Honduras, Ley de Migración y Extranjería, art. 81; Paraguay, Ley Migratoria, art. 6.3; y República Dominicana, Ley 285, art. 15.

• 341 Antigua y Barbuda, Immigration Act, art. 7.b; Belize, Immigration Act, art. 5.1.b; Trinidad y Tobago, Immigration Act, art. 8.c.

• 342 Artículo 37 de la Ley General de Población de México (la reglamentación aclara que se podrá negar la entrada a extranjeros “cuando la autoridad sanitaria manifieste a la de migración que el extranjero o extranjera padece alguna enfermedad infectocontagiosa, que constituya un riesgo para la salud pública o que no se encuentre física o mentalmente sano, a juicio de la autoridad sanitaria”, art. 106.VIII). En un sentido similar, Decreto 1094/1975, Chile, artículo 3.5.

Si bien de acuerdo con los estándares internacionales de derechos humanos, los Estados podrían establecer ciertas restricciones relativas al ingreso al país por razones de salud pública (tal como regulan diversos Estados de la región³⁴³), tales limitaciones deben satisfacer, tanto en la faz normativa como en su aplicación en los casos concretos, los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Ello implica, entre otras cuestiones, el estricto respeto de la prohibición de discriminación (por ejemplo, respecto de las personas que viven con VIH-SIDA o personas con alguna clase de discapacidad, etc.) y la obligación de justificar, oportuna y expresamente, que una

determinada enfermedad, en un contexto concreto, puede afectar la salud pública. Debe recordarse, a su vez, que los organismos internacionales de derechos humanos han afirmado que la devolución a otro país de una persona viviendo con VIH-SIDA, podría significar la violación del principio de no devolución, en caso que la persona no pudiera acceder a un tratamiento antiretroviral en el territorio al que sería enviado³⁴⁴.

En función de lo antes dicho, se presentan las siguientes recomendaciones dirigidas a los Estados de la región.

Recomendaciones sobre las restricciones basadas en la condición de salud de las personas migrantes

Los Estados deben eliminar o modificar todas las normas sobre prohibición de ingreso al país que impliquen un acto de discriminación, en particular respecto de:

- Las personas con discapacidad y sus familias.
- Las personas que viven con VIH-SIDA y sus familias.
- Cualquier otra condición o estado de salud que no suponga un riesgo cierto, fundamentado y temporal para la salud pública, en cuyo caso la decisión deberá asegurar los principios y estándares internacionales de derechos humanos aplicables.

4. Otras reflexiones relacionadas con el acceso a derechos económicos, sociales y culturales de niños y niñas migrantes e hijos e hijas de migrantes

4.1 El derecho a un nivel de vida adecuado de niños y niñas migrantes e hijos e hijas de migrantes. Los derechos sociales de sus padres y las políticas de regularización migratoria

Además de lo señalado respecto a la salud y la educación, quienes se encuentran en un país de la región en una situación migratoria irregular suelen tener restringido su acceso a otros derechos económicos, sociales y culturales.

Uno de ellos es el derecho a un nivel de vida adecuado, cuyo contenido manifiesta, a su vez, la confluencia de distintos derechos del mismo género. Al respecto, el PIDESC reconoce en su artículo 11.1 “el derecho de toda persona a un nivel

de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia” y el órgano supervisor del cumplimiento de dicho tratado ha establecido que tanto los individuos como las familias son titulares de estos derechos sin importar su edad, situación económica, pertenencia a determinado grupo o cualquier otro estatus o situación y que el goce de estos derechos no debe estar sujeto a ninguna forma de discriminación³⁴⁵. Por su parte, el Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas ha destacado que “los Estados deben asegurar que los servicios sociales proporcionen un nivel de vida mínimo a los no ciudadanos”³⁴⁶.

En relación con los niños y niñas, la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce en su artículo 27 “el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social” y su respectivo Comité observó con preocupación que incluso los más bajos estándares de vida no son asegurados a millones de niños y niñas, a pesar del reconocimiento generalizado de las consecuencias adversas de su privación³⁴⁷. Asimismo, estableció que los Estados deben velar para que “los menores no acompañados o separados de su familia tengan un nivel de vida acorde con su desarrollo físico, mental, espiritual y moral” y proporcionar “asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda”³⁴⁸.

Declaración de Montevideo, VIII Conferencia Iberoamericana de Ministros, Ministras y Altos Responsables de Infancia y Adolescencia, 6 y 7 de octubre de 2006, “La migración y sus efectos sobre los derechos de las niñas, niños y adolescentes”

Los ministros, ministras y altos responsables de infancia y adolescencia de los Estados de la región acordaron y se comprometieron a “impulsar y desarrollar políticas públicas migratorias de integración en los países de tránsito y acogimiento, para dar cumplimiento a los compromisos acordados por los países iberoamericanos a favor de las niñas, niños y adolescentes, a través de inversión social pública más equitativa, eficaz y eficiente, que garantice el derecho a la cobertura universal y de calidad de los servicios sociales básicos fundamentalmente relacionados con nutrición, salud, educación y vivienda digna”.

• 343 Colombia, Decreto 4.000/04, art. 73; Costa Rica, Ley de Migración y Extranjería, art. 61; Nicaragua, Ley de Extranjería, art. 4; Panamá, Decreto Ley No. 3/2008, art. 50.6; Uruguay, Ley de Migración, art. 45.e; Venezuela, Ley de Extranjería y Migración, art. 8.6.

• 344 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso Andrea Mortlock v. Estados Unidos de América, caso No. 12.524, petición 950/05; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso D. v. Reino Unido, del 2 de mayo de 1997.

• 345 Comité DESC, Observación General 4: El derecho a una vivienda adecuada (artículo 11.1), del 13 de diciembre de 1991, párr. 6.

• 346 Alto Comisionado para los Derechos Humanos (OACNUDH), Los derechos de los no ciudadanos, cit., p. 29.

• 347 Comité sobre los Derechos del Niño, Observación General 7, cit., párr. 26.

• 348 Comité sobre los Derechos del Niño, Observación General 6, cit., párr. 44..

Ahora bien, sin perjuicio de las políticas específicas que los Estados deben implementar para garantizar un nivel de vida adecuado a todos los niños y niñas, incluidos los migrantes, en el ámbito de las políticas migratorias, así como en otros relativos a grupos sociales en situación vulnerable, es preciso vincular y coordinar esas medidas con aquellas que afectan o inciden en la vigencia de derechos sociales de los padres. Ello porque, indefectiblemente, el nivel de vida de los niños y niñas migrantes (con sus familias) o de los hijos de migrantes que han nacido en el país de destino, estará determinado -en buena medida- por las condiciones de vida de sus padres. Así, la negación o restricción al derecho al empleo, la seguridad social o la vivienda, basadas en la nacionalidad o condición migratoria de los padres, repercutirá directamente sobre la calidad de vida y el desarrollo de los hijos.

Por estas razones, las políticas destinadas a garantizar los derechos sociales de los niños y niñas migrantes e hijos de migrantes, deberían tener en cuenta las limitaciones (normativas y prácticas) impuestas a sus progenitores para el ejercicio de tales derechos. En tal sentido, la amplia mayoría de las legislaciones migratorias (entre ellas, las de los países latinoamericanos y caribeños) niegan el derecho al empleo y a la seguridad social a los trabajadores y trabajadoras migrantes que no cuentan con el permiso correspondiente. En algunos casos, basta con una autorización de residencia³⁴⁹ pero en otros se exige una autorización específica para trabajar o se restringe el permiso de trabajo a determinadas categorías de residencia³⁵⁰.

Es importante destacar que a pesar de la vigencia de las limitaciones comentadas, en diversas leyes se establece expresamente que las personas, aún cuando trabajen sin el debido permiso, gozan de los derechos que les corresponden en calidad de trabajadores, es decir, los derechos laborales³⁵¹. Asegurar el derecho al trabajo de los padres no sólo contribuye a la realización de los derechos de los niños y niñas (piénsese en cuestiones como el acceso de la familia a la vivienda, la alimentación, el vestido o la salud) sino que constituye una herramienta central para prevenir el trabajo infantil o incluso la explotación de la que pueden ser objeto los niños y niñas.

Estos nexos entre la situación de adultos, niños y niñas muestran la importancia de que los Estados, por un lado, garanticen los derechos sociales de los padres de niños y niñas migrantes (tanto si éstos han nacido en el país de destino, han migrado con su familia o si permanecen en el país de origen), y por el otro, establezcan mecanismos que permitan la regularización migratoria de los padres o toda la familia, según el caso, en el país en que habitan. En algunos países de América Latina, como Argentina y Chile, entre otros, la persona migrante sin residencia que comienza una relación laboral o cuenta con una oferta de trabajo, está habilitada a iniciar un trámite de regularización migratoria, sin necesidad de regresar (voluntaria o forzosamente) a su país de origen, lo cual es casi imposible para la mayoría de quienes se encuentran en una situación de alta vulnerabilidad³⁵². Estas posibilidades de regularización requieren, a su vez, que los trámites

y procedimientos estén exentos de exigencias burocráticas o irrazonables que hagan inaccesible u obstaculicen la obtención de un permiso de residencia o trabajo³⁵³.

Otra política que puede tener un impacto positivo en ciertas circunstancias son los programas de regularización migratoria. En los últimos años, varios Estados de América Latina han diseñado diversas iniciativas de regularización de las personas migrantes que habitan en su territorio sin autorización, si bien cada uno ha tenido sus propias características y alcance (regularización general o según la nacionalidad de la persona; regularización a toda persona en situación migratoria irregular, o solamente a aquéllas con contrato u oferta laboral). El plan Patria Grande adoptado en Argentina ya ha permitido la regularización de unas 500.000 migrantes sudamericanos desde 2007 hasta la actualidad, siendo más de medio millón de personas las que obtuvieron, por esa u otra vía, autorización de residencia (temporaria o permanente)³⁵⁴. Países como Brasil³⁵⁵, Chile³⁵⁶ y México³⁵⁷ también han adoptado programas de regularización recientemente.

Asimismo, los Estados de la región han afirmado en foros internacionales la necesidad y relevancia de esta clase de políticas (véase cuadro aparte). En estas instancias han reconocido que la regularización es “un elemento fundamental de las

políticas públicas en el ámbito migratorio”³⁵⁸, y que “sin regularidad migratoria no hay integración posible”³⁵⁹. De igual manera, el Global Migration Group, conformado por diferentes organismos internacionales (entre ellas, UNICEF, ACNUR, OIT y OIM), destacó la ineficacia de las políticas de control migratorio para atender debidamente la cuestión de la migración irregular, señalando la necesidad de adoptar una serie de medidas “más constructivas”, entre ellas, la de considerar seriamente la regularización de quienes están con estatus migratorio irregular³⁶⁰.

• 349 Entre otras, véase: Argentina, ley 25.871, art. 20; Bolivia, Régimen legal de Migración, art. 53; Uruguay, Ley de Migración, art. 19.

• 350 Al respecto, véanse, entre otras, las siguientes disposiciones: art. 98, Ley Migratoria, Brasil; art. 27, Decreto 1094/75, Chile; art. 116, Decreto 4.000/04, Colombia; arts. 95 y 171, Ley de Migración y Extranjería, Costa Rica; art. 80, Ley de Migración, Guatemala; art. 74, Ley General de Población, México.

• 351 Argentina, Ley de Migraciones, art.; Costa Rica, art. 178 de la Ley de Migración y Extranjería; Paraguay, Ley de Migraciones, art. 72.

• 352 La imposibilidad de tramitar una regularización migratoria en el país de destino puede repercutir en un incremento de las personas en situación irregular. Situaciones como la eventual pérdida del empleo de los padres o de la escolarización de los niños y niñas, la separación de la familia o la ausencia del dinero necesario, inciden en las dificultades y riesgo que podría suponer la exigencia e retornar al país de origen para requerir, desde allí, un permiso de residencia en el país en que están habitando.

• 353 En la mayoría de los países de la región, las restricciones a los derechos económicos, sociales y culturales se perpetúan o facilitan en conjunción con una serie de exigencias arbitrarias, discriminatorias y burocráticas que se suelen efectuar a las personas migrantes en cuanto a los requisitos para obtener una autorización de residencia en el país. En la generalidad de los casos, la irregularidad migratoria es el resultado de políticas y prácticas restrictivas e irrazonables, antes que como consecuencia de la conducta o voluntad de la persona migrante.

• 354 Específicamente, entre 2007 y 2009, 195.727 sudamericanos obtuvieron residencia permanente, y 318.897 obtuvieron residencia temporaria, la cual, por ley, a los dos años, habilita a solicitar la permanente (Información provista por la Dirección Nacional de Migraciones, Base: Registros del aplicativo SAdEx de la DNM; diciembre de 2009). Es oportuno mencionar que, a partir de la entrada en vigor de la ley 25.871 (2004), las personas de nacionalidad sudamericana pueden obtener una residencia temporaria, y luego permanente, sin ningún otro criterio que su nacionalidad (no se exige oferta de trabajo, vínculos familiares, etc.).

• 355 Lei 11.961, del 2 de julio de 2009, dispõe sobre a residência provisória para o estrangeiro em situação irregular no território nacional e dá outras providências.

• 356 Véase Resolución EX. N° 36.339, del 21-10-07, de la Subsecretaría del Interior, Departamento de Extranjería y Migración (Ministerio del Interior de Chile), <http://www.extranjeria.gob.cl>.

• 357 El programa de regularización, que estará abierto hasta 2011, permitirá regularizar a migrantes que, habiendo ingresado a México antes del 1 de enero de 2007, acrediten tener un trabajo lícito o determinados vínculos familiares con nacionales mexicanos o extranjeros con residencia legal [En línea www.gob.mx/Portal/PTMain.php?pagina=salaprensa&articulo=1555&pref=0&cat=1, consulta diciembre 2009].

• 358 Quinta Conferencia Sudamericana de Migraciones, Declaración de La Paz, 26 de noviembre de 2004, párr. 17.

• 359 Foro Iberoamericano sobre Migración y Desarrollo, Cuenca, Ecuador, 10-11 de abril de 2008, Informe Final, Sesión IV, Integración de Migrantes, párr. e)

• 360 Global Migration Group, International Migration and Human Rights. Challenges and Opportunities on the Threshold of the 60th Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights, October 2008, p.

Las políticas de regularización migratoria en Iberoamérica

- Foro Iberoamericano de Migración y Desarrollo, Madrid, Julio de 2006. Conclusiones: La regularización migratoria constituye un primer paso y “una condición necesaria para la integración social y económica de los migrantes indocumentados en los países de acogida [...] la regularización debe ser flexible dinámica y adecuada a las necesidades de los migrantes y los países. En algunos casos más que una medida aislada y coyuntural la regularización puede ser parte de una política de Estado [...] la regularización representa un acto de justicia social puesto que dota de identidad a los inmigrantes indocumentados los protege de abusos y los habilita para una inserción efectiva en la sociedad receptora incluyendo su acceso al mercado laboral y a los servicios públicos de protección social. Para los países de acogida estos programas permiten recuperar un potencial humano encubierto, conferir a los inmigrantes indocumentados la calidad de sujetos de derecho con garantías y obligaciones, otorgar mayor transparencia a la gestión migratoria y formalizar parte de la economía sumergida”.

- VI Conferencia Sudamericana de Migraciones, mayo de 2006. Declaración de Asunción: Los Estados declaran: “1. Respetar de manera irrestricta los derechos humanos de los migrantes, especialmente los de la mujer migrante y menores no acompañados, con independencia de su situación migratoria, dentro del marco legal de cada país y conforme a los principios universales, instrumentos internacionales y regionales de protección de las personas, en especial: [...] b) Instando a los gobiernos de los países receptores a realizar los máximos esfuerzos para regularizar la situación de los migrantes que se encuentran residiendo en condición de irregularidad”.

- IX Conferencia Sudamericana de Migraciones, septiembre de 2009. Declaración de Quito: “Nos comprometemos a: (...) f) (...) Alentar las iniciativas unilaterales y los acuerdos para facilitar y regularizar las condiciones de residencia de los migrantes en nuestra región, al tiempo que exhortamos a los países que aún tengan procedimientos y procesos pendientes al tiempo que lo realicen bajo el principio de coherencia, sin que medie cualquier otra consideración ajena a este propósito”.

Por otra parte, cabe señalar que en el ámbito del MERCOSUR, a partir de la ratificación efectuada por Paraguay a mediados de 2009, ha entrado en vigor el Acuerdo de Libre Residencia que habían firmado en Brasilia en diciembre de 2002 los Estados de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay. Este acuerdo otorga el derecho de los nacionales de cualquiera de esos países a obtener una residencia en otro de los Estados parte. Se trata de una residencia por dos

años, renovables, que luego habilita a solicitar la residencia permanente. La efectiva puesta en práctica de este acuerdo por cada país (algunos ya lo han implementado unilateralmente³⁶¹), podría reducir significativamente los índices de irregularidad migratoria en los países de la región, al menos entre las personas migrantes de esas nacionalidades. Y, por ende, en una integración sin restricciones en el acceso a derechos (laborales, entre otros), lo cual incide en las condiciones

socio-económicas y los derechos de las personas migrantes y sus familias, especialmente los niños y niñas.

En definitiva, respetar y garantizar los derechos sociales de los trabajadores y trabajadoras migrantes, así como adoptar medidas dirigidas a promover su integración en la sociedad de destino y eliminar -o cuanto menos reducir- las condiciones vulnerables en que se encuentran, están estrechamente vinculadas con las políticas públicas

destinadas a asegurar los derechos sociales de los niños y niñas afectados por la migración (incluido su derecho a un nivel de vida adecuado). Ello incluye tanto a los niños y niñas que han migrado junto a sus padres (o uno de ellos), a los niños y niñas que nacen en el país de acogida, y a quienes permanecen en el país de origen.

En relación con el derecho a un nivel de vida adecuado, las recomendaciones a los Estados de la región son las siguientes.

Recomendaciones sobre el derecho a un nivel de vida adecuado de niños y niñas migrantes

Los Estados deben garantizar el derecho a un nivel de vida adecuado a todos los niños y niñas migrantes e hijos e hijas de migrantes que se encuentren en su territorio, con independencia de su condición migratoria o la de sus padres.

A tal fin, entre las medidas a adoptar pueden mencionarse las siguientes:

- Diseñar e implementar políticas públicas que aseguren a todo niño y niña migrante el ejercicio efectivo de derechos como la educación, la vivienda, el vestido, la alimentación y la salud. Los planes y programas para la protección integral de la infancia deben incluir las necesidades específicas de los niños y niñas migrantes, así como los de los hijos e hijas de personas migrantes.

- Las políticas dirigidas a garantizar el derecho a un nivel de vida adecuado deben estar coordinadas y ser coherentes con las disposiciones que inciden en el acceso y ejercicio de los derechos sociales por parte de sus padres, especialmente cuando éstos no cuentan con una autorización de residencia y/o trabajo.

- Debe contemplarse como componente importante de las políticas migratorias, la regularización de los trabajadores y trabajadoras migrantes y sus familiares:

- Para ello, los Estados deberían contemplar circunstancias que indican el arraigo de las personas migrantes en el país (por ejemplo, actividad laboral, escolarización de niños y niñas, relaciones familiares o sociales, y cualquier otro indicador en tal sentido).
- En casos de una población migrante numerosa sin residencia legal, los Estados deberían desarrollar programas o planes especiales para facilitarles la regularización migratoria.

³⁶¹ Argentina lo ha hecho hace más de cinco años, a partir de la entrada en vigor, en 2004, de la ley migratoria 25.871 (art. 23.I). Chile, mediante el Oficio Circular N° 264.645, del 04-12-09, del Subsecretario del Interior, ha dispuesto otorgar “visación de residente temporario por un año, prorrogable por igual período a los ciudadanos argentinos, bolivianos, brasileros, paraguayos y uruguayos, que se encuentren en Chile, independiente de la actividad que vengán a realizar”.

4.2 La explotación laboral infantil y la trata y el tráfico de niños y niñas migrantes

En este epígrafe comentaremos, si bien brevemente, las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales que deben enfrentar, a diario, muchos niños y niñas migrantes en situación migratoria irregular en la región, que son víctimas de la explotación laboral y la trata de personas³⁶².

La explotación laboral infantil se encuentra terminantemente prohibida por el derecho internacional. En este sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño consagra el derecho de todo niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social (artículo 32). A su vez, el Convenio 182 de la OIT, sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, establece que todos los Estados deben adoptar medidas efectivas a los fines de impedir la ocupación de niños y niñas en las peores formas de trabajo infantil, prestar la asistencia directa necesaria y adecuada para librar a los niños y niñas de las peores formas de trabajo infantil y asegurar su rehabilitación e inserción social, garantizar a todos los niños y niñas -en tales circunstancias- el acceso a la enseñanza básica gratuita y, cuando sea posible y adecuado, a la formación profesional, identificar a los niños y niñas que están particularmente expuestos a riesgos y entrar en contacto directo con ellos, y tener en cuenta la

• 362 Por ejemplo, en sus Observaciones Finales sobre Argentina el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial manifestó su preocupación acerca de la información recibida sobre trata de migrantes, especialmente de mujeres migrantes explotadas como trabajadoras sexuales, e instó al Estado a elaborar políticas amplias y a asignar recursos suficientes para prevenir, investigar y castigar esos delitos, así como a prestar asistencia y apoyo a las víctimas (CERD/C/65/CO/1, 10 de diciembre de 2004, párr. 14). Podemos mencionar también el caso de niños y niñas migrantes nicaragüenses en Costa Rica que trabajan como vendedores y vendedoras, articulados al comercio informal urbano, desprotegidos por la ley, expuestos a riesgos como la violencia y el despojo del que son objeto por parte de los consumidores y de ciertas autoridades que se valen de su condición para amedrentarlos. Por otra parte, se tienen algunas evidencias generales sobre la participación de niñas migrantes en labores de trabajo infantil y adolescente doméstico, que no gozan de garantías laborales, perciben bajos salarios, realizan largas jornadas laborales, sufren la ampliación de las funciones para las que fueron contratadas y reciben un trato desigual en relación con otras categorías ocupacionales (véase Acuña González, Guillermo, Migración, trabajo infantil y adolescente: una aproximación para la construcción de una agenda, en el marco del III Foro de ONGs de niñez y adolescencia de Iberoamérica, Montevideo, Uruguay, octubre 2006).

• 363 *Ibidem*.

situación particular de las niñas.

En la actualidad, el alto grado de vulnerabilidad de los niños y niñas migrantes en situación migratoria irregular hace que éstos se encuentren más expuestos a ser explotados laboralmente en el país de acogida, y por ende privados de derechos básicos, con jornadas de trabajo extenuantes, en condiciones laborales extremadamente precarias y sin garantías laborales mínimas. Muchas veces, la incierta situación jurídica y económica de las familias migrantes en el país de destino, que impacta como hemos señalado en la restricción de diversos derechos económicos sociales y culturales, provoca que las ganancias obtenidas del trabajo de los niños y niñas se conviertan en una de las principales fuentes de ingreso. De esta manera, el trabajo infantil constituye simultáneamente una causa y una consecuencia de la violación de los derechos económicos, sociales y culturales³⁶³.

La trata de niños y niñas migrantes supone, por su parte, la violación de múltiples derechos fundamentales, entre ellos los derechos sociales. Muchas veces la violación de estos derechos se puede verificar en el marco de los procedimientos por medio de los cuales se pretende determinar la condición de víctima del delito del niño o niña migrante. En algunas oportunidades, los menores de edad no tienen acceso, en el marco de estos procesos, a una vivienda adecuada, atención sanitaria o acceso a la educación, o no cuentan con la debida asistencia profesional (médica, psicológica y jurídica). Estas situaciones contradicen, entre otros preceptos, el artículo 25 de

la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, establece la obligación de los Estados Parte de adoptar medidas apropiadas para prestar asistencia y protección a las víctimas de estos delitos³⁶⁴.

En cuanto a una eventual medida de retorno al país de origen de niños y niñas víctimas de trata, nos remitimos a lo señalado en el capítulo destinado a la cuestión del retorno de niños no acompañados. No obstante, cabe señalar que, según el Comité de los Derechos del Niño, “los Estados considerarán la conveniencia de adoptar formas complementarias de protección de los menores víctimas de la trata cuando el regreso [al país de origen] no venga indicado por el interés superior”³⁶⁵. Entre estas iniciativas, sin dudas, deberían incluirse mecanismos de regularización migratoria y planes sociales que aseguren una integración social basada en la garantía de sus derechos sociales (educación, salud física y psíquica, etc.).

En América Latina y el Caribe, se han verificado numerosas situaciones en las cuales niños y niñas migrantes han sido sometidos a diversas formas de explotación laboral y sexual. Por ejemplo, se han detectado casos de niños y niñas migrantes dedicados a la venta informal callejera, expuestos a situaciones de riesgo y violencia. También, casos de niñas y adolescentes migrantes empleadas en largas jornadas de trabajo doméstico. Asimismo, se ha señalado que en algunos países existen serios

problemas de explotación sexual de la niñez: Centroamérica es señalada como uno de los destinos de turismo con fines sexuales, junto con el Caribe, África y el sudeste asiático; la “clientela” de este mercado la constituyen personas adultas sin escrúpulo provenientes de países económicamente desarrollados³⁶⁶. La trata de personas es un delito que ha sido detectado en innumerables oportunidades en la región³⁶⁷, sin embargo, su tipificación en las legislaciones internas, de conformidad a las pautas establecidas en el Protocolo de Palermo aún se encuentra pendiente en varios países.

Por otra parte, una de las modalidades de trata de personas que ha sido verificada en la región, es la explotación de familias en talleres clandestinos de costura, en los que los niños y niñas, junto a sus padres, trabajan en largas jornadas en condiciones indignas, asociadas a formas contemporáneas de esclavitud³⁶⁸.

Los niños y niñas víctimas de la explotación laboral y de la trata de personas deben recibir asistencia a fin de lograr su rehabilitación e inserción social. El Convenio Nro. 182 de la OIT sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, establece que todos los Estados deben adoptar medidas efectivas y en un plazo determinado con el fin de prestar la asistencia directa necesaria y adecuada para liberar a los niños y niñas de las peores .../.

• 364 A su vez, 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 establece un deber de los Estados de asistencia y protección a las víctimas de la trata de personas (artículo 6) que implica, entre otras medidas, las necesarias para asegurar un alojamiento adecuado, asistencia médica, psicológica y material, y oportunidades de empleo, educación y capacitación, teniendo en consideración las necesidades especiales de las víctimas de la trata de personas, en particular las necesidades especiales de los niños, incluidos el alojamiento, la educación y el cuidado adecuados. Por su parte, el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire impone también el deber de los Estados Parte de adoptar medidas de protección y asistencia (artículo 16) teniendo en cuenta las necesidades especiales de las mujeres y los niños.

• 365 Comité de los Derechos del Niño, Observación General 6, cit., párr. 53.

• 366 Instituto Interamericano de Derechos Humanos, El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y los derechos de las poblaciones migrantes, las mujeres, los pueblos indígenas y los niños, niñas y adolescentes, Tomo I, San José, 2004, p. 254.

• 367 Sobre los abusos a niños y niñas víctimas de trata en países latinoamericanos, véanse los siguientes documentos de OIM: Estudio exploratorio sobre la trata de personas con fines de explotación sexual en Argentina, Chile y Uruguay, Buenos Aires, 2008; Nicaragua. Nuevo video de la OIM sobre la trata de personas en Nicaragua, 2009 [en línea, www.oimconosur.org/notas/buscador.php?tipo=unico¬a=781] [consulta febrero de 2009].

• 368 En los últimos años, se ha denunciado la existencia de numerosos talleres de esta clase en Argentina, en la cual niños, niñas y adultos migrantes, particularmente de origen boliviano, son sometidos a situaciones de explotación laboral. Al respecto, véase D'Ovidio, María (Dir.) y otros, Quién es quién en la cadena de valor del sector de Indumentaria Textil. Hacia un solución conjunta en el sector, investigación de la Fundación El Otro y de Interrupción, con el apoyo de Novib (Oxfam, Holanda), Buenos Aires, Mayo 2007. Otra información al respecto puede hallarse en <http://laalameda.wordpress.com/>.

formas de trabajo infantil y asegurar su rehabilitación e inserción social; garantizar a todos los niños y niñas –en tales circunstancias- el acceso a la enseñanza básica gratuita y, cuando sea posible y adecuado, a la formación profesional; identificar a los niños y niñas que están particularmente expuestos a riesgos y entrar en contacto directo con ellos; y tener en cuenta la situación particular de las niñas. A su vez, el Protocolo de Palermo en su artículo 6 establece que “cada Estado Parte considerará la posibilidad de aplicar medidas destinadas a prever la recuperación física, psicológica y social de las víctimas de la trata de personas”³⁶⁹.

Asimismo, y en tanto ello redunde en beneficio del interés superior del niño, los Estados deberán facilitar la radicación de los niños víctimas de trata. En efecto, el Protocolo de Palermo en su artículo 7 prevé que “1...cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar medidas legislativas u otras medidas apropiadas que permitan a las víctimas de la trata de personas permanecer en su territorio, temporal o permanentemente, cuando proceda”.

En función de lo expuesto, se exponen a continuación las siguientes recomendaciones:

Recomendaciones sobre la prevención y erradicación de la explotación laboral infantil y de la trata y tráfico de niños migrantes

Los Estados deben:

- Consagrar en su legislación el delito de trata de personas.
- Diseñar políticas públicas dirigidas a prevenir, investigar, juzgar y sancionar dicho delito.
- Elaborar políticas integrales de defensa y protección de las víctimas de este delito, en particular de mujeres, niñas y niños, garantizando el pleno respeto de sus derechos económicos, sociales y culturales. Ello puede incluir la regularización migratoria y el ingreso al país de sus padres.
- En caso de disponer el retorno a su país de origen, se debe asegurar el interés superior del niño, así como tener en cuenta su voluntad. Si el retorno no fuera en su interés superior, los Estados deberían garantizar a los niños y niñas un permiso de residencia, el acceso a los derechos sociales básicos y, eventualmente, facilitar la reunificación familiar de sus padres u otros familiares.

4.3 Normas y mecanismos de control migratorio que afectan la realización de derechos económicos, sociales y culturales

Las normas y mecanismos de control migratorio que obligan a los funcionarios y empleados públicos a denunciar cualquier situación que contravenga la normativa migratoria, afectan seriamente el acceso

de las personas migrantes en situación irregular a los derechos sociales. Como corolario de la vigencia de tales dispositivos, las personas que desempeñan tareas en hospitales, escuelas, servicios laborales o programas de inserción social, o incluso los representantes del poder judicial, están obligados a verificar la situación migratoria de una persona, y, luego, a denunciarla en caso de que se encuentre en el país sin autorización de

residencia³⁷⁰.

En los casos en que la legislación prevé tales mecanismos, éstos funcionan como una amenaza para los migrantes quienes, frente a la posibilidad de ser detenidos y expulsados del país, evitan utilizar servicios públicos como la salud, la educación o la justicia. De esta forma, en la práctica, se ven privados de ejercer derechos fundamentales. Ello también puede repercutir en situaciones de explotación laboral de niños u otras formas de maltrato³⁷¹. Para la Organización Mundial de la Salud (OMS), estas medidas de control migratorio no sólo pueden tener un efecto paralizador sobre los migrantes irregulares que intentan acceder a los

servicios de atención médica, sino que también “pueden comprometer también el empeño de los profesionales sanitarios de respetar el derecho a la privacidad de los que solicitan atención médica”³⁷².

Sin perjuicio de ello, debemos destacar que, en reformas legislativas recientes, se ha establecido la obligación de los funcionarios públicos de brindar a los migrantes en situación irregular orientación y asesoramiento respecto de los trámites correspondientes a los efectos de subsanar la irregularidad migratoria (véase cuadro aparte).

El cambio de enfoque en la ley argentina: de la obligación de denuncia al deber de asistencia

El artículo 103 de la anterior ley migratoria argentina (ley 22.439), establecía que: “Las instituciones hospitalarias o asistenciales, ya sean públicas, nacionales, provinciales o municipales, o las privadas, cualquiera sea la forma y estructura que tengan, deberán exigir a los extranjeros que solicitaren, o a aquéllos a quienes se les prestare, asistencia o atención, que acrediten identidad y justifiquen, mediante constancia hábil, su permanencia legal en la República. Cuando no los posean -sin perjuicio de su asistencia o prestación- quedarán obligados a comunicar, dentro de las veinticuatro (24) horas a la autoridad migratoria, los datos filiatorios y el domicilio de los mismos.

La ley actualmente vigente (ley 25.871) dispone en su artículo: “No podrá negársele o restringírsele en ningún caso, el acceso al derecho a la salud, la asistencia social o atención sanitaria a todos los extranjeros que lo requieran, cualquiera sea su situación migratoria. Las autoridades de los establecimientos sanitarios deberán brindar orientación y asesoramiento respecto de los trámites correspondientes a los efectos de subsanar la irregularidad migratoria”.

• 369 Entre los países que han regulado legislativamente los derechos de las víctimas de trata de personas se encuentran Panamá (Decreto Ley Nro. 3, art. 82) y Uruguay (Ley de Migración, art. 78).

• 370 A modo de ejemplo, podemos mencionar el artículo 103 de la hoy derogada Ley Migratoria de Argentina (ley 22.439), el artículo 76 del Decreto 1094 del 14 de julio de 1975 que establece normas sobre extranjeros en Chile (y artículo 155 del Reglamento de Extranjería), los artículos 67 y 69 de la Ley General de Población de México (y los artículos 149-153 de su reglamentación), y el art. 28.3 de la ley migratoria (ley 285) de República Dominicana.

• 371 Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, Observaciones Finales, El Salvador, CERD/C/SLV/CO/13, del 4 de abril de 2006, párr. 12.

• 372 OMS, Migración Internacional, Salud y Derechos Humanos, Serie de Publicaciones sobre Salud y Derechos Humanos, No. 4, Ginebra, 2003, p. 22.

También como mecanismo de control migratorio, varias legislaciones establecen la prohibición de brindar alojamiento a toda persona migrante en situación irregular o la obligación de los propietarios (de inmuebles, hoteles, etc.) y, en algunos casos, la obligación de informar a la autoridad migratoria la presencia, la identidad y condición migratoria de personas extranjeras³⁷³.

De esta manera, diversas herramientas a las que recurre el Estado para, en principio, controlar y sancionar la irregularidad migratoria, determinan en

muchos casos la privación de derechos fundamentales como la vivienda, la educación, la salud u otros derechos sociales. Asimismo, la legislación cercena el acceso a la justicia para denunciar esas privaciones ya que en muchos casos la obligación de denuncia rige también para los jueces y los integrantes del ministerio fiscal. Frente a la subsistencia de este tipo de mecanismos en la legislación vigente en la región consideramos pertinente formular las siguientes recomendaciones.

Recomendaciones sobre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales frente a los mecanismos de control migratorio

- Los Estados deben reformar las normas y mecanismos de control migratorio que obligan a los funcionarios públicos y ciudadanos particulares (propietarios de inmuebles, responsables de hospedajes, etc.) a denunciar la irregularidad migratoria de las personas sobre cuya situación toman conocimiento.
- Por el contrario, las políticas públicas en el ámbito migratorio deberían optar por la imposición de un deber de asistencia para asegurar el ejercicio de los derechos, en particular cuando se trata de instituciones ligadas al acceso a los derechos sociales, y asesoramiento sobre la forma de subsanar la condición de irregularidad

• 373 Artículos 55 de la ley 25.871 de Argentina; 52 del Régimen Legal de Migración de Bolivia; 77 del Decreto 1094/1975 de Chile; 182 de la Ley de Migración y Extranjería de Costa Rica; 54 de la Ley de Extranjería de Nicaragua; y 69 de la Ley de Migraciones de Paraguay.



Foto: Luis E. González, República Dominicana

**La inscripción del nacimiento de hijos e hijas de migrantes.
El impacto en sus derechos humanos**

La inscripción del nacimiento de hijos e hijas de migrantes. El impacto en sus derechos humanos

Capítulo 4

1. Introducción

La identidad de una persona puede ser vista desde dos aspectos, uno dinámico y otro estático. El primero se refiere a la expresión misma de la personalidad mediante toda clase de actos, usualmente relacionados con pautas culturales, sociales, éticas o económicas, entre otras. El aspecto estático de la identidad, por su parte, está ligado a la inscripción del nacimiento en los registros públicos. Ambos aspectos se encuentran íntimamente relacionados, siendo preciso contar con una identificación para ejercer derechos tales como la educación, la vivienda o la salud, acceder a la justicia o ejercer derechos políticos como el voto. De este modo, el registro del nacimiento y el consecuente otorgamiento de un nombre, una identidad, una personalidad jurídica, se muestran como pasos previos, básicos e ineludibles para la integración de las personas en la sociedad desde su nacimiento.

El derecho a la identidad consiste, de esta manera, “en el reconocimiento del derecho a un nombre, derecho a la nacionalidad y el derecho a la personalidad jurídica que le permiten a un individuo ejercer su ciudadanía. Asimismo, es la clave para el acceso y la exigibilidad de derechos políticos, civiles, económicos, sociales y culturales, tales como salud y educación. La ausencia de este

derecho genera desigualdad y discriminación, problema grave en las Américas, impidiendo a la persona su actividad e inclusión en los aspectos políticos, económicos y jurídicos de una sociedad democrática. En el caso específico de los niños y niñas, la ausencia de este derecho implica la negación de sus derechos humanos y puede producir una cadena de violaciones, desde la negación de la matrícula escolar hasta la explotación sexual. El reconocimiento del derecho a la identidad, a través del registro del nacimiento implica la incorporación del niño como sujeto de derecho dentro de un Estado”³⁷⁴.

Según la Convención sobre Derechos del Niño, ratificada por la totalidad de los países de América Latina y el Caribe, todos los niños y niñas deben ser inscriptos “inmediatamente después de su nacimiento” y tendrán, desde que nacen, derecho a un nombre y a adquirir una nacionalidad (artículo 7.1). Asimismo, los Estados deben respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad y el nombre (artículo 8.1).

Estas prescripciones básicas deben ser cumplimentadas por los Estados respecto de todas las personas sujetas a su jurisdicción, sin discriminación alguna entre hijos de nacionales o extranjeros, o en razón de la condición migratoria de los padres de los niños y niñas nacidos en su

territorio. A tal efecto, como sucede con el resto de los derechos reconocidos en la Convención, los Estados están obligados a adoptar todas las medidas administrativas, legislativas o de cualquier otra índole, para hacerlos efectivos (artículo 4 CDN).

En el caso de las niñas y niños hijos de migrantes, la inscripción y el registro de su nacimiento resulta de vital importancia y debe cumplimentarse independientemente de la condición migratoria de los padres, es decir, se encuentren éstos regular o irregularmente en el país. 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 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.

Por el contrario, la negativa de inscripción del nacimiento a hijos e hijas de migrantes, o a su inscripción tardía, puede provocar, además de la afectación inmediata de derechos -como la igualdad, el derecho al nombre, a la identidad y a la personalidad jurídica-, la vulneración de otros derechos en situaciones de apatridia (dependiendo de la normativa vigente sobre adquisición de nacionalidad en el país de nacimiento del niño y en el país de origen de sus padres), restricciones en el

acceso a derechos sociales como la salud o la educación, la expulsión del país del niño y sus padres, la privación de la libertad debido a su estatus migratorio, etc.

En relación con el derecho a la nacionalidad, esa clase de restricciones, verificadas en especial en la práctica de organismos administrativos (y no en la legislación vigente), tienen una incidencia particular en la región latinoamericana y caribeña, dada la vigencia del principio del *ius soli*, por el cual las personas tienen la nacionalidad del país en cuyo territorio han nacido.

En ocasiones, la no inscripción del nacimiento de hijos o hijas de personas migrantes que no cuentan con residencia legal en el país en el que habitan se produce en el contexto de diversos factores vinculados a su estatus migratorio y las restricciones que puedan existir para quienes no cuentan con un permiso de residencia. Así, puede ocurrir que, en razón de la irregularidad migratoria, no tengan acceso (por prohibición legal o, más usualmente, por una práctica administrativa) a los servicios de salud en establecimientos públicos. Puede ocurrir también que la negativa responda a la creencia, asociada estrechamente a la falta de políticas de información adecuadas, de que la ausencia de un permiso de residencia supone la pérdida o la no titularidad de tal derecho. Ambos casos pueden derivar en que las mujeres migrantes no tengan su parto en los centros de salud y, consecuentemente, en la no iniciación

³⁷⁴ OEA, UNICEF y PIA (Plan Integral para las Américas), Documento Conceptual, presentado en la Conferencia Regional Latinoamericana sobre Derecho a la Identidad y Registro Universal del Nacimiento, Asunción, 28-30 agosto de 2007, p. 1.

del procedimiento de registro del nacimiento.

A su vez, la no inscripción, acompañada muchas veces de la falta de atención del parto en los puestos sanitarios, está ligada al temor de las personas migrantes a que su presentación en organismos públicos pueda derivar en un procedimiento que finalice en su detención y posterior expulsión del país. En estos casos □ tal como se ha indicado al analizar la temática de los derechos económicos, sociales y culturales□, ese temor está fundado en normas que establecen mecanismos de control migratorio en diversas esferas, incluidas la sanitaria y los registros civiles.

Finalmente, cabe adelantar que algunas de estas restricciones están ligadas a normativas o prácticas contrarias a la igualdad de derechos entre hombres y mujeres. Asimismo, se verifican usos inapropiados de la legislación sobre nacionalidad que atribuyen, a las personas migrantes sin autorización de residencia, el estatus de “persona en tránsito” en el país en el cual viven.

La inscripción del nacimiento de hijos de migrantes, el otorgamiento de un nombre, el reconocimiento de su identidad, personalidad jurídica y nacionalidad, serán los temas centrales de este capítulo. Al igual que en los capítulos previos del presente Estudio , se efectuará una revisión de los estándares internacionales en la materia, de la normativa vigente en la región y de las prácticas implementadas por los Estados tanto cuando acatan como cuando omiten o contradicen los principios del DIDH, específicamente en lo que se refiere a derechos de niños y niñas. En relación con las diferentes temáticas, se formularán

recomendaciones dirigidas a los Estados de la región. También se incluyen sugerencias de intervención para las áreas y programas de las oficinas de UNICEF en la región.

2. El principio *ius soli* en América Latina y el Caribe

A efectos de la adquisición de la nacionalidad, la normativa de la mayoría de los países de América Latina y el Caribe (generalmente integrada en el texto constitucional), reconoce el principio llamado *ius soli*, por el cual las personas nacidas en el territorio de un Estado tienen el derecho a adquirir la nacionalidad de dicho país. Ello, sin perjuicio de que en estos países la normativa regule también el principio *ius sanguinis*, que otorga a las personas la nacionalidad de sus padres, aunque aquéllas hayan nacido en otro país.³⁷⁵

De esta manera, en virtud del *ius soli*, el acceso a la nacionalidad, incluida la de los hijos e hijas de migrantes, se produce por el simple hecho de haber sido dados a luz en un territorio determinado. Este derecho, cuyos titulares son los niños y niñas sin discriminación alguna que nacen dentro de la jurisdicción de un Estado, no puede ser restringido o negado en razón de circunstancias particulares de sus padres, por ejemplo, su condición migratoria. En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que en tanto “en la Constitución se estableció el *ius soli* como principio para adquirir la nacionalidad [...] el derecho a la nacionalidad por haber nacido en el territorio [...] adquiere protección convencional, sin importar la nacionalidad o el estatus legal de los

padres. Cualquier restricción del derecho a la nacionalidad que no se base en el lugar de nacimiento de las niñas contradice directamente dicho principio”³⁷⁶.

El derecho al otorgamiento de la nacionalidad en razón del lugar de nacimiento, que incluye evidentemente la inscripción del nacimiento y el reconocimiento de un nombre, tampoco puede verse restringido en razón de otras características de los padres. En tal sentido, el Alto Comisionado para los Derechos Humanos precisó que “los gobiernos deben prestar mayor atención a las políticas de inmigración que tengan un efecto discriminatorio respecto de las personas con un determinado origen nacional o étnico, y se les insta a que investiguen los posibles obstáculos que se oponen a la naturalización, tanto en lo relativo al procedimiento como a la falta de motivación, para solicitar la ciudadanía”³⁷⁷.

Ahora bien, las políticas implementadas por algunos países determinan la existencia de diversos obstáculos a la concesión de la nacionalidad a niños y niñas nacidos en sus territorios, en razón del estatus migratorio de los padres, de la nacionalidad de éstos, o incluso la nacionalidad de uno de los progenitores (la madre). A su vez, en algunos casos se ha intentado restringir el acceso a la nacionalidad vía el principio de *ius soli*, alegando que los padres migrantes en situación migratoria irregular se consideraban incluidos en una de las categorías que exceptúan la aplicación de este principio: las personas en tránsito en un país extranjero (un rótulo que se aplica, por ejemplo, para definir la situación de los turistas). Esta postura restrictiva y poco ajustada a la realidad,

como luego veremos, ha sido impugnada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

3. La negativa a inscribir el nacimiento de hijos e hijas de migrantes: su impacto en la vigencia de derechos fundamentales

Como se adelantó, la no inscripción del nacimiento de un niño o niña repercute inmediatamente en diversos derechos fundamentales: el derecho al nombre, a la personalidad jurídica y a la nacionalidad.

En tanto el nombre y el apellido de una persona son “esenciales para establecer formalmente el vínculo existente entre los diferentes miembros de la familia con la sociedad y con el Estado”³⁷⁸, este derecho cuenta con una amplia protección en los tratados internacionales. La Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconocen este derecho a todo niño desde el momento en que nace (artículos 7 y 18 respectivamente). Por su parte, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares establece que todos “los hijos de los trabajadores migratorios tendrán derecho a tener un nombre, al registro de su nacimiento y a tener una nacionalidad” (artículo 29).

Al respecto, la Corte Interamericana ha subrayado que los Estados “tienen la obligación no sólo de proteger el derecho al nombre, sino también de brindar las medidas necesarias para facilitar el registro de la persona, inmediatamente después de su nacimiento”, y “garantizar que [...]

• 375 En algunos países del Caribe, como Barbados (Nationality Act), rige el *ius sanguinis*.

• 376 CIDH, en Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Yean y Bosico c. República Dominicana, sentencia del 8 de septiembre de 2005, cit., párr. 111.a.

• 377 Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Los Derechos de los no ciudadanos, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2006, p. 25

• 378 Corte IDH, caso Yean y Bosico c. República Dominicana, cit., párr. 184..

.../.

sea registrada con el nombre elegido por ella o por sus padres, según sea el momento del registro, sin ningún tipo de restricción al derecho”³⁷⁹.

En estrecha relación con el derecho al nombre, que se materializa en primera instancia a través de la inscripción del nacimiento, los derechos a la nacionalidad y a la personalidad jurídica también son expresamente protegidos por varios instrumentos internacionales de derechos humanos³⁸⁰. Debido a la interrelación entre estos derechos, la vulneración del derecho a ser inscripto al nacer determina inmediatamente la afectación conjunta de los demás, generando una serie de consecuencias perjudiciales para los niños. Así, la privación del derecho a la nacionalidad, como han afirmado organismos internacionales de protección de derechos humanos, no sólo puede derivar en una condición de apatridia del niño sino también en la afectación del desarrollo de su personalidad y de su derecho a la personalidad jurídica³⁸¹. En este sentido ha sostenido la Corte IDH que la “falta del reconocimiento de la personalidad jurídica lesiona la dignidad humana, ya que niega de forma absoluta su condición de sujeto de derechos y hace al individuo vulnerable frente a la no observancia de sus derechos por el Estado o por particulares”³⁸².

Por estas razones, así como sucede con el derecho al nombre, el derecho a la nacionalidad exige también que los Estados adopten las medidas necesarias para hacer efectiva la adquisición de la nacionalidad por todo niño o niña sin discriminación alguna. Ello implica la prohibición de denegar el

acceso a este derecho en razón de la nacionalidad de los padres, la pertenencia a un determinado grupo social o étnico, o cualquier otra condición. El estatus migratorio de una persona, en palabras de la Corte Interamericana, “no puede ser condición para el otorgamiento de la nacionalidad por el Estado, ya que su calidad migratoria no puede constituir, de ninguna forma, una justificación para privarla del derecho a la nacionalidad ni del goce y ejercicio de sus derechos; el estatus migratorio de una persona no se transmite a sus hijos”³⁸³.

En el mismo sentido, el Comité de Naciones Unidas encargado de la protección de los derechos de todas las personas migrantes y sus familias, ha señalado que, sin perjuicio del carácter regular o irregular de la situación migratoria de los padres, los hijos nacidos en el país de destino tienen el derecho a ser inscriptos al nacer, a recibir un certificado de dicho nacimiento, a un nombre y a la nacionalidad³⁸⁴.

Tal como se ha reiterado en distintas oportunidades a lo largo de este Estudio, los derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño deben ser efectivamente satisfechos a todo niño o niña que se encuentre bajo la jurisdicción de un Estado, sin perjuicio de su condición migratoria o la de sus padres. Las obligaciones vinculadas con el derecho a la identidad de los niños y niñas no constituyen una excepción a esta regla.

De ello se deriva, en primer término, la necesaria existencia de un marco jurídico que no

establezca ningún tipo de obstáculo o condicionamiento para el acceso a estos derechos que pueda suponer una restricción o impedimento para su ejercicio por parte de determinadas personas o colectivos. La universalidad en el disfrute de los derechos debe asegurarse sin excepción.

Al mismo tiempo, es preciso diseñar mecanismos adecuados que garanticen, a todas las personas, el acceso a los derechos reconocidos. En el caso del derecho a la identidad, ello incluye, entre otras medidas, la provisión de servicios públicos necesarios en toda la jurisdicción de un Estado, la capacitación de los funcionarios y empleados públicos a cargo de los registros civiles y otros organismos competentes, la evaluación periódica que verifique la inexistencia de prácticas discriminatorias, basadas, por ejemplo, en la nacionalidad, condición migratoria o situación económica de la persona, la existencia de instancias que aseguren la posibilidad de denunciar actos discriminatorios y que brinden recursos efectivos, tanto administrativos como judiciales, ante una decisión denegatoria.

En este orden de ideas, la cuestión de la inscripción del nacimiento constituye un componente esencial de estos derechos, y, por lo tanto, un deber inexcusable para los Estados. En este sentido, el Comité sobre los Derechos del Niño estableció que: “Los servicios globales para la primera infancia comienzan con el nacimiento [...] Como primera medida para garantizar a todos los niños el derecho a la supervivencia, al desarrollo y al acceso a servicios de calidad (artículo 6), el

Comité recomienda que los Estados Partes adopten todas las medidas necesarias para que todos los niños sean inscriptos al nacer en el registro civil. Ello puede lograrse mediante un sistema de registro universal y bien gestionado que sea accesible a todos y gratuito. Un sistema efectivo debe ser flexible y responder a las circunstancias de las familias [...] todos los niños deben ser inscriptos al nacer, sin discriminación de ningún tipo (artículo 2). El Comité también recuerda a los Estados Partes la importancia de facilitar la inscripción tardía de los nacimientos”³⁸⁵.

La cuestión de la gratuidad de la inscripción es un elemento de considerable relevancia para el caso de hijos e hijas de migrantes que no cuentan con permiso de residencia en el país en que se encuentran. Generalmente, la vulnerabilidad de tales circunstancias suele conllevar la imposibilidad de afrontar los costos requeridos por esta clase de trámite. Otro aspecto importante es la disponibilidad -o no- de mecanismos de inscripción tardía de los nacimientos ya que diversos factores pueden acarrear la imposibilidad de inscribir inmediatamente a los hijos de padres migrantes indocumentados (por ejemplo, la existencia de dispositivos de control migratorio en instancias de la Administración pública).

La prohibición de discriminación en los mecanismos de inscripción de los nacimientos no sólo supone la inexistencia y/o remoción de obstáculos (formales o de facto), sino que también contiene el deber de diseñar medidas positivas que aseguren de manera efectiva que las personas .../.

• 379 Corte IDH, caso Yean y Bosico c. República Dominicana, cit., párrs. 183, 184.

• 380 Además de los tratados ya citados, el derecho a la nacionalidad se encuentra reconocido en los arts. XIX y 15, respectivamente, de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Declaración Universal de Derechos Humanos, mientras que el derecho a la personalidad jurídica en los arts. XVII y 6 de dichos instrumentos.

• 381 Entre otros, véanse: Comité de Derechos del Niño, Observaciones Finales, Chile, CRC/C/CHL/CO/3, del 23 de abril de 2007, párr. 63; Corte IDH, caso Yean y Bosico c. República Dominicana, cit., párrs. 167, 175-178.

• 382 Corte IDH, caso Yean y Bosico c. República Dominicana, cit., párr. 179.

• 383 Corte IDH, caso Yean y Bosico c. República Dominicana, cit., párr. 156.

• 384 Comité para la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, Observaciones Finales, Egipto, CMW/C/EGY/CO/1, 25 de mayo de 2007, párrs. 35, 36...

• 385 Comité de los Derechos del Niño, 40º período de sesiones, Ginebra, 12 a 30 de septiembre de 2005, Observación General N°7 (2005), Realización de los derechos del niño en la primera infancia (CRC/C/GC/7/Rev.1. 20 de septiembre de 2006), Párr.25.

.../.

migrantes, independientemente de su condición migratoria, inscriban a sus hijos que nacen en el país de destino³⁸⁶. No obstante, es importante que la obligación de los Estados de implementar mecanismos específicos para garantizar que estos grupos ejerzan sus derechos, no derive en prácticas discriminatorias. En este sentido, por ejemplo, ha sido cuestionada en países de la región la creación de documentos específicos para registrar a los hijos e hijas de mujeres migrantes sin residencia legal³⁸⁷.

Por otra parte, en el marco de la Conferencia Regional de Derecho a la Identidad y Registro Universal de Nacimiento celebrada en el 2007 en Paraguay, los Estados latinoamericanos han enfatizado que “la identificación, registro y documentación debe asumirse con un enfoque de derechos”, precisando que el “registro universal de nacimiento como medida de respeto al derecho a la nacionalidad y de no ser arbitrariamente despojado de este derecho, sirve como una herramienta esencial de protección en situaciones de refugio y desplazamiento interno. Así mismo la inscripción de nacimientos y la emisión de certificados u otros documentos, sirven como medida de prevención y reducción de la apatridia”³⁸⁸.

Ahora bien, sin perjuicio de la abundante protección jurídica de estos derechos en el DIDH, y del propio reconocimiento de los Estados en favor de garantizar estos derechos a los hijos e hijas de migrantes, se constata, en diversos países de la región, la subsistencia de obstáculos a la

inscripción del nacimiento de niños y niñas, y por ende, a su derecho al nombre, la nacionalidad y la personalidad jurídica, en razón de la condición migratoria de sus padres o de uno de ellos.

En este sentido, algunos Estados de la región han presentado situaciones en las cuales las autoridades a cargo del registro de nacimientos interpreta restrictiva o erróneamente la normativa, exigiendo a los padres la constancia de residencia en el país, bajo apercibimiento de denegar dicha inscripción, aún cuando la normativa no hace alusión al permiso de residencia, el documento de identidad u otra constancia como un requisito obligatorio para ese trámite³⁸⁹. A su vez, recientemente (enero de 2009), uno de estos países ha propuesto reformar la normativa vigente a fin de establecer la irregularidad migratoria de los padres como una causal de excepción a la aplicación del principio del *ius soli*³⁹⁰.

En función de la situación descrita, consideramos pertinente formular algunas recomendaciones a efectos de que los Estados de la región aseguren que todos los hijos e hijas de migrantes, independientemente del estatus migratorio de sus padres, ejerzan su derecho a ser inscritos al nacer, a gozar de un nombre y una nacionalidad.

3.1. Control migratorio y no inscripción del nacimiento

En el capítulo referido a los derechos

Recomendaciones sobre la inscripción del nacimiento de hijos e hijas de personas migrantes sin residencia legal en el país de destino

Los Estados deberían:

- Examinar el marco legal relativo a la inscripción del nacimiento de hijos e hijas de migrantes, a fin de eliminar cualquier obstáculo basado en criterios como la nacionalidad, el origen étnico o la condición migratoria de ambos padres o de uno de ellos.
- Desarrollar iniciativas de formación y capacitación en derechos humanos, en particular derechos de niños y niñas y derechos de las personas migrantes, destinadas a empleados y funcionarios del registro civil y otras áreas conexas.
- Diseñar un procedimiento de inscripción tardía “sencillo, accesible y razonable” (tal como ha establecido la Corte IDH), que no incluya discriminación alguna en razón de la condición de sus padres. Este mecanismo, así como la inscripción al nacer, deben contemplar y garantizar el acceso a un recurso efectivo para impugnar una decisión negativa a la solicitud de inscripción.
- Diseñar mecanismos independientes destinados a controlar periódicamente que todos los niños y niñas nacidos en el territorio sean inscritos al nacer, obtengan el correspondiente certificado de nacimiento, un nombre y una nacionalidad. Estos dispositivos deberían ser competentes para recibir y relevar denuncias sobre la afectación de estos derechos, para luego efectuar las propuestas pertinentes de reforma del marco regulatorio o las políticas que lo implementan, según el caso.

Las oficinas de UNICEF en los países de la región podrían:

- Promover campañas para la inscripción universal del nacimiento de todo niño o niña.
- Relevar en cada país los obstáculos o factores que determinen la no inscripción del nacimiento de niños y niñas y, en particular, aquellos que dificulten o impidan el registro de hijos e hijas de personas migrantes.
- Proponer cambios normativos o políticas públicas que permitan subsanar o eliminar esos obstáculos.

económicos, sociales y culturales de niños y niñas migrantes, se ha examinado de qué manera diversos mecanismos de control migratorio establecidos en las normas vigentes en diversos países de América Latina y el Caribe, pueden derivar en la privación de esos derechos cuando las personas migrantes no tienen un permiso de residencia en el país donde habitan.

Es el caso de la obligación de requerir documentación migratoria a las personas extranjeras que se presentan ante organismos gubernamentales. Esta exigencia, impuesta por la normativa de varios Estados a los funcionarios y

empleados públicos, así como la de denunciar ante las autoridades competentes a las personas que no estén en situación migratoria regular, repercute directamente en el no ejercicio de derechos fundamentales. La inscripción del nacimiento de los hijos también se ve afectada por estas normas³⁹¹. Los empleados y funcionarios públicos a quienes afecta esta exigencia más sensiblemente son los que desempeñan tareas en hospitales públicos (fundamentalmente en el área de maternidad), registros civiles u otros organismos encargados de proveer la documentación de identidad a niños y niñas.

• 386 Véase Corte IDH, caso Yean y Bosico c. R. Dominicana, cit., párrs. 140, 141.

• 387 Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales, República Dominicana, CRC/C/DOM/CO/2, del 11 de febrero de 2008, párrs. 35 y 39; Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, Observaciones Finales, República Dominicana, CERD/C/DOM/CO/12, del 16 de mayo de 2008, párr. 15.

• 388 Conclusiones de la Conferencia regional derecho a la identidad y registro universal de nacimiento, Primera Conferencia Regional Latinoamericana sobre el Derecho a la Identidad y Registro Universal de Nacimientos, Conclusiones, en Asunción, Paraguay, 28-30 de agosto de 2007.

• 389 Véanse, entre otros: Comité de Derechos del Niño, Observaciones Finales, Venezuela, CRC/C/VEN/CO/2, del 17 de octubre de 2007, párrs. 39, 40; Comité de Derecho del Niño, Observaciones Finales, Belice, CRC/C/15/Add.252, del 31 de marzo de 2005, párrs. 33-35; Comité de Derechos del Niño, O. Finales, República Dominicana, del 21 de febrero de 2001, párr. 27; Comité para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, Observaciones Finales, Ecuador, CMW/C/ECU/CO/1, del 5 de diciembre de 2007, párr. 35; Foro Migraciones, Informe Alternativo presentado al Comité para la Protección de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, México, 2005, p. 44; Corte IDH, caso Yean y Bosico c. República Dominicana, cit., párr. 111.

• 390 Véase el Anteproyecto de Reforma Constitucional en República Dominicana, artículo 16.b, [En línea www.presidencia.gob.do] [Consulta enero de 2009].

Ante el temor de que el parto y el nacimiento deriven en el inicio de un procedimiento de detención y expulsión del país, en diversos países de la región las personas migrantes dan a luz en establecimientos no adecuados para ello (con el consecuente riesgo para la salud y la vida de madre e hijo), o bien no inscriben el nacimiento de sus hijos e hijas³⁹².

También se ha comprobado que los funcionarios del registro civil realizan controles migratorios aún cuando la normativa no sólo no se los exige sino que garantiza expresamente el derecho a la inscripción del nacimiento con independencia del estatus migratorio de los padres³⁹³.

La subsistencia de estos mecanismos acredita la irracionalidad de ciertas políticas de control migratorio. La búsqueda de personas que habrían cometido una infracción administrativa (ingreso irregular, falta de permiso de residencia, o autorización vencida) se lleva adelante por múltiples dispositivos que involucran a todo el sistema de administración pública, no sólo al poder judicial o a los organismos de la Administración concernidos. En algunos contextos, un control de tal magnitud no se verifica siquiera frente a los delitos más graves, o incluso ante crímenes de lesa humanidad, y, en el caso de los niños y niñas, acarrea la privación del ejercicio de derechos elementales. A su vez, debe destacarse nuevamente que la afectación de estos derechos se vincula estrechamente con la posibilidad no sólo de aumentar la exclusión social y las condiciones de vulnerabilidad de esos niños y niñas (y sus padres), sino también con una mayor exposición de éstos a ser víctimas de delitos como

la explotación laboral y sexual o la trata de personas.

Frente a este panorama, es preciso tener presente, como lo ha señalado la Corte Interamericana, que “los Estados tienen la obligación de no adoptar prácticas o legislación, respecto al otorgamiento de la nacionalidad, cuya aplicación favorezca el incremento del número de personas apátridas”³⁹⁴.

Así, la obligación de los Estados de garantizar a todo niño y niña, sin discriminación alguna, el derecho al registro de su nacimiento, a un nombre y una nacionalidad, no sólo incluye el diseño de políticas públicas para hacer efectivos esos derechos, sino también el deber de no establecer disposiciones y no desarrollar (o admitir) prácticas que puedan impedir o restringir ilegítimamente su ejercicio, ya sea de manera directa o indirecta. Por lo expuesto, formulamos a continuación las siguientes recomendaciones.

3.2 El problema de las personas que carecen de documentos en su país de origen

Otra de las situaciones que merece especial atención es la de aquellos padres que, estando en situación migratoria irregular en los países de destino, tampoco cuentan con la documentación expedida por su país de origen, situación que les impide acreditar su identidad.

En algunos países de la región, las personas migrantes que no tienen residencia legal, tampoco

Recomendaciones sobre el control migratorio y la inscripción del nacimiento

- Los Estados deben reformular sus normas migratorias a fin de eliminar los mecanismos de control migratorio en áreas de la administración pública que pudieran implicar la privación de derechos fundamentales de todas las personas migrantes. En particular, deben abstenerse de efectuar dichos controles en centros de salud, registros civiles, tribunales y otros organismos que intervengan en los procedimientos de inscripción de nacimientos, otorgamiento de nombres y certificados de nacimiento y documentos de identidad para niños y niñas.
- Las legislaciones deberían eliminar la obligación de denunciar a personas que pudieran haber infringido la normativa migratoria, que pesa sobre empleados y funcionarios de organismos públicos asociados al registro de nacimientos, concesión de una identidad y nacionalidad a hijos e hijas de migrantes.
- Los Estados deberían realizar campañas dirigidas, por un lado, a la formación de agentes públicos a fin de evitar la existencia de prácticas de control migratorio en dichas áreas, y por el otro, a la población inmigrante a quien se debe informar que el ejercicio de derechos (atención del embarazo y el parto, inscripción de nacimientos, tramitación de documentación de identidad de niños y niñas) no puede derivar, en ningún caso, en el inicio de procedimientos de control migratorio.
- Los Estados deberían desarrollar mecanismos para facilitar a los padres migrantes de niños y niñas nacidos bajo su jurisdicción, el acceso a procesos de regularización migratoria.
- Las oficinas de UNICEF en los países de la región podrían desarrollar iniciativas que incidan en la supresión de mecanismos de control migratorio que pudieran suponer la privación de derechos básicos de niños y niñas, en particular el derecho a la inscripción de su nacimiento y la obtención de un nombre y una nacionalidad.

poseen una documentación de identidad provista por su país de origen. En ocasiones, la documentación se les ha perdido o ha vencido sin que pudieran renovarla oportunamente (por múltiples razones, falta de información, residir a largas distancias de la representación consular, altos costos de los trámites, etc.). En otros casos, las personas no han contado nunca con una documentación por no haber sido incriptos al nacer o por no haber obtenido un documento de identidad en su país antes de emigrar.

En estas circunstancias, además de carecer de permiso de residencia, los padres de los niños y niñas que nacen en el Estado de acogida se ven impedidos de registrar dicho nacimiento en razón de no poder acreditar su propia identidad. De hecho, esta circunstancia no sólo funciona como obstáculo para la inscripción de sus hijos e hijas (pese a que no existe una negativa en virtud

del estatus migratorio irregular), sino también para que puedan regularizar su situación migratoria. Si bien aquí nos encontramos nuevamente con la restricción de los derechos de niños y niñas como consecuencia de cierta condición de sus padres (por lo cual nos remitimos a las normas y estándares ya descritos que prohíben estas prácticas), lo novedoso está en que la solución integral a esta situación no reside únicamente en la responsabilidad y las acciones del Estado de nacimiento del niño, sino también del Estado de origen de sus padres.

Al respecto, la Relatoría sobre Trabajadores Migrantes y sus Familias de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha destacado que la protección y garantía del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica “no depende solamente del reconocimiento de la misma por el Estado receptor, sino también por el

³⁹² Comité para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, Observaciones Finales, Ecuador, CMW/C/ECU/CO/1, del 5 de diciembre de 2007, párr. 35. En el caso *Yean y Bosico c. República Dominicana* (cit., párr. 109.10) la Comisión Interamericana subrayó que: “Los haitianos y dominicanos de ascendencia haitiana, en su mayoría, recurren al procedimiento de declaración tardía de nacimiento para declarar a sus hijos nacidos en la República Dominicana. Las madres suelen dar a luz a sus hijos en sus casas [ante] el temor de presentarse ante los funcionarios de un hospital, de la policía o de la alcaldía “pedánea” y ser deportados”.

³⁹³ Rodríguez Velasco, F., La identidad y nacionalidad: garantías de seguridad jurídica para los menores extranjeros nacidos en México, en Instituto para la Seguridad y la Democracia, AC, Serie Insyde en la Sociedad Civil, México, mayo de 2008. En igual sentido, véase la exposición de motivos de la Iniciativa con proyecto de Decreto que reforma el artículo 30 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la Ley de Nacionalidad, iniciativa de los senadores Velázquez López y otros, Senado de la República, México, 30 de octubre de 2008.

³⁹⁴ Caso *Yean y Bosico c. República Dominicana*, cit., párr. 142.

Estado emisor. Esto se debe a que, en términos prácticos, el reconocimiento de la personalidad jurídica por parte de las autoridades competentes, sean éstas judiciales o administrativas, depende de la existencia y aplicación de un marco jurídico que garantice el ejercicio de este derecho y de la presentación de un documento que acredite su identidad. Cuando las personas se encuentran en el Estado del cual son nacionales, la protección del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica depende de la expedición de documentos de identidad por la autoridad competente³⁹⁵.

Este problema se presenta con especial intensidad respecto de las poblaciones que se encuentran en zonas rurales, para quienes el acceso a las delegaciones del Registro Civil de su país resulta la mayoría de las veces imposible debido a las enormes distancias por recorrer y a la falta de servicios y establecimientos accesibles. Esto provoca situaciones de inscripción tardía de personas o, muchas veces, la no inscripción del nacimiento, viviendo la persona sin ningún tipo de documento que acredite su identidad, con los múltiples inconvenientes que ello genera para el ejercicio de derechos fundamentales. Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño, al analizar las políticas adoptadas por un Estado de la región, manifestó “su preocupación por la insuficiencia de las medidas adoptadas [...] en la esfera de la inscripción de nacimientos, y por la falta de concienciación y comprensión de los procedimientos de registro, en especial en las zonas rurales. A la luz del artículo 7 de la Convención, el Comité recomienda al Estado Parte que adopte todas las medidas a su alcance para garantizar la inscripción inmediata de todos los

niños y niñas después de su nacimiento. Además, el Comité alienta al Estado Parte a asegurar que los procedimientos de inscripción de nacimientos se divulguen entre la población en general, de ser necesario en cooperación con organizaciones no gubernamentales y con el apoyo de organizaciones internacionales³⁹⁶.

Las consecuencias de la no inscripción y la carencia de una documentación de identidad, como destaca la Relatoría de la CIDH, se hace más compleja para quienes no residen en el Estado del cual son nacionales, y en particular para las personas que no se encuentran en dicho Estado de manera regular. Por ello, subraya, estas personas “requieren de la expedición de documentos de identidad, de viaje, de antecedentes penales, certificado de nacimiento, de matrimonio, de divorcio y de defunción, de manera tal que puedan acreditar su identidad y su estado civil ante las autoridades del Estado receptor para que su derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica pueda ser protegido [...] es fundamental que los Estados emisores tomen las medidas necesarias para expedir dichos documentos a sus nacionales residentes en el exterior. Esta es una de las funciones más relevantes de las representaciones consulares³⁹⁷.

En los países de América Latina y el Caribe se verifican diferentes prácticas y políticas para cumplir con estos compromisos³⁹⁸. En tal sentido, según analiza la Relatoría de la CIDH, “se observa que algunos Estados hacen esfuerzos excepcionales por expedir estos documentos de manera ágil y eficaz. No obstante la positiva disposición de algunos Estados de origen, con

frecuencia se observa que los altos costos de dichos trámites no permiten a los Migrantes de menos recursos obtener los documentos de identidad que requieren. De allí que sea necesario tomar las medidas necesarias para facilitar el acceso de los Migrantes sin recursos a los documentos de identidad. Estos documentos son esenciales para que los Migrantes en situación migratoria irregular puedan regularizar su situación migratoria. Estos documentos también son necesarios para que los trabajadores migratorios y sus familias puedan cambiar de estado civil; acceder a servicios sociales básicos como educación, salud y seguridad social; y realizar otra serie de trámites, en ejercicio de su derecho al

reconocimiento de su personalidad jurídica³⁹⁹.

Es decir, que a los derechos y beneficios a los que podrían acceder las personas migrantes en caso de que sus países de origen desarrollen las políticas pertinentes, se suma la reducción de los obstáculos o restricciones que pudieran sufrir sus hijos e hijas desde su nacimiento (o incluso con anterioridad, si tenemos en cuenta la atención médica durante el embarazo y el parto).

Por lo antes dicho, consideramos pertinente formular las recomendaciones siguientes.

Recomendaciones sobre expedición de documentación en el país de origen

- Los Estados de destino no deben obstruir la inscripción del nacimiento del niño en razón de la falta de documentación de identidad de sus padres.
- Los países de origen deben arbitrar, a través de sus representaciones consulares, todas las medidas necesarias para facilitar, de modo ágil y accesible, los documentos de identidad de las personas migrantes ya que estos documentos resultan indispensables tanto para asegurar sus derechos y los de sus hijos e hijas como para permitir la regularización de su situación migratoria en el país de residencia.
- Las oficinas de UNICEF podrían diseñar mecanismos de actuación que no sólo coadyuven a la realización de esos trámites sino también a que los Estados diseñen e implementen tales políticas.

3.3. Inscripción del nacimiento, nacionalidad e igualdad de género

En algunos países de la región, la inscripción y registro del nacimiento de hijos e hijas de migrantes, así como la consecuente obtención de una nacionalidad para los menores de edad, encuentra obstáculos ligados a normas o prácticas que establecen un tratamiento desigual según el sexo de uno de sus padres. En efecto, aún cuando la Convención contra la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) dispone en su artículo 9 que los Estados “deben

eliminar de su legislación toda discriminación de la mujer respecto del hombre en lo relativo a la adquisición y transmisión de la nacionalidad” y que “otorgarán a la mujer los mismos derechos que al hombre con respecto a la nacionalidad de sus hijos”, diversos Estados contienen disposiciones que distinguen entre la capacidad de los hombres y de las mujeres para transmitir su nacionalidad a los hijos.

Algunos Estados permiten a las mujeres transmitir su nacionalidad a los hijos únicamente si no están casadas o si sus maridos son apátridas.

• 395 CIDH, Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y sus Familiares, Séptimo Informe de Progreso, en Informe Anual de la CIDH, 2005, párr. 158.

• 396 Comité de los Derechos del Niño, Observaciones Finales, Bolivia, CRC/C/15/Add.95, del 26 de octubre de 1998, párr. 19.

• 397 CIDH, Relatoría de Trabajadores Migrantes, Séptimo Informe de Progreso, cit., párrs. 159, 160.

• 398 Véase, por ejemplo, UNICEF, Informe sobre Leyes de Registro e inscripción de Nacimientos en América Latina y el Caribe, Costa Rica, Situación especial con la migración proveniente de Nicaragua, (Migración Irregular).

• 399 CIDH, Relatoría de Trabajadores Migratorios y sus Familiares, Séptimo Informe de Progreso, cit., párr. 161. Mayúsculas en el original.

Es decir, que la nacionalidad a los hijos es transmitida por el hombre, excepto cuando ciertas circunstancias lo impiden (madre soltera, apatridia del padre), en contradicción con el art. 9 de la CEDAW. Otros países establecen diferentes criterios de inscripción de los nacimientos, y de otorgamiento de la nacionalidad, en razón del estatus migratorio de la madre⁴⁰⁰.

En ambos casos, entonces, se verifica la existencia de disposiciones discriminatorias sobre el derecho de las mujeres a transmitir su nacionalidad a los hijos y a su cónyuge extranjero.

Esta clase de políticas fue cuestionada

Recomendaciones sobre inscripción, nacionalidad e igualdad de género

- Los Estados que aún no lo hayan hecho, deben reformular su legislación y sus prácticas referentes a la transmisión de la nacionalidad, a fin de eliminar, por un lado, cualquier clase de diferenciación entre hombres y mujeres, y por el otro, toda distinción con base en el género y en el estatus migratorio de alguno de los padres, que afecte el derecho a la nacionalidad de niños y niñas.
- Las áreas relevantes de las oficinas de UNICEF podrían desarrollar iniciativas conjuntas para relevar cualquier clase de discriminación en el ejercicio de derechos por parte de las mujeres migrantes y su impacto en los niños y niñas.

3.4 El derecho a la nacionalidad: los migrantes “en tránsito” y la no aplicación del principio IUS SOLI

La forma en que se interpretan e implementan las políticas migratorias en diversos países de América Latina y el Caribe, en particular en relación con los derechos de quienes no gozan de un estatus migratorio regular, ha generado circunstancias que derivan en la negación del derecho a obtener la nacionalidad a hijos e hijas de

expresamente por el Comité contra la Eliminación de la Discriminación Racial, el cual recomendó su reformulación⁴⁰¹. Estos problemas también fueron abordados por el Comité Ejecutivo del ACNUR, el cual en su (LII) Conclusión sobre la Protección Internacional, expresó su “particular preocupación de que los problemas de apatridia repercuten en forma desproporcionada en las mujeres y en los niños, debido al especial funcionamiento de las leyes de nacionalidad y registros de nacimientos”⁴⁰².

En razón de la situación expuesta, consideramos adecuado realizar las siguientes recomendaciones.

migrantes, derecho del que son titulares en virtud del principio ius soli. En estas ocasiones, la justificación brindada por los Estados ha sido que, dado que los padres de las personas nacidas en su territorio se encuentran sin autorización de residencia, se trata de personas “en tránsito” en el país⁴⁰³. Se argumenta por ello que no les son aplicables las disposiciones que otorgan la nacionalidad por vía del IUS SOLI sino que la situación se encuadra en una excepción: la referida a los extranjeros que se encuentran de paso por el

país, por lo cual a los niños y niñas nacidos allí les correspondería únicamente la nacionalidad del Estado de origen de sus padres.

En la mayoría de estos casos, por el contrario, se trata de personas migrantes que si bien no poseen un estatus ajustado a los requisitos de la normativa migratoria, no son, en modo alguno, extranjeros en tránsito. Precisamente, ambos conceptos (migrante y transeúnte) resultan ser prácticamente opuestos ya que la migración denota la voluntad de establecerse en el Estado receptor mientras que el tránsito supone pasar por dicho territorio o permanecer durante una estancia limitada en el tiempo (como hacen quienes están de turismo), y sin intención de afincarse. En este sentido, la catalogación como “personas en tránsito” a migrantes que residen en un país (sin autorización para permanecer) está más bien asociada a prácticas que restringen sus derechos en razón de su condición migratoria. Esta clase de medidas no resultan adecuadas a los estándares internacionales de derechos humanos.

Tal como ha señalado la Corte Interamericana, “para considerar a una persona como transeúnte o en tránsito, independientemente de la clasificación que se utilice, el Estado debe respetar un límite temporal razonable, y ser coherente con el hecho de que un extranjero que desarrolla vínculos en un Estado no puede ser equiparado a un transeúnte o a una persona en tránsito”⁴⁰⁴. Asimismo, según la Comisión Interamericana, resulta inaceptable calificar como “extranjeros en tránsito” a personas que han residido por diez, quince o más años en un país⁴⁰⁵. El Comité contra la Discriminación Racial, por su parte, ha señalado que este tipo de

denominaciones constituye una interpretación negativa y artificial del término “de tránsito”⁴⁰⁶.

Sin embargo, como se señaló, en los países de la región se ha verificado la atribución de este carácter transitorio a migrantes que residen en su territorio sin autorización de residencia. En ocasiones, este criterio se implementa a partir de mecanismos de inscripción diferenciada, según el estatus migratorio de la madre⁴⁰⁷. Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño ha expresado “su preocupación por el hecho de que el procedimiento creado [en República Dominicana] de emisión de ‘constancias rosadas’, que se basa en la presunción de que la madre está ‘en tránsito’, a menudo no tiene en cuenta la estancia [...] durante largos períodos de tiempo y no permite que el niño adquiera una nacionalidad. Al Comité le preocupa seriamente el gran número de niños apátridas que genera esta política”⁴⁰⁸.

En estos casos los organismos especializados entienden que los hijos e hijas de padres migrantes, ya se encuentren en situación migratoria regular o irregular en el país de tránsito, deben acceder a la inscripción de su nacimiento y a la nacionalidad de dicho Estado. Sin embargo, a la hora de establecer el sistema de identificación, algunos Estados optan por un sistema que provoca una mayor discriminación entre los propios nacionales de su Estado, es decir, entre aquellos niños y niñas nacidos de migrantes considerados por ellos en tránsito y aquellos niños y niñas nacidos de nacionales del propio Estado. En atención a estas consideraciones, se recomienda lo siguiente:

(ver el siguiente cuadro)

• 400 Amnistía Internacional, República Dominicana. Vidas en tránsito: la difícil situación de la población migrante haitiana y de la población dominicana de ascendencia haitiana, AI: AMR 27/001/2007, marzo de 2007, p. 20.

• 401 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Observaciones Finales, Bahamas, CERD/C/64/CO/1, del 28 de abril de 2004, párr. 16.

• 402 ACNUR, Comité Ejecutivo, LII Conclusión sobre la Protección Internacional, 52° período de sesiones, 2001.

• 403 Véase Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, sentencia del 14 de diciembre de 2005, acción de inconstitucionalidad de la ley migratoria (ley n° 285, de 2004), presentada por el Servicio Jesuita a Refugiados y Migrantes y otras 14 organizaciones de la sociedad civil.

• 404 Corte IDH, caso Yean y Bosico c. República Dominicana, cit., párr. 157.

• 405 Posición de la CIDH en la sentencia de la Corte IDH en el caso Yean y Bosico c. República Dominicana, cit., párr. 111.b.

• 406 Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, Observaciones Finales, República Dominicana, CERD/C/DOM/CO/12, del 16 de mayo de 2008, párr. 14.

• 407 Amnistía Internacional, República Dominicana. Vidas en tránsito: la difícil situación de la población migrante haitiana y de la población dominicana de ascendencia haitiana, cit., pp. 21, 22.

• 408 Comité sobre los Derechos del Niño, Observaciones Finales, República Dominicana, CRC/C/DOM/CO/2, del 11 de febrero de 2008, párrs. 35 y 39.

Recomendaciones sobre la designación de las personas migrantes en función de la vigencia del principio IUS SOLI

- Los Estados deberían abstenerse de designar como personas “en tránsito” en su territorio a los y las migrantes que habitan allí, debido a su estatus migratorio. La intención o motivos de su presencia en el país, así como otros factores (lugar de residencia, trabajo, vínculos familiares o sociales) deberían ser elementos a tener en cuenta a fin de establecer el carácter o naturaleza jurídica de la presencia de una persona extranjera en otro país.

- A su vez, y sin perjuicio de la denominación que atribuyan a la estancia de extranjeros en su territorio, los Estados deberían adoptar las medidas necesarias para garantizar que tal atribución no redunde en la negación de los derechos fundamentales a los niños y niñas que nazcan bajo su jurisdicción, incluido el derecho a la inscripción de su nacimiento, al nombre y a la nacionalidad.

4. Otros derechos afectados por la falta de inscripción del nacimiento

La falta de inscripción y registro de un nacimiento no sólo tiene proyecciones específicas respecto del derecho al nombre o a la nacionalidad, sino que también puede repercutir negativamente en otros derechos fundamentales, como la educación o la salud. En el caso de niños y niñas hijos de migrantes en situación migratoria irregular, esta circunstancia puede profundizar la situación de vulnerabilidad en que de por sí se encuentran⁴⁰⁹.

Las restricciones a los derechos sociales en razón de la condición migratoria o la ausencia de un documento de identidad, examinadas en el capítulo anterior de este Estudio, tienen una relación inseparable con la falta de inscripción en los registros civiles.

Ya se ha mencionado en qué términos, diversos instrumentos internacionales de derechos humanos,

como la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias, o el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, garantizan a todos los niños y niñas sin discriminación alguna derechos como la educación, la salud, la seguridad social o la vivienda. Asimismo, hemos señalado que la ausencia de documentos de identidad del niño o las particularidades de la situación jurídica de uno o ambos padres migrantes, no constituyen un fundamento razonable y legítimo para restringir o denegar el ejercicio de esos derechos sociales.

Sin embargo, en la práctica, la falta de inscripción del nacimiento de esos niños y niñas, por los diferentes motivos analizados a lo largo de este capítulo, constituye un obstáculo para el ejercicio de esos derechos, tal como se ha verificado en diversos países, incluidos algunos del entorno regional. En efecto, para el Comité de los Derechos del Niño, “el registro de todos los niños al

nacer continúa siendo un reto de primera magnitud para muchos países y regiones. Ello puede repercutir negativamente en el sentimiento de identidad personal del niño, y los niños pueden ver denegados sus derechos a la atención de salud, la educación y el bienestar social básicos. Como primera medida para garantizar a todos los niños el derecho a la supervivencia, al desarrollo y al acceso a servicios de calidad (artículo 6 CDN) [Por ello,] recuerda a los Estados Partes la importancia [...] de velar por que todos los niños, incluso los no inscritos, tengan el mismo acceso a la atención de la salud, la educación y otros servicios sociales”⁴¹⁰.

En estas circunstancias, y en términos de medidas concretas a adoptar para cumplir con estas obligaciones, el Comité de los Derechos del Niño ha recomendado el diseño de un sistema de registro de nacimientos que sea eficiente y gratuito y que abarque todo el territorio del Estado (por ejemplo, a través de unidades móviles de registro y campañas de información y sensibilización), de modo tal que se garantice el inmediato acceso al registro de nacimiento de todos los niños y niñas, independientemente de la condición de sus padres. Otras medidas pueden implicar la actuación coordinada entre diferentes áreas del Estado, como las encargadas del registro civil y los hospitales y centros de salud. Conjuntamente con ello, el Comité ha indicado que en tanto se implementan estas medidas (y por ende, los niños y niñas aún no cuentan con la debida documentación), se les debe asegurar el pleno acceso a los servicios básicos, como la salud y la educación⁴¹¹.

Finalmente, en el contexto de esa actuación coordinada entre diversos organismos públicos, los

Estados deberían diseñar mecanismos que, al tiempo que aseguran el acceso a los derechos sociales a hijos e hijas de migrantes, faciliten la regularización migratoria de sus padres, lo cual repercutirá positivamente a diversos niveles, entre ellos, la protección de la unidad familiar, la eliminación de posibles obstáculos para la realización de los derechos del niño (y de sus padres) y en el proceso de integración social de la familia en el país.

• 409 Corte IDH, caso de las Niñas Yean y Bosico c. República Dominicana, cit., párr. 166..

• 410 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 7, (2005), Realización de los derechos del niño en la primera infancia, CRC/C/GC/7/Rev.1, del 20 de septiembre de 2006, párr. 25.

• 411 Comité de los Derechos del Niño, Observaciones Finales, Belice, CRC/C/15/Add.252, del 31 de marzo de 2005, párr. 33.

Normativa Migratoria en América Latina y el Caribe

- Antigua y Barbuda: Ley de pasaportes y servicio de inmigración (The Immigration and Passport Act), del 10 de enero de 1946.
- Argentina: Ley de Migraciones, No. 25871, sancionada el 17 de diciembre de 2003; Ley general de migraciones y fomento de la inmigración, del 23 de marzo de 1981 (derogada por la ley 25.871).
- Bahamas: Immigration Act, 1967.
- Barbados: Immigration Act, del 2 de febrero de 1976.
- Belice: Immigration Act, 1971.
- Belice: Immigration Act, 1st January 1958, Revised Edition, 2000.
- Brasil: Lei que define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, N° 6.815, de 19 de agosto de 1980.
- Bolivia: Régimen Legal de Migración, Decreto Supremo N° 24423, del 29 de noviembre de 1996.
- Chile: Decreto Ley N° 1094 (Establece normas sobre extranjeros en Chile), del 19 de julio de 1975, Diario Oficial N° 29.208 del 14 de julio de 1975.
- Colombia: Ley Migratoria, Decreto 4.000/04, año 2004.
- Costa Rica: Ley de Migración y Extranjería, Ley N° 8764, de septiembre de 2009 (en vigencia desde marzo de 2010); Ley de Migración y Extranjería, No. 8487, del 12 de agosto de 2006 (derogada por la ley 8764)
- Cuba: Ley de Extranjería N° 1313, del 20 de septiembre de 1976.
- Ecuador: Ley de Migración N° 1899, del 30 de Diciembre de 1971.
- El Salvador: Ley de Migración, Decreto Legislativo N° 2772, del 19 de diciembre de 1958.
- Guatemala: Ley de Migración, Decreto N° 95/98, del 26 de noviembre de 1998. Reglamento de la ley de migración, Acuerdo Gubernativo 529/99.
- Honduras: Ley de Migración y Extranjería, Decreto N° 208-2003, del 3 de marzo de 2004; Reglamento de la Ley de Migración y Extranjería, del 3 de mayo de 2004.
- Jamaica: The Aliens Act, del 28 de febrero de 1946; Immigration Restriction (Commonwealth Citizens) Act, del 27 de diciembre de 1945
- Nicaragua: Ley de Control del Tráfico de Migrantes N° 240, según reforma de leyes Nos. 240-513, del 26 de Noviembre del 2004; Ley de Extranjería N° 154, del 2 de junio de 1993.
- México: Ley General de Población, del 7 de enero de 1974; Reglamento de la Ley General de Población, del 14 de abril de 2000.
- Panamá: Decreto Ley No. 3/08, del 22 de febrero de 2008.
- Paraguay: Ley de Migraciones, N° 978, del 27 de junio de 1996.
- Perú: Ley de Extranjería, Decreto Legislativo N° 703, del 11 de mayo de 1991
- República Dominicana: Ley sobre Migración N° 285, del 15 de agosto de 2004.
- Trinidad y Tobago: Immigration Act, año 1969.
- Uruguay: Ley de Migración, N° 18.250, del 17 de enero de 2008.
- Venezuela: Ley de extranjería y migración N° 37.944, del 24 de mayo de 2004.

Bibliografía

- Abramovich, V.; Courtis, Ch., Los derechos sociales como derechos exigibles, Trotta, Madrid, 2002.
- Abramovich, V.; Courtis, Ch., El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2006.
- Acción Canadá para la Población y el Desarrollo; Colegio de Michoacán, Menores migrantes: derechos humanos, protección y servicios en los países miembros de la Conferencia Regional sobre Migración, Octubre de 2002.
- Acuña González, G., Migración, trabajo infantil y adolescente: una aproximación para la construcción de una agenda, en el marco del III Foro de ONGs de niñez y adolescencia de Iberoamérica, Montevideo, Uruguay, octubre 2006.
- ACNUR, Comité Ejecutivo, LII Conclusión sobre la Protección Internacional, 52° período de sesiones, 2001.
- ACNUR y Save the Children, Tercera Edición de la Declaración de Buenas Prácticas del Programa de Menores no Acompañados en Europa, 2004.
- ACNUR, La protección internacional de las niñas y niños no acompañados en la frontera sur de México (2006-2008),
- Oficina Regional del ACNUR para México, Cuba y América Central, 2008.
- Amnistía Internacional, República Dominicana. Vidas en tránsito: la difícil situación de la población migrante haitiana y de la población dominicana de ascendencia haitiana, AI: AMR 27/001/2007, marzo de 2007.
- Amnistía Internacional, Bahamas, Forgotten Detainees? Human Rights in Detention, AMR 14/005/2003, octubre de 2003.
- Añón, M. J., "Límites de la universalidad: los derechos sociales de los inmigrantes", en VV.AA., La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración, Universidad de Valencia, Valencia, 2004.
- Asa, P. y Ceriani Cernadas, P., "A dos años de la nueva ley de migraciones: avances, cuestiones pendientes y casos preocupantes", en CELS, Derechos Humanos en Argentina. Informe 2005, Buenos Aires, Siglo XXI editores, 2005.
- Bercow J; Dubs, L.; Harris, E., Alternatives to immigration detention of families and children, a discussion paper supported by the No Place for a Child Coalition, julio de 2006.
- Bustamante, J., Informe del Relator Especial sobre Derechos Humanos de Migrantes, A/HRC/7/12, 25 de febrero de 2008.
- Centro de Derechos Humanos Fray Matías de Córdoba, Violaciones a derechos humanos en el contexto de la migración en la frontera sur, México, 31 de mayo de 2005.
- Centro de Derechos Humanos Fray Matías de Córdoba, Hogar de la Misericordia y Due Process of Law Foundation, La crisis de derechos humanos en la frontera sur de México, 2008.
- Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2007. Hechos 2006, Santiago, 2007.
- Centro de Documentación en Derechos Humanos Segundos Montes Mozo, Informe para el Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias, Misión al Ecuador, Detenciones arbitrarias a extranjeros/as, inmigrantes irregulares, solicitantes de refugio y refugiados, febrero de 2006.

- CEPAL, Migración internacional, derechos humanos y desarrollo, Santiago, 2006.
- Ceriani Cernadas, P., "Migrantes: Una deuda pendiente. Veinte años de vigencia de la 'Ley Videla' en democracia", en CELS Derechos Humanos en Argentina: Informe 2002-2003, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2003.
- Ceriani Cernadas, P.; Asa, P., "Migrantes: ley inconstitucional, práctica arbitraria" en CELS, Informe Anual 2002, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2002.
- Ceriani Cernadas, P.; Morales, D. y Ricart, L., "Los derechos de los migrantes en la jurisprudencia argentina (1994-2005)", en Abramovich, V., Bovino A. y Courtis C. (comps.), La aplicación local de los tratados de derechos humanos: la experiencia de una década (1994-2005), Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2007.
- Coalición Interinstitucional para el seguimiento y difusión de la Convención sobre la protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias, Informe sombra al primer informe del Estado ecuatoriano sobre cumplimiento de la Convención, Ecuador, abril de 2007.
- Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Informe del Grupo de Trabajo Intergubernamental de Expertos en los Derechos Humanos de los Migrantes, E/CN.4/AC.46/1998/5, noviembre de 1998.
- Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Anexo II, Deliberación N° 5: Situación relativa a los inmigrantes y a los solicitantes de asilo, E/CN.4/2000/4, 28 de diciembre de 1999.
- Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Informe del Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria, en su visita al Reino Unido, sobre la cuestión de inmigrantes y solicitantes de asilo, E/CN.4/1999/63/Add.3.
- Comité de Derechos Humanos, Comunicación N° 560/1993, CCPR/C/59/D/560/1993, 30 de abril de 1997.
- Comité Internacional de la Cruz Roja, Directrices Generales Inter-Agenciales sobre Niñas y Niños no acompañados y separados, enero de 2004
- Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Informe del Grupo sobre la Detención Arbitraria, Misión al Ecuador, A/HCR/4/40/Add.2, marzo de 2007.
- Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Mission to the United States of America, A/HRC/7/12/Add.2, del 5 de marzo de 2008.
- Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Informe del Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria, A/HRC/7/4, 10 de enero de 2008.
- Courtis, Ch. (comp.), Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2006.
- Crowley, Heaven, ILPA (Immigration Law Practitioners' Association) position paper, Child First, Migrant Second. Ensuring that every child matters, London, 2006.
- CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado, del 28 de febrero de 2000.
- CIDH, Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y sus Familias en el Hemisferio, Segundo Informe de progreso, 16 de abril de 2001.
- CIDH, Relatoría de Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, Cuarto Informe de Progreso, Informe Anual 2002.
- CIDH, Relatoría de Trabajadores Migratorios y sus Familiares, Segundo Informe de Progreso, Informe Anual 2002.
- Relator Especial de Naciones Unidas sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel de salud física y mental ("el derecho a la salud"), Informe El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, E/CN.4/2003/58, 13 de febrero de 2003.
- CIDH, Relatoría Especial sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, Séptimo Informe de Progreso, Informe Anual, 2005.
- CIDH, Relator especial sobre los derechos humanos de los migrantes concluye su visita oficial a Guatemala, Relator de Naciones Unidas sobre derechos de Trabajadores Migrantes, Nota de prensa, Guatemala, 28 de marzo de 2008.
- Clínica Jurídica Derechos de Inmigrantes y Refugiados (CELS-CAREF-Universidad de Buenos Aires), "Derechos de las personas migrantes luego de la sanción de la nueva Ley de Migraciones 25.871: sin cambios efectivos", en CELS Informe Anual de Derechos Humanos, Siglo XXI Ed., Buenos Aires, 2007.
- De Lucas, J., "La inmigración, como res política", en Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, No. 10, Valencia, 2004.
- D'Ovidio, M. (Dir.) y otros, Quién es quién en la cadena de valor del sector de Indumentaria Textil. Hacia un solución conjunta en el sector, investigación de la Fundación El Otro y de Interrupción, con el apoyo de Novib (Oxfam, Holanda), Buenos Aires, mayo de 2007.
- ENOC, Declaración sobre el 'Retorno' de la Directiva de la UE, del 18 de junio de 2008.
- Encuentro Iberoamericano sobre Migración y Desarrollo, Conclusiones Preliminares de la Mesa de trabajo 2: Migración, Derechos Humanos y Ciudadanía, Migración y Derechos Humanos, Hechos y problemas detectados, Madrid, 18 y 19 de julio de 2006.
- Estudio de los efectos de la discriminación racial en los hijos de grupos minoritarios y de trabajadores migratorios en las esferas de la educación, la capacitación y el empleo, Informe del Secretario general de Naciones Unidas presentado ante el Comité preparatorio de la Conferencia mundial contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, A/CONF.189/PC.1/11, 10 de abril de 2000.
- Federación Internacional de los Derechos Humanos, Mesa Permanente sobre Derechos de los Migrantes de El Salvador, Informe alternativo relativo al cumplimiento por El Salvador de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus familias
- Foro Iberoamericano sobre Migración y Desarrollo, Informe Final. Aportes y Conclusiones principales, Sesión IV: Integración de Migrantes, Cuenca, Ecuador, 10-11 de abril de 2008.
- Foro Migraciones, Informe Alternativo México, presentado al Comité de Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias, diciembre de 2005.
- Gutiérrez Contreras, J. C. (Coord.), Los Derechos económicos, sociales y culturales, Programa de Cooperación en Derechos Humanos México-Unión Europea, 2005.
- GMG, International Migration and Human Rights. Challenges and Opportunities on the Threshold of the 60th Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights, octubre de 2008.
- Henderson, H., "Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine", en Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos, No. 39, San José, enero-junio de 2004.

- Human Rights Watch, “Personas Ilegales”: Haitianos y Dominicano-Haitianos en la República Dominicana, 2002.
- IIDH, El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y los derechos de las poblaciones migrantes, las mujeres, los pueblos indígenas y los niños, niñas y adolescentes, Tomo I, San José, 2004.
- IIDH, El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: su jurisprudencia sobre debido proceso. DESC, libertad personal y libertad de expresión, Costa Rica, 2005
- INM, Programa Interinstitucional de Atención a Menores Fronterizos, de México (En línea http://www.inm.gob.mx/index.php?page/Menores_Fronterizos_Antecedentes)
- Liwski, N., Migraciones de niños, niñas y adolescentes bajo el enfoque de derechos, Instituto Interamericano del Niño, 2007.
- Luna, O. H., Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos de El Salvador, Informe del Procurador al Comité de la ONU sobre Trabajadores Migrantes y sus Familias, El Salvador, abril de 2008.
- Mezzadra, S., Derecho de fuga. Migraciones, ciudadanía y globalización, Ed. Mapas. Traficantes de Sueños, Madrid, 2005.
- Montero, M. F., Estudio y diseño del Área Encargada de las Políticas de Integración para el desarrollo de la población migrante y refugiada de la Dirección General de Migración y Extranjería -Versión Ejecutiva-, República de Costa Rica, PNUD, UNFPA, UNICEF, ACNUR, OIM, Dirección General de Migración y Extranjería, San José, 2007.
- MTM, Mesa Técnica de Migraciones, Respuestas al Cuestionario del Comité de protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares [CMW/C/BOL/1] sobre el Informe inicial presentado por el Estado boliviano de conformidad con el artículo 73 de la Convención, Bolivia, abril de 2007.
- OEA, UNICEF y PIA (Plan Integral para las Américas), Documento Conceptual, presentado en la Conferencia Regional Latinoamericana sobre Derecho a la Identidad y Registro Universal del Nacimiento, Asunción, 28-30 agosto de 2007.
- OHCHR, Los derechos de los no ciudadanos, HR/PUB/06/11, Nueva York y Ginebra, 2006.
- OMS, Migración Internacional, Salud y Derechos Humanos, Serie de Publicaciones sobre Salud y Derechos Humanos, No. 4, Ginebra, 2003.
- OHCHR discussion paper, Le droit à l'éducation des enfants migrants, marzo de 2007.
- Pisarello, G., “Derechos sociales e inmigración: razones para una comunidad de iguales”, en Universitas, N° 110, Bogotá (Colombia), julio-diciembre de 2005.
- Rodríguez Pizarro, G., Informe presentado por la Relatora Especial de Naciones Unidas, de conformidad con la resolución 1999/44 de la Comisión de Derechos Humanos, /CN.4/2000/82, 6 de enero de 2000.
- Rodríguez Pizarro, G., Informe presentado por la Relatora Especial de Naciones Unidas, de conformidad con la resolución 2001/52 de la Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2002/94, 15 de febrero de 2002.
- Rodríguez Pizarro, G., Informe de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos de Migrantes, E/CN.4/2003/85, 2003.
- Sepúlveda, M., The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic Social and Cultural Rights, Intersentia, Antwerp 2003.
- STEPS Consulting Social, Estudio The conditions in centres for third country national (detention camps, open centres as well as transit centres and transit zones) with a particular focus on provisions and facilities for persons with special needs in the 25 EU member states, elaborado por solicitud de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos Internos del Parlamento Europeo, Bruselas, IP/C/LIBE/IC/2006-181, diciembre de 2007. de 2004.
- Sin Fronteras, Situación de los derechos humanos de la población migrante en las estaciones migratorias de la ciudad de México y de Tapachula, Chiapas, 2005-2007; Ciudad de México, 2007.
- Sin Fronteras, Migrantes adolescentes no acompañados, Documento elaborado en el marco del proyecto Desarrollo de un Modelo de Atención para Migrantes Adolescentes no Acompañados durante su proceso migratorio en México y Propuestas para mejoramiento de los procesos de deportación desde México y recepción y reintegración en Guatemala; Ciudad de México, 2008.
- Tomaševski, K., Informe de la Relatora Especial sobre el derecho a la educación, presentado de conformidad con la resolución 2002/23 de la Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2003/9, 16 de enero de 2003.
- Touzenis, K., “Human Rights of Migrant Children”, en International Organization for Migration (IOM), International Migration Law, N° 15, Ginebra, 2008
- UNICEF Australia, Submission to the National Inquiry into Children in Immigration Detention, written submission to the Human Rights and Equal Opportunity Commission, Summary of Recommendations, HREOC, 2003.
- UNICEF Oficina Regional para América Latina y el Caribe, La Convención sobre los Derechos del Niño quince años después: América Latina, Panamá, 2004.
- UNICEF, Niñez migrante en las fronteras (En línea http://www.unicef.org/lac/overview_12240.htm)
- UNICEF, Informe sobre Leyes de Registro e inscripción de Nacimientos en América Latina y el Caribe, Costa Rica, Situación especial con la migración proveniente de Nicaragua, (Migración Irregular).
- UNICEF, Situación de los niños migrantes en Chile, 2008, inédito.

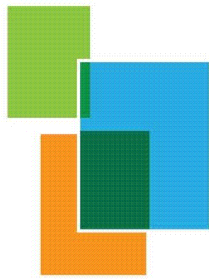
Abstract

Los derechos de la niñez, la juventud y las mujeres en el contexto de la migración. Base conceptual y principios para políticas efectivas con un enfoque de género y de derechos humanos (*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*)

Este artículo aborda la cuestión de la migración de niños, niñas, adolescentes y mujeres desde una perspectiva de derechos humanos, con el objetivo de visibilizar: a) la situación particular de la niñez y la adolescencia dentro de la relación entre migración y desarrollo; b) el enfoque de género en todas las etapas de análisis y diseño de políticas y programas en esta temática; y c) las brechas significativas en términos normativos y prácticos que afectan la formulación de respuestas efectivas y basadas en derechos humanos con relación a la infancia, la adolescencia y la migración.

El trabajo intenta elaborar un abordaje comprehensivo desde una óptica de derechos humanos que asegure un análisis desde la situación de la niñez, el género y otras cuestiones relativas al principio de no discriminación. Una indagación integral de derechos humanos debe tomar en consideración dos problemas centrales, caracterizados por un doble déficit identificado en las políticas y normativas: la ausencia de un enfoque de derechos de la niñez en las políticas migratorias en países de origen, tránsito y destino; y una ausencia de la condición migratoria –es decir, que considere las necesidades y condiciones específicas de niños/as migrantes- en las políticas de protección de la infancia. El artículo propone que este enfoque integral resulta adecuado para atender aspectos claves como las causas estructurales de la migración, a través de un análisis más comprehensivo de la noción de desarrollo humano. También contempla situaciones como las de los niños dejados atrás por los padres que migran a otros países, y facilita el diseño de respuestas sensibles al género en el marco de políticas migratorias en países de tránsito y destino, e identificar brechas en la protección de los derechos de la niñez y la adolescencia en el contexto de la migración.

El trabajo concluye con una serie de recomendaciones que están dirigidas a promover el desarrollo o fortalecimiento de políticas públicas que permitan garantizar un enfoque de derechos humanos en materia de niñez, adolescencia y mujeres en el marco de la relación entre migración y desarrollo. Ello implica, entre otras cuestiones, la revisión de las actuales políticas en esta temática, tanto en países de origen, como de tránsito y destino.



SOCIAL AND ECONOMIC POLICY
WORKING PAPER

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

Victor Abramovich
Pablo Ceriani Cernadas
Alejandro Morlachetti

April 2011
UNICEF POLICY AND PRACTICE

unicef 
unite for children

The Rights of Children, Youth and Women in the Context of Migration

© United Nations Children's Fund (UNICEF), Policy, Advocacy and Knowledge Management, Division of Policy and Practice, New York, 2010

Policy, Advocacy and Knowledge Management, Division of Policy and Practice UNICEF
3 UN Plaza, NY, NY 10017
April 2011

This is a working document. It has been prepared to facilitate the exchange of knowledge and to stimulate discussion.

The findings, interpretations and conclusions expressed in this paper are those of the author(s) and do not necessarily reflect the policies or views of UNICEF or the United Nations.

The text has not been edited to official publication standards and UNICEF accepts no responsibility for errors.

The designations in this publication do not imply an opinion on legal status of any country or territory, or of its authorities, or the delimitation of frontiers.

The editors of the series are Isabel Ortiz and David Anthony of UNICEF Policy and Practice Division. For more information on the series, or to submit a discussion paper, please contact iortiz@unicef.org or danthony@unicef.org.

APRIL 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

Victor Abramovich

Centre of Human Rights – University of Lanus

Pablo Ceriani Cernadas

Centre of Human Rights – University of Lanus

Alejandro Morlachetti

Centre of Human Rights – University of Lanus

This paper is an updated version of a previous draft working paper entitled,
"Migration, Children and Human Rights: Challenges and Opportunities"

Prepared for the Global Migration Group (GMG) Meeting 2011

“Migration should be positioned within the context of a human rights framework that provides protection for all children, adolescents and women affected by migratory processes. States that are parties to international human rights treaties are obligated to offer protection to the rights of non-nationals as well as direct protection to children as long as they remain in their territory.

“Whether on their own or with family, children are increasingly becoming migrants in search of survival, security, improved standards of living, education or protection from abuse. Also affected are children left behind by one or both parents and children living in areas with high migration rates. Policies should take cognizance of how migration affects these children and protect their rights by enhancing access to benefits of migration while simultaneously protecting against vulnerabilities.”

(GMG, 2008, pp. 52–3)

ACKNOWLEDGEMENTS

Many thanks are due to the members of the research team at the National University of Lanús: Edurne Cardenas, Paola Cymment, Mélissa Goupil-Landry and Carina Sobieray. The authors are also grateful for the support of the United Nations Children’s Fund, particularly Isabel Ortiz, Elizabeth Gibbons, Rina Gill, Grace Maie Ayoub Van Khol, Rhea Saab, Seung Bok Lee, Nicholas Rees and Julie Bourbeau.

Table of Contents

	<u>Page</u>
Executive Summary.....	1
Résumé Analytique	2
Resumen Ejecutivo.....	3
1. Introduction	4
1.1 General Overview of Migration.....	4
1.2 Migration and Children	5
1.3 Migration and Gender.....	6
1.4 Root causes of migration and gender	8
2. A Human Rights-Based Approach to Migration	9
2.1 General Overview of a Human Rights-Based Approach (HRBA)	9
2.2 A Human Rights-Based Approach to Migration	11
2.3 Children	13
2.4 Gender.....	14
2.5 The Applicable International Human Rights Framework - Children in the Context of Migration	15
2.6 The Convention on the Rights of the Child	17
2.7 Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW)	19
2.8 Other Relevant Instruments.....	21
2.9 Adopting a comprehensive notion of development	23
2.10 Shared responsibility.....	25
2.11 Implications for policymaking	26
3. Addressing legislative and policy gaps through an HRBA	27
3.1 The Migration Process - maximizing the benefits and minimizing the harms of migration	28
3.2 Human rights constraints while in transit.....	30
3.3 Child and adolescent migration-related detention in transit and destination	30
3.4 Child deportation or repatriation in transit and destination countries	32
3.5 Addressing the rights of children and adolescents left behind.....	34
3.6 Economic and social rights in transit and destination countries	35
3.7 Social rights constraints linked to migration control policies	38
3.8 Cultural rights of migrant children and adolescents in destination countries.....	38
3.9 Family life and family reunification.....	39
3.10 Birth registration	40
3.11 Xenophobia	41
3.12 Regularization programmes.....	42
4. Policy recommendations.....	43
References	47

Executive Summary

This paper aims to address the issue of children's and women's migration from a human rights perspective by highlighting: (i) the particular situation of children and adolescents within the migration-development nexus, (ii) the gender perspective at all stages of analysis and programming and (iii) the significant gaps within legislation and policies, that inhibit the formulation of effective and rights-based responses relating to children, adolescents and migration.

This paper outlines a comprehensive rights-based approach to migration from a child, gender and non-discrimination perspective. A comprehensive HRBA must address the two main policy gaps (a double deficit) that exist within current legislations and policies: The absence of a child rights-based perspective in migration policies and legislation in countries of origin, transit and destination; and the absence of a migrant perspective (namely, accounting for the specific needs and conditions of migrant children and adolescents) in childhood policies meant for the protection and promotion of children's rights. This approach, the authors determine, more effectively addresses the root causes of migration, employs a comprehensive notion of development, addresses the rights of children and adolescents left behind, ensures a gender and diversity-sensitive child-rights perspective in migration policies in countries of transit and destination, and highlights the main policy gaps regarding children and adolescents in the context of migration.

The paper concludes with a set of recommendations aimed at developing or strengthening public policies in order to ensure a HRBA to children, adolescents and women's needs and rights in the context of migration and development. These include a revision of current migration policies for child and gender perspectives, as well as other key recommendations for countries of origin, transit and destination.

Résumé Analytique

Ce document vise à répondre à la question de la migration des enfants et des femmes d'un point de vue des droits humains en mettant en évidence: (i) la situation particulière des enfants et des adolescents dans le lien entre migration et développement, (ii) une perspective de genre intégrée à tous les stades de l'analyse et la programmation et (iii) les lacunes importantes dans la législation et les politiques, qui empêchent la formulation de réponses efficaces et fondées sur les droits relatifs aux enfants, aux adolescents.

Le présent document décrit une approche globale fondée sur les droits à la migration dans les grandes lignes et incluant la perspective des enfants, du genre, et de la non-discrimination. Une approche compréhensive des droits humains doit répondre aux deux principales lacunes de la politique (un double déficit) qui existent dans les législations et les politiques actuelles: L'absence d'une perspective fondée sur les droits des enfants dans les politiques migratoires et dans la législation des pays d'origine, de transit et de destination ; et l'absence d'un point de vue des migrants (à savoir, tenir compte des besoins et conditions spécifiques des enfants et adolescents migrants) dans les politiques destinées à la protection et la promotion des droits des enfants. Cette approche, déterminée par les auteurs, vise à répondre de manière plus efficace aux causes profondes de la migration, emploie une notion globale de développement, qui traite des droits des enfants et des adolescents laissés dans les pays d'origines par les parents, assure une perspective de genre et la diversité dans les politiques migratoires en faveur des enfants dans les pays de transit et de destination, et souligne les principales lacunes des politiques concernant les enfants et les adolescents dans le contexte de la migration.

Le document se termine par une série de recommandations visant à développer ou renforcer les politiques publiques afin d'assurer une approche droits humains pour les enfants, les adolescents et les besoins des femmes dans le contexte de la migration et du développement. Il s'agit notamment d'une révision des politiques migratoires actuelles en tenant compte des enfants et de la question de genre, ainsi que d'autres recommandations clés pour les pays d'origine, de transit et de destination.

Resumen Ejecutivo

Este estudio pretende abordar los temas relacionados con niños y mujeres migrantes desde la perspectiva de Derechos Humanos, resaltando: (i) la situación particular de los niños y adolescentes dentro del marco migratorio y de desarrollo; (ii) la perspectiva de género en todas las etapas de análisis y programación y (iii) las brechas significativas existentes dentro de la legislación y políticas, las cuales obstaculizan la formulación de respuestas efectivas y con enfoque de Derecho con respecto a los niños, los adolescentes y la migración.

El estudio esboza los principales componentes de un enfoque comprensivo de Derecho, desde la perspectiva de la niñez, género y no-discriminación. Un enfoque comprensivo de DDHH debe responder a dos brechas de política clave; el doble déficit que existe entre la legislación y políticas actuales en los países de origen, de tránsito y destino; y la ausencia de una perspectiva migratoria (es decir, que pueda tomar en cuenta las necesidades y condiciones específicas de los niños y los adolescentes migrantes) en las políticas de protección y promoción de los derechos de la niñez. Para los autores, dicho enfoque permite abordar de manera más efectiva las causas de la migración; emplear una noción más completa de desarrollo; abordar los derechos no considerados de los niños y adolescentes; asegurar la integración de una perspectiva de género y sensible a la diversidad y la niñez, en las políticas de migración en países de tránsito y destino, y a su vez, resaltar las brechas de política más importantes con respecto a los niños y adolescentes en el contexto migratorio.

Este estudio concluye con un conjunto de recomendaciones enfocadas al desarrollo y el fortalecimiento de políticas públicas a fin de asegurar una perspectiva de Derecho para abordar las necesidades y derechos de los niños, adolescentes y mujeres, en el contexto de los procesos de migración y desarrollo. Esto incluye una revisión de las políticas migratorias actuales con respecto al enfoque de género y niñez, así como otras recomendaciones clave para países de origen, tránsito y destino.

1. Introduction

1.1 General Overview of Migration

International migration flows have increased substantially over the past decades. Today, the number of international migrants is estimated to be 214 million people.¹ This figure has remained relatively stable as a share of the global population, increasing only by 0.1 per cent, from 3.0 per cent to 3.1 per cent, between 2005 and 2010 (UNDESA, 2009). If the migrant population continues to increase at the same pace as the last 20 years, by 2050 the stock of international migrants worldwide could be as high as 405 million people (IOM, 2010).

The main causes of migration, both South-South and South-North, are intrinsically linked to human rights deprivations in origin countries, such as poverty, inequalities, gender-based discrimination and lack of opportunities. While the decisions to migrate (or not) and select the destination may vary according to several factors (e.g., geographical location, personal prerogative, family ties, costs and migration laws), the vast majority of migrants have all suffered some kind of constraints on their rights in their country of origin. Additionally, migrants may be escaping various kinds of abuse and violence, as well as armed conflict, aiming to reduce risk exposure by moving to a safer region or country.² Indeed, while States are primarily responsible for the human rights of individuals within their jurisdiction, effective realization of these rights increasingly depends on policies and decisions adopted at several interconnected levels, including the regional and international levels.

Migration is also a strategy to increase opportunities (e.g., increased income, access to employment, improved standard of living, and remittances that provide greater access to private/public social insurance schemes). However, the fulfillment of such opportunities is often constrained by a number of factors in countries of transit and destination: “[I]mproved financial status may prompt a family or some members of it (particularly adolescents) to use their resources to try and migrate in search of new opportunities” (ILO and UNICEF, 2009a, p. 9). Accordingly, it is important, “to make sure that programmes aimed at increasing family income are accompanied by initiatives designed to ensure that improved financial status does not become an incentive for unsafe migration” (ibid., pp. 9–10).

In this context, the Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants has highlighted that “the potential benefits of migration may be eroded for both undocumented children and children with an irregular status, who are exposed to the denial of rights” (2009, p. 22). Indeed, even when a migration project becomes very positive (i.e., when it facilitates access to regular residence, decent employment and other basic rights, as well as the ability to send remittances to relatives who have remained in the country of origin), migrants should have had equal opportunities and access to all their rights in their country of origin. In other words, despite the positive outcomes, the root cause of migration is usually necessity and often a matter of last resort.

1 The term ‘migrant’ is understood to mean “any person who lives temporarily or permanently in a country where he or she was not born, and has acquired some significant social ties to this country” (UNESCO, n.d.). Thus, it includes those who enter a country irregularly, through trafficking or fleeing from human rights violations, as well as immigrants who are regularly and permanently present in a country.

2 For these reasons, it has been repeatedly emphasized that deprivation of human rights in countries of origin is a foremost migration push factor (see, among others, GMG, 2008; OSIWA, 2008; Save the Children, 2008; ECA, 2006; ECLAC, 2007; CESCR, 2008a and b; UNICEF TACRO, 2006).

1.2 Migration and Children

Children and adolescents are increasingly migrating in search of survival, security, improved standards of living, education or protection from abuse. Millions of young people are on the move, both within and between countries, whether accompanied by their families or as unaccompanied minors. Children are also increasingly affected by migration, as they are often left behind by migrating parents or born to migrant parents in destination countries.

Although comprehensive and comparable data are lacking, it is clear that youth and child migration are important phenomena.³ Available data indicates that “[d]eveloping countries host a higher proportion of young migrants. The percentage of young migrants is considerably higher in the less developed regions, where 26 percent of international migrants are under the age of 20. This is double the percentage found in the more developed regions. Young migrants constitute the largest group in Africa, making up more than half of all migrants in the region. Numbers are much lower in other regions – 20 percent in Asia; 18 percent in Latin America and the Caribbean; and even less in more developed regions” (Cortina and Hovy, UNICEF, UNDESA, 2009).

Globally, there are 33 million international migrants under the age of 20 and they account for 15 per cent of all international migrants⁴. However, there are regional age variations among these young migrants. In Europe, North America, Africa and Oceania, 15 to 19-year-olds represent respectively 39, 34 and 32 per cent of the total migrant population under the age of 20. On the other hand, in Asia 10- to 14-year-olds make up 26 per cent of all migrants under 20, while in Latin America and the Caribbean, 5- to 9-year-olds account for 27 per cent of migrants under 20.⁵

Among migrants, the number of child and adolescent migrants from southern and eastern countries has rapidly increased in the last ten years (De Wenden, 2007:16). According to a cross-country census-based study of child migration in Argentina, Chile and South Africa, around 4 per cent of all children were international or internal migrants, representing around a quarter of all migrants (Yaqub, 2009b).

The Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants has asserted that there is a general absence of an “age” approach in migration policies and that there is a lack of accurate statistical information on the number of children involved in the international migration process. Age is not a common variable of disaggregated statistical data on international migration. The Governmental Meeting at the 3rd Global Forum on Migration and Development (GFMD), held in Athens in November 2009, also highlighted the need for studies determining the effects of migration on children left behind by migrant parents, as well as the cultural effects of migration on children who travel with their parents.

Children and adolescents may be at greater risk than adults to violations of their rights due to factors either directly or indirectly linked to migration. Indeed, the Special Rapporteur on the Human Rights of

3 See, for instance, PICUM 2008; Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants, 2009; Yaqub, 2009a.

4 In comparison, persons under 20 account for 36 per cent of the world population (figure 3). This striking difference results, at least in part, from the fact that the children of international migrants born in the country of destination are not international migrants. UNDESA (2009).

5 This data is from the UN Global Migration Database, <http://esa.un.org/unmigration> which is a joint work of the United Nations Children’s Fund with the UN Department of Social and Economic Affairs and the Special Unit for South-South Cooperation. Much of the data comes from national censuses, and most countries report population data in five-year intervals. For this reason, for many countries, data is available for age groups 0–4, 5–9, 10–14 and 15–19.

Migrants (2009) has stressed the particular vulnerability of children and adolescents in the context of the entire migration process, especially those who are undocumented and unaccompanied. In cases where migration is a survival strategy, migrants from the poorest households may include younger family members in more vulnerable situations (de Haan and Yaqub, 2009). Additionally, children and adolescents crossing international borders, particularly females, may be vulnerable to trafficking, abuse, sexual violence and exploitation.

Overall, children and adolescents affected by migration have to cope with many constraints to their rights; yet most existing migration analyses tend to pay little attention to the issue of children and adolescents and most migration statistics make no distinction between children migrating with families, and children migrating independently (Save the Children, 2008). Until recently, migration has been discussed mainly in terms of adult, male movement. Women and children have been seen as dependent on male migration. The only exception being discussions focusing on child trafficking, and refugee children, in which the children are considered as passive, vulnerable and exploited. Even then, problems can arise when children travel alone, or become separated from their parents or customary guardians, and are denied careful consideration of their cases simply because they are children, the assumption being that children cannot be refugees in their own right (Bhabha, 2007). Similarly, the majority of literature on migration has focused on adults and rarely have migrant children's own perspectives been heard. Consequently, inadequate assumptions have been made about child migrants' lives. The fundamental problem they face is their invisibility or the general absence of a child perspective within migration laws and policies, which results in the deprivation of their rights (in countries of origin, transit and destination), discrimination and even exploitation.

Despite the fact that child migration could grow dramatically in the next decades as a consequence of global trends such as urbanization and climate changes, children on the move are virtually invisible to many policy-makers. The protection of children on the move can no longer be ignored. Much greater attention must be paid to assessing and responding to their vulnerabilities to exploitation, abuse and violence, as well as to support the positive outcomes of children's movement. Protection policies, laws and implementing services are still lacking in many countries, and where they do exist, they do not adequately protect children on the move. Moreover, policies intended to prevent or control child migration can have unintended negative consequences for children, putting them into even more vulnerable situations, and further constraining their already limited choices and opportunities (Save the Children, 2008:25).

Clearly, greater efforts are needed to ensure that laws and policies protect the rights of children affected by migration by enhancing access to benefits of migration and minimizing its negative effects (GMG, 2008:53). Despite the fact that international human rights standards are widely accepted, and more importantly, the Convention on the Rights of the Child has been almost universally ratified, child and adolescent migrants are victims of a wide range of constraints to their civil, political, economic, social, and cultural rights.

1.3 Migration and Gender

Migration necessarily involves a gender dimension, since women and girls account for almost 50 per cent of international migrants. Significantly more women are migrating today on their own or as heads of households. The absolute numbers of both male and female migrants have grown over recent years, with the proportion of male migrants remaining steady at around 51 per cent (UNDESA, 2009). However, national and regional variations in this figure are significant (see **Box 1**).

Among international migrants under the age of 20, male children and adolescents outnumber their female counterparts in both developed and developing countries. The percentage of female among young international migrants is 48 per cent in developed countries and 49 per cent in developing countries. Women outnumber men by wide margins among older international migrants in both developed and developing countries (UNDESA, 2009)⁶.

While historically women tended to migrate for marriage or family reunification, recent decades have seen an increase in women migrating independently and as main income-earners. Women may migrate in search of better opportunities (labor, education), to be able to send back remittances to support their families and children, to escape sexual violence and abuse, social stigma, pressure to marry, to join a migrant spouse or their parents (family reunification), or to flee from gender discrimination and constraining gender norms.

Undoubtedly, the increase of female migration has raised both prospects and challenges. It can advance gender equality and women's empowerment through opportunities offering them greater independence and self-confidence. It can be a vehicle for enhancing the status of women by breaking through oppressive gender roles. Migration may provide women with income, but also with the status, autonomy, freedom and self-esteem that come with employment (Zlotnik, 2003). However, gender inequalities, including violence against women, can increase with migration, therefore generating risks and vulnerabilities. Compared to men, migrant women face greater obstacles, as the types of jobs they can obtain are very limited, low skilled, and badly remunerated. The provision of care underlies much of female migration. They find employment as domestic workers and care professionals, facilitating the care of children, adults, disabled persons and elderly within households, residential homes and hospitals.

Women also migrate to labor as agricultural workers, sex workers and entertainers, among others occupations, which are generally associated with the worst conditions in terms of remuneration, working conditions and legal protection. Those who migrate with their children (the vast majority of mothers have their children with them) also face difficulties to work and care for their families, making them more prone to accept flexible and informal types of jobs (Cerruti, 2009).

Clearly, irregular migration exacerbates the risk of exploitation for female migrant workers, who may be more likely to accept adverse working conditions, fearing that they will be denounced and possibly deported. Migration may result in trafficking and/or smuggling, especially in cases where cultural constraints and gendered international emigration and immigration policies may limit women's ability to migrate. However, it is difficult to obtain quantitative and qualitative data in this area (ILO, 2010).

⁶ Statistics on women migration have their limitations. The predominance of women migrating as "dependent spouses", the invisibility of women's labor (e.g. domestic labor), restrictions on their right to work and involvement in activities that are deemed to be criminal offences or against public order (e.g. sex work) mean that a higher proportion of women are statistically invisible and undocumented. There is a clear lack of research on the impact of migration on broader social development and gender equality and there has been little concerted effort to incorporate gender into theories of international migration. This is partly because these theories have emphasized the analysis of the causes of migration over the study of who migrates, therefore failing to address gender-specific migration experiences (Boyd and Grieco 2003).

In any case, gender discrimination and the resultant weaker position of women in most societies constitute the root causes of some female migration, and typify the greater vulnerability of women at all stages of the migration process. At the same time, women's mobility also leaves care-gaps in the homes they leave behind. Therefore, gender issues must be at the core of the migration agenda, requiring greater attention from policy and lawmakers dealing with migration issues in origin and destination countries.

Box 1: Regional Variations of Female Migration

- There has been a slight increase in the number of female international migrants in all the sub regions of Asia, except for South-Central Asia. Almost half of all international migrants in Asia (48%) are women (UN DESA, 2009).
- In the last twenty years, South American women have increased their participation in intra regional migration and represent today the highest rate of women participating in migration in the world with a percentage of 52.5% in 2000. Nevertheless, the data available and studies are scarce and generally limited to interviews with female migrants in destination countries (Cerruti, 2009).
- While the number of female migrants increased by 2.7 million between 2005 and 2010, reaching a total of 36.5 million women migrants in Europe, the percentage of women in the total stock of migrants in Europe remained stable at 52.3 per cent, with no significant change between 2005 and 2010.
- In 2010, there were 10.2 million women migrants in the Middle East – a 20.4 per cent increase from 2005. Women are estimated to represent 38 per cent of the total number of migrants in 2010, but there is considerable variation across the region, with figures ranging between 55.9 per cent in Israel and 20.8 per cent in Oman (UN DESA, 2009).

Source: UNDESA. 2009. Trends in International Migrant Stock: The 2008 Revision. Cerruti (2009).

1.4 Root causes of migration and gender

Increasingly, it is recognized that discrimination, extreme gender inequality, and social and economic abuses are central factors in the decision of emigrating (Grant, 2005). Specific causes also affect the decisions of migrant girls and young women to migrate: gender discrimination, lack of social status together with domestic responsibilities, reduced access to resources, education and work in domestic labor markets. At the same time, reconfiguration of the global market generates a sustained demand for a female workforce in underpaid work ghettos of the unregulated service sector. This interplay of supply and demand in the labor market has resulted in an increase of the number of women and girls migrating in search of gainful employment (Sanghera, 2004).

In general, girls have less access than boys to basic social services such as public health and education. This is partly due to the failure to avoid gender stereotypes or to take into account the specific needs of women and girls. Other factors such as discrimination, household preferences and the assignment of domestic tasks frequently result in the denial of access to health facilities or primary schools for women and girls (UNICEF, 2002: 12).

Moreover, the Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR) and the Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW) expressed their concern about the multiple discrimination faced by women and explained how this situation sometimes forces them to emigrate.⁷ Regarding multiple discrimination, the Special Rapporteur on Violence against Women explained that gender-based discrimination intersects with discrimination based on forms of “otherness”, such as race, ethnicity, religion and economic status, thus forcing the majority of the world’s women into situations of double or triple marginalization. Not only are women discriminated as women, but as ethnic, racial or linguistic minorities and as ethnic, racial or linguistic minority women. Because discrimination based on ethnicity, race, religion, etc. is imbedded in State and social structures, such discrimination decreases the rights and remedies available to women and increases women’s vulnerability to violence and abuse.⁸

The Committee on CEDAW expressed its concern about “the prevalence of many forms of violence against women” and pointed how women “may be compelled to migrate because of violence against women.”⁹ Other studies have shown how, for women and children in particular, domestic violence and/or the consequences of family breakdown (often linked to economic decline and political and social destabilization) may represent the most significant menace to well-being, and the desire to escape domestic violence has been identified as one of the factors that can motivate migration (O’Connell, 2007).

In the case of women, UNFPA has argued that discriminatory immigration policies can limit legal migration channels for women. This relegates many women to the most vulnerable labor sectors or as dependents of male migrants. In the worst cases, they may end-up as trafficking victims. Most migrant women come from countries where discrimination against women is deeply embedded in the social and cultural fabric. This discrimination places many of them at disadvantage, which can then result in inadequate access to information regarding work opportunities in destination countries, costs, benefits and steps necessary to migrate legally and safely. Soliciting the aid of another person or smuggler may place a woman in considerable debt and danger (UNFPA, 2006).

2. A Human Rights-Based Approach to Migration

2.1 General Overview of a Human Rights-Based Approach (HRBA)

For the purposes of this document we first need to distinguish between the usual discussion of a HRBA to programming from a HRBA to development. Also, we need to address the use of this conceptual framework for the formulation of public policy and legislation in order to guarantee the effective realization of human rights. In this paper, we argue the importance of using human rights standards and principles as a minimum level of guidance in the design, implementation and monitoring of development plans, policies and processes, carried out by public and private actors.

The UN Programme of Reform (1997) sets out human rights as a crosscutting issue in all UN activities and urges its global consideration across the UN system. Recognizing the need for coherence of approaches in the context of UN inter-agency collaboration, the UN Common Understanding on a

7 Paraguay, E/C.12/PRY/CO/3, 4 January 2008, p. 14 and 24; El Salvador, CEDAW/C/SLV/CO/7, 7 November 2008, p. 37.

8 Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Ms. Radhika Coomaraswamy, on trafficking in women, women’s migration and violence against women; E/CN.4/2000/68 29 February 2000, par. 55.

9 Honduras, CEDAW/C/HON/CO/6, 10 August 2007, p. 18.

Human Rights-based Approach to Development Cooperation was agreed in 2003. The Common Understanding was developed to ensure that UN agencies, funds and programmes apply a consistent Human Rights-Based Approach to common programming processes.¹⁰

A human rights-based approach (HRBA) to development aims to understand the causes of human rights non-fulfillment or violations. The essential idea underlying the adoption of a human rights approach is that policies should be based explicitly on international legal standards and that capacities of rights holders and duty-bearers must be developed in order to improve their faculty to claim their rights and fulfill their obligations.

There is a consensus regarding the interdependence of human development and human rights approaches, as illustrated by the UNDP in its Human Development Report 2000. Human development is considered sharing a common vision with human rights, as their final goal is enlarging peoples' choices. Indeed, human development and human rights are reinforcing one another as they help promote and maintain the well-being and dignity of all people, building self-respect and the respect of others.

A HRBA is in its essence a conceptual framework anchoring the human development process within a rights system and corresponding State obligations established by international law. Civil, cultural, economic, political and social rights provide the guiding framework for development plans, policies and processes. Its main focus areas include analyzing inequalities, discriminatory practices and imbalance in power relations, which often constitute the main obstacles to development.

It is of particular importance that a HRBA implies the existence of 'claims' and 'duties' as opposed to 'philanthropy' and 'charity' alone. A human rights based approach to development recognizes the individual as a central actor, who is not merely a recipient of aid, but has the right to participate in processes of relevance for her/his own development. Hence, a HRBA to development does not focus only on the expected result, but also on the road that will lead to processes that will generate the result. It is furthermore recognized that the individual is a rights bearer with justified claims against the state and that the state, subsequently, is a duty bearer with the responsibility to promote, respect, protect and fulfill its human rights obligations, without discrimination.

The HRBA transforms the traditional policy view aimed at securing access to needs into the perspective of accessing human rights, by the claim of each individual, alone or in a group, in line with the state's obligation to respect the human rights treaties it has ratified. Policies and programmes have to be formulated with as the main objective the fulfillment of human rights. The HRBA application into public policies include, among others, monitoring gaps between people's rights, national legislation, planning and their budgetary allocations, for ensuring the progressive realization of human rights and for strengthening the accountability of duty-bearers for the fulfillment of their obligations.

10 The Common Understanding provides conceptual clarity through the following three guiding principles: 1. All programmes of development co-operation, policies and technical assistance should further the realisation of human rights as laid down in the Universal Declaration of Human Rights and other international human rights instruments. 2. Human rights standards contained in, and principles derived from, the Universal Declaration of Human Rights and other international human rights instruments guide all development cooperation and programming in all sectors and in all phases of the programming process. 3. Development cooperation contributes to the development of the capacities of 'dutybearers' to meet their obligations and/or of 'rights-holders' to claim their rights. 10 Furthermore, the human rights principles to guide development programming identified in the UN Common Understanding are: universality and inalienability, indivisibility, inter-dependence and inter-relatedness, equality and non-discrimination, participation and inclusion, accountability and rule of law. www.undg.org/archive_docs/6959-The_Human_Rights_Based_Approach_to_Development_Cooperation_Towards_a_Common_Understanding_among_UN.pdf

“The choices made by Governments as to how money is collected and distributed—and which rights are realized and for whom—are not value-free or politically neutral” (OHCHR, 2006). A rights-based approach to the budget demands that such choices be made on the basis of transparency, accountability, non-discrimination and participation. These principles should be applied at all levels of the planning and budgetary process. In sum, under a human rights-based approach, the policies and legislation should be based on a system of rights and corresponding obligations established by international human rights standards and principles¹¹.

2.2 A Human Rights-Based Approach to Migration

General

Migrants are entitled to human rights by virtue of their condition as human beings. However, human rights are also the key link between migration and development. Beyond the fact that States are obliged to ensure migrants’ rights according to international human rights standards, promoting the adoption of human rights-based approach is a win-win situation for several reasons:

- Ensuring the human rights of everyone within a state’s jurisdiction is the key for ensuring the legitimacy of public policies as human rights “lend moral legitimacy and the principle of social justice to the objectives of human development” (UNDP, 2000:2). In addition, human rights are a key dimension of democracy (UNDP, 2000:56, Ferrajoli, 2005:35, De Lucas, 1994) and inseparable from rule of law (Vázquez, 2002, 127);¹²
- Ensuring the rights of migrants is a *sine qua non* condition for social integration and cohesion in host societies thus facilitating the contribution of migrants to destination countries and countries of origin (through remittances), and prevents social exclusion, poverty, and disparities (Mahal and Marks, 2007:36).

Thus, in the migration context, adopting a HRBA requires aligning laws and policies related to migration and development with the principles and standards of international and national human rights instruments. Those rights should then be fulfilled through legislation, as well as administrative and judicial measures.

Apart from its normative value as a set of universally agreed standards and principles, a holistic approach that applies human rights standards to both the fundamental causes and impacts of migration, may in the long run reduce human rights violations against migrants by reducing their vulnerability (GMG, 2008:81).

Policy coherence, which has been discussed during GFMD debates and was further considered in Athens 2009 (Roundtable 3), is a critical component of a comprehensive rights-based approach to migration and development. Policy coherence requires ensuring consistency among policies designed in different areas

11 Human rights standards have become increasingly well defined in recent years. Codified in international, regional and national legal systems, they constitute a set of performance standards against which duty-bearers at all levels of society—but especially organs of the State—can be held accountable. The fulfilment of commitments under international human rights treaties (see annex I) is monitored by independent expert committees called “treaty bodies,” which also help to clarify the meaning of particular human rights. (OHCHR, 2006)

12 Democracy, development and respect for human rights are interdependent concepts, World Conference on Human Rights, Declaration and Program of Action, Vienna, 12 July 1993, para. 8.

of each government, including those promoted at the international level. For instance, while countries may design policies aimed at improving the human development and well-being of persons within their jurisdiction (i.e. access to healthcare), these policies will not be effective unless governments also design policies to tackle practices of migration control that impede the enjoyment of rights in breach of international human rights standards. (i.e., obligation of public health personnel to denounce undocumented migrants).

The policy objective should be much more than ensuring “safe” and “orderly” or “humane” migration. The objective should be to promote “migration in conditions of dignity, equity, security and justice” (ILO, 2010). A rights-based approach to migration and development should, as a minimum, include the following components: 1) attention to the root causes of migration, including irregular migration; 2) adoption of a comprehensive notion of development; 3) creation of a set of initiatives based on international human rights standards aimed at legislative and policy reform, which guarantee a child and gender dimension. International human rights principles (non-discrimination, best interests of the child, progressiveness and universality, and child development) should also guide the design or reform of policies relevant to migration and development. International human rights standards, as elaborated by international human rights bodies (e.g., the CRC, CESCR and CEDAW), should represent the minimum level of protection ensured by those policies (see **Box 2**).

Box 2: Database on human rights, children and migration

The database recently constructed by the United Nations Children’s Fund and the National University of Lanús (UNLa) compiles the elements of the Concluding Observations of UN human rights treaty bodies (CEDAW, CESCR, CMW, CRC and HRC) concerning children, human rights and migration. This collection confirms the relevance of the human rights of children throughout the entire migration process – i.e., from the root causes of migration to migrant children and adolescents’ rights in countries of transit and destination. The Observations of these Committees can be seen as key practical guidelines for: (1) envisaging whether or not policies, practices and laws are aligned with international standards; and (2) drawing a comprehensive rights-based map on migration, children and development, with a gender dimension.

Source: www.hrcam.org

In sum, a HRBA to migration requires a new perception of rights based on obligations and founded on the recognition that each and every human being is a rights holder. The principle of non-discrimination, which is at the center of all the human rights treaties, gives equal protection to citizens and migrants. The fundamental rights protection contained in the two International Covenants [ICCPR and ICESCR], and in the conventions protecting the rights of children [CRC], prohibiting racial discrimination [ICERD], discrimination against women [CEDAW], and torture [CAT] also universally apply to citizens and to all migrants, regardless of their immigration status.

Through their voluntary accession to human rights treaties, all UN member states have undertaken the protection of fundamental political, civil, economic, social, and cultural rights of all migrants in their countries, regardless of their immigration status. A HRBA framework would contribute to migration

policies through the acceptance of common basic principles. A HRBA to policy making should take into account the vulnerability of many migrants and the obligation to protect their human rights throughout the migration process. It should focus on the causes of migration and on the need to ensure respect for human rights in the countries from which most migrants originate and recognize both the link between legal status and human rights.

2.3 Children

A comprehensive HRBA should address the entire process of migration, starting with the root causes in the country of origin and taking into account age, gender and non-discrimination perspectives. In this regard, the Human Rights Council (2009) has stated that:

“[P]olicies and initiatives on the issue of migration, including those that refer to the orderly management of migration, should promote holistic approaches that take into account the causes and consequences and challenges and opportunities of the phenomenon and full respect for the human rights and fundamental freedoms of migrants, with due regard for the specific needs of children in vulnerable situations, such as unaccompanied children, girls, children with disabilities and those who may be in need of international refugee protection.” [emphasis added]

The Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants has adopted a similar position (see **Box 3**).

Box 3: A rights-based approach to child-related migration policies

The Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants has strongly encouraged States to “mainstream a child rights-approach to migration into national plans, programmes and policies”, adopt a human rights-based approach in all policies and programmes aimed at addressing the situation of children in the context of migration, and “consider the impact of migration on children in the elaboration and implementation of national development frameworks, poverty reduction strategies, human rights plans of action, and programmes and strategies for human rights education and the advancement of the rights of the child. States are also encouraged to adopt and develop programmes and policies to address significant gaps remaining in social policies and other areas where the protection of the migrant child is yet to be mainstreamed”.

Source: Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants, 2009, pp. 81–83

At the 3rd meeting of the GFMD (Athens, November 2009), Session 1.1 focused on “Mainstreaming Migration in Development Planning: Key actors, key strategies, key actions”. As the Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants has stressed, children are undoubtedly key actors in the entire process of migration. Within this context, it is critical to ensure a child and adolescent perspective within a comprehensive rights-based approach to the following types of migration and development policies and initiatives:

- Social and economic policies in countries of destination (e.g., policies on education, health care, social security, labor, juvenile justice, family life and sexual and reproductive health);

- Development policies in countries of origin aimed at preventing migration as a necessity (e.g., poverty reduction strategies, adolescent education, access to employment and childhood protection programmes);
- International policies (e.g., development cooperation, trade and investment) meant to ensure human and sustainable development for every human being, including migrants;
- Policies based on human migration patterns in each region, including child mobility and irregular migration, aimed at facilitating regular avenues for migration; and
- Border control measures in transit and destination countries (e.g., avoiding the migration-related detention of children, including child protection officers in migration control procedures and ensuring the best interests of the child in procedures of reunification, repatriation and acquisition of residence permits).

It is important that, in their design and implementation, policies take into account the HRBA principles of non-discrimination, accountability, transparency, and participation. Public Policies affecting child and adolescent migrants should in particular be guided by the principles of the Convention on the Rights of the Child (CRC)¹³.

The main principles of the right-based approach can guide migrant policies in many ways¹⁴:

- **Non-discrimination:** child and adolescent migrants are particularly at risk of discrimination. To address the risks, exclusion and discrimination faced by children and adolescents who are migrating or are left behind, specific policies on migration should be accompanied by additional investments in health, education and social protection.
- **Accountability:** Right-based approaches seek to hold governments and other duty-bearers accountable and encourage rights holders to claim their rights. Duty-bearers (both in countries of origin, transit and destination) should be accountable for the violations of human rights of child and adolescent migrants.
- **Transparency:** The impact of migration on the fulfillment of human rights among affected children should be monitored through qualitative surveys, data collection and other relevant statistical research.
- **Participation:** Migrants, origin and host communities should have a voice in defining development. In the design of migration policies, it is also particularly important to create a participative process that protects women and children.

2.4 Gender

As mentioned, women account for almost half of the migrant population globally and increasingly women migrate not only as dependents, or part of the family reunification process, but also as independent persons looking for better opportunities for themselves. In fact, for many women the migration experience seems to play a role in modifying gender roles and women's status and enhancing gender equality. (i.e. Women who find employment abroad experience more autonomy over household decisions.) But, many women migration's experience is marked with abuses and discrimination, in particular for those migrating clandestinely, leaving them open to exploitation, violence and abuse.

13 UNICEF. 2008b.

14 Some of these recommendations are based on A joint UNICEF / UNDP background paper for the 2007 Global Forum on Migration and Development : Migration, Human Rights and Sustainable Human Development.

Many become victims of human trafficking. Girls and women victims of trafficking, refugees, transit and irregular female migrants are most vulnerable to human rights abuses. Restrictive regulations give women fewer chances than men of migrating legally and force them to migrate clandestinely. When legal channels are not available, many women see trafficking or smuggling as the only option to cross the border.

Women's migration in many developing countries implies a redefinition of the economic role of women in the society and within their family as well as a redefinition of the traditional family. At the family level, fathers who are not traditionally geared for being house-bound, have to suddenly take over the role traditionally held by the wife and mother. The migration of a man or woman has different implications on the children left behind, because different were the roles that fathers and mothers played in their life and society expected from them. At the same time, children migrants who either migrated on their own (i.e. for education purposes or can be victims of trafficking); who came with their parents; or who are trying to seek job without proper documentation may suffer discrimination in the receiving countries. The situation in many societies is worse for girls. As a result, we should question whether migration-related policies and regulations in countries of origin and/or destination have been consequently adjusted to the growing evidence of gender-related nature of migration or on the contrary most migration-related policies and regulations are not influenced by gender.

Achieving gender equality is at the heart of right-based approach, including within migration policies. There is a need for action that will tackle the root causes of women and girls' vulnerabilities as well as the underlying causes that restrict their economic opportunities and equitable participation in society, and how these causes might be exacerbated or aggravated in the context of migration. A human rights-based approach integrates international human rights standards and principles in development activities, including women's human rights and the prohibition of sexual discrimination (OHCHR, 2006). In the case of migrant girls, the application of a HRBA is of great importance because of their particular risk of suffering rights violations. Because of their subordinate status both as migrants and as women – sometimes characterized as 'double marginalization' – female migrants are particularly vulnerable to exploitation, ill treatment, and unequal opportunities.

The impacts of migration for women and men depend on many factors, all of which have gender implications. These include: the type of migration (temporary, permanent, irregular, regular, labor, natural disaster- or conflict-induced, independent or as dependent spouse). In destination countries, gender inequalities also influence the experiences of migrant women, and may circumscribe their civic, legal and social rights and entitlements. Entry status is more likely to handicap female migrants than male migrants because residency and employment rights and related entitlements often differ by gender. Women migrant workers who are admitted legally, but temporarily, may be poorly protected by existing labor laws in destination countries and they may have little recourse to state protection if abuse occurs. Female specific demand for domestics and nurses can lead to temporary rather than permanent residency for many female migrants. (Boyd and Grieco 2003).

2.5 The Applicable International Human Rights Framework - Children in the Context of Migration

The international human rights framework

A range of human rights instruments exists at the international level promoting the human rights of all migrants, including specific instruments on the protection of women and children that apply equally to migrant women and children. States must respect and ensure the human rights of all individuals within

its territory and subject to its jurisdiction, without distinction of any kind such as race, color, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status. Therefore, the rights contained in these instruments are guaranteed to all persons present in a State: nationals and non-nationals, regardless of their legal status, gender or age.

Migration should be positioned within the context of a human rights framework that provides protection for all children, adolescents and women affected by the migratory process. States that are parties to international human rights treaties are obligated to offer protection to the rights of non-nationals as well as direct protection to children, as long as they remain in their territory. Migrant children become non-nationals or “aliens” once they leave home, cross national borders and face a new social environment, but these circumstances should not restrict their human rights, whatever their migration status. (GMG, 2008:52)

Box 4: International human rights instruments relevant to migration

- Universal Declaration of Human Rights
- International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights
- International Covenant on Civil and Political Rights
- Convention on the Rights of the Child (CRC).
- International Convention on the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families (ICMW)
- Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women
- Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination
- United Nations Convention against Transnational Organized Crime (2000) and its two associated Protocols
- ILO Conventions and Recommendations
 - Migration for Employment Convention, 1949 (No.97)
 - Migration for Employment Recommendation, 1949 (No.86)
 - Migrant Workers Convention, 1975 (No.143)
 - Migrant Workers Recommendation, 1975 (No.151)
 - Minimum Age Convention, 1973 (No.138)
 - Worst Forms of Child Labor Convention, 1999 (No.182)

As the title of this paper suggests, the situation of children and adolescents within the context of migration and development will be examined using the international human rights framework. This approach is used for several reasons (see **Box 5** for further reasons, including the rationale for the use of this approach for migration policies in host countries):

- 1) It provides a legal structure with an established set of obligations and duty-bearers;
- 2) UN agencies, such as the United Nations Children’s Fund, have a mandate and commitment to promote a rights-based approach both in their initiatives and in the childhood policies for which they advocate;
- 3) It enhances development work by approaching issues not solely from a needs-based approach, but from a more holistic and sustainable rights-based approach (Jonsson, 2003); and
- 4) The main objective of policies and programmes should be to fulfill human rights (OHCHR, 2006).

Box 5: Human rights, migration and public policies in democratic societies

Ensuring migrants' rights is a multiple-win situation for several reasons:

1. Guaranteeing the human rights of all persons within States' jurisdictions is key for the legitimacy of public policies, lending moral legitimacy and a notion of social justice to the goals of human development;
2. As democracy is defined by human rights, and human rights are a substantive dimension of democracy, then fulfilling migrants' rights strengthens and legitimates democracy;
3. Human rights and the rule of law are inseparable and complementary;
4. Democracy, development and respect for human rights and fundamental freedoms are interdependent and mutually reinforcing;
5. Rights of migrants are a *sine qua non* condition for social and equal integration in host societies;
6. Such rights-based integration is an important tool for guaranteeing social cohesion;
7. Ensuring migrants' rights prevents social exclusion, poverty and disparities among members of society;
8. Public policies aimed at fulfilling human rights for everyone within a society are a key component of either reaching or reinforcing human and sustainable development in the medium and long term;
9. While child rights-based public policies are absolutely critical for ensuring sustainable development, there must also be a child-perspective within migration policies;
10. Protection of migrants' rights increases their contribution to countries of origin through remittances to their families; and
11. Last, but not least, attention to human rights concerns plays an important, instrumental role in advancing economic goals of equity and efficiency, as well as poverty reduction.

Sources: De Lucas, 1994; UNDP, 2000; Vazquez, 2002 ; Ferrajoli, 2005; Mahal and Marks, 2007.

2.6 The Convention on the Rights of the Child

The Convention on the Rights of the Child (CRC or the Convention) contains a set of legally binding international standards, and elaborates on many of the general provisions contained in earlier instruments with specific reference to children. It incorporates the full range of human rights - civil, cultural, economic, political and social - and all of these rights must be protected, respected, and fulfilled for all human beings under the age of 18 within the jurisdiction of States party to the Convention. Thus, the Convention is a key instrument for the protection of children in the context of migration. The CRC and its two optional protocols to the Convention, regarding the involvement of children in armed conflict and the sale of children, child prostitution and child pornography are an effective point of reference for all children affected by migration, regardless of their migration status¹⁵.

15 The CRC Optional Protocol on the Sale of Children provides a legal framework to prevent and punish sale of children, child prostitution and child pornography. This Protocol also deals with the issue of protection of child victims of these crimes both when they enter in contact with the criminal justice system as victims or witnesses and more generally with respect to their recovery and reintegration. The CRC Optional Protocol on the Involvement of Children in Armed Conflict establishes the obligation to take all feasible measures to prevent the participation in hostilities by persons under the age of 18 years, notably by ensuring that there is no compulsory recruitment into the armed forces under this age and by criminalizing the recruitment by armed groups. The Protocol sets forth a duty to provide victims of such acts with recovery and reintegration measures.

The Committee on the Rights of the Child¹⁶, a body of independent experts monitoring the implementation of the Convention on the Rights of the Child, advises that a State which ratifies the Convention on the Rights of the Child takes on obligations under international law “to ensure the realization of all rights in the Convention for all children in their jurisdiction.”¹⁷ In its general comment No. 6, the Committee stated: “the enjoyment of rights stipulated in the Convention is not limited to children who are nationals of a State Party and must therefore, if not explicitly stated otherwise in the Convention, also be available to all children - including asylum-seeking, refugee and migrant children - irrespective of their nationality, immigration status or statelessness.”

States parties to the Convention must ensure that its provisions and principles are fully reflected and given legal effect in relevant domestic legislation and policies (art. 4), which must be guided by the principles of non-discrimination (art. 2), the best interests of the child (art. 3), the right to life, survival and development (art. 6) and the right of the child to express his or her views in all matters affecting him or her and to have them taken into account (art. 12).

The principle of non-discrimination (art. 2)

This article defines that States shall respect and ensure the rights set forth in the Convention to “each child within their jurisdiction”. Therefore, any child is entitled to enjoy the rights recognized in the Convention. This means that the rights recognized in the CRC are applicable to any child residing or otherwise present in the territory of the State Party, whether or not he or she is a national of that State. Therefore the obligation to respect and ensure the rights in the Convention applies also to migrants, refugee or asylum seeking children.

Furthermore, both nationality and immigration status are prohibited grounds within the principle of non-discrimination. Non-discrimination has been identified by the Committee on the Rights of the Child as a general principle of fundamental importance for the full implementation of the provisions of the Convention. Additionally, article 2 requires the States Parties to take the following measures:

- Legislative measures prohibiting all forms of discrimination, together with effective remedies in case of violations of this prohibition
- Other appropriate measures to prevent and combat *de facto* discrimination

Paragraph 2 of article 2 dealing with the obligation to respect requires that State parties refrain from any actions that would violate any of the rights under the CRC. Furthermore, the obligation to ensure goes well beyond, since it implies an affirmative obligation of the State party to take whatever measures may be necessary to enable individuals to enjoy and exercise the relevant rights.

Best interests of the child (art. 3)

Article 3 of the CRC is a leading principle in the implementation of all substantive articles of the CRC. The principle arising from that article is that the best interests of the child shall be a primary consideration and be applied in a systematic manner for any action affecting children— e.g., the best interests of the child must be the key concerning any decisions made on repatriation measures to countries of origin.

16 For more information on the Committee on the Rights of the Child see: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/>

17 Paragraph 1. Committee on The Rights of the Child.- General Comment No. 5 (2003). General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child. CRC/GC/2003/5 27 November 2003.

Even if the CRC does not offer a precise definition of the principle, the best interests must always be primary considerations for all actions affecting children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies. Therefore, all policies affecting the child, including migration policies, should take into consideration the best interests of the child and must reflect a balance between the child's short and long-term interests¹⁸.

Right to life and survival and development (art. 6)

Article 6 concerns the child's inherent right to life and States parties' obligation to ensure to the maximum possible extent the survival and development of the child. The Committee expects States to interpret "development" as a holistic concept, embracing the child's physical, mental, spiritual, moral, psychological and social development. Implementation measures should be aimed to achieve the optimal development of all children (CRC Committee, 2003b).

Many of the Convention's obligations, particularly those related to health, adequate standard of living and education are relevant to ensure the maximum development of the child. This principle implies adopting positive measures to guarantee that policies and programs affecting development and migration reach all members of society, including child migrants, in order to guarantee their right to basic services and equality of opportunity.

In this regard, it is important to evaluate how current migration policies, particularly those constraining basic rights due to immigration status, and those increasing restrictions to regular channels for migrating, impact the development of children.

Right to child participation (art. 12)

The right of children to express their views regarding all matters affecting them should be considered as a general principle in all activities relating to the implementation of the CRC. States parties are thus obliged to ensure that the views of the child are considered, taking into account age and maturity. This includes the opportunity to be heard in any judicial and administrative proceeding related to migration, affecting themselves or their parents. Furthermore, in destination countries, children and adolescents should be able to participate in the elaboration, implementation, and evaluation of policies concerning migration, integration, labor, education, fight against xenophobia, among others. As well, processes or policies linked to migration root causes in countries of origin should assure the participation of children and adolescents.

2.7 Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW)

The Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women (CEDAW)¹⁹ defines what constitutes discrimination against women and girls and sets up an agenda for action to end such

18 See the UNHCR Guidelines on Determining the Best Interests of the Child (May 2008) UN High Commissioner for Refugees, Best Interests Determination Children - Protection and Care Information Sheet, June 2008, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/49103ece2.htm>, for a detailed and practical explanation on how to determine the best interest of a child.

19 For more information on the Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women (CEDAW) see: <http://untreaty.un.org/>.

discrimination²⁰. The CEDAW applies to all women, including migrant women and girls left behind. Migrant women as well as country nationals should have equal access to employment, fair and equitable remuneration and benefits. Other particularly relevant provisions of CEDAW for women migrants include: elimination of the idea of stereotyped roles for men and women (article 5); suppression of all forms of women traffic and of exploitation or prostitution of women (article 6); equality of women's rights to acquire, change or retain nationality (article 9); equality of women's rights in relation to education (article 10), employment (article 11) and health (article 12); and recognition of the rights of women in rural areas (article 14).

The CEDAW seeks to promote gender equality by removing gender-based disparities, and to foster the full development, participation, and advancement of women. To attain such equality, CEDAW requires compliance with certain strategic principles that are also important for a HRBA to policing. Gender-based disparities must be identified and eliminated. Consequently, another strategic principle is that affirmative measures must be systematically implemented to assist women in realizing their rights²¹. Interventions should focus on removing social injustice and barriers generated by unjust construction of gender roles.

In most cases, gender-related issues are addressed through the principle of non-discrimination stipulated in international conventions. Provisions against discrimination on grounds of sex, national or social origin, or other status can be found in a number of international (human rights) instruments (Universal Declaration of Human Rights (article 2), International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (article 2, 2), International Covenant on Civil and Political Rights (article 2, 1), International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (article 1), Convention on the Rights of the Child (article 2) and the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families (article 1)).

Women and children's rights are inextricably linked and complementary. For girls, the CEDAW builds on their human rights by reinforcing certain rights already covered by the CRC. In that sense, the linkages between CEDAW and CRC give us the main resources and standards to protect and fulfill the rights of girls and women. These treaties oblige States to maintain a gender perspective in migration laws and policies, particularly in receiving countries. The challenge for policy and lawmakers is to establish rules and regulations that meet the requirements of international conventions, including the CRC and CEDAW.

Several articles of the Convention on the Rights of the Child are also particularly applicable to the protection of migrant girls, including: family reunification (article 10); combating the illicit transfer and non-return of children abroad (article 11); protection from economic exploitation and hazardous work (article 32); protection from sexual exploitation and sexual abuse (article 34); and prevention of the abduction of, sale of or traffic in children (article 35).

20 For more information on the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW) (1979) see: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/econvention.htm>.

21 CEDAW. Article 4.1. Adoption by States Parties of temporary special measures aimed at accelerating de facto equality between men and women shall not be considered discrimination as defined in the present Convention, but shall in no way entail as a consequence the maintenance of unequal or separate standards; these measures shall be discontinued when the objectives of equality of opportunity and treatment have been achieved.

In addition, the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children (2000), which supplements the Convention against Transnational Crime, is also relevant to the protection of migrant women. It aims to prevent and combat trafficking in persons, paying particular attention to women and children, and also to protect and assist the victims of such trafficking, with full respect for their human rights.

A number of protection mechanisms deriving from the United Nations Charter are as well relevant to promote the rights of migrant women and girls. One of such mechanism is the mandate of the Special Rapporteur, established by the Human Rights Council. Of particular relevance for female migrants are the Special Rapporteurs on a) Violence against Women; b) Trafficking in Persons, especially Women and Children; and c) the Human Rights of Migrants (Redpath, 2006). The Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants, Jorge Bustamante, reiterated the need for a comprehensive approach to female migrants' human rights in order to ensure that women and girls who migrate has an appropriate framework for protection and enjoyed adequately their rights according to their particular vulnerable situations (Human Rights Council, 2008).

International labor standards are also important sources of protection for migrant women and adolescents. The International Labor Organization has developed two Conventions that provide specific protection for migrant workers: the Migration for Employment Convention (Revised), 1949 (No. 97) and the Migrant Workers (Supplementary Provisions) Convention, 1975 (No. 143), along with their accompanying non-binding Recommendations. The scope of Convention No. 97 is limited to migrants who are legally entitled to enter the country of employment, and contains provisions to protect migrants' rights and to assist States in the provision of migrant services. Article 6 sets out certain rights to be applied to migrants – without discrimination, including in respect of sex. Convention No. 143 is divided into two parts: Part I applies to all migrant workers and is particularly designed to protect non-nationals with irregular status, while Part II applies only to regular migrant workers. Article 1 requires all States Parties to undertake the respect of all migrant workers' basic human rights (including those of migrants women). Part I provides for equal treatment for migrant workers in irregular status and their families regarding the rights arising out of past employment, as regards remuneration, social security and other related benefits. Part I also requests States to adopt measures aiming to suppress clandestine movements and illegal employment of migrant workers, including by taking measures against the employers and the organizers of such movements (article 3). This is of particular relevance to women who are vulnerable to, or victims of, trafficking (ILO, 2008).

2.8 Other Relevant Instruments

Undoubtedly, the CRC is the most effective point of reference for all children affected by migration, regardless of their migration status. However, several other international human rights instruments also provide comprehensive guidance on ensuring the rights of migrant children and adolescents in the context of migration.

The human rights and fundamental freedoms of all persons are set out in the Universal Declaration of Human Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. The rights contained in these instruments apply to all without distinction of any kind, such as race, color, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status. These rights include the right to life, liberty and security; the right not to be held in slavery or servitude; the right not to be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment; the right not to be subjected to arbitrary arrest,

detention or exile; the right to freedom of movement and residence within the borders of each State; the right to marry and to found a family; and the right to work, to free choice of employment and to just and favorable conditions of work. Furthermore, The Universal Declaration of Human Rights also provides that every person has the right to leave and re-enter his or her own country of origin.

Clearly, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR) has a number of provisions that are specifically applicable to migrant children and families. In that regard, the Committee on Economic, Social and Cultural rights has stated that “[t]he ground of nationality should not bar access to Covenant rights, e.g. all children within a State, including those with an undocumented status, have a right to receive education and access to adequate food and affordable health care. The Covenant rights apply to everyone including non-nationals, such as refugees, asylum-seekers, stateless persons, migrant workers and victims of international trafficking, regardless of legal status and documentation.”²²

The International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)²³ and the Convention Against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CAT) are crucial to address issues such as: deportation and detention procedures, torture or other cruel treatment, right to a fair trial, right to an effective remedy, family life and family reunification.

The Convention that directly addresses the human rights of migrants and their families is the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families (CMW). The CMW addresses the rights of migrant workers and their family in both regular and irregular situations during the entire migration process: departure, transit, destination and return, and provides comprehensive guidance on ensuring the rights of migrant children and how to ensure that migration is managed humanely. The concluding observations of the Committee on Migrants Workers provide a framework for improving the enforcement of the Convention and, subsequently, the protection of migrants’ rights, including children and adolescents. Unfortunately, this Convention has not yet been widely ratified (none of the top ten immigrant-receiving countries features on that list).

UN Committees²⁴, UN agencies²⁵, and civil society organizations²⁶ have widely documented irregular practices leading to the deprivation of undocumented children’s rights. (See **Box 6**) These practices are rooted in a variety of factors, often complementary, such as: xenophobic attitudes of the host population and/or public authorities; inaccurate information and prejudices about the impact of migration on the host society; lack of training of civil servants, particularly regarding human rights; and the absence of public policies meant to disseminate information on states’ human rights obligations and the rights of migrants.

22 CESCR, General Comment No. 20, Non-discrimination in economic, social and cultural rights (art. 2, para. 2, of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), E/C.12/GC/20, 2 July 2009, para. 30).

23 The Human Rights Committee (HRC) has pointed out some guidelines for the protection of migrant children’s rights in the General Observations No. 15 concerning the position of aliens under the Covenant, 1986. General Comment No. 15: The position of aliens under the Covenant : 04/11/1986.

24 See in www.hrcam.org the extent and variety of irregular practices on ESCR of migrant children in many countries around the globe, especially against female and undocumented migrant children.

25 See Regional Thematic Working Group on International Migration including Trafficking, *Situation Report on International Migration in East and South-East Asia*, IOM, UNICEF, UNIFEM, ILO et al., Bangkok, on restrictions to migrant children regarding education and other social rights in different Asian countries.

26 Among many reports on this, see PICUM, Report of the Second Workshop on “Fighting Discrimination-Based Violence against Undocumented Children”, Brussels, 4th April 2008.

Other relevant regional human rights instruments for the protection of migrant children's rights include the American Convention on Human Rights, the European Convention of Human Rights and the African Charter on Human and Peoples' Rights, and their respective mechanisms: Inter-American Commission and Court on Human Rights²⁷, European Court on Human Rights, European Committee on Social Rights, African Court on Human Rights.

Box 6: The Convention on the Rights of the Child and other human rights treaties concerning children in the context of migration

Human rights treaties – as well as standards produced by universal and regional human rights mechanisms – are essential for evaluating the degree to which States have fulfilled their human rights duties within migration and migration-related policies. Notably, the Convention on the Rights of the Child is the central reference regarding children's rights. While the Convention must be applied universally (i.e., without any discrimination based, for instance, on the nationality or migration status of the child or his/her parents), the effective realization of children's rights in the context of migration is one of the most serious challenges it currently faces. Indeed, periodic observations made by the Committee on the Rights of the Child (CRC) – as well as by the Committees on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), the Elimination of Racial Discrimination (CERD), the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW) and Migrant Workers (CMW) and the Human Rights Council (HRC) – confirm the gravity and magnitude of constraints on migrants' rights. These constraints have a considerable impact on children and adolescents, particularly when they or their parents are undocumented migrants in countries of transit and destination.

2.9 Adopting a comprehensive notion of development

Development – migration nexus

The last decade has witnessed an increasing range of debates, initiatives and literature emphasizing the importance of the nexus between migration and development and highlighting migrants' contributions to development in both countries of origin and destination. However, very few have highlighted the key role of human rights within the migration-development nexus.

27 The Inter-American Court of Human Rights adopted the Advisory Opinion 18 on the Judicial Condition and Rights of the Undocumented Migrants, 17 September 2003: "1. That States have the general obligation to respect and ensure the fundamental rights. To this end, they must take affirmative action, avoid taking measures that limit or infringe a fundamental right, and eliminate measures and practices that restrict or violate a fundamental right. 2. That non-compliance by the State with the general obligation to respect and ensure human rights, owing to any discriminatory treatment, gives rise to international responsibility. 3. That the principle of equality and non-discrimination is fundamental for the safeguard of human rights in both international law and domestic law. 4. That the fundamental principle of equality and non-discrimination forms part of general international law, because it is applicable to all States, regardless of whether or not they are a party to a specific international treaty. At the current stage of the development of international law, the fundamental principle of equality and non-discrimination has entered the domain of *jus cogens*. 5. That the fundamental principle of equality and non-discrimination, which is of a peremptory nature, entails obligations *erga omnes* of protection that bind all States and generate effects with regard to third parties, including individuals. 6. That the general obligation to respect and guarantee human rights binds States, regardless of any circumstance or consideration, including the migratory status of a person. 7. That the right to due process of law must be recognized as one of the minimum guarantees that should be offered to any migrant, irrespective of his migratory status. The broad scope of the preservation of due process encompasses all matters and all persons, without any discrimination..."

“International migration has tended to be seen primarily in development terms, as a response to disparities in income levels and as a means to create employment opportunities. Unemployment and poverty are often the “push factors” which impel individuals to leave their home countries, while cross border differences in wage levels and labour demand are the “pull factors” which direct them to more developed economies. Migrants contribute to development in their home countries through remittances, and to their host countries through their work and cultural diversity, and – in some countries- to population growth and change in age structure. However, not enough attention has been paid to the role of human rights during migration process or to the ways in which a lack of respect for the human rights of migrants in the countries of destination reduces their ability to contribute to development. When migration is not also approached from this perspective, two difficulties arise: first –and self evidently- the protection of migrants is not given priority and secondly, where migration is seen only in economic terms, migrants may come to be regarded more as commodities, rather than as individuals entitled to the full enjoyment of their human rights” (GMG, 2008:5)

Just as the migration and development nexus must be addressed in a comprehensive and coherent manner, the meaning of development also has to be understood in an all-inclusive way. That is, the adoption of a comprehensive rights-based approach to migration requires adopting a holistic notion of development, in which both the right to development and the notion of sustainable development are critical components. According to UNDP, “sustainable human development seeks to expand choices for all people – women, men and children, current and future generations – while protecting the natural systems on which all life depends” (UNDP, 1998). Moving away from a narrow, economy-centered approach to development, sustainable human development places people at the core, and views humans as both a means and an end of development. Thus sustainable human development can only be realized if all human rights (economic, social, cultural, civil and political) are promoted, preserved and defended (UNICEF, 1999).

In that regard, greater efforts are needed to implement the goals of the 1986 United Nations Declaration on the Right to Development: “*States have the right and the duty to formulate appropriate national development policies that aim at the constant improvement of the well-being of the entire population and of all individuals*”.

Indeed, the duty to ensure the right to development for everyone (which entails the full realization of all human rights²⁸) and the commitment to guarantee sustainable development (with its three pillars of economic development, social development and environmental protection²⁹) are principles that should be fully incorporated into a comprehensive approach, to effectively address the needs and vulnerabilities of children within the migration-development nexus. Moreover, the 2009 Human Development Report, which focused on migration, identified that “ensuring the basic rights of migrants” is one of the six policy entry points in the core package of reforms proposed to enhance human development outcomes (UNDP, 2009).

28 Declaration on the Right to Development, adopted by the UN General Assembly, A/RES/41/128, 4 December 1986.

29 Declaration on Sustainable Development, Johannesburg, A/Conf.199/20, 4 September 2002.

The 2009 GFMD meeting also addressed ways to make the “migration-development nexus work for the achievement of the Millennium Development Goals” (Roundtable 1). In this regard, it should be borne in mind that the MDGs (i.e., ending poverty and hunger, universal basic education, gender equality, child health, maternal health, combating HIV and AIDS, environmental sustainability and global partnership) are intrinsically linked to the root causes of migration, and all the MDGs are either directly or indirectly linked to the well-being and rights of children and adolescents. While the MDGs present a key opportunity to enhance the enjoyment of human rights around the world, they will only be achieved in a sustainable way if human rights obligations are respected and strengthened in States’ strategies aimed at achieving them.³⁰

2.10 Shared responsibility

During the 2008 Manila GFMD session on the rights of migrants, the concept of “shared responsibility” of all GFMD members was introduced in discussions on migration, human rights and development. However, “shared responsibility” was limited to issues of migration control and management, or of migrant workers protection in countries of origin and destination: “The safety and protection of migrant workers is therefore not just a personal responsibility but a shared undertaking that all parties to this movement must dutifully exercise” (Sto. Tomas, 2008).

For some HR scholars³¹, the concept of “shared responsibility” is much broader and has direct impact on the understanding of the right to development. As Salomon³² states:

“The gross inequality that characterizes world poverty today, the power differential that accompanies it, and the reality of global economic interdependence, serve to erode the legitimacy of this model that attributes secondary as opposed to shared responsibility to a developed state to fulfill the basic rights, for example, to food, water, and health of people elsewhere” (Salomon, 2008).

In this sense, Skogly (Skogly, 2002) comments that if states are to take seriously their responsibility regarding the right to development, they will need to pay attention to the human rights effects of their development cooperation, the consequences of international trade rules and the results in the international community of their behavior in intergovernmental institutions.

This argument is also valid in the case of international migration. The Global Commission for International Migration has stated that the world’s most prosperous states need to acknowledge the impact of their policies on the dynamics of international migration – for instance through trade reform that would give developing countries better access (or fair access, not fairer) to global markets (GCIM 2005).

The Programme of Action of the 1994 International Conference on Population and Development (ICPD) and the 1999 Bangkok Declaration on Irregular Migration drew conceptual connections between migration and development and urged States receiving migration to aid developing countries and countries with economies in transition through programmes addressing poverty reduction, social development, and the achievement of sustained economic growth (GMG, 2008:79).

2.11 Implications for policymaking

As Save the Children (2008) has stressed, governments must ensure “that children on the move are visible in all relevant national and international policy discussions. The rights of children on the move must be a key component and appropriately integrated in the development and implementation of national and international policies and programmes on child protection, child labor, migration, poverty reduction, development and decent work”.

Discussions and policy initiatives at local, national and international levels must take into account the obstacles, opportunities and challenges to achieving sustainable development and to ensuring the right to development for all individuals, particularly those in developing countries living in more vulnerable conditions. This includes hundreds of millions of children and adolescents, some of who will migrate or attempt to migrate in the future. As verified by many reports (e.g., HRW, 2008; PICUM, 2009; UNDP, 2009) and the concluding observations of UN treaty bodies (such as the CRC and CESCR), migrant children and adolescents are usually among the most impoverished members of their society, particularly in developed countries (see www.hrcam.org).

Attention to children and adolescents’ rights with a gender and non-discrimination dimension is a cornerstone to achieve multi-level strategies for sustainable development and the right to development: “If states do create favorable conditions for broad-based national development, migrants are likely to reinforce or perhaps even accelerate ... already positive trends by investing and returning (temporarily or permanently) to their origin countries” (de Haas et al., 2009, p. 54). In particular, considering the aforementioned invisibility of children and adolescents within migration policies, comprehensive rights-based strategies should involve an examination of how existing policies (e.g., on migration, childhood, education and labor) are meant to guarantee migrant children and adolescents’ rights, including their right to development.

As outlined in the Convention on the Rights of the Child, States must ensure a range of human rights to every child within their jurisdiction, irrespective of any private income received from their migrant parents. Indeed, as key duty-bearers under international law, States must design and implement legislation and policies aimed at respecting, protecting and fulfilling the rights of children and adolescents. Legislation and policies should consider the particular situation of each individual, family, community and social group, including the particular situation of children and adolescents left behind. Furthermore, States must avoid both legal and *de facto* discrimination (whether direct or indirect) and prevent social exclusion in order to ensure children and adolescents’ well-being.

Additionally, children’s and adolescents’ right to participation should be incorporated into all policies and programmes that may affect them, including the design, implementation and evaluation of public policies and programmes meant, *inter alia*, to: (1) address their particular needs and fulfill their rights, including their economic, social and cultural rights and their right to development; (2) facilitate, if appropriate and according to their best interest and will, family reunification in host countries where their parents live; and (3) ensure a gender approach regarding the situation of girls left behind by their migrant parents.

For instance, Latin American governments have highlighted the importance of protecting and ensuring respect for the human rights of migrants and their families, particularly women and children. These

states have also stressed their absolute conviction that the human being must be at the center of migration policies and programs, and that priority should then be given to the full exercise of migrants' rights, regardless of their migration status³³.

Both the international community and key actors at governmental and civil society levels have been increasingly addressing the challenge of ensuring a child rights-based approach to public policies related to migration and development. Rights-based approaches to development recognize that in order to achieve human development outcomes, human rights must be realized for those whose development is at stake (Jonsson, 2003). Since migrant children and adolescents are considered key actors in the development process, their rights should be protected and fulfilled. Moreover, they should not be regarded simply as miniature adults; they should be considered on their own terms, as development subjects requiring a distinctive and particular approach (White, 2002). A comprehensive rights-based approach should involve not only an analysis of how migration affects development, but also an analysis of how current development policies affect migration. Instead of focusing on the instrumental function of migration for national economic development, the contribution of migration to sustainable development should include the protection of the human rights of migrants and their families.

Meeting the challenge of mainstreaming this approach to development is clearly on the international agenda. However, "it has to be acknowledged that there is a very long way to go before such approaches become the norm" (Alston and Robinson, 2005). This wait may be even longer when it comes to comprehensively addressing the root causes of migration. The scope of this challenge is clearly broader when it comes to international migration and the fulfillment of migrants' rights, particularly children, women, and undocumented migrants.

3. Addressing legislative and policy gaps through an HRBA

The rights of all children and adolescents affected by migration processes are a matter of growing concern for the global community. Despite the fact that governments, policy-makers, UN agencies, academia, and civil society organizations have gradually begun to include the issues of children and migration in their agendas, there are still many challenges and perspectives that have not been taken into account. In particular, there are two significant policy gaps, or a double deficit, that should be considered:

a) A child rights-based perspective is generally absent from migration laws and policies in countries of origin, transit and destination. The Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants (2009) has asserted that there is a general absence of an "age" approach in migration policies (see also Bhabha, 2008; UNICEF TACRO and UNLa, 2010). Until recently, migration has been discussed mainly in terms of adult male movement, and migrant children have been considered dependents – passive, vulnerable and exploited (Touzenis, 2008). Indeed, the Special Rapporteur has affirmed that children affected by migration may suffer rights deprivations and abuses that are different from those suffered by adults, and a lack of distinction between adults and children in migration policies may imply the denial of migrant children's rights (Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants, 2009).

33 VIII South American Conference on Migration, *Declaration of Montevideo on Migration, Development and Human Rights of Migrants*, 19 September 2008, Preamble and para. 1.

The absence of a child rights-based perspective is particularly prevalent in transit and host countries. Arbitrary detention and deportation of migrant children, the deprivation of their human rights (such as education and health care) and the lack of integration policies focused on adolescents (both nationals and immigrants) are evident in several countries. Additionally, bilateral agreements signed with countries of origin on issues such as circular migration, repatriation and joint border controls also reveal a lack of child- and adolescent-sensitive policies regarding migration management and control, both national and international levels. This children invisibility is accompanied by a general lack of data on international migration and on undocumented migrant children and adolescents, particularly data disaggregated by age.

b) Childhood laws and policies, meant for the protection and promotion of children’s rights, have not yet taken into account the specific conditions and needs of migrant children.³⁴ In general, the migrant children invisibility within childhood policies may affect the scope of opportunities and general well-being of migrant children and adolescents (and those of migrant background) in the short and long run. It may also indicate whether or not an integration policy exists in a host society.

This invisibility is particularly evident in transit and destination countries, particularly in regard to juvenile justice policies and social policies related to children and adolescents (e.g., education, school drop-out rates, adolescent employment and training programmes, language barriers, birth registration obstacles, anti-child-exploitation programmes and domestic workers’ protection). In countries of origin, many childhood policies do not promote job opportunities for adolescents, and development policies often do not account for child and adolescent migration (whether children or adolescents migrating with families or those migrating unaccompanied, regularly or irregularly).

3.1 The Migration Process - maximizing the benefits and minimizing the harms of migration

While both states and intergovernmental bodies, including UN agencies and Committees have frequently highlighted that states are entitled to adopt their own migration policies, as well as regulate the admission and stay of migrants in their territory, it has been also widely established by these bodies that these policies must be fully in line with international human rights law, including its principles and standards. Nonetheless, in many countries migration policies have specially focused on issues such as national security and migration control, ignoring a rights-based approach. Due to the structural causes of migration, and other factors of this global, complex phenomenon, these migration policies have not been effective in achieving the goal/purpose of migration control.

As it stands, migration policy seems to be framed only in technical, pragmatic terms, focusing on the adequate figures for the growth and stability of the destination/demand countries, ignoring the respect for human rights and the rule of law (De Lucas, 2002:31).

Transit and destination countries have adopted restraining migration policies, and other public policies (i.e. health care) establishing constraints and limitations to migrants, either due to their foreign condition or immigration status. Although some countries, especially southern destination countries, have recently sanctioned progressive policies and legislation, as reflected in UNICEF (2010) and OHCHR (2010) papers, the last years tendency has been the increasing approval of measures denying or

34 Based on this gap, UK civil society has advocated for the government expression “Every Child Matters” in order to push for the inclusion of migrant children in public policies concerning children.

restricting the basic rights and protections to migrants, particularly to those in an irregular migration situation.

In addition, transit countries in development have adopted stricter migration policies and practices, due to either the influence or the pressure of developed states' migration control policy goals. Bakewell and other scholars have highlighted this situation regarding EU legislative and policy changes in some African countries, such as Morocco and Libya, describing not only the negative impact on human rights of migrants, but also on previous practices of people free circulation in the region (Bakewell, 2009:24).

The invisibility of children and adolescents in migration policies and discussions, which has been described throughout this report, is especially acute in transit and destination countries, particularly the latter. While the ethnic and national origin of children and adolescents should not lead to any unequal treatment (e.g., in their access to jobs, training and educational opportunities), many migrant children (both with their families and unaccompanied) and children born to migrant parents in countries of transit and destination face several constraints on their rights.

In many countries, exhaustive revision is needed on existing migration laws and policies affecting migrants, in order to incorporate age, gender and non-discrimination dimensions, as well as all the provisions of various human rights treaties.³⁵ Indeed, any initiative aimed at addressing these constraints should include a range of proposals for the full incorporation of these dimensions in migration laws and policies. It is also critical that the migrant perspective be present within all policies affecting children and adolescents. In particular, during this revision process, the following core principles should be fully recognized for all migrants, especially children and adolescents, as well as children born to migrant parents in countries of destination:

- Universality, which implies the development of a legal framework that effectively protects and fulfills the rights of all children and adolescents, including migrants regardless of their migration status (UNICEF, 2008b; CRC Committee Concluding Observations);
- Non-discrimination, based on prohibited grounds (such as nationality and migration status);
- Best interests of the child, child participation and child development; and
- Gender equality.

Strategies aimed at promoting these legislative and policy reforms should highlight the intrinsic connections between the human rights of all migrants (particularly children and adolescents) and sustainable human development, democracy and rule of law. As indicated by the title of Session 2.1 of the 2009 GFMD,³⁶ the protection of migrants' rights is essential for an equal inclusion strategy as well as a key tool for social development. As members of society who are entitled and able to effectively exercise their human rights, migrants can play an active role in the social and economic development of the host country and even of their country of origin, particularly when rights such as education, health care, social security and employment are fulfilled, ensuring equal opportunities and gender equity.

The following pages highlight the types of rights constraints faced by migrant children and adolescents, as well as children of migrant background, in countries of transit and destination. The human rights principles mentioned above, among others, should guide policies aimed at dealing with these.

3.2 Human rights constraints while in transit

Migrant adults and children may spend significant periods of time in transit countries, due to restrictions that have been increasingly adopted by both Southern and Northern countries of destination and transit (de Haas, 2005; Mghari, 2008). Children and adolescents on the move may also be subject to deportation and detention measures during transit, as well as criminalization based on their migration status (UNICEF, 2008a; Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants, 2009, par. 22, 25, 40). Moreover, there is a great deal of abuse and violence evidence suffered by women and adolescent girls both in transit countries border controls and during their journey (Foro Migraciones, 2005; APDHA, 2008).

Protection of migrant children and adolescents in transit and destination countries, especially those who are travelling unaccompanied and undocumented, should be based on an integrated rights-based approach, namely, the guarantee of their civil and political rights, as well as economic, social and cultural rights. However, this implies a much wider focus than the protection measures linked to the fight against child and adolescent trafficking. In fact, only a very small percentage of human international mobility, including child and adolescent mobility, is connected to human trafficking. Therefore, an approach that focuses exclusively on trafficking might present perverse effects, such as increasing the clandestine nature of such movement, exacerbating the vulnerability and oppression of these children and adolescents, and affecting well-established social and cultural practices associated with such movements (Massart, 2009). Rather, it should be emphasized that most people involved in those movements require protection policies meant to ensure all their rights, especially when it comes to social groups such as children (particularly unaccompanied) and undocumented migrants.

3.3 Child and adolescent migration-related detention in transit and destination

Migrants are most often deprived of their liberty through two mechanisms: the criminalization of migration and the detention as an interim measure within a migration procedure (admission, deportation). Children, both unaccompanied and with their families, are affected in many ways by these policies, particularly due to their detention and/or their parent's.

States, civil society institutions, and international bodies, including UN and regional human rights mechanisms, have all affirmed that migrants should not face criminal punishment due to their immigration status or the infraction of migration law (South American Conference on Migration, 2008 and 2009; Global Migration Group, 2010; Special Rapporteur on Human Rights of Migrants, 2008, 2009, and 2010; European Commissioner for Human Rights, 2010; UNICEF TACRO-UNLA, 2010). Nonetheless, while some host countries in Latin America had reformed legislation in order to derogate criminalization of irregular migration³⁷, some developed receiving states have recently carried out legislative reform in order to criminalize irregular migration status³⁸.

Many countries have policies leading to migrants' detention during a procedure that may lead to either their admission or deportation. While administrative detention is generally an exceptional measure, when it comes to migration-related detention it seems to be the norm, despite the fact that

³⁷ Mexico, *Ley General de Población*, reformed in 21st July 2008; Panama, Law 3/2008.

³⁸ For instance, Italy, 2009; USA –Arizona Law SB 1070-, 2010.

international standards indicate otherwise. Children, both unaccompanied and with their family, are also detained in many countries.

The detention of unaccompanied migrant children and of migrant families with children is a situation of extreme concern.³⁹ In most countries, there are no special provisions and policies aimed specifically at granting protection to migrant children in this context, nor alternative measures to detention⁴⁰. The absence of a child and adolescent perspective within migration-related detention policies implies that children and adolescents are treated as adults, in violation of international human rights standards. The Convention on the Rights of the Child, in addition to other well-established human rights principles, explicitly states that children should only be detained as a measure of last resort and, in particular, migrant children should not be detained based on their migration status or that of their parents. It should be clear that the detention of children will never be in their best interest, whether they are unaccompanied or with their family (Steps, 2008; UNICEF-UNLA, 2010). Therefore, alternative measures should be provided to all children within migration control procedures (Special Rapporteur on Human Rights of Migrants, 2009).

Pursuant to Article 37 of the CRC and the principle of the child's best interests, migrant children should not, as a general rule, be detained. Detention cannot be justified solely on the basis of children being unaccompanied or separated, or their migratory or residence status. In exceptional cases where detention is justified, it shall be conducted in accordance with Article 37(b) of the Convention, which requires that detention be conform to the relevant country's law and that it only be used as a last resort and for the shortest appropriate period of time. As a result, all efforts, including acceleration of relevant processes, should be made to allow the immediate release from detention of unaccompanied or separated children and for their placement in other forms of appropriate accommodation (Touzenis, 2008)⁴¹. In this regard, the U.N Guidelines should be followed for the Alternative Care of Children (2009).⁴²

Despite the fact that fundamental standards establish that the detention of migrant children and adolescents should be an exceptional measure, legislation and practices in many Southern and Northern countries demonstrate that there is still a long way to go in order to ensure children's and adolescents' rights within migration control policies (see, among others, HRW, 2009a; IACHR, 2009; Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants, 2009; UNICEF TACRO and UNLa, 2010). Examples of arbitrary migration-related detention laws and practices include:

39 See for instance the several Concluding Observations by the Committee on the Rights of the Child addressing this issue, e.g., C.O. on The Kingdom of the Netherlands (CRC/C/NLD/CO/3, 30 January 2009, par. 67), United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland (CRC/C/GBR/CO/4, 20 October 2008, par. 70.a), Malaysia (CRC/C/MYS/CO/1, 25 June 2007, par. 82), Latvia (CRC/C/LVA/CO/2, 28 June 2006, par. 52), Thailand (CRC/C/THA/CO/2, 17 March 2006, par. 68), Australia (CRC/C/15/Add.268, 20 October 2005, par. 62), France (CRC/C/15/Add.240, 30 June 2004, par. 50); CMW, Concluding Observations on Mexico (cit., par. 42.c), Ecuador (CMW/C/ECU/CO/1, 5 December 2007, par. 23), and Bosnia and Herzegovina (CMW/C/BIH/CO/1, 30 April 2009, par. 25).

40 Report UNICEF TACRO-UNLA

41 The impropriety of detaining migrant children becomes clear when one considers that Article 37 applies to juvenile offenders who, given the reintegration aim of the CRC, should, in the case of conviction, only be deprived of liberty as a last resort.¹²¹ Moreover, many migrant children (perhaps especially, but not only, those that are unaccompanied) most likely fall into the category of victims in the sense of Article 39, rather than of juvenile offenders in the sense of Article 40. Experience unfortunately shows, however, that children are routinely detained upon arrival and thus "stored away". In such cases, children may have difficulty in understanding why they are being "punished". (IOM-Touzenis, 2008).

42 Guidelines for the Alternative Care of Children. Resolution adopted by the General Assembly 64/142. 24 February 2010.

- Legislation regarding migration-related detention that does not distinguish children from adults;
- A lack of alternative measures for adults and children;
- The general absence of basic guarantees of due process, either in law or practice, such as the rights to a guardian, a legal representative, an impartial judicial process and an interpreter;
- The absence of an established maximum length of detention;
- The absence of child-protection officials in detention centers, as well as a general lack of social service provisions, such as education and health care;
- The detention of unaccompanied adolescents below 18 years old and detention facilities that are unsuited for children and/or their families;
- The use of prison-like facilities for administrative detention; and
- The criminalization of irregular migrants, including children and adolescents, i.e., irregular migration is considered a criminal offence.

Additionally, there is a considerable lack of information regarding the experiences of migrant children (both unaccompanied and with their families) within migration control measures (e.g., information about their treatment at borders and in detention centers). Indicators on these issues are absent in most transit and destination countries, and both intra-government and civil society monitoring of these issues is quite poor.

Finally, it has to be borne in mind that the detention of parents due to their migration status may affect their children (i.e., children born in destination countries), particularly their right to development, family life and mental health, among others. Therefore, adopting a child-rights approach, which considers the child's best interests, will require alternative policies addressing the migration status of their parents, including measures facilitating their regularization, access to social rights and family unity, rather than detention and deportation.

3.4 Child deportation or repatriation in transit and destination countries

In case of children migrating with their parents, it is clear that any migration law breach (i.e., irregular entry, irregular stay after expiration of permit) is generally an adult decision. As well, unaccompanied children in transit and host countries should be approached with a protective-based perspective, considering their best interest as a dominant guideline. Nonetheless, children, as adults, are widely and globally facing deportation measures. In this regard, the Special Rapporteur on Human Rights of Migrants has stated that the principle of non-deportation of unaccompanied children should be considered, whereby children should be repatriated only if it is in their best interests, namely, for the purpose of family reunification and after due process of law (2009, § 85; see also UNICEF TACRO-UNLA, 2010).

Similarly, the absence of a child perspective has been widely evidenced in deportation policies. In many countries, children (both unaccompanied and with their families) may be deported for breaching migration law (e.g., irregular entry or expired residence permit) with no consideration for their particular rights and needs. Children's parents may be deported with no consideration for the consequences of family separation. Furthermore, within most of these procedures, the best interest of the child principle is not respected, and due process of law is far from being ensured in many transit and destination countries. Children are generally not granted the right to be heard within their parents' deportation processes (Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants, 2009; UNICEF TACRO, 2010).

Children should not be deported or repatriated to their origin country unless it is in the child's best interest (e.g., in order to facilitate family reunification). Decisions regarding deportation and repatriation are often made without due process, and family reunification has often not been effectively organized between States of origin and destination (APDHA, 2008; HRW, 2008). Under the principle of *non-refoulement*, States must also take measures to ensure that non-citizens are not returned or removed to a country or territory where they may be subject to serious human rights violations, including torture and cruel, inhuman or degrading treatment or punishment⁴³.

Beyond the fact that children should not be deported as a punitive measure, in accordance with international human rights standards on deportation, States must ensure that migrants are only expelled from the State party's territory pursuant to a decision taken by the competent authority, following a procedure established by law and in conformity with international standards. That decision should possibly be reviewed on appeal; pending such appeal, the person concerned shall have the right to seek a stay of the expulsion.⁴⁴ In addition, States must: guarantee the persons concerned the right to object to their expulsion and the right to submit their case to the competent authority;⁴⁵ notify migrants and their families of decision in a language they understand; indicate the reasons for the decision (except in some particular cases, it is almost always justified by national security motives).⁴⁶ In case of expulsion, the person concerned shall also be informed without delay of his/her right to have access to the protection and assistance of the consular or diplomatic authorities of his/her State of origin or of a State representing the interests of that State of origin.⁴⁷

Moreover, in most countries, migration processes do not include specific steps aimed at ensuring the right of every child to be heard, whether in procedures concerning their migration status or those concerning the status of their parents. Children should be fully entitled to participate in both administrative and judicial proceedings that may lead to their parents' deportation, if appropriate according to their age and maturity, in order to ensure their rights are respected throughout the process. Children and adolescents must also be fully entitled – by law and in practice – to participate in any proceeding on their own entry and stay in the host country, regardless of whether they are unaccompanied, while seeking to reunite with their parents. The CRC Committee states that:

“Children who come to a country following their parents in search of work or as refugees are in a particularly vulnerable situation. For this reason it is urgent to fully implement their right to express their views on all aspects of the immigration and asylum proceedings. In the case of migration, the child has to be heard on his or her educational expectations and health conditions in order to integrate him or her into school and health services. (...) The Committee emphasizes that these children have to be provided with all relevant information, in their own language, on their entitlements, the services available, including means of communication, and the immigration and asylum process, in order to make their voice heard and to be given due weight in the proceedings. A guardian or adviser should be appointed, free of charge....” (2009, § 123–124)

43 CERD, Concluding Observations: Italy, CERD/C/ITA/CO/15, 16 May 2008, para. 18.

44 CMW, Concluding Observations: El Salvador; CMW/C/SLV/CO/1, 27 November 2008, para. 28.

45 CMW, Concluding Observations on Mexico (cit., para. 13) and Ecuador (cit., para. 26).

46 CMW, Concluding Observations: Mexico (cit., para. 13).

47 CMW, Concluding Observations: Ecuador, cit., para. 26.

In addition to the aforementioned examples of the absence of an age perspective in many migration control policies, recent reports have highlighted migration control policies that may be in breach of international law. Consequently, children and adults may be suffering violations of their rights to asylum and due process, as well as of the principle of *non-refoulement* (Ceriani Cernadas, 2009; HRW, 2009a; UNHCR, 2009).

Finally, it should be noted that, within the context of the current international economic crisis, some States have adopted stricter enforcement of migration laws, including harsher deportation and detention policies, such as raids against irregular migrants, abuses at borders, criminalization of irregular migrants and deportation of parents of children born in destination countries.⁴⁸

3.5 Addressing the rights of children and adolescents left behind

Along with the increasing number of international migrants in the last decades, millions of children have been left behind in their country of origin. As an example, Bryant explains that:

“the growth of international migration in Southeast Asia has affected significant numbers of children. Some necessarily crude calculations suggest that 3-6 million children have been left behind by Filipino parents working overseas; the equivalent figure for Indonesia is something like one million, and for Thailand half a million. These numbers imply that roughly 10-20 per cent of Filipino, and 2-3 per cent of Indonesian and Thai children, have a parent overseas (...) Meanwhile, in Thailand, there are over 100,000 children of undocumented migrants from Myanmar, Cambodia, and Laos. There are tens or perhaps hundreds of thousands of children of Indonesian migrants in Malaysia. Scattered evidence suggests that these children face much greater difficulties than the children left at home by Filipino, Indonesia, and Thai workers” (Bryant, 2005).

It has sometimes been assumed that, because of remittances, children and adolescents left behind may live in better conditions than other members of their community who do not have relatives abroad. On the contrary, children and adolescents left behind by migrant parent(s) may be left in particularly vulnerable situations, at risk of being abused or trafficked, having their basic rights jeopardized, as well as becoming vulnerable to the psychological and social impacts of family separation (Azzedine Salah, 2008; Cortes, 2008). In many cases, States do not account for the special situation of children and adolescents left behind and do not ensure that public policies address their particular needs and vulnerabilities. Attention has mainly focused on how remittances affect children’s well-being.

While it is very important to evaluate the extent to which remittances may improve children’s and adolescents’ well-being (e.g., regarding education, health care and housing), it is also important to remember that neither remittances nor international cooperation for development can replace national development policies. First of all, due to the global financial crisis, a decline in remittance flows has already been recorded in a number of developing countries, which is pushing remittance-receiving households to cut back on some expenses in order to cover basic needs. Secondly, it is clear that remittances should build on, but not replace, government obligations to invest in public services, promote decent work as a central objective and implement social protection programs and poverty reduction, in order to mitigate and reduce vulnerabilities as well as make sure that those left behind still can enjoy their rights to protection, survival and development.

⁴⁸ See, for instance: Itano, 2009; Amnesty International, 2009a; HRW, 2009b.

Likewise, migration alone cannot guarantee the realization of children and adolescents' rights to protection, quality education, parental guidance and full participation in society. Nor can migration modify ingrained gender roles that allocate domestic work to girls and mothers and might limit their right to access paid work and higher education. In assessing the impact of migration on human rights, States must pay special attention to the gender-related effects (Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants, 2009). For instance, it has been widely evidenced that the impacts of parental migration include gender disparities, such as inequalities in girls' access to education due to a gendered distribution of household duties (see Cortes, 2008; UNICEF and UNDP, 2007). These impacts should be fully considered when formulating policies meant to respect, protect and fulfill the rights of children and adolescents left behind.

Awareness should be raised about the fact that children from migrant homes must be considered a vulnerable and growing population, and policies must be implemented to provide them with the services they need. This should include the adoption of policies and legislation that strengthen child labor regulations, as in some cases parental migration forces children to drop out of schools and work, in order to help support the family that remains. Specific programs for children left behind can also be valuable and beneficial for single parent households and non-traditional caregivers such as grandmothers or other relatives who, as a result of migration, often care for the migrants' children.

3.6 Economic and social rights in transit and destination countries

There are several key issues that should be taken into consideration regarding the economic and social rights of migrant children and adolescents in countries of destination. First, there is an intrinsic relationship between social rights and achieving social integration into the host society. Social cohesion, equitable human development, as well as democracy and rule of law, may be reinforced if social rights are recognized for all individuals, without discrimination based on nationality or migration status, and if child and gender perspectives are ensured (De Lucas, 2004; Pisarello, 2005; Touzenis, 2008; Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants, 2009).

The CRC Committee has observed that discrimination against migrant children and adolescents (particularly the undocumented) and asylum seekers, in the context of their economic and social rights, is hampering social integration, social progress and justice.⁴⁹ Furthermore, every constraint on the social rights of migrant children and adolescents also presents in both the short and long run an obstacle to sustainable and human development principles and goals.⁵⁰ Therefore, linking international migration to the issue of development has opened up new avenues for dialogue and collaboration among governments, revolving around the identification of mutual interest and the creation of 'win-win' situations. While it is important to capitalize on the current political momentum, those supporting and driving this process should be mindful of avoiding inconsistencies in the migration and development discourse with regard to human rights" (GMG, 2008:80).

It should be emphasized that the CRC Committee and other United Nations human rights committees have stressed repeatedly that governments should ensure economic and social rights to all children within their jurisdiction, irrespectively of their nationality, origin, migration status and any other

49 CRC, Concluding Observations: France, CRC/C/FRA/CO/4, 11 June 2009, para. 30; and CRC/C/15/Add.240, 30 June 2004, para. 18.

27 CRC/C/15/Add.240, 30 June 2004, para. 18.

grounds prohibited by the principle of non-discrimination.⁵¹ This core principle of international human rights law has been recognized as *jus cogens*, that is, an imperative international regulation that cannot be ignored under any circumstance (ICHR, 2003). However, evidence from several key actors, particularly UN Committees (such as the CRC and CESCR⁵²), suggests that contrary to international human rights principles, the degree to which the basic social rights of migrant children and adolescents (such as the rights to education, housing, health care and an adequate standard of living) are fulfilled is affected by their nationality and migration status (see also Regional Thematic Working Group on International Migration, 2008; HUMA Network, 2009; PICUM, 2009). This is particularly true for undocumented children's access to education (see **Box 7**).

In its General Comment number 6 on unaccompanied and separated children, the Committee on the Rights of the Child (CRC) Committee stipulates that:

"[T]he enjoyment of rights stipulated in the Convention is not limited to children who are citizens of a State party and must therefore, if not explicitly stated otherwise in the Convention, also be available to all children - including asylum-seeking, refugee and migrant children - irrespective of their nationality, immigration status or statelessness." "...States should ensure that separated and unaccompanied children have a standard of living adequate for their physical, mental, spiritual and moral development. As provided in article 27 (2) of the Convention, States shall provide material assistance and support programmes, particularly with regard to nutrition, clothing and housing" (2005)

Nevertheless, some States have developed legislation and policy reform strategies in order to ensure that all children, irrespective of their nationality and migration status, are effectively entitled and able to access education equal in condition to that enjoyed by nationals. Argentina, a Southern destination country, passed a new law in 2004 that includes clear recognition of the rights to education and health care of undocumented migrant children. In 2008, Uruguay adopted a similar provision (Law No. 18.250, January 2008, article 11).

Other constraints on the social rights of migrant children and adolescents can be attributed to the absence of a gender dimension in laws and policies, as well as factors related to the current economic crisis. In particular, migrant female children and adolescents may suffer particular rights deprivations (e.g., as domestic workers) based on the general absence of a gender dimension within migration laws and policies. They are therefore left in vulnerable conditions due to increased gender-related gaps, social exclusion and poverty. Additionally, the current economic crisis may also lead to increased constraints on the social rights of migrant children and adolescents. For instance, restrictions on migrant workers' rights may in turn negatively affect the well-being and human rights of children (ILO, 2009a).

In this regard, it has to be borne in mind that children's social rights are impacted by particular constraints to migrants in irregular migration status, along with lack of regularization programmes. In this sense, the Special Rapporteur has pointed out that:

51 Examples are available in the UNICEF-UNLa database on child migration and human rights at www.hrcam.org.

52 For instance, on the right to education, see Committee on the Rights of the Child (CRC/C/NLD/CO/3, 2009; CRC/C/CHL/CO/3, 2007; CRC/C/SAU/CO/2, 2006), Committee on Economic, Social and Cultural Rights (E/C.12/SWE/CO/5, 2008), Committee on Migrant Workers (CMW/C/ECU/CO/1, 2007; CMW/C/EGY/CO/1, 2007), Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW/C/DEU/CO/6, 2009; CEDAW/C/FRA/CO/6, 2008) and Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD/C/NZL/CO/17, 2007). For more examples of this, as well other social rights of migrant children, see www.hrcam.org.

“Policies that exclude legal avenues for the regularization of irregular migrants and prohibit the access of irregular (adult) migrants to employment may also have an impact on the standard of living of children. Migration policies should therefore take into consideration the impact that they may have on the enjoyment by migrants of their human rights. In this connection, the Special Rapporteur wishes to highlight the fact that regularization policies constitute a good example of practices aimed at strengthening social integration and cohesion, ensuring the human rights of migrants and attaining State goals such as social security, public health-care coverage and social inclusion.” (2009: § 59).

Box 7: Right to education of undocumented children

A third of the developed countries sampled in the United Nations Development Program Human Development Report (2009), including Singapore and Sweden, did not allow access to education for children with irregular status, while the same was true for over half of the developing countries in the sample, including Egypt and India. In Belgium, education is free and a right for every person, but not compulsory for irregular children. In Poland, education for children between 6 and 18 years of age is a right and is compulsory, but children with irregular status are excluded for funding purposes, which may lead the school to decline to enroll them.

On the one hand, poverty and discrimination (formal and informal) can inhibit access to basic services. Even if children with irregular status have the right to attend a state school, there may be barriers to their enrolment. In several countries (e.g., France, Italy and the United States), fears that their irregular situation will be reported have dissuaded migrant children from enrolling. In South Africa, close to a third of school-aged non-national children are not enrolled for a combination of reasons, including inability to pay for fees, transport, uniforms and books and exclusion by school administrators. Those who are regularly enrolled in school report being subjected to xenophobic comments by teachers or other students.

On the other hand, undocumented migrant children and adolescents are highly affected by inadequate or discriminatory educational provision. In particular, the undocumented population (predominantly low-income Latinos) in the United States has historically had an extremely low school completion rate. According to the 2000 Census, only 40 per cent of undocumented Latino males between 18 and 24, who arrived in the United States before the age of 16, had completed high school or obtained a GED (an equivalent qualification).

A third of the migrant flow from developing countries is aged 12 to 24. Young undocumented migrants suffer problems when they reach the end of the period in which schooling is legally mandated and free of charge. For example, in the United States, in 2006, there was an estimated 1,075,000 undocumented youth between the ages of 5 and 24 for whom legal status presented a serious challenge to their ability to access education. Federal law does mandate that these migrants receive free schooling up to the age of 18. However, the undocumented cannot receive funding to attend colleges (particularly public institutions) in the United States. Indeed, 360,000 of the 1,075,000 undocumented youth from the 2006 study were already in this position, as they were over the age of 18.

Source: UNDP, 2009.

3.7 Social rights constraints linked to migration control policies

Some constraints to the enjoyment of human rights by migrant children and adolescents, including their economic and social rights, are linked to migration control mechanisms. Many migration laws and policies, including some recently adopted, oblige various civil servants and individuals to report undocumented migrants to migration authorities. Some of these provisions are imposed on health-care and education workers, as well as landlords who would like to rent housing to migrants (HUMA Network, 2009; UNICEF TACRO and UNLa, 2010). Consequently, these provisions inhibit migrants from seeking medical assistance, sending their children to school or obtaining a place of residence.

In some cases, this obligation to denounce undocumented migrants also applies to members of the judiciary, preventing migrants from standing before a judge in order to defend their human rights. Therefore, migrant workers' access to justice is limited, particularly in matters concerning their labor rights. According to the Inter-American Court of Human Rights:

“[At] times, undocumented migrant workers cannot even resort to the courts of justice to claim their rights owing to their irregular situation. This should not occur; because, even though an undocumented migrant worker could face deportation, he should always have the right to be represented before a competent body so that he is recognized all the labour rights he has acquired as a worker” (ICHR, 2003, § 159).

Additionally, recent laws criminalizing irregular entry into a country or irregular stay (defined as the lack of, or expired, legal residency) constitute a clear threat to the social rights of migrants, who are unable to enjoy these rights for fear of being detained or convicted while seeking access to social services.⁵³ Moreover, existing legislation criminalizes organizations offering aid to migrants, even those living in particularly vulnerable conditions.⁵⁴ Instead of protecting the rights of people in vulnerable situations, as international human rights standards demand, these measures increase the vulnerability of certain individuals, particularly undocumented migrants, who are further marginalized and denied access to basic rights. Moreover, these constraints obstruct social cohesion and integration, as well as impede equal human development in both the short and long term.

3.8 Cultural rights of migrant children and adolescents in destination countries

Other constraints on the rights of migrant children and adolescents, as well as children of migrant background, include the deprivation of their cultural rights in destination countries. In particular, many destination countries of South-South and South-North migration lack intercultural policies meant to facilitate the social integration. In addition, most countries that do have such policies or programmes do not include an age perspective. In this regard, it is critical that intercultural policies start recognizing – by law and in policies and practice – the cultural rights of all migrants, as well as the multicultural character of host societies. In order to ensure the cultural rights of migrant children and adolescents, as well as children of migrant background, governments should include measures to ensure that children and adolescents are able to enjoy, practice and develop their culture and cultural identity. These measures should include, *inter alia*:

53 For instance, see Italy, *Disposizioni in materia di sicurezza pubblica*, Legge 15 luglio 2009, n. 94, Gazzetta Ufficiale n. 170, 24 luglio 2009, www.parlamento.it/parlam/leggi/09094l.htm.

54 See Huma Network (2009) on these kind of regulations in countries of the European Union.

- Negative obligations, namely that governments should not interfere arbitrarily in children’s and adolescents’ cultural rights and practices. In this regard, the CESCR (2009b, § 34) has asserted that governments should pay particular attention to the protection of migrants’ cultural identities, as well as their language, religion and traditions and should not prevent migrants from maintaining cultural links with their countries of origin.
- Positive duties to facilitate and create conditions to effectively exercise such rights. This would include the use of an intercultural approach in all public policies, not only those directly related to migrants (i.e., such policies should not be unidirectional towards migrants but should be directed to all groups and members of society, including nationals).

Issues such as language barriers in accessing education and health care, intercultural programmes at school and cultural practices related to adolescent women and their sexual and reproductive rights⁵⁵ should be fully taken into account by public policies. Finally, transit and destination countries should fully respect the cultural rights of migrant children and adolescents belonging to indigenous peoples/communities.⁵⁶

3.9 Family life and family reunification

The right to family life, recognized for every human being in many international human rights treaties,⁵⁷ may be severely affected by migration, particularly in the family reunification context. Indeed, family reunification has been identified as a key element of integration policies, as well as a right that should be promoted and fulfilled within migration policies (see **Box 8**).

As Bhabha asserts “...in most countries citizen children born to immigrant or non-citizen parents have no rights to bring or keep their parents with them, though similarly situated adults do have those rights to family unity or reunification. And yet, no-one disputes that the family is vital to the well-being and upbringing of a child (...) Why then don’t citizen children have the right to maintain this group so fundamental to their well-being in the country of their birth?” (2007).

Box 8: Family reunification

South American countries have stressed that family reunification must be considered the right of all migrants, as well as a core element for better integration into host societies. Similarly, Santiago’s Declaration on Migratory Principles, adopted by Mercosur States and Associates, asserts that the importance of family reunification is a necessary element for the stability of immigrants as a family and a fundamental base of society.

Sources: Santiago Declaration on Migration Principles, 17 May 2004; Fifth South American Conference on Migration, La Paz, November 2004.

55 See CRC Committee, 2003, § 13, 16, 38.

56 Among others, see Yescas and Trujano, 2008.

57 Such as the Convention on the Rights of the Child (arts. 8, 9, 10, 16); International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (art. 10); International Covenant on Civil and Political Rights (arts. 17, 23); Convention for the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (art. 16); International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families (art. 14).

While individual or family decisions may lead to family parting, migration policies can impede or obstruct family reunification and even generate family separation. The following examples highlight existing constraints on family reunification and the effective realization of migrants' right to family life:

- Family reunification procedures, meant to bring children and adolescents left behind to the host country where parents are living, may be too restrictive. Consequently, many children and adolescents remain alone in the countries of origin or decide to migrate irregularly to reunite with their families.
- Adult irregular migration status in destination countries could lead to family separation if a deportation order is enforced without taking into consideration the right to family unity, as well as children's and adolescents' rights.
- In many countries, children born to migrant parents have no rights to bring or keep their parents with them, though similarly situated adults do have those rights to family unity or reunification (Bhabha, 2007).
- Children and adolescents may also be prevented from leaving their country of origin in order to reunite with their parents abroad as a result of tax debts that parents might have accrued (UNDP, 2009).

The Committee on the Rights of the Child considered in General Comment No. 6 (2005) that:

“Whenever family reunification in the country of origin is not possible, irrespective of whether this is due to legal obstacles to return or whether the best interests-based balancing test has decided against return, the obligations under article 9 and 10 of the Convention come into effect and should govern the host country’s decisions on family reunification therein.

In this context, it should be reminded that States parties should deal in a positive, humane and expeditious manner the child or the parents' applications to enter or leave a State Party for the purpose of family reunification, and should avoid adverse consequences for the applicants and for the members of their family. Children and adolescents left behind may face several constraints to reunification with their parents in destination countries. On many occasions, they must wait years to reunite with their migrant parent(s). In this regard, States both of origin and destination should develop strategies and policies intended to avoid such waiting periods and ensure within a reasonable time frame family reunification (Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants, 2009).

A broader approach of family life should be adopted in migration policies. In line with international human rights law, this perspective requires both positive and negative obligations, which at a minimum include policies directed at facilitating family reunification, and severely restricting deportation measures (based on irregular migration status) that might lead to family separation, particularly between spouses as well as children and their parents. Moreover, places of origin should facilitate proper documentation and advocate bilaterally and internationally for flexible and rights-based policies on family reunification.

3.10 Birth registration

In many transit and destination countries, children born to migrant parents face difficulties in obtaining birth certificates. This restriction not only affects the right to a birth certificate (Convention on the Rights of the Child, art. 7; Convention on Migrant Workers, art. 29), but also several other human rights intrinsically connected, such as the right to a name and to be recognized as a person before the law. In

addition, this restriction also presents obstacles to the right to a nationality (either of the country where the child was born or of the country of his/her parents), which in turn can lead to statelessness. Finally, these constraints may also affect rights such as education and health care.

In this regard, for example, approximately one half of the Thai adults in Japan are in an irregular situation, and many are reluctant to register their children with the Thai embassy, or with the Japanese authorities, for fear of being deported (Bryant, 2005).

Usually, the migration status and national origin of migrant parents are the causes of such restrictions even though international human rights standards have repeatedly highlighted that children should never be subjected to such constraints under any circumstance. A parent's condition cannot be used to deny or arbitrarily curb children's rights (ICHR, 2005; Save the Children and Forced Migration Studies Programme, 2009; Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants, 2009; UNICEF TACRO and UNLa, 2010; see also www.hrcam.org).

3.11 Xenophobia

United Nations human rights committees have also widely demonstrated that migrant children and adolescents may face xenophobia in countries of transit and destination. Xenophobia may be present in schools and/or expressed in the rhetoric of politicians and public servants, and may even lead to violence.

The Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants has highlighted that the criminalization of irregular migration may contribute to increasing xenophobic and racist attitudes towards migrants, which can also impact children in specific ways:

“...criminalizing irregular migrants for the offence of being in a country without adequate documentation makes all migrants, regardless of immigration status, vulnerable to potential racist or xenophobic acts. Societies quickly distort the particular situations of migrants, and associate them with criminality, including organized crime, drug trafficking, robbery or even terrorism...This detrimental pattern of individual and group behavior in some transit and destination societies has a negative impact on children's upbringing since xenophobic models are handed down to them by adults and discriminatory sectors of society (2010, § 16, 17).

Within the context of the economic downturn, evidence suggests that there is an increase in violence and xenophobia against migrants, including children and adolescents. Moreover, migrants who have been victims of xenophobia and racism, including children and adolescents, have faced constraints on their effective access to justice, legal advice and protection services (see www.hrcam.org).

In this regard, several international treaties (CRC, CERD, CEDAW) and the Declaration and Plan of Action adopted at the World Conference Against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance, along with the UN Bodies observations and recommendations provide an important framework (principles, strategies, standards and goals) to address this issue by guiding public policies on the prevention, prosecution, and punishment of such attitudes. In addition, case-law adopted by

regional human rights bodies, such as the European Court of Human Rights, provides useful standards on States' duties for investigating and denouncing acts suspected of being xenophobic or racist.⁵⁸

3.12 Regularization programmes

Regularization programmes are a key element of migration policies. According to the Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR, 2008, par. 47), migrant regularization programmes:

“have two complementary goals: on the one hand, they incorporate workers who are in the ‘underground’ economy into the formal economy, and so increase their contributions to national tax and social security revenues; on the other hand they are designed to limit worker exploitation and abuse. This approach recognizes that migrants who do legal and decent work are likely to contribute more to development than those who are economically exploited and socially excluded.”

Additionally, regularization programmes have been considered an act of social justice, as they provide identity to undocumented migrants, protect them from abuses and facilitate their effective integration into the host society (including labor markets), while also providing human capital to host countries and transparency to public policies.⁵⁹

“[I]t has been strongly argued that control measures alone are insufficient to tackle irregular migration and that a comprehensive approach is required, including the need to adopt a package of more ‘constructive’ measures. The protection of the rights of this vulnerable group forms an integral aspect of such a comprehensive approach which also comprises the need to address informal labour markets where both national and migrant workers are found; provide more regular avenues for migrant workers to be able to meet the demand for labour in *all* sectors of a destination country’s economy; and give serious consideration to the regularization of those with irregular immigration status.” (GMG, 2008, p. 43)

Recently, several destination countries (both in the South and North) have implemented regularization programmes for migrants who have been living in their territory without a residence authorization. Despite the particularities of each case, these initiatives highlight that regularization is a measure resulting in a range of positive outcomes for migrants and the host society. Indeed, regularization plans are considered an effective and appropriate tool for development. It must be stressed that regularization programmes should pay particular attention to those children and adolescents who have been victims of any kind of abuse or exploitation, including trafficking. Granting them legal residence, along with other protection measures, should not be conditional to their collaboration in the investigations or trials of their persecutors, as is the case in some countries.

Finally, it is important to bear in mind that the regularization of migrants living in host countries might be addressed in at least two main ways: 1) Extraordinary programs directed at providing regular residence to those migrants that are in a territory without proper authorization at a certain time; and 2) permanent channels established by law that entitle migrants to access legal residence on the basis of

58 See, among others, ECtHR, case *Nachova et al. v. Bulgaria*, Applications 43577/98 and 43579/98, Judgment of 6th July 2005.

59 See, among others, OHCHR, 2008, para. 47; Fifth South American Conference on Migration, Declaration of La Paz, 26 November 2004, para. 17; Ibero-American Forum on Migration and Development, Cuenca, Ecuador, 10–11 April 2008, Final Report, Session IV, Integration of Migrants, para. E.

several grounds, e.g. a labor contract, family ties with nationals or regular residents, length of time in the country, among others. Both types of measures are necessary and effective for achieving the abovementioned outcomes, as well as to address irregular migration more comprehensively.

4. Policy recommendations

In order to ensure this integrated and comprehensive human rights-based and gender-aware approach to children, women and migration, it is crucial that countries of origin, transit and destination develop a wide and sustainable strategy of legislative and policy reforms. Reforms should ensure that migrant children and adolescents, as well as those born in transit and destination countries, are fully incorporated into child-related policies, including social protection programmes. Additionally, legislation, policies and practices should be reviewed in order to eliminate any kind of discrimination against migrant children and children born in host countries. National and regional initiatives aimed at promoting legislative reform should incorporate existing good practices on the integration of human rights standards into migration policies, as well as international agreements related both to migration and issues that have an impact on migration, while ensuring an age, gender and non-discrimination dimension.

The human rights approach to legislative reform “related to the CRC is an approach based on the full recognition of the equal rights of children, boys and girls, as subjects of rights in society...[,] an approach that is directed towards the effective implementation of such legislation in all segments of society and all aspects of children’s lives” (UNICEF, 2008b, p. 2). It follows that this process should include all migrant children and adolescents within society, irrespectively of their nationality or migration status or the one of their parents. Additionally, practices obstructing the access of migrant children and adolescents, and children born in destination countries, to their rights should be identified in order to develop strategies to overcome them.

Gender issues and the protection of human rights must be at the center of the migration agenda. Women who stay behind as heads of households have special needs, as do the increasing numbers of women migrating across borders. Female migrants, especially girls and irregular migrants, are often vulnerable to trafficking, exploitation, HIV/AIDS and other human rights violations and need special protection. In countries of origin, women and girls considering migration need to be informed about the risks of irregular migration. Gender sensitive migration policies are needed to promote children’s best interests and ensure women benefit from migration.

It is important to note that legislative reform encompasses more than merely writing new laws. Implementing the Conventions on the Rights of the Child and on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women requires developing children, adolescents and women’s rights through law, policy, budgetary and institutional reform at the national and international level:

“[L]egislative reform involves reviewing and reforming not only laws but those things necessary to effectively implement them—legal and other governmental institutions, social and economic policies, budget allocations, and the process of reform in the country. From a rights perspective, legislative reform is a complex process that should be a catalyst for broad measures that transform the legal and administrative frameworks that define and direct relations amongst the government, individuals, and private

actors...A human rights-based approach (HRBA) to legislative reform takes into account the reality behind law reform. Effective reform must be participatory and must take into account the budgetary, policy, and institutional requirements for effective implementation of the law.” (UNICEF, 2007, p. 11)

Additionally, States Parties to the Convention on the Rights of the Child are duty-bound to ensure that its provisions and principles are fully reflected and given legal effect in relevant domestic legislation (art. 4). As stated by the CRC Committee in General Comment No. 5, it is important to ensure that domestic law reflects the identified general principles in the Convention (art. 2, 3, 6 and 12).⁶⁰ It is also crucial that all relevant ‘sectorial’ laws consistently reflect the principles and standards of the Convention. In the case of any conflict between an international treaty, such as the Convention, and domestic legislation, predominance should always be given to the Convention, in light of article 27 of the Vienna Convention on the Law of Treaties⁶¹ (CRC Committee in General Comment No. 6).

At the 12th Session of the Human Rights Council on the ‘Promotion and Protection of All Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural Rights, Including the Right to Development’, the Council called upon States to:

- 1) “[P]romote and protect effectively the human rights and fundamental freedoms of all migrants, especially those of children, regardless of their status, in conformity with the Universal Declaration of Human Rights and the international instruments to which they are party”; and
- 2) “[T]ake appropriate measures to promote and protect effectively the rights of children who are left behind in their country of origin by migrating family members”.⁶²

The following set of recommendations are proposed, which espouse the aforementioned recommendations of the Human Rights Council and intend to contribute to a comprehensive rights-based approach to the migration-development nexus, with age, gender and non-discrimination dimensions:

Countries of origin, transit and destination

- Ensure a comprehensive and coherent rights-based approach to migration and development policies, including a child, gender and non-discrimination perspective;

60 Principles are formulated, in particular, in articles 2, 3, 6 and 12.

Non-discrimination: The Convention on the Rights of the Child protects every child regardless of nationality or migration status and guarantees all of their rights.

Best Interests of the Child: article 3 states that “in all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration.”

Life, Survival and Development and adequate Standard of Living (articles 6 and 27): The right to survival is related to the right to an Adequate standard of living, the highest attainable standard of health, nutritious food and clean drinking water.

The Right of the Child to be Heard (article 12): Children have the fundamental right to formulate opinions about all matters that affect them and to express their opinions. The Convention establishes the principle that children’s views should be heard and given due attention, taking into account “the age and maturity of the child”.

61 Vienna Convention on the Law of Treaties, article 27: Internal law and observance of treaties. A party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty.

62 See Human Rights Council (2009), para. 3–4.

- Include adequate provisions in general laws to ensure that all children have an equal right to protection and support, regardless of their nationality or immigration status and in accordance with the Convention on the Rights of the Child; and
- Build up or strengthen data on international migrants, including gender and age dimensions.

Countries of origin

- Tackle root causes of migration, including irregular migration, ensuring that child and gender dimensions are considered;
- Develop policies addressing the specific vulnerabilities of children and adolescents left behind and ensuring their rights, particularly their economic, social and cultural rights and their right to development; and
- Ensure participation of children and adolescents left behind in policies affecting them, especially in programmes meant to ensure their rights, including their right to reunite with their parents in the host country.

Countries of transit

- Develop or strengthen strategies that advocate for a child rights-based approach in the design of policies that aim to ensure migrants' rights while they are in transit to another country;
- Develop policies and practices to address mixed migration flows;
- Develop and strengthen measures aimed at preventing the increasing number of migrant adults and children's deaths during transit; and
- Facilitate cooperative work between the institutions located in transit countries and the ones in origin and destination countries.

Countries of destination

- Guarantee the economic, social and cultural rights of migrant children and adolescents, as well as their right to a family;
- Ensure the inclusion of migrant children in childhood policies;
- Strengthen a HRBA, including child and gender dimensions, in international development cooperation policies;
- Prevent detention and criminalization of migrant children and adolescents;
- Avoid deportation of children and adolescents, either unaccompanied or travelling with their parents, as a punitive measure;
- Ensure family reunification of unaccompanied children and adolescents, either in the country of origin or destination, according to their best interest;
- Create regularization policies to facilitate family reunification;
- Involve child protection officers, trained in a HRBA, in migration policies that may affect children and adolescents, both unaccompanied and with their parents;
- Develop indicators on migrants' rights within the enforcement of migration control policies;
- Address discrimination, including racism and xenophobia; and
- Review bilateral and international policies that may have a negative impact on development and human rights in developing countries, i.e., policies that affect the root causes of migration.

States, regional and international organizations, civil society and non-governmental organizations

- Work together to narrow the protection gap for **unaccompanied migrant children** by:

- Reforming law and policy;
- Improving data collection, research and evaluation;
- Developing practical tools to support Member States; and
- Funding relevant organizations, actors and projects.⁶³

The following are recommendations for countries of origin, transit and destination that should be considered by governments, in order to effectively address the circumstances of women and girls affected by migration.

Gender

- Redress conditions in places of origin – such as poverty, lack of job opportunities, gender discrimination – which may force people to migrate or make women and girls more vulnerable to irregular migration including trafficking.
- Bilateral agreements between sending and receiving areas should be developed in order to protect women and girls migrants' rights.
- Eliminate any existing restrictions on internal migration in places of origin and emigration so that women and girls in particular are not forced into irregular and hence more dangerous channels for migration.
- Measures should be developed to ensure sufficient regular channels for women's entry, to avoid them being pushed into more risky irregular channels and trafficking.
- Support for sending-countries' own citizens migrating to other countries, including specific policies on recruitment agencies, agents and other related business to reduce abuse of potential migrant workers, including unreasonable fees and harassment during transit.
- Resource centers should be established, through sending-countries' embassies or an officer responsible for migrant women and girls in receiving countries, that permit migrant women and girls (in particular) accessing information on, for example, how to obtain their rights, access services and how to deal with abuse.
- Gender policies on asylum, recognizing gendered forms of persecution, should be adopted.
- The rights and the protection needs of trafficked persons should be at the center of approaches to combat trafficking. Trafficked women and girls need to have full information about and access to the asylum system.
- There is an urgent need for sex-disaggregated migration data and gender-sensitive research. Good data on international migrants flows and cyclical migration, as well as research on the root causes of migration and the extent of human rights abuses are essential to sensitize policymakers to the needs of female migrants and for evidence-based gender-sensitive policy formulation and programme implementation addressing the needs of female migrants.

⁶³ See Save the Children et al., 2009.

References

- Alston, Philip, and Mary Robinson (2005) 'The Challenges of Ensuring the Mutuality of Human Rights and Development Endeavours', in *Human Rights and Development: Towards mutual reinforcement*, edited by Philip Alston and Mary Robinson, Oxford University Press, Oxford.
- Amnesty International (2009a) *Italy: Senate must stop controversial Bill*, Press Release, 29 June.
- Amnesty International (2009b) *Disposable Labour: Rights of migrant workers in South Korea*, Amnesty International, London.
- APDHA (Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía) (2008) *Derechos Humanos en la Frontera Sur 2007*, APDHA, Andalucía.
- Azzedine Salah, Mohamed (2008) *The Impact of Migration on Children in Moldova*, Division of Policy and Practice, United Nations Children's Fund, New York, October.
- Bakewell, Olivier (2009), *South-South Migration and Human Development. Reflections on African Experience*, International Migration Institute, University of Oxford, Working Papers, Paper 15, April 2009
- Bauman, Zygmunt (1998) *Globalization: The human consequences*, Polity Press, Cambridge.
- Belguendouz, Abdelkrim (2009) *Le Maroc et la migration irrégulière : Une analyse sociopolitique*, CARIM notes d'analyse et de synthèse 2009/07, European University Institute, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, San Domenico di Fiesole.
- Bhabha, Jacqueline (2007) 'Un "vide juridique"? Migrant children – the rights and wrong', in *Realizing the Rights of the Child*, Swiss Human Rights Books, vol. 2, edited by Carol Bellamy and Jean Zermatten, Rüffer & Rub, Zurich.
- Bhabha, Jaqueline (2008) *Independent Children, Inconsistent Adults: Child migration and the legal framework*, UNICEF Innocenti Research Centre Discussion Paper, IDP No. 2008-02, May.
- Boyd, M. and Grieco, E. (2003), *Women and Migration: Incorporating Gender into International Migration Theory*. Migration Policy Institute.
- Bryant, J. (2005), *Children of international migrants in Indonesia, Thailand, and The Philippines. A review of evidence and policies*, UNICEF Innocenti Research Centre, Innocenti Working Paper 2005-5.
- Carens, Joseph H. (1992) 'Migration and Morality: A liberal egalitarian perspective' in *Free Movement: Ethical issues in the transnational migration of people and money*, edited by Brian Barry and Robert E. Goodin, *Harvester Wheatsheaf, Hemel Hempstead*, pp. 25–47
- CEDAW Committee (UN Committee for the Elimination of Discrimination against Women) (2008a) General Recommendation No. 26 on Women Migrant Workers, CEDAW/C/2009/WP.1/R, 5 December.
- CEDAW Committee (UN Committee on the Elimination of Discrimination against Women) (2008b) Concluding Observations, El Salvador, CEDAW/C/SLV/CO/7, 7 November.
- Ceriani Cernadas, Pablo (2009), *European migration control in the African territory: the omission of the extraterritorial character of human rights obligations*, *Sur - International Journal on Human Rights*, Year 6, Number 10, June 2009, Sao Paolo.
- Cerruti Marcela (2009), *Gender and Intra-Regional Migration in South America*. UNDP. Human Development Reports. Research Paper. April 2009D
- CESCR (UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights) (2008a) Concluding Observations: Bolivia, E/C.12/BOL/CO/2, 8 August.
- CESCR (UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights) (2008b) Concluding Observations: The Philippines, E/C.12/PHL/CO/4, 1 December.
- CESCR (UN Committee on Economic Social and Cultural Rights) (2008c) Concluding Observations: Paraguay, E/C.12/PRY/CO/3, 4 January.
- CESCR (UN Committee on Economic Social and Cultural Rights) (2009a) General Comment No. 20, *Non-discrimination in economic, social and cultural rights (art. 2, para. 2, of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*, E/C.12/GC/20, 2 July.
- CESCR (UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights) (2009b) General Comment No. 21, *Right of everyone to take part in cultural life (art. 15, para. 1 (a), of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*, E/C.12/GC/21, 21 December.

- Cornelius, Wayne (2008) *Reforming the Management of Migration Flows from Latin America to the United States*, Working Paper 170, The Center for Comparative Immigration Studies, University of California, San Diego, CA, December.
- Cortes, Rosalia (2008) *Children and Women Left Behind in Labour-sending Countries: An appraisal of social risks*, Working Paper, Division of Policy and Practice, United Nations Children's Fund, New York, August.
- Cortina, Jeronimo, and Hovy, Bela (2009), *Boosting Cooperation: UNICEF, UNDESA and SU/SSC Joint Studies on Migration*, in *South South in Action*, Summer 2009, Media Global, Voice of the Global South, United Nations Secretariat, New York
- CRC Committee (UN Committee on the Rights of the Child) (2003a). General Comment No. 4, *Adolescent health and development in the context of the Convention on the Rights of the Child*, CRC/GC/2003/4, 1 July.
- CRC Committee (UN Committee on the Rights of the Child) (2003b) General Comment No. 5, General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child, CRC/GC/2003/5 27 November 2003.
- CRC Committee (UN Committee on the Rights of the Child) (2005) General Observation No. 6, Treatment of Unaccompanied or Separated Children outside their Country of Origin, CRC/GC/2005/6, 1 September.
- CRC Committee (UN Committee on the Rights of the Child) (2009) General Comment No. 12, *The Right of the Child to be Heard*, CRC/C/GC/12, 20 July.
- Cuttita, Paolo (2006) *The Changes in the Fight Against Illegal Immigration in the Euro-Mediterranean Area and in Euro-Mediterranean Relations*, Challenge Project Working Paper 8, Brussels.
- De Haan, Arjan, and Shahin Yaqub (2009) *Migration and Poverty: Linkages, Knowledge Gaps and Policy Implications*, UNRISD Social Policy and Development Programme Paper no. 40, June.
- De Haas, Hein (2005) *Morocco's Migration Transition: Trends, determinants and future scenarios*, *Global Migration Perspectives* no. 28, April.
- De Haas, Hein, Oliver Bakewell, Stephen Castles, Gunvor Jónsson, and Simona Vezzoli (2009) *Mobility and Human Development*, Human Development Research Paper 2009/01, United Nations Development Programme (UNDP), New York, April.
- De Lucas, Javier (1994) *El desafío de las fronteras: derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Temas de Hoy, Madrid.
- De Lucas, J., Algunas propuestas para comenzar a hablar en serio de política de inmigración, in De Lucas y Torres, F. (eds.), *Inmigrantes: ¿cómo los tenemos? Algunos desafíos y (malas) respuestas*, Talasa, Madrid, 2002.
- De Lucas, Javier (2004) 'Reconocimiento, inclusión, ciudadanía: Los derechos sociales de los inmigrantes', in *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, edited by María José Añón, Tirant lo Blanch, Valencia.
- De Vita, Alvaro (2007); *Inequality and Poverty in Global Perspective*, in Pooge, Thomas ed., *Freedom from Poverty as a Human Right. Who owes what to the poor?*, Oxford University Press – UNESCO
- De Vletter, Fion (2006) *Migration and Development in Mozambique: Poverty, inequality and survival*, Migration Policy Series no. 43, The Southern African Migration Project, Cape Town.
- De Wenden, Catherine (2007), *Child Migration: A Global Perspective*, Conference Report. Focus on Children in Migration – From a European Research and Method Perspective; A European Conference, Warsaw, Poland, 20-21 March 2007, Save the Children and ENMCR
- DFID (2007), *Moving Out of Poverty - Making Migration Work Better for Poor People*, London: Department for International Development.
- ECA (UN Economic Commission for Africa) (2006) *International Migration and Development: Implication for Africa*, ECA/SDD/06/01, Addis Ababa.
- ECLAC (UN Economic Commission for Latin America and the Caribbean) (2007) *Migration, Development and Human Rights*, ECLAC, Santiago.
- Escobar García, Alexandra (2009) 'Childhood and Migration in the Province Area of Cañar'; in collaboration with Margarita Velasco Abad, November 2008.
- European Commissioner for Human Rights, *Criminalisation of Migration in Europe: Human Rights Implications*, Issue Paper, Strasbourg, February 2010.
- European Court of Human Rights (2006) *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium*, Application 13178/03, Decision on 12 October.
- Ferrajoli, Luigi (2005) *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid

- Foro Migraciones (2005) *Informe Alternativo. Aplicación de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares*. México, paper presented to the Committee on Migrant Workers, Mexico, December.
- GCIM, Migration in an Interconnected World: New Directions for Action: Report of the Global Commission on International Migration, Geneva, 2005. <http://www.gcim.org/en/finalreport.html>.
- GMG (Global Migration Group) (2008) *International Migration and Human Rights: Challenges and opportunities on the threshold of the 60th anniversary of the Universal Declaration of Human Rights*, GMG, Geneva.
- Global Migration Group (2010), Rooting migration policies in human rights: Ensuring the rights of all migrants and improving human development outcomes, GMG Practitioners Symposium, Background Paper Geneva, May 2010.
- Grant, Stefanie (2005) *International Migration and Human Rights: A paper prepared for the Policy Analysis and Research Programme of the Global Commission on International Migration*, Global Commission on International Migration (GCIM), Geneva.
- HRC (Human Rights Council) (2009) *Human rights of migrants: migration and the human rights of the child*, Twelfth session, Agenda item 3, 'Promotion and protection of all human rights, civil, Political, economic, social and cultural rights, including the right to development', A/HRC/12/L.16, Geneva, 2 October.
- HRW (Human Rights Watch) (2008) *Systematic Failure to Protect Unaccompanied Migrant Children in Greece*, HRW, New York, December.
- HRW (Human Rights Watch) (2009a) *Pushed Back, Pushed Around: Italy's forced return of boat migrants and asylum seekers, Libya's mistreatment of migrants and asylum seekers*, HRW, New York, September.
- HRW (Human Rights Watch) (2009b) 'US: Immigration Policy Harms Women, Families', News Brief, 24 June.
- HUMA Network (2009) *Access to Health Care for Undocumented Migrants and Asylum Seekers in 10 EU countries: Law and practice*, Health for Undocumented Migrants and Asylum Seekers (HUMA) Network, Paris.
- Human Rights Council. (2008). *Promotion and Protection of all Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural Rights, Including the Right to Development*. Report of the Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants. Jorge Bustamante (A/HRC/7/12). New York.
- IACHR (Inter-American Commission of Human Rights) (2009) *IACHR Visits U.S. Immigration Detention Facilities*, Press Release no. 53/09, Washington, 28 July.
- ICHR (Inter-American Court of Human Rights) (2003) *Juridical Condition and Rights of the Undocumented Migrants*, Advisory Opinion OC-18/03, 17 September.
- ICHR (Inter-American Court of Human Rights) (1999) *Case of the "Street Children" (Villagrán-Morales et al.) v. Guatemala*, Judgment of 19 November.
- ICHR (Inter-American Court of Human Rights) (2005) *Case of the Girls Jean and Bosico v. Dominican Republic*, Judgment of 8 September.
- ILO (2010) International labour migration. A rights-based approach, Geneva, International Labour Office.
- ILO (International Labour Organization) and UNICEF (United Nations Children's Fund) (2009a) *Training Manual to Fight Trafficking in Children for Labour, Sexual and Other Forms of Exploitation*. Textbook 2: Action against child trafficking at policy and outreach levels, International Labour Office, Geneva.
- ILO (International Labour Organization) and UNICEF (United Nations Children's Fund) (2009b) *Training Manual to Fight Trafficking in Children for Labour, Sexual and Other Forms of Exploitation*. Textbook 1: Understanding child trafficking, International Labour Office, Geneva.
- ILO Overview Paper for International Conference on Gender, Migration and Development: Seizing Opportunities, Upholding Rights, Manila, 25 - 26 September 2008
- International Migration Institute (2009) *A Transatlantic Comparison of South-North Migration: The experiences of Mexico and Morocco*, Policy Brief no. 1, UK, March.
- IOM (2010). International Organization for Migration. World Migration Report 2010. The Future of Migration: Building Capacities for Change.
- Itano, Nicole (2009) 'Greece Plans to Lock up Illegal Migrants', *Global Post*, 13 July.
- Jonsson, Urban (2003) *Human Rights Approaches to Development Programming*, United Nations Children's Fund East and Southern Africa Regional Office (UNICEF ESARO), Nairobi.
- Khachani, Mohamed (2006) *La emigración subsahariana: Marruecos como espacio de tránsito*, Fundación CIDOB, Serie Migraciones, 10, Barcelona.

- Lahlou, Mehdi (2005) *Migrations irrégulières transméditerranéennes et relations et Maroc-Union européenne*, XXV Congrès international de la population, Tours, France, 18–23 July.
- Liwski, Norberto (2008) 'Migraciones de niñas, niños y adolescentes bajo el enfoque de derechos', paper presented at the Special Forum on Migration Issues, Washington, DC, 17 April.
- Mahal, Ajay S., and Stephen P. Marks (2007) *Goals and Instruments of Poverty Reduction: Economic and human rights perspectives on children's rights and development strategies*, University of Harvard, Cambridge, MA, March.
- Martin, P. (2009), *Migration in the Asia-Pacific Region: Trends, Factors, Impacts*, Human Development Research Paper No. 32. New York: United Nations Development Programme, Human Development Report.
- Massart, Guy (2009) 'Synthèse analytique des recherches concernant le projet "mobilités": Key challenges and issues raised by young West African mobile children and youth', findings from the West Africa Mobilities Project.
- Mghari, Mohamed (2008) 'L'immigration subsaharienne au Maroc, CARIM notes d'analyse et de synthèse 2008/77', Série sur la migration irrégulière, European University Institute and Robert Schuman Centre for Advanced Studies, San Domenico di Fiesole.
- Ndao, Abdou (2009) *Les jeunes et les enfants balisent les voies en Afrique de l'Ouest (Ethnographie sur les axes Bénin-Togo-Ghana-Nigeria)*, Colloque International sur les Migrations Internationales Africaines, Rabat, 25–27 Novembre 2008.
- O'Connell Davidson, Julia and Farrow, Caitlin (2007); *Child Migration and the Construction of Vulnerability*, School of Sociology & Social Policy, University of Nottingham, Save the Children Sweden, 2007.
- OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development) (2009) *The Labour Market Integration of Immigrants and Their Children: Key findings from OECD country reviews*, High-Level Policy Forum on Migration, Paris, 29–30 June.
- OHCHR (UN Office of the High Commissioner for Human Rights) (2006) *Frequently-asked Questions on a Human Rights-Based Approach to Development Cooperation*, OHCHR, Geneva.
- OHCHR (UN Office of the High Commissioner for Human Rights) (2008) *Migration and Development: A human rights approach*, OHCHR, Geneva.
- OHCHR (UN Office of the High Commissioner for Human Rights) (2010), *Consultation on the Rights of the Child in the Context of Migration*, Geneva.
- OSIWA (Open Society Initiatives for West Africa) (2008) *Irregular Migration in West Africa: Case studies on Ghana, Mali, Mauritania and Senegal*, OSIWA, Dakar.
- PICUM (Platform for International Cooperation on Undocumented Migrants) (2008) *Report of the Second Workshop on 'Fighting Discrimination-Based Violence against Undocumented Children'*, Brussels, 4 April.
- PICUM (Platform for International Cooperation on Undocumented Migrants) (2009) *Undocumented Children in Europe: Invisible victims of immigration restrictions*, PICUM, Brussels.
- Pisarello, Gerardo (2005) 'Derechos sociales e Inmigración: razones para una comunidad de iguales', Universitas, no. 110, Bogota, July–December.
- Pogge, Tomas. *World Poverty and Human Rights: Cosmopolitan Responsibilities and Reforms*, Cambridge, Polity Press, 2002.
- Ratha, Dilip and Shaw, William (2007). *South – South Migration and Remittances*, World Bank Working Paper 102. The World Bank. Washington, 2007.
- Redpath, J. (2006). *Human Rights of Migrants Women and International Protection Mechanisms*. pp. 85 – 90. In: UNFPA. *Female Migrants: Bridging the Gaps Throughout the Life Cycle*. Selected Papers of the UNFPA-IOM Expert Group Meeting: New York. 2-3 May 2006. New York.
- Regional Thematic Working Group on International Migration including Trafficking (2008) *Situation Report on International Migration in East and South-East Asia*, International Organization for Migration, United Nations Children's Fund, United Nations Development Fund for Women, International Labour Organization et al., Bangkok.
- Robinson, Mary (2004) 'Globalization, Migration and Children: The need for a human rights approach', Columbia University Institute for Child and Family Policy Lecture Series on The Future of Children in a Global Society, 18 October.

- Ruhs, M. (2009), *Migrant Rights, Immigration Policy and Human Development*, Human Development Research Paper No. 23. New York: United Nations Development Programme, Human Development Report.
- Salomon, Margot E. (2008); *Legal Cosmopolitanism and the Normative Contribution of the Right to Development*, in Marks, Stephen E. editor, *Implementing the Right to Development: the role of International Law*, Friedrich-Ebert-Stiftung, Geneva Office.
- Sanghera, Jyoti (2004); *The New Borderlanders: Enabling Mobile Women and Girls for Safe Migration and Citizenship Rights*, United Nations Division for the Advancement of Women (DAW), CM/MMW/2003/CRP.3, 14 January 2004.
- Save the Children (2007) *Children on the Move: Protecting unaccompanied migrant children in South Africa and the region*, Save the Children UK – South Africa Programme, Hatfield.
- Save the Children (2008) *Away from Home: Protecting and supporting children on the move*, Save the Children, London.
- Save the Children and Forced Migration Studies Programme (2009) *Southern African Regional Seminar on Children Who Cross Borders: Preliminary recommendations from the seminar*, Johannesburg, 28 May.
- Save the Children, UN Refugee Agency, Separated Children in Europe Programme, Human Rights Watch and United Nations Children’s Fund (2009) ‘General Recommendations for EU Action in Relation to Unaccompanied and Separated Children of Third Country Origin’, Brussels, 15 September.
- Skogly, Sigrun (2002), *The Human Rights Obligations of the World Bank and the International Monetary Fund*, London: Cavendish Publishing Limited.
- South American Conference on Migration (2008) *Declaración de Montevideo sobre Migración, Desarrollo y Derechos Humanos de las Personas Migrantes*, Montevideo, 17–19 September.
- South American Conference on Migration (2008), *Declaración de Montevideo sobre Migración, Desarrollo y Derechos Humanos de las Personas Migrantes*, Montevideo, 17-19 September 2008.
- Special Rapporteur on Human Rights of Migrants (2008), *Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants*, A/7/12, 25 February 2008.
- Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants (2009) *Report of the Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants*, Jorge Bustamante, submitted to the Human Rights Council, A/HRC/11/7, Geneva, 14 May.
- Special Rapporteur on Human Rights of Migrants (2010), *Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants*, A/65/222, 3 August 2010.
- Spijkerboer, Thomas (2007) ‘The Human Costs of Border Control’, *European Journal of Migration and Law*, no. 9, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden.
- STEPS Consulting Social (2008) *The Conditions in Centres for Third Country National (Detention Camps, Open Centres as well as Transit Centres and Transit Zones) with a Particular Focus on Provisions and Facilities for Persons with Special Needs in the 25 EU Member States*, European Parliament, Commission of Civil Liberties, Justice and Home Affairs, Ref. IP/C/LIBE/IC/2006.181, Brussels, 12/2007.
- Sto. Tomas, Patricia A. (2008); *Protecting Migrant Workers. A Shared Responsibility*, paper presented at the Roundtable on Migration, Development, and Human Rights; GFMD, 2008, Manila.
- Taran, Patrick A. (2001); “Human Rights of Migrants: Challenges of the New Decade” in *The Human Rights of Migrants*, IOM
- Touzenis, Katerina (2008) *Human Rights of Migrant Children*, International Organization for Migration, Geneva.
- UNDESA (2009) *Trends in International Migrant Stock: The 2008 Revision*, POP/DB/MIG/Rev. 2008, UNDESA, Population Division, New York, http://www.un.org/esa/population/migration/UN_MigStock_2008.pdf
- UNDG (United Nations Development Group) (2003) ‘The Human Rights Based Approach to Development Cooperation: Towards a common understanding among UN agencies’, United Nations, Geneva.
- UNDP (United Nations Development Programme) (1998) *Integrating Human Rights with Sustainable Human Development: A UNDP policy document*, New York, January.
- UNDP (United Nations Development Programme) (2000) *Human Development Report 2000: Human rights and human development*, Taylor & Francis Ltd., Levittown, PA.
- UNDP (United Nations Development Programme) (2009) *Human Development Report 2009: Overcoming barriers – human mobility and development*, Palgrave Macmillan, New York.

- UNESCO (United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (n.d.) 'Glossary: Migrants and migration', www.unesco.org/most/migration/glossary_migrants.htm .
- UNFPA (2006), State of the World Population 2006. A passage to Hope: Women and International Migration, Geneva.
- UNHCR (United Nations High Commissioner for Refugees) (2009) 'UNHCR Interviews Asylum Seekers Pushed Back to Libya', *Briefing Notes*, Italy, 14 July.
- UNICEF (United Nations Children's Fund) (1998) *Guidelines for a Human Rights-Based Programming Approach: A human rights approach to UNICEF programming for children and women – what it is, and some changes it will bring*, UNICEF, New York, CF/EXD/1998-04, 21 April.
- UNICEF (United Nations Children's Fund) (1999) *Human Rights for Children and Women: How UNICEF helps make them a reality*, UNICEF Programme Policy Document, New York.
- UNICEF (United Nations Children's Fund) (2002) Poverty Reduction Begins with Children, UNICEF, NY, March 2002.
- UNICEF (United Nations Children's Fund) (2007) *Supporting the Realization of Children's Rights Through a Rights-Based Approach to Legislative Reform*, UNICEF, New York, January.
- UNICEF (United Nations Children's Fund)(2008a) *Children on the Move, Draft Framework Principles for UNICEF's Advocacy in Industrialized Countries in Favour of Unaccompanied Child Asylum-Seekers, Migrants and Victims of Trafficking*, Draft, 1 May.
- UNICEF (United Nations Children's Fund) (2008b) *Handbook on Legislative Reform: Realizing children's rights*, UNICEF, New York, November.
- UNICEF (United Nations Children's Fund) Australia (2003) *Submission to the National Inquiry into Children in Immigration Detention*, written submission to the Human Rights and Equal Opportunity Commission (HREOC), Summary of Recommendations.
- UNICEF (United Nations Children's Fund) TACRO (The Americas and Caribbean Regional Office) (2006) *Migración e Infancia*, UNICEF TACRO, Panama, October.
- UNICEF (United Nations Children's Fund) and UNDP (United Nations Development Programme) (2007) *Migration, Human Rights and Sustainable Human Development*, joint UNICEF/UNDP background paper for the 2007 Global Forum on Migration and Development, Brussels.
- UNICEF, The Gender Impact of Migration on Children and Families of Migrant Workers, paper presented as an input to parallel session "The Gender Dimension of the Social Costs and benefits of Migration, International Conference on Gender, Migration and Development, 25-26 September 2008.
- UNICEF (United Nations Children's Fund) TACRO (The Americas and Caribbean Regional Office) and Universidad Nacional de Lanús (UNLa) (2010) *Estudio sobre la articulación de las políticas migratorias y los estándares de derechos humanos aplicables a la niñez en América Latina y el Caribe*, Panamá.
- UNICEF (2010), Examples of Good Practices in the Implementation of the International Framework for the Protection of the Rights of the Child in the Context of Migration, New York, Draft 18 June 2010
- UNRISD (2009) The Implications of Migration for Gender and Care Regimes in the South, Social Policy and Development Programme Paper Number 41 July 2009. Eleonore Kofman and Parvati Raghuram.
- Van Bueren, Geraldine (1999); "Combating child poverty – Human Rights Approaches" in *Human Rights Quarterly* 21, The Johns Hopkins University Press.
- Van Hear, Nicholas, Rebecca Brubaker, and Thais Bessa (2009) *Managing Mobility for Human Development: The growing salience of mixed migration*, Human Development Research Paper 2009/20, United Nations Development Programme (UNDP), New York.
- Vázquez, Rodolfo (2002) 'El Estado de Derecho: una justificación', in *Estado de derecho: concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, coordinated by M. Carbonell, W. Orozco, and R. Vázquez, Siglo XXI, México, pp. 111–128.
- White, Sarah C. (2002) *Being, Becoming and Relationship: Conceptual challenges of a child rights approach in development*, University of Bath.
- Yaqub, Shahin (2009a) *Independent Child Migrants in Developing Countries: Unexplored links in migration and development*, UNICEF Innocenti Research Centre, Working Paper IWP-2009-01, January.
- Yaqub, S. (2009b). *Child migrants with and without parents: Census-based estimates of scale and characteristics in Argentina, Chile and South Africa*, Discussion Paper No. 2009– 02, UNICEF Innocenti Research Centre, Florence.

Yescas, Carlos, and Angeles Trujano (2008) *Indigenous Routes: A framework for understanding indigenous migration*, International Organization for Migration, Geneva.

Zlotnik, Hania. (2003). *The Global Dimension of Female Migration*. Paper presented at the Migration Policy Institute (1 March 2003). For more information see:

<http://webs.uvigo.es/cfacal/The%20Global%20Dimensions%20of%20Female%20Migration.htm>.

For more information, please contact:

The United Nations Children's Fund (UNICEF)
3 United Nations Plaza, Policy, Advocacy and Knowledge Management
New York, NY 10017, USA

E-mail: socialpolicy@unicef.org

Website: www.unicef.org/socialpolicy

NIÑEZ DETENIDA

Los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes en la frontera México-Guatemala

Diagnóstico y propuestas para pasar del control migratorio a la protección integral de la niñez

Pablo Ceriani Cernadas
(coordinador)

no mate
q nadie para
estar
enfermo.

y laven los
paños

estoy enfermo
y no me dan mi
medicina porque
dicen que no hay

necesidad
de trabajar

Que me den una
llamada para
oblar con mi mamá

Necesidad de
JUGAR

NECESIDAD DE
IR A MEDICO

No tengo
ropa

Ir a la
escuela

NECESIDAD DE
VER A MI FAMILIA

yo quiero tener
papeles en México
para andar
libre

Necesidad de
Salir de
esta Selda.

"Informe del Proyecto de Investigación realizado por el Centro de Derechos Humanos Fray Matías de Córdova y el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús"



Universidad Nacional de Lanús
Centro de Derechos Humanos

Equipo de investigación:

Pablo Ceriani Cernadas – Coordinador
Victor Abramovich – Consultor Académico

Emelina Alonso
Gisela Cardozo
Diego Morales

En la fase de elaboración del informe se sumaron los aportes de:

Paola García Rey
Natalia Lippmann Mazzaglia
Alejandro Morlachetti
Ana Paula Penchaszadeh

Los equipos del Centro de Derechos Humanos de la UNLa y del Centro de Derechos Humanos Fray Matías de Córdoba han participado en la revisión de todos los capítulos.

Corrección y edición: María Capurro Robles
Traducciones al inglés: Valerie Gobeil y Marinka Yossiffon
Fotos: Luis Enrique Aguilar
Arte de tapa: Fátima Ocampo

Tapachula y Lanús, septiembre de 2012

La versión impresa de este informe será publicado próximamente por la Editorial Fontamara.

La Fundación Ford ha financiado la investigación y la elaboración del informe.



Centro de Derechos Humanos
Fray Matías de Córdoba

Equipo de investigación:

Fermina Rodríguez Velasco - Coordinadora

María de Lourdes Rosas Aguilar
Melissa Angélica Vértiz Hernández



AGRADECIMIENTOS

La investigación desarrollada en el marco del proyecto *Los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes migrantes en la frontera México-Guatemala*, así como esta publicación, han sido posibles gracias a la colaboración de numerosas personas e instituciones a quienes queremos agradecer su generosidad, dedicación y el apoyo.

Especialmente agradecemos a cada niño, niña y adolescente con quien hemos dialogado, que han tenido la paciencia de escuchar, han compartido sus historias de vida, experiencias, necesidades, deseos, sueños e inquietudes a pesar de la condición en la que se encontraban. La opinión de cada niño y niña ha sido un aporte fundamental para esa investigación.

Desde la elaboración del proyecto hasta las últimas correcciones de este Informe, hemos contado con la permanente y comprometida asistencia de Diego Lorente (Conserjería en Proyectos, PCS). Su amplia experiencia en el tema y en la región fue esencial, a partir de precisos y desinteresados consejos, para ir encaminando la investigación en la dirección adecuada y en diálogo con actores clave.

Agradecemos también a Edoardo Bazzaco y Fabían Sánchez, de I(dh) eas, por su acompañamiento y recomendaciones; a Jorge Schiavon de Centro de Investigación y Docencia Económicas, A.C. (CIDE), por sus consejos y su voluntad de trabajar en alianzas; a Diego de la Mora y Renata Terrazas de Fundar y Manuel Mora Macbeth del *National Security Archive* por el asesoramiento y colaboración en el trabajo de búsqueda de información; a Karla Gallo de UNICEF México por su permanente y valiosísimo apoyo; a Gabriel Pérez Duperou, por las gestiones ante el Instituto Nacional de Migración (INM) y la Subsecretaría de Población, Migración y Asuntos Religiosos de la Secretaría de Gobernación (SEGOB); a Alma Meneses de la Red por los Derechos de la Infancia en México (REDIM), a Margarita Griesbach de la Oficina de Defensoría de los Derechos de la Infancia (ODI A.C) y Mónica González Contró (Instituto de Investigaciones Jurídica, UNAM), por sus valiosos aportes en temas de derechos de infancia en México.

Queremos agradecer también a representantes de organismos públicos y agencias internacionales con quienes hemos podido concretar las entrevistas programadas en la investigación: Gabriela García Treviño Baigts, Dora Ordoñez Bustos y Rafael Estrada Michel del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (Sistema Nacional DIF); Oliver Bush y Juan Carlos Calleros Alarcón del INM; Fernando Protti Alvarado del ACNUR; Karla Gallo y Alison Sutton de UNICEF; Katya M. Somohano Silva y María Luisa García Hernández de la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados (COMAR); Víctor Manuel Rojas Ruiz de la Quinta Visitaduría de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH); Nélon Cuéllar Hernández, Cónsul de El Salvador en Tapachula; Zulma Lucrecia Vargas García, Vicecónsul de Guatemala en Tapachula; Alex Saltos Montero, Vicecónsul de Ecuador en Tapachula; Roger Jerónimo Morales Velásquez del Consulado de Nicaragua en Tapachula; Jesús Natael Zúñiga San Martín, coordinador de Albergues DIF Chiapas; Ury Marsey López Armenta del Centro de Atención para Niños, Niñas y Jóvenes Migrantes del Sistema DIF Chiapas (Centro Día); Xavier Sánchez Galindo del Albergue Misión México, dando amor, vida y esperanza A.C.; Norma Hernández Martínez

del Albergue Niños del Futuro El Buen Samaritano A.C.; André Padilla Osorio del Albergue Jesús El Buen Pastor del Pobre y Migrante A.C.; Ángel Milton Ordoñez Rodríguez de la Dirección de Atención al Migrante del Ayuntamiento; Rosario del Carmen Marroquín Mariscal de la Fiscalía Especial para los Delitos de Violencia contra las Mujeres y Trata de Personas (FEVIMTRA); Alfonso Enrique Méndez Rojas de la Fiscalía Especializada en Delitos contra Inmigrantes; Hans Hatmark del ACNUR, Tapachula; Blanca Fonseca, miembro de la Red Nicaragüense de la Sociedad Civil para las Migraciones; María de la Paz López del Albergue Nuestras Raíces; Juan Jacobo del Movimiento Tzuk Kim Pop; y Norma Alicia, Victoria del Carmen y Esther Polanco de la Casa de la Mujer.

Además queremos agradecer los valiosos aportes y comentarios de las organizaciones que asistieron al evento en el cual se abordaron los contenidos del informe de avance. Ellas son Appleseed México, CIDE, CNDH, Equipo Argentino de Antropología Forense (EAAF), Fundar, Instituto para las Mujeres en la Migración A.C. (IMUMI), Instituto de Estudios y Divulgación Sobre Migración A.C (INEDIM), REDIM, RIRIKI Intervención Social A.C, Sin Fronteras IAP y UNICEF México.

Agradecemos muy especialmente los comentarios al informe de avance enviados por Elba Coria Marquez, de la Coalición de Internacional contra la Detención, Hélène Le Goff, coordinadora de la Unidad para la Trata de Personas, Niñez Migrante y Género de OIM México, Karla Gallo, Diego Lorente, Gabriela Morales, del Centro de Derechos Humanos del Migrante, Nancy Pérez, coordinadora de Sin Fronteras IAP y Fabienne Venet Rebiffé, directora general del Instituto de Estudios y Divulgación Sobre Migración A.C. Les agradecemos el tiempo dedicado a la lectura del informe y los valiosos aportes y comentarios, que nos han ayudado revisar nuestras reflexiones, profundizar algunas miradas y corregir errores. Agradecemos a Magdalena Cervantes Alcayde y Luis Miguel Cano de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por ayudarnos a reflexionar sobre los contenidos de este informe.

Queremos también transmitir nuestro agradecimiento a aquellas organizaciones que se tomaron el tiempo para contestar la encuesta enviada por correo electrónico: Red MIGRES, Salvadoreños del Mundo, Casa Alianza, Foro Nacional para las Migraciones (FONAMIH), Centro de Reintegración Familiar de Menores Albergue del Desierto (CRFMAD), Comité de Derechos Humanos de Tabasco A.C. (CODEHUTAB), Frontera con Justicia, Instituto de Derechos Humanos Ignacio Ellacuría de la Universidad Iberoamericana de Puebla (IDHIE de la UIP), Instituto Madre Asunta A.C., Comité de Derechos Humanos Fr. Pedro Lorenzo de la Nada A.C., Un mundo una nación, Consejería de Proyectos PCS, Infancia Común A.C., Organización para el Desarrollo Social y la Educación para Todos ODISEA, y Centro de Estudios y Documentación de la Frontera Occidental de Guatemala (CEDFOG).

Agradecemos también a Luis Enrique Aguilar por las fotografías, y a Rodolfo Vázquez y la Editorial Fontamara por el apoyo para la publicación de la versión final de este informe.

Por último, queremos agradecer muy especialmente a la Fundación Ford, en particular a Mario Bronfman y Kim Krasevac, por su confianza desde los inicios de la propuesta de investigación, y el apoyo y

acompañamiento permanente durante el desarrollo de este trabajo.

SIGLAS Y ABREVIATURAS UTILIZADAS EN ESTE INFORME

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)
Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)
Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)
Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados (COMAR)
Comisión Nacional de Derechos Humanos – México (CNDH)
Conferencia Regional de Migración (CRM)
Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM)
Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)
Convención sobre los Derechos del Niño (CDN o "la Convención")
Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADH)
Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH)
Diario Oficial de la Federación (DOF)
Procedimiento de Determinación del Interés Superior del Niño (DIS o "procedimiento DIS")
Estación Migratoria (EM)
Estación Migratoria Siglo XXI (EMSXXI)
Estados Unidos de América (EU)
Fiscalía Especial para los Delitos de Violencia contra las Mujeres y Trata de Personas (FEVIMTRA)
Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF)
Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos (IFAI)
Instituto Nacional de Migración (INM)
Ley General de Población (LGP)
Módulo de Atención para Menores Migrantes en las Estaciones Migratorias (MAEM)
Niños, niñas y adolescentes (NNA)
Oficiales de Protección a la Infancia (OPI)
Organización Internacional para las Migraciones (OIM)
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP)
Procuración General de la República (PGR)
Secretaría de Desarrollo Social (SEDESOL)
Secretaría de Educación Pública (SEP)
Secretaría de Relaciones Exteriores (SRE)
Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF)

PRESENTACIÓN

A lo largo de dieciocho meses, los equipos de trabajo del Centro de Derechos Humanos Fray Matías de Córdova A.C. (CDH Fray Matías) y el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús (CDHUNLa), hemos realizado conjuntamente una serie de actividades destinadas a examinar la situación de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes (NNA) migrantes en la frontera de México y Guatemala.¹ En particular, la investigación se concentró en el impacto que tienen dos de los principales mecanismos de la política migratoria mexicana en la actualidad cuando se trata de NNA migrantes que residen en México o atraviesan el territorio de este país: la detención, (denominada formalmente *aseguramiento, alojamiento o presentación*) y la repatriación o expulsión (llamada *devolución o retorno asistido*).

La situación de los derechos humanos de las personas migrantes en el contexto de la frontera entre México y Guatemala ha concitado la atención de distintos actores, en especial durante la última década. Informes de organizaciones no gubernamentales² y de organismos nacionales e internacionales que supervisan la situación de los derechos humanos³, han puesto en evidencia, en reiteradas ocasiones, la existencia de prácticas y políticas que no se ajustan plenamente a los estándares internacionales de derechos humanos. Incluso algunos informes elaborados por el propio Estado mexicano dan cuenta de los numerosos desafíos que persisten en materia de los derechos de las personas migrantes en la frontera sur del país.⁴

A su vez, en todos los informes mencionados, así como en otros elaborados específicamente sobre la cuestión de la niñez,⁵ se observa una necesidad creciente de desarrollar iniciativas dirigidas a atender de manera particular los derechos y necesidades de los niños, niñas y adolescentes que migran, o intentan hacerlo, a través del segmento que dicha frontera tiene en la región del Soconusco, Estado de Chiapas. Se trata de una región

¹ En este informe nos referiremos a *niñez migrante* para hacer referencia a los niños, niñas y adolescentes extranjeros que residen o transitan por México. En caso de que aludamos a la situación de los niños y niñas mexicanas que migran hacia el norte, lo aclararemos oportunamente.

² Entre otros, cabe mencionar los informes realizados por Amnistía Internacional (2010), CDH Fray Matías de Córdova (2008), la Federación Internacional de Derechos Humanos (2008), el Grupo Guatemala-México Migración y Desarrollo (2008 y 2009), I(dh)reas (2011) y Sin Fronteras (2005 y 2007).

³ Ver, entre otros, los informes sobre México elaborados por el Relator de Naciones Unidas para los derechos de las personas migrantes (2009), el Relator sobre migrantes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2003), o el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares (2006 y 2011). En las recomendaciones de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) también puede constatar una visibilidad creciente de la situación en la frontera sur.

⁴ Ver en este sentido el segundo informe periódico presentado por México ante el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares (Gobierno de México, 2010).

⁵ CRS, *Catholic Relief Services* (2010), INCEDES y Sin Fronteras (2008), OIM, Organización Internacional para las Migraciones (2010), PCS, Conserjería en Proyectos (2008).

estratégica de las migraciones en y hacia un país que, como México, se caracteriza por ser de origen, tránsito y destino de migrantes.

La gran mayoría de estos NNA viajan no acompañados. Ellos, así como los que migran junto a sus padres, o con uno de ellos, lo hacen como consecuencia de diferentes causas subjetivas y objetivas que determinan la migración de miles de niños y niñas centroamericanas que anualmente se trasladan a México y a Estados Unidos de América (EU). La reagrupación familiar en destino, la búsqueda de oportunidades laborales y educativas, o la urgencia de escapar de situaciones de abuso o abandono familiar, de violencia social o institucional, se encuentran entre los principales factores determinantes de la migración. Las causas objetivas, en su mayoría, resultan de la combinación de una serie de elementos estructurales presentes tanto en el país de origen, como en los de tránsito y destino. Un ejemplo de este último tipo de motivación es la creciente demanda del mercado informal de trabajo. Cuando estas motivaciones enfrentan políticas migratorias restrictivas, la migración se concreta, en muchos casos, por vías irregulares.

La información existente indica que los niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados o separados de sus padres, sobre todo cuando han ingresado de manera irregular o se encuentran sin autorización de residencia, sufren de manera particular las restricciones a sus derechos emanadas de políticas, normativas o prácticas que no se condicen con los estándares internacionales de derechos humanos, especialmente los que surgen de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). El reforzamiento de los mecanismos de control migratorio, por su parte, ha profundizado la situación de alta vulnerabilidad en que se encuentran estos niños/as y los riesgos de la migración, que puede derivar en hechos de abuso, violencia y explotación, o en daños graves a su integridad física o su vida.

Entre las problemáticas y desafíos que los informes han señalado más reiteradamente en relación con los derechos de la niñez migrante en esta área fronteriza, es preciso mencionar los siguientes: ausencia de una perspectiva de niñez en la política migratoria aplicada en la frontera sur; una legislación desfasada e inadecuada a las características de la migración en esa frontera; discrecionalidad administrativa y falta de coordinación entre organismos públicos; obstáculos en el acceso a la información, en especial para la sociedad civil, y falencias en la producción de información adecuada; falta de mecanismos nacionales y bilaterales que aseguren el interés superior del niño en los dispositivos de control migratorio; procedimientos de detención y repatriación carentes de garantías básicas de debido proceso; abusos y extorsiones a migrantes, incluidos niños y niñas, por parte de redes delincuenciales, en ocasiones coludidas con autoridades federales, estatales o municipales; e incremento de la trata de niños y niñas migrantes, con fines de explotación laboral y sexual.

En este escenario, la iniciativa del CDH Fray Matías y el CDHUNLa parte de la necesidad de continuar y profundizar la indagación sobre la situación de la niñez migrante en la frontera sur. En particular, precisamente a raíz de los informes producidos por diversas instituciones en los últimos años, se constató que era necesario efectuar una investigación más exhaustiva que permitiera identificar con mayor precisión todos los elementos —normativos, institucionales, prácticos— que conforman las políticas aplicadas a la niñez migrante en el contexto de la frontera sur. La información recogida con anterioridad al inicio de este proyecto, aun siendo abundante y cada vez más detallada, indicaba que era preciso recurrir a una serie variada y complementaria de fuentes de información, con el propósito de contar con una mirada más comprensiva sobre esa política, su diseño y contenido, así como sobre su aplicación y, especialmente, su impacto en los derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes.

Asimismo, la literatura existente sobre este tema señalaba la necesidad de evaluar con mayor detalle los dos mecanismos principales que México diseñó en respuesta al creciente fenómeno de la niñez migrante que reside y circula en su territorio: la detención y la repatriación. A diferencia de otros aspectos que habían sido estudiados con profundidad —como la trata de NNA en Tapachula (Casillas, 2006; OIM, 2010)—, los procedimientos de control migratorio aplicados a la niñez habían tenido una atención menos exhaustiva.

Esta indagación se diseñó teniendo en cuenta además la oportunidad que significó no sólo la creciente presencia y visibilidad de la niñez migrante en México, sino también la creación, por parte del gobierno mexicano —entre los años 2006 y 2012—, de mecanismos como los Oficiales de Protección de la Infancia (OPI) y los Módulos del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF) en las estaciones migratorias, y la creación de la Mesa de Diálogo Interinstitucional sobre Niñas, Niños y Adolescentes no Acompañados y Mujeres Migrantes. Estas iniciativas, que coadyuvaron a colocar el tema de la niñez en un lugar más relevante en la agenda sobre política migratoria, deben analizarse con el objetivo de valorar en qué medida han significado un avance en el trato a NNA migrantes en la frontera sur, particularmente en el marco de medidas de detención y repatriación.

La investigación que aquí se presenta se enmarca en un proyecto de trabajo concebido para contribuir al diseño e implementación de políticas y prácticas respetuosas de los derechos de la niñez migrante en el contexto de la frontera sur. A través de una diversidad de acciones de recolección y análisis de información, que condujeron a la elaboración de este informe, se trata de promover la efectiva aplicación de los estándares internacionales en materia de derechos de la niñez en el marco de las políticas migratorias y de infancia en México. Aunque el análisis se ha centrado en prácticas que se implementan en los planos local y estatal (Tapachula y Chiapas), el desarrollo de la investigación ha tenido un marco más amplio,

observando las políticas a nivel federal, así como en los países de origen, en Estados Unidos de América y en el plano regional.

La investigación se diseñó a partir de las siguientes líneas de acción: a) evaluar la situación de los derechos humanos de la niñez en el contexto de la migración en la frontera entre México y Guatemala; b) fortalecer en los organismos gubernamentales, federales y estatales, y en organizaciones de la sociedad civil, el conocimiento sobre de los estándares internacionales de derechos humanos aplicables a la niñez en el contexto de la migración; c) identificar, a la luz de esos estándares, las principales falencias y contradicciones que afectan los derechos de NNA migrantes detenidos en la Estación Migratoria Siglo XXI (EMSXXI) o Albergue Temporal para Menores Migrantes del DIF estatal en Tapachula, y luego repatriados a su país de origen; y d) elaborar una serie de recomendaciones dirigidas a todos los actores concernidos, con la finalidad de avanzar en la aplicación de esos estándares en las políticas, normativas y prácticas que conciernen a esta temática.

En definitiva, el objetivo de esta iniciativa es, con miras a no duplicar esfuerzos y acciones, coadyuvar al trabajo que han venido realizando numerosas instituciones sociales en los últimos años, complementando esos diagnósticos con algunas herramientas teóricas y empíricas que contribuyan a elevar los niveles de protección y garantía de los derechos de la niñez migrante en la región. Por ello, junto con la investigación que se presenta en este informe, ambas instituciones se encuentran desarrollando una serie de actividades que, en articulación con otras organizaciones de la sociedad civil, están orientadas a la búsqueda de los consensos y los cambios necesarios para adecuar el trato que se da a la niñez migrante, a las obligaciones en materia de los derechos de niños, niñas y adolescentes en el contexto de la migración.

El contenido de este informe

En el primer capítulo se describe la metodología de investigación utilizada, el objeto de análisis y los obstáculos encontrados para acceder a la información. La investigación se desarrolló a partir de diversas herramientas de acceso, recopilación y análisis de información, y geográficamente se concentró en la frontera sur (México-Guatemala). En los capítulos de esta sección se explica por qué esta frontera, y en particular la ciudad de Tapachula, posee una relevancia paradigmática para analizar la migración de NNA desde Centroamérica hacia México y EU, así como las políticas y prácticas diseñadas para responder a este fenómeno.

El otro capítulo de la primera sección está dedicado a describir diferentes aspectos de la migración de niños, niñas y adolescentes centroamericanos hacia o a través de la región del Soconusco. Se analizan cuestiones como las causas de la migración, sus múltiples motivaciones

y objetivos, las condiciones en que se produce, los lugares de destino, entre otros factores. El objetivo de este capítulo es exponer la diversidad que caracteriza al grupo poblacional de NNA migrantes que luego son detenidos y repatriados desde México. Visibilizar esta heterogeneidad contribuye a identificar las falencias de las respuestas que las políticas y las prácticas dan a este fenómeno, usualmente caracterizadas por una mirada homogénea que no tiene en cuenta esa diversidad, y que conduce a la vulneración permanente de derechos de NNA.

La segunda sección contiene tres capítulos que intentan brindar un panorama sobre las políticas públicas aplicadas por México, y en menor medida por los países de origen y a nivel regional, en materia de niñez migrante. El primer capítulo describe algunos de los aspectos que, en nuestra opinión, caracterizan las políticas migratorias y las políticas de infancia en México, así como los niveles de articulación entre ambas. En contra de lo que prescriben las obligaciones en materia de derechos de NNA, las políticas migratorias prevalecen sobre las de infancia. El segundo capítulo examina la normativa vigente a nivel nacional y regional. A partir del marco constitucional, se analizan las leyes de migración, infancia y de refugiados y protección complementaria. Se examinan los principales aspectos positivos y negativos de la normativa, así como los cambios adoptados durante el desarrollo de esta investigación, con un énfasis especial en las cuestiones más estrechamente vinculadas con la detención y repatriación de NNA.

El último capítulo de esta sección examina una temática que de manera transversal impacta tanto en la política migratoria como en la política de infancia, y particularmente en la situación de la niñez migrante. Nos referimos a las políticas públicas en materia de producción y acceso a la información, así como los mecanismos de transparencia que funcionan, o no, en relación con esas temáticas. En este sentido, junto con el análisis de las medidas adoptadas por México para la producción de datos cuantitativos o cualitativos sobre NNA migrantes, sobre qué información se produce y/o difunde, se examinan los obstáculos encontrados a lo largo de la investigación. Estas trabas, de diversa índole y que afectan de manera particular el trabajo de las organizaciones de la sociedad civil, contradicen lo que debiera ser una política de protección de la infancia basada en una perspectiva de derechos. Los criterios en que se basan algunas decisiones revelan el imperativo de cumplir con objetivos de la política de control migratorio y, sin argumentos que lo sustenten, con prioridades de seguridad nacional.

La tercera sección de este informe está diseñada sobre la base de la información empírica obtenida mediante conversaciones informales mantenidas con NNA detenidos en la EMSXXI y el Albergue Temporal para Menores Migrantes del DIF estatal en Tapachula. A partir de esta información de primera mano, y de lo que han provisto otras fuentes —pedidos de

informes, entrevistas a funcionarios y organizaciones de la sociedad civil—, esta sección tiene como objetivo describir en qué consisten las prácticas de detención y repatriación de NNA migrantes, así como su impacto concreto en los derechos y garantías de esos niños y niñas y adolescentes.

Los capítulos de esta sección están, por ello, divididos temáticamente según el o los derechos que resultan afectados por esas prácticas. El primero describe la inexistencia de un procedimiento dirigido a garantizar que el principio del interés superior del niño sea, como exige la CDN, el criterio determinante en cualquier medida o decisión que pueda impactar en los derechos de NNA. Tanto cuando se trata de niños y niñas migrantes que están con sus padres, o uno de ellos, como de NNA no acompañados, las decisiones y el procedimiento para la toma de esas decisiones, revela el rol secundario que se asigna el principio de interés superior del niño, en contra de lo que exige la legislación vigente.

El capítulo siguiente da cuenta de la aplicación sistemática y generalizada del mecanismo de detención de NNA migrantes. También de la ausencia de medidas alternativas a la detención y, entre otros aspectos, de las condiciones inapropiadas en que se encuentran los niños y niñas en la EMSXXI. Diversos testimonios recogidos en la estación migratoria y el albergue dependiente del DIF, prueban el impacto concreto de algunas normas que legitiman la detención de NNA migrantes y revelan prácticas opuestas de manera flagrante a la propia Ley de Migración.

El tercer capítulo de esta sección analiza detenidamente la ausencia de garantías básicas de debido proceso en el marco de los procedimientos de detención y repatriación de NNA migrantes. Además de las falencias que en esta materia presenta la Ley de Migración —una cuestión que se examina en el capítulo sobre la normativa vigente—, este capítulo muestra cómo la privación de libertad y el retorno de NNA se deciden a través de mecanismos administrativos que carecen de los componentes más elementales de un debido proceso. A modo de ejemplo, se describe cómo la garantía de asistencia jurídica —reconocida en tratados internacionales y en la propia Constitución Política, así como en normativas específicas del Instituto Nacional de Migración (INM) y en convenios entre el INM y el DIF Chiapas—, no tiene vigencia alguna en el marco de estos procedimientos.

El capítulo siguiente está dedicado de manera específica al derecho al asilo. En base a las conversaciones informales con NNA solicitantes de asilo, y apelando a información complementaria recogida en el marco de la investigación, se examina cómo el derecho al asilo encuentra diversos obstáculos que, en ocasiones, ponen en serio riesgo su realización. La ausencia de garantías procesales, la situación de privación de libertad de estos NNA, la falta de información periódica y adecuada sobre el procedimiento, entre otros aspectos, conducen a

que muchos NNA opten por desistir de su petición y solicitar su repatriación, aun cuando ello pudiera derivar en algún riesgo para su vida o integridad física.

El capítulo que cierra esta sección observa otra cara de los procedimientos de detención y repatriación de NNA migrantes. Nos referimos a las prácticas de asistencia consular que los países de origen implementan para asistir a los NNA en el marco de esos procesos. Sin perjuicio de las diferencias existentes en cada uno de estos países, los testimonios de los NNA y el análisis de los programas y políticas implementadas por El Salvador, Guatemala y Honduras a través de sus representaciones consulares en Tapachula, revelan que existen importantes tareas pendientes para lograr la adecuación de las prácticas de asistencia consular a las obligaciones que emanan de la Convención sobre los Derechos del Niño.

El informe incluye una serie de recomendaciones dirigidas a diversas instituciones, en particular a organismos gubernamentales mexicanos, pero también de los gobiernos de El Salvador, Honduras y Guatemala, así como a otros actores públicos y de la sociedad civil. Estas recomendaciones, como la propia investigación, tienen como objetivo contribuir a los procesos políticos en curso —diálogos, debates, propuestas, cambios— que deberían conducir al diseño de políticas públicas y prácticas institucionales que mejoren progresivamente los niveles de protección de los derechos de las personas migrantes, y los NNA en particular, a través de enfoques integrales basados en los principios y fines definidos por el derecho internacional de los derechos humanos y por la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

RESUMEN EJECUTIVO

El Centro de Derechos Humanos Fray Matías de Córdova A.C. y el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús desarrollaron, entre agosto de 2010 y diciembre de 2011, una investigación dirigida a examinar la situación de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes (NNA) migrantes en la frontera entre México y Guatemala. La investigación se concentró en analizar cómo impactan los principales mecanismos de control migratorio aplicados por México en los derechos de esta población. Estos mecanismos son la detención (*aseguramiento, alojamiento o presentación*) y la repatriación (*devolución o retorno*) hacia sus países de origen. En concreto, el propósito de esta iniciativa fue identificar avances, deficiencias y desafíos pendientes en esta materia, a través del análisis de la legislación, las políticas públicas y su implementación.

La investigación se focalizó en la frontera entre México y Guatemala, que por sus características, posee una relevancia paradigmática para el análisis de los flujos migratorios en el territorio mexicano. Ello al menos por dos motivos. En primer lugar, porque en esta área se registra una presencia sostenida de dos tipos de flujos de niños y niñas migrantes: los que migran para trabajar en el Estado de Chiapas y los que transitan por esta frontera con el objetivo ulterior de llegar a Estados Unidos de América (EU). En segundo término, porque en esta frontera se pueden observar con claridad los efectos que tiene la política de México sobre NNA migrantes, ya que en esta región se concentra un número importante de dispositivos de control migratorio y, en particular, se detiene a prácticamente todos los NNA migrantes en situación migratoria irregular que son identificados a lo largo del territorio mexicano. En efecto, luego de su detención en cualquier punto del país, estos NNA son conducidos a centros establecidos en la ciudad de Tapachula, como paso previo a su repatriación.

El relevamiento de la información se concretó a través de diversos mecanismos: a) entrevistas a funcionarios públicos, académicos, representantes de organismos internacionales y organizaciones no gubernamentales; b) pedidos de información pública a través de los procedimientos existentes ante el Instituto Federal de Acceso a la Información (IFAI); c) consultas a organizaciones sociales de México y países centroamericanos, a través de un cuestionario *online*; d) búsqueda en bases de datos normativas y de jurisprudencia; e) monitoreo de la Estación Migratoria Siglo XXI (EMSXXI) y del Albergue Temporal para Menores Migrantes del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF) de Chiapas en Tapachula; f) conversaciones –informales- con NNA migrantes detenidos; f) recopilación y sistematización

de informes y publicaciones elaboradas por diversos actores clave en el tema; g) relevamiento de decisiones de organismos internacionales y regionales de protección de derechos humanos relativas a la situación de las personas migrantes y NNA en general, y en México en particular; y h) revisión y análisis de estadísticas oficiales sobre NNA migrantes.

Caracterización de los niños, niñas y adolescentes migrantes en la frontera sur

Diversas investigaciones realizadas en la última década por especialistas de distintas disciplinas y los casos relevados en este proyecto, permiten esbozar una categorización de los NNA migrantes que son conducidos a la EMSXXI o al Albergue del DIF estatal y, eventualmente, repatriados a sus países de origen.

a) Numerosos informes dan cuenta de la presencia de NNA centroamericanos en Chiapas y particularmente en la ciudad de Tapachula y las áreas agrícolas de la región del Soconusco. También señalan su participación en el trabajo del hogar, en el área de servicios, la venta ambulante, entre otros espacios, y la problemática de niñas y adolescentes que son víctimas de explotación sexual. El creciente número de NNA migrantes en el comercio informal y el trabajo agrícola (fincas de café, plantaciones de frutas, etc.) ha sido ampliamente destacada en diversas investigaciones. La presencia de NNA migrantes en la zona se debe, por un lado, al histórico flujo migratorio hacia la región, en especial desde Guatemala, que se inicia a finales del siglo XIX, y por otro lado, a la profundización del propio fenómeno de la niñez migrante, tanto en la región como a nivel global, que también se ha verificado en las migraciones de las últimas décadas hacia el Soconusco.

La información recabada durante nuestra investigación, especialmente en la EMSXXI y en uno de los países de origen (Guatemala), y los informes elaborados por otras instituciones, han permitido constatar que un número considerable de los NNA repatriados residía en Chiapas. Es decir, no se encontraban en tránsito por el territorio mexicano con destino final Estados Unidos. Algunas fuentes de información señalan, por su parte, que cerca de un 50 por ciento de los NNA guatemaltecos repatriados desde Tapachula en 2010, se encontraba trabajando y/o residiendo en Chiapas al momento de su detención por el Instituto Nacional de Migración (INM).

b) El otro grupo de NNA migrantes cuantitativamente importante en la región está conformado por quienes se encuentran en tránsito hacia EU. Según las estadísticas oficiales, esta migración tuvo su nivel más alto en 2005, luego mermó, y desde 2009 se ha estabilizado. La cantidad de niños, niñas y adolescentes migrantes también se acrecentó considerablemente

en la primera década de este siglo. Si bien destacan que ese número se ha reducido un poco en el último lustro, algunos informes indican que durante 2011 la cantidad de NNA no acompañados que tienen como destino final EU, se ha incrementado, una tendencia que se diferencia de la evolución del volumen general de migrantes hacia ese país. Las causas de esta migración no difieren, en general, de las que empujan a migrar a millones de personas en otras regiones: la privación de derechos fundamentales y oportunidades básicas en los países o regiones de origen sobresale entre los principales factores determinantes de la migración.

Ahora bien, en el caso de NNA no acompañados, hay que agregar otros factores de igual relevancia, como la necesidad de concretar la reunificación familiar, la demanda de mano de obra barata de sectores informales y precarios del mercado laboral, y la violencia familiar, social o institucional en los países de origen. Estas causas, junto con políticas y leyes migratorias cada vez más restrictivas, contribuyen a la proliferación de vías irregulares para la migración de estos niños/as, generalmente en condiciones de elevada vulnerabilidad.

La reagrupación familiar, que ocupa un lugar importante entre los objetivos que impulsan la migración de NNA no acompañados, responde, por un lado, a la ausencia de programas de regularización en EU, situación que impide a quienes ya viven en ese país, iniciar un proceso de reunificación familiar. Además, las limitaciones que la irregularidad impone a las visitas periódicas de familiares en el país de origen (por el temor a no poder reingresar a EU) dificultan una circularidad migratoria regular. Por otra parte, son importantes los obstáculos y demoras que caracterizan los procesos de reunificación familiar iniciados por adultos que ya poseen un permiso de residencia.

c) Entre la población de NNA detenidos en la frontera sur puede identificarse un tercer grupo conformado por aquellos/as que resultan afectados por distintas situaciones de violencia. El abuso, el maltrato y la violencia intrafamiliar, o el abandono, urgen a muchos NNA a migrar. También migran hacia México muchos adolescentes de países centroamericanos que buscan asilo en ese país, ante la violencia y la persecución sufrida a manos de *maras* o pandillas. Por su parte, el incremento de las redes de trata de personas (que se aprovechan de la vulnerabilidad generada por las circunstancias antes mencionadas) afecta especialmente a NNA que migran engañados y son víctimas de la explotación laboral y sexual.

En los casos relevados en la EMSXXI en el marco de esta investigación, hemos verificado todas y cada una de estas circunstancias: niños, niñas y adolescentes que migran hacia Estados Unidos o hacia otros estados de México para reunificarse con sus padres a quienes no veían desde hacía muchos años; otros/as que migran junto a sus padres, madres o

ambos; NNA que residían en Tapachula y fueron detenidos tras una verificación migratoria en su lugar de trabajo; NNA migrando hacia el norte en búsqueda de oportunidades laborales y educativas; niñas víctimas de redes de trata de personas; niños y niñas que solicitan asilo como consecuencia de la violencia sufrida en su país de origen.

Obstáculos a la investigación

Durante el desarrollo de esta investigación hemos encontrado obstáculos para acceder a distintas fuentes de información, en particular para ingresar a la EMSXXI para realizar entrevistas y conocer la situación de los NNA allí detenidos. Al solicitar autorización para hacer las visitas, y luego de algunos meses de la solicitud formal, el INM informó que se debía cumplir con una serie de condiciones. En el intercambio de cartas que generó el pedido, quedó en evidencia un preocupante desconocimiento de los estándares que surgen de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), especialmente en cuanto a considerar a los niños y niñas como sujetos de derechos, con capacidad de decisión y discernimiento. En función del principio de autonomía progresiva, el ejercicio de estas capacidades debe garantizarse de manera creciente según la edad y madurez de cada persona.

Entre los requisitos exigidos, el INM indicó que, cuando se tratara de niños no acompañados, debíamos contar con una autorización expresa del representante consular para cada uno de los casos. El INM señaló que los cónsules son los representantes legales o tutores de los niños y niñas no acompañados. Frente a la imposición de este requisito, y advirtiendo su fundamentación, presentamos diversos argumentos sobre la errónea interpretación que se estaba haciendo de la función de asistencia consular. Reseñamos los derechos de estos NNA a un tutor y a la asistencia jurídica, y destacamos que la obligación de garantizarlos es del país en cuya jurisdicción se encuentran los niños.

Sin embargo, el INM mantuvo de forma inamovible su posición legalmente equívoca de exigir autorizaciones por escrito de las autoridades consulares en cada caso individual. Entre otros motivos, alegaron la “incapacidad natural y legal” de los menores de 18 años —con base en el Código Civil mexicano, incompatible con la letra y el espíritu de la CDN—, y la necesidad de evitar la revictimización de NNA migrantes que se encuentran en una situación vulnerable. Por el contrario, sostuvimos, tal vulnerabilidad se agrava por la circunstancia de estar privados de la libertad, sin la posibilidad de ejercer garantías mínimas de debido proceso. Las restricciones impuestas a organizaciones de la sociedad civil para prestarles asistencia, o incluso para entrevistarlos, profundizan el aislamiento y la vulneración de derechos.

Esta situación nos impidió implementar la metodología de recolección de información por medio de las entrevistas que habían sido diseñadas especialmente en el marco de esta investigación. Sin embargo, el CDH Fray Matías de Córdoba fue autorizado a ingresar a la EMSXXI a partir de agosto de 2011, para “realizar únicamente actividades de información y promoción de los derechos humanos de los migrantes”.¹ Esta habilitación se aprovechó para conversar informalmente, en el marco de actividades de difusión de derechos, con adolescentes detenidos en el Módulo de Atención para Menores Migrantes en las Estaciones Migratorias (MAEM) y demás áreas de la estación, lo cual nos permitió conocer su situación, estado anímico, los motivos por los que migraban, la forma en que habían sido detenidos y las condiciones en que se concretaba la privación de libertad.

Sin embargo, a partir de diciembre de 2011, las profesionales del Fray Matías enfrentaron obstáculos y restricciones adicionales para realizar su trabajo. Luego de un cambio de autoridades en la EMSXXI, se prohibió el acceso al MAEM (a cargo del DIF) y a otras áreas donde se encuentra la población allí detenida (comedor, dormitorios, etc.). Desde entonces se habilitaron únicamente reuniones con los NNA en oficinas del personal del Instituto y usualmente con presencia impuesta de alguna autoridad. Esta situación ha provocado prácticamente la suspensión de las conversaciones informales con esos niños y niñas. Este tipo de obstáculos, similares a los que han enfrentado otras organizaciones con anterioridad, no responde a circunstancias ni decisiones aisladas, a errores o malas interpretaciones, sino a estructuras y prácticas burocráticas instaladas.

Diez problemas sobre políticas de migración e infancia en México

El análisis de las políticas migratorias y de infancia, y su implementación, así como de la situación concreta de los NNA migrantes que son detenidos en México y luego repatriados, permite esbozar los siguientes diez nudos problemáticos. Estas cuestiones indican la diversidad de desafíos pendientes en México y a nivel regional, y de ellos se derivan una serie de efectos negativos en los derechos humanos de esos niños y niñas que migran hacia o a través del territorio mexicano.

¹ Sin embargo, en la solicitud para ingresar a la estación migratoria, el CDH Fray Matías había pedido el ingreso no sólo para actividades de difusión y formación en derechos, sino también para asesoramiento legal y defensa de los derechos humanos de la población migrante allí detenida.

1. La política migratoria en México está caracterizada por una serie de contradicciones o ambivalencias entre aspectos positivos y negativos, en términos de reconocimiento normativo y ejercicio efectivo de derechos de la población migrante.

Tanto la legislación como los discursos, los programas diseñados por el poder ejecutivo y las prácticas que los implementan, contienen numerosas contradicciones. Por un lado, se reconocen derechos de las personas migrantes, y por el otro, se legitima un trato que vulneran los principios, estándares y obligaciones internacionales y constitucionales que consagran esos derechos.

2. En los últimos años el Estado ha desarrollado diversos mecanismos relativos a NNA migrantes. Aunque algunas de estas iniciativas significan un avance considerable frente a la invisibilidad que antes tenía este fenómeno, aún restan importantes y numerosos desafíos pendientes para cimentar una política de migración e infancia que esté orientada por el principio de protección integral de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Entre esas iniciativas cabe mencionar la creación de los Oficiales de Protección a la Infancia (OPI) y de los MAEM, ambas adoptadas en el seno de la Mesa de Diálogo Interinstitucional sobre NNA no Acompañados y Mujeres Migrantes. Estas medidas, en el contexto político en el que se han desarrollado, enfrentan dos problemas de fondo que determinan su escaso impacto en la protección de los derechos de esos NNA.

En primer lugar, la primacía de los objetivos de la política migratoria por sobre la política de protección integral de la infancia. De ahí la función clave de los mecanismos de control y sanción de la migración irregular, en una política migratoria enmarcada en criterios de seguridad nacional. Ello no sólo implica que los OPI no tengan facultad alguna para indicar o decidir las medidas a adoptar en cada caso en el interés superior de cada niño o niña, sino también que el rol del DIF en ese contexto sea claramente secundario y funcional a las decisiones del INM, es decir, a los fines de la política migratoria.

En segundo lugar, la inexistencia de un órgano rector encargado de la política integral de protección de la infancia cuyo mandato esté centrado en la plena implementación de la CDN en todo el territorio, incluyendo el trato a NNA migrantes. A ello se debe sumar el enfoque tutelar y asistencial que caracteriza al Sistema Nacional DIF, que se corrobora por las limitaciones de la atención que brinda a niños, niñas y adolescentes en el marco de los procedimientos de detención y repatriación.

3. La nueva Ley de Migración incorpora principios de la Convención que colocan a México en una posición de avanzada en materia de regulación normativa sobre derechos de NNA migrantes. Este marco normativo se ve a su vez fortalecido por la reforma en derechos humanos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM). Sin embargo, en la nueva ley migratoria también se identifican cláusulas y lagunas que limitan o contradicen ese postulado, especialmente en lo relativo a derechos y garantías claves en el contexto de la migración irregular de niños, niñas y adolescentes.

Esta ley, siguiendo la reforma constitucional, reconoce el interés superior del niño como el criterio que debe guiar cualquier medida o decisión que pueda afectar los derechos de niños, niñas y adolescentes. También incluye el reconocimiento de derechos a todas las personas migrantes —por ejemplo, al debido proceso—, y ciertos mecanismos de protección especial a NNA migrantes, en particular de los no acompañados, como el deber impuesto al INM de *canalizarlos* de manera inmediata al DIF, y la obligación de diseñar, a través de la reglamentación, un Procedimiento de Determinación del Interés Superior del Niño (DIS).

Ahora bien, la misma ley legitima la detención de NNA migrantes al regular las condiciones que deberían tener en las estaciones migratorias, al no prohibir expresamente su privación de la libertad por razones administrativas tal como obliga la Constitución mexicana y al no regular cómo debe realizarse la canalización al DIF y cuáles serían las condiciones de los centros a cargo del DIF. Asimismo, la ley ha omitido incluir garantías procesales básicas en casos de niños/as no acompañados, como el derecho a un tutor. Finalmente, cabe mencionar que las propuestas de reglamentación no han modificado o atenuado estos problemas, y la regulación del procedimiento DIS presenta serias carencias y falencias.

4. Desde la aprobación de la Ley de Migración han entrado en vigor numerosas disposiciones relativas a los derechos de NNA migrantes. Pese a ello, las prácticas de detención y repatriación de niños y niñas implican serias contradicciones con derechos y garantías reconocidos en la Convención, en la CPEUM, en la propia Ley de Migración y otras normativas.

Tanto los procedimientos que determinan la detención y repatriación de NNA migrantes, como las decisiones en sí mismas —quién la adopta, con qué fundamentos, etc.—, no se han modificado en aspecto alguno desde que entró en vigor la ley migratoria. Sólo a modo de ejemplo, es preciso señalar la inexistencia de medidas que den cumplimiento a la obligación de canalizar de manera inmediata a los NNA al DIF, o la ausencia de programas o servicios dirigidos a asegurar el derecho a la asistencia jurídica gratuita en esos

procedimientos, pese a que su reconocimiento normativo es incluso previo a la nueva ley (ya figuraba en las Normas para el Funcionamiento de las Estaciones Migratorias y en los acuerdos celebrados entre el INM y el DIF Chiapas en 2009 y 2010).

5. Frente la irregularidad migratoria de NNA migrantes, las respuestas son homogéneas en la amplísima mayoría de los casos, tal como lo demuestran las estadísticas y otras fuentes de información. Ello invisibiliza las complejidades, particularidades y vulnerabilidades de cada caso. Las circunstancias de cada NNA se subsumen a los objetivos prioritarios de control y gestión de la migración irregular, con los consecuentes perjuicios para sus derechos, es decir, para el presente y el futuro de estos niños y niñas.

Estas particularidades podrían identificarse y valorarse si se estableciera un procedimiento DIS, tal como ordena la propia Ley de Migración (artículo 74). Asimismo, contra las prioridades que definen la actual respuesta estatal al fenómeno de la niñez migrante, la primacía de una política de protección integral de infancia sobre la política migratoria llevaría indefectiblemente a considerar esas particularidades a fin de guiarse en cada caso según los estándares y principios sobre derechos de niños, niñas y adolescentes.

6. La política migratoria, y en particular los mecanismos dirigidos a la detención y repatriación de NNA migrantes, recurre a una serie de eufemismos que no sólo suponen un déficit semántico que opone la palabra a la realidad de los hechos. El principal problema de la utilización de esos eufemismos es que invisibiliza la verdadera naturaleza jurídica de prácticas estatales violatorias de derechos fundamentales y dificulta el análisis, monitoreo y evaluación de la política migratoria.

La normativa y la información oficial denominan *aseguramiento* o *presentación* a la orden de alojamiento de una persona migrante en una estación migratoria, es decir, en un centro de detención en el cual se encuentra privada de su libertad. La gravedad de no utilizar los conceptos jurídicamente adecuados se ve constatada por la ausencia de derechos y garantías básicos que deben asegurarse en una situación privativa de libertad. De igual manera, detrás de medidas de *devolución* o *retorno voluntario* de NNA, en procedimientos carentes de garantías procesales elementales, se detectan decisiones más cercanas a una expulsión o deportación. El hecho de que muchos NNA firmen voluntariamente su repatriación no le quita el carácter forzoso a una medida adoptada en un contexto de detención, sin garantías y sin ofrecer otra alternativa que el regreso a su país.

En tanto estas decisiones de control migratorio son presentadas mediante términos que no dan cuenta de su real naturaleza jurídica, presentan un serio déficit en relación con los derechos y garantías que deberían guiar su aplicación. Pero además, la falta de reconocimiento del significado real de esas medidas, y por ende de su contenido sustantivo, repercute en la ausencia de mecanismos de monitoreo (por parte de organismos públicos independientes y de organizaciones de la sociedad civil) y de políticas de producción de información cualitativa, que deberían estar garantizadas en el contexto de un centro de detención. El limitado rol de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) como mecanismo de supervisión de las decisiones y de monitoreo permanente de las condiciones de detención, y los obstáculos existentes para el seguimiento de ambas cuestiones por parte de entidades de la sociedad civil, no están desligados de una política que encubre, también en el discurso, la naturaleza de sus acciones.

7. Existe una grave y generalizada falta de información cuantitativa y en especial cualitativa sobre NNA migrantes, que obstruye el diseño de políticas públicas integrales dirigidas a la protección de los derechos humanos de la infancia y la adolescencia en situación migratoria irregular. Producir, difundir y garantizar el acceso a esta información es responsabilidad del Estado a través de los organismos competentes.

Un porcentaje considerable de información producida por el Estado en relación con los NNA migrantes, se limita a las estadísticas que periódicamente elabora el INM sobre niños y niñas que son detenidos y repatriados a su país de origen. Sin embargo, se evidencian serias carencias en cuanto a la producción de información que debería ser vital para el diseño de políticas que frente al fenómeno de la migración de NNA, estén orientadas a contar con los mecanismos adecuados para garantizar su protección integral en cada caso.

Por un lado, falta información cualitativa que debieran producir el INM, el DIF y otros organismos que intervienen en el trato a NNA migrantes; por ende tampoco existen mecanismos de evaluación y análisis periódico de esa información. Esta carencia es, en buena medida, coherente con una política que está regida por los objetivos de control migratorio, donde la protección integral de los niños y niñas tiene un carácter secundario. No obstante, podría esperarse que ciertos actores que interactúan cotidianamente con NNA migrantes, como los OPI, produjeran alguna clase de información sustantiva a partir de las entrevistas que efectúan para completar los expedientes administrativos de cada persona. Lo mismo podría afirmarse respecto de los agentes del DIF que toman contacto con los adolescentes que

asisten a los Módulos de Atención ubicados en las estaciones migratorias. Sin embargo, no existe una decisión o directiva en tal sentido, ni en el DIF ni en el INM.

Por otra parte, como ya se adelantó, la falta de producción de información se agrava por las dificultades u obstáculos que enfrentan diversos actores, en particular las organizaciones de la sociedad civil, para acceder a la información. No nos referimos a los mecanismos existentes para solicitar y acceder a información pública, sino al ingreso a estaciones migratorias, a la posibilidad de monitorear las condiciones de detención, o conversar en circunstancias adecuadas con los NNA allí detenidos. También, a la poca información que los propios NNA reciben sobre su situación, el expediente y el proceso administrativo, así como las razones de una u otra decisión. Estas deficiencias revelan un importante déficit en los niveles de transparencia en las políticas y prácticas relativas a la niñez migrante.

8. Los procesos de reforma de normas y políticas públicas, así como la supervisión de la aplicación de normativas emergentes de dichos procesos, han estado caracterizados por importantes restricciones a la participación de sociedad civil. Esto dificulta un abordaje integral en el diseño e implementación de las políticas y limita severamente el rol central de la sociedad en su evaluación y monitoreo. Los mecanismos creados en materia de NNA migrantes presentan este mismo déficit.

En estos últimos años se han desarrollado una serie de propuestas en el campo de la política migratoria, que han conducido o bien a la implementación de un determinado programa o medida, o bien a la reforma del marco normativo. En estas circunstancias, las organizaciones de la sociedad civil, particularmente en el marco de espacios de articulación interinstitucional —como el Foro Migraciones o el Grupo de Trabajo sobre Política Migratoria— han señalado repetidamente la falta de instancias que permitan o faciliten la participación en la discusión y el diseño de esas iniciativas. En otras ocasiones, han destacado que los mecanismos de participación existentes no eran adecuados o no aseguraban condiciones mínimas para garantizar una intervención con capacidad de incidencia en los distintos temas. El proceso de adopción de la nueva Ley de Migración, así como la discusión acerca de su reglamentación, ha estado signados por los reclamos de la sociedad civil en este sentido.

De igual manera, algunas iniciativas que se han llevado adelante en estos años en lo relativo a los NNA migrantes, han omitido la participación de la sociedad civil. El acta de

constitución de la Mesa de Diálogo Interinstitucional sobre NNA no Acompañados y Mujeres Migrantes, establece que se compondrá de representantes de organismos estatales, agencias internacionales y organizaciones de la sociedad civil. Sin embargo, la sociedad civil no ha sido incorporada a este espacio más que a través de invitaciones aisladas a alguna institución en particular para una determinada reunión. Ello no sólo ha impedido que la sociedad civil pueda aportar desde su experiencia y conocimiento a esta Mesa, elaborar y discutir propuestas, y contribuir a la evaluación de las decisiones adoptadas. Tampoco le ha permitido participar en procesos que han conducido, por ejemplo, a la creación de los OPI, los Módulos de Atención y otras iniciativas adoptadas en esa instancia interinstitucional.

9. La migración de NNA desde Centro a Norteamérica a través de la frontera sur de México, es un fenómeno que requiere un abordaje que excede el marco nacional y exige una respuesta integral, incluyendo un enfoque de derechos humanos. No obstante, hasta el momento las iniciativas bilaterales y regionales se han limitado a promover mecanismos destinados a facilitar la repatriación. La garantía de derechos fundamentales de niños y niñas migrantes en el contexto de la migración, así como la búsqueda de soluciones duraderas, individuales y generales, no han tenido el debido tratamiento en el ámbito bilateral o regional.

La elaboración e implementación de políticas eficaces en materia de protección integral de la infancia en el contexto de la migración, requiere no sólo medidas políticas, normativas y prácticas por parte de cada país involucrado, sea de origen, tránsito y destino. También demanda la articulación de esas respuestas y la adopción de mecanismos internacionales adecuados. Esto es, el diseño de compromisos, procedimientos y herramientas para su aplicación, que estén dirigidos a garantizar los derechos de los NNA migrantes.

Hasta el momento, México ha desarrollado un rol activo en la promoción de acuerdos internacionales relativos a NNA migrantes, como los Lineamientos regionales para la atención de niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados en caso de repatriación (2009). Ésta y otras iniciativas bilaterales o regionales incluyen algunos elementos relevantes desde una perspectiva de derechos —como el interés superior del niño como criterio rector del accionar de los estados involucrados—, pero son limitadas ya que carecen de los dispositivos y garantías específicas que deberían reconocerse para que, de manera efectiva, ese interés superior se vea asegurado en cada caso. En este sentido, la falta de reconocimiento de garantías de debido proceso, o más aún, la ausencia de un procedimiento de determinación del interés

superior —con las consiguientes responsabilidades que de ello derivarían para cada país—, son datos centrales para comprender el impacto relativo que estas iniciativas han tenido en términos de garantizar efectivamente los derechos de los NNA migrantes en la región.

10. La políticas públicas de los países de origen de NNA migrantes, así como la actuación de las representaciones consulares en el marco de los procedimientos de detención y repatriación, presentan deficiencias y lagunas que obstaculizan la posibilidad de adecuar esos procesos a los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Los problemas identificados en cuanto a la actuación de los países de origen en el contexto de los procedimientos de detención y repatriación implementados por México, se evidencian particularmente en dos aspectos. En primer lugar, en las prácticas de la asistencia consular, sin perjuicio de las verificadas diferencias en la actuación consular de El Salvador, Guatemala y Honduras. En general, se observan desde deficiencias en términos de recursos institucionales, respuestas oportunas y adecuadas a las demandas y necesidades de las personas migrantes, hasta cuestiones específicas en el caso de NNA. En este sentido, la falta de personal especializado en los derechos de la infancia constituye una debilidad sustantiva en términos de protección consular adecuada.

Ahora bien, las limitaciones más estructurales de la asistencia consular a NNA migrantes están determinadas por las políticas públicas diseñadas en el propio país de origen, del cual el consulado no es más que uno de los organismos de implementación. Un rol consular activo que, entre otras cosas, cuestione la práctica generalizada de detención de NNA migrantes en la EMSXXI, o que intervenga activamente en la discusión sobre si la repatriación es la medida más ajustada al interés superior del niño, requiere una definición política específica, un marco normativo adecuado y recursos suficientes, entre otras cosas.

El impacto de estos problemas en los derechos y garantías de NNA migrantes detenidos y repatriados

Las políticas, normas y prácticas examinadas en esta investigación revelan que, sin perjuicio de algunos cambios legislativos y ciertas iniciativas positivas que se destacan oportunamente, la situación de NNA migrantes en tránsito o residiendo en México de manera irregular, está determinada por los objetivos de la política migratoria. Esto tiene un impacto directo en una serie de derechos fundamentales de los que son titulares estos niños y niñas. En particular, la regulación normativa y la implementación de los mecanismos de detención y

repatriación, contradicen estándares internacionales de derechos humanos que México debería garantizar. Esta contradicción supone la vulneración sistemática de la Constitución Política, los tratados internacionales ratificados por el país e incluso la legislación federal y estatal de protección integral de la infancia.

La presencia de niños y niñas migrantes en el sur de México responde a situaciones diversas, e incluso a causas y objetivos migratorios diferentes. Miles viven y trabajan en Chiapas, otros tantos transitan hacia Estados Unidos, otros huyen de situaciones de violencia o persecución. No obstante estas diferentes circunstancias, la práctica evaluada en esta investigación indica que todos esos niños y niñas son privados de su libertad, sin que se implementen medidas alternativas a la detención. Asimismo, tal como revelan las estadísticas oficiales, y como hemos constatado por diferentes fuentes de información, la amplísima mayoría de niños y niñas migrantes son repatriados a sus respectivos países de origen, sin que su situación particular haya sido valorada previamente sobre la base del principio de interés superior del niño.

La política de detención y repatriación es la respuesta que el Estado da, por excelencia y casi con exclusividad, frente al fenómeno complejo, diverso y multidimensional de la migración de niños, niñas y adolescentes. Este enfoque repercute sin duda de manera negativa en derechos y garantías básicas, tal como comentaremos sucintamente a continuación y se describe en detalle en el informe final de esta investigación.

Estas violaciones pueden resumirse en las siguientes: repatriaciones y detenciones arbitrarias; inexistencia de programas que aseguren garantías elementales de debido proceso; restricciones al derecho al asilo; deficiencias de la protección consular; falta de mecanismos eficaces de atención integral a víctimas de delito, incluyendo víctimas de trata y otros delitos en el tránsito, y víctimas de violencia en el país de origen; y ausencia de iniciativas que permitan la reunificación familiar en EU.

a) Repatriaciones arbitrarias y ausencia de procedimientos adecuados

Los procedimientos que conducen a evaluar la situación de niños, niñas y adolescentes migrantes, al estar casi exclusivamente dirigidos a concretar lo antes posible la repatriación, no contemplan herramientas eficaces para determinar el interés superior del niño. Por el contrario, todo indica que, en realidad, prima un “interés superior *al* niño”: los objetivos de control de la política migratoria. Sin perjuicio de algunos pocos casos de niños y niñas migrantes centroamericanos que acceden al status de refugiado o a una modalidad de

protección complementaria, prácticamente todos ellos son repatriados a su país de origen, sin que medie una evaluación exhaustiva de su situación. Los organismos públicos competentes, con la debida formación y conocimientos, debieran comprometerse en esta evaluación que debe basarse en el interés superior de cada niño, de acuerdo con las circunstancias individuales de cada persona.

En relación con los NNA no acompañados, y aunque la Ley de Migración así lo prescribe, no existe aún un Procedimiento de Determinación del Interés Superior del Niño. Las propuestas de reglamentación existentes hasta el momento indican que el INM continuaría a cargo de la decisión sobre qué hacer con cada NNA. Al contrario, debería ser en lo inmediato el DIF —y en el mediano plazo, un futuro órgano rector de la política de protección integral de infancia— quien determine las medidas de corto y largo plazo más adecuadas para cada niño o niña, en el marco de un procedimiento con todas las garantías.

Los Oficiales de Protección a la Infancia, si bien tienen una formación en derechos de la niñez, son agentes migratorios y no tienen facultades para decidir el destino de los niños y niñas. En el mejor de los casos, se limitan a hacer entrevistas a los NNA, con el objetivo de recoger la información necesaria para la repatriación. En este sentido, ni los OPI ni ningún otro organismo, elabora un dictamen o decisión fundada que permita justificar, con base en las circunstancias de cada caso, que la repatriación es la medida más adecuada al interés superior del niño. Esto provoca que la decisión sea arbitraria y contraria a las obligaciones establecidas por la Convención sobre los Derechos del Niño y las directrices fijadas por el Comité que supervisa el cumplimiento de este tratado por parte de los estados. Esta situación se agrava, a su vez, en razón de la condición privativa de la libertad en que se encuentran los NNA migrantes y la ausencia de políticas que aseguren las garantías básicas de debido proceso.

b) Detenciones administrativas automáticas

El INM, que es una autoridad administrativa, concreta las detenciones de NNA migrantes sin necesidad de esgrimir justificación alguna. La privación de la libertad es la única respuesta que se da ante la irregularidad migratoria de estos niños o niñas. Se vulnera de esta manera el principio de no detención de niños por razones administrativas que establecen los estándares internacionales, así como las exigencias de la propia Constitución Política de México en idéntico sentido. Tampoco se consideran las diferentes circunstancias en que se encuentra cada menor de edad.

Pese a que la Ley de Migración (y, desde 2010, también las Normas para el Funcionamiento de las Estaciones Migratorias) obliga al INM a *canalizar* de manera inmediata a los NNA migrantes, la autoridad migratoria incumple sistemáticamente con este imperativo. La *canalización* supone una respuesta alternativa a la detención pero hasta ahora es sólo una prescripción legal que no ha permeado la práctica. Los mayores de doce años son detenidos en las estaciones migratorias, y en muchos casos, como hemos constatado, también se encuentran alojados allí niños y niñas de menor edad.

La detención en la EMSXXI afecta además a madres y padres con niños muy pequeños, ante la inexistencia de centros no privativos de la libertad para las familias migrantes. La Ley de Migración nada dice sobre la situación de estas familias, ya que se limita a señalar el deber de canalizar a los NNA no acompañados.

Luego en los pocos casos en que los NNA han sido canalizados al DIF, por ejemplo, por ser menores de doce años, también allí se encuentran privados de su libertad, aunque en un centro no coordinado por el INM. Asimismo, es importante destacar que tanto en la estación migratoria como en el Albergue DIF, niños que han sido víctimas o testigos de delitos, así como los solicitantes de asilo, son detenidos a la espera de la resolución o el avance de sus respectivos trámites administrativos o judiciales, según el caso.

En cuanto a las condiciones de detención, es preciso señalar algunas cuestiones que se han verificado en la investigación realizada en la EMSXXI. Los NNA se encuentran prácticamente todo el día a disposición de agentes del INM; permanecen la mayor parte del día en el comedor y el patio, y a la noche, de 20 a 8 horas, están encerrados en la habitación.

El acceso al Módulo del DIF de Atención a NNA no acompañados, que se encuentra dentro de la estación, está limitado a tres horas al día, usualmente no tiene espacio para todos los adolescentes que están detenidos y en ocasiones permanece cerrado. Este panorama revela por sí mismo el limitadísimo impacto que tiene la actuación del DIF en los derechos de los NNA allí detenidos, así como en su futuro inmediato y mediano. Esto se agrava por el poco personal asignado al Módulo, y por el hecho de que las decisiones siguen a cargo del INM. En efecto, el DIF, al igual que los OPI, no interviene en el proceso que conduce a la detención —pese a que por ley todos deberían ser canalizados de manera inmediata—, ni tampoco tiene incidencia en lo que atañe a las condiciones de detención.

La detención, a su vez, muchas veces excede el plazo fijado en la Ley de Migración y en caso de que el niño o niña decida apelar una decisión de repatriación o la denegación de la solicitud de asilo, se puede prorrogar indefinidamente, tal como admite la propia la ley. Por

otra parte, la detención puede prolongarse por razones tan inaceptables como que el “cupo mínimo” del autobús no se haya alcanzado, como hemos verificado a través de diálogos con los NNA detenidos y con el personal del INM asignado a la estación. Finalmente, es importante destacar que de las conversaciones con NNA detenidos, se deducen las deficiencias en la prestación de servicios básicos como la alimentación, la atención sanitaria y la asistencia psicológica, circunstancias que agravan la situación privativa de la libertad, causando un daño particularmente grave en el caso de niños y niñas.

c) Ausencia de garantías básicas de debido proceso

Aunque la nueva Ley de Migración ha reconocido el derecho a las garantías de debido proceso (entre otras, a tener representante legal, presentar pruebas, alegar y obtener una decisión fundada), se corrobora en la práctica un incumplimiento flagrante de esa normativa. No existen mecanismos concretos que garanticen el derecho a la asistencia jurídica gratuita, el acceso a la justicia, o incluso la participación de los NNA en el proceso. De hecho, el problema más serio es que, por ejemplo en el caso de la detención, no hay siquiera un procedimiento en el cual hacer valer las garantías para cuestionar esa decisión, impugnar sus fundamentos, etc.

En relación con los NNA no acompañados, no sólo se verifica la falta de representante legal, sino también de un sistema de tutoría que vele por el pleno respeto de sus derechos, de acuerdo con lo que prescribe la Convención sobre los Derechos del Niño. El INM, en los intercambios realizados con el equipo investigador, sostuvo que los cónsules son los tutores de los niños y niñas. Sin embargo, este criterio no tiene sustento legal alguno y así se le cuestionó fundadamente a ese organismo.

Por otra parte, aun cuando se asumió la obligación de brindar asistencia jurídica gratuita a NNA no acompañados —mediante convenios entre el DIF Chiapas, la Comisión Mexicana para los Refugiados (COMAR) y el INM, en 2007 y 2009, y en las propias normas de funcionamiento de las estaciones migratorias—, hasta el momento no se ha implementado programa alguno para hacer efectivo ese derecho. En la práctica, de los casos relevados en la investigación, ninguno de los niños o niñas migrantes detenidos y sometidos a trámites de retorno contaron con asistencia legal, con un tutor, o con información sobre el estado del trámite y sobre el derecho a ser asistidos por un representante legal.

En definitiva, tanto por las deficiencias del proceso en sí como por la ausencia de garantías básicas, uno de los principios medulares de la Convención, el derecho a la participación y a ser oído, no tiene prácticamente ninguna forma de hacerse efectivo.

d) Restricciones al derecho al asilo

Los NNA solicitantes de asilo ejercen su derecho a solicitar y recibir asilo en condiciones inadecuadas, caracterizadas por diversas restricciones a derechos y garantías fundamentales. Estos niños y niñas están detenidos durante todo el procedimiento, que puede extenderse por varios meses, sin una medida alternativa no privativa de su libertad, contradiciendo estándares básicos en la materia.

A su vez, deben presentar su solicitud de asilo y, en caso de una resolución negativa, la apelación, sin la posibilidad de acceder a garantías básicas como la asistencia jurídica o el acompañamiento de un tutor (en casos de niños/as no acompañados). Cuentan con muy poca información y una limitadísima participación en el procedimiento. Esta privación de garantías elementales del debido proceso es particularmente grave en el caso de NNA no acompañados, más aun cuando han sufrido alguna situación traumática en su país que precisamente los ha llevado a salir en busca de protección.

En este contexto no resulta sorprendente la existencia de un número considerable de niños y niñas solicitantes de asilo que optan por desistir de su petición y acogerse al retorno “voluntario”. El temor a ser repatriado termina siendo una cuestión secundaria frente al imperativo de estar en libertad para, en todo caso, volver a ingresar a México ni bien se concreta el retorno. Muchos NNA con quienes hemos conversados en el marco de esta investigación manifestaron su desesperación por su situación de encierro, la demora en la resolución sobre su solicitud y la ausencia de información y de medidas de atención psicológica adecuada. Así fundamentaban su decisión de abandonar el trámite, aún a riesgo de su vida o integridad física.

e) Deficiencias en la asistencia consular

En la investigación se han podido constatar diversos problemas en cuanto a la asistencia consular a NNA migrantes por parte de sus países de origen. En primer lugar, existe una ausencia preocupante de la perspectiva de niñez en sus prácticas de atención consular. Las representaciones consulares no cuentan con personal especializado en derechos de la infancia, ni con protocolos o directrices de actuación dirigidos a asegurar el interés superior del niño en los procedimientos en que son parte.

En relación con ello, los países de origen no cuentan con políticas públicas que tengan por objeto la elaboración de informes socio-ambientales u otra clase de información —general

y sobre cada caso— que permita decidir si se apoya o rechaza la repatriación de un niño o niña desde México. Tampoco para ayudar a los NNA, si fuera el caso, a solicitar una reunificación familiar en Estados Unidos u otra solución más adecuada a su interés superior, según las características particulares de cada caso.

Por estas razones, en la actuación consular no se cuestionan los mecanismos de repatriación y detención. En la amplia mayoría de los casos la actuación se limita a recolectar la información necesaria para que México pueda ejecutar la repatriación. Este rol funcional obstruye el planteo de un debate centrado en los derechos de los niños y niñas, que incluya las causas de la migración, las necesidades de protección de cada uno/a y, por ende, las alternativas de corto y largo plazo que permitan asegurar sus derechos y su desarrollo en condiciones dignas, adecuadas y sostenibles.

Finalmente, es preciso señalar la ausencia de programas que, tanto en el país de origen como a través de los consulados, estén dirigidos a recoger, analizar y sistematizar información sobre niños y niñas migrantes. Esto dificulta, por un lado, el diseño de políticas públicas integrales que estén orientadas a asegurar los derechos de la niñez en este contexto, a través de un enfoque que incluya respuestas en los planos nacional, bilateral y regional. Y por el otro, la evaluación y adecuación de las prácticas de asistencia consular a las necesidades y desafíos existentes para los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

RECOMENDACIONES

A partir de la información recolectada durante la investigación, resulta indudable la importancia de evaluar con profundidad, en el marco de procesos participativos, las políticas y prácticas existentes en materia de niñez migrante. Ello debe conducir a una serie de cambios sustanciales en los planos normativo e institucional, entre otros. Estos desafíos interpelan a una amplia variedad de actores: en primer lugar, sin dudas, al Gobierno de México a nivel federal, pero también, entre otros, a sus entidades federativas, a los países de origen y a Estados Unidos.

Las recomendaciones que aquí se presentan, basadas en el análisis de la información desde un enfoque de los estándares internacionales de derechos humanos, tienen como objetivo contribuir a las discusiones que requiere ese proceso de reforma. La complementariedad de actores, experiencias y de información, seguramente facilitará la búsqueda de las herramientas y los caminos adecuados, en el corto y largo plazo, para afrontar adecuada y legítimamente estos desafíos.

1. Al Gobierno Federal

A. Generales

1. Diseñar una **reforma integral de la política migratoria vinculada a la niñez**, con el objetivo de asegurar la preminencia de la política de protección integral de la infancia sobre la de control migratorio, en todas las normas, medidas y decisiones que afecten los derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes. Esta reforma debería incluir, entre otros aspectos, modificaciones como las siguientes:
 - a. Derogar las normas, mecanismos institucionales y prácticas que establecen la detención, así como la repatriación de NNA sin considerar la noción de protección integral de la niñez y el imperativo de determinar el interés superior del niño en cada caso.
 - b. Implementar, evaluar y hacer un seguimiento de los mecanismos más adecuados de coordinación y articulación interinstitucional entre las autoridades migratorias y los órganos encargados de la protección de la niñez, para una respuesta integral al fenómeno de la niñez migrante.
 - c. Promover reformas normativas e institucionales en lo relativo a la política de protección de los derechos de la infancia y adolescencia.

2. Este proceso de reforma, así como su implementación, debe realizarse desde un enfoque interinstitucional, que contemple la participación, entre otros, de las siguientes instituciones públicas:
 - a. Sistema Nacional DIF, Secretaría de Gobernación, Secretaría de Educación Pública, Secretaría de Salud, Secretaría de Desarrollo Social, Secretaría de Relaciones Exteriores, Secretaría de Trabajo y Previsión Social, Registro civil, poder judicial, Instituto de la Defensa Pública, Procuraduría General de la República, Comisión Nacional de Derechos Humanos; Fiscalía Especial para los Delitos de Violencia contra las Mujeres y Trata de Personas (FEVIMTRA); y los organismos respectivos en las diferentes entidades federativas.
3. Asegurar el **acceso y la participación de las organizaciones de la sociedad civil y otros especialistas en distintos procesos de diseño y articulación de estas políticas**. Esta participación debiera ser amplia y permanente.
 - a. Debería asegurarse la participación de la sociedad civil en grupos interinstitucionales diseñados específicamente para la elaboración del reglamento de la Ley de Migración, así como la posterior revisión de la ley, el reglamento y otras normas relativas a la protección de los derechos de la niñez migrante.
 - b. Debe garantizarse la participación de las organizaciones de la sociedad civil en la Mesa de Diálogo Interinstitucional sobre NNA No Acompañados y Mujeres Migrantes.
4. Diseñar **políticas específicas para la producción y evaluación periódica de información sobre niños, niñas y adolescentes migrantes en tránsito o residiendo en México**.
 - a. Debería conformarse una Base de Datos coordinada por autoridades de infancia, que articule información cuantitativa y cualitativa a producir por diferentes organismos públicos (federales y estatales), sobre las políticas, decisiones y prácticas que impactan sobre la niñez migrante, que valore además el ejercicio efectivo de los NNA de sus derechos y garantías fundamentales, y registre los obstáculos que encuentran para ello.
 - b. El acceso público a esta información debe estar plenamente garantizado.
5. Establecer un programa interinstitucional dirigido a **eliminar, en la normativa y en la práctica, la detención de NNA migrantes, a través de medidas no privativas de la**

libertad dirigidas a familias migrantes y a NNA no acompañados. A tal fin, debería iniciarse un proceso de diálogo que incluya a la sociedad civil, para el diseño, planificación, implementación y evaluación permanente de este programa.

- a. El programa debe incluir la reforma de la normativa migratoria con el objetivo de regular específicamente las medidas alternativas a la detención de migrantes en general, y de NNA y familias migrantes en particular.
- b. También debe contemplar la derogación artículo 111, numeral V de la Ley de Migración, que establece la prórroga indefinida de la privación de la libertad ante la presentación de recursos administrativos o judiciales.

6. **Definir y poner en funcionamiento un Procedimiento para la Determinación del Interés Superior del Niño (DIS)**, que asegure que toda decisión relativa a NNA migrantes no acompañados se adoptará, en el marco de un debido proceso legal, con el objetivo de garantizar la protección integral de sus derechos a través de medidas inmediatas de protección y de la búsqueda de soluciones duraderas para su desarrollo y vida digna.

- a. Ello incluye la modificación urgente de los artículos relativos a este tema en el anteproyecto de reglamento de la Ley de Migración, y la revisión, finalización e implementación del Modelo de Protección de los Niños, Niñas y Adolescentes, elaborado por la Mesa de Diálogo Interinstitucional sobre NNA no Acompañados y Mujeres Migrantes. La participación de la sociedad civil en este proceso debe estar asegurada.
- b. Deben contemplarse de manera explícita diferentes alternativas a la repatriación, que puedan ser prioritarias según el interés superior de cada niño o niña. Estas medidas pueden ser: la regularización —temporal o permanente— en México, incluyendo el ingreso de su familia para la reunificación; o facilitar el asentamiento y la reunificación familiar en un tercer país.

7. Implementar mecanismos para **asegurar las garantías de debido proceso** a las personas migrantes, y en particular a NNA, en cualquier procedimiento migratorio que pudiera derivar en su detención y repatriación, o afectar sus derechos. Ello incluye, entre otros aspectos del debido proceso, los siguientes:

- a. Asegurar de manera inmediata un servicio de **asistencia jurídica gratuita** a través de defensores provistos por el Instituto de la Defensa Pública u otro

- organismo con la suficiente competencia y capacitación en materia de derechos de NNA y derechos de personas migrantes y solicitantes de asilo.
- b. Diseñar un programa de **tutores para NNA migrantes no acompañados**, cuya función sea la de asegurar el pleno respeto y ejercicio de los derechos y garantías de estos NNA en todos los procedimientos —en particular migratorios y de determinación del interés superior— y decisiones que les afecten. Los y las tutores deben ser personas especialmente capacitadas en derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, el programa debe contar con recursos financieros suficientes, y la designación de tutores en cada caso debe realizarse con la mayor antelación posible.
 - c. Asegurar el **acceso de los NNA**, sus representantes legales y los órganos de protección de derechos humanos, **a los expedientes y a toda actuación administrativa migratoria**, garantizando el derecho de los NNA a ser oídos y a participar activamente en el proceso, de manera progresiva y autónoma según su edad y madurez.
 - d. Realizar las modificaciones normativas y operativas necesarias a fin de **garantizar el control judicial inmediato** de cualquier medida administrativa que dispusiera la privación de la libertad de una persona migrante.

B. Instituto Nacional de Migración (INM)

1. Diseñar, junto con la Subsecretaría de Población, Migración y Asuntos Religiosos, el DIF y otros organismos públicos, instituciones de la sociedad civil y agencias internacionales, una política que de cumplimiento efectivo al principio de no detención de NNA y familias migrantes.
2. Adoptar con urgencia todas las medidas necesarias para canalizar de forma inmediata, sin dilación ni excepción alguna, a los NNA migrantes al sistema estatal DIF correspondiente.
3. En caso de implementarse un Procedimiento de Determinación del Interés Superior del Niño, el INM debe abstenerse de trasladar a los NNA no acompañados al Estado de Chiapas para su posterior repatriación, en tanto esta medida sólo sería adoptada luego de un debido proceso, si fuera en su interés superior.
 - a. En consecuencia, el traslado de NNA migrantes sujetos a un procedimiento DIS estará guiado, precisamente, por las necesidades de protección de cada caso,

las situaciones de vulnerabilidad identificadas y los recursos existentes en cada Estado para garantizar de manera efectiva un alojamiento digno, no privativo de la libertad, y el acceso a sus derechos fundamentales.

4. Redefinir el rol y las competencias de los Oficiales de Protección a la Infancia (OPI), a fin de asegurar, por un lado, una atención adecuada a las necesidades y derechos de la niñez en cualquier contacto o intervención del INM que pudiera impactar en niños y niñas migrantes. Esta revisión incluiría aspectos como los siguientes:
 - a. Otorgar facultades específicas a los OPI para su intervención exclusiva en los casos que el INM tenga a NNA temporalmente bajo su jurisdicción.
 - b. Encargar a los OPI la canalización inmediata, sin dilación alguna, de los NNA migrantes al DIF federal o estatal correspondiente.
 - c. Reconocer competencia a los OPI para que, en representación del INM, intervengan en el Procedimiento de Determinación de Interés Superior del Niño y, consecuentemente, implementen las medidas que el órgano a cargo del procedimiento encargue al INM para la protección integral del niño o niña.
 - d. En tanto continúe la detención de NNA migrantes, debe asegurarse la presencia de los Oficiales de Protección a la Infancia en todo el territorio, en un número proporcional a la cantidad de NNA migrantes que son detenidos en cada Estado y a sus necesidades de atención.
5. Garantizar de manera amplia el acceso de organizaciones de la sociedad civil a las estaciones migratorias y los albergues DIF donde hubiere NNA detenidos a disposición del INM, y la posibilidad de entrevistar a los NNA detenidos, según su edad y madurez, y siempre que ellos presten su consentimiento. El acceso debe ser irrestricto a todas las áreas de la estación migratoria donde se encuentren los NNA (habitaciones, comedor, patio, módulo DIF, etc.).
6. Facilitar el acceso irrestricto de los representantes legales a las estaciones migratorias, sin limitaciones temporales y garantizándoles un lugar adecuado para realizar su trabajo.
7. Facilitar el acceso irrestricto de tutores de NNA no acompañados a las estaciones migratorias, hasta tanto exista la práctica de detención de niños, niñas y adolescentes.
8. Poner en marcha programas para la regularización migratoria de aquellos NNA que se encuentran en Chiapas, en caso que fuera en su interés superior.

C. Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF) Nacional

1. Diseñar, en articulación con las demás instituciones de la Mesa de Diálogo sobre NNA no Acompañados y Mujeres Migrantes, y con la participación de la sociedad civil, un **Procedimiento de Determinación del Interés Superior del Niño**.
2. **Adoptar un protocolo de actuación** que asegure que todo procedimiento y decisión que pueda impactar en los derechos de NNA migrantes (acompañados o no), se deberá **guiar por los principios fundamentales de la Convención sobre los Derechos del Niño**: el interés superior del niño, el derecho a la no discriminación, el derecho al desarrollo y a la vida, así como el derecho a la participación.
3. Diseñar y crear, a la mayor brevedad posible, **centros de protección de la infancia no privativos de la libertad**, para alojar temporalmente a NNA y familias migrantes, desde una perspectiva de protección integral de sus derechos, en el marco de procedimientos migratorios, de DIS u otros conexos que pudieran afectarlos.
4. Promover, a través de actos administrativos, resoluciones y otras vías administrativas, así como de nuevas asignaciones presupuestarias, una **redefinición de la estructura interna y del rol central del DIF en la gestión de la política migratoria vinculada a niños y niñas migrantes**. Este rol debe ser asumido, en especial, en el procedimiento de determinación del interés superior del niño.
5. Asegura la **implementación, seguimiento y evaluación de mecanismos adecuados de coordinación y articulación interinstitucional**, para una respuesta integral al fenómeno de la niñez migrante, entre el DIF Nacional y los DIF locales, incluyendo un marco mínimo común de protección de derechos y garantías.
6. Diseñar una política coordinada de **producción de información sobre niñez migrante** entre todos los órganos de niñez de México y la participación de diversos organismos públicos (INM, SRE, SEDESOL, poder judicial, FEVIMTRA, comisión nacional y estatales de derechos humanos, entre otros), a fin de planificar una política integral para la niñez, mexicana y extranjera, en el contexto de la migración.
7. Garantizar la presencia de **personal especializado** en materia de protección integral de los derechos de la niñez en el contexto de la migración, con capacidad de coordinación con los DIF estatales.
8. Hasta tanto no se haga efectivo el principio de no detención de NNA migrantes y familias migrantes, el DIF Nacional debe promover las siguientes medidas:

- a. Hacer efectiva y con carácter urgente, la canalización inmediata, del INM al DIF estatal, de todos los NNA migrantes que estén a disposición del INM.
- b. Asegurar el traslado inmediato al DIF de todos los NNA detenidos en estaciones migratorias.
- c. Garantizar asistencia jurídica, social y psicológica a todos los NNA migrantes, acompañados o no, que estén en una estación migratoria o en un albergue DIF.

D. Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados (COMAR)

1. Definir programas de **formación en derechos humanos y derechos de NNA** solicitantes de asilo para agentes de COMAR, INM, y personal de albergues gubernamentales o no gubernamentales, que les permitan fehacientemente detectar casos de NNA que puedan requerir protección internacional.
2. Promover medidas alternativas que se apliquen de inmediato para **eliminar, sin dilación alguna, la detención de NNA solicitantes de la condición de refugiados.**
3. Diseñar un programa de **tutores** de NNA solicitantes de asilo no acompañados.
4. Promover la creación de programas que garanticen la **asistencia jurídica** inmediata a todos aquellos niños que han solicitado el reconocimiento de la condición de refugiado en México.
5. Establecer un cuerpo de traductores que puedan participar en todas las etapas del procedimiento para la determinación de la condición de refugiado o protección complementaria.
6. Asegurar la canalización de NNA refugiados a Albergues con óptimas condiciones para atenderlos, y, en articulación con otras instituciones gubernamentales, garantizar plenamente sus derechos para su efectiva y adecuada integración al país.

E. Poder legislativo federal

1. Impulsar proyectos que adecuen la legislación migratoria vigente a la Convención sobre los Derechos del Niño. Ello debe incluir, entre otros aspectos, los siguientes:
 - a. inclusión del principio de no detención de NNA y familias migrantes;
 - b. creación de un Procedimiento de Determinación del Interés Superior del Niño, asignando competencias, funciones y objetivos a cada una de las instituciones que deberán participar en el DIS;

- c. garantía del acceso a la justicia y las demás garantías de debido proceso, incluyendo la participación del poder judicial, a los NNA migrantes en todo procedimiento migratorio que puede impactar en sus derechos.
2. Impulsar una reforma normativa en materia de protección integral de la infancia, que asegure la plena aplicación de los principios y estándares que surgen de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como de las garantías previstas en la Constitución Política Mexicana. Ello debe incluir:
 - a. La creación de un órgano cuyo mandato específico sea implementar, en forma coordinada y transversal con otros organismos del Estado federal y las entidades federativas, una política de protección integral de la infancia.
 - b. Este organismo debe contar con programas, mecanismos y recursos adecuados para la protección integral de NNA en el contexto de la migración, incluyendo, entre otras medidas, la creación de un cuerpo especializado y autónomo de tutores de niños y niñas migrantes no acompañados.
3. Establecer mecanismos específicos de asignación presupuestaria para programas de protección integral de NNA y familias migrantes, con la ayuda y apoyo del DIF Nacional y otras secretarías, que incluyan:
 - a. Recursos para la creación de centros de alojamiento no privativos de la libertad para NNA y familias migrantes.
 - b. Asignación presupuestaria adecuada para la creación y funcionamiento de una estructura interinstitucional dedicada a la determinación del interés superior del niño en el contexto de la migración y a la implementación efectiva de las decisiones de corto y largo plazo que se adopten en cada caso.
 - c. Recursos para la plena capacitación, en derechos de infancia en el contexto de la migración, para funcionarios y personal del DIF Nacional y estatales, INM, SEDESOL, poder judicial, y el Instituto de la Defensoría Pública, entre otros.

F. Instituto para la Defensoría Pública

1. Garantizar, en la práctica, la representación letrada en todo trámite migratorio, así como un programa específico para la asistencia jurídica gratuita a NNA migrantes no acompañados. Implementar en lo inmediato programas de patrocinio jurídico, tanto en el ámbito administrativo como en el ámbito judicial, de NNA migrantes detenidos.

G. Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH)

1. Establecer mecanismos de seguimiento e implementación de las recomendaciones sobre migrantes, y NNA migrantes en particular, emitidas por este organismo.
2. Elaborar un informe sobre NNA migrante en tránsito y residente en México, en la cual se examinen los problemas y desafíos pendientes, y se elaboren propuestas para la plena realización de sus derechos a través de las políticas migratorias, de infancia y adolescencia, y otras que les afecten.
3. Coordinar y colaborar con el Instituto de Defensoría Pública y distintas organizaciones sociales, mecanismos efectivos que aseguren la representación jurídica de todo NNA.
4. Contar con personal especializado en derechos de la niñez que promueva de manera efectiva la denuncia sobre las condiciones y el trato que reciben del personal en los albergues y las estaciones migratorias donde son detenidos los NNA migrantes y solicitantes de asilo.

2. Al Estado de Chiapas

A. Generales

1. Diseñar una **política de protección integral para los niños, niñas y adolescentes migrantes que transitan y/o residen en el Estado de Chiapas**. Esta política debería contemplar a quienes están con sus familias y a los que no están acompañados. Ello debería incluir, entre otros aspectos, los siguientes:
 - a. Incluir transversal y plenamente a la niñez migrante en las políticas de protección integral de la infancia (desarrollo social integral, acceso a salud y educación, oportunidades y formación laboral y profesional para adolescentes y jóvenes, etc.).
 - b. Facilitar la regularización migratoria temporal o permanente, según las necesidades e interés superior de cada niño o niña, en articulación con la delegación estatal del INM, consulados y otros organismos.

B. DIF estatal, Chiapas

1. Adoptar las medidas necesarias para **alojar a todos los NNA migrantes de hasta 18 años en centros no privativos de la libertad**, en tanto se tramita un procedimiento de determinación de interés superior del niño.
2. Hasta tanto se implemente el procedimiento DIS y se finalicen los trabajos necesarios para la creación de centros de protección de infancia migrante no privativos de la libertad, el DIF Chiapas debería adoptar las siguientes medidas:
 - a. Garantizar la **ubicación en albergues a todos** los NNA menores de 18 años de edad, así como a familias migrantes.
 - b. Exigir al INM la **canalización inmediata** de todos los NNA al DIF.
 - c. En caso que el INM no cumpliera con la canalización inmediata, el DIF debería:
 - i. garantizar el acceso al Módulo de Atención para Menores Migrantes en la Estación Migratoria SXXI, a todos los NNA detenidos allí y durante todo el día;
 - ii. tener a su cargo las 24 horas, a los NNA detenidos en la EMSXXI, en remplazo de autoridades migratorias y, en particular, de agentes de seguridad;
 - iii. desarrollar acciones de protección y asistencia integral para los NNA detenidos a disposición del INM;
 - iv. impulsar iniciativas de producción de información para la implementación de medidas de protección inmediatas y mediatas.
3. Implementar de manera efectiva el acuerdo firmado entre el INM y el DIF Chiapas, por el cual se crea el Módulo de Atención para Menores Migrantes en las Estaciones Migratorias (MAEM) de la EMSXXI, y en donde el DIF se obliga a brindar asistencia social, psicológica y jurídica a los NNA, tanto para la localización de sus familiares como para asegurar el respeto de sus derechos en una eventual medida de repatriación.
 - a. A tal fin, el DIF estatal debe realizar los convenios interinstitucionales adecuados —por ejemplo, con el Instituto para la Defensoría Pública— o adoptar sin mayor dilación las medidas conducentes a garantizar la **asistencia jurídica gratuita** a todos los NNA migrantes.
 - b. De igual manera, deben implementarse las medidas pertinentes para garantizar el derecho a un tutor a los NNA no acompañados, en articulación con las directrices generales que debería adoptar el DIF nacional.

4. Garantizar que todos los niños y niñas que se encuentran acompañados se ubiquen en albergues junto a sus familias en lugares acondicionados a tal efecto, salvo que el interés superior del niño exija la separación de sus padres.
5. Articular de manera efectiva con el DIF federal, el INM, y otros organismos estatales y federales competentes, programas para la regularización migratoria e inclusión social de los NNA migrantes que se encuentran en Chiapas, e identificar soluciones duraderas de acuerdo a su interés superior, el derecho al desarrollo y a una vida digna, incluyendo, si fuere en su interés superior, la reunificación familiar en México u otro país.

3. A los países de origen (El Salvador, Guatemala y Honduras)

1. Los Estados de origen deben diseñar una **política de protección integral de la infancia migrante** que se encuentra en tránsito o residiendo en el exterior, en particular en México. A tal fin, deberían:
 - a. Efectuar las **reformas normativas** necesarias.
 - b. Asignar los **recursos presupuestarios** adecuados para una implementación efectiva de esta política, tanto en el país de origen como a través de la representación consular.
 - c. **Capacitar** a organismos de infancia, migración, desarrollo social, entre otros, en materia de derechos humanos y protección integral de la niñez en el contexto de la migración.
 - d. Reconocer amplias **competencias a los consulados** para el ejercicio de acciones de defensa de los derechos de la niñez migrante, incluyendo asistencia jurídica y psicológica especializada.
 - e. Elaborar un protocolo de **actuación interinstitucional para intervenir en procedimientos de determinación del interés superior del niño**, implementados por otros países (México, Estados Unidos de América) respecto de los niños, niñas y adolescentes migrantes. Ello debe incluir, entre otros aspectos, mecanismos efectivos de rastreo de familias, informes socio-ambientales, identificación de riesgos, etc., así como una articulación efectiva y permanente entre los consulados y diferentes organismos en el país de origen (autoridades de infancia, poder judicial, desarrollo social, educación, relaciones exteriores, etc.).

2. Los Estados de origen deberían implementar una política dirigida a **producir información sobre la situación de los NNA migrantes** en países de tránsito y destino, así como sobre las causas y consecuencias de la migración, y sobre el impacto que tienen en sus derechos, las políticas y decisiones que les afectan.
 - a. Los consulados deberían tener la competencia y los recursos necesarios para la producción y sistematización de información sobre los niños, niñas y adolescentes a los que brindan asistencia.
 - b. La información consular debería ser analizada —junto con la producida por otros organismos— para su consideración al momento de evaluar, y en su caso reformular, la política de protección de infancia en el contexto de la migración.
3. Elaborar y/o profundizar una política pública destinada a asegurar un retorno de NNA migrantes —en caso que fuere en su interés superior— que incluya programas y medidas dirigidas a garantizar su reinserción social, familiar, laboral y educativa efectiva, duradera y digna, adecuadas a las características y necesidades de cada niño o niña, sin discriminación y en igualdad de oportunidades.

4. A Estados Unidos de América

1. Los Estados Unidos de América deben implementar, sin mayor dilación, un programa de **regularización migratoria** que beneficie a las millones de personas que residen sin autorización en su territorio.
2. Los Estados Unidos deben abstenerse de adoptar medidas de expulsión que deriven en la **separación familiar**, en perjuicio de sus NNA nacidos en ese país.
3. Los Estados Unidos deberían revisar los actuales mecanismos de **reunificación familiar** a fin de garantizar de manera efectiva, sin discriminación alguna y en un plazo razonable, la reunificación de niños/as migrantes y sus padres.

5. A nivel regional

1. Los Estados de Centro y Norteamérica deben revisar los acuerdos regionales adoptados en materia de repatriación de niños, niñas y adolescentes. En particular, deben diseñar nuevos lineamientos o convenios que aseguren un Procedimiento de Determinación del Interés Superior del Niño, que debe incluir, entre otras garantías sustanciales y procesales, lo siguiente:
 - a. principio de no detención de NNA y familias migrantes;

- b. medidas de protección de corto y largo plazo (soluciones duraderas);
 - c. garantías de debido proceso;
 - d. preminencia de los objetivos de la política de protección integral de la infancia;
 - e. derecho a la vida familiar, incluyendo la no separación y el derecho a la reunificación.
2. México y los países de Centroamérica deben diseñar mecanismos para el rastreo y reunificación de familias en Estados Unidos, a través del trabajo de sus consulados, ministerios o secretarías de Relaciones Exteriores, en articulación con otros organismos que fueren necesarios según las características de cada caso.

6. A las organizaciones de la sociedad civil

1. En el marco de los actuales espacios de articulación de la sociedad civil en materia de derechos humanos de las personas migrantes (Foro Migraciones, Grupo de Trabajo sobre Legislación Migratoria, REDIM), y de derechos de la niñez y adolescencia, sería importante profundizar la interacción entre ambos, con el objetivo de conformar un grupo de trabajo que aborde específicamente las estrategias y acciones en defensa de los derechos de la niñez mexicana y extranjera en el contexto de la migración. Ello no supondría la creación de nuevos espacios ni redes de trabajo, sino únicamente la inclusión, en los espacios interinstitucionales ya existentes, de una mirada y un abordaje específico y articulado entre dos áreas temáticas (niñez y migración).
2. Esta tarea requiere, a su vez, una articulación entre organizaciones que trabajan a lo largo del territorio mexicano, pero también en los países de origen (El Salvador, Guatemala, Honduras), y con las radicadas en los Estados Unidos de América.

EXECUTIVE SUMMARY

Between August 2010 and December 2011, the Fray Matías de Córdova Human Rights Center and the Human Rights Center of the Universidad Nacional de Lanús, conducted a study to examine the status of the human rights of migrant children and adolescents at the border between Mexico and Guatemala. More specifically, the study observed the impact of Mexico's main immigration control mechanisms on migrant children and adolescents' rights: detention (*aseguramiento, alojamiento* or *presentación*) and repatriation (*devolución* or *retorno*) to their country of origin. The purpose of this project was—by examining existing legislation, public policies, and their implementation—to analyze the progress, shortcomings, and remaining challenges for migrant children and adolescents' rights in the context of detention and repatriation measures.

The study focused on the border between Mexico and Guatemala. Because of its particular traits, this border is paradigmatic for analyzing migratory flows in Mexican territory in two ways: 1) in this region, there are two types of flows of migrant children: those migrating to work in the state of Chiapas and those crossing this border in order to reach the United States; 2) at this border, the effects of Mexico's policies towards child and adolescent migrants can be observed with distinct clarity: a significant percentage of the total child and adolescent migrant population enters through this region; immigration control mechanisms and officials are concentrated there; and, particularly, almost all child and adolescents that have been discovered throughout Mexican territory are detained there. In fact, after their detention anywhere in the country, children and adolescents are transferred to centers Tapachula prior to their repatriation.

This information was gathered using different methods: a) interviews with public officials, academics, and representatives of international organizations and NGOs b) requests for access to public information through Infomex – IFAI- c) online questionnaires sent to social organizations in Mexico and Central America countries d) research in jurisprudence and legal databases e) monitoring of the Estación Migratoria Siglo XXI detention center (EMSXXI) and the State DIF (Integral Development of Children) temporary shelter of Chiapas in Tapachula f) informal conversations with detained children and adolescents g) compilation and organization of reports and publications on the subject by key actors; h) monitoring of decisions of international and regional human rights organizations on the situation of migrants, children,

and adolescents in general and particularly in Mexico and i) reviewing and analyzing of the official statistics on child and adolescent migrants.

Types of Child Migrants at the Southern Border

Building on the various studies conducted over the last few decades by specialists from various areas on the cases analyzed in this project, we identified different categories of migrant children and adolescents taken to the EMSXXI detention center or to the Temporary Shelter for Minor Children (Albergue Temporal para Menores Migrantes- DIF of Chiapas) and eventually repatriated to their country of origin.

a) Many reports document the presence of child and adolescent migrants from Central America in Chiapas, particularly in the city of Tapachula and the agricultural areas of the Soconusco region. These reports identify child migrants' participation in domestic work, in the service sector: as street vendors, and in sexual exploitation networks, among others. The growing presence of child and adolescent migrants in informal commercial sectors and agricultural work (coffee plantations, fruit plantations, etc.) has also been widely registered by different studies. This situation is due, on one hand, to the historic migratory flow from Guatemala that occurred at the end of the 19th century and, on the other hand, to the increase in child and adolescent migrants on a regional and global scale seen migrating towards the Sonocoso in the last decades.

From the information gathered in this research, especially in the work done at the EMSXXI and—after repatriation—in one of the countries of origin (Guatemala), as well as the reports made by other institutions, we were able to conclude that a considerable number of detained and repatriated children and adolescents had lived in Chiapas; that is, they were not in transit through Mexican territory en route to the United States of America as their final destination. Some sources of information indicate that around 50% of Guatemalan children and adolescents repatriated from Tapachula in 2010 were living/working in Chiapas when they were detained by the National Migration Institute (INM).

b) The other large group of migrant children and adolescents in the region consists of those in transit to the United States of America. According to the official statistics, this migration peaked in 2005, and after a period of decline, has now been stabilizing as of 2009. The number of children and adolescents migrating has also increased considerably during the first decade of this century: although overall growth has diminished over the last 5 years, some regional reports indicate that during 2011—in contrast to the pattern of overall volume of

migrants to the United States—the number of unaccompanied children and adolescent migrants whose destination is the United States has increased. The causes of this migration are, in general, no different from those driving millions of people to migrate in other regions: the absence of fundamental rights and basic opportunities in countries or regions of origin are conspicuously the main decisive factors of migration.

However in the case of unaccompanied children and adolescents, some other relevant factors must be added, such as: family reunification; the demand for cheap labor in informal and precarious sectors of the labor market; and familial social, institutional violence in origin countries. These causes, in addition to increasingly restrictive immigration laws and policies result in the proliferation of irregular migration channels, generally in highly vulnerable conditions.

In the case of unaccompanied children and adolescents, family reunification plays an important role. This phenomenon is, in part, linked to the absence of regularization programs in the United States, preventing those who already live there from initiating the family reunification process. Moreover, the limitations that irregular status places on the ability to periodically visit family in countries of origin (for example because of the fear of being subsequently unable to re-enter the U.S.) impede regular migratory circulation. At the same time, obstacles and delays to family reunification are also prevalent in processes initiated by adults who already possess residence permits.

c) Finally, a third group can be distinguished within the population of children and adolescents detained at the southern border comprised of individuals affected by violent circumstances of different types. Firstly, there are cases of abuse, maltreatment, family violence, and abandonment that drive children to migrate from their country. Secondly, there are Central American adolescent refugee seekers that migrate to Mexico because of the violence and persecution that they suffer from gangs or groups called “maras.” Likewise, there has been an increase in human trafficking networks (taking advantage of circumstances generated by the aforementioned factors), especially affecting children and adolescents who migrate under false pretenses and end up as victims of sexual and/or labor exploitation.

In the cases studied in the EMSXXI over the course of our research, we encountered each of the following situations: children migrating to the United States or to other Mexican States in order to reunite with their parents after an absence of many years, children migrating with one or both of their parents, children residing in Tapachula that were detained during an immigration control sweep of their work-place, children migrating north in search of work and

study opportunities; girl victims of human trafficking networks; child seeking asylum because of violence suffered in their origin countries.

Obstacles to the research

Over the course of this study, we encountered a series of obstacles to accessing the necessary information. These problems were especially present around entering the EMSXXI in order to conduct interviews and obtain information about the children and adolescents held there. Having requested authorization to conduct the interviews, several months after the formal request, the INM informed us that various conditions would have to be met. Moreover, In the exchange of letters that initiated our request, a picture emerged of complete ignorance of the standards set forth in the Convention on the Rights of the Child (CRC), particularly with respect to recognizing children as rights-holders endowed with capacity for decision-making and discernment, which, as indicated by the principle of progressive autonomy, should be increasingly guaranteed according to age and maturity.

Among the requirements, the INM insisted that, because the interviews were to be conducted with unaccompanied children, express authorization from the consular representative was required in each case. The INM asserted that consuls are the legal representatives or guardians of unaccompanied children. In response to this, we presented many arguments countering their incorrect interpretation of the function of consular assistance. We also emphasized the right these children and adolescents have to a guardian and to legal assistance, as well as the fact that the obligation to guarantee these is the jurisdiction of the country in which children are located.

Nevertheless, the INM firmly maintained its legally erroneous position requiring written authorization from the consular authorities for each individual case. Among other alleged reasons, they stressed the “natural and legal incapacity” of children younger than 18 years of age—prescribed by the Mexican Civil Code, but incompatible with the letter and spirit of the CRC—and the necessity of avoiding the re-victimization of migrant children and adolescents placed in a vulnerable situation. In contrast to the position taken by the INM, as demonstrated throughout this report, we must emphasize that the vulnerable situation of the children and adolescents is aggravated by depriving them of their freedom and denying them the minimal guarantees of due process. Additionally, the restrictions imposed on civil society organizations attempting to provide assistance or even conduct interviews, as was the case here, worsen the problems of isolation and infringement of rights.

Given this situation, we could not implement the planned data collection methods through the interviews according to the original plan. Nevertheless, the Fray Matías de Córdova center was authorized to enter the EMSXXI beginning in August 2011 for the “exclusive [purpose of] undertaking activities informing and promoting the human rights of migrants.”¹ Thus, within these activities we had the chance to informally dialogue with the adolescents detained at the Special Care Unit for Children and Adolescents (Módulo de Atención Especial a NNA) and other areas of the EM. We conducted informal conversations about: their situation, emotional state, reasons for migration, the manner in which they had been detained, and the conditions in which they were held in custody.

However, beginning in December 2011, the professionals of the Fray Matías center began to face additional obstacles and restrictions that impeded their work. In effect, after the administrators in charge of the EMSXXI were replaced, access to the Special Care Unit for Children and Adolescents (under the DIF) as well as other areas frequented by the migrants during their detention (such as the dining hall, bedrooms, etc) was prohibited. From that time on, the authorization was limited to meeting with the children and adolescents in Institute staff offices and commonly in presence of an official. This resulted in practice to suspending all informal conversations. These types of obstacles, and similar ones reported by many civil society organizations, are not isolated cases, errors or bad interpretations; they are engrained bureaucratic practices and structures.

10 Issues in Immigration Policy and Children’s Rights in Mexico

In general terms, 10 problematic issues can be identified both in the application of immigration policies and policies directed at children and in the current situation of migrant children and adolescents detained and subsequently repatriated. These issues demonstrate the breadth and diversity of the remaining challenges for Mexico and the region. They are the source of negative impacts on the human rights of children migrating to Mexico or through the country’s territory.

1 .Mexican immigration policy is characterized by a set of contradictions or ambivalences between the positive and negative aspects of legal recognition and effective exercise of the migrant population’s rights.

¹ However, in its request for authorization to access the migration detention center (EM), the Fray Matías Human Rights Center sought permission not only for its activities in disseminating and educating about human rights, but also for providing legal counsel and defending the rights migrant population detained there.

Legislation, Presidential addresses, programs designed by the executive branch, and their implementing practices contain many contradictions. On one hand, they recognize the rights of migrants. On the other, they legitimize conducts that infringe the principles, standards, and international and constitutional obligations that safeguard these rights.

2. In recent years, the State has developed different mechanisms in relation to child and adolescent migrants. Although some of these initiatives make considerable progress towards shedding light on a phenomenon invisible until now, many important challenges remain for implementing a migration and childhood policy guided by the principle of comprehensive protection found in the Convention of the Rights of the Child.

Among these initiatives we must mention the creation of the OPI (Officials of Child Protection) and the Special Care Units for unaccompanied children in migration centers, both adopted at the Inter-institutional Roundtable on Unaccompanied Migrant Children, Adolescents, and Women. Within the political context in which they were developed, these measures face two fundamental problems that determine their paltry impact in protecting the rights of unaccompanied children and adolescents:

First, the goals of migration policies were placed ahead of child protection policies. This has led to an immigration policy based in national security that manifests in the key functions of controlling and punishing irregular migration. This does not imply that the OPI have no power to point out or decide measures to be adopted in each case based on the best interest of the child. Rather that the DIF also plays a secondary and functional role in this context for implementing decisions taken by the INM, i.e. to the goals of migration policies.

Secondly, a serious problem is marked by inexistence of a directing agency in charge of comprehensive protection of children (including migrant children and adolescents) based on fully implementing the CRC throughout the territory. The national DIF system is characterized its focus on guardianship and assistance; this is proven by the limitations of the attention it provides to children and adolescents undergoing detention and repatriation procedures.

3. The new Migration Law incorporates principles from the Convention, putting Mexico in a progressive position in terms of regulating migrant children and adolescents' rights. This legislative framework is strengthened by the reform of human rights in the Political Constitution of the United Mexican States (CPEUM). However, this law also contains clauses

and omissions that limit or contradict this purpose, especially with regard to key rights and guarantees in the context of the irregular migration of children and adolescents.

Consistent with the constitutional reform, this law recognizes the best interest of the child as a criterion that should guide any measure or decision that can affect the rights of children and adolescents. It also includes the recognition of the rights of all migrants—for example of due process—and special protections for child and adolescent migrants, unaccompanied ones in particular. It also recognizes the duties of the INM for transferring them immediately to DIF custody, and the obligation to design a Best Interest Determination Procedure (BID) by means of the Regulation.

This same law legitimizes the detention of child and adolescent migrants by: regulating the conditions of the migration centers, not expressly prohibiting the privation of liberty for administrative issues (as Mexican Constitution requires), and neither regulating how the transfers to DIF should occur nor the conditions at the centers of the DIF. Similarly, the law has neglected to include basic procedural guarantees in the cases of unaccompanied children, such as the right to a guardian. Finally, it should be noted that the Regulation proposals have not modified or ameliorated these problems, and the regulation of the BID Procedure contains serious omissions and errors.

4. Since the ratification of the Migration Law, numerous provisions on the rights of child and adolescent migrants have been adopted. Despite this, some current detention and repatriation practices affecting children seriously contradict rights and guarantees recognized by the Convention, the Constitution of Mexico, the Migration Law itself, and other legislation.

The procedures that determine the detention and repatriation of unaccompanied children and adolescent migrants, as well as the decisions themselves (who adopts them, their bases, etc.) have not been modified in any way by the adoption of the immigration law. One example is the inexistence of measures for complying with the obligation of immediately transferring the children and adolescents to the DIF. Another is the absence of programs or services for making free legal assistance available in these procedures, despite the legal recognition of this right even prior to the new law (it was already present in the Laws on Running the Migration Centers and the Agreements made between the INM and the DIF of Chiapas in 2009 and 2010).

5. *Responses to the irregular migration of children and adolescents are largely homogeneous, as revealed by statistics and other sources. Such responses all ignore the complexity, particularity and vulnerabilities of each case. Hence, the circumstances and vulnerabilities of each particular child or adolescent are subordinated to the State's objectives of control and management of irregular migration, in detriment to their rights, i.e., in detriment to the present and future of these children.*

These particularities can be identified and evaluated if a BID Procedure is established, as the Migration Law (article 74) dictates. Additionally, by contrast to the current priorities defining state responses to the phenomenon of child migration, the comprehensive protection of the child must take precedence over migration policies; this would without fail lead to contemplating these particularities in order to be properly guided in each case by the standards and principles of the rights of children and adolescents.

6. *Migration policy, especially mechanisms for the detention and repatriation of child and adolescent migrants, resorts to a series of euphemisms that use semantic nuances to disguise the breach between the letter and the reality. The main problem is that these euphemisms camouflage the true legal nature of state practices violating fundamental rights and impede analysis, evaluation, and monitoring of migration policy.*

The law and official information speaks of "assurance or appearance" (*aseguramiento* or *presentación*) when referring to ordering the placement of a migrant person in the migration center (EM), that is, in a detention center in which s/he will be deprived of freedom. Similarly, the measures known as "sending back or voluntary return" (*devolución* or *retorno voluntario*) of children and adolescents in procedures that lack fundamental procedural guarantees, more closely resemble decisions of expulsion or deportation. The fact that many children and adolescents voluntarily consent to their repatriation and sign an order, does not detract from its compulsory character as a measure adopted in the context detention without guarantees or alternatives to being sent back to the country of origin.

Insofar as these immigration control decisions are drafted in terms that camouflage their real legal nature, they present a serious failure of the rights and guarantees that must oversee their application. Moreover, the failure to acknowledge the real meaning of these measures, and hence their implicit substantive content, results in the absence of monitoring mechanisms—by independent public agencies and social civil organizations—and of policies that generate qualitative information, as should be guaranteed within the frame of the

detention center. The limited role of the National Human Rights Commission (CNDH), as a permanent supervisor of decisions and monitor of detention conditions, and the existing obstacles for oversight of these two issues by civil society organizations are both connected to the existence of policies that conceptually cloak the true nature of their actions.

7. There is a serious and widespread lack of available quantitative, and especially, qualitative information on child and adolescent migrants. This prevents the design of comprehensive public policies aimed at protecting the human rights of children and adolescents in irregular migration circumstances. Producing, disseminating, and guaranteeing access to this information is the responsibility of the State through competent agencies.

A large percentage of the information produced by the State in relation to the children and adolescent migrants is limited to the numerical statistics that are periodically compiled by the INM about children detained and repatriated to their country of origin. Nevertheless, these reveal serious defects to the process of producing the information that is vital for designing policies that adequately guarantee comprehensive protection for migrant children and adolescents in each case. These deficiencies call attention to the lack of qualitative information produced by the INM and other agencies involved in the treatment of child and adolescent migrants and therefore the absence of mechanisms for the periodic evaluation and analysis of this information.

This qualitative information that ought to be generated by the INM and other agencies that are connected to the treatment of child and adolescent migrants is lacking; consequently, mechanisms for evaluation and regular analysis of this information are also absent. This dearth is, in large part, consonant with a policy that is determined by the goals of immigration control, in which the status afforded to comprehensive protection of the migrant children and adolescents is secondary. Even so, it might be expected that certain participants, such as the OPI, that interact regularly with the child and adolescent migrants, will produce substantial information from the each personal interview they conduct for administrative reports. The same could be expected of the DIF, who make contact with the adolescents that visit the Care Units located in the migration centers. Nevertheless, neither the DIF nor the INM has issued any decision or directive on this issue.

As has already been mentioned, the failure to produce information is exacerbated by the difficulties or obstacles that different actors face in accessing information, especially civil society organizations. We are not referring to the existing mechanisms for requesting and

accessing public information, but to the possibility of entering the migration centers, being able to monitor the detention conditions, and having adequate conditions for conversing with the migrant children and adolescents detained there. Moreover, the scant information available to the children and adolescents themselves about their situations, files, administrative procedures, and the rationale behind decisions taken, presents a serious problem. These deficiencies reveal a seriously inadequate level of transparency in policies and practices regarding the child migrants.

8. The reform processes of laws and public policies as well as the oversight of emerging legislation in these procedures have been characterized by important restrictions on the participation of civil society. This renders the adoption of a comprehensive approach to designing and implementing the policies difficult, and severely limits the central role of society in evaluating and monitoring them. The mechanisms created on the issue of child and adolescent migrants present the same shortcomings.

In these last years some proposals have been developed in the area of immigration policy that have either been conducive to, or directly implemented, specific programs or measures, or else, legal reforms. In these circumstances, the civil society organizations, especially in areas of inter-institutional development, such as the Migrations Forum of the Working Group on Migration Policy, have repeatedly noted the lack of opportunities allowing or facilitating participation in the discussion about or the design of these initiatives. They have pointed out the inadequacy of the existing participatory mechanisms or the failure to ensure basic conditions necessary for participation as guarantees that that involvement in various issues be made with capacity to advocate. The processes of adopting a new immigration law and the discussion about its regulation have been repeatedly punctuated by such complaints from civil society organizations.

Similarly, some initiatives regarding child and adolescent migrants in recent years have also omitted the participation of civil society. The constitutional act creating the Inter-institutional Roundtable on Unaccompanied Migrant Children, Adolescents, and Women establishes that it will be composed of state entities, international agencies, and civil society organizations. Nevertheless, the civil society has not been incorporated into this working group, except through isolated invitations for a specific event issued to a particular institution. This has prevented civil society from providing the roundtable with its experience and knowledge, forming and discussing proposals, and contributing to the evaluation of decisions

being adopted. It has also been excluded from processes that have led, for example, to the creation of the OPI, the Care Units, and other initiatives undertaken by this inter-institutional project.

9. Migration by children and adolescents from Central to North America through the Mexican southern border is a phenomenon that extends beyond the national scope and requires an integral response including a Human Rights focus. Nevertheless, until now, bilateral and regional initiatives have been limited to mechanisms aimed at facilitating repatriation. The guarantee of certain fundamental rights for children as well as the search for lasting, individual and general solutions has not been given enough bilateral or regional attention.

The formation and implementation of effective policies for comprehensively protecting children in the context of migration requires not only a set of political, legal, and practical measures by every country involved—whether origin, transit, or destination. It also requires formulating responses and the adoption of adequate international mechanisms. It necessitates the design of procedures, commitments, and implements that are directed to guaranteeing the rights of migrant children and adolescents.

Until now, Mexico has developed an active role in promoting international agreements about children and adolescent migrants, such as the Regional Guidelines for Attending to Unaccompanied Child and Adolescent Migrants in Cases of Repatriation (2009). This and other bilateral or regional initiatives contain some relevant features with regard to human rights (such as the best interest of the child as a criterion for determining the actions of the states involved), but these are handicapped from the outset by the absence of capacities and specific guarantees that must be effectively recognized so the best interest can be assured in every case. In this sense, the failure to recognize due process guarantees and, worse yet, the absence of a best interest determination procedure—with consequent responsibilities for every country—are central factors for understanding the relative impact that these initiatives have had in terms of effectively guaranteeing the rights of child and adolescent migrants in the region.

10. The public policies of the origin countries of child and adolescent migrants and actions taken by consular representatives in detention and repatriation processes present a set of defects and omissions that hinder the possibility of making those processes conform to the principles of the Convention on the Rights of the Child

The problems identified for the actions of the origin country with regard to detention and repatriation procedures implemented by Mexico are revealed in two ways: First, in practices of consular assistance (notwithstanding those of El Salvador, Guatemala and Honduras). In general the deficiencies can be seen in terms of institutional resources, timely and adequate responses to the demands and needs of migrants, and even in the specific issues around children and adolescents. In this sense, the lack of specialized personnel in children's rights constitutes a substantial weakness in terms of consular protection.

The structural limitations of consular assistance for children and adolescent migrants is determined by the public policies designed in the origin country, of which the Consulate is one of many implementation agencies. An active consular role that, among other things, challenges the general practice of child and adolescent migrant detention in the EMSXXI or the actively intervenes in discussions of repatriation in conformity with the best interests of the child, requires a specially defined policy that relies, in part, on sufficient legal and budgetary backing.

The Impact of these problems on the Human rights of Detained and Repatriated Child and Adolescent Migrants

The policies, regulations, and practices analyzed in this study reveal that, apart from certain positive legislative changes and initiatives, the situation of migrant children and adolescents in transit or residing irregularly in Mexico is determined by the goals of immigration policy. This has a direct impact on a series of these children's fundamental rights. Particularly, the regulation and implementation of mechanisms for the detention and repatriation of migrant children and adolescents contradict various international human rights standards that Mexico is bound to guarantee. In this context, the Political Constitution of Mexico, the international treaties ratified by Mexico, and the federal and state legislation for comprehensive child protection are systematically violated.

As already noted, the presence of migrant children in the south of Mexico is the result of various circumstances and responds to different causes and goals of migration. Thousands live and work in Chiapas, others are only in transit to the United States, etc. Despite these differences in circumstances, the practices evaluated in this study indicate that all the children were deprived of their liberty and that no alternatives to detention exist. As revealed by the official statistics and as we confirmed through other information channels, the vast majority of children and adolescents are repatriated to their respective countries without any prior evaluation based on the principles of the best interest of the child.

Policies of detention and repatriation are the most common by the state; they are almost automatic responses to the complex, diverse, and multidimensional phenomenon of child and adolescent migration. This practice obviously has negative repercussions on children's basic rights and guarantees, as briefly outlined in this summary and with more detail in the Final Report.

The rights violations can be summarized as follows: arbitrary repatriation and detention, lack of mechanisms to ensure basic guarantees of due process, restrictions to the right of asylum, deficiencies in consular protection, absence of efficient mechanisms to provide integral attention to victims of crime, lack of initiatives permitting family reunification in the U.S.

a) Arbitrary repatriations and lack of adequate processes

The processes used to evaluate the situation of migrant children and adolescents are all almost exclusively designed to lead to rapid repatriation, and in so doing, they do not integrate efficient tools for determining a child's best interests. To the contrary, everything indicates that there is an *interest superior to that of the child*: the control objectives of immigration policy. Apart from the few cases where refugee status or complementary protection is granted, almost all Central-American migrant children are repatriated to their country of origin without any prior thorough evaluation of the situation. Competent public agencies—those with training and knowledge—should be committed to evaluating the best interests of the child in light of his/her particular circumstances.

In the case of unaccompanied children, although the Migration Law requires it, there is no Procedure for Determining the Child's Best Interests. Existing regulation proposals indicate that the INM shall remain responsible for deciding every child's case. This should instead correspond to the DIF's immediate scope (or in the longer range, to an agency governing comprehensive child policies) in determining the short and long term measures most appropriate for each child under a procedure that includes all rights guarantees.

The Child Protection Officers, though trained in children's rights, are ultimately immigration agents, and don't have the power to decide the fates of these children. In the best scenarios, their work is limited to conducting interviews with children and adolescents whose personal details are used to collect information necessary for their repatriation. In this sense, neither the OPIs nor any other agency makes decision or resolution that can be justified, in the particular circumstances of each case, that repatriation is, in fact, the most appropriate

measure given the best interests of the child. This leads to arbitrary decisions, contrary to the obligations established in the Convention on the Rights of the Child and the guidelines fixed by the Committee supervising States parties' the compliance with this treaty. This situation is further aggravated by the detention of migrant children and adolescents and by the absence of policies to ensure basic guarantees of due process.

b) Automatic administrative detentions:

The detention of migrant children and adolescents is conducted by administrative authorities (the INM) without any justification. The only response to immigration irregularity of these children is to deprive them of their freedom. The principle of non-detention of children for administrative reasons, as established by international standards and as required by the Political Constitution of Mexico itself, is completely disregarded, nor are the particular circumstances of each child taken into account.

Despite the fact that the immigration law (and since 2010, the standards of the operation for the migration centers) requires the INM to immediately *transfer* (canalizar) migrant children and adolescents, the immigration authorities systematically fail to comply with this order. The *transfer* presumes an alternative to detention, but to date, it is only a legal prescription that has not permeated actual practice. Children older than 12 years of age, and as we verified, in many cases even younger ones, are held in detention centers.

Detention in the EMSXXI also affects the mothers and fathers of young children because centers for migrant families that are not locked facilities do not exist. The immigration law is silent about the situation of these families; it only makes reference to the obligation to transfer unaccompanied children and adolescents.

It must be added that in the few cases of children and adolescents that are transferred to the DIF—for example because they are younger than 12 years old—they are also deprived of their freedom in such shelters, even though these are not run by the INM. Similarly, children who have been victims or witnesses of crimes and asylum seekers are also detained, either in the migration centers or in the DIF shelters, while their administrative or judicial case is being analyzed.

With regard to some of the conditions of detention, some issues have been detailed by the research conducted in the EMSXXI. The children and adolescents in these facilities are under the supervision of INM agents practically all day long. They are either in the dining room or the patio and at night (from 8 p.m. to 8 a.m.) they are locked in their rooms.

Access to the DIF Care Unit for unaccompanied children and adolescents is limited to 3 hours per day, there is usually not enough space for all the adolescent detainees, and it is sometimes closed. This alone reveals the impact that DIF actions have on the rights of children and adolescent detainees. Additionally, the limited staff and lack of a comprehensive protection policy limits the impact of such units on these children's rights and immediate future. This situation is aggravated by the Units' being short-staffed and the fact that the INM is in charge of decision-making. Neither the DIF nor the OPI is involved in the procedures that lead to detentions, although by law they should see all cases immediately, nor do they have any impact on detention conditions.

On many occasions, the detention exceeds the period of time established by the immigration law and when a child decides to appeal a repatriation decision or rejected application for asylum, the new immigration law establishes that the detention period can be indefinitely prolonged. Moreover, the detention period can be prolonged for reasons as unacceptable as the fact that the "minimum number" of occupied seats on a departing bus has not been reached. Finally, it is important to note that the informal conversations with detained children and adolescents shed light on the poor quality of basic services such as the food, health assistance, and psychological support, all factors which aggravate the circumstances of detention and cause serious damage particularly to children.

c) Lack of basic guarantees of due process

Even if the new immigration law recognizes the right to guarantees of due process (to a legal representative, to present evidence and allegations, and to obtain a justifiable decision), in practice, this is not implemented. There are no concrete mechanisms for guaranteeing the right to free legal assistance, access to justice, or even the right to participate in the process. In fact, the most serious problem is that, in the case in which a migrant is detained, there is no process for challenging this decision and therefore no forum in which to seek the enforcement of due process rights and guarantees.

In relation to unaccompanied children and adolescents, not only did we note a lack of access to legal representation but also the inexistence of a system for the appointment of legal guardians to ensure that children's rights are fully respected, as ordained by the Convention on the Rights of the Child. The INM itself, in its exchanges with the research team, asserted that the consuls are the legal guardians of children. Nevertheless, this criterion has no justification whatsoever in the law and is therefore strongly challenged by this agency.

Moreover, even if the obligation to provide free legal assistance to unaccompanied children and adolescents had been assumed in agreements between the DIF of Chiapas, Comar and the INM in 2007 and 2009 and in the Standards of Operation of the migration centers, to date no program has been implemented for the realization of this right. In practice, in the cases studied, none of the detained migrant children who were repatriated benefited from legal representation or a guardian, nor were they even informed of the progress of their cases or their right to be aided by a legal representative.

In short, due to the shortcomings of the process itself and of the absence of basic guarantees—one of the core principles of the Convention—there is virtually no way to enforce *the right to participate and be heard*.

d) Restrictions to the Right of Asylum

Child and adolescent asylum applicants exercise their right to seek and receive asylum under inadequate conditions, characterized by various restrictions of fundamental rights and guarantees. These children are deprived of freedom throughout the process, which may extend several months, without any alternatives and in contradiction of basic standards.

In turn, the application for asylum and the eventual appeal of a negative decision are presented without possible recourse to basic guarantees such as legal assistance, a legal guardian (in cases of unaccompanied children), very little information, and very limited participation in the process. This absence of the fundamental guarantees of due process is particularly serious in the case of unaccompanied children and adolescents, and more so when they have been victims of some traumatic event in their countries of origin—the cause of their leaving in search of protection.

In this context, a considerable number of child asylum seekers prefer to abandon their petition and accept “voluntary” repatriation. The fear of being repatriated ends up being a secondary preoccupation compared to the need for freedom and the possibility of re-entering Mexico on a subsequent occasion. Several children that informally dialogued with us during this investigation, showed desperation about their confinement, the delays in the decisions on their applications, and the lack of information and appropriate mental health care measures. Their decisions to abandon the asylum process are based on factors such as these, even when their lives or physical integrity are at risk.

e) Deficiencies in consular assistance

Through this research, we noted several problems related to the consular assistance given to migrant children and adolescents by their countries of origin. First, there is an alarming lack of concern for the perspective of children in consular practices. The consulates do not have personnel with expertise in children's rights, or protocols or guidelines for action aimed at ensuring the interests of the child in processes involving them.

Regarding this, the countries of origin do not have public policies whose goal it is to generate socio-environmental reports (in general or in individual cases) that provide a basis for deciding whether to adopt or reject the repatriation of each child from Mexico. Additionally, there are no existing policies for assisting children and adolescents in applying for family reunification in the United States or any other more adequate solution according to best interests in each case.

For these reasons the mechanisms of repatriation and detention are not questioned by consulates. The great majority of the cases are limited to collecting the information necessary for Mexico to carry out the repatriation. This functional role impedes a discussion based on the rights of children, which addresses the causes of migration, the protection needs of each individual, and short and long-term alternatives that could guarantee the rights and development of migrant children under decent, adequate, and lasting conditions.

Finally, we must also point out the absence of programs both in countries of origin and in consulates for the collection, analysis, and systemization of information on child migrants. This hinders the design of comprehensive public policies aimed at ensuring the rights of children in this context through an approach that includes responses at the national, bilateral and regional levels. It also impedes the evaluation and improvement of consular assistance practices, by not allowing them to be adjusted to the needs and challenges to the rights of children and adolescents.

RECOMMENDATIONS

Based on the information gathered during the research, there is no room to doubt the importance of a profound evaluation, within the scope of participative processes, of existing policies and practices in the field of child migration. This should lead to a series of substantial changes on a normative and institutional plane, and on other levels as well. These challenges involve a wide range of actors: first, without question, the federal government of Mexico, but also the various state agencies, and countries of origin and the United States, among others.

The recommendations that are presented here are based on an analysis of the information with a human rights-based approach. They seek to contribute to the debate required for the reform process. There is no doubt that the complementary perspectives of various actors, experiences, and information will facilitate the search for long and short-term appropriate tools and directions for adequately and legitimately addressing these challenges.

1. To the Federal Government

A. General

1. Design **comprehensive immigration policy reform as related to children**, with the objective of ensuring protection of children takes priority over migration control in all regulations, measures, and decisions affecting the rights of child and adolescent migrants. This reform should include changes such as the following:
 - a. Repealing regulations, institutional mechanisms, and practices that include detaining and/or repatriating children and adolescents without considering their integral protection and the necessity of determining the best interests of the child;
 - b. Implementing and supervising the application of adequate mechanisms for inter-institutional coordination between immigration authorities and organizations in charge of child protection, to ensure a comprehensive response to the phenomenon of child migration.
 - c. Promoting legal and institutional reforms on policies of protection of child and adolescent rights.
2. This process of reform and its implementation should be carried out with an inter-institutional approach and allow for the participation of the following institutions:

- a. Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia; Secretaría de Gobernación; Secretaría de Educación Pública; Secretaría de Salud; Secretaría de Desarrollo Social; Secretaría de Relaciones Exteriores; Secretaría de Trabajo y Previsión Social; Registro civil Poder Judicial; Instituto de la Defensa Pública, la Procuraduría General de la República; Comisión Nacional de Derechos Humanos; Fiscalía Especial para los Delitos de Violencia contra las Mujeres y Trata de Personas; Procuraduría Social de Atención a las Víctimas de Delitos; and public human rights organizations at the state level;
3. Guarantee **the participation of civil society organizations and other specialists in the processes of forming and design of these policies**. This participation should be broad and permanent.
 - i. Ensure the participation of civil society in inter-institutional groups formed specifically for developing the Migration Law Regulation and later revisions to this Law, the Regulation, and other norms dealing with the protection of the rights of child migrants.
 - ii. Guarantee the active participation of civil society organizations in the Inter-institutional Roundtable on Unaccompanied Migrant Children, Adolescents and Women.
 4. Design **specific policies for the production and periodic evaluation of information on child and adolescent migrants in transit or residing in Mexico**.
 - a. Create a database to be managed by child welfare authorities compiling quantitative and qualitative information obtained from federal and state institutions on policies, decisions, and practices affecting child migrants and that also values the effective exercise of their fundamental rights and guarantees, and records obstacles to achieving this.
 - b. Guarantee public access to this information.
 5. Establish an inter-institutional program designed to **eliminate -de jure and de facto- detention of migrant children and adolescents** through the creation of alternative measures that do not deprive of migrant families, unaccompanied children and adolescents of their freedom. To this end, a dialogue should be initiated that includes civil society participation in the design, planning, implementation, and permanent monitoring of this program.

- a. This should include reforming immigration law to specifically establish alternative measures to the detention of migrants in general, and of children, adolescents, and families in particular.
 - b. Also, it should provide for a repeal of article 111 paragraph V of the Law, which establishes indefinite detention during administrative or judicial appeals.
6. **Design and implement a Procedure for the Best Interests of the child Determination (BID).** This process would ensure that all decisions relative to unaccompanied child and adolescent migrants be adopted following due process, with a view to guaranteeing the comprehensive protection of their rights. The BID procedure would ensure immediate measures of protection and the search for lasting solutions to safeguard the development and decent life of children.
- a. The Procedure should include the immediate modification of all articles relating to this issue in the preliminary bill for Regulation of the Migration Law and the review, completion and implementation of the Model of Protection for Children and Adolescents, created by the Inter-institutional Roundtable on Unaccompanied Migrant Children, Adolescents, and Women. The guarantee of civil society participation in this process must be ensured.
 - b. Measures other than repatriation, prioritized according to the best interests of the child, must be contemplated such as: either temporary or permanent regularization in Mexico, including granting permission to family members to enter the country for reunification, or the facilitation of settlement and family reunification in another country.
7. Implement mechanisms to ensure that due process is respected in all immigration procedures that could lead to detention and repatriation or that could affect the rights of migrants in general and particularly of children and adolescents. Among other aspects of due process, guarantees must:
- a. Ensure immediate access to free legal assistance through the services of the Office of the public defenders [Instituto de la Defensoría pública] or another organization with adequate competence and training in the rights of children and adolescents' and migrants and asylum seekers.
 - b. Design a program for assigning legal guardians to unaccompanied migrant children and adolescents. Their function would be to ensure the full respect of

rights and guarantees of these children and adolescents in all processes and decisions affecting them, especially in immigration and best interest determination procedures. The legal guardians should be specially trained in children and adolescents' rights; they should be appointed as early in process as possible. The program should have adequate financing.

- c. Allow access to all files and administrative records to children and adolescents, their legal representatives, and human rights organizations. In such, the right to be heard and to participate actively in the process, as autonomously as permitted by the child's age and maturity, would be respected.
- d. Undertake the necessary regulatory changes in order to guarantee the immediate judicial review of any administrative measure that would deprive a migrant of his or her freedom.

B. National Migration Institute (Instituto Nacional de Migración)

1. In coordination with the Sub-Secretary of Population, Migration and Religious Matters (Subsecretaría de Población, Migración y Asuntos Religiosos), the DIF system and other public organizations, civil society institutions and international agencies, design a policy for effective compliance with the principle of non-detention of migrant children, adolescents and families.
2. Urgently adopt all the measures necessary for the transfer of child and adolescent migrants to the corresponding state DIF that should take charge of them, without delay or exception.
3. In the case implementing the Best Interests Determination Procedure, the INM should refrain from transferring unaccompanied children and adolescents to the State of Chiapas for their subsequent repatriation. Repatriation should only be ordered following due process and if it is in the child's best interest.
 - a. Consequently, the transfer of migrant children and adolescents under a BID Procedure should be guided, necessarily, by the requirements of protection in each case, the conditions of vulnerability identified, and by each State's resources for guaranteeing adequate accommodation in an unlocked facility that allows for access to fundamental rights.
4. Redefine the role and powers of the Child Protection Officers (Oficiales de Protección de Infancia- OPI) in order to ensure that adequate attention be given to the necessities

and rights of children in all cases of interaction with or intervention of the INM with child migrants. This review shall include the following elements:

- a. Granting specific powers to the OPI for their exclusive intervention in cases where a child or adolescent migrant is temporarily found under the INM's jurisdiction.
 - b. Entrusting the OPI with the responsibility of immediately transferring child and adolescent migrants to the corresponding federal or state DIF without any delays.
 - c. Granting power for the OPI to intervene, on behalf of the INM, in the Best Interests Determination Procedure, and thereby to implement whatever measures for the comprehensive protection of the child are dictated by the agency in charge of the Process to the INM.
 - d. Ensuring the continued presence of Child Protection Officers in the territory for as long as the detention of migrant children and adolescents continues; their numbers should be proportional to the number children and adolescent migrants detained in each state.
5. Broadly guarantee access of civil society organizations to detention centers and DIF shelters where children and adolescents are detained by the INM. These agencies should also be allowed to interview detained children and adolescents when adequate consideration has been taken of the children's age and maturity and after having obtained their consent. This should include unrestricted access to all areas of the detention center (EM) where the children and adolescents are held (rooms, cafeteria, patio, DIF office etc.)
 6. Facilitate the unrestricted access of legal representatives to the detention centers, without visitation time limits and offering adequate work space.
 7. Facilitate the unrestricted access of legal guardians to the detention centers of unaccompanied children and adolescents who are detained.
 8. Implementing programs for the migratory regularization of the children and adolescents in Chiapas, when regularization is in their best interests.

C. DIF National System

1. Design a **Best Interests Determination Procedure** in conjunction with the Inter-institutional Roundtable on Unaccompanied Migrant Children, Adolescents, and Women and with the participation of civil society
2. **Adopt a protocol of action** to ensure that every process or decision potentially impacting the rights of child and adolescent migrants (accompanied or not), be guided by **the fundamental principles of the Convention on the Rights of the Child**: the best interests of the child, the right to non-discrimination, the right to life and development, and the right to participation;
3. Immediately design and create **centers for the protection of the child that do not deprive them of their freedom**, for temporarily sheltering migrant children, adolescents, and families in accordance with the comprehensive protection of their rights during migration processes, BID or others process that can affect them.
4. **Redefine**, through administrative acts, resolutions, and new budget allocations, **the internal structure and central role of the DIF in managing migration policy as it relates to child migrants**. This role must be assumed particularly in the procedure for determining the child's best interests.
5. **Implement adequate inter-institutional coordination mechanisms** between the national and state DIFs, to achieve a comprehensive response to the phenomenon of child migration based on a common minimum framework of rights-protection.
6. Design a coordinated policy for **production of information on child migration** between agencies for children's rights in Mexico and with the participation of diverse public organizations (including the INM, SRE, SEDESOL, the judiciary, FEVIMTRA, PROVICTIMA, the National and state Commissions of human rights), in order to plan a comprehensive policy for children's rights—both Mexican and foreign—in the context of migration.
7. Ensure the participation of specially trained **individuals** in comprehensive protection of children's right in the context of migration, who are able to coordinate with the state DIFs.
8. Until the principle of non-detention of migrant children, adolescents, and families is adopted, the National DIF should promote the following measures:
 - a. Urgently effect the immediate transfer of all migrant children and adolescents who are within the INM system, from INM to the state DIFs;

- b. Guarantee the immediate transfer of all migrant children and adolescents who are in migrant detention centers.
- c. Guarantee legal, social, and psychological assistance to all (accompanied or unaccompanied) migrant children and adolescents in detention centers (EM) and DIF shelters.

D. The Mexican Commission for Aiding Refugees (COMAR)

1. Set up **training programs** for agents of COMAR, the INM and the personnel of governmental and non-governmental shelters **on human rights and the rights of children and adolescent asylum seekers**. This would ensure that cases where children and adolescents require international protection be duly detected.
2. Promote alternative measures of immediate application **to eliminate the practice of detaining children and adolescents seeking refugee status** without delay.
3. Design a **legal guardianship** program for unaccompanied asylum seekers.
4. Promote the creation of programs guaranteeing immediate **legal assistance** to all the children and adolescents who have claimed refugee status in Mexico.
5. Set up a group of translators that would participate in all the steps of the process for the determination of the refugee status or complementary protection (protección complementaria).
6. To ensure that child and adolescent refugees are conveyed to Shelters that provide them with optimal care. In conjunction with other government agencies, to fully guarantee their right to effective and adequate integration into the country.

E. The Federal Legislative Branch

2. Introduce and support projects that align the current immigration legislation with the Convention on the Rights of the Child. This should include the following aspects:
 - a. The inclusion of the principle of non-detention of migrant children, adolescents and families.
 - b. The creation of a Best Interests of the Child Determination Procedure, granting each agency participating in the BID certain powers, duties, and objectives.
 - c. The guarantee of access to justice and the respect of due process, including in the courts, in all migration processes that could impact the rights of child and adolescent migrants.

3. Promote a legislative reform on the comprehensive protection of the child that ensures full application of the principles and standards that emerge from the Convention on the Rights of the Child as well as the guarantees extant in the Political Constitution of Mexico. These shall include:
 - a. The creation of an agency whose specific mandate is, in coordination and transversally with other federal state agencies and other federal organisms, implementing a comprehensive policy of protecting children.
 - b. These agencies shall include adequate programs, mechanisms and resources for the integral protection of children in the context of migration, including among other measures, the creation of a group of specialized and autonomous guardians for unaccompanied children.
4. Establish specific mechanisms for allocating funds to programs aimed at the comprehensive protection of migrant children, adolescents, and families, with the help and support of the National DIF and other ministries, including:
 - a. Resources for the creation of open housing facilities of migrant children, adolescent, and families that do not deprive them of their freedom.
 - b. Adequate budget allocation for the creation and operation of an inter-institutional structure for the determination of the Best Interests of the Child in the context of migration and for the effective implementation of short and long term decisions adopted in each case.
 - c. Resources for the full training on children's rights in the context of migration for government employees and personnel of the national and state DIFs, INM, SEDESOL, judiciary and the Office of the Public Defender, among others.

F. Office of the Public Defender (Instituto para la Defensoría Pública)

1. Guarantee legal representation in practice in every immigration procedure, as well as maintain a specific program of free legal assistance for unaccompanied migrant children and adolescents. Immediately implement programs for the legal representation of detained migrant children and adolescents in the administrative and judicial spheres.

G. National Commission on Human Rights (CNDH)

1. Establish mechanisms for the implementation and monitoring of recommendations on immigrants and especially on migrant children and adolescents.

2. Prepare a report on child and adolescent migrants in transit and residing in Mexico. This report should address the remaining problems and challenges and formulate proposals for the recognition of migrants' rights through the migration policies on children and adolescents, as well as complementary policies that may affect them.
3. Coordinate and collaborate with the Office of the Public Defender and different social organizations on establishing effective ways to guarantee legal representation to all migrant children and adolescents.
4. To engage personnel specialized in children's rights for effectively filing complaints about the conditions that child and adolescent migrants and asylum seekers experience in shelters or migration centers and the treatment they receive by the staff during their detention.

2. To the State of Chiapas

A. General

1. Design a policy for the comprehensive protection of child and adolescent migrants in transit and/or residing in the State of Chiapas, both unaccompanied and accompanied by their family. This policy should include the following aspects, among others:
 - a. The complete and transversal inclusion of child migrants in comprehensive protection of children policies: on integral social development, access to health and education, professional opportunities and training for adolescents and youth, etc.
 - b. Facilitating temporary or permanent migratory regularization, according to the necessities and best interests of each child, in collaboration with the INM, consulates, and other organizations.

B. DIF of the State of Chiapas

1. Adopt the necessary measures to house all migrant children and adolescents up to 18 years of age in centers that do not deprive them of their freedom, while the procedure of determination of their best interests takes place.
2. Until the of a BID procedure is implemented and the steps necessary for the creation of open child protection centers are adopted, the DIF of the State of Chiapas should adopt the following measures:

- a. Guarantee all children and adolescents younger than 18 years of age and migrant families **the placement in shelters**.
 - b. Require that all children and adolescents be immediately transferred from the INM to the DIF;
 - c. In the cases where the INM does not comply with the immediate transfer, the DIF should:
 - i. Guarantee all-day access to Care Units (Módulo de Atención) for all children and adolescents in detention centers (EM).
 - ii. Assume round the clock responsibility for children and adolescents in detention centers (EM), in lieu of immigration authorities and security agents.
 - iii. Develop programs for the comprehensive protection of children and adolescents detained under the authority of the INM;
 - iv. Promote the circulation of information for implementing of immediate and long-term protective measures.
3. Effectively implement the Agreement signed between the INM and the DIF of the State of Chiapas that created the Care Units for Unaccompanied Child Migrants in Migration Centers (MAEM) of the EMSXXI detention center. In this agreement, the DIF committed to providing social, psychological and legal assistance to migrants in order to trace family members as well as ensure respect for their rights in the case of eventual repatriation. To this end:
- a. The DIF of the state must adopt adequate inter-institutional agreements, for example with the Office of the Public Defender, or immediately adopt measures conducive to guaranteeing free legal aid to all migrant children and adolescents.
 - b. Similarly, measures pertaining to the right to a guardian of unaccompanied children and adolescents must be implemented (developing the directives that must be adopted by the National DIF).
2. Guarantee that all accompanied children be placed in housing facilities with their families in centers designed for this purpose, except in cases where the best interest of the child requires separation from the parents.
3. In coordination with the federal DIF, the INM, and other related state and federal agencies, effectively design programs for migration regularization and social

inclusion for migrant children and adolescents in Chiapas. These should identify lasting solutions consonant with the best interest of the child and the right to development and a decent life, including family reunification in Mexico or another country, if that is in the best interest of the child.

3. To the countries of origin (El Salvador, Guatemala and Honduras)

1. The countries of origin must design a policy for the comprehensive protection of migrant children in transit or residing outside the country, particularly in Mexico. To this end, they should:
 - a. Carry out the necessary legal reforms.
 - b. Allocate adequate financial resources for the effective implementation of this policy, in the country of origin as well as in consulates.
 - c. Provide training to agencies that deal with children, migration, social development, etc., on human rights and the comprehensive protection of children's rights in the context of migration.
 - d. Recognize and grant broad powers to consulates for the defense of migrant children's rights, including specialized psychological and legal assistance.
 - e. Prepare a protocol of **inter-institutional coordination for intervention in Best Interests of the Child Determination Procedures** that occur in other countries (Mexico, USA) for migrant children and adolescents. This should include, among other aspects, effective mechanisms for the tracking of families, filing of socio-environmental reports, identification of risks etc. This should also be complemented by an effective and permanent collaboration between consulates and different organizations in the country of origin (authorities in charge of children's issues, social development, education, foreign affairs, the judiciary, etc.).
2. Countries of origin should implement a policy aimed at **generating information on the situation of migrant children and adolescents** in transit and destination countries on the causes and consequences of migration and on the impact of policies and decisions regarding them on their rights.
 - a. Consulates should have the powers and resources necessary for the production and systemization of information on children and adolescents whom they assist.

- b. The consular information should be analyzed in conjunction with information from other organizations and be considered in evaluating and, if necessary, reformulating policies on the protection of children in the context of migration.
3. The countries of origin must elaborate and/or amplify public policies for the return of child and adolescent migrants, when in their best interests; these would include programs and measures for guaranteeing effective, lasting, and appropriate reintegration—on social, family, work and educational levels—according to the particular characteristics and necessities of each child, without discrimination and under equal opportunity.

4. To the United States of America

1. The United States of America must, without delay, implement a program for the regularization of migrants that would benefit the millions of persons residing within its territory without authorization.
2. The United States must refrain from adopting expulsion measures that result in family separation, to the detriment of children and adolescents born in the country.
3. The United States should review the present mechanisms for family reunification to effectively guarantee the reunification between child migrants and their parents, in a reasonable period and without discrimination.

5. At the regional level

1. The countries of Central and North America should review the regional agreements on the repatriation of children and adolescents. Particularly, they shall design new guidelines and conventions that guarantee a Best Interests of the Child Determination Procedure; these should include the following substantive and procedural guarantees:
 - a. The principle of non-detention of migrant children, adolescents, and families;
 - b. Short and long term protection measures (lasting solutions)
 - c. Guarantees of due process
 - d. The preeminence of the goals of a comprehensive protection of children policy
 - e. The right to family life, including the rights to non-separation and reunification

2. Mexico and the countries of Central America must design mechanisms for the tracking and reunifying families in the United States of America, through the work of their Consulates, Ministries, or Foreign Affairs Secretaries, along with other agencies according to the necessities of each case.

6. To the organizations of civil society

1. It is important to coordinate the efforts between civil society actors in the field of migrants' rights (migration forums, the REDIM Workgroup on immigration legislation) and those working for children and adolescents' rights, so as to create a working group qualified to specifically take on strategies and actions for the defense of (Mexican and foreign) children's rights in the context of migration. The creation of new networks is not necessary; rather, this multi-disciplinary perspective (based on children's rights and migration) can be adopted and integrated within the existing inter-institutional spaces of dialogue.
2. This task requires coordination not only between the organizations working within Mexican territory, but also in countries of origin (El Salvador, Guatemala, Honduras) and organizations based in the United States of America.

CAPÍTULO 1.

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1. Criterios metodológicos, delimitación temática y acciones

La investigación desarrollada por el Centro de Derechos Humanos Fray Matías de Córdova A.C. (CDH Fray Matías) y el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús (CDHUNLa) tiene como principal objetivo optimizar los niveles de protección, respeto y satisfacción de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes migrantes que provienen de Centroamérica e ingresan a México por la frontera sur, particularmente, a la región del Soconusco, Chiapas.

Luego entre sus objetivos específicos es preciso mencionar los siguientes: fortalecer el trabajo de investigación sobre las políticas, leyes y prácticas, federales y estatales, que afectan los derechos de la niñez que migra desde Guatemala hacia y a través de México; generar información técnica que contribuya a la evaluación y estudio en profundidad de las políticas y la legislación sobre esta materia; identificar los diferentes actores institucionales que intervienen en el diseño e implementación de políticas que impactan en los derechos de la niñez migrante, en especial en la frontera sur; contribuir a la elaboración de un diagnóstico general sobre la situación de los derechos humanos en la frontera sur, en particular de NNA migrantes; y elaborar una serie de recomendaciones que coadyuven a adecuar estas políticas, normas y prácticas a las obligaciones, principios y estándares que emanan de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) y otros instrumentos internacionales y nacionales sobre derechos humanos de la infancia en el contexto de la migración.

Para concretar estas finalidades, la investigación se enfocó, por un lado, en los derechos de los NNA que se encuentran detenidos en la Estación Migratoria SXXI (EMSXXI) o en el Albergue DIF Chiapas de la ciudad de Tapachula, luego de haber sido interceptados transitando el territorio mexicano o en operativos de verificación migratoria realizados por el Instituto Nacional de Migración (INM) en los lugares donde generalmente se emplean. El otro eje de este trabajo son los derechos y garantías que deberían ponerse en juego en los procedimientos y decisiones de repatriación de NNA migrantes a sus países de origen.

A partir de estos objetivos, y teniendo en cuenta algunos elementos claves del derecho internacional de los derechos humanos aplicable a las personas migrantes, y a los NNA migrantes en particular, específicamente en el marco de medidas de control migratorio como la detención y la repatriación, se definieron temas específicos para abordar a través de distintas herramientas de recolección de información.

Los principales temas que guiaron el desarrollo de la investigación y la confección del marco teórico fueron, entonces, los siguientes:

1. respeto, protección y garantía de los derechos de NNA en el contexto de la migración;
2. derecho de NNA a solicitar y recibir asilo;
3. derecho a la libertad y detención de NNA migrantes en el marco de procedimientos de repatriación, de solicitud de asilo u otros;
4. condiciones de detención de NNA y familias migrantes;
5. garantías de debido proceso legal en relación con las medidas de detención, repatriación y solicitud del estatus de refugiado; e
6. impacto de la repatriación en los derechos y el interés superior del niño.

Luego los equipos de trabajo ajustaron esta selección al contexto mexicano, teniendo en cuenta que algunas leyes nacionales y del estado de Chiapas utilizan un vocabulario que dificulta la aplicación de cierto lenguaje de derechos humanos a distintas fases de la migración de NNA, o mejor dicho, a algunos mecanismos implementados frente a este fenómeno. A modo de ejemplo, los términos utilizados para nombrar algunas de las principales medidas contenidas en la Ley de Migración, tales como el *aseguramiento*, el *alojamiento* o la *presentación* en las estaciones migratorias, o el *refugio temporal* regulado en el Reglamento Interno del Albergue Temporal para Menores Migrantes, representan desde una perspectiva de derechos humanos, eufemismos que ocultan la naturaleza jurídica de esas acciones que son, en realidad, detenciones o distintas modalidades de privación de la libertad.¹

De igual manera, los equipos de trabajo consensuaron diferentes aspectos relativos al marco metodológico, en particular lo relativo a: los métodos y herramientas de recolección, sistematización y análisis de la información; las fuentes a utilizar; los actores institucionales (gubernamentales, de la sociedad civil y otros) con los cuales interactuar; los tiempos de cada etapa de la investigación; y la delimitación geográfica de las prácticas a evaluar.

Para la recolección de datos se utilizaron fuentes primarias y secundarias.

En cuanto a las fuentes primarias, cabe mencionar las siguientes:

- a. Testimonios de NNA detenidos en la EMSXXI, recogidos a partir de visitas periódicas a la estación migratoria.
- b. Entrevistas a una diversidad de actores e informantes claves, a saber:
 - funcionarios que trabajan en áreas de migración, infancia y derechos humanos en diferentes ámbitos gubernamentales a nivel federal, estatal y municipal, con particular atención a representantes del INM, el Sistema Nacional para el

¹ En el Capítulo 3 de este informe se analiza con más detalle este uso de eufemismos en la política migratoria mexicana.

Desarrollo Integral de la Familia (DIF),y el DIF del Estado de Chiapas y la ciudad de Tapachula;

- representantes de agencias consulares de El Salvador, Guatemala, Ecuador, Nicaragua y Honduras, ubicadas en la ciudad de Tapachula;

- representantes de agencias internacionales que trabajan con NNA y con migrantes;

- miembros de las organizaciones de la sociedad civil que trabajan con NNA y/o con migrantes, y organizaciones de derechos humanos, a través de entrevistas en profundidad.

c. Información recabada a través de una encuesta auto administrada en línea a organizaciones de la sociedad civil que trabajan con NNA, migrantes y/o de derechos humanos en México y en países de Centroamérica.

d. Reuniones con organizaciones de la sociedad civil, organismos de derechos humanos y organismos internacionales en la Ciudad de México donde se presentaron los avances de este informe.

e. Talleres y jornadas de trabajo que se realizaron en el marco del esta investigación con organizaciones de la sociedad civil, organismos gubernamentales locales y estatales, y agencias internacionales presentes en la ciudad de Tapachula.

f. Comentarios, propuestas, sugerencias y aportes recabados de instituciones gubernamentales y de la sociedad civil sobre el informe de avance.

En relación con las fuentes secundarias, a través de una revisión documental se trabajó con la siguiente información:

a. Respuestas a las solicitudes de acceso a la información pública remitidas al Gobierno Federal y al del Estado de Chiapas por medio del sistema Infomex² e Infomex Chiapas respectivamente.

b. Informes y estudios de las organizaciones de la sociedad civil que trabajan con NNA migrantes y de organizaciones de derechos humanos.

c. Informes del Relator para Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias e informes que fueron presentados al Relator por diversas organizaciones de la sociedad

² Infomex es un sistema electrónico creado por el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública (IFAI) que sirve para gestionar solicitudes de información de manera electrónica (vía internet), para que cualquier persona pueda ejercer su derecho de acceso a la información pública que se encuentra en poder de los gobiernos, federal, estatales y municipales, así como en los órganos constitucionalmente autónomos, y que permite a estos últimos cumplir cabalmente con lo dispuesto en el artículo 6° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Unidad de Enlace Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, *Manual para usuarios del INFOMEX* [En línea http://www.tfjfa.gob.mx/infomextfjfa/Archivos/DocGuia/Manual_Usuario.pdf] (Consulta Septiembre 2012)

- civil.
- d. Decisiones de comités de Naciones Unidas y de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos referidas a México y, en general, a derechos de NNA migrantes.
 - e. Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño e informes presentados a ese Comité por organizaciones de la sociedad civil.
 - f. Estadísticas producidas por el INM, el DIF Nacional y el DIF Estatal sobre migrantes en general y NNA migrantes en particular.

2. Estrategias para el diálogo con niños, niñas y adolescentes en la Estación Migratoria SXXI y el Albergue DIF. Rasgos generales de esta población

En relación con la recolección de datos de fuentes primarias se utilizaron diversas técnicas con el fin de abordarlas con herramientas acordes a cada situación y posibilidades.

Los equipos del CDHUNLa y del CDH Fray Matías diseñaron un instrumento de entrevista para NNA detenidos en la estación migratoria y en el Albergue Temporal para Menores Migrantes del DIF. El instrumento no pudo ser utilizado por dificultades experimentadas para obtener la autorización de las distintas instituciones implicadas para desarrollar el trabajo planificado. Si bien finalmente se logró obtener dicho permiso, los requisitos exigidos por el INM imposibilitaron materializar esas entrevistas. Este obstáculo se analiza en profundidad más adelante.

El instrumento de entrevista fue a su vez compartido con diversas instituciones especializadas en materia de derechos de infancia. Luego se hizo llegar al INM, y a través de él a los diversos organismos públicos con los cuales se conversó la posibilidad de su aplicación.

La técnica que se esperaba utilizar para estas entrevistas era abierta semiestructurada. El instrumento fue dividido en seis partes: a) datos generales del entrevistado o de la entrevistada; b) contexto de la migración; c) condiciones de detención y debido proceso; d) derecho a solicitar asilo y a la asistencia consular; e) repatriación; y f) observaciones del /de la entrevistador/a.

Si bien esta herramienta no pudo ser aplicada en la forma en que se esperaba, estos ejes guiaron el trabajo informal en la EMSXXI con los NNA allí detenidos. Dada la imposibilidad de realizar las entrevistas de forma estructurada e individual, se realizaron actividades en grupo sobre difusión y sensibilización en derechos. En el marco de esas tareas, realizadas por el CDH Fray Matías, numerosos NNA relataron diversos momentos y situaciones que atravesaron en su experiencia de migración, así como en la propia Estación Migratoria.

Desde agosto de 2010 hasta diciembre de 2011, dos veces por semana, cuatro horas cada vez, se realizó un monitoreo permanente en el Módulo de Atención para Menores Migrantes en las Estaciones Migratorias (MAEM), así como en el comedor y el patio de la estación donde se encontraban los adolescentes.

La metodología de trabajo se adaptó, así, a la infraestructura de la EMSXXI, al tiempo para trabajar dentro de la estación, a la población y, principalmente, al estado anímico de los adolescentes. Es importante mencionar que la mayoría de los adolescentes detenidos están desesperados, aburridos y deprimidos. Esto implicó que, en algunas ocasiones, no se realizara ninguna actividad más que mantener conversaciones.

En cuanto a las características de la población con la que se trabajó, en su mayoría son hombres adolescentes entre 13 y 17 años, que son los únicos que tienen acceso al MAEM y constituyen el grupo más numeroso de NNA no acompañados. Si bien no deberían generalizarse las características de la población de los NNA detenidos en la EMSXXI, ya que cada historia de vida y trayectoria migratoria es singularísima, de los treinta adolescentes cuyo testimonio se recogió, la mayoría provenía de Guatemala, Honduras y El Salvador. De ellos un alto porcentaje tenía familia en México o en Estados Unidos. En este grupo, a su vez, la principal causa por la cual los adolescentes solicitan refugio es por la persecución de pandillas juveniles conocidas como *maras* u otros grupos delictivos.

En la sección sobre niñez migrante se describen en profundidad las características de esta población y a lo largo de este informe damos cuenta de algunas de las violaciones a los derechos humanos de las que son víctimas.

3. Entrevistas con funcionarios públicos y representantes de organismos intergubernamentales

Se realizaron además entrevistas a funcionarios de distintas instituciones públicas de la ciudad de Tapachula, del estado de Chiapas y del gobierno federal. También a representantes consulares de los países de origen. Estas entrevistas en profundidad se realizaron en la Ciudad de México, en el estado de Chiapas y en Guatemala, en el marco de los temas y subtemas anteriormente señalados, y tuvieron en los distintos casos más de un objetivo:

1. Presentar el proyecto de investigación que se estaba llevando a cabo a fin de facilitar el trabajo de campo y poder, en el futuro, dar cuenta de los resultados del estudio como espacio de diálogo para las acciones de incidencia y seguimiento del proyecto.
2. Generar espacios de diálogo con los actores implicados en las decisiones de políticas que afectan a NNA migrantes.
3. Rastrear información que fuera de utilidad para la investigación, profundizando en

las temáticas de trabajo específicas de cada uno/a de los/as entrevistados/as.

4. Encuesta auto administrada a organizaciones de la sociedad civil

Para contemplar el abanico más amplio de actores involucrados, se diseñó y envió a representantes de organizaciones de la sociedad civil, una encuesta con preguntas abiertas y cerradas organizadas en un cuestionario electrónico auto administrado que se realizó en Plone³ con un *plug-in* para cuestionario.⁴ El hipervínculo para completar esta herramienta fue enviado por correo electrónico a diversas organizaciones sociales de México, Guatemala, Honduras, Nicaragua y El Salvador que trabajan con las temáticas de niñez, migración y derechos humanos⁵.

Una de las principales dificultades que presentó esta fuente fue el bajo número de destinatarias que completaron el cuestionario: nueve en el caso de organizaciones de México y diez organizaciones de los otros países, correspondiendo en total sólo al 14% de los cuestionarios enviados.

En las respuestas a nuestros pedidos para que completaran el cuestionario, pudimos dilucidar algunas de las razones por las cuales las organizaciones no accedían a hacerlo. Entre ellas, el temor de dar información en general y a dar información delicada en línea en particular, y sobre todo, las dificultades para disponer de tiempo para responder adecuadamente el cuestionario.

5. Solicitudes de acceso a la información pública

La modalidad de recolección no presencial de datos se utilizó también en las 53 solicitudes de acceso a la información pública que se distribuyeron entre organismos públicos como indica el siguiente cuadro:

Organismo		Número de solicitudes	
DIF Chiapas		14	
DIF Nacional		10	
INM	Centro de Estudios Migratorios ⁶	2	29
	Coordinación de Relaciones	8	

3 Plone es un sistema de gestión de contenidos (CMS por su sigla en inglés) que depende de la Fundación Plone y es un proyecto basado en software libre. En el caso específico se utilizó un servidor de Linux priorizando la seguridad de los datos.

4 [En línea <http://plone.org/products/plonesurvey>] (Consulta junio de 2011).

5 El cuestionario se encuentra en el anexo.

6 Si bien las solicitudes de acceso a la información pública habían sido pensados para organismos específicos dentro del INM que se encuentran detallados en el cuadro, el sistema Infomex, no permitía ese nivel de desagregación del sujeto obligado a brindar la información. Por tanto, los pedidos fueron realizados en su totalidad al INM.

	Internacionales e Interinstitucionales		
	OPIs	1	
	Coordinación de Regulación	1	
	Coordinación de Administración/Dirección de capacitación migratoria	1	
	Coordinación de Control y Verificación Migratoria	7	
	Coordinación Jurídica	7	
	Dirección de Derechos Humanos	1	
	Secretaría Particular	1	
Total de solicitudes realizadas			53

6. Procesamiento de la información

El trabajo con NNA detenidos en la EMSXXI, el DIF y las denuncias que se reciben en el CDH Fray Matías permitieron, aunque no de manera sistemática, recolectar información sobre diversos casos y analizados en este estudio. Los casos se distribuyeron del siguiente modo:

Testimonios del MAEM de la EMSXXI	39 (años 2010, 2011 y 2012)
Testimonios en el Albergue Temporal para Menores Migrantes del DIF Estatal en Tapachula	4 (año 2011)
Total	43

Las actividades de promoción y difusión a través de talleres de derechos humanos e información básica de la migración, dirigidas a NNA en la EMSXXI y realizadas por el CDH Fray Matías, permitieron registrar diversas situaciones de vulneración de los derechos de los NNA allí detenidos y conocer las razones que los impulsaron a migrar, sus expectativas y necesidades.

El procesamiento de los testimonios se realizó en una base de datos multivariante cualitativa, donde cada variable es un estándar de derechos humanos que se trabaja en el presente estudio. De este modo pudieron armarse tipologías de los casos donde pueden diferenciarse aquellos NNA que se encontraban trabajando y viviendo en México de los que estaban en tránsito hacia otro país o ciudad, NNA solicitantes de refugio, NNA víctimas de delitos y NNA que requerían de alguna protección en especial.

Para el procesamiento de las entrevistas se escogió la información significativa y se la relacionó con los distintos estándares que se utilizaron para el análisis de los casos. Asimismo, se seleccionaron fragmentos textuales de los testimonios relevantes para el presente estudio.

Dentro de las respuestas a las solicitudes de acceso a la información pública pueden encontrarse diversos documentos como estadísticas, correspondencia oficial, minutas de reuniones, fotos, normativas y proyectos de normativas, entre otros. Para el procesamiento de las respuestas a estas solicitudes se realizó un listado organizado de la información disponible, diferenciando lo correspondiente a los pedidos al estado de Chiapas y los pedidos a organismos federales. Luego de un análisis de cada documento y de la elaboración de fichas individuales, se seleccionó el material relevante para la redacción de este informe.

En relación con el cuestionario remitido a organizaciones de la sociedad civil se optó por el procesamiento cualitativo, en el que se mantiene el anonimato de las organizaciones que respondieron, y por la selección de fragmentos significativos.

Luego del procesamiento de toda la información recogida, en este informe realizamos un análisis jurídico desde una doble perspectiva: de niñez en las políticas migratorias y de migración en las políticas de infancia, desde un enfoque de estándares de derechos humanos. A la luz de esta doble perspectiva y del enfoque de derechos humanos, se analizaron las políticas públicas y la legislación vigente en estas materias, y se las cotejó con las prácticas concretas encarnadas en los casos empíricos.

7. Proceso de consulta del informe de avance

A finales de 2011 y comienzos de 2012, el CDH Fray Matías y el CDHUNLa compartieron los avances de la investigación con diversos actores tanto gubernamentales como de organizaciones de la sociedad civil, con la intención de mejorar y profundizar el análisis con los aportes desde otras miradas y perspectivas.⁷

En un primer momento, se envió por correo electrónico el informe de avance a más de treinta organizaciones de la sociedad civil de México y Centroamérica así como a las autoridades de organismos gubernamentales mexicanos que trabajan con la temática de niñez y migración.

Las respuestas, comentarios y recomendaciones que nos hicieran llegar las organizaciones de la sociedad civil fueron muy fructíferos en tanto permitieron revisar conceptos, profundizar el análisis en algunos puntos, aclarar cuestiones que generaban dudas y reflexionar sobre las conclusiones y recomendaciones.

⁷ Ver en el anexo el listado de las organizaciones a las que se remitió el informe de avance.

Desde el Estado mexicano sólo contestó el DIF Nacional. Con este organismo se coordinó una reunión en el Distrito Federal a la cual viajaron miembros del CDH Fray Matías y CDHUNLa, desde Tapachula y Buenos Aires. Lamentablemente, dicha reunión fue cancelada por el DIF el día anterior, sin haber sido posible acordar una nueva fecha y sin que se enviaran sugerencias u observaciones al informe de avance por otros medios.

También se realizó un encuentro presencial con miembros de las organizaciones de la sociedad civil para debatir y profundizar los comentarios que fueron enviados. Este espacio funcionó como validación de los contenidos del informe a la vez que permitió profundizar el análisis de las políticas públicas y adecuar los contenidos del presente informe a las discusiones actuales en relación con la niñez migrante en la región.

8. Obstáculos en el acceso a la información

Esta investigación enfrentó obstáculos de distinto tenor para acceder a las fuentes de información. A continuación se comentan brevemente las limitaciones en relación con el acceso a información pública y las trabas para realizar entrevistas a NNA detenidos en la EMSXXI o en el Albergue del DIF Chiapas. Estas cuestiones se abordan con detalle en el Capítulo 5 de este informe.

8.1 La información pública sobre NNA migrantes

El acceso a la información pública solicitada enfrentó dos obstáculos principales. En el caso del Estado de Chiapas un problema fue la no disponibilidad de la información en formato digital, que obligó al equipo de investigación a acercarse hasta la ciudad de Tuxtla Gutiérrez en el Estado de Chiapas, para retirarla fotocopiada. De no haber contado con los recursos necesarios para traslado y copias, no hubiera sido posible acceder a esta información.

Luego un obstáculo más estructural en la búsqueda de información sobre NNA migrantes, es la falta de datos, registros e investigaciones específicas realizadas por las autoridades del Estado de Chiapas y del Estado mexicano. Es decir, existe un importante déficit de producción, generación y sistematización de información cuantitativa y cualitativa sobre las diversas causas, circunstancias y características de las migraciones de NNA migrantes, que atraviesan o viven en México y son objeto de medidas de detención y repatriación.

Este obstáculo es parte de un serio problema relativo a la información sobre las migraciones en general, y en particular, sobre la infancia en el contexto de la migración irregular en y a través de México (Appleseed, 2011).

Estos obstáculos contribuyen a promover una errónea y limitada interpretación de los derechos y garantías reconocidos a todos los NNA por la Convención sobre los Derechos del Niño.

8.2 Información reservada sobre NNA

En el marco de la investigación se realizaron solicitudes de acceso a la información pública a través del sistema INFOMEX. En líneas generales, este mecanismo ha permitido acceder sin mayores dificultades a una importante cantidad de información pública, producida tanto por el INM como por los DIF federal y estatal.

En este último caso, algunos de los documentos solicitados no fueron entregados invocándose el carácter reservado de la información por encontrarse comprometida la identidad de NNA “que son vulnerables”. Pese a que en la formulación de los pedidos de información se había dejado aclarado que, en caso de haber datos que permitieran develar la identidad de la persona, se tacharan o borrarán de la documentación previo a su entrega, la información fue denegada en su totalidad.

8.3 Trabas para la realización de entrevistas a NNA detenidos en la EMSXXI y el Albergue DIF

El principal problema que encontraron los equipos del CDH Fray Matías y del CDHUNLA fue la tramitación del permiso de acceso a la EMSXXI y la autorización para realizar entrevistas con NNA allí detenidos. Al respecto, el inconveniente más serio han sido las condiciones irrazonables impuestas por el INM para brindar la autorización requerida.

Ante esta situación, la entrevista que había sido diseñada para la recolección de la información en el marco de esta investigación no pudo ser implementada. Sin embargo, el CDH Fray Matías fue autorizado a ingresar a la estación migratoria a partir de agosto de 2011 con el fin de “realizar únicamente actividades de información y promoción de los derechos humanos de los migrantes”.⁸ En ese contexto, en actividades efectuadas en el Módulo de Atención para Menores Migrantes y otras áreas de la estación, se pudo conversar informalmente con los adolescentes allí detenidos, acerca de su situación, estado anímico, los motivos por los que migraban y las circunstancias que encontraría en su país de origen, la forma en que habían sido detenidos y las condiciones en que esa privación de libertad se desarrollaba.

Pero a finales de diciembre de 2011 y durante 2012, las restricciones para realizar el trabajo en la EMSXXI se ampliaron. Luego de un cambio de autoridades en la estación, se

⁸ Sin embargo, en la solicitud para ingresar a la estación migratoria el CDH Fray Matías había pedido el ingreso no sólo para actividades de difusión y formación en derechos, sino también para el asesoramiento legal y la defensa de los derechos humanos de la población migrante allí detenida.

prohibió el acceso al MAEM y a las áreas donde se encuentra la población de NNA, limitándose a tener reuniones con los ellos en oficinas de personal medio, dentro de la estación y en presencia de alguna autoridad; se limitó el tiempo de esos encuentros, por la falta de coordinación para la designación de un área de trabajo especial y por las constantes interrupciones. De esta forma, el trabajo se redujo a una hora cada vez debido a las condiciones impuestas en el espacio designado a ese fin.

Desde entonces, las circunstancias en que concretaron las conversaciones con los NNA no permitieron profundizar sobre aspectos relevantes para la investigación.

Este tipo de obstáculos no responden a casos aislados, a errores o malas interpretaciones sino a estructuras burocráticas instaladas, pues en anteriores oportunidades se verificaron situaciones similares.⁹

Tampoco se autorizó a los integrantes del CDH Fray Matías y/o al CDHUNLa para realizar entrevistas con los NNA detenidos en el Albergue del DIF en Tapachula, por lo que la entrevista que se esperaba adecuar a dicho contexto no pudo ser utilizada.

⁹ La existencia de políticas sistemáticas de aislamiento de los inmigrantes en situación de "aseguramiento" se comprueba claramente en un informe publicado por I(dh)eas (2011: 106-108). Asimismo, estos obstáculos pueden estar en algunas ocasiones asociados con denuncias públicas realizadas por la sociedad civil ante la comprobación de actuaciones ilegítimas por parte de agentes del INM.

CAPÍTULO 2.

SITUACIÓN DE LA NIÑEZ MIGRANTE EN EL CONTEXTO DE LA FRONTERA SUR DE MÉXICO

1. El dinamismo migratorio en la frontera sur

La frontera sur de México ha ido adquiriendo en los últimos años una relevancia cada vez mayor. Considerada una de las fronteras más transitadas de mundo es, además, un espacio de circulación de flujos migratorios muy diversos.

Esta frontera se encuentra conformada por cuatro estados: Chiapas, Tabasco, Campeche y Quintana Roo, y limita con Belice y Guatemala. Chiapas comparte 962 Km. de frontera con Guatemala, y entre ese país y México existen ocho cruces formales.¹ Esta región tiene una historia cultural y social común con Guatemala y en ella son incesantes los movimientos de personas, principalmente de trabajadores y trabajadoras temporales agrícolas y visitantes locales. Sin embargo, en la última década se ha incrementado el número de hombres, mujeres, niños y niñas de diferentes países que atraviesan esta frontera, en circunstancias y con objetivos muy variados.

Los movimientos migratorios en esta región datan del siglo XIX. Comenzaron con la llegada de finqueros alemanes asociada con el desarrollo del cultivo de café y otros cultivos en la región del Soconusco.² La demanda de fuerza de trabajo adicional estuvo dirigida a captar población guatemalteca, sustituyendo así, de a poco, a la mano de obra local. En el siglo XX tuvo lugar otra etapa de la migración en la frontera, esta vez asociada al conflicto armado en Centroamérica entre las décadas de 1970 y 1980, que obligó a miles de personas de Guatemala, Honduras y El Salvador a abandonar sus países.

En un principio fueron los refugiados procedentes de la guerra civil en El Salvador y después, en mayor cantidad, las personas guatemaltecas que llegaron a los estados del sur, asentándose en un primer momento en Chiapas. Posteriormente, fueron reubicados en Campeche y Quintana Roo, con apoyo de la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados (COMAR) y la colaboración del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). De esta manera, en ese período se estableció el mayor número de personas de esos tres países en la frontera sur de México, principalmente en la región del Soconusco.

Esta migración continuó en los años noventa a causa de los desastres naturales ocurridos en Honduras y Guatemala, que afectaron gravemente a la población en condiciones de vulnerabilidad

1 Los cruces son Ciudad Hidalgo–Tecún Umán, Suchiate II, Talismán–El Carmen, Unión Juárez–Toquián Grande, Mazapa de Madero–Sibinal, Ciudad Cuauhtémoc–La Mesilla, Carmen Khan–Gracias a Dios, Frontera Corozal–Bethel.

2 El Soconusco es una región integrada por 16 municipios asentados en el altiplano y las faldas de la Sierra Madre y la Planicie Costera de Chiapas.

y la obligaron a buscar otros destinos donde empezar una nueva vida.³ Los alcances de los daños originados por el huracán Stan implicaron la transformación de las rutas de la migración centroamericana. Al respecto, se ha destacado que los flujos migratorios se dispersaron a raíz de los destrozos que ocasionó este huracán: “Ya no se ven grandes grupos de cientos de personas que esperan el tren en Ciudad Hidalgo. Ahora son grupos de diez, veinte, treinta personas que caminan por las vías con dirección al Norte. Se quedan a dormir en el monte [...] A la ciudad de Arriaga llegan los migrantes entre cinco y quince días después de entrar en México, dependiendo de su condición física. Muchos llegan cansados y con los pies destrozados. Otros grupos no entran por la frontera de Ciudad Hidalgo, entran por otros lugares como Comitán o Tenosique para tomar el tren allá” (CDH Fray Matías, 2006: 77-87). Este movimiento aumentó las condiciones de vulnerabilidad de las personas debido a la violencia de la delincuencia común, el crimen organizado y los controles migratorios.

A pesar de que la principal fuente de trabajo del estado de Chiapas es la actividad agrícola y agropecuaria, en los últimos años la industria del café ha caído en comparación con los tiempos de apogeo. El crecimiento urbano de las ciudades de la región del Soconusco, que tiene a Tapachula como principal centro político y económico, demanda mano de obra para trabajar principalmente en las áreas de servicios, construcción y servicio doméstico. En estos sectores se han incorporado cada vez más mujeres, hombres, niños, niñas y adolescentes de origen centroamericano contribuyendo a la economía de la región.

Además de los ocho cruces formales que comparten México y Guatemala, existen otros cruces informales y peatonales. Resulta difícil determinar el número de personas que entran de manera irregular por esta frontera, debido a la porosidad que caracteriza los límites entre ambos países. Algunos estudios señalan que la migración centroamericana irregular por México muestra una tendencia creciente entre 1995 y 2005; que a partir de 2006 esta tendencia cambia a la baja, observándose una reducción del orden del 70% de 2005 a 2010; y que durante 2009 y 2010 los flujos parecen estabilizarse (Rodríguez Chávez, Berumen Sandoval y Ramos Martínez, 2011).

Los registros oficiales con los que se cuenta para calcular de manera estimativa la migración que cruza diariamente de manera irregular, son los que elabora el Instituto Nacional de Migración (INM), cuya fuente es el número de detenciones y repatriaciones de personas que no acreditan su

³ Nos referimos a los dos terremotos en El Salvador en el año 2001, que originaron una gran diáspora de salvadoreños que migraron a Estados Unidos principalmente. En 2005 el huracán Stan afectó Chiapas y Guatemala. Miles de familias quedaron sin hogar, con dificultades económicas, y esto originó la migración tanto de chiapanecos como de guatemaltecos.

entrada regular al país. Estos datos no permiten conocer acabadamente los flujos que se producen de manera irregular en la región.

A su vez, debido a la creciente atención política y mediática en la situación de miles de migrantes en tránsito por México, se ha invisibilizado la otra gran parte de la migración: la que vive en territorio mexicano.

Quienes integran este vasto grupo son personas que vieron truncado su camino hacia Estados Unidos o hacia otros estados de México, o que decidieron instalarse en territorio mexicano de manera temporal o permanente. A ello hay que sumarle el aumento de personas que solicitan ser reconocidas como refugiadas.

En definitiva, en las últimas décadas México se ha ido convirtiendo en un país de tránsito y destino de flujos migratorios, sumándose a su rasgo más reconocido de país emisor de migrantes. En este contexto, la frontera sur adquirió un rol cada vez más importante. Ambas circunstancias tienen un

impacto central en el fenómeno de la niñez migrante en la región.



*Cruce del Río Suchiate
Foto: Luis Enrique Aguilar*

2. Migración de niños, niñas y adolescentes

La información recabada en el marco de esta investigación nos permitió esbozar una tipología de NNA migrantes sobre los cuales se aplican las medidas de detención y repatriación. Esta clasificación —organizada según país de destino y residencia— resulta especialmente importante para la aplicación de políticas y medidas diferenciadas y adecuadas a cada circunstancia y con base en el principio de interés superior del niño.

Una de las categorías principales de NNA migrantes en esta región es la de los que migran de manera no acompañada. El Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas define a los “niños no acompañados” como aquellos menores de 18 años que están separados de ambos padres u otros parientes y que no están al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumbe esa responsabilidad (2005: § 7 y 8).

En la última década, en diversas regiones del planeta se ha constatado el crecimiento de NNA que migran hacia otro país de manera no acompañada. El caso de México no ha sido una excepción sino todo lo contrario, ya que presenta indicadores cuantitativos y cualitativos que muestran el crecimiento de este fenómeno. Entre otros factores, por la presencia de NNA no acompañados mexicanos en tránsito hacia el norte, o regresados desde Estados Unidos, y aquellos de otros países, principalmente centroamericanos, que habitan o transitan por el territorio mexicano.

En ese mismo período, numerosas instituciones internacionales y nacionales, como la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), redes de organizaciones como la Mesa Nacional para las Migraciones en Guatemala (MENAMIG), el Foro Nacional para las Migraciones en Honduras (FONAMIH), el Foro Migraciones de México, y organizaciones como Sin Fronteras, I.A.P. o el Centro de Derechos Humanos Fray Matías de Córdova, A.C., registraron y difundieron el incremento de la migración de NNA no acompañados, y a través de diversos informes han dado cuenta de las principales causas de este fenómeno, los riesgos y desafíos más acuciantes, y las políticas y acciones que se emprendieron a nivel nacional y regional.

Un estudio presentado en 2002 por México y Canadá en el marco de la Conferencia Regional de Migración⁴, ya había constatado un aumento en el número de menores migrantes no acompañados en la región, destacando que los NNA son cada vez más jóvenes y que se había incrementado la cantidad de niñas. De la misma manera, trabajos recientes de organizaciones de la sociedad civil en México han observado que el aumento de adolescentes en los flujos migratorios genera, para los Estados de origen, tránsito, destino y retorno, diversos retos en términos de atención y protección de esta población. Se ha subrayado que la situación de la niñez migrante no acompañada merece especial atención por la vulnerabilidad en la que se producen los desplazamientos (Sin Fronteras - INCEDES 2008).

Sin embargo, todavía numerosos informes sobre las migraciones en México, y puntualmente en la región, omiten analizar la especificidad de la migración de los NNA. Se ha privilegiado el papel de los hombres trabajadores, y más recientemente el de las mujeres y sus familias, pero la problemática de los NNA como actores sociales centrales en los procesos migratorios, es un

4 La Conferencia Regional sobre Migración (CRM o Proceso Puebla) constituye un foro regional multilateral sobre migraciones internacionales en el que participan los siguientes países: Belice, Canadá, Costa Rica, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá y República Dominicana.

campo de análisis relativamente reciente que no ha sido abordado de manera sistemática y exhaustiva en la frontera sur (Rivera Carolina, 2011).

Niños y niñas migrantes detenidos por autoridad migratoria según sexo, condición de viaje y grupos de edad									
Años 2009, 2010 y 2011									
	2009			2010			2011		
	Subtotal		Total	Subtotal		Total	Subtotal		Total
	Niños	Niñas		Niños	Niñas		Niños	Niñas	
Total de niños y niñas	4 145	1 547	5 692	3 007	1 036	4 043	3 141	1 019	4 160
De 12 hasta 17 años	3 676	1 153	4 829	2 502	702	3 204	2 641	679	3 320
De 0 hasta 11 años	469	394	863	505	334	839	500	340	840
Acompañados	397	344	741	389	275	664	373	262	635
No acompañados	72	50	122	116	59	175	127	78	205

Fuente: elaboración propia en base a datos del INM.

En estos años también se ha detectado una mayor presencia de niños y niñas que migran junto a sus padres o uno de ellos, a través del territorio mexicano, con dirección hacia Estados Unidos, aunque se trata de un número menor que el de NNA migrantes no acompañados.

Si la situación de los NNA migrantes no acompañados no ha recibido, al menos hasta el momento, toda la atención necesaria y adecuada, la situación de quienes migran con sus padres ha suscitado menos interés aún. Esta invisibilidad se refleja, por un lado, en los informes e investigaciones que analizan los flujos migratorios hacia y a través de México, incluyendo la presencia de NNA, y por el otro, en la ausencia de mecanismos operativos y normativos que protejan específicamente los derechos de esos niños y niñas. Ello, a pesar de que muchos de ellos tienen muy baja edad y se encuentran en circunstancias que los tornan altamente vulnerables, aun cuando estén junto a sus padres.

NNA detenidos en EM en Chiapas, en Albergue DIF Chiapas y devueltos por el INM desde Chiapas. Años 2009, 2010 y 2011.						
	Número aproximado de niños, niñas y adolescentes detenidos en la Estación Migratoria - Chiapas*		Niños, niñas y adolescentes detenidos en el Albergue del DIF Chiapas		Niños, niñas y adolescentes devueltos por el INM desde Chiapas	
	Valor	%	Valor	%	Valor	%
2009	2013	90,5	211	9,5	2224	100
2010	2458	92,5	200	7,5	2658	100
2011	2890	96,5	105	3,5	2995	100

* El número fue construido sobre la cantidad de NNA devueltos desde Chiapas menos el número de NNA que se encontraban en albergues del DIF Chiapas. Sin embargo se estima que la cifra puede ser superior por los NNA que no fueron devueltos y continúan en la Estación Migratoria.

Fuente: elaboración propia con datos del INM y el DIF Chiapas.

Ahora bien, si se observa el universo de NNA detenidos por el INM en la Estación Migratoria Siglo XXI (EMSXXI) y el Albergue DIF Chiapas, y que luego son en su mayoría repatriados a sus países de origen, es posible reconocer dos grandes grupos: a) los NNA que viven y trabajan en Chiapas; y b) los NNA en tránsito hacia Estados Unidos de América (EU) u otro estado de México. En el marco de esta investigación, la mayoría de los NNA con quienes hemos conversado informalmente en la EMSXXI, tenían como principal destino Estados Unidos. Sin embargo, es importante notar que en el caso NNA migrantes de Guatemala, fuentes relevadas indican que un considerable número había migrado con destinos a México, puntualmente a Chiapas.

3. NNA que viven y trabajan en Chiapas

Algunos informes de los últimos años dan cuenta de la presencia creciente de NNA centroamericanos en Chiapas, y particularmente en la ciudad de Tapachula y en las áreas agrícolas de la región del Soconusco. Estos niños y niñas trabajan principalmente a nivel doméstico, en el área de servicios y en la venta ambulante. Su presencia creciente en el comercio informal y en el trabajo agrícola (fincas de café, plantaciones de frutas, etc.) ha sido destacada suficientemente en diversas investigaciones (Sin Fronteras, 2005; Casillas, 2006; INCEDES y Sin Fronteras, 2008; González Carillo, 2009; CRS, 2010; Ángeles Cruz, 2010).

Esta presencia está asociada, por un lado, al histórico flujo migratorio hacia la región, en particular desde Guatemala, que se inicia a finales del siglo XIX (Castillo, 2008:93), y por otro lado, al incremento del número de NNA que se registra tanto en esta región de Soconusco como a nivel global (Casillas, 2006; Turati/Ririki, 2008).

La información recabada durante la investigación, en particular en las conversaciones realizadas en la EMSXXI y, luego de la repatriación, en uno de los países de origen (Guatemala), permitió verificar que un importante número de NNA detenidos y devueltos residía en Chiapas. Es decir, no se encontraban en tránsito por territorio mexicano con destino final Estados Unidos. Así lo confirma la información recogida en el Hogar Nuestras Raíces, donde llegan los NNA guatemaltecos repatriados desde Tapachula: cerca de un 50% de esos NNA se encontraba trabajando en Chiapas al momento de ser detenido por el INM. Investigaciones exhaustivas realizadas en este hogar corroboran esta información (Caballeros, 2011).

Para profundizar en este panorama, es importante tener en cuenta, por un lado, la existencia de los llamados movimientos transfronterizos locales. Este flujo es constante e involucra a cientos de personas quienes a diario realizan actividades comerciales o laborales en un área

cercana a la línea fronteriza. La mayoría de este flujo se desarrolla de manera informal y el cruce suele efectuarse a unos metros de los puntos autorizados para tal efecto, por ejemplo, en las famosas llantas del Río Suchiate. Y por el otro, la afluencia de trabajadores/as agrícolas temporales, procedentes en su mayoría de comunidades indígenas guatemaltecas, que son contratados por empleadores chiapanecos y/o guatemaltecos para el trabajo en plantaciones de café, plátano, piña, cacao y caña, entre otros. Aunque sólo se contrata a hombres, es conocida y creciente la participación de mujeres y menores de edad (que anteriormente eran vistos únicamente como acompañantes), siendo éstos últimos tratados como adultos cuando tienen apenas doce años, o incluso menos.

Los niños trabajadores son menores de 18 años y trabajan a tiempo parcial o completo; provienen en su gran mayoría del departamento de San Marcos y son indígenas *mam* casi todos oriundos del municipio de Concepción Tutuapan. Algunos de ellos empezaron a trabajar en el Soconusco junto a su padre, madre o un hermano, pero una vez que adquieren ciertas habilidades y capacidad de movilidad en la ciudad, se hacen más independientes y trabajan cada vez más solos o en grupos de amigos o paisanos. La creación de redes, la instauración de espacios de sociabilidad y la transmisión de conocimientos, favorecen la migración y recibimiento de otros miembros de la familia en Guatemala para trabajar en el Soconusco (Rivera, 2011: 276).

Una cuestión que es importante iluminar es la situación migratoria de los NNA que trabajan en la región. Existen las llamadas Forma Migratoria de Trabajador Fronterizo (FMTF) o Forma Migratoria de Visitante Local (FMVL), pero los menores de edad difícilmente acceden a estos permisos. Por un lado, porque si viajan con algún adulto se los reporta como “acompañantes” (Rivera, 2011: 266). Y por el otro, porque si son NNA no acompañados difícilmente obtengan una autorización de residencia. Hasta la Ley de Migración, no había ningún mecanismo formal que reconociera de manera específica una categoría de residencia a NNA no acompañados. Si bien esto se ha modificado parcialmente,⁵ en la práctica no se registran cambios significativos ya que la respuesta principal continúa siendo la repatriación.

Finalmente, es preciso mencionar al grupo de migrantes fronterizos trabajadores/as. Nos referimos a personas que se han asentado en la zona fronteriza en forma definitiva o por lo menos prolongada, la mayoría de origen guatemalteco y algunos nacionales de otros países centroamericanos. Se ocupan en el sector servicios, pequeño comercio, agricultura, construcción,

5 El artículo 52 de la Ley de Migración ha incluido a la categoría de NNA no acompañados entre los que podrían obtener, en ciertas circunstancias, una residencia por razones humanitarias.

turismo, etc. La mayoría de esta población ingresó a México en la década de 1980 y desde entonces se ha instalado en comunidades fronterizas, y han constituido familias en la región, siendo sus hijos y/o cónyuges de nacionalidad mexicana.

Principalmente en Tapachula, se destaca el trabajo que desempeñan mujeres migrantes en el servicio doméstico. El CDH Fray Matías ha documentado recientemente en 124 entrevistas realizadas a trabajadoras del hogar, que 58 de las entrevistadas eran menores de edad de entre trece y 17 años, de ellas sólo doce contaban con un documento migratorio de legal estancia en el país, y ninguna tenía contrato laboral ni seguridad social. Al paupérrimo salario que ganan—un promedio de \$2000 MXN mensuales—, se suma que muchas son víctimas de abusos, como largas jornadas laborales de seis y hasta siete días a la semana, maltrato físico y verbal, despido injustificado, retención de salarios o no pagos del mismo, amenazas de entregarlas a las autoridades migratorias por ser “indocumentadas”, acoso sexual y en ocasiones abuso sexual, todo esto atravesado por una fuerte discriminación contra la población migrante en la región (INSYDE, 2008).

Organizaciones de la sociedad civil han documentado que para las mujeres migrantes no tener documento que compruebe su legal estancia significa no ser reconocidas como madres de hijos mexicanos cuando acuden a registrarlos, ya que muchas veces el registro civil les niega este derecho por no contar con documentación migratoria. Con frecuencia, la alternativa para registrar a los niños/as, y que puedan entonces concurrir a la escuela y obtener la correspondiente documentación, es pedir a vecinas o amigas que lleven a cabo el registro. Algunas mujeres manifestaron haber dicho que son mexicanas, por lo que en el momento de regularizar su situación migratoria, un proceso que pudiera ser satisfactorio para ellas se vuelve un problema debido a que hubo falsedad en declaración (INCIDE Social y Sin Fronteras, 2010: 186).

Se sabe también que cada vez más niños, niñas y adolescentes realizan trabajos ambulantes como es aseo de calzado (boleros) y vendedores de dulces y cigarros (canguros), trabajos que implican un desgaste físico por las altas temperaturas, la mala alimentación, extensas jornadas de trabajo, entre otros riesgos. Para los NNA que trabajan en Tapachula y zonas conurbanas la vida no es nada fácil a pesar de que muchos tienen conocidos o parientes que ya han emigrado a Tapachula o alguna zona del Soconusco. La vulnerabilidad de estos NNA es alta, en particular de aquellos que no tienen familiares o conocidos que vivan y trabajen en la ciudad. Muchos de ellos habitan en condiciones de hacinamiento, o incluso se encuentran en situación de calle. Usualmente, están expuestos a riesgos tales como abusos y violaciones sexuales; asaltos y

extorsiones por parte de los delincuentes o la policía; consumo de drogas y estupefacientes; peleas callejeras con personas en esa misma situación; y, entre otros, a ser víctimas de trata y explotación (Casillas 2006:99).



*Mercado de Tapachula
Foto: Luis Enrique Aguilar*

A pesar de que se han implementado algunas políticas como la creación de un centro de día para niños, niñas y adolescentes migrantes en Tapachula,⁶ éstas no son suficientes para garantizar la protección de sus derechos, ya que no cuentan con programas que vayan más allá de la asistencia temporal. Por el contrario, deberían implementarse medidas dirigidas a identificar soluciones de mediano y largo plazo en términos de protección integral de la infancia. A modo de ejemplo, las acciones de asistencia cotidiana a estos NNA, que usualmente trabajan en las calles de la ciudad, no incluyen la gestión de un permiso de residencia.

Así, en muchos casos, estos NNA acaban siendo detenidos por el INM y luego repatriados a su país de origen.

4. NNA en tránsito hacia Estados Unidos u otro estado de México

En las últimas décadas, como también lo atestiguan numerosos reportes (INM, 2005; Castillo, 2008; CRS, 2010), se ha ido incrementando notable y paulatinamente el flujo de migrantes que transitan de manera irregular por el territorio mexicano con el objetivo de ingresar a los Estados Unidos. Esta migración alcanzó su nivel más alto en 2005, para luego reducirse y, desde 2009, estabilizarse, según las estadísticas oficiales (INM-CEM, 2011).

La cantidad de NNA dentro de esas migraciones también se acrecentó considerablemente en la última década (Sin Fronteras, 2005; UNICEF Guatemala, 2011), aunque su crecimiento se ha atenuado en el último lustro (INM-CEM, 2011). Informes y estadísticas recientes indicarían que en

⁶ El Centro de Atención a Niñas, Niños y Adolescentes Migrantes se creó con el fin de atender a niñas, niños y jóvenes migrantes de entre los doce y 18 años.

el último año ha aumentado el número de NNA migrantes no acompañados que han ingresado a EU, aunque esos reportes incluyen no sólo la migración de niños centroamericanos sino también la de aquellos de nacionalidad mexicana⁷.

Ambas migraciones, la que transita hacia EU y la que tiene como destino la región del Soconusco en Chiapas, responden a una multiplicidad de factores y circunstancias, tanto individuales como objetivas (estructurales). Y muchas de esas causas, a su vez, inciden en que esa migración se produzca por vías irregulares y en un contexto de elevados y crecientes riesgos para la integridad física y la vida de estos niños y niñas.

5. Causas de la migración de niños, niñas y adolescentes

Las causas que conducen a la migración anual de miles de NNA hacia Estados Unidos y México no difieren, en general, de las que empujan a migrar a millones de personas, adultas y menores de edad, en otras regiones. En términos generales, la privación de derechos fundamentales y la expectativa de mayores oportunidades en los países o regiones de recepción, sobresalen entre los principales factores determinantes de la migración.

Ahora bien, en el caso particular de la migración de NNA y adultos hacia los EU, a esos motivos hay que agregarle otros, de igual relevancia, como la reunificación familiar y la demanda de mano de obra barata de sectores informales y precarios del mercado laboral. Las políticas y leyes migratorias crecientemente restrictivas (con eje en seguridad fronteriza) con que los Estados enfrentan las razones de los migrantes, fomentan la proliferación de vías irregulares para la migración de las personas (Appleseed, 2011).

Para el caso puntual de NNA no acompañados que transitan por México hacia los Estados Unidos, como analizaremos a continuación, la reagrupación familiar ocupa un lugar central entre las causas de la migración (Appleseed, 2011; Plataforma Subregional, 2010). Pero también cabe destacar otras explicaciones, como la proliferación de situaciones de abuso, maltrato, violencia y abandono que impulsan a NNA a migrar de su país; el incremento de las redes de trata de personas, que se aprovechan de las circunstancias generadas por los factores antes mencionados, y que afecta especialmente a NNA que migran engañados y son víctimas de la explotación laboral y sexual (véase Casillas, 2006); y la profundización de la violencia y la persecución de las *maras* y

7 Las estadísticas de la Patrulla de Frontera (*Border Patrol*) indicarían que a lo largo del primer semestre de 2012 ya se habrían detenido la misma cantidad de niños, niñas y adolescentes no acompañados que durante todo el 2011. Ver http://www.cbp.gov/xp/cgov/border_security/border_patrol/usbp_statistics/.

pandillas juveniles contra adolescentes centroamericanos, que migran hacia México en busca de asilo.

En los casos relevados en la EMSXXI durante esta investigación, hemos verificado todas y cada una de estas circunstancias: NNA que migraban hacia Estados Unidos o hacia otros estados de México para reunificarse con sus padres, a quienes no veían desde hacía muchos años; NNA migrando junto a sus padres, madres o ambos; otros que residían en Tapachula y fueron detenidos tras una verificación migratoria en su lugar de trabajo; NNA migrando hacia el norte en búsqueda de oportunidades laborales y educativas; niñas víctimas de redes de trata de personas; niños, niñas y adolescentes que solicitaban asilo como consecuencia de la violencia sufrida en su país de origen.

A continuación haremos un breve repaso de los principales motivos que conducen a los NNA a migrar, tanto en México y países vecinos como en el resto de mundo. Si bien este listado no es exhaustivo, brinda un cuadro aproximativo de los principales factores que conducen a los NNA a atravesar condiciones de vulnerabilidad y exponerse a riesgos extremos al dejar sus hogares.

5.1 Pobreza y exclusión en los países de origen

Uno de los principales factores que conducen a la migración en el mundo es la pobreza y la marginación que viven en sus lugares de origen. La pobreza en términos amplios es un estado de restricción generalizada del ejercicio de derechos fundamentales. No se circunscribe a la escasez de ingresos monetarios sino que abarca también la falta de derechos como la libertad económica, social y política; es decir es la violación a derechos vinculados a la justicia social, al desarrollo y a la seguridad humana (Relator ONU sobre Extrema Pobreza, 1996).

La falta de acceso a la educación y al trabajo y la expectativa de mejores oportunidades en países receptores también son factores que promueven las migraciones. En paralelo, la creciente demanda en los países receptores de trabajadores, sobre todo de mano de obra barata en sectores informales y precarios del mercado laboral, ha potenciado asimismo la migración. La perspectiva de mejores servicios sociales en países de destino (por ejemplo, salud, educación) también confluye para promover la migración. En definitiva las privaciones de derechos humanos y la pobreza son los principales móviles de la migración, tanto de adultos como de NNA.

Como menciona el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) en su informe sobre índices de desarrollo humano: "Las oportunidades de todas las personas de llevar una mejor vida no debieran verse restringidas por factores que escapan a su control" (PNUD,

2011). En este informe se remarca que Guatemala, Honduras y El Salvador se encuentran en el grupo de países con Índice de Desarrollo Humano (IDH) medio, ocupando los lugares 131, 121 y 105 respectivamente; a México se lo ubica en el grupo de IDH alto, en el número 57.

En el caso de Guatemala, un informe reciente de UNICEF revela la íntima conexión entre la situación de pobreza en el país de origen, y particularmente en determinadas comunidades y con un impacto específico en la niñez, y la emigración hacia el norte en busca de mejores condiciones de vida (los índices se detallan en el próximo cuadro). A su vez, según la encuesta realizada por la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) y UNICEF en 2010, las causas principales que motivaron la migración de NNA guatemaltecos fueron: mejorar sus condiciones económicas (43.0%), conseguir un empleo (39.0%), la reunificación familiar (11.7%) y huir de la violencia (1.4%). Los datos varían muy poco entre hombres y mujeres, aunque en este último caso la reunificación familiar se eleva a un 22,6% (UNICEF, 2011:40).

Indicadores porcentuales de desarrollo social de Guatemala					
		Población beneficiaria de remesas	Pobreza General	Pobreza (0-14 años)	Desnutrición crónica
Media nacional guatemalteca		30.5	50.1	60.3	49.8
Departamentos	Guatemala	18.0	16.3	22.2	26.3
	San Marcos	11.0	65.5	70.4	53.5
	Huehuetenango	9.0	71.3	77.3	69.5
	Quetzaltenango	6.5	44.0	53.6	43.1
	Jutiapa	4.9	47.3	56.4	36.8
Fuente		OIM 2009	Encovi 2006	Encovi 2006	Ensmi 2008-09

Fuente: UNICEF Guatemala 2011

Los departamentos cuyos datos se detallan en el cuadro se encuentran, no casualmente, entre los que tienen una mayor tasa de emigración. San Marcos cuenta con 29 municipios, seis de los cuales son fronterizos con México. De los 31 municipios que conforman Huehuetenango, nueve son fronterizos. Por su parte, Quetzaltenango, a pesar de no colindar directamente con la línea fronteriza, muestra una dinámica migratoria similar a los departamentos antes mencionados,

dada su cercanía geográfica y sus relaciones transnacionales con México.⁸ Otro aspecto a destacar es que de las personas que envían remesas, el 17% son menores de 19 años (UNICEF, 2011:10).

Según el Instituto Nacional de Estadísticas (INE) de Honduras, el país se encuentra entre los de menores ingresos de América Latina y el Caribe y la pobreza se acentúa en el área rural, sobre todo en relación con la cobertura y calidad de los servicios sociales. “La población rural que representa alrededor de 53% de la población del país tiene niveles de pobreza que al 2010, alcanzan al 65.4% de sus habitantes. La población que vive en las zonas de la ladera constituye el modelo de pobreza rural más generalizado en el país, ésta se caracteriza por vivir en ambientes frágiles y de poca productividad que limitan las oportunidades de capitalización y desarrollo. Como resultado, predomina una economía de subsistencia, principalmente agrícola y una reducida interacción con los mercados” (PNUD Honduras. 2012).

5.2 Reunificación familiar

La Convención sobre los Derechos del Niño reconoce el derecho de los NNA a la vida familiar, a no ser separados de sus padres, a que una solicitud de reunificación sea considerada de forma positiva, humanitaria y expedita, a ser cuidados por sus padres, y a que el Estado arbitre medidas para facilitar que los padres cumplan sus obligaciones respecto de sus hijos. Estas disposiciones conforman una sólida base legal para dar forma a la obligación de los Estados de proteger la unidad familiar, facilitar la reagrupación y evitar su separación⁹.

En la Observación N° 6, el Comité de los Derechos del Niño ha planteado que, con miras a impedir que un menor sea separado de sus padres contra su voluntad (artículo 9 CDN), debe procurarse por todos los medios que el menor no acompañado o separado se reúna con ellos. El Comité es enfático al indicar que cuando la reunión familiar en el país de origen no sea posible, “sea a causa de obstáculos jurídicos que impidan el retorno, sea porque la ponderación del retorno contra el interés superior del menor inclina la balanza en favor de este último, entran en juego las obligaciones estipuladas en los artículos 9 y 10 de la Convención, que deben regir las decisiones del Estado de acogida sobre la reunión familiar en su propio territorio”.

La migración del padre, la madre o de ambos origina que muchos NNA queden al cuidado de otros miembros de la familia o desprotegidos en condición de abandono. El impacto en los NNA,

8 Encuesta sobre Migración en la Frontera Sur de México, 2008 (antes EMIF GUAMEX). Serie histórica 2004-2008. (2011). Instituto Nacional de Migración-Centro de Estudios Migratorios /Consejo Nacional de Población/ El Colegio de la Frontera Norte/ Secretaría de Gobernación/ Secretaría de Relaciones Exteriores/ Secretaría del Trabajo y Previsión Social.

9 CDN, artículos 3, 7, 8, 9, 10, 16 y 18.

en particular en la mujeres, se refleja en la asunción de roles y responsabilidades propias de los adultos (como el sostén del hogar, el cuidado de los o las hermanas más pequeñas, de sus propios hijos). La migración cambia la estructura de las familias al cambiar el papel que asumen los NNA en la toma de decisión dentro del núcleo familiar (De La Garza, 2010). Por su parte, los niños que son dejados atrás son más propensos al estrés psicológico y emocional, al sentimiento de abandono, a tener baja autoestima (Enríquez Villacorta et al, 2011).

Para muchos de los NNA no acompañados que transitan por México hacia los Estados Unidos, la migración representa la única opción que les permite reunirse con sus padres. Este fenómeno está intrínsecamente ligado, por un lado, a la ausencia de programas de regularización en Estados Unidos, lo cual impide el inicio de un proceso viable y claro de reunificación familiar. A su vez, las limitaciones que la irregularidad impone a las visitas periódicas de familiares en el país de origen (por el temor a no poder reingresar a EEUU) y, por lo tanto, la imposibilidad de una circulación migratoria regular (Kuhner, 2010), son factores relevantes a la hora de analizar las motivaciones de los NNA migrantes para trasladarse. Por otro lado, también son importantes los obstáculos y las demoras que caracterizan los procesos de reunificación familiar iniciados por adultos que ya poseen un permiso de residencia (Cornelius, 2009).

A pesar de las condiciones de vulnerabilidad y los riesgos que existen, los NNA migrantes no acompañados cuentan con la fuerza, la juventud y la esperanza de que van a llegar a su destino final para reunirse con sus familiares o mejorar su calidad de vida y la de su familia que en muchos de los casos son numerosas y de escasos recursos. Migrar se convierte en la única opción en la mayoría de los casos. En una encuesta realizada en el marco de una investigación solicitada por el Ministerio de Relaciones Exteriores de El Salvador, los datos indicaban que el 58% de los NNA entrevistados señalaban a la reunificación familiar con sus padres residentes en EU como el motivo que los llevó a migrar (Enríquez Villacorta et al., 2011: 72).

5.3 Crimen y violencia en Centroamérica

Otro de los factores que impone la migración es la violencia que caracteriza a algunos países de la región, en un contexto del incremento del tráfico de drogas, violencia institucional y social, así como de impunidad y desprotección frente a distintas formas de violencia. Esta situación afecta principalmente a NNA y ha originado que cada vez más decidan migrar hacia otros países, principalmente México y Estados Unidos.

Los datos de 2011 elaborados por el Banco Mundial (2011) ofrecen un panorama general de cómo el crimen y la violencia impactan fuertemente en diferentes ámbitos sociales, económicos y políticos. En este contexto, el debilitamiento de las instituciones fomentado por los altos índices de corrupción en los sistemas de justicia, promueve la pérdida de la confianza de la población y, en muchos casos, el éxodo de personas en busca de seguridad y nuevas oportunidades de vida.

El surgimiento de las *maras* está ligado al conflicto armado que se vivió en Centroamérica entre 1960 y finales de 1980.¹⁰ Ello propició la emigración de miles de personas que solicitaron protección en otros países. A título ilustrativo, en el caso de Guatemala el mayor flujo de refugiados se asentó en los estados del sur de México, y en el caso de El Salvador, en Estados Unidos.

En respuesta al incremento de la violencia en los países centroamericanos, los gobiernos sancionaron leyes severas, como la llamada “Ley Mano Dura” que se implementó en El Salvador, en 2003 y fue remplazada al año siguiente por la llamada “Ley de Super Mano Dura”. En 2003 y 2005, respectivamente, tanto Honduras como Guatemala sancionaron leyes de mano dura *antimaras*.

En México, de 2003 a 2004, se crearon los Programas Antimaras Acero I, II y III con incidencia en toda la zona fronteriza. En 2004 se creó el Operativo Frontera Sur-Costa, que fue un programa implementado en quince municipios de Chiapas para identificar y aprehender a integrantes de la Mara Salvatrucha 13 y 18, y para combatir el tráfico de personas. Ya entonces era común asociar al crimen con la presencia de migrantes en la zona y la política restrictiva y securitista implementada se consideraba la adecuada: “A través de los operativos Acero y Costa se ha logrado reducir la incidencia delictiva en la zona fronteriza, específicamente el caso del pandillerismo y en los delitos de mayor frecuencia, hasta en un 19%, respecto al año anterior. Por otro lado la Secretaría de Seguridad Pública ha aplicado importantes esfuerzos operativos para apoyar a las autoridades del Instituto Nacional de Migración, logrando asegurar a 7 mil 13 indocumentados puestas a disposición de instituto” (Salazar Mendiguchía, 2005).

Los operativos Acero y Costa, lejos de ser programas de protección y seguridad a favor de las personas con un enfoque de derechos humanos, arremetieron con acciones aisladas y signadas

¹⁰ En los años ochenta las pandillas juveniles denominadas *maras* aparecieron en Estados Unidos, principalmente en Los Ángeles, integradas por refugiados salvadoreños formados la mayoría en la guerrilla con entrenamiento militar. En 1990 después de la firma de los acuerdos de paz en Centroamérica, se dio retorno masivo de muchos jóvenes entre ellos *maras*. Sin embargo, la exclusión social, la desestabilización post conflicto, creó el escenario para que la mayoría de estos jóvenes, al ser excluidos de la sociedad, se dedicaran a continuar con prácticas ya aprendidas, a las que sumaron otras como el secuestro, el robo, la extorsión, los asesinatos y el tráfico de personas, mecanismos que son utilizados para engrosar el número de personas que forman parte de estas pandillas.

por el prejuicio y una mirada estereotipada, discriminatoria y criminalizadora de las y los jóvenes y las personas migrantes. Este ambiente persiste actualmente en algunos municipios de la frontera sur, como en la ciudad de Tapachula, Chiapas. Durante la aplicación de estas políticas en el Estado de Chiapas, los jóvenes migrantes en particular fueron blanco de detenciones ilegales y trato discriminatorio. Han sido víctimas de abusos por integrantes de la Policía Municipal, la Policía Estatal, la Agencia Estatal de Investigaciones, los grupos especializados — como Grupo Acero y Grupo Antimara—, así como fuerzas de seguridad del gobierno federal (CDH Fray Matías, 2008).

En Centroamérica, análisis más recientes acerca del fenómeno de la migración describen que el impacto social que enfrentan los NNA migrantes es producto, entre otros factores, de la asimilación que se ha hecho entre adolescentes migrantes, las *maras* y el fenómeno del terrorismo en la región. De esta manera, se fomenta la criminalización de la migración de jóvenes, a través de la creación de falsos estereotipos generando un trato social discriminatorio y promoviendo medidas arbitrarias en lugar de atender la situación de vulnerabilidad en la que encuentran (Escobar Santi, 2008).

5.4 Niños, niñas y adolescentes en busca de trabajo

La frontera sur, por su ubicación estratégica, es un pasaje obligado de trabajadores y trabajadoras que cruzan diariamente los límites de México y Guatemala. Muchos de ellos son NNA. Históricamente, la mayoría de los estudios sobre la migración trabajadora se ha enfocado en lo hombres, producto de falsas premisas sobre el mercado de trabajo que han propiciado la invisibilización de la participación de mujeres y NNA en la migración laboral de la región del Soconusco.¹¹

La principal economía del estado de Chiapas se ha dedicado a la actividad agropecuaria; pero en los últimos años, con el crecimiento urbano de ciudades de la región del Soconusco, siendo Tapachula el principal centro político y económico de la región, se ha incrementado la demanda de mano de obra para trabajar en el sector de servicios, construcción y trabajo doméstico.

Los trabajadores guatemaltecos ocupan estos espacios, tal como ha documentado el CDH Fray Matías de Córdoba: mujeres adolescentes trabajadoras del hogar, así como otras en el comercio sexual, en bares, cantinas y “botaneros” (en su mayoría ocupados por mujeres de

11 Uno de los primeros estudios sobre la el trabajo y la migración de mujeres y NNA fue elaborado por Wiesner y Cruz en 2002.

Honduras y El Salvador), NNA que trabajan recolectando basura, vendiendo dulces, globos, tortas, flores, algodones de dulce, fruta, ropa, lustrando calzado, entre otros.

No se cuenta con datos estadísticos de la cantidad de NNA que trabajan en la región. Sin embargo, forman parte del paisaje cotidiano de Tapachula, pudiendo observarse su presencia a diario en el parque central de la ciudad y sus alrededores.



*Parque Central Miguel Hidalgo Tapachula
Foto: Luis Enrique Aguilar*

Debido al incremento del flujo migratorio de menores de edad que trabajan en la agricultura, el comercio ambulante y el trabajo del hogar principalmente en Tapachula, organismos de la sociedad civil e investigadores se han propuesto hacer visibles las condiciones laborales de los NNA y la necesidad de implementar políticas públicas que garanticen su protección.¹²

6. Trata y explotación de NNA

México es considerado un país de reclutamiento y destino de víctimas de trata, tanto en el caso de personas mexicanas como de extranjeras. Al respecto, desde la Comisión Nacional de Derechos Humanos se advirtió que a pesar de que existen algunos avances en materia de investigación de la trata de personas, aún sigue siendo un delito invisible que permite a los delincuentes que la practican operar con impunidad. También se señaló que ante la falta de

¹² Entre ellos pueden destacarse los estudios elaborados por la Mesa Nacional para las Migraciones en Guatemala MENAMIG (2006), Casillas (2006), INCEDES Sin Fronteras (2008), Girón (2010), Rivera (2011), entre otros.

estadísticas oficiales, actualmente se calcula que en México hay 16 mil niños y niñas víctimas de trata".¹³

En el contexto de la frontera sur, se ha señalado que en la mayoría de las ocasiones, el "enganche" se realiza en los parques centrales y en las principales vías públicas de ciudades cercanas a la zona fronteriza, como Tapachula. En estos lugares, mujeres y NNA migrantes son susceptibles de ser captados por las redes de trata. El reclutamiento se concreta con cierta facilidad debido a factores como la falta de documentación migratoria de las víctimas, el desconocimiento de los riesgos ante las promesas de los tratantes y los deseos de acercarse a o cruzar la frontera con los Estados Unidos, entre otros (OIM, 2011:65).

Las principales causas por las que muchas mujeres de Guatemala, Honduras y El Salvador, salen de sus países son la pobreza, la violencia, las rupturas de vínculos afectivos y el desempleo, y cuando van en tránsito hacia Estados Unidos son captadas por redes de trata. En muchas ocasiones son reclutadas en el país de origen, por familiares que las "enganchan" a través del engaño, para llevarlas a trabajar a bares, les quitan sus documentos y las amenazan con entregarlas a las autoridades migratorias. Los hijos/as de las mujeres sufren también las consecuencias ya que muchas no pueden registrarlos por no contar con papeles, e incluso en los peores casos los dueños de los bares les quitan a sus hijos/as.¹⁴

En la frontera sur las mujeres tienen frente a sí una gran cantidad de enganchadores que mediante engaños las llevan a prostituirse a los bares de la zona. La segunda estrategia más utilizada para el reclutamiento es el secuestro, sobre todo en el caso de personas menores de edad. Según algunos informes, alrededor de 90% de las mujeres, en el contexto de la prostitución en las llamadas zonas de tolerancia, provienen de Centroamérica. El riesgo de ser tratadas se nutre de una combinación fatal de necesidades económicas o de responsabilidad como jefas de hogar, de analfabetismo, de una mínima educación o de falta de preparación en habilidades técnicas y una historia previa de abuso físico y sexual (Red Local Anti-Trata, 2008).

Del lado guatemalteco, la Ciudad Tecún Umán cuenta con numerosos burdeles, bares y salones de masaje que al mismo tiempo ofrecen "compañía" masculina o femenina. En el lado mexicano en Ciudad Hidalgo, Cacahoatán, Puerto Madero y Tapachula se estabilizaron amplias zonas de tolerancia debido a esa demanda durante los últimos diez años. Los "traileros" que vienen desde los países centroamericanos y cruzan la frontera en su camino hacia Estados Unidos

13 Periódico El Universal, *Migrantes, entre los más vulnerables de trata: CNDH*, del 30 de marzo de 2012, en <http://www.eluniversal.com.mx/notas/839163.html#1>.

14 Entrevista realizada en la Casa de la Mujer, Tecún Umán, el 30 de julio de 2011.

son el grupo clave en toda la dinámica del sexo comercial. Los clientes tienden a preferir mujeres cada vez más jóvenes. Por esta razón actualmente una de cada dos personas que ofrecen servicios sexuales en los centros nocturnos, es menor de edad.

En el contexto de esta investigación, es importante destacar que los NNA que son víctimas de trata, con fines de explotación sexual o laboral, o de quienes hay indicios de haber sido víctimas de este delito, son también conducidos en muchas ocasiones a la EMSXII o al Albergue DIF. Allí suelen estar a la espera de una decisión judicial y son luego repatriados a sus países de origen o remitidos a otras instituciones de protección.

CAPÍTULO 3.

POLÍTICAS DE MIGRACIÓN Y NIÑEZ: ASPECTOS PRINCIPALES Y MARCO INSTITUCIONAL

1. Introducción

El objetivo de esta sección es describir brevemente algunos de los rasgos salientes de las políticas migratorias y de protección de infancia en México, dando cuenta además de la vinculación entre ambas y de su impacto en el contexto particular de la frontera sur. Es importante aclarar que no se trata de un análisis exhaustivo de cada uno de estos rasgos, ni mucho menos pretende agotar las características de las políticas adoptadas por México en los ámbitos de la migración y la infancia, ni los vínculos posibles entre ambas.

Entre los temas que se analizarán en este capítulo cabe mencionar: las contradicciones que caracterizan la política migratoria; la incidencia del enfoque de seguridad nacional en la política migratoria; el rol estratégico de la frontera sur en la política sobre niñez migrante; la repatriación de NNA como objetivo prioritario y el uso de eufemismos para ocultar la naturaleza real de las políticas y prácticas; el enfoque asistencialista en la política de infancia; los déficit de transparencia y acceso a la información; las restricciones a la participación de la sociedad civil; las limitaciones de las políticas regionales; y la debilidad de las políticas de los países de origen para la protección de los NNA migrantes.

Al examinar algunos de los aspectos principales de las políticas públicas que impactan en la niñez migrante, describiremos el marco institucional en el cual se implementan. Es decir, los diferentes organismos que tienen una competencia específica en estas materias, el poder de decisión y las áreas de intervención de cada uno. Pondremos un énfasis particular en los roles del Instituto Nacional de Migración (INM) y el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF), los programas, acciones y competencias de cada uno, así como la interacción entre ambos y con otras instituciones.

El análisis de este capítulo —y el del marco normativo que se ofrece en el siguiente— aspira a ser un primer diagnóstico sobre el contenido y las prioridades que identifican estas políticas y, paralelamente, sobre sus limitaciones y problemas.

2. Avances, contradicciones y ambivalencias en la política migratoria mexicana

La multifacética política migratoria mexicana está signada, tanto en líneas generales como en relación con la niñez migrante, por una serie de contradicciones y ambivalencias que procuraremos señalar en las páginas que siguen.

En primer lugar, existe una brecha entre el enfoque de la migración que el Estado mexicano pregona en el exterior y a nivel internacional, y las políticas adoptadas en el plano interno. Por una parte, en los últimos años los gobiernos mexicanos han asumido una posición pública, iniciativas bilaterales y reclamos en el ámbito internacional, en defensa de los derechos de las personas migrantes, con miras a impactar en la situación de sus connacionales en Estados Unidos de América (EU). Esta agenda, entre otras acciones, ha incluido la presentación de demandas en casos concretos (por ejemplo, ante la Corte Internacional de Justicia¹), o propuestas dirigidas a elevar los estándares internacionales vigentes a través de resoluciones de organismos de Naciones Unidas,² o del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.³

Pero la política diseñada para el trato a la migración que transita por territorio mexicano, o que reside en él, ha estado determinada por criterios diferentes, que no han asumido entre sus prioridades el enfoque de derechos humanos. Razones de índole securitaria, de control migratorio y cuestiones como la invisibilidad de ese fenómeno, los abusos de los órganos de aplicación, y el carácter desfasado de la normativa, han signado la orientación de esta política.

Durante muchos años, y en particular desde el paulatino crecimiento de los flujos migratorios hacia y a través de México, especialmente desde países centroamericanos, distintos actores han cuestionado esta contradicción, este doble estándar de la política migratoria mexicana que sostiene una posición allende las fronteras y aplica la contraria dentro de su territorio.⁴

En los últimos años, sin embargo, la brecha entre la agenda exterior e interna se ha reducido en alguna medida, a partir de una mayor coherencia en ciertos aspectos de la política migratoria. Esto se ha debido, por una parte, a la modificación del discurso sobre el tratamiento que se debe dar a las personas migrantes que habitan en el país y a quienes transitan por México con destino a EU (transmigrantes). El enfoque de derechos humanos se ha incorporado paulatinamente a las prácticas discursivas de organismos como el INM y la

1 CIJ, *Caso Avena y otros nacionales mexicanos* (2004).

2 México no sólo fue el promotor de diversas resoluciones adoptadas por la Comisión y, desde 2006, por el órgano que la reemplazó (el Consejo de Derechos Humanos), sino que también ha sido un entusiasta impulsor de la ratificación de la Convención para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias.

3 Cabe mencionar las solicitudes de Opiniones Consultivas a la Corte IDH, que derivaron en las OC-16/99, sobre el derecho a la asistencia consular, y la OC-18/03, sobre la Condición Jurídica y los Derechos de los Migrantes Indocumentados.

4 Entre otros, véanse: Foro Migraciones (2005); Sin Fronteras (2005); CDF Fray Matías de Córdova et al (2008); FIDH (2008); Red Nacional de Derechos Humanos Todos los Derechos para Todas y Todos (2010).

Subsecretaría de Población, Migración y Asuntos Religiosos, dependiente de la Secretaría de Gobernación (ver Gobierno de México, 2012). A ello debe sumarse el cambio en la Ley de Migración en 2011, que sumó diversos principios de derechos humanos, desplazando la desfasada y sumamente restrictiva Ley General de Población.

Estos cambios han sido una de las consecuencias del permanente trabajo de denuncia e incidencia de organizaciones no gubernamentales, y también se explican por la repercusión de las recomendaciones que distintos organismos internacionales han formulado a México,⁵ entre otros factores. De todas maneras, estas modificaciones, tanto discursivas como normativas, conviven con prácticas u otras disposiciones de igual naturaleza que las contradicen o que reducen significativamente su impacto.⁶

Pero además de esta ambivalencia entre los posicionamientos internacionales y las políticas internas, quizás el desafío principal de los organismos estatales mexicanos hoy sea revertir la contradicción que impera entre las normas vigentes, los discursos que las sostienen y otros aspectos de la política migratoria, y la práctica, es decir, la realidad concreta.

Este informe permite en tal sentido identificar cómo numerosas prácticas que impactan en la población inmigrante o transmigrante, y en particular en los niños, niñas y adolescentes, presentan serias deficiencias en materia de derechos humanos que contradicen no solamente la posición de México en foros internacionales, sino el propio marco normativo. Concretamente en el ámbito del control migratorio, los procedimientos diseñados y la forma en que se implementan, revelan que los objetivos que guían esas políticas no están determinados por las obligaciones de derechos humanos asumidas por el Estado mexicano.

Este carácter ambivalente también se verifica en una serie de iniciativas, programas y medidas adoptadas por el Gobierno en los últimos años. Algunas de ellas están orientadas a la protección de migrantes en ciertas situaciones de vulnerabilidad, como es el caso de los Grupos Beta. Otras están dirigidas específicamente a la niñez migrante, como los Oficiales de Protección a la Infancia (OPI), los Módulos DIF en las Estaciones Migratorias, y la Mesa de Diálogo Interinstitucional sobre Niños, Niñas y Adolescentes no Acompañados y Mujeres Migrantes.

A lo largo de este informe explicaremos las limitaciones de estas iniciativas, en particular las falencias que presentan desde la perspectiva de derechos humanos, y que se deben, entre otras razones, a la primacía de otros factores como la cuestión de la seguridad nacional, que

5 Ver, entre otros documentos, las recomendaciones realizadas a México por el Comité de Trabajadores Migrantes y sus Familiares, en los años 2006 y 2011.

6 Los problemas en el plano legislativo se examinan en el Capítulo 4.

conserva un papel fundamental en la definición de objetivos y prioridades de la política migratoria.

2.1 La perspectiva de seguridad en la política migratoria

La política migratoria en México se encuentra fuertemente signada por un discurso íntimamente vinculado a la soberanía y a la seguridad nacional. Esta tendencia, creciente en las últimas décadas, ha llevado al Estado mexicano a aplicar medidas discrecionales y restrictivas en materia migratoria en pos de la “seguridad pública” o la “seguridad nacional”. En este sentido, se ha señalado que “la cercanía con Estados Unidos, junto con la complejidad de los flujos migratorios que se originan, atraviesan el territorio o tienen en él su destino final o temporal, más las tendencias de la modernización en el registro, regulación y control de la movilidad internacional de personas, son factores que inciden en una vinculación muy notable entre migración y seguridad nacional, conjuntamente con aspectos de seguridad fronteriza y seguridad pública” (Calleros Alarcón, 2010:34).

Si bien el abordaje sobre la migración se ha enfocado históricamente en el control y restricción de los flujos migratorios, esta tendencia se ha fortalecido en los últimos años. A inicios de 2001 la puesta en marcha del Plan Sur vino a convalidar esta mirada con el objetivo de fortalecer la vigilancia y control de movimientos migratorios desde el Istmo de Tehuantepec hasta la frontera sur de Chiapas.⁷

Por lo demás, el énfasis en la seguridad se explica, entre otras cuestiones, por la influencia de la política de seguridad hemisférica y su vinculación con la restricción de los flujos migratorios, promovida por Estados Unidos luego del 11 de septiembre de 2001.⁸ El objetivo general fue instrumentar estrategias comunes de seguridad fronteriza y defensa (Benítez Manaut y Rodríguez Ulloa, 2006). La reacción inmediata fue un recrudescimiento de la política migratoria restrictiva a nivel internacional y un endurecimiento de las fronteras a través de estrictas medidas de seguridad. Así, la asociación entre migración y seguridad hemisférica promovida desde EU, y su impacto en cuestiones de seguridad pública y nacional en México, derivó en una política de control extremo de los flujos migratorios, restricciones en el ejercicio de derechos y garantías, así como en el cercenamiento del acceso y difusión de información.

7 El Plan Sur es un programa instaurado por el INM en el mes de julio de 2001 y orientado a aumentar la capacidad de control de los flujos migratorios que tiene lugar en la zona sur de México. A este respecto, véase Foro Migraciones (2001).

8 Con los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos, los intereses de dicho país se volcaron hacia la seguridad y protección al interior de su territorio, y la relación bilateral con México se enfocó directamente hacia la seguridad en la frontera, dejando relegada de la agenda bilateral diversas cuestiones centrales del tema migratorio.

En este contexto, Estados Unidos y México recurren a la firma de diversos acuerdos y planes para una mayor vigilancia fronteriza. Ambos países firmaron en marzo de 2002 la Alianza para la Frontera México-Estados Unidos, cuyo plan de acción de 22 puntos incluye mayores controles en la frontera. A su vez, en noviembre de 2005 Estados Unidos comenzó a aplicar la Iniciativa de Fronteras Seguras, un programa de cinco años para asegurar el control de sus fronteras y fortalecer el control de la migración irregular. La iniciativa desplegó agentes en ambas fronteras, aumentó las capacidades de detención y expulsión, incorporó tecnologías de detección y control de última generación, entre otras acciones (Artola, 2006).

En ese mismo año, se firmó el acuerdo trilateral promovido por EU con los países limítrofes del norte y sur (Canadá y México) denominado Alianza para la Seguridad y Prosperidad de América del Norte (ASPAN) con la finalidad de establecer un amplio “perímetro de seguridad” para “cerrar el paso a cualquier amenaza terrorista” (Artola, 2006). La ampliación de las restricciones a la circulación no se redujo a la frontera norte, sino que las políticas alcanzaron la “porosa” frontera sur de México. Entre los efectos de la política promovida por EU, otro elemento que puede mencionarse es la puesta en marcha del Sistema Integral de Operación Migratoria (SIOM), un mecanismo de registro y consulta de las personas que ingresan y salen del país (al respecto, ver Calleros, 2010).

En igual sentido, entre 2001 y 2003, México había firmado un memorando de entendimiento con Guatemala dirigido a establecer el Grupo de Alto Nivel de Seguridad Fronteriza (GANSEF) —sustituido por el GANSEG (Grupo de Alto Nivel de Seguridad) a partir de 2008—. La estrategia de esta acción bilateral se puso en evidencia en la definición de su agenda de acuerdo con la cual, habrá “intercambio de información de inteligencia” y ejecución de “acciones bilaterales” para prevenir actos terroristas y para articular acciones dirigidas a la deportación “garantizada” de ilegales entre la frontera México-Guatemala, según lo expresado en el marco de la VII Conferencia Regional sobre Migración (Erubiel Tirado, 2005).

A su vez, en mayo de 2005 se publicó el acuerdo por el que se reconoce al INM como Instancia de Seguridad Nacional.⁹ Ello condujo a una serie de cambios en materia de documentación, procedimientos de control y verificación de la situación migratoria de las personas, operativos articulados con otros organismos públicos encargados de la implementación de las políticas de seguridad pública y nacional, y profundización de los controles de ingresos en la frontera sur, entre otros. También implicó que las bases de datos

9 Publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 18 de mayo de 2005, p. 9.

del INM y los sistemas de información migratoria sean parte de la Red Nacional de Información establecida en la Ley de Seguridad Nacional.

En ese contexto, las organizaciones que integran el Foro Migraciones,¹⁰ en el Informe Alternativo que remitieron al Comité de Naciones Unidas sobre Derechos de Trabajadores Migratorios y sus Familiares (2006), señalaban lo siguiente: “Consideramos que la política migratoria en México tiene un enfoque policíaco e inquisitorio orientado al control, la represión y la contención de la migración que transita por el país y, en especial, en la frontera sur. Desde el 18 de mayo de 2005, el INM se incorporó al Sistema de Seguridad Nacional de México [...] Esta medida, que coloca a las personas migrantes como amenazas a la seguridad nacional, se centra en el control y la represión, y olvida que la razón de ser de la seguridad es la protección de la persona humana, la cual se fortalece mediante la promoción del desarrollo económico y social, la inclusión social; la educación; y, la lucha contra la pobreza para el respeto de los derechos humanos. Esto contradice y deteriora la posición sostenida por el mismo gobierno mexicano, a través de la Secretaría de Relaciones Exteriores, en torno a la promoción de los derechos humanos, en general, y en particular de los y las migrantes”.

Asimismo, en el marco de la Propuesta de Política Migratoria Integral en la Frontera Sur de 2005 se destinaron “recursos para el incremento y modernización de los puntos de control fronterizo” y para el perfeccionamiento de las “actividades de identificación, detención y repatriación de migrantes centroamericanos y de otras nacionalidades que ingresaran en forma irregular por su frontera sur” en las fronteras con Guatemala y Belice (Artola, 2006). Con la Iniciativa Mérida o Plan México, suscrito entre este país y Estados Unidos en 2008, se propuso combatir el narcotráfico, el tráfico de armas y personas, y el crimen organizado, aunque todos estos mecanismos también han contribuido a reforzar los controles migratorios y la asociación de estos movimientos con cuestiones de seguridad pública, así como a incrementar las condiciones de riesgo en el tránsito por el territorio.

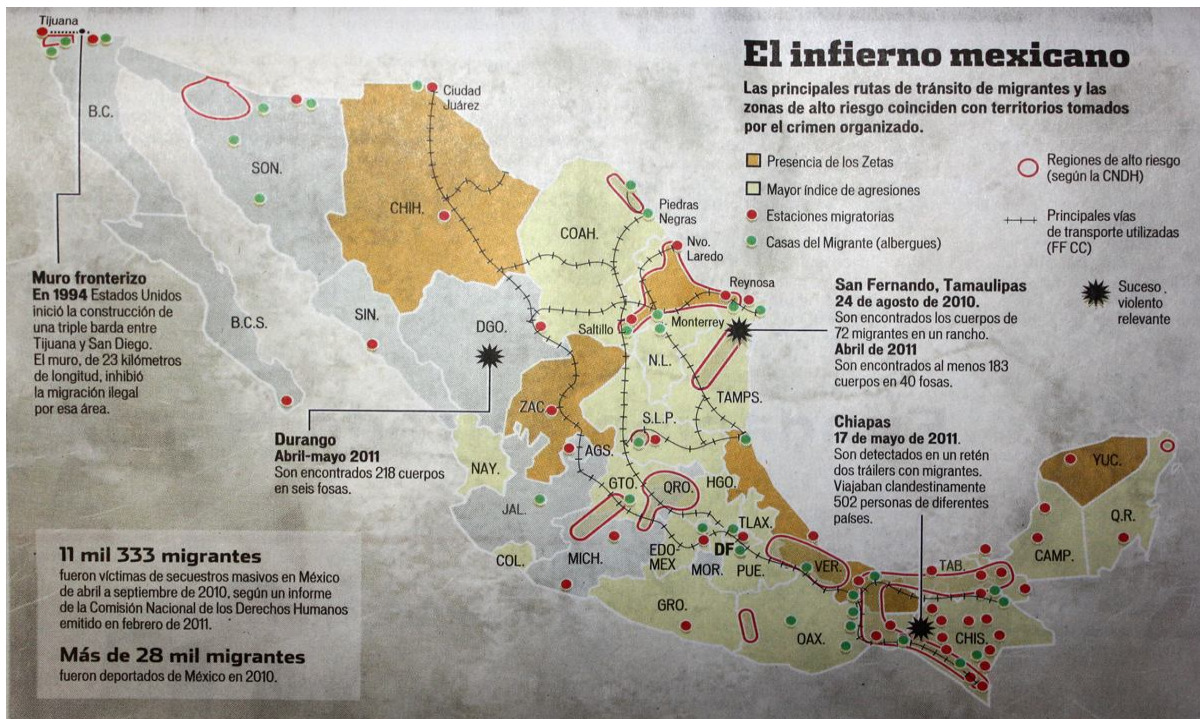
Al respecto, el Grupo Guatemala-México Migración y Desarrollo (2009: 10) ha señalado que “la política migratoria de México hacia la frontera sur tiene, en lo esencial, un propósito de control y poco o nada de regulación digna y ordenada de los movimientos de población que en ella ocurren, tal como se señala en el discurso gubernamental [...] con base en la información acumulada en la investigación que hoy se presenta, puede afirmarse que, durante el gobierno del presidente Fox y en lo que va del actual gobierno, la política migratoria hacia la frontera sur

10 Sobre el Foro Migraciones, sus objetivos, las organizaciones que lo componen y las actividades realizadas [En línea http://www.sinfronteras.org.mx/index.php/es/?option=com_content&view=article&id=74:ique-es-el-foro-migraciones] (Consulta junio de 2012).

de México tiende a adecuarse, paulatina pero crecientemente, al enfoque de seguridad y lucha antiterrorista promovido a escala planetaria por la administración Bush; un ejemplo de ello es la Iniciativa Mérida, firmada entre ambos gobiernos y que ha empezado a instrumentarse”.

En este contexto, durante los últimos años, el INM ha extendido a lo largo de todo el territorio numerosos dispositivos de control y verificación migratoria, que se sumaron a los controles propiamente fronterizos, y ha creado estaciones migratorias, en su mayoría emplazadas en la frontera sur del país. Estas medidas, junto con otros factores, como el crecimiento del crimen organizado y de las redes de trata de personas, han forjado el complejo y crecientemente peligroso escenario en el cual se encuentran las personas migrantes que atraviesan el país hacia el norte (ver a continuación el mapa titulado “El infierno mexicano”).

En el ámbito de la frontera sur, el Grupo Guatemala-México ha destacado que esta frontera “cumple funciones de contención de los flujos migratorios centroamericanos, conforme a los intereses del gobierno de EEUU. Por tanto y desde ese punto de vista que privilegia el control de dichos flujos, la frontera sur de México se convirtió en una suerte de “frontera interior” para los EEUU. Con ello, las condiciones en que se dan esos flujos son cada vez más difíciles y revisten mayores peligros que antes, al tiempo que aumentan las violaciones a los derechos humanos de los indocumentados” (2008: 54).



Fuente: Diario Reforma, “Guatemala. Miedo a los Zetas”, 26 de noviembre de 2011

En este contexto, la migración se produce en condiciones de altísima vulnerabilidad, que se profundizan e impactan con especial intensidad en los niños, niñas y adolescentes. Esta situación ya es un elemento que en sí mismo interpela el rol preponderante que tiene la cuestión de la seguridad y el control en la política migratoria, en tanto puede no solamente contribuir a reforzar los elementos que conforman el ambiente de inseguridad, sino también a incrementar los riesgos para las personas con mayores niveles de vulnerabilidad en este contexto.

Este escenario, a su vez, conduce a que el tratamiento de los NNA migrantes esté determinado, por un lado, por la lógica de la supuesta protección de “grupos vulnerables”, y por el otro, por los objetivos de control migratorio y seguridad pública. De ahí la preminencia de los mecanismos de detención y repatriación de NNA, presentados como medidas de salvaguarda de la niñez a través de una serie de eufemismos que invisibilizan las prioridades que guían las políticas migratorias.

2.2 El rol estratégico de la frontera sur en la política sobre niñez migrante: la repatriación como objetivo prioritario

En 2005 el INM presentó la propuesta de política integral de frontera sur. Esta iniciativa contiene cuatro líneas estratégicas: 1. facilitación de los flujos migratorios documentados que tienen como destino temporal y definitivo los estados de la frontera sur de México; 2. protección de los derechos de los migrantes que se internan en la frontera sur de México; 3. contribución a la seguridad en la frontera sur de México; y 4. actualización de la gestión de los flujos y de la legislación migratoria, tomando en consideración las particularidades del fenómeno en la frontera sur de México.

Dentro de la segunda línea estratégica, se contempló el proyecto de “supervisión del respeto de los derechos de los migrantes en los procedimientos de aseguramiento, alojamiento y repatriación”, compuesto de las siguientes acciones: analizar y actualizar los procedimientos de aseguramiento, alojamiento y repatriación en materia de derechos de los migrantes; supervisión permanente de los procedimientos [...] en cuanto al respeto de los derechos; elaborar una base de datos sobre las violaciones a los derechos de los migrantes que se cometen en los procedimientos de repatriación [...], con el objetivo de tomar acciones para contrarrestar estas conductas; sancionar a los servidores públicos ante cualquier conducta irregular que viole los derechos de los migrantes” (INM, 2005:17).

La cuestión, tal como se describe en los diferentes capítulos de este informe, es que no se trata únicamente de supervisar el respeto de los derechos en los procedimientos de “aseguramiento, alojamiento y repatriación”. Debería tratarse, antes bien, de revisar la existencia misma de estos mecanismos como respuesta prácticamente automática y exclusiva al complejo y heterogéneo fenómeno de la migración irregular de niños, niñas y adolescentes. Es decir, la cuestión no es únicamente si esos dispositivos se implementan de manera correcta, sino si constituyen las herramientas adecuadas en una política migratoria integral, centrada en los derechos humanos, y sobre todo, con un énfasis particular en los derechos de la infancia.

De todas maneras, es preciso señalar que en la práctica tampoco se han implementado otras medidas previstas en la política diseñada por el INM, por ejemplo, el desarrollo de una “base de datos sobre las violaciones a los derechos de los migrantes que se cometen en esos procedimientos, con el objetivo de tomar acciones para contrarrestar estas conductas”. La producción de esta información podría conducir a revisar las prácticas y políticas que contribuyen directa e indirectamente a esas violaciones.

La cuestión reside en que la política diseñada en materia de niñez migrante presenta una serie de problemas de fondo que exceden los errores o malas prácticas en su implementación. En este marco, la frontera sur desempeña una función clave. En efecto, por las razones que comentaremos a continuación, esta frontera en general, y la región del Soconusco en particular, cumplen un rol esencial en la aplicación de las políticas en materia de niños, niñas y adolescentes migrantes.

En primer lugar, esto se debe a que se trata de la región por donde ingresan a territorio mexicano, anualmente, decenas de miles de NNA, en su mayoría centroamericanos, muchos de ellos en tránsito hacia EU, pero otros muchos con destino a Tapachula y alrededores. En segundo lugar, porque toda la estructura diseñada por México para la repatriación de NNA migrantes que no tengan autorización de residencia o tránsito, determina que la mayoría de ellos sean conducidos a Tapachula desde los diferentes puntos del territorio. De esta manera, la Estación Migratoria Siglo XXI, y en algunos casos también el Albergue DIF Chiapas, ambos ubicados en la ciudad de Tapachula, constituyen paso obligado en todos esos casos. Es ahí donde se decide la repatriación y, excepcionalmente, alguna otra medida como la residencia, el status de refugiados o una protección complementaria.

NNA detenidos en Estaciones Migratorias en Chiapas y en México. Años 2009, 2010 y 2011.

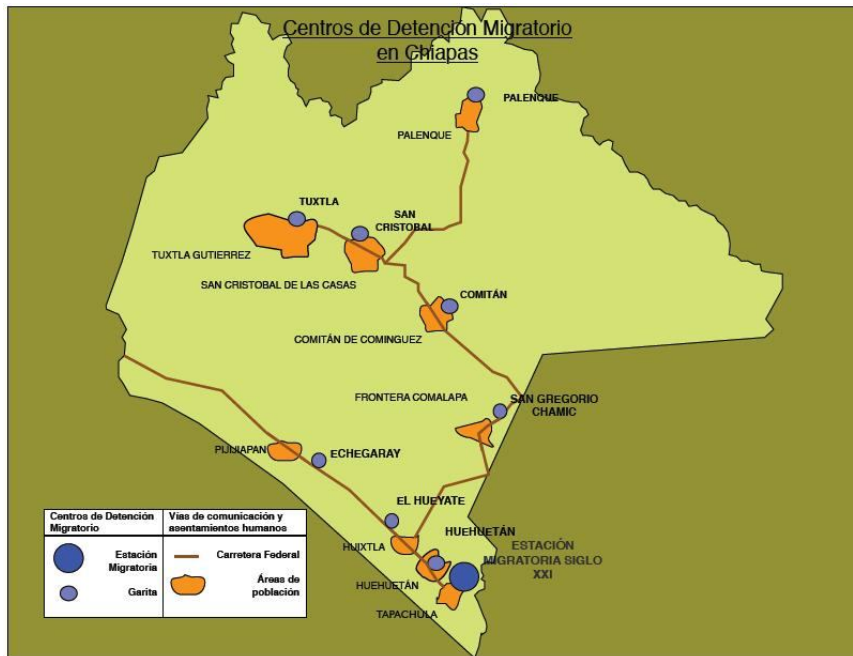
Número aproximado de niños, niñas y adolescentes detenidos en la Estación Migratoria - Chiapas*			Niñas, niños y adolescentes detenidos en Estaciones Migratorias - México		
	Valor	%	Valor	%	
2009	2013	35,37	5692	100	
2010	2458	60,80	4043	100	
2011	2890	69,47	4160	100	

* El número fue construido sobre la cantidad de NNA devueltos desde Chiapas menos el número de NNA que se encontraban en albergues del DIF Chiapas.

Sin embargo se estima que la cifra puede ser superior por los NNA que no fueron devueltos y continúan en la Estación Migratoria.

Fuente: elaboración propia en base a datos del INM y del DIF Chiapas.

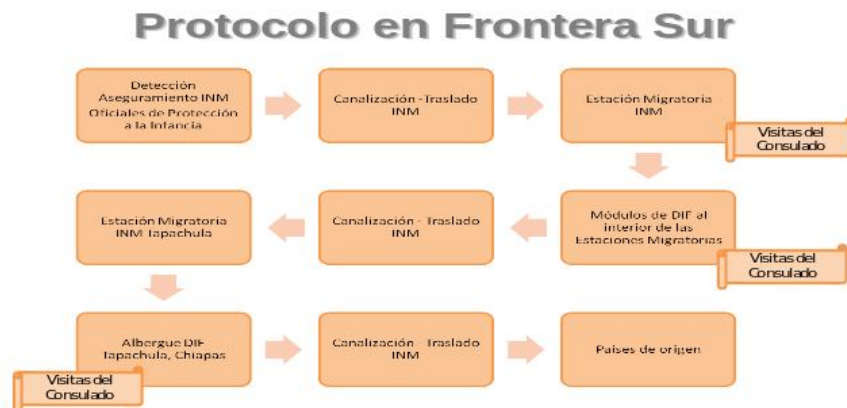
No sorprende entonces que, por un lado, exista un número tan elevado de estaciones migratorias en la región sur del país, y por el otro, que la EMSXXI sea la que tiene el cupo mayor para alojar personas detenidas, entre ellas NNA. Las estadísticas sobre niños y niñas alojados en este centro de detención y sobre los repatriados directamente desde Tapachula a sus países de origen (organizadas cuadro anterior), corroboran lo dicho sobre el lugar estratégico de esta región en el marco de las políticas sobre niñez migrante.



Fuente: Areli Palomo Contreras, *i(dh) eas, Litigio Estratégico en Derechos Humanos*

En este contexto, entonces, es posible afirmar que estas políticas, y particularmente su implementación en la frontera sur, sugieren la preeminencia de objetivos ajenos a la protección integral de la niñez. En la práctica, la repatriación de NNA migrantes es el

mecanismo por excelencia en términos de respuesta del Estado mexicano ante la irregularidad migratoria de niños, niñas y adolescentes. Esto se ve confirmado en el cuadro siguiente, donde se observa cómo el protocolo de atención a NNA migrantes es, más bien, una guía para concretar su repatriación a los países de origen. Ello pese a que la valoración de las circunstancias de cada niño o niña debería llevar a que el protocolo habilite una serie de alternativas (la repatriación como una posibilidad entre otras), cuya aplicación dependa de cuál sea en cada caso la medida más adecuada para la protección de los derechos de esos niños.



Fuente: Landerreche Gómez Morin, Cecilia (Sistema Nacional DIF), Estrategia de Prevención y Atención de Niñas, Niños y Adolescentes Migrantes y Repatriados No Acompañados; Presentación ante la Comisión Especial de Asuntos Migratorios Organización de Estados Americanos, 16 de febrero de 2011.

En definitiva, tanto la concepción de las políticas y programas diseñados por el INM y el Sistema Nacional DIF, como la evaluación de su implementación efectiva, confirman el lugar clave de la frontera sur en las estrategias de control migratorio y el rol fundamental que cumple el mecanismo de repatriación.

Cuando se analiza detenida e individualmente la situación de cada niño, niña o adolescente que es detenido en la EMSXXI y luego repatriado a su país de origen, aparecen inmediatamente las particularidades y complejidades que cada uno lleva consigo. Las causas de su migración, las razones específicas para migrar de manera no acompañada y por vías irregulares, las necesidades, riesgos y peligros que enfrentó y podría volver a sufrir según la decisión que se adopte en su caso, las relaciones familiares en su país, las que tiene en México

o en Estados Unidos, las expectativas, deseos y sueños. Estos factores componen un cuadro profundamente heterogéneo.

Sin embargo, los rasgos securitarios de la política migratoria y los objetivos que guían los programas implementados en el contexto de la frontera sur, tienen un impacto determinante en los mecanismos diseñados para atender los flujos de niños y niñas migrantes, y deliberadamente se desentienden de esta complejidad. En el capítulo destinado específicamente a la falta de consideración del principio del interés superior del niño en los procesos de detención y repatriación de NNA, se describe con mayor detalle cuáles son los estándares que deberían delinear estas prácticas. También se describe la falta de aplicación de iniciativas que se han propuesto desde la Mesa Interinstitucional, que podrían en cierta forma introducir algunos principios sobre derechos de la niñez, incidiendo parcialmente en un cambio de prioridades.

En el caso de algunas acciones de la Mesa, así como en relación con otras medidas diseñadas recientemente que podrían ser catalogadas como interesantes (como los OPI y los Módulos DIF), cuestiones estructurales y operativas han incidido en su limitado impacto por la preminencia de los objetivos de control migratorio, que incluyen el uso de la detención y repatriación de NNA como las herramientas centrales para cumplir esos fines.

3. Niñez migrante: visibilidad reciente y algunas iniciativas para destacar

En los últimos años el Estado mexicano ha desarrollado diversos mecanismos relativos a niños, niñas y adolescentes migrantes, que representan un avance considerable frente a la invisibilidad que hasta entonces tenía este fenómeno. Sin embargo, aún restan numerosos desafíos para que las políticas sobre niñez migrante se asienten sobre el paradigma de derechos que emana de la Convención sobre los Derechos del Niño. Esto se debe principalmente a dos factores, complementarios entre sí, que luego analizaremos: la lógica asistencial y tutelar que aún persiste en las políticas de infancia, y la prioridad que tiene la política migratoria respecto de la protección integral de la niñez.

Ahora bien, un hecho objetivo es que en los últimos años la cuestión de los niños, niñas y adolescentes migrantes, y particularmente aquellos que migran a través de México de manera no acompañada o separada de sus padres, ha adquirido progresivamente mayor atención por parte de una multiplicidad de actores. En este proceso debe incluirse la creciente presencia del tema en la agenda pública del gobierno, particularmente a partir del rol asumido por el Sistema Nacional DIF.

El Sistema Nacional DIF, junto con los sistemas estatales DIF, ha ido incluyendo en sus programas la atención de la niñez migrante. A tal fin, elaboró la Estrategia de prevención y atención de niñas, niños y adolescentes migrantes y repatriados no acompañados. El objetivo general de esta estrategia es: "Conjuntar esfuerzos y acciones entre las instancias de los tres órdenes de gobierno, instituciones públicas, privadas y organismos de la sociedad civil nacionales e internacionales, con el fin de prevenir y atender las necesidades de los niños, niñas y adolescentes migrantes y repatriados que viajan solos y las problemáticas colaterales a que están expuestos, así como promover acciones coordinadas de protección y contención familiar y comunitaria".¹¹

En el ámbito de la articulación entre diferentes organismos del Estado en la temática de la niñez migrante, la medida más relevante ha sido la creación, en marzo de 2007, de la Mesa de Diálogo Interinstitucional sobre NNA y Mujeres Migrantes, integrada por diversos organismos públicos y agencias internacionales.¹² Desde ese espacio se han promovido iniciativas dirigidas a la niñez migrante. Entre ellas, el diseño del *Modelo para la protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes y repatriados no acompañados*. A su vez, se concibió la creación, dentro del INM, de los OPI, y a partir de convenios entre el DIF y el INM, la instalación de los Módulos de Atención para Menores Migrantes en las Estaciones Migratorias (MAEM). Finalmente, cabe destacar la elaboración, en 2011, del *Manual de Referencia del Modelo de Protección de los NNA Migrantes no Acompañados*, que contempla una serie de propuestas que de implementarse debida e integralmente, podrían suponer un cambio significativo en el tratamiento de este fenómeno.¹³

Si se tiene en cuenta la escasa atención que la niñez migrante suscitaba en el pasado en términos de políticas públicas, estas medidas suponen un avance a recalcar. Sin embargo, al examinar con mayor detalle cada una de ellas, se deduce que su eficacia e impacto en los derechos de NNA migrantes, está severamente limitado, principalmente por dos factores.

La invisibilidad de la niñez en las políticas migratorias, que se verifica tanto en México como en otros países, es uno de estos factores (UNICEF-UNLa, 2010). Y es importante aclarar

11 [En línea http://web.dif.gob.mx/?page_id=510] (Consulta junio de 2012).

12 Según describe el Gobierno de México (2012: nota 10), la Mesa está integrada por las siguientes instituciones: Presidencia de la República, Secretaría de Gobernación, INM, COMAR, Dirección General del Registro Nacional de Población e Identificación Personal, SNDIF, SRE, SEDESOL, Secretaría de Salud, Secretaría de Educación Pública, Instituto Nacional de las Mujeres, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Fiscalía Especial para los Delitos de Violencia contra las Mujeres y Trata de Personas, OIM, ACNUR, UNICEF, UNIFEM y Centros de Integración Juvenil. Más adelante haremos algunas reflexiones sobre la participación que la sociedad civil debería tener en esta Mesa.

13 Nos referimos, por ejemplo, a la *Propuesta Preliminar del Modelo de Protección de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes Migrantes No Acompañados*. Esta propuesta, sin perjuicio de la necesidad de revisarla y profundizarla, prevé un procedimiento que incluye algunos aspectos fundamentales, como el derecho a un tutor y a la asistencia jurídica, que hasta el momento están siendo sistemáticamente omitidos, como se describirá más adelante.

que no nos referimos a la visibilidad del fenómeno de los niños migrantes en sí, sino a la ausencia de un enfoque de derechos de infancia en las políticas públicas para atenderlo. Este enfoque consiste en que el trato a los NNA migrantes esté definido por los principios y estándares que regulan los derechos de la niñez, con su base fundamental en la CDN. La falta de consideración de este enfoque provoca que el diseño de estas políticas y, en definitiva, las decisiones que se adoptan, no estén centradas en la protección de esos derechos, sino que estén determinadas por la política migratoria. De ahí el reclamo repetido en muchos países y en el ámbito internacional: *Child First, Migrant Second* (primero niños, después migrantes) por el cual se demanda el deber de priorizar la protección de la infancia por sobre los objetivos de control migratorio.

El segundo problema se presenta en el campo de las políticas de infancia y adolescencia diseñadas en México hasta el momento. En este sentido, tal como han destacado diversos especialistas —y sin perjuicio de ciertos avances normativos a nivel estatal y federal—, la institucionalidad, las políticas públicas y la normativa en materia de niñez y adolescencia aún conservan importantes rasgos de una visión asistencial y tutelar en la cual los NNA son objeto de protección y no sujetos de derechos (Sottoli, 2012; ODI, 2010).¹⁴

A continuación veremos estas dos cuestiones con mayor detalle a partir de la información recogida a lo largo de esta investigación sobre las características de algunas de estas medidas, así como el contexto institucional y político en el cual se enmarcan.

3.1 La prioridad de la política migratoria sobre la protección de la niñez

Al examinar las iniciativas mencionadas en el punto anterior, es posible afirmar que la mayoría no ha incorporado realmente —o no lo ha hecho de manera integral y adecuada— una perspectiva de derechos de niños y niñas. El análisis de su diseño y su impacto sobre miles de NNA migrantes, evidencia que la visibilidad creciente de la niñez migrante en la agenda política y gubernamental, y en programas específicos, no ha logrado hasta el momento conformar un abordaje desde los principios y estándares que deben guiar cualquier política centrada en los derechos de la infancia.

Una de las medidas de mayor envergadura diseñadas en estos años, la creación de los Oficiales de Protección a la Infancia, tampoco logra superar, o evitar, lo que en algunos casos

14 Específicamente, se afirma que “en la actualidad la infancia se encuentra amparada parcialmente tanto por instituciones de desarrollo social como de corte asistencialista. En ambas predomina una visión tutelar que caracteriza los marcos normativos de dichas acciones como discrecionales y ambiguos, dejando un enorme vacío con respecto a las obligaciones constitucionales del Estado para garantizar el ejercicio de los derechos del niño” (ODI, 2010: 246).

son deficiencias y en otros problemas estructurales. La iniciativa de crear dentro de la autoridad migratoria un cuerpo especializado en materia de derechos de la niñez, es buena en sí misma. Por ello, se han desarrollado programas de capacitación de los OPI, que además se incrementaron en número y se distribuyeron más equitativamente en el territorio mexicano.

Ahora bien, más allá de ser positivo que la autoridad migratoria cuente con agentes formados en los derechos de la infancia migrante, diversos aspectos políticos, institucionales y operativos limitan severamente su actuación y, por ende, ponen en tela de juicio los objetivos de fondo de esta iniciativa.

La primera observación que corresponde hacer es que el INM no tiene como mandato institucional la protección de la infancia, y ello condiciona de raíz el impacto que pueden tener los OPI. Es un acierto que el Instituto, al momento de entrar en contacto con la niñez migrante (acompañada o no acompañada), lo haga a través de personal idóneo, con las debidas capacidades y con apego a los principios que regulan el tratamiento a NNA. Pero ello no convierte al INM en el órgano estatal con las herramientas, capacidades y competencia para que sus procesos y decisiones estén guiados de manera prioritaria hacia el objetivo de la protección integral de la infancia.

El mandato institucional del INM es claro. Entre sus principales funciones se encuentran: instrumentar la política en materia migratoria; vigilar la entrada y salida de personas al territorio y revisar su documentación; resolver y ejecutar la deportación o el retorno asistido de extranjeros; imponer las sanciones previstas en la normativa migratoria; llevar y mantener actualizado el Registro Nacional de Extranjeros; detener en las estaciones migratorias o en los lugares habilitados para tal fin, a los extranjeros; y coordinar la operación de los grupos de atención a migrantes que se encuentren en territorio nacional (artículo 20, Ley de Migración). Además, como ya se mencionó, el INM está incluido entre los organismos de seguridad nacional, reforzando así su rol en términos de control social. Estas características, entre otras, confirman que no es la agencia que debería tener a cargo la protección de miles de niños, niñas y adolescentes en situación de altos niveles de vulnerabilidad. Y esto es válido para cualquier área del INM, sin perjuicio de otras competencias, habilidades y formación que pueda tener.

El hecho de que los OPI —y no el DIF— sean “el” mecanismo encargado casi con exclusividad de NNA migrantes, presenta una contradicción compleja. Es cierto que entre las funciones de los OPI está la de acompañar a los NNA en la repatriación y en su traslado hasta el país de origen —lo que por otro lado tampoco ocurre en todos los casos—. Pero lo que nos

interesa subrayar es su acotada participación para juzgar si la decisión es la adecuada, o no, desde un enfoque de derechos del niño, y sus escasos o nulos márgenes de incidencia para revertir la decisión que adopten otras áreas del Instituto. Siendo agentes del INM, pertenecen a la misma institución que decide la detención de NNA migrantes, controla el cumplimiento de esta medida y ordena la repatriación. De las conversaciones informales con NNA en la EMSXXI surge el limitado contacto que los NNA tienen con los OPI durante su detención, el poco conocimiento que tienen de sus funciones y, en ocasiones, la desconfianza respecto de su rol como protectores de los derechos de niños/as y adolescentes, lo cual corrobora las limitaciones que emanan de su adscripción institucional.

Sin perjuicio de estos problemas estructurales, que limitan la función de los OPI como un organismo de protección de infancia, es importante destacar que, en términos operativos, los OPI tampoco tienen un rol sustantivo en tal sentido. En efecto, los OPI no son quienes adoptan las decisiones de detención o repatriación, y el procedimiento no contempla de manera obligatoria la elaboración por parte de los OPI, de un informe o dictamen que se pronuncie en cada caso sobre la adecuación de esas medidas a la obligación de protección integral y al principio de interés superior del niño.

Aun cuando los OPI entrevistan a NNA migrantes en la estación migratoria y confeccionan un expediente para cada caso, esa actuación está casi exclusivamente dirigida, en la amplia mayoría de las ocasiones, a reunir la información necesaria para asegurar su repatriación al país de origen. A ello se suma que la información recopilada por los OPI en esas entrevistas no está siendo sistematizada y examinada con el objetivo de diseñar políticas más integrales y adecuadas para la atención del fenómeno de la niñez migrante.

Estas observaciones no van en el sentido de cuestionar la existencia de los OPI. Por el contrario, nuestro objetivo es, por un lado, describir claramente sus funciones para entender sus posibilidades reales de acción y sus limitaciones institucionales, y por otro, promover su intervención activa dentro del marco de las actuaciones y decisiones que deba adoptar el INM y que afecten derechos de NNA. Por último, nos interesa destacar la necesidad de complementar su actuación con un elemento clave: el traslado del mandato de protección de NNA migrantes a los organismos que efectivamente tienen o deberían tener esa función, sin perjuicio de la labor que puedan cumplir agentes del INM con formación especializada en derechos de infancia.

Por esta razón, es posible afirmar que en tanto la competencia prioritaria en estos casos debería estar en cabeza del DIF, sería aún más apropiado que los OPI pasen a estar bajo la

autoridad de este organismo, y no del INM, de manera que su función esté estrictamente enmarcada en un contexto institucional destinado a la protección de la infancia. Ello, sin perjuicio de la necesaria revisión del mandato del DIF y del organigrama institucional en materia de infancia, como veremos luego. Lo que postulamos tampoco excluye la permanencia dentro del INM de agentes específicamente capacitados en derechos de NNA, que estarían encargados de cualquier acto que involucre a niños y niñas migrantes, como su canalización inmediata al DIF, en aplicación de la Ley de Migración.

Otra de las medidas que han sido elaboradas en los últimos años en materia de niñez migrante no acompañada, es la instalación de los MAEM. Estos módulos son áreas de los centros de detención que están a cargo del DIF estatal y están destinados a los adolescentes migrantes no acompañados que están detenidos en las estaciones migratorias.

En relación con los MAEM debe resaltarse, en primer lugar, que presentan entre sí importantes diferencias según la estación migratoria que se examine. En algunas, funcionan dentro del Módulo las instalaciones destinadas a los niños no acompañados (incluyendo comedor y habitaciones); en otras, como la EMSXXI, el Módulo es sólo un espacio de recreación, donde se dan charlas sobre la migración y otras actividades, y al que los NNA asisten tres horas al día.¹⁵ Esta circunstancia interpela por sí sobre el real impacto que el módulo tiene en los derechos de los niños detenidos en esa estación, a la que son remitidos prácticamente todos los NNA centroamericanos que serán eventualmente repatriados.

El otro gran problema que presentan estos módulos es que precisamente representan una de las funciones centrales del DIF en el marco de los procedimientos de detención y repatriación de NNA migrantes. Esto es consecuencia de la primacía de la política migratoria sobre la obligación de la protección de los derechos de NNA. Por ello, es el INM —y no el DIF— quien tiene bajo su jurisdicción a los NNA, quien ejerce de autoridad competente, y por ende quién decide qué hacer, cuándo y cómo. Así como se verifica con los OPI, el DIF tampoco interviene en los expedientes, ni siquiera mediante una opinión formal sobre la pertinencia, o no, con base en el interés superior del niño, de una medida de detención y la decisión de la repatriación al país de origen.

En este contexto, tal como surge de la información pública recopilada en esta investigación, y de la propia práctica en la EMSXXI y el Albergue del DIF Chiapas, los organismos responsables de protección de la infancia a nivel local y nacional (Sistemas DIF) tienen, en el mejor de los casos, un rol claramente secundario. Esta función subordinada es, en

15 Ver en este mismo informe el Capítulo 7, en el que se describen las condiciones de detención de NNA.

definitiva, funcional a las directivas y decisiones del INM, es decir, a los objetivos de la política migratoria.

3.2 Las limitaciones del enfoque asistencial y tutelar en la política de infancia

En los últimos años numerosos actores sociales han destacado la necesidad de crear un órgano cuyo mandato específico sea el de actuar como rector de la política de protección integral de infancia. El objetivo consistiría en asegurar, a nivel federal y en todos los estados, el diseño y la implementación de una política en materia de niñez y adolescencia comprehensiva, con base en los principios, estándares y fines de la Convención sobre los Derechos del Niño. Estas propuestas están íntimamente ligadas al cuestionamiento a las limitaciones institucionales del DIF y, en particular, al enfoque asistencial y tutelar que sigue guiando sus programas y prácticas.

Al respecto, desde UNICEF se ha afirmado que “...muchos de los desafíos que afectan gravemente las oportunidades de vida y desarrollo de los niños y niñas derivan precisamente de la vaguedad en el diseño institucional en la ley vigente, que deja sin definición aspectos fundamentales como la determinación de la instancia encargada de coordinar y planificar las políticas de infancia a nivel nacional [...] Regir la política de infancia desde la perspectiva de la asistencia social constituye una seria limitante para asegurar el enfoque integral e intersectorial de los derechos de la niñez. Si bien la asistencia social es un derecho esencial de la niñez que se encuentra en situación de vulnerabilidad, no todos los derechos de la infancia pueden ser tutelados desde este ámbito [Por ello] Es crucial analizar la naturaleza del organismo en el cual la legislación va a depositar la rectoría de la política pública en materia de infancia, así como la coordinación del Sistema Nacional para la Protección de los Derechos de la Niñez” (Sottoli, 2012).

En este contexto, diferentes especialistas plantean la necesidad de avanzar en la discusión sobre cuál, o cuáles, serían los órganos encargados de cumplir el rol de organismo independiente especializado que, en línea con la Convención (Comité de Derechos del Niño, 2002), se ocupe de la promoción y vigilancia de los derechos de NNA (ODI, 2010:248 y ss.), así como cuáles reformas serían necesarias a tal fin. En este sentido, en mayo de 2012 numerosas organizaciones de la sociedad civil demandaron al Congreso la reformulación del marco

normativo, con el objetivo de dejar atrás el enfoque asistencialista, y garantizar la participación en la discusión de una nueva ley general de protección de infancia.¹⁶

Estas limitaciones y cuestionamientos a la política actual en materia de infancia, y complementariamente al Sistema DIF, se manifiestan con particular nitidez en el terreno de la niñez migrante. Las acciones desarrolladas en estos años en esta temática, aunque le han dado visibilidad al fenómeno y pueden resultar interesantes como una declaración de principios y de compromiso político, se quedan en la mayoría de los casos en el aspecto asistencial y tutelar, es decir en un sentido opuesto a la noción de protección integral de la niñez. Es decir, en una lógica de personas vulnerables que requieren tutela, y no de sujetos de derechos que deben garantizarse. Las propuestas más relevantes que ha promovido el DIF en articulación con otros organismos, como es la de diseñar un Procedimiento de Determinación del Interés Superior del Niño, aún no se han aplicado.

Al definir los objetivos específicos de la estrategia del DIF en este tema, se hace alusión a la finalidad de “acoger y brindar protección integral a las niñas, niños y adolescentes migrantes centroamericanos que son detectados en México de forma indocumentada *en tanto son repatriados a sus naciones de origen*”.¹⁷ Este objetivo, al corroborar el interés prioritario por la repatriación, confirma también que la actuación del DIF está limitada a acciones de contención y asistencia temporal en tanto se ejecutan mecanismos de control migratorio que impactarán en los derechos de esos niños.

Al referirse a NNA migrantes no acompañados, el DIF invoca la doctrina de la protección integral de la infancia y el principio del interés superior del niño, y que “en caso de conflicto de derechos, los del niño y niña deben ser primordiales” (DIF, 2011a: 7). Sin embargo, lo cierto es que la actuación del DIF está condicionada por su adscripción normativa, al haber sido creado por la Ley de Asistencia Social,¹⁸ por su acotado mandato institucional y por los objetivos de la política migratoria que son ajenos a la protección integral de la infancia. Su incidencia en las decisiones relativas a NNA migrantes está restringida a la asistencia, sin perjuicio de acciones específicas que en ocasiones puedan haber contribuido a prevenir o reducir situaciones de riesgo para algunos niños o niñas, o incluso de medidas de protección que oportunamente haya adoptado el DIF, aún en contextos inadecuados como la detención en una estación migratoria.

16 Ver Red Nacional de Organismos Civiles de Derechos Humanos. Todos los Derechos para Todas y Todos, No más asistencialismo, urge reestructurar la Ley General de Protección a la Niñez, del 16 de abril de 2012, en http://www.redtdt.org.mx/d_acciones/d_visual.php?id_accion=189.

17 [En línea http://web.dif.gob.mx/?page_id=510] (Consulta junio de 2012), la cursiva nos pertenece.

18 Publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 2 de septiembre de 2004.

En resumen, es evidente que junto con la modificación de las prioridades que deben guiar el trato a la niñez migrante, es preciso revisar el marco institucional en materia de protección de la infancia para que los derechos de los NNA migrantes sean garantizados por los organismos adecuados y para que éstos tengan el mandato, el poder y las herramientas apropiadas para hacerlo.

A su vez, la atención de estos desafíos debe tener en cuenta la necesidad de incluir, en la política de infancia, un abordaje transversal por parte de diversas áreas de gobierno (ODI, 2010), y ello es totalmente aplicable a las políticas sobre NNA migrantes. En este contexto, debería analizarse con mayor profundidad el rol que podrían tener distintos organismos públicos, así como la debida articulación entre ellos en el marco de una verdadera respuesta al fenómeno de la niñez migrante desde un enfoque de derechos.¹⁹ Por supuesto, a ello habría que sumarle la necesidad de garantizar genuinamente la participación de la sociedad civil.

4. El uso de eufemismos en los mecanismos de control de NNA migrantes

La política migratoria, y en particular los mecanismos dirigidos a la detención y repatriación de NNA migrantes, recurren a una serie de eufemismos que ocultan el carácter de las medidas que se adoptan. Esta estrategia no solamente implica una tergiversación semántica. Su principal problema es que invisibiliza la verdadera naturaleza jurídica de prácticas estatales violatorias de derechos fundamentales, y además dificulta el análisis y valoración de la política migratoria.

Aseguramiento, presentación, alojamiento, o estancia, o bien albergar o pernoctar, son conceptos utilizados indistintamente en diferentes normativas o informes oficiales del gobierno mexicano, para referirse a una misma situación: la privación de la libertad de niños, niñas y adolescentes migrantes en estaciones migratorias o albergues cerrados del DIF. Sin embargo, los términos que se ajustan a la naturaleza jurídica de esa circunstancia, como *detención, encierro, o privación de la libertad*, no son utilizados en ninguna de las políticas públicas que disponen o aplican esas medidas.

Repatriación (voluntaria), devolución, retorno asistido aluden a la disposición, por parte de la autoridad migratoria, de la salida de un NNA migrante desde México hacia su país de origen. Sin embargo, al examinarse detenidamente los procesos que conducen a estas

¹⁹ A modo de ejemplo, podrían mencionarse los comités estatales de seguimiento y vigilancia de la Convención, la SEDESOL (a través del COIA y otros programas), la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) y sus homólogos estatales, el Instituto de Defensoría Pública (federal y estatal), la Procuración General de la República (PGR) y FEVIMTRA.

decisiones, cómo y quién adopta esa medida, a través de qué clase de procedimientos, qué derechos y garantías son reconocidos y pueden ser efectivamente ejercidos, los conceptos que podrían definir de manera más precisa estas prácticas, en muchas ocasiones, son los de *expulsión o deportación*.

Estos son algunos de los ejemplos más evidentes de los eufemismos que se utilizan de manera generalizada en el contexto de política migratoria y, específicamente, en los procedimientos administrativos que se desarrollan ante la irregularidad migratoria de un niño, niña o adolescente migrante que reside o transita por territorio mexicano.

Este uso de eufemismos genera una serie de problemas en términos de derechos de los NNA migrantes. Principalmente, invisibiliza la real naturaleza jurídica de las respuestas estatales frente a la migración irregular, dificulta su reformulación y la búsqueda de alternativas más integrales para encauzar el fenómeno. También provoca que los funcionarios que trabajan con NNA, no tengan en cuenta la gravedad del hecho de que estén privados de su libertad, ni la vulneración de derechos que ello supone, al grado de normalizar esa práctica y verla como parte “natural y necesaria” del proceso migratorio.

En relación con la detención, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos destacó que lo relevante, más allá de la terminología que se utilice, es si una persona está efectivamente privada de su libertad (CIDH, 2002:346), y define esta privación como “[c]ualquier forma de detención, encarcelamiento, institucionalización, o custodia de una persona, por razones de asistencia humanitaria, tratamiento, tutela, protección, o por delitos e infracciones a la ley, ordenada por o bajo el control de facto de una autoridad judicial o administrativa o cualquier otra autoridad, ya sea en una institución pública o privada, en la cual no pueda disponer de su libertad ambulatoria. Se entiende entre esta categoría de personas, no sólo a las personas privadas de libertad por delitos o por infracciones e incumplimientos a la ley [...] sino también a las personas que están bajo la custodia y la responsabilidad de ciertas instituciones, tales como: [...] instituciones para niños, niñas y adultos mayores; centros para migrantes, refugiados, solicitantes de asilo o refugio, apátridas e indocumentados” (CIDH, 2008).

En relación con la medida que dispone la salida del país, algunos aspectos a tener en cuenta son: la libertad formal y sustantiva que cada NNA tiene para participar y opinar en el procedimiento; la fundamentación y las pruebas que sustentan una decisión que se apoya en el interés superior; las garantías de debido proceso y el acceso a la información por parte del NNA; la posibilidad de denegarse o impugnar la decisión, entre otros.

En definitiva, se trata de dilucidar si estamos ante un procedimiento elaborado desde la necesidad y el objetivo de asegurar la protección integral de NNA migrantes en esa situación de vulnerabilidad, o, por el contrario, si nos encontramos ante un proceso que, más allá de los formalismos o los principios invocados, se diseña y responde a metas definidas desde la política migratoria, en particular con vistas a la gestión y control de los flujos irregulares.

La segunda cuestión que se deriva del uso de estos eufemismos, íntimamente ligada a la anterior, es que precisamente al ocultarse la verdadera naturaleza jurídica de esas prácticas, se omiten garantías y derechos básicos que el Estado no puede eludir cuando adopta decisiones semejantes. Y la falta de garantías agrava el impacto que pueden tener medidas como la detención y la expulsión.²⁰

Por último, debe señalarse que el uso de eufemismos obstaculiza la transparencia de las políticas públicas en la materia, así como su monitoreo y evaluación por parte de todos los actores competentes e interesados, desde el poder judicial, hasta organismos públicos de derechos humanos, agencias internacionales y organizaciones de la sociedad civil. No resulta entonces llamativo que las organizaciones de la sociedad civil hayan encontrado hasta el momento tantas limitaciones en su acceso a las estaciones migratorias para monitorear las condiciones de las personas allí "alojadas", ni que existan tantos obstáculos para el acceso a la información.

Por estas razones es fundamental que las políticas públicas recurran a conceptos que, de manera transparente y precisa, describan las prácticas y las decisiones con sus respectivas implicancias y naturaleza jurídica.

5. Falta de información y mecanismos de transparencia

En el Capítulo 5 de este informe se examina con mayor detalle la problemática que existe en México en términos de transparencia, acceso y producción de información en el campo de las políticas migratorias en general, y en relación con la niñez migrante en particular. Por ello, aquí sólo nos interesa mencionar muy brevemente este aspecto, en tanto constituye

20 En cláusulas que de alguna manera simbolizan la negación extrema de la real naturaleza jurídica de esas medidas, las Normas para el Funcionamiento de las Estaciones Migratorias aclaran que en caso que la persona "deba pernoctar" allí, será "sin costo alguno" (artículo 23). Y durante dicha "estancia", los alimentos, el agua potable y la atención sanitaria que se le provea será de forma "gratuita" (artículos 23 y 29). A su vez, aunque estos servicios efectivamente se han brindado desde entonces, las personas presentan repetidas quejas sobre la alimentación y la atención sanitaria. Ahora bien, el artículo 35, que dispone que el INM brindará, en convenio con otras instituciones, asistencia legal gratuita, no ha tenido la misma suerte. Como veremos en el Capítulo 8, de los pocos casos de NNA migrantes detenidos en la EMSXXI que han contado con un asesoramiento jurídico, ninguno ha sido gracias a un servicio prestado directa o indirectamente por el INM.

un rasgo característico de estas políticas, que no puede estar ausente en la síntesis sobre las políticas públicas de migración e infancia que ofrecemos en este capítulo.

En primer lugar cabe destacar la notable deficiencia que existe en lo relativo a la producción de información sobre NNA migrantes que residen en, o transitan por, territorio mexicano. La información periódicamente producida y difundida por el Estado federal en esta materia, se reduce a ilustrar estadísticas cuantitativas vinculadas a medidas de “aseguramiento” y “devolución” de NNA migrantes, no acompañados o con sus familiares²¹. Pese a que el gobierno había anunciado años atrás su voluntad de crear una base unificada de datos existentes en el ámbito del INM, la SRE y el DIF, lo cual podría contribuir a la recolección de información cualitativa y cuantitativamente variada sobre la situación de NNA migrantes, esta iniciativa nunca se puso en marcha.

A su vez, la información producida sobre este tema por cada uno de estos organismos es absolutamente limitada. En este sentido, la ausencia de producción de información se observa en la labor cotidiana que el DIF y los OPI realizan en la EMSXXI y el Albergue del DIF Chiapas. Aún con las limitaciones funcionales de estos organismos, de producirse adecuadamente y en el marco de una política dirigida a tal fin, la información podría contribuir a evaluar de manera permanente las condiciones en que migran los NNA, sus necesidades y las situaciones de vulnerabilidad que enfrentan, las políticas que se aplican en este contexto y su impacto en los derechos de esos niños y niñas.

Otra característica de las políticas migratorias, y en particular las dirigidas a la infancia, es la diversidad de mecanismos que obstaculizan el acceso a la información. Esto se verifica particularmente en dos sentidos. Por un lado, en las limitaciones que las organizaciones de la sociedad civil encuentran para el monitoreo y evaluación de estas políticas, y para la defensa y protección de los derechos de los migrantes. Por otro, en la ausencia de mecanismos que faciliten a los NNA migrantes y solicitantes de asilo el acceso a la información sobre su situación migratoria y el expediente administrativo en el cual se adoptan decisiones que impactan en sus derechos.

La cuestión de la seguridad nacional, a la que ya nos hemos referido, también incide en ciertas lógicas que restringen el acceso a la información y presentan niveles de transparencia considerablemente bajos en el ámbito de las políticas sobre niñez migrante.

21 Ver al respecto [En línea http://www.inm.gob.mx/index.php/page/Estadisticas_Migratorias] (Consulta junio de 2012).

6. Obstáculos a la participación de la sociedad civil

En general, puede afirmarse que los procesos de reforma de políticas y normativas migratorias que han tenido lugar en los últimos años, así como su aplicación, han estado caracterizados por importantes restricciones a la participación de la sociedad civil. Como hemos sostenido, esto dificulta un abordaje integral en el diseño e implementación de las políticas y limita severamente el rol central de la sociedad en su evaluación y monitoreo. Los mecanismos creados en materia de NNA migrantes presentan también este déficit.

Las organizaciones de la sociedad civil de México han venido reclamando de forma reiterada y creciente la necesidad y legitimidad de participar activamente en el diseño, la implementación y evaluación de las políticas migratorias. Sin embargo, hasta el momento, esa participación ha estado considerablemente limitada. En los procesos que condujeron a la sanción de la nueva Ley de Migración y a la elaboración de las diferentes versiones del anteproyecto del reglamento, las instituciones no gubernamentales han cuestionado la acotada participación que se les ha dado, pese a la demanda insistente de conformación de una mesa de trabajo y de diálogo interinstitucional, que incluyera a la sociedad civil²². También han señalado que en lugar de reflejar una voluntad seria de trabajo coordinado entre sociedad civil y Estado, cuando se han producido, las convocatorias han buscado legitimar decisiones ya adoptadas, bajo la aparente participación y consenso de las instituciones de la sociedad civil.

También se imponen obstáculos concretos al trabajo de las organizaciones, algunos de los cuales hemos experimentado en el transcurso de esta investigación. La limitación en el acceso a las estaciones migratorias y la imposición de condiciones para trabajar en estos contextos, son claros ejemplos. Su consecuencia es la dificultad para verificar de manera periódica y adecuada la situación de las personas migrantes allí detenidas, incluidos los niños, niñas y adolescentes.

Estas restricciones a la participación de la sociedad civil también se han verificado puntualmente en el ámbito de las políticas ligadas directamente a NNA migrantes. En este sentido, es preciso señalar que la sociedad civil no integra la Mesa de Diálogo Interinstitucional sobre Niños no Acompañados y Mujeres Migrantes. En los lineamientos de operación de la Mesa, se resolvió expresamente que estaría integrada por "organizaciones de la sociedad civil, organismos y dependencias de la administración pública [...] y los demás invitados que los

22 En primera instancia, la participación fue limitada a la posibilidad de enviar propuestas por correo electrónico. Ante el reclamo de las organizaciones, en enero de 2012 se las convocó a una reunión, pero las organizaciones se retiraron del encuentro al considerar que no estaban dadas las condiciones mínimas de participación que habían solicitado. Al respecto, véanse los pronunciamientos del Grupo de Trabajo sobre Política Migratoria y del Foro Migraciones sobre el proceso de elaboración del Anteproyecto de Reglamento de la ley, del 12 de enero de 2012.

integrantes consideren pertinentes”.²³ Sin embargo, aun cuando algunas organizaciones han participado ocasionalmente en alguna reunión en carácter de invitadas, las instituciones de la sociedad civil no han integrado formalmente la Mesa.

Esta ausencia es significativa ya que de ese espacio interinstitucional han surgido las principales decisiones adoptadas en materia de niñez migrante desde su creación. Y es en esta clase de instancias donde la sociedad civil puede contribuir al diseño de políticas garantes de los derechos humanos. Por ello, resulta especialmente importante que entidades especializadas en temas de infancia y migración puedan no sólo tener acceso a los NNA en situaciones de vulnerabilidad, sino también participar activamente en las discusiones sobre las políticas públicas que deben desarrollarse para garantizar adecuadamente sus derechos.

La misma conclusión es válida para el monitoreo de esas políticas. El acceso de la sociedad civil a los centros donde los NNA migrantes son alojados (sean o no privativos de la libertad) no debería enfrentar los obstáculos que se verifican usualmente. Al respecto, es preciso señalar que sin perjuicio de los recaudos que debe tomar toda institución en contacto con niños/as para su adecuada protección, el accionar de la sociedad civil puede coadyuvar a identificar en cada caso las decisiones más acordes al interés superior del niño, y no al contrario, como en algunas ocasiones se ha sostenido para fundamentar las restricciones a la tarea de las organizaciones.

Es preciso que se profundice la comprensión de que la sociedad civil tiene una función clave que cumplir. Y ello no sólo es en beneficio de las personas cuyos derechos estén en juego, sino también parte de la satisfacción de los compromisos que los diferentes poderes del Estado tienen en virtud de los tratados internacionales y del marco constitucional y democrático vigente. En este caso, a modo de ejemplo, el trabajo de la sociedad civil puede hacer aportes constructivos en la evaluación y revisión del rol de los OPI, o respecto de la limitación y contradicción estructural que podrían suponer los MAEM desde un enfoque de protección integral de infancia, así como a la determinación del interés superior en cada situación particular.

7. Las políticas regionales: un enfoque limitado y funcional

Los problemas, limitaciones y desafíos identificados en las políticas implementadas por México en materia de NNA migrantes, no parecen encontrar alguna solución o respuesta

²³ Subsecretaría de Población, Migración y Asuntos Religiosos, *Lineamientos de operación de la Mesa de Diálogo interinstitucional sobre Mujeres, Niños, Niñas y Adolescentes Migrantes no Acompañados*, aprobados en la segunda sesión de la Mesa, el 30 de mayo de 2007; lineamiento 3º.

diferente en el ámbito regional. Al contrario, algunos de los mecanismos aprobados de manera bilateral o multilateral, parecen más bien una continuación de la política mexicana, en particular por la inclusión formal de algunos principios sobre derechos de infancia y por la ausencia de políticas que efectivamente garanticen un enfoque de derechos en la atención del fenómeno de la niñez migrante.

Está suficientemente documentado que la migración de NNA desde Centroamérica hacia Norteamérica es un fenómeno que requiere un abordaje que excede el marco nacional de cada Estado y exige una respuesta integral y compartida entre países de origen, tránsito y destino, que incluya un enfoque de derechos humanos. Sin embargo, hasta el momento las iniciativas desarrolladas mediante acuerdos bilaterales y regionales se han centrado en la elaboración de protocolos dirigidos a facilitar la repatriación de los NNA, sin perjuicio de la inclusión de algunos recaudos para su protección. La garantía de ciertos derechos y garantías fundamentales, así como la búsqueda de soluciones duraderas individuales y generales, no han tenido el debido tratamiento a escala bilateral y regional.

La situación que afecta a la niñez y adolescencia migrante en la frontera sur está determinada, por un lado, por causas y decisiones adoptadas exclusivamente en esa área geográfica. Por otro lado, está íntimamente asociada a una realidad que se verifica en todo el territorio mexicano, como consecuencia de una serie de políticas, procesos, decisiones y ausencias de las políticas públicas de diversos países de Centro y Norteamérica.

Ya se ha hecho alusión al rol estratégico de la frontera sur de México, no sólo para la política migratoria mexicana sino también para la estadounidense. A su vez, como se verifica en numerosos estudios sobre NNA migrantes repatriados por México o por Estados Unidos hacia sus países de origen, las causas que motivan la mayoría de esos flujos responden a una compleja y diversa serie de factores, que hemos descrito en el Capítulo 2 de este informe, asociados a políticas públicas implementadas por los países de origen y destino, así como por políticas y acuerdos bilaterales, regionales y globales que exceden el tema migratorio, hacia los ámbitos la regulación del comercio, las inversiones extranjeras, y el mercado de trabajo formal e informal, entre muchos otros temas.

Asimismo, la forma en que se produce esa migración, en especial la irregular, está estrechamente asociada a esas mismas políticas, así como a las que regulan el ingreso, la circulación y permanencia en los países de tránsito y destino.

Pese a estas evidencias, las respuestas regionales han sido poco adecuadas. Por un lado, es cierto que en los últimos años México ha tenido un rol activo en la promoción y firma de

acuerdos bilaterales y regionales en materia de niñez migrante, entre los que cabe mencionar los memorándum firmados con El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua, para la repatriación digna, ordenada, ágil y segura de migrantes, los cuales incluyen algunas cláusulas sobre NNA migrantes, así como los Lineamientos Regionales para la Atención de Niños, Niñas y Adolescentes no Acompañados en casos de Repatriación, aprobados en 2009 por la Conferencia Regional de Migración. Aunque el análisis más detallado de estos acuerdos será materia del próximo capítulo, es importante adelantar que ninguno de ellos significa un avance considerable desde un enfoque de derechos, y menos aún supone una respuesta integral a los desafíos derivados de la migración de niños, niñas y adolescentes,

En este contexto, resulta esencial que las políticas migratorias y otras políticas públicas conexas, que buscan atender el fenómeno de la migración irregular desde Centroamérica hacia México y Estados Unidos, contemplen más iniciativas de índole regional. Nos referimos a respuestas en términos de causas de la migración, a políticas de desarrollo humano y a mecanismos de protección de los derechos de todos los NNA. De este modo, la migración puede convertirse en una decisión libre y voluntaria, por vías regulares, y no en la búsqueda desesperada y peligrosa de condiciones elementales para el ejercicio de derechos básicos (trabajar, estudiar, vida familiar). No hay contexto más apropiado que esta región para alegar que la migración no puede ser sólo el resultado de una necesidad imperiosa, de un destino fatal, sea para huir de la miseria o para mejorar las condiciones de vida (De Lucas, 2004).

En este punto, es importante notar que la ausencia, en mecanismos bilaterales y regionales, de salvaguardas de derechos y garantías también se verifica en relación con la situación de NNA mexicanos que son repatriados desde Estados Unidos de América. Tal como se ha destacado en un informe reciente sobre la niñez en la frontera norte del país, “la comunicación entre los oficiales de los EEUU y México están orientadas hacia una repatriación y no hacia el Interés superior del niño, niña y adolescente. Toda comunicación [...] está diseñada para satisfacer los intereses de los dos gobiernos y no para cumplir con las obligaciones del tratado en pro del interés superior del menor de edad” (Appleseed, 2011: 16).

Allí también se ha puntualizado que la “prioridad y énfasis que le da México a la pronta reunificación familiar falla en tomar en cuenta el interés superior del menor de edad. Después de la repatriación, el DIF procura la reunificación familiar de los NNA migrantes no acompañados tan pronto como sea posible, sin llevar a cabo un cuidadoso análisis para estipular si la reunificación se hace conforme al interés superior del mismo. Como resultado, los niños que han huido de condiciones de explotación o abuso pueden encontrarse de

regreso, con las mismas circunstancias que los obligaron a migrar a través de la frontera” (Appleseed, 2011: 19). Lo mismo puede predicarse en relación con la repatriación de NNA desde México hacia los países centroamericanos, como se explica exhaustivamente en este informe.

Pero además de los problemas asociados a la repatriación, y sin perjuicio de la importancia de los dispositivos que aseguren un retorno seguro para los NNA a sus países de origen, lo que nos interesaba destacar en este epígrafe es la falta de respuestas adecuadas y comprensivas, regionales y bilaterales, al fenómeno de la niñez migrante. En este sentido, es importante que el foco en cuestionar la repatriación no invisibilice otros elementos que requieren una respuesta regional más integral y centrada en los derechos de esos niños y niñas, más allá de la responsabilidad particular de cada Estado.

8. La deficiencias de las políticas de los países de origen sobre protección de NNA migrantes

Las políticas públicas de los países de origen de NNA migrantes, y consecuentemente, la actuación de las representaciones consulares en el marco de los procedimientos de detención y repatriación, presentan serias deficiencias y lagunas que obstaculizan la posibilidad de adecuar esos procesos a los derechos y principios que emanan de la Convención sobre los Derechos del Niño.

En este informe se incluye un capítulo específicamente dedicado a examinar la cuestión de la asistencia consular a NNA migrantes que son detenidos en la EMSXXI y el Albergue DIF de Tapachula, así como a los que son repatriados a sus países de origen. Allí también se observan sucintamente las políticas que implementan esos países a fin de contribuir a que, en el marco de las medidas que adopta el gobierno mexicano, se aseguren plenamente los derechos y garantías de todos esos NNA. Por lo tanto, aquí solamente adelantaremos algunos problemas centrales identificados durante esta investigación.

La evidencia recopilada sobre esta cuestión permite concluir la necesidad de incluir una perspectiva de protección integral de derechos de NNA migrantes en las políticas de los países de origen, que debe manifestarse e implementarse con particular intensidad, y con los recursos necesarios, en el ejercicio de la obligación de proveer asistencia consular a los niños y niñas que están detenidos en estaciones migratorias o albergues, y que luego en la mayoría de los casos son repatriados. Una respuesta ajustada a los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño, exigiría una serie de reformas significativas respecto de las políticas existentes en la actualidad.

La práctica de asistencia consular en los casos de NNA detenidos en la EMSXXI o el Albergue DIF, y luego repatriados a sus países, revela nítidamente la ausencia de políticas definidas desde la perspectiva de los derechos de la niñez. Sin perjuicio de la difícil e importante tarea que deben desarrollar las oficinas consulares en muchos casos, en particular ante situaciones de trata o NNA víctimas de otros delitos, la información recogida evidencia la falta de mecanismos dirigidos a asegurar el interés superior del niño como una consideración primordial, no sólo en la asistencia consular sino también en el posicionamiento del consulado frente a las autoridades mexicanas.

En el caso de niños y niñas migrantes no acompañados, ante la posibilidad de su repatriación, la intervención consular, en representación del Estado del país de origen, debería tener una función clave. Para que las autoridades mexicanas cuenten con la evidencia suficiente para evaluar si corresponde o no el retorno, es imprescindible la información que puedan aportar diferentes órganos del Estado de origen. Las áreas de desarrollo social, familia o infancia, que evalúen y determinen las condiciones socio-económicas en que se produciría un eventual retorno, o incluso el poder judicial, si tuviera información respecto de una situación de violencia en el ámbito familiar o de otra clase contra el niño o niña en cuestión, pueden jugar un rol determinante en esa decisión.

En igual sentido, las acciones que pudieran emprender los consulados, conjuntamente con México, y las respectivas representaciones consulares de ambos países ubicadas en Estados Unidos, podrían ser fundamentales en casos de NNA no acompañados que se dirigen a ese país con el objetivo de reunificarse con sus padres. En estas ocasiones, el actual desempeño de ambos países, limitado a la repatriación a su comunidad de origen ni bien cuentan con información sobre la nacionalidad del niño y la existencia de algún vínculo familiar en su país, no sería la respuesta adecuada desde un enfoque de protección integral de la niñez, incluyendo sus derechos a la vida familiar y al desarrollo.

La diversidad de situaciones que convergen en cada uno de los casos de NNA migrantes detenidos en la EMSXXI y repatriados a su país, requiere un abanico de respuestas que no solamente comprometen al Estado mexicano sino también de los países de los cuales son nacionales. Y ello supone un cambio sustancial en el diseño de políticas públicas, con todos los componentes (normativos, institucionales, etc.) que esto implica. Sin embargo, la información recabada a lo largo de esta investigación acredita la falta de políticas adecuadas por parte de los países de origen. Estos cumplen, por el contrario, la función de coadyuvar a que se apliquen, de manera efectiva, las decisiones adoptadas por México.

No obstante lo dicho, es preciso señalar, por un lado, que en los últimos años los gobiernos de El Salvador, Guatemala y Honduras, han ido tomando progresivamente en consideración la cuestión de la niñez migrante, en particular en los contextos mexicano y estadounidense. Algunas iniciativas recientes acreditan un creciente interés por el tema, así como la manifestación de voluntad de evaluar las políticas y programas existentes al respecto, como veremos en el Capítulo 10 de este informe.

Por otro lado, resulta adecuado precisar que la magnitud de los problemas y desafíos identificados en la asistencia consular a NNA migrantes en Tapachula, difiere sustancialmente según el país que se analice. En este sentido, la información provista por diversas fuentes, y en particular las conversaciones con adolescentes detenidos en la EMSXXI, permiten destacar un avance significativo en las medidas implementadas por el Gobierno de El Salvador, y en el otro extremo, una serie de deficiencias preocupantes en el caso de Honduras, quedando en una posición intermedia la actuación del consulado guatemalteco.

Otro aspecto importante a tener en cuenta al observar las políticas que definen la actuación consular en este contexto, es el de la información. Los consulados centroamericanos se encuentran en una situación particularmente estratégica para la recolección de información vital para el diseño o reformulación de las políticas públicas. Esto es, para determinar no sólo las políticas que los países de origen deberían elaborar en materia de niñez migrante, sino también para evaluar las políticas implementadas por México. En su actuación cotidiana, los consulados podrían recoger información cuantitativa y cualitativamente valiosísima para realizar esos análisis.

Sin agotar la multiplicidad de usos que podría tener esa información, esos datos pueden cumplir un rol vital para: ampliar la capacidad de trabajo, los recursos y la capacitación en derechos de NNA, del personal del consulado; conocer las comunidades de origen de mayor emigración de niños y niñas, a fin de reforzar políticas sociales, laborales, educativas, entre otras, en esas regiones; definir y evaluar las políticas de retorno y reintegración de NNA a sus familias y/o comunidades de origen; identificar posibles redes de trata que reclutan NNA en el país de origen para su explotación en el sur de México; contribuir a la determinación del interés superior del niño a aplicar por las autoridades mexicanas; promover acciones judiciales en casos de violencia y abusos contra NNA en el país de origen; registrar patrones de violaciones a los derechos de NNA durante su estadía y/o tránsito por México, y diseñar medidas frente a ello; y, finalmente, promover mecanismos bilaterales y regionales que faciliten la reunificación familiar.

Sin embargo, del examen realizado durante la investigación, se advierte una muy limitada atención a la cuestión de la información y al rol que pueden cumplir los consulados en la producción y recolección de esa información. Esto limita considerablemente las respuestas que luego se dan en cada caso, tanto en términos cuantitativos como cualitativos, en el corto y largo plazo.

En conclusión, las deficiencias identificadas en las políticas de asistencia consular no hacen más que poner en evidencia los problemas de fondo. Por un lado, porque revelan la ausencia de políticas de reinserción social sostenible de los NNA que son repatriados, como lo han demostrado informes recientes (Casa Alianza, 2012, Caballeros, 2011). Por el otro, porque indican la falta de articulación efectiva entre el trato a NNA migrantes y las causas estructurales que están detrás de estos flujos migratorios. Estas lagunas, al final, contribuyen a prácticas que acaban siendo funcionales a los objetivos de control migratorio de México, pese a la abundante evidencia sobre su ineficacia, así como sobre su contradicción con los principios que deben guiar cualquier política o decisión que impacta en los derechos de niños, niñas y adolescentes.

CAPÍTULO 4.

LEGISLACIÓN SOBRE MIGRACIÓN E INFANCIA

1. Introducción

Esta sección está dedicada al análisis del marco legislativo vigente en México en materia migratoria y en el campo de la niñez y la adolescencia. Para ello, se examinarán diversas normas de diferente rango y contenido: la Constitución Política, en particular la reforma constitucional en derechos humanos aprobada en 2011; la nueva Ley de Migración y la Ley General de Población (LGP); la Ley de Refugiados y Protección Complementaria (en adelante Ley de Refugiados); la normativa federal y del Estado de Chiapas sobre protección de niños, niñas y adolescentes; los reglamentos de esas leyes, aprobados o en etapa de elaboración, así como otras disposiciones dictadas por el Instituto Nacional de Migración (INM) que tengan relación con los niños y niñas migrantes. La última sección de este capítulo analizará sucintamente, desde un enfoque de derechos de la infancia, algunos acuerdos regionales sobre niñez migrante aprobados por México y países centroamericanos.

En los últimos años ha sido modificada, total o parcialmente, toda la normativa vigente en México en los tres temas principales que se entrecruzan en esta investigación —niñez, migración y derechos humanos—, o en los cuatro, si incorporamos la situación de los solicitantes de asilo y refugiados. Entendemos que este contexto justifica dedicar el presente capítulo a describir los aspectos principales de este nuevo marco normativo, aunque limitándonos a las temáticas más vinculadas con el objeto de la investigación. En este sentido, destacaremos los avances más relevantes incorporados por estas modificaciones, así como los problemas, contradicciones y lagunas que presenta la legislación, desde la perspectiva de derechos humanos asentada no sólo en los tratados y principios internacionales sino también en la propia Constitución reformada.

En general, los cambios normativos en materia migratoria representan una mejora en relación con el marco desfasado y violatorio de derechos que establecía la Ley General de Población. La nueva Ley de Migración, como veremos en este capítulo, constituye un avance en varios aspectos, aunque contiene diversas cláusulas preocupantes, tanto por lo que prescribe como por lo que omite regular.

Las iniciativas de reglamentación de la ley, conocidas hasta el cierre de este informe (junio de 2012), no atienden debidamente estas deficiencias. A su vez, algunas disposiciones adoptadas en los últimos años por el INM, contradicen de manera flagrante, principios básicos en materia de derechos humanos de migrantes en general, y de la infancia migrante en particular. Luego se verifica además una brecha entre los aspectos positivos del contenido de

la nueva ley y las prácticas por medio de las cuales se implementa la norma. Todo este panorama se describe en detalle a lo largo de este informe.

La Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria (aprobada en enero de 2011), y su reglamentación, presentan también un carácter ambivalente. Por un lado, incorpora una serie de disposiciones derivadas de la Convención de 1951 y el Protocolo Adicional de 1967, así como estándares desarrollados más recientemente por el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y otros órganos internacionales en materia de derecho internacional de refugiados. Por el otro, y particularmente en lo relativo a los niños y niñas solicitantes de asilo, el nuevo marco normativo presenta lagunas preocupantes. Esto se verifica, con especial intensidad, en cuestiones como garantías de debido proceso y la privación de la libertad durante el procedimiento para la obtención del estatus de refugiado u otra vía de protección complementaria.

La legislación sobre infancia y adolescencia adoptada poco más de una década atrás, por su parte, ha significado un primer paso, importante pero insuficiente, del proceso que supone la aplicación efectiva e integral en el ámbito interno de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). Sin perjuicio de introducir diversos principios y estándares internacionales aplicables a la niñez y la adolescencia, el marco normativo aprobado en 2000 precisa una revisión y actualización. Estas tareas pendientes repercuten visiblemente en las políticas y programas existentes sobre la niñez en el contexto de la migración.

Finalmente, los acuerdos regionales y bilaterales que han sido aprobados en los últimos años entre México y varios países centroamericanos, incluyendo dispositivos diseñados en el marco de la Conferencia Regional de Migración, también presentan lagunas importantes en materia de derechos de la infancia. Estos instrumentos han ayudado a visibilizar el tema de los niños y niñas en el contexto de la migración, en particular de la niñez migrante no acompañada. Sin embargo, aún existen desafíos en cuanto a la incorporación de los estándares de derechos humanos al tratamiento de este fenómeno en los planos regional y bilateral.

Antes de examinar estos instrumentos nacionales e internacionales, y en tanto norma principal que debe enmarcar la legislación en estos temas y guiar su implementación, examinaremos algunos aspectos de la Constitución Política mexicana. En especial, los cambios principales que se han introducido a partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos.

2. La Constitución Política, la reforma en derechos humanos y su impacto en temas de migración y niñez

El 10 de junio de 2011 se publicó la reforma que introdujo numerosas disposiciones sobre derechos humanos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM). No haremos aquí un análisis exhaustivo de los aspectos positivos o negativos de esta importante modificación, tarea que excedería largamente el marco de este informe (a tal fin, ver Carbonell y Salazar, 2012). Nos interesa destacar, de manera particular, algunas cláusulas constitucionales que deberían incidir directa o indirectamente en la legislación y las prácticas que impactan en los derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes. También haremos referencia a otros artículos de la Constitución que, introducidos en reformas anteriores, son relevantes para algunas cuestiones analizadas en esta investigación.

En términos generales, es importante destacar en primer lugar que la reforma estableció la jerarquía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos.¹ Esto supone no sólo la incorporación del contenido de estos pactos a escala constitucional, sino también de los estándares definidos por los órganos especialmente creados para interpretar el alcance de cada una de sus disposiciones. Recurriremos a estos principios y estándares en varias oportunidades a lo largo de este informe, de allí la importancia de tener presente la jerarquía que les atribuye la Constitución Política. A su vez, el artículo 1 establece que la interpretación de los derechos humanos con base en la Constitución y los tratados, se debe efectuar de acuerdo con el principio *pro persona*, es decir, teniendo en cuenta la protección más amplia que puedan brindar los instrumentos jurídicos aplicables al caso.²

Otro aspecto general que es preciso destacar es la prohibición constitucional de discriminación. Entre los motivos prohibidos por el principio de no discriminación, la Constitución ha incluido expresamente el origen nacional, la edad y cualquier otra condición “que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas” (artículo 1). Considerando el valor de *jus cogens* —es decir, de norma imperativa del derecho internacional— que se ha otorgado al principio de no discriminación, incluso en relación específica con los derechos de las personas migrantes indocumentadas (Corte IDH, 2003), esta prescripción constitucional también actúa como un criterio interpretativo muy valioso para evaluar el tratamiento de la niñez migrante en la ley y la práctica.

Específicamente en materia de derechos de la niñez, la reforma constitucional supuso un cambio importante. En este sentido, el artículo 4 establece que: “En todas las decisiones y

1 Al respecto, ver Carmona Tinoco (2012).

2 Sobre las implicancias de la inclusión del principio *pro persona* en la CPEUM, ver Caballero Ochoa (2012).

actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos [...] Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez”.

La introducción de este principio medular de la Convención sobre los Derechos del Niño debe tener un impacto profundo también en el ámbito de las políticas migratorias y las respuestas del Estado al fenómeno de la niñez migrante. En este sentido, el mismo Gobierno mexicano reconoció ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ese principio debe guiar la protección de la niñez en el contexto de la migración (Gobierno de México, 2012: §17). Sin embargo, en este capítulo y a lo largo de todo el informe, se describirán prácticas y disposiciones que contradicen esta afirmación, y por ende, el marco constitucional, poniendo en evidencia los numerosos desafíos pendientes en esta materia.

En relación con la cuestión más específica de la niñez migrante, una sección de la Constitución de enorme relevancia es la regulación de la privación de libertad de personas menores de 18 años. Más precisamente, el principio de excepcionalidad de la detención que emana del marco constitucional mexicano. Este principio surge de la interpretación del artículo 18 en el que, por un lado, se prohíbe la privación de libertad de los menores de doce años, quienes sólo estarán sujetos a medidas de “rehabilitación y asistencia social”; y por el otro, se establece un principio de excepcionalidad de la detención de adolescentes, al disponer que el “internamiento se utilizará sólo como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda, y podrá aplicarse únicamente a los adolescentes mayores de catorce años de edad, por la comisión de conductas antisociales calificadas como graves”.

A propósito de este artículo, Vasconcelos afirma que existe una “reserva de Constitución” en esta materia, en tanto allí se “regulan las causas, los requisitos y las líneas rectoras del procedimiento a través del cual procede la restricción de la libertad de las personas [...] la ley no puede ampliar los casos de procedencia de la restricción de libertades [...] Ello se corrobora en la propia ley suprema que establece normas específicas que se deben considerar cuando se regule o pretenda dictar una medida de internamiento a un adolescente: ésta será extrema, procederá por el tiempo más breve posible, únicamente para los mayores de catorce años y sólo en casos de delitos graves. Estas normas, que conforman auténticos límites al poder punitivo del Estado y modelan la forma estatal de reacción ante la comisión de delitos por parte de los adolescentes, conforman las directrices constitucionales en la materia” (Vasconcelos Méndez, 2009: 189).

Además el artículo 18, al regular la detención de mayores de catorce años —insistimos, en el caso excepcional de delitos graves—, prescribe que en todos los procedimientos se observará la garantía del debido proceso legal, así como la independencia entre las

autoridades que efectúen la remisión y las que impongan las medidas. Más adelante observaremos cómo la Ley de Migración, y en especial las prácticas implementadas sistemáticamente por el INM en Tapachula, contradicen abiertamente el marco constitucional, tanto en lo referido a la detención como al procedimiento por el cual se impone esta medida.

Junto con los límites que fija la Constitución a efectos de evitar la privación de la libertad de niños y niñas, también es oportuno comentar otras cláusulas constitucionales que regulan la detención. Si bien éstas se aplicarían solamente a los adultos, o excepcionalmente a adolescentes en casos de delitos graves, es necesario mencionarlas ya que, como se analizará luego, tampoco estos preceptos están siendo aplicados en el caso de niños y niñas migrantes detenidos en la Estación Migratoria Siglo XXI (EMSXXI) o en el Albergue del DIF Chiapas.

El artículo 14 constitucional establece que nadie podrá ser privado de la libertad sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento. Asimismo, el artículo 16 prescribe que no podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial, y que la autoridad que ejecute esta orden deberá poner a la persona a disposición del juez sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La regulación de la detención en la Ley de Migración y la aplicación generalizada de esta clase de medidas, omite el rol atribuido al poder judicial en la Constitución. La detención de migrantes, adultos y niños, por infracciones administrativas, excede el plazo mínimo previsto y carece de las garantías básicas que reconoce la Constitución para casos de urgencia o flagrancia,³ o incluso ante delitos de delincuencia organizada.⁴

Asimismo, el artículo 18 establece que “sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva”. Y el artículo 19, que ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder el plazo de 72 horas, y sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso, debidamente fundamentado.

Sin duda, estos criterios constitucionales son relevantes para el caso de migrantes, tanto niños como adultos, que son detenidos en el marco de procedimientos de expulsión o repatriación, sin haber sido acusados de infracción o delito alguno que pudiera dar lugar a una

3 “Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal” (artículo 16).

4 En casos de urgencia o flagrancia, “el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley. La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia” (artículo 16).

pena privativa de la libertad, por un plazo superior al que fija la Constitución y sin un acto judicial o administrativo que establezca los motivos que fundamentarían la decisión.

La regulación de los derechos de personas migrantes en la Constitución Política es escueto y se dedican apenas unos párrafos a los derechos de las personas extranjeras. La reforma constitucional ha permitido modificar el artículo 33, que había sido cuestionado por organismos internacionales y organizaciones de la sociedad civil durante muchos años, ya que habilitaba al poder ejecutivo a deportar extranjeros sin ningún tipo de garantía. Su actual redacción avanza en un aspecto, al exigir una decisión fundada en ley y una audiencia previa.⁵ Sin embargo, presenta algunos problemas que deben señalarse.

Por un lado, omite toda consideración al rol del poder judicial y alude únicamente a un procedimiento administrativo. Tal omisión no debería implicar, sin embargo, que se desconozcan las garantías previstas en el resto de la Constitución y en los tratados internacionales, incluyendo el acceso a la justicia para impugnar la decisión administrativa ante un tribunal imparcial e independiente.⁶

Por otra parte, el artículo prescribe que será la ley —suponemos, la de migración— la que regulará “el lugar y tiempo que dure la detención”. Esta afirmación se contradice con el marco general que la Constitución ha establecido para la privación de la libertad y que comentamos en párrafos anteriores. Si la detención sólo procede ante la comisión de delitos, si la prisión preventiva sólo es aplicable ante hechos que pudieran dar lugar a una pena privativa de la libertad, y si esas medidas sólo pueden aplicarse por una autoridad judicial, es entonces contradictoria la remisión a una ley que habilitaría la detención administrativa, sin intervención judicial, por una infracción administrativa y como una medida preventiva en un proceso que en ningún caso derivará en la imposición de una pena privativa de la libertad. Esta contradicción, en el caso de niños y niñas, es aún más clara y preocupante.

En otro orden de ideas, el último párrafo de este artículo, que no fue modificado en 2011, establece que: “Los extranjeros no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país”. Y el artículo 32 prescribe: “Los mexicanos serán preferidos a los extranjeros en igualdad de circunstancias, para toda clase de concesiones y para todos los empleos, cargos o comisiones de gobierno en que no sea indispensable la calidad de ciudadano”. Si bien ambas cláusulas refieren a temas que exceden el objeto de esta investigación, consideramos relevante comentarlas, ya que no sólo contradicen el principio de no discriminación antes mencionado, sino que además ignoran estándares internacionales en materia de igualdad

5 La versión del artículo 33 que estuvo vigente hasta la reforma de 2011 establecía que “el Ejecutivo de la Unión tendrá la facultad exclusiva de hacer abandonar el territorio nacional, inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente”.

6 Para un análisis de la reforma del artículo 33, ver Rodríguez Huerta (2012).

entre nacionales y extranjeros, así como otros desarrollos recientes en materia de participación política de migrantes como mecanismo de integración social y, en definitiva, como un derecho de personas que residen fuera de su país de origen.⁷

La Constitución no incluye otras referencias a la situación de las personas migrantes. Más allá de los problemas señalados, es importante destacar que la Constitución reconoce, en todo su articulado y en particular a partir de la reforma de 2011, derechos humanos a todas las personas y no exclusivamente a los nacionales. Por lo tanto, derechos como a la libertad, los derechos de niños y niñas, las garantías del debido proceso y el acceso a la justicia, se encuentran reconocidos por la Constitución a todas las personas, sin discriminación alguna. Y esta característica es fundamental para examinar, a continuación, la legislación vigente sobre migración, niñez y refugiados.

3. La nueva Ley de Migración y los derechos de NNA migrantes: avances, retrocesos e indefiniciones

Hasta pocos años atrás, la normativa migratoria en México se caracterizó por una profunda contradicción entre el enfoque que México ha tenido sobre los derechos de las personas migrantes dentro y fuera de su territorio. Organizaciones de la sociedad civil⁸ y organismos internacionales de derechos humanos⁹ han señalado en diversas oportunidades esta contradicción. Esta situación se veía reflejada en la Ley General de Población, profundamente restrictiva y violatoria de derechos humanos y, además, evidentemente desfasada de la realidad migratoria que comenzó a forjarse desde la década de 1980 en adelante.¹⁰ La LGP no era siquiera una norma migratoria, sino una ley de carácter general que incluía diversas temáticas sobre población, entre ellas, la cuestión migratoria.

Esta situación incoherente ha ido superándose en cierta medida en los últimos años, al menos en el plano normativo y en relación con algunos temas. Sin embargo, subsisten serias y diversas contradicciones, en dos sentidos. Por un lado, entre los preceptos constitucionales y numerosas disposiciones de la Ley de Migración vigente. Y por otro, entre el marco normativo y la práctica efectiva. Es decir, entre los derechos reconocidos en la legislación y la vulneración

7 Al respecto, entre otros, ver De Lucas y Solanes (2009).

8 Entre otros, véanse: Foro Migraciones (2005); Sin Fronteras (2005); CDF Fray Matías de Córdova et al (2008); FIDH (2008).

9 Consultar, entre otras, las siguientes decisiones de organismos internacionales: Informes de la Relatoría de la ONU sobre Derechos de Migrantes, de las respectivas visitas a México en 2002 y 2008 (E/CN.4/2003/85/Add.2, del 30 de octubre de 2002; y A/HRC/11/7/Add.2, del 24 de marzo de 2009); Observaciones Finales del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y sus Familias: México, CMW/C/MEX/CO/1, del 8 de diciembre de 2006.

10 El Comité de Trabajadores Migratorios, en 2006, recomendaba a México "la creación de una ley de migración que corresponda a la nueva realidad migratoria del país y se ajuste a lo dispuesto por la Convención y otros instrumentos internacionales aplicables" (CMW/C/MEX/CO/1, cit., párr. 15).

cotidiana de derechos y garantías básicas de miles de migrantes que viven en México o atraviesan su territorio. En esta sección señalaremos sólo algunos de los problemas que de manera explícita o por omisión, presenta la Ley de Migración aprobada en 2011, así como el anteproyecto de reglamentación de esta norma en la versión difundida antes del cierre de este informe (junio de 2012).¹¹

En cuanto a los avances normativos que se han producido en particular durante la última década, cabe destacar decisiones como la ratificación de la convención internacional de 1990 sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias, o las reformas parciales de la LGP en 2008 y 2010 que, respectivamente, derogaron los artículos que consideraban delitos a diversas infracciones migratorias y el artículo 67 que denegaba un derecho tan elemental como el acceso a la justicia. Estos son cambios importantes y positivos.

En este mismo sentido, la reciente aprobación de la Ley de Migración y de la Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria, así como la ya descrita reforma constitucional de derechos humanos, o incluso algunas disposiciones de inferior rango normativo (por ejemplo, la circular 001/2010 sobre NNA no acompañados), constituyen pasos importantes en la senda de articular de manera más coherente la política interna sobre migraciones y los posicionamientos y reclamos en relación con los nacionales mexicanos en el exterior.

Pese a estos avances, el marco normativo vigente aun presenta ineludibles problemas, que han sido oportunamente destacados por las organizaciones de la sociedad civil.¹² Más aun, es posible afirmar que en algunos casos se registran francos retrocesos, por ejemplo, la cobertura de “legalidad” que se da a la detención de migrantes en las estaciones migratorias.

El artículo 2 de la nueva Ley de Migración establece, como primer principio de la política migratoria del Estado mexicano, el respeto irrestricto de los derechos humanos de los migrantes, nacionales y extranjeros, con especial atención a los grupos en situación de vulnerabilidad. El mismo artículo agrega que, en ningún caso, la situación migratoria irregular configurará por sí misma la comisión de un delito, ni tampoco se prejuzgará la comisión de ilícitos por parte de un migrante por el solo hecho de encontrarse en condición no documentada. Además, la norma señala que la política migratoria deberá ser congruente, de manera tal que el Estado mexicano garantice la vigencia de los derechos que reclama para sus

11 Nos referimos al Anteproyecto de Reglamento de la Ley de Migración y Reformas al Reglamento de la Ley General de Población, del 29 de diciembre de 2011, con revisión final de estilo del día 17 de mayo de 2012, la cual fuera remitida al día siguiente desde el Poder Ejecutivo a la Comisión Federal de Mejora Regulatoria (COFEMER).

12 Ver INEDIM (2011); Grupo de Trabajo sobre Política Migratoria, *Crisis en la Política Migratoria Mexicana*, del 25 de mayo de 2011; y *Opiniones Preliminares del Grupo de Trabajo sobre Legislación y Política Migratoria en torno a la Iniciativa con proyecto de decreto por el que se expide la Ley de Migración*, del 27 de enero de 2011.

connacionales en el exterior para la admisión, ingreso, permanencia, tránsito, deportación y retorno asistido de extranjeros en su territorio.

En el artículo 6 la ley se refiere al derecho internacional aplicable al señalar que el Estado mexicano garantizará el ejercicio de los derechos y libertades de los extranjeros reconocidos en la Constitución, en los tratados y convenios internacionales de los cuales sea parte, así como en las disposiciones jurídicas aplicables, con independencia de su situación migratoria.

Más allá de estos y otros avances que supone la nueva Ley de Migración en materia de derechos humanos en general y sobre niñez en particular, existen importantes desafíos pendientes. Y en lo relativo a los derechos de niños y niñas migrantes, tanto la ley como el anteproyecto de reglamento presentan contradicciones.

En este sentido, ambos incorporan principios de la Convención sobre los Derechos del Niño, situación que coloca a México en una posición avanzada en cuanto a la regulación normativa sobre derechos de NNA migrantes. Sin embargo, se identifican cláusulas y lagunas que limitan o contradicen este avance, especialmente en lo relativo a derechos y garantías claves en el contexto de la migración irregular de niños, niñas y adolescentes.

La ley incluye, entre otras cuestiones, el principio del interés superior del niño entre los preceptos que deben guiar la política migratoria (artículo 2). A su vez, reconoce el derecho a la unidad familiar (artículo 10) y el derecho a la justicia y el debido proceso (artículo 11). Asimismo, regula un procedimiento específico de atención a NNA migrantes no acompañados (artículo 112), así como los principios, derechos y garantías a resguardar durante esos procesos. En buena medida, estos y otros aspectos positivos que han sido incluidos en la nueva ley, son el resultado de una demanda sociedad civil sostenida durante años.

El nuevo marco legal y el anteproyecto de reglamento presentan, no obstante, dos problemas importantes. Por un lado, no incorporan algunos estándares imprescindibles en la materia, y por otro lado, contemplan mecanismos que se oponen a principios básicos de los derechos de NNA. Estas ausencias y contradicciones ponen en evidencia las falencias o limitaciones en lo relativo a un enfoque centrado en la Convención, es decir, en NNA como sujetos de derechos.

A continuación analizaremos algunas de las objeciones más relevantes, organizándolas en torno a las siguientes temáticas: 1) las competencias asignadas a los principales organismos involucrados (INM y DIF); 2) la detención de NNA migrantes; 3) las vicisitudes del procedimiento de Determinación de Interés Superior (DIS) del niño; 4) las garantías de debido proceso; y 5) las implicancias de la decisión política de asociar la migración a la seguridad.

3.1 Los roles que la ley estipula para el INM y el DIF: la primacía de la política migratoria

Uno de los problemas que emanan de la Ley de Migración vigente es la atribución de funciones y facultades a los diferentes organismos que intervienen en la atención a niños, niñas y adolescentes migrantes. Esta distribución de competencias refleja en buena medida cuáles son las prioridades de la respuesta del Estado a la migración de NNA. En este sentido, es posible identificar dos situaciones que dan cuenta del camino elegido y señalar los inconvenientes que presenta esta opción. En primer lugar, el rol preponderante asignado al Instituto Nacional de Migración. Y en segundo término, la intervención secundaria y asistencialista que se prevé para el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF).

En relación con la primera cuestión, la ley atribuye algunas funciones al INM que indican que sigue siendo el organismo migratorio el que está a cargo de las decisiones de fondo en relación con los NNA migrantes. Los artículos 29 y 112 fijan el deber del INM de *canalizar* de manera inmediata a los NNA no acompañados hacia el DIF.¹³ La ley establece que ello debe suceder “hasta tanto se resuelva la situación migratoria”.

Es decir, los NNA serían trasladados al DIF de manera temporal pero la decisión sigue estando en poder del INM ya que, según la ley, el “problema” a resolver, el eje de la discusión, es “la situación migratoria”. Por el contrario, si se tiene en cuenta el principio de interés superior, lo que debe prevalecer es la búsqueda de las medidas de protección integral de infancia que, en cada caso concreto, permitan asegurar los derechos en el corto y largo plazo. La situación migratoria es, en este contexto, un mero elemento funcional a esa decisión de fondo, medular, que debe tomarse desde la óptica de los derechos de infancia. De esta manera, la ley no sólo atribuye esa función al organismo erróneo, sino que además parece confundir en su identificación del tipo de medidas que deben adoptarse en esta clase de casos.

Por lo dicho, entonces, la atribución de facultades que consagra la ley no es correcta. El INM es el organismo responsable de la gestión migratoria, de resolver sobre la situación migratoria de las personas, del control y la sanción de infracciones previstas en esta materia. Pero si lo que debe buscarse es una solución de otra naturaleza, con otros objetivos y asentada sobre principios jurídicos específicos, el Instituto no es organismo indicado ya que no tiene ni el mandato institucional ni las herramientas logísticas, de recursos humanos, de capacitación, entre otras, para adoptar soluciones regidas por el principio de interés superior del niño.

Esta errónea asignación de competencias se repite en otras disposiciones —como el artículo 112 de la ley y los artículos 141 a 143 del anteproyecto del reglamento— en las cuales

¹³ Más adelante nos referiremos en diversas secciones a la *canalización* y a los problemas normativos y prácticos para su implementación.

el INM es la institución que guía el procedimiento y supervisa la determinación del interés superior, relegando al DIF a un rol secundario.

La intervención de los Oficiales de Protección a la Infancia (OPI), sugerida en el artículo 112.IV de la ley, tampoco supone, desde nuestra perspectiva, una superación del problema. Ya nos hemos referido a las limitaciones estructurales y funcionales de los OPI en tanto agentes de migración. A ello se debe agregar que la ley migratoria no otorga a los OPI más facultades de las que ya tenían, lo cual condiciona severamente su posibilidad de incidencia real en las decisiones, en particular, de velar para que el interés superior del niño, y no el interés de la política migratoria, sea el factor que guíe las medidas a adoptar en cada caso. Además, como se verá en otros capítulos, en la práctica el rol de los OPI es aún más limitado, lo cual pone en evidencia que su labor está especialmente determinada por los objetivos de control migratorio, sin perjuicio de las acciones de asistencia y protección que pudieran dar en casos concretos, “hasta tanto se resuelva [la] situación migratoria”.

Asimismo, como se examinará a continuación, en tanto la ley no ha incorporado medidas alternativas a la detención, ni ha regulado debidamente la canalización al DIF, lo cierto es que muchos niños y niñas permanecen detenidos a disposición del INM. De esta manera, los NNA están bajo la dependencia del INM en todo momento, tanto durante el procedimiento que resolverá su destino y por el tiempo que dure su detención, como respecto de la decisión de fondo que se adopte.

En segundo lugar, y en consonancia con el rol principal que asigna al INM, la ley atribuye facultades limitadas al DIF. En buena medida, podría decirse que este papel secundario y principalmente asistencialista y tutelar que tiene el DIF en materia de NNA migrantes, se condice con las limitaciones estructurales que tiene el DIF como institución encargada de la protección de la infancia. En este sentido, hemos comentado en este informe los cuestionamientos que existen en torno al enfoque de trabajo del DIF y, más importante aún, sobre la ausencia de un órgano rector de la política de protección integral de la infancia, en línea con las obligaciones emanadas de la Convención.

Estos mismos problemas se verifican en la Ley de Migración. La actuación del DIF está limitada a la asistencia de algunos NNA en albergues hasta que se resuelva su situación migratoria. Y según la propuesta incluida en el anteproyecto del reglamento de la ley, la participación del DIF en esa decisión también sería secundaria. Esto indica que la revisión del marco normativo migratorio, los procedimientos y las prácticas, así como las competencias institucionales, tiene que estar acompañada, en un proceso de diálogo complementario, por los debates pendientes y necesarios en materia de derechos de infancia, tanto en términos legislativos como institucionales.

3.2 Legitimación de la detención de NNA migrantes y ausencia de medidas alternativas

Una de las falencias más importantes que presenta el nuevo marco normativo se refiere a la privación de la libertad de NNA migrantes.

La ley no ha tenido debidamente en cuenta el *principio de no detención* de niños, niñas y adolescentes, migrantes y solicitantes de asilo, que debe regir en estas circunstancias, según los estándares internacionales vigentes (UNICEF, 2012). A su vez, continúa permitiendo la detención de NNA en estaciones migratorias, no obstante sugerir que tal medida debiera adoptarse en casos excepcionales. A ello se suma la falta de regulación de la situación de NNA migrantes que viajan con sus padres, que no deberían estar privados de libertad, y la inexistencia de medidas que sean efectivamente una alternativa a la detención, de migrantes en general y de NNA en particular.

En primer lugar, encontramos que no existe disposición alguna que establezca de manera explícita el principio de no detención de NNA migrantes. Por el contrario, de la ley —y, hasta el momento, del proyecto de reglamentación— puede inferirse que si bien se regulan de manera específica algunos aspectos relativos al procedimiento y al trato que debe brindarse a NNA, no se excluye a los niños y niñas del régimen de detención automática que rige para los mayores de 18 años, y se desconocen las garantías del debido proceso establecidas a través de la *presentación* (artículo 99 de la Ley de Migración).

Puntualmente, diversos artículos hacen referencia a la posibilidad de que los NNA no acompañados sean “alojados” en la estación migratoria, y tanto en la ley (artículo 112) como en el proyecto de reglamento (artículos 178 y 186), se establecen las condiciones que deben tener las estaciones migratorias en casos de NNA. Aun cuando estos artículos refieren que “el alojamiento” procedería ante “alguna circunstancia excepcional”, es de lamentar que se haya perdido esta oportunidad de reforma normativa para incluir, sin excepción ni ambigüedad, que los NNA no puedan ser detenidos en las estaciones migratorias. Y esto es especialmente preocupante si se tiene en cuenta, como se verá más adelante, que en la práctica, hasta el momento, esta excepción es, en realidad, la regla que se aplica en la inmensa mayoría de los casos.

El propio Gobierno mexicano, en un informe ante la Corte IDH, expone una interpretación ambigua del mecanismo de *presentación* al sostener que la medida, por un lado, “acuerda el alojamiento temporal de un extranjero que no acredita su situación migratoria”, y por el otro, que “está orientada a garantizar el respeto a los derechos humanos de los migrantes, en particular tratándose de grupos en situación de vulnerabilidad” (Gobierno de México, 2012: §98, 99). Esta interpretación particular, confusa y contradictoria, que describe una medida privativa de la libertad como un mecanismo orientado a proteger

derechos, lleva luego al Gobierno a afirmar que los NNA migrantes no acompañados “no son privados de su libertad, sino que son llevados a las instituciones en donde se los protege y se les proporciona la atención adecuada mientras se resuelve su situación migratoria, atendiendo de esta forma al interés superior del niño” (Gobierno de México, 2012: §107).

Es cierto que los artículos 29 y 112 de la ley establecen el deber del INM de *canalizar* de manera inmediata al DIF a los NNA, lo cual supone un cambio importante. Esa canalización ya había sido propuesta en 2008 en el marco de la Mesa de Diálogo Interinstitucional sobre NNA y Mujeres Migrantes.¹⁴ Sin embargo, la propia ley es un obstáculo para que ello implique una efectiva respuesta alternativa a la detención, básicamente, por dos motivos.

En primer lugar, porque la legislación se limita a ordenar la canalización y no agrega ninguna disposición que regule la forma, los plazos y las condiciones para que se concrete este mecanismo. Tampoco define cómo se asegurará la canalización inmediata en cada uno de los Estados del país, lo cual es particularmente grave si se tiene en cuenta la descentralización que caracteriza al sistema DIF y la normativa sobre protección de la infancia. En segundo lugar, porque la ley omite regular el lugar y las condiciones de la “estancia” de NNA a disposición del DIF luego de la canalización (artículo 29), pese a que, en principio, dicha estancia sería, en la mayoría de los casos, el paso siguiente a la canalización. La normativa ni siquiera hace alusión a las condiciones que deben tener los establecimientos a cargo del DIF, que no podrán ser centros cerrados —y por lo tanto, privativos de la libertad—, a diferencia de los albergues donde se aloja a algunos NNA migrantes que están a disposición del INM, tal como hemos podido corroborar en el marco de esta investigación.

En la práctica, hasta el momento el deber de canalización no ha tenido aplicación en el contexto de la frontera sur, con la excepción de NNA menores de doce años (aunque no todos, y sin que el niño o niña deje de estar a disposición del INM). Ello sin perjuicio de señalar que, por un lado, la distinción por edad que busca justificar la detención en estaciones migratorias de los mayores de 12 años, es contraria a la CDN. Y por otro, que los niños y niñas menores de esa edad están igualmente privados de su libertad en albergues del DIF, no obstante haber mediado el procedimiento de canalización.

En definitiva, sea en lugares que dependen del DIF o del INM, la normativa continúa aceptando de manera generalizada la detención, como se ha verificado extensamente en esta investigación. Esta situación contradice la protección constitucional del derecho a la libertad que comentamos a principio de este capítulo, y las excepcionales circunstancias en que

14 Acta de la Sexta Sesión de la Mesa de Diálogo Interinstitucional sobre Niños no Acompañados y Mujeres Migrantes, celebrada el 16 de julio de 2008. Allí, en el marco de la discusión sobre un eventual modelo ideal de protección a NNA no acompañados extranjeros, la entonces Subsecretaría de Población, Migración y Asuntos Religiosos señaló que ni bien el niño o niña entra en contacto con el INM, debería ser canalizado al DIF.

procede una detención sin autorización judicial (excepcionalidad que tampoco elude el contralor judicial inmediatamente posterior ni, menos aún, la vigencia de las garantías de debido proceso). De esta manera, como otros países, México mantiene un sistema de excepción que regula la privación de libertad de una forma que afecta exclusivamente a las personas migrantes respecto del resto de la población bajo su jurisdicción.

Utilizamos el concepto de *excepción* con la intención de exponer la vigencia de una política —incluyendo el marco normativo— que crea un régimen especial, de “emergencia”, con menores garantías y derechos, en detrimento de un grupo determinado. Este tipo de respuestas, contrarias a las obligaciones de derechos humanos con jerarquía constitucional en México, parciales y poco eficaces,¹⁵ caracterizan el enfoque limitado y erróneo que algunos Estados han dado al fenómeno multidimensional y estructural de la migración irregular.¹⁶

A su vez es importante señalar que la Ley de Migración no incluye disposiciones específicas sobre NNA que viajan acompañados por sus padres, o por uno de ellos, para evitar que sean detenidos con sus familias en estaciones migratorias u otros establecimientos cerrados. Sin perjuicio de la debilidad de las medidas alternativas incluidas en la normativa para el caso de NNA no acompañados, en relación con familias la ley no contempla siquiera la intervención del DIF de forma inmediata o mediata.

El principio de no detención de NNA rige tanto para quienes migran no acompañados como para quienes lo hacen junto a sus padres o tutores. En esas circunstancias, el principio de interés superior, en conjunción con el deber de garantizar el derecho a la unidad familiar, no puede conducir a la detención (*aseguramiento*) de las familias, sino por el contrario, a su ubicación en lugares especialmente destinados a la protección de las familias (UNICEF, 2012, Relator de Naciones Unidas sobre Derechos de Migrantes, 2009).

Sin embargo, la ley y el anteproyecto no regulan esta situación, lo cual indicaría que la detención de familias podría seguir implementándose. Tal como hemos verificado en esta investigación, actualmente se dispone la detención de familias migrantes, tanto en la EMSXXI como en el albergue dependiente del DIF. En ambos casos, se trata de medidas inadecuadas ya

15 Hacemos referencia a la limitada eficacia de este enfoque por varios motivos que se complementan entre sí: a) porque no se tienen en cuenta aspectos estructurales como las causas de la migración, las condiciones en países de origen y destino que empujan y atraen los movimientos migratorios, en particular los que se producen de manera irregular. Eso determina que las medidas de control y sanción no tengan mayor impacto en supuestos objetivos de reducción de la migración irregular, o no cumplan realmente una función disuasoria; b) porque no se diseñan respuestas alternativa a la irregularidad migratoria, que no consistan en mecanismos de control y sanción, y por ende se trata de reacciones parciales, acotadas, que sólo miran una pequeña porción de una imagen mucho más amplia, compleja y multidimensional, y c) porque al recurrir a mecanismos que carecen de elementales garantías de debido proceso y afectan derechos básicos, como la libertad y la igualdad, no sólo se vulnera el marco jurídico sino que se “pierden” oportunidades para comprender este fenómeno de manera integral y adecuada.

16 Sobre las políticas migratorias como “estado de excepción” permanente para la población migrante, véase, entre otros, Ceriani Cernadas (2009), De Lucas (2011), Lochak (2007) y Zamora (2005).

que no sólo significan una privación de la libertad, sino también, en ciertos casos, una separación familiar. Como se verá más adelante, cuando padres e hijos están en la estación migratoria, sólo tienen autorización para verse una hora al día. Pero la situación es aún más grave cuando los adultos varones están detenidos en la estación y sus hijos/as han sido remitidos al albergue: en estos casos el contacto es todavía más esporádico.

Por el contrario, tanto en el caso de NNA no acompañados como de niños y niñas que están con sus padres, el principio de interés superior del niño, receptado en la Constitución Política y en la Ley de Migración, debería guiar otras respuestas. A través de una clara regulación y con los recursos presupuestarios necesarios, correspondería, por ejemplo, diseñar centros abiertos destinados a “garantizar la protección de niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados” (artículo 29 de la ley). Y ello debería extenderse a las familias migrantes.

Ahora bien, es importante hacer algunas reflexiones adicionales sobre las medidas alternativas a la detención.

En primer lugar, que la canalización inmediata al DIF no debiera significar siempre la derivación de los NNA a un albergue del DIF o a algún otro centro, sino que en cada caso debería evaluarse la alternativa más adecuada. En buena medida, ello depende de una serie de circunstancias particulares de cada niño, niña o grupo familiar, y de ahí la necesidad de incluir criterios o principios que guíen la identificación de la medida más apropiada en cada ocasión.

En relación con los NNA no acompañados, el desarrollo de un procedimiento de Determinación del Interés Superior del Niño, debería incluir la evaluación por parte del DIF —y, eventualmente, de un organismo rector de la política de protección integral de la infancia—, de la medida alternativa y, si corresponde, del lugar de alojamiento más adecuado a cada persona. Eso supondría indagar también la necesidad, o no, de alojar al niño o niña en un lugar determinado, ya que en muchas ocasiones pueden ya contar con un domicilio en el marco de redes sociales, familiares o comunitarias, en condiciones que, dentro del procedimiento, sean reconocidas como adecuadas y en el interés superior del niño, considerando también el principio de autonomía progresiva.

3.3 El procedimiento de Determinación del Interés Superior: reconocimiento normativo, ausencias y desafíos

El último párrafo del artículo 74 de la Ley de Migración dispone que “en el Reglamento se establecerá el procedimiento que deberá seguirse para la determinación del interés superior de la niña, niño o adolescente migrante no acompañado”. A su vez, la disposición transitoria segunda regula que esta parte del artículo 74 entrará en vigor al aprobarse el

reglamento. Es decir, por un lado se ordena la elaboración de un procedimiento DIS, a través de la reglamentación de la ley, y por el otro se fija el inicio de su implementación en la fecha de entrada en vigencia del reglamento.

Esta cláusula del artículo 74 es importante ya que el procedimiento DIS constituye una herramienta esencial para atender el fenómeno de la niñez migrante no acompañada con base en los principios y estándares de la Convención sobre los Derechos del Niño. Ello con independencia del hecho de que el interés superior del niño, junto con otros principios de la Convención, debe guiar cualquier decisión que afecte a niños y niñas migrantes, se trate de NNA no acompañados o de NNA que están junto a sus padres.

Ahora bien, de la lectura de los artículos incluidos en el anteproyecto de reglamento (artículos 141 a 143) surgen confusiones, omisiones y errores respecto de lo que supone la determinación del interés superior del NNA en el contexto de la migración no acompañada.

Por un lado, el artículo 143 incluye algunas hipótesis específicas en las cuales se aplicaría el procedimiento DIS, tales como la solicitud de condición de refugiado o cuando el retorno podría implicar vulneración de derechos. La restricción del procedimiento DIS a supuestos determinados refleja una interpretación equivocada del sentido mismo de este tipo de procesos, dirigidos a identificar, en todos y cada uno de los casos, cuál sería la o las soluciones (inmediatas y duraderas) que podrían aplicarse para cada NNA migrante no acompañado. Y esencialmente de ese procedimiento habrían de surgir las evidencias sobre la posibilidad de tramitar una petición de asilo, sobre los riesgos de la repatriación o la necesidad de reunificación familiar en el país de origen, tránsito o destino, etc. Es decir, el procedimiento es el que debe proveer la información y la evidencia necesaria para saber qué medidas podrían adoptarse para no vulnerar derechos, y no lo contrario.

Por otra parte, se ha omitido definir ciertos aspectos importantes de un procedimiento DIS. En primer lugar, y en tanto una de las posibles soluciones es la *repatriación* o *retorno asistido* (según la terminología de la nueva ley), para que ésta se concrete no basta con localizar a familiares en el país de origen. Es preciso recoger, caso a caso, información confiable sobre las condiciones familiares y socio-ambientales, entre otros aspectos, del hogar al cual retornaría el niño o niña. Para ello resulta esencial la participación de las autoridades de origen, a través de organismos especializados para producir esa información. En segundo término, considerando las circunstancias de la migración en tránsito por México hacia Estados Unidos, debería incluirse expresamente la posibilidad de hacer gestiones para lograr la reunificación, no sólo en origen o en México, sino también en EU. El reglamento debería regular algún mecanismo para intentar dar una solución duradera a decenas de miles de NNA migrantes que están en estas circunstancias.

En distintos capítulos de este informe se abordan las múltiples consecuencias de la ausencia de un efectivo procedimiento DIS y se pone en evidencia cómo una política centrada en el objetivo de la repatriación por motivos de control migratorio —y no en la protección de la niñez—, es contraria a una actuación guiada por los principios de protección integral de la infancia. En este contexto, la ley migratoria ha dado un primer paso, aunque las propuestas de reglamentación no parecen estar debidamente adecuadas a esos principios. Incluso, parecen no haber tenido íntegramente en cuenta, al menos hasta el momento, algunas propuestas más precisas elaboradas desde la Mesa Interinstitucional sobre Niñez Migrante no Acompañada.¹⁷

3.4 Falta de garantías de debido proceso

Otra falencia grave que se observa en la ley y en los anteproyectos del reglamento según las propuestas que se conocen, se refiere a las garantías de debido proceso que se ponen en juego en estos casos. Las decisiones sobre la *detención* —en principio, excepcional— en una estación migratoria, o eventualmente en un centro cerrado del DIF, o las que disponen un *retorno asistido*, entre otras medidas que pueden impactar en los derechos de NNA migrantes, no contemplan las garantías que deben asegurarse en esos casos. Si se omite considerar estas garantías, a su vez, carece de sentido hablar genuinamente de determinación del interés superior.

Entre otras, destaca la ausencia de la figura del *tutor* de NNA migrantes no acompañados, como persona encargada de velar por la adecuación del proceso y de las decisiones que de él emanen, al principio de interés superior. También se omite una mención expresa del deber del Estado (federal y/o estatal) de brindar asistencia jurídica gratuita a los NNA migrantes no acompañados, con la asignación de recursos y la capacitación que el cumplimiento de esta obligación implique.

El derecho a un tutor y a la asistencia jurídica gratuita deben garantizarse ya sea a través de los programas del Sistema Nacional DIF y sus equivalentes a nivel estatal —por ejemplo, por medio de la Asesoría Jurídica en Materia Familiar o las Procuradurías de Defensa del Menor—, o bien a través del Instituto de Defensoría Pública. Ello sin perjuicio del rol importante que pueda desempeñar la sociedad civil, que no debería encontrar obstáculos por parte del Estado para brindar servicios de asistencia jurídica y defensa legal.

Por otra parte, las garantías deben regularse de forma tal que los NNA puedan ejercer el derecho a ser oído y a participar activamente en ese procedimiento, teniendo progresivamente mayor autonomía, participación y capacidad de decisión según su edad y

¹⁷ Ver, por ejemplo, el *Manual de Referencia para la Operación del Modelo de Protección de los Niños, Niñas y Adolescentes* (2011).

madurez. El artículo 143.VIII del anteproyecto de reglamento se limita a señalar que, en el marco de la valoración del interés superior del niño, se debe “tomar en cuenta su opinión en las decisiones que le conciernen”, pero sin explicar cómo ello contempla el derecho a ser oído y a la participación con los alcances que la Convención sobre los Derechos del Niño establece.

3.5 La continuidad de la asociación entre migración y seguridad

Las reformas normativas que comentamos no alteraron un componente medular de la política migratoria mexicana de los últimos años: la asociación entre migración y seguridad que han cuestionado muchas veces las organizaciones de la sociedad civil. En este vínculo el eje está puesto en la seguridad sin que esta decisión política haya significado un cambio de escenario en términos de seguridad ni una merma en los flujos migratorios irregulares de adultos y niños que, por el contrario, se incrementaron. Se podría afirmar que incluso puede haber contribuido a su aumento, al priorizar políticas de control y sanción frente a otras alternativas que faciliten la migración regular y la regularización migratoria, tanto en México como en Estados Unidos. Volveremos sobre este tema más adelante.

En este contexto, los programas de protección de migrantes definidos a partir de Ley de Migración, o los Grupos Beta del INM,¹⁸ resultan, cuanto menos, medidas paradójicas. Por un lado, el Instituto crea mecanismos cuyo mandato es proteger a las personas migrantes que transitan por el país hacia Estados Unidos. Esta clase de iniciativas no sólo son destacables sino cada vez más necesarias por la gravedad y la diversidad de los riesgos a los que están expuestas las personas migrantes. Sin embargo, por otro lado, la política migratoria se caracteriza por una multiplicidad de mecanismos de control y verificación a lo largo del territorio, que contribuyen a que los y las migrantes circulen en condiciones de altísima vulnerabilidad y por las rutas de mayor peligrosidad.¹⁹

En este sentido, especialistas en el tema migratorio han destacado en los últimos años que pese a la reforma normativa de 2008, la migración en México sigue siendo criminalizada, en particular a través de tres mecanismos: la detención administrativa de migrantes sin estancia regular; la existencia de retenes migratorios y operativos de control a lo largo del territorio; y el vínculo formal entre migración y seguridad nacional (INEDIM, 2011: 81; AA.VV., 2011: 15).

18 Sobre los Grupos Beta, agentes del INM dedicados a brindar asistencia humanitaria a migrantes en tránsito por el territorio mexicano, ver OIM (2011a: 74-103).

19 Esta circunstancia presenta similitudes con los cuestionamientos que se han hecho repetidamente ante Estados Unidos, debido a las medidas de control migratorio que condujeron a que el cruce de la frontera con México se realice por las zonas más peligrosas. Ello llevó, incluso, a una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (al respecto, ver CIDH, Caso *Víctor Nicolás Sánchez y otros –Operación Gatekeeper– v. Estados Unidos*, decisión del 27 de octubre de 2005).

4. La Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria: mejoras y omisiones

El 27 de enero de 2011 se publicó en el Diario Oficial de la Federación, la Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria, que representa un importante y positivo cambio en términos de marco legal en la materia. Un año más tarde, el 21 de febrero de 2012, el Poder Ejecutivo adoptó el reglamento de esta ley.

La ley garantiza, con carácter de orden público, los principios de no discriminación, interés superior del niño, no sanción por ingreso irregular, unidad familiar y no devolución (artículos 1 y 5 a 9). A su vez, prevé la adopción de las medidas necesarias para garantizar asistencia institucional a los solicitantes de asilo que requieran atención especial, incluyendo entre otras personas en situación de vulnerabilidad a los NNA (artículo 20). El artículo 44 reconoce que “en virtud de las condiciones que presentan los refugiados al salir de su país de origen respecto de los demás extranjeros, deberán recibir las mayores facilidades para el acceso a los derechos y garantías consagradas en la Constitución Política”, incluyendo derechos sociales como la educación y la salud, y el derecho a la reunificación familiar.

A su vez, la ley incluye la promoción de acciones para garantizar el derecho a solicitar asilo, como la capacitación de funcionarios migratorios y servidores públicos involucrados en la materia y la obligación de cualquier autoridad de dar aviso de manera inmediata a la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados (COMAR) cuando tuviera conocimiento de la pretensión de una persona extranjera de solicitar asilo (artículos 15, incisos IX y XIII, y 21). Además, reconoce el derecho a recibir información clara, oportuna y gratuita sobre el procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado, y sobre los derechos inherentes a la misma y los recursos previstos en la ley, y el derecho a contar con un traductor o intérprete (artículos 19 y 40).

Por su parte, el reglamento incluye un capítulo específicamente dedicado a las “Niñas, Niños y Adolescentes no acompañados”, en el que se reconoce el derecho de los NNA a presentar una solicitud de asilo, se establece que estas peticiones deben atenderse de manera prioritaria, y que se deberá determinar su interés superior (artículo 35). Además, se prescribe la necesidad de identificar alternativas de cuidado temporal y se reconoce el derecho a recibir información clara y sencilla sobre el procedimiento y la determinación del interés superior, así como a que se tomen en cuenta las opiniones de los NNA (artículo 36).

Sin embargo, tanto la ley como su reglamento presentan errores y lagunas. En primer lugar, es importante destacar que ambas normas omiten por completo la figura del tutor para NNA no acompañados, pese a que se trata de una garantía fundamental en estos casos, como ha destacado el Comité de Derechos del Niño (2005). Esta ausencia pone en riesgo el ejercicio

de otras garantías procesales, el acceso a derechos fundamentales en esas circunstancias y, en definitiva, el propio derecho al asilo.

Asimismo, ni la ley ni el reglamento —como tampoco la Ley de Migración—, prohíben la privación de libertad de NNA solicitantes de asilo, ya sea que estén no acompañados o junto a sus familiares. Por el contrario, el artículo 37 del reglamento, al referirse a la determinación del interés superior, menciona a los NNA que se encuentren en una estación migratoria. Esta ley, como la de migración, legitima entonces la presencia de NNA en esos centros de detención, en lugar de promover medidas alternativas.

El principio que exige que los NNA no deberían ser privados de su libertad por razones de índole migratoria (Comité de Derechos del Niño, 2005: § 40 – 61), es aún más firme en el caso de solicitantes de asilo. En el contexto de NNA que pueden haber escapado de situaciones de persecución en el país de origen, lo cual supone condiciones de alta vulnerabilidad, la privación de la libertad puede acentuar significativamente esa situación y por ello la prohibición de detención se encuentra reforzada en estas circunstancias.

En este aspecto, el ACNUR ha afirmado, por un lado, que los Estados no pueden recurrir a la detención automática de solicitantes de asilo y que el principio general es que las personas solicitantes de asilo no deberían estar detenidas. Más específicamente, determinó que los/as menores de 18 años que soliciten asilo no deben estar nunca privados/as de su libertad en el marco de dicho procedimiento (ACNUR, 1999, directrices 2 y 6).

Por último, en cuanto a las garantías de debido proceso, la ley se limita, en su artículo 44, a reconocer las garantías consagradas en la Constitución Política, sin precisar las que deben regir estos casos, como la de asistencia jurídica, el acceso a la justicia, o, como se señaló para el caso de NNA no acompañados, la figura del tutor. El reglamento tampoco hace alusión a estas garantías, omitiendo no sólo su reconocimiento sino, en especial, el deber de regular los aspectos y contenidos necesarios para el efectivo ejercicio de estas garantías por todas las personas que solicitan asilo o una protección complementaria, incluyendo las medidas específicas que deben implementarse en el caso de niños, niñas y adolescentes. Más adelante se describirán algunas de las consecuencias que tienen, en la práctica, las falencias que hemos identificado al analizar el marco normativo.

5. Legislación sobre protección de la infancia y adolescencia: aspectos positivos y cuestiones pendientes

En 2000 México sancionó una ley en materia de infancia,²⁰ la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, que incorporó a nivel doméstico la Convención sobre los Derechos del Niño e introdujo por ello el paradigma que reconoce a los NNA como plenos sujetos de derechos.²¹ Luego en 2011 reforzó su compromiso con la CDN a través del reconocimiento constitucional del principio del interés superior del niño y su obligatoria aplicación en todas las decisiones que conciernan a NNA, ya sea que las adopten instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos.

La ley tiene una serie de disposiciones que corresponde destacar y que se vinculan con los temas que estamos analizando.

En primer lugar, el reconocimiento del deber de protección integral de derechos, en condiciones de igualdad, a todos los niños, niñas y adolescentes (artículo 3). Esa misma disposición incluye, entre los principios rectores de esa protección, el interés superior de la infancia; la no discriminación de los NNA, sus padres, tutores o representantes legales, por ninguna razón ni circunstancia; la vida en familia como espacio primordial de desarrollo; el imperativo de una vida libre de violencia; la corresponsabilidad de los miembros de la familia, Estado y sociedad; y el principio de la tutela plena e igualitaria de los derechos humanos y de las garantías constitucionales.

Por otra parte, se reconoce a los NNA el derecho a la información (artículo 40), así como el derecho a ser oídos en los asuntos que les conciernen (artículo 41). Estos derechos así como todos los principios rectores de la ley, constituyen una base legal importante para analizar la situación de los niños y niñas migrantes, no sólo por las deficiencias de la protección de estos derechos en las normas migratorias, sino también por la falta de realización de estos derechos en las políticas y prácticas que se implementan respecto de la niñez migrante en la frontera sur.

²⁰ Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de mayo de 2000, texto vigente, última reforma publicada en el DOF el 19 de agosto de 2010.

²¹ La CDN reformuló de manera definitiva las relaciones entre la infancia y la ley. Se abandonó el concepto del niño como sujeto tutelado para adoptar el concepto del niño como sujeto de derechos, entendiéndose por tal la habilitación para demandar, actuar y proponer. Hoy se ve al niño como persona en desarrollo, con derechos y responsabilidades inherentes a todos los seres humanos. En el marco de esta nueva concepción jurídica y social se atribuyen derechos específicos a los niños y adolescentes pero no derechos especiales excluyentes. La especificidad implica reforzar los derechos otorgados a los seres humanos de cualquier edad, adecuándolos a los niños y adolescentes como sujetos en formación. Asimismo se amplían para ellos una serie de nuevos derechos que antes sólo se reconocían a los mayores de edad, por ejemplo, el derecho a la libertad de opinión, a la participación, asociación, a la seguridad social, entre otros.

A su vez, la ley de infancia, en línea con el marco constitucional, establece que los NNA no pueden ser privados arbitrariamente de su libertad y que la detención de un adolescente se llevará a cabo de conformidad con la ley y respetando las garantías de audiencia, de defensa y las procesales que reconoce la Constitución. Asimismo, fija que esa privación de la libertad sólo puede ser aplicada “siempre y cuando se haya comprobado que la persona infringió gravemente la ley penal y como último recurso, durante el periodo más breve posible, atendiendo al principio del interés superior de la infancia” (artículo 45). Aún en estos casos, la ley contempla medidas alternativas a la detención, como el “cuidado, orientación, supervisión, asesoramiento, libertad vigilada, colocación de hogares de guarda, programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación” (también artículo 45).

De lo comentado se deduce fácilmente que el marco normativo de infancia establece principios y estándares que no son reconocidos en materia migratoria. Esta contradicción se da en el plano legislativo y, con especial intensidad, en la práctica, donde la detención de NNA migrantes actúa como mecanismo automático y generalizado.

La ley de infancia establece además que para “una mejor defensa y protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes a nivel nacional, las instituciones que la Federación, el Distrito Federal, los estados y municipios establezcan, en el ámbito de sus respectivas competencias, contarán con el personal capacitado y serán instancias especializadas con funciones de autoridad para la efectiva procuración del respeto de tales derechos” (artículo 47). Esas instituciones tendrán entre sus facultades las de vigilar la observancia de las garantías constitucionales que salvaguardan sus derechos y representar legalmente los intereses de niñas, niños y adolescentes ante las autoridades judiciales o administrativas (artículo 49).

Sin embargo, en el caso de NNA migrantes, las responsabilidades atribuidas al INM y al DIF (a nivel de federal y estatal), determinan que es la autoridad migratoria la que tiene a los niños/as a su cargo, y que incluso la limitada atención que se les brinda está también mayormente a cargo de agentes migratorios, los OPI. La representación legal, por su parte, no se encuentra debidamente reconocida en la normativa migratoria y no ha tenido aplicación alguna en la práctica. Como veremos más adelante, aun cuando algunos acuerdos interinstitucionales han reconocido este deber en cabeza del DIF estatal, los NNA migrante no cuentan con esta asistencia.

Ahora bien, sin perjuicio de los aspectos positivos de la ley de infancia, y de sus contradicciones con el trato que la normativa migratoria brinda a los NNA migrantes, también se verifican problemas y desafíos en el propio campo de la legislación de infancia. En efecto, trascurridos doce años de introducción en México del paradigma de la protección integral

fijado por la Convención, sus principios rectores aún no logran traducirse en la práctica. Esto se debe, entre otras razones, a las debilidades del propio marco normativo.

Por un lado, la ley debería haberse complementado con una profunda reforma institucional, que respondiera a los derechos reconocidos en ella y en la propia Convención. En este sentido, se ha criticado que la ley no creara un organismo rector con facultades suficientes para diseñar, regir e implementar la nueva política de infancia. Por el contrario, la vaguedad en el diseño institucional esbozado en la ley deja sin definición aspectos fundamentales como la determinación de la instancia encargada de coordinar y planificar las políticas de infancia a nivel nacional (Sottoli, 2012).

Otra cuestión se vincula con las competencias de las entidades federativas. Al tener cada Estado su propia legislación sobre infancia y adolescencia, su implementación no ha respondido a un criterio que, a nivel nacional, pudiera fijar mínimos comunes que homogeneizaran la protección de la niñez en todo el territorio. Esto genera diversos problemas que impactan en los derechos de los NNA. A modo de ejemplo, en el caso de la niñez migrante en la frontera sur, ha sido el DIF Chiapas el que ha establecido, en el reglamento del Albergue, que no se recibiría a los niños varones mayores de doce años, motivo por el cual quedan detenidos en la Estación Migratoria Siglo XXI.

A la falta de armonización de los estándares de derechos de NNA entre los estados, y de articulación entre la legislación de infancia y la migratoria, se debe agregar la inadecuación de otras leyes al marco normativo de niñez. El Código Civil, por ejemplo, mantiene preceptos que responden al paradigma tutelar remplazado por la CDN. El artículo 450 del Código considera a los NNA incapaces naturales y legales, argumento que utilizó el INM para obstaculizar las entrevistas con NNA no acompañados previstas en el marco de esta investigación.

En relación con ambos temas, en 2006 el Comité de los Derechos del Niño destacó su preocupación por la circunstancia de que “la legislación nacional no esté todavía en plena armonía con la Convención, por ejemplo los códigos civiles sustantivos y de procedimiento, que no dan a los niños la oportunidad de ser escuchados por las autoridades judiciales. Asimismo, le preocupa que la aplicación de las leyes sea tan compleja debido a la estructura federal del Estado Parte, lo cual puede dar lugar a que las nuevas leyes no se lleguen a aplicar debidamente en los distintos Estados. En particular, algunas leyes como la Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, los Niños y los Adolescentes, promulgada en 2000, todavía no se ha integrado plenamente en la legislación de los Estados” (Comité CDN, México, 2006).

Para finalizar esta sección, es necesario comentar el Código de Atención a la Familia y Grupos Vulnerables para el Estado Libre y Soberano de Chiapas, aprobado en mayo de 2006.

Este código, así como la ley adoptada en el ámbito federal, contiene los principios rectores de la Convención y reconoce derechos fundamentales de NNA, como el derecho a la no discriminación, a la participación, a ser oído, a recibir información, así como a las garantías de debido proceso (artículos 66 y siguientes). El artículo 85, por su parte, reconoce al DIF Chiapas, a través de la Procuraduría de la Familia y Grupos Vulnerables, como la instancia especializada con funciones de autoridad para supervisar y hacer efectivo el respeto de estos derechos. La Procuraduría, entre sus funciones, representa legalmente los intereses de los menores de edad ante las autoridades judiciales o administrativas (artículo 86).

Sobre esta normativa estatal, al igual que en el caso anterior, cabe destacar su contradicción, en términos de derechos y garantías, con las políticas y prácticas que se implementan respecto de los niños y niñas migrantes que son detenidos en la EMSXXI y luego repatriados a sus países de origen.

6. Marco normativo regional: visibilidad de la niñez migrante, ausencia de mecanismos de protección integral y de garantías de debido proceso

En los últimos años México ha tenido un rol activo en la promoción y firma de acuerdos bilaterales y regionales en materia de niñez migrante. Entre otros cabe mencionar el memorándum regional firmado con El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua, para la repatriación digna, ordenada, ágil y segura de migrantes,²² que incluían cláusulas específicas sobre grupos en situación vulnerable, entre ellos, los niños y niñas. En anexos bilaterales firmados por separado con cada uno de esos países, se agregaron disposiciones especiales para el caso de repatriación de niños/as no acompañados.

Asimismo, el 9 de julio de 2009, en la IX Conferencia Regional de Migración (CRM), celebrada en Guatemala, los Estados parte de la CRM aprobaron los Lineamientos Regionales para la Atención de Niños, Niñas y Adolescentes no Acompañados en Casos de Repatriación. En sus fundamentos, se señala que los países “darán prioridad a las medidas necesarias para brindar la atención requerida durante el proceso de repatriación para garantizar que ésta sea de manera legal, ágil, digna, segura y ordenada respetando sus derechos humanos, tomando en cuenta siempre su interés superior, edad, género, etnia, religión, origen socio-económico y cultural [...] Estos Lineamientos reconocen la existencia de diferentes principios, dentro de los cuales se destacan el principio del interés superior del niño, niña y adolescente migrantes no acompañados, el de reunificación familiar y el respeto de sus derechos humanos”.

22 Memorándum de entendimiento entre los gobiernos de los Estados Unidos Mexicanos, de la República de El Salvador, de la República de Guatemala, de la República de Honduras y de la República de Nicaragua, para la repatriación digna, ordenada, ágil y segura de nacionales centroamericanos migrantes vía terrestre, firmado el 5 de mayo de 2006.

En cuanto al rol del representante consular, los lineamientos establecen que “deberá iniciar el proceso de identificación y documentación del niño, niña o adolescente migrante no acompañado oportunamente”, y que “brindará protección y asistencia consular y coadyuvará a la realización de la repatriación” (§7). Más adelante comentaremos las considerables diferencias que se verifican en la práctica cotidiana de esta asistencia. Luego disponen que cuando “el país que protege considere que la repatriación conlleva riesgos para el niño, niña o adolescente migrante no acompañado ofrecerá alternativas jurídicas y/o humanitarias temporales o permanentes a la repatriación, de conformidad con lo establecido en el derecho internacional y la legislación nacional de cada país” (§10).

Sin perjuicio de lo establecido en el punto 10 de los Lineamientos y en otras cláusulas que mencionan el principio de interés superior del niño y la necesidad de su protección, estos acuerdos bilaterales y regionales se caracterizan por priorizar la eficacia y la celeridad de la gestión administrativa de la repatriación —objetivos que en la práctica además no cumple, tal como comprobamos en muchos casos en la EMSXXI—. Estos convenios prácticamente no contienen disposiciones expresas sobre derechos y garantías específicas que deben asegurarse antes, durante y después de la repatriación. La omisión es más evidente si se trata de cláusulas operativas dirigidas a garantizar el ejercicio de derechos o principios explícitamente incluidos, como el principio de interés superior del niño.

La ausencia de salvaguardas de derechos y garantías durante todo el proceso de repatriación en mecanismos bilaterales y regionales, también se verifica en relación con la situación de NNA mexicanos que son repatriados desde Estados Unidos de América. Un informe sobre la niñez en la frontera norte del país ha destacado que la comunicación entre oficiales de EU y México están orientadas hacia una repatriación que satisfaga los intereses de los dos gobiernos, y no hacia garantizar el interés superior del niño (Appleseed, 2011: 16).

En este sentido, se ha puntualizado que la “prioridad y énfasis que le da México a la pronta reunificación familiar falla en tomar en cuenta el interés superior del menor de edad. Después de la repatriación, el DIF procura la reunificación familiar de los NNA migrantes no acompañados tan pronto como sea posible, sin llevar a cabo un cuidadoso análisis para estipular si la reunificación se hace conforme al interés superior del mismo. Como resultado, los niños que han huido de condiciones de explotación o abuso pueden encontrarse de regreso, con las mismas circunstancias que los obligaron a migrar a través de la frontera” (Appleseed, 2011:19).

Lo mismo puede señalarse en relación con la repatriación de NNA desde México hacia los países centroamericanos. Como se explica en otras secciones de este informe, así como en reportes de otras investigaciones (Caballeros, 2011; Casa Alianza, 2012), ni las políticas

públicas existentes en México ni las adoptadas por los países de origen de los NNA que son repatriados, aseguran que las repatriaciones se decidan una vez que se tienen las evidencias que acreditan que ello será en el interés superior del niño. Como aquí se destacó, los acuerdos internacionales firmados entre los países no han aportado herramientas ni mecanismos concretos a tal fin, priorizando en cambio la eficacia de la gestión administrativa de la repatriación.

CAPÍTULO 5.

TRANSPARENCIA Y POLÍTICAS DE ACCESO A LA INFORMACIÓN SOBRE MIGRACIÓN E INFANCIA

1. Introducción

La política de transparencia, acceso y difusión de información en México presenta algunos rasgos particulares. Por un lado, es posible señalar que ha desarrollado uno de los sistemas de acceso a información pública más avanzados en la región, a través del Instituto Federal de Acceso a la Información (IFAI).¹ Sin embargo, en algunas ocasiones esta política de apertura y transparencia ve reducido su impacto a partir de prácticas que generan obstáculos para acceder a cierta clase de información.

Este escenario contradictorio se verifica con especial intensidad en el ámbito de las políticas migratorias, y específicamente en lo relativo a la situación de niños, niñas y adolescentes migrantes. En el transcurso del trabajo de campo nos hemos encontrado con diferentes trabas para acceder a datos y documentación pública sobre la situación de los NNA migrantes. Este capítulo busca ilustrar las gestiones realizadas por las organizaciones involucradas en esta investigación para conocer aquella información disponible en manos del Estado sobre la situación de los NNA detenidos en la Estación Migratoria del Siglo XXI (EMSXXI) y el Albergue del DIF Chiapas en Tapachula.

En este capítulo también se aborda una cuestión que complementa el análisis sobre la información pública en este tema. Nos referimos a la falta de sistematización y producción de valiosos datos cuantitativos y cualitativos sobre la niñez migrante —en particular, en el contexto de la frontera sur—, premisa necesaria para la elaboración informada y adecuada de políticas y mecanismos eficaces y legítimos, es decir, ajustados a los estándares internacionales y nacionales de derechos humanos, que deben guiar el trato a esos niños, niñas y adolescentes.

El capítulo está dividido en dos secciones. En la primera haremos hincapié en las ausencias detectadas en la producción de información por parte de los organismos públicos que participan en la implementación de las políticas en materia de NNA migrantes. También destacaremos la vinculación entre la falta de esta información y las limitaciones de las políticas

¹ La Relatoría para la Libertad de Expresión de la CIDH (2011) destacó que “el IFAI ha jugado un papel ejemplar en la protección del derecho de acceso a la información de los individuos y en el desarrollo de una cultura de transparencia de las instituciones públicas de la administración pública federal”.

vinculadas a ella, cuyo foco está más centrado en objetivos de control migratorio antes que en la protección integral de la infancia.

En la segunda parte se abordarán los obstáculos encontrados durante la investigación en el acceso a la información. En relación con ello, se subrayará la incidencia de la agenda de seguridad nacional en algunas de esas trabas. El sesgo securitario de la política migratoria impacta en el tratamiento de la niñez migrante, y puntualmente en la denegación de cierta información de manera discrecional, bajo la supuesta necesidad de garantizar la seguridad nacional.

Otro aspecto que destacaremos es el uso interesado del discurso proteccionista frente a la vulnerabilidad de los NNA y el rol que le cabe al Estado ante esa situación. La obligación reforzada de garantía y protección estatal que demanda la infancia, se invoca para restringir el acceso a datos y documentación sobre la situación de NNA migrantes detenidos. A la par, se deniega el ingreso a los módulos donde se encuentran detenidos los niños con el declarado objetivo de proteger de sus derechos, cuando es justamente su condición de privación de libertad la que los vuelve más vulnerables.

Finalmente, esta falta de acceso a la información se verifica también en los propios procedimientos de detención y repatriación que se aplican a NNA. Los niños y niñas detenidos no tienen acceso al expediente y desconocen, en la mayoría de los casos, el proceso al que son cometidos, el estado en que se encuentra su caso, las posibles alternativas del procedimiento y los fundamentos que determinan las decisiones que se aplican.

Veremos a lo largo de este capítulo que en México persiste un problema estructural con respecto a la transparencia y el acceso, difusión y producción de información pública en materia de infancia y migración. Los principios de transparencia y publicidad ceden ante las agendas de seguridad y se pone la mirada de las migraciones en la salvaguarda de la soberanía del Estado por encima del respeto, protección y garantía de los derechos humanos de los migrantes. El Estado carece de un sistema de documentación y sistematización de datos y estadísticas, y esto redundará en perjuicio de los migrantes, pues sin un diagnóstico de situación informado y anclado en la realidad, resulta imposible pensar en una política pública seria y efectiva. Se trabaja sobre paradigmas y fórmulas teóricas en lugar de operar sobre la realidad.

Aun cuando el nuevo marco normativo y algunas iniciativas concretas hayan incluido paulatinamente el enfoque de derechos, la falta de producción de información, así como los obstáculos para acceder a ella o para monitorear la realidad cotidiana de los NNA migrantes bajo custodia del INM, dan cuenta de los desafíos pendientes en cuanto a una incorporación profunda e integral de los principios, derechos y garantías que emanan de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) y de otros tratados internacionales de derechos humanos.

También destacaremos que además de carecer de políticas específicas y coordinadas de producción y análisis de la información necesaria para ajustar a la CDN las respuestas al fenómeno de la niñez migrante, el Estado desaprovecha oportunidades de producir información que existen aún en el marco de prácticas inadecuadas como la detención y repatriación sistemática de NNA migrantes. Una política articulada entre las agencias que intervienen en el proceso migratorio debería proponerse generar un cúmulo de información integral, diversa y complementaria, que permita ajustar las políticas y las prácticas a los estándares internacionales en materia de derechos de NNA migrantes pero también a las necesidades concretas de quienes a tan corta edad han abandonado sus entornos de origen con la expectativa de una vida mejor.

El otro aspecto central está en los mecanismos de difusión y acceso a la información que se produce, en la transparencia con que se diseñan e implementan las políticas dirigidas a atender el fenómeno de la niñez migrante. Facilitar el acceso a esta información, en modalidades que exceden los canales formales establecidos a través del IFAI e incluyen, entre otras, el ingreso a las estaciones migratorias y el derecho a la información de los NNA en los procedimientos que los afectan, podría contribuir sustancialmente a la discusión sobre las políticas más adecuadas, eficaces y legítimas respecto de los NNA migrantes.

En este contexto, el rol de la sociedad civil es clave. A partir de mecanismos reales de acceso a la información, las organizaciones de la sociedad civil pueden hacer aportes productivos en el abordaje de la situación de los NNA migrantes. Pueden instituirse como contraparte para la optimización de mecanismos y procesos respetuosos de los derechos de los NNA que redunden en su interés superior. En modo alguno es posible postular, como en ocasiones han sugerido algunos organismos estatales para restringir la actuación de la sociedad civil, que estas intervenciones pueden provocar una revictimización de los NNA migrantes. Al acceder a la información, a su vez, la sociedad civil puede ser un actor esencial en la elaboración de diagnósticos que permitan identificar prácticas adecuadas, corregir errores, evaluar y rediseñar estrategias y políticas públicas que de manera efectiva garanticen los derechos de la infancia y la adolescencia migrante.

2. La producción de información sobre NNA migrantes: una deuda pendiente

En 2002, la Relatoría de Trabajadores Migratorios de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos destacó que “dada su triple condición de país emisor, receptor y de tránsito de migrantes, así como por el enorme volumen de personas involucrado, el fenómeno migratorio tiene una importancia significativa en el desarrollo político, social y económico de México y de la región” (CIDH, 2002). En este contexto, la información, su acopio y

sistematización constituyen un pilar básico para la elaboración de una política seria, integral, capaz de abordar las múltiples aristas de las migraciones en México, incluyendo el creciente fenómeno de NNA migrantes.

La información en manos del propio Estado cobra especial relevancia a los efectos de diseñar una política migratoria acorde con las demandas, dinámicas y flujos de la migración en México. Así, por ejemplo, poder conocer el universo de NNA que cruzan la frontera, las condiciones en las cuales ingresan, las causas que los llevan a abandonar sus países de origen, así como el impacto de las políticas que se implementan para responder al flujos de niños y niñas migrantes, entre otros aspectos, es vital para diseñar mecanismos adecuados a la obligación de garantizar los derechos de la niñez y evaluar las prácticas existentes.

Asimismo, la información constituye un insumo fundamental para el conocimiento del estado de situación y para la consecuente toma de decisiones informadas para la formulación y diseño de políticas públicas. En este sentido, para concretar el diseño y planificación de políticas públicas adecuadas que tengan en miras garantizar y optimizar la implementación de los derechos consagrados por las normas constitucionales e internacionales, resulta esencial contar con un sistema de base de datos documentado, así como con estadísticas e información cuantitativa y cualitativa, que permita identificar avances, dificultades y oportunidades en las distintas regiones del país. Ello presupone que un Estado cuente con datos confiables y desagregados capaces de ofrecer un diagnóstico de situación sobre el cual trabajar a través de la implementación de medidas y políticas, y brindar así respuestas adecuadas y sobre todo duraderas.

La producción de información debidamente desagregada, que incorpore una perspectiva de derechos, se impone como una herramienta fundamental para el diagnóstico de la situación migratoria en México. En línea con ello, el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, en sus Observaciones Finales sobre México (2011:§ 17-18), exhortó recientemente al Estado “a adoptar las medidas necesarias para establecer un sistema nacional de información sobre migraciones con el fin de obtener una mejor caracterización de los flujos migratorios y un mejor diseño de políticas públicas”. Asimismo, instó al Estado a recopilar información y estadísticas desagregadas por sexo, edad, nacionalidad y motivos de ingreso, tránsito y salida del país de personas migrantes. El Comité entendió que el acceso y difusión, pero también la producción de información a cargo del Estado y sus agencias, es una herramienta fundamental para la planificación, diseño e implementación de políticas públicas destinadas a erradicar situaciones estructurales de violación de derechos fundamentales.

Por lo que hemos advertido a lo largo de la investigación, existe un importante déficit de producción, generación y sistematización de información cuantitativa y cualitativa sobre la niñez migrante que habita o transita por el territorio mexicano, en particular de aquella en situación migratoria irregular. Hemos consultado diferentes registros y una amplia diversidad de fuentes de información y se ha analizado la información disponible en las páginas oficiales de numerosos organismos públicos. Asimismo, se realizaron más de cincuenta pedidos de información a través del Instituto Federal de Acceso a la Información, dirigidos al Instituto Nacional de Migración (INM), al Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF), y el DIF del Estado de Chiapas y la ciudad de Tapachula. Sin embargo, del análisis de la documentación recolectada se desprende un diagnóstico preocupante en lo relativo a la producción de información sobre NNA migrantes.

En términos de producción oficial de información, en el marco de una política pública dirigida a tal fin, existe una laguna grave en cuestiones como las diversas causas, circunstancias y características de las migraciones de NNA migrantes que son objeto de medidas de detención y repatriación. Aun cuando anualmente miles de estos niños y niñas están temporalmente bajo la autoridad del Estado (INM, DIF y otros organismos), los únicos datos sistemáticamente producidos son las estadísticas del Instituto Nacional de Migración sobre la cantidad de NNA detenidos en las estaciones migratorias y el número de repatriados a sus países de origen.

En el contexto de la aplicación de esas medidas, los NNA migrantes están en contacto con diversas áreas del INM —entre ellas, los Oficiales de Protección a la Infancia (OPI)—, con representantes del DIF —en particular, en el interior de los Módulos de Atención para Menores Migrantes en las Estaciones Migratorias (MAEM)— y con otras agencias públicas, como la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados (COMAR) y la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH). También, en la mayoría de los casos, con los representantes consulares de sus países de origen. Sin embargo, se desaprovechan sistemáticamente estas valiosas oportunidades para producir información que sea luego sistematizada y analizada por las autoridades competentes.

Las distintas agencias intervinientes en los ámbitos de la migración y la infancia, en el mejor de los casos, acumulan cierta información aunque de manera independiente y desarticulada, y condicionadas por la prioridad de la política migratoria sobre la de infancia, como ya se ha señalado. A su vez, esa información no es sistematizada ni analizada con posterioridad. Los NNA migrantes, desde su interceptación y durante la situación de detención en una estación migratoria o en un albergue del DIF, son objeto de diversas entrevistas. Una de ellas es la que realiza los OPI.

Los OPI tienen entre sus responsabilidades la de entrevistar a todos los NNA migrantes que son detenidos en las estaciones migratorias y en los albergues del DIF. Pese a ello, esas entrevistas están dirigidas a dos objetivos. En primer lugar, identificar ciertos riesgos o vulnerabilidades que pudieran derivar en la aplicación de alguna medida de protección. En segundo lugar, recabar la información necesaria (identidad, nacionalidad, etc.) para llevar a cabo exitosamente la repatriación, siendo éste el objetivo prioritario de la intervención.

Con relación a la identificación de los riesgos que podrían recaer en los NNA, como surge de la información colectada en esta investigación, en la práctica cotidiana de la EMSXXI esta meta es realmente difícil de alcanzar debido a la insuficiencia de personal para llevar a cabo la tarea, especialmente en aquellos días en los que hay una gran cantidad de NNA detenidos en la estación. Asimismo, las limitaciones del rol y capacidad de incidencia de los OPI en relación con la decisión de repatriación, merma el impacto de su función.

A su vez, las entrevistas realizadas por los OPI no son posteriormente examinadas exhaustiva y sistemáticamente a fin de que la información recabada pueda derivar en insumos valiosos para la elaboración de políticas adecuadas. A modo de ejemplo, de las miles de entrevistas que se realizan anualmente podría extraerse información sobre cuestiones tan importantes como las siguientes: causas de la migración de NNA desagregadas por edad, sexo y lugar de origen; necesidad de respuestas para facilitar la reunificación familiar con padre y/o madre residentes en Estados Unidos de América (EU); deficiencias y medidas pendientes en la lucha contra la trata y explotación laboral y sexual de NNA migrantes; formas y lugares de mayores riesgos y abusos en su tránsito por México, así como los factores que contribuyen a ello; e impacto de la detención en estaciones migratorias o albergues en diferentes aspectos de la vida y el desarrollo de esos niños y niñas, entre otros en su salud psíquica y emocional.

De igual manera, la vinculación del DIF con los NNA migrantes que son detenidos en la EMSXXI y el Albergue, tampoco está siendo aprovechada para la producción de información de enorme valor. Bien a partir de las (pocas) horas en las que representantes del DIF están en contacto con adolescentes que asisten al Módulo de Atención ubicado en la EMSXXI, o bien durante su presencia en el Albergue estatal, el DIF podría desarrollar una serie de protocolos dirigidos a relevar —y luego sistematizar— información que le permitan evaluar, entre otras cuestiones, los temas señalados en el párrafo precedente, desde la perspectiva específica del mandato de protección que tiene el Sistema DIF, aún con las limitaciones institucionales señaladas en el Capítulo 3 de este informe.

Sin embargo, como en el caso de los OPI, el DIF no produce esta información y tampoco hemos podido identificar alguna clase de mecanismo, protocolo o práctica encaminada a recolectarla. Asimismo, es importante subrayar que desde el DIF Chiapas nos manifestaron que

no cuentan con ninguna investigación o estudio realizado en los últimos años sobre ese tema,² lo cual es razonable ante la ausencia de acciones específicamente dirigidas a producir esa información. Lo mismo fue respondido con otras agencias consultadas sobre este punto vía el sistema IFAI.

Es indudable que la información, sobre estos y otros temas, que podría derivarse de cada una de las entrevistas, contribuiría significativamente a repensar las políticas existentes, reformarlas o mejorarlas, según cada caso. De esta manera, la elaboración de una base de datos que incluyera las violaciones a los derechos de los migrantes que se cometen en los procedimientos migratorios, sería una fuente de indudable valor para tomar medidas concretas para contrarrestar estas conductas y para revisar las prácticas y políticas que contribuyen directa e indirectamente a esas violaciones.

Esta información podría aportar, entre otros aspectos, a un replanteo de las estrategias y diálogos políticos bilaterales de México con los países de origen y destino. Un claro ejemplo de ello sería el caso de Estados Unidos, considerando la íntima vinculación entre las políticas allí implementadas y el significativo flujo de migrantes que se produce en la frontera sur de México, incluyendo la migración de niños, niñas y adolescentes. México podría establecer acuerdos vinculados con políticas de reunificación familiar o de regularización de migrantes si se tuviera un diagnóstico preciso y dimensionado sobre el fenómeno migratorio en la región.

Ahora bien, en tanto las prioridades de la política migratoria no estén determinadas por las obligaciones de protección integral de la infancia, los lineamientos de producción de información van a estar lógicamente condicionados e influenciados por otros objetivos. En consecuencia, la elevada complejidad del fenómeno de la niñez migrante, y la diversidad de desafíos, vulnerabilidades y necesidades que se evidencian en cada caso, se ve simplificada e invisibilizada, también, en la acotada información producida por el Estado.

2.1 Falta de coordinación interinstitucional en la producción de información sobre niñez migrante

Un abordaje comprehensivo de la migración en México que tenga en miras diseñar e implementar una política integral de protección de la infancia y adolescencia migrante, exige como premisa ineludible una sistematización integrada y ordenada de la información. Para ello, resulta indispensable diseñar programas interinstitucionales específicamente encomendados a recabar y analizar la información, a efectos de contar con una base de datos unificada que incorpore información de las distintas agencias y en todos los niveles del Estado

² Unidad de Enlace, Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Estado de Chiapas, Solicitud Número 2963, Expediente Numero 13/2011, 21 de Julio de 2011.

(federal, estatal, municipal), de manera de contar con un diagnóstico sobre la migración de NNA. Este aspecto fue específicamente subrayado por el Comité de Derechos de los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (2011, §19-20).

Por su parte, al referirse a la información a producir sobre NNA migrantes no acompañados, el Comité de los Derechos del Niño notó que con frecuencia la recolección de datos y de estadísticas se encuentra a cargo de diferentes agencias gubernamentales u organismos, lo cual puede dificultar su análisis. Por lo tanto, recalcó que un presupuesto de la articulación de políticas eficaces para el ejercicio de derechos de NNA, consiste en el desarrollo de un sistema detallado e integrado de acopio de datos sobre estos NNA (2005: §98-99).

Sin embargo, al problema de la falta de producción de datos cuantitativos y cualitativos por parte de diversas agencias estatales vinculadas a la niñez migrante, se agrega el hecho que estas instituciones no dialogan para unificar criterios en la recolección de datos, para compartirlos o cruzarlos, o bien para reunir, en una única base, la limitada información colectada a los efectos de diseñar de manera conjunta una política integral.

La información permanece dispersa en los distintos órganos que intervienen en diversas instancias vinculadas con la niñez migrante y no se entrecruzan datos ni se cotejan estadísticas. Lamentablemente, esa política de producción articulada y complementaria de información no se ha diseñado hasta el momento. Ni siquiera se ha alcanzado la unificación de las bases de datos existentes en el ámbito del INM, la Secretaría de Relaciones Exteriores (SRE) y el DIF, tal como había anunciado el Gobierno años atrás.

De acuerdo con la estructura institucional de México, esta articulación interinstitucional de información debería estar bajo la coordinación del DIF Nacional —y eventualmente, de un futuro órgano rector de la política de infancia—, complementada y articulada con los DIF estatales y locales. En virtud de las funciones de cada uno de los organismos competentes que intervienen en materia migratoria y de infancia, ineludiblemente esta coordinación debería contar con la participación de diversos organismos públicos (el INM, la SRE, la Secretaría de Desarrollo Social -SEDESOL-, la Fiscalía Especial para los Delitos de Violencia contra las Mujeres y Trata de Personas -FEVIMTRA-, el poder judicial, la comisión nacional y comisiones estatales de derechos humanos, entre otros), a fin de asegurar la recolección y sistematización conjunta e integral de la información.

Por último, es preciso señalar que esta falta de articulación también se ha verificado en otras investigaciones relativas a NNA migrantes mexicanos repatriados desde Estados Unidos. Al respecto, se ha destacado que el DIF, como la agencia que actualmente debería tener la mayor responsabilidad para la protección y reintegración de los NNA repatriados, carece de información recolectada por el INM y la SRE que pudiera, en un momento dado, proveer de

recursos importantes para la reunificación exitosa y la protección de los niños, niñas y adolescentes (Appleseed 2011).

2.2 La evolución de la política migratoria: un sistema de indicadores de progreso

La importancia de contar con un sistema eficaz de reunión y producción de datos, responde también a otra necesidad: la de valorar los progresos realizados en la implementación de la política migratoria y de infancia. Así, por ejemplo, para determinar los problemas existentes, para corregir las medidas adoptadas o fortalecer las iniciativas propuestas y conocer la evolución de las políticas en estos temas, la producción de datos resulta fundamental.

Sobre este punto, merece destacarse la relevancia de la elaboración de indicadores para examinar en qué medida los Estados están cumpliendo con sus obligaciones de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos (Comité de Derechos del Niño, 2003: § 45, 48). Esta evaluación, en palabras del Comité, requiere la elaboración de indicadores sobre todos los derechos garantizados por la Convención sobre los Derechos del Niño.

Sirven, asimismo, para medir el grado en que estos derechos, contemplados en instrumentos internacionales y normativas internas de los Estados, son de cumplimiento efectivo. También a la hora de evaluar si las medidas adoptadas por los Estados son suficientes y cumplen con el fin primordial para el cual han sido diseñadas. O si, por el contrario, habiendo arrojado resultados positivos, es oportuno insistir en ellas o fortalecerlas. A su vez permiten identificar los vacíos en donde el Estado no está interviniendo, o lo hace de manera deficiente. Pero además los indicadores tienen la ventaja de medir, en el tiempo, la evolución del cumplimiento de esos derechos, esto es, permiten identificar no sólo la situación actual sino comparar los avances y esfuerzos de los Estados a partir de la medición en un plazo determinado de tiempo.

Estas reflexiones son plenamente aplicables para la situación de los niños, niñas y adolescentes migrantes, y especialmente relevantes en el contexto mexicano. A título meramente ilustrativo y no exhaustivo, los indicadores podrían contemplar, por ejemplo, información vinculada con las medidas adoptadas con base en el interés superior del niño, las decisiones que derivaron en una devolución o en una decisión diferente —como la reunificación familiar en México o EU—; el impacto de la separación familiar y la ausencia de respuestas alternativas a la irregularidad migratoria; la aplicación de medidas de protección que no impliquen la privación de libertad de NNA y familias migrantes; los índices de acceso efectivo a la justicia y ejercicio de garantías básicas de debido proceso; las condiciones de los

centros creados para la protección de NNA migrantes no acompañados y familias migrantes, etc.

Sin embargo, la falta de políticas de producción de información sobre NNA migrantes, en particular desde un enfoque de derechos y con mirar a asegurar su protección integral, ha impedido la elaboración de esta clase de indicadores. Las únicas mediciones que se realizan de manera sistemáticas, como ya se señaló, se refieren al número de NNA que son detenidos y repatriados. No hay otra variable cuantitativa ni cualitativa que permita hacer una evaluación de la situación de la niñez migrante en México. Este escenario se agrava como consecuencia de prácticas que obstaculizan el acceso a la información por parte de la sociedad en general y de organizaciones de la sociedad civil que trabajan en estas temáticas.

3. Ausencia de transparencia y trabas en el acceso a la información

A lo largo de la investigación hemos encontrado importantes obstáculos en lo que respecta al acceso a la información y la falta de transparencia que atraviesa la política migratoria y de infancia en México. En esta sección describiremos algunos de estos inconvenientes, los factores que los determinaron y los impactos que esas situaciones pueden generar en materia de derechos de NNA migrantes.

3.1 Prohibido pasar: los obstáculos en el ingreso a los centros de detención

Uno de los primeros obstáculos se presentó en la tramitación del permiso de ingreso a la EMSXXI y la autorización para realizar entrevistas con los NNA allí detenidos. En general el INM actúa con amplia discrecionalidad en cuanto a las autorizaciones a instituciones sociales para el ingreso a las estaciones migratorias y las condiciones que impone para habilitar dicho acceso.

Después de varios meses de intercambio epistolar y reuniones entre el INM, el Fray Matías y el CDHUNLa, a mediados de 2011 se nos brindó el permiso para ingresar a la EMSXXI. Sin embargo, esa autorización estaba condicionada a una serie de requisitos que obstruían sustancialmente la realización de las entrevistas con NNA migrantes. Nos referiremos a estas condiciones en el punto siguiente.

Mientras tanto, y como consecuencia de su trabajo general con población migrante —que excede esta investigación— en agosto de 2011 el CDH Fray Matías fue autorizado a realizar visitas a esa estación. La autorización indicaba que ese permiso se otorgaba con el fin de “realizar únicamente actividades de información y promoción de los derechos humanos de

los migrantes”.³ El pedido efectuado por el Fray Matías incluía, además, la realización de actividades de monitoreo, asesoramiento legal y defensa de derechos de la población migrante allí detenida.

A pesar de estas limitaciones, el Fray Matías logró ingresar al centro de detención, y entre agosto y diciembre de 2011 fue posible acceder al Módulo DIF ubicado en la EMSXXI, dos días a la semana, para realizar las actividades autorizadas. Y es en ese limitado escenario en el cual, a través de iniciativas de difusión de derechos, se pudo ir recolectando periódicamente información sobre la situación de numerosos adolescentes migrantes detenidos en la estación, a través de conversaciones informales. Asimismo, el ingreso al área de mujeres permitió relevar cierta información sobre niños y niñas detenidos allí junto a sus madres. Sin embargo, no fue posible el acceso a otros lugares en los cuales transcurre la mayor parte del día para los adolescentes migrantes, como el comedor o las habitaciones.

Estas limitaciones se acentuaron a los pocos meses. Tras un cambio de autoridades en la EMSXXI, se prohibió el acceso al MAEM y a cualquier otra área donde se encuentra la población. No obtuvimos explicación alguna sobre los motivos que llevaron a este cambio, lo que nos impidió conocer los objetivos supuestamente legítimos que estarían atrás de esa decisión. La prohibición del INM para el ingreso al Módulo DIF es otro indicador de la ya señalada primacía de la política migratoria. La decisión fue adoptada por el INM sin consulta previa con el DIF, como pudimos comprobar en una reunión mantenida con las áreas que coordinan el trabajo del Sistema Nacional DIF en las estaciones migratorias.⁴

Ante estos cambios, el trabajo realizado con NNA estuvo limitado a reuniones que tuvieron lugar en oficinas de personal medio del INM y en presencia de alguna autoridad. En este contexto, la falta de coordinación para la asignación de un área de trabajo, así como las constantes interrupciones en la oficina utilizada, y la presencia de agentes del INM, no sólo dilataron el trabajo sino que implicaron un obstáculo sustancial. Ello condujo prácticamente a suspender conversaciones con cierta profundidad con NNA, y a desarrollar únicamente diálogos muy breves, y, en especial, acciones de difusión de derechos.

A esta situación se sumó la comunicación recibida por el CDH Fray Matías en marzo de 2012. En respuesta a su solicitud para que el INM facilitara la asignación de un espacio apropiado al interior de la EMSXXI para poder realizar su trabajo, el INM respondió que de conformidad con las Normas para el funcionamiento de la estaciones migratorias: “queda

³ En la solicitud para ingresar a la EMSXXI, el CDH Fray Matías había pedido el ingreso para actividades de difusión y formación en derechos, así como también para el asesoramiento legal y la defensa de los derechos humanos de la población migrante allí detenida.

⁴ Reunión realizada entre la Unidad del DIF de atención a población vulnerable, el CDHUNLa y el CDH Fray Matías, en las oficinas del Sistema Nacional DIF en la ciudad de México, el 24 de enero de 2012.

prohibido el ingreso a personas ajenas al Instituto a las áreas donde se encuentran los detenidos con excepción de la CNDH y los representantes”.⁵

Lamentablemente, estos obstáculos no constituyen situaciones aisladas y tampoco casuales, sino que responden a estructuras instaladas en la burocracia estatal de aislamiento de los migrantes, pues en anteriores oportunidades se han verificado situaciones similares.⁶

3.2 Prohibido hablar: obstáculos para realizar entrevistas con los NNA

En el marco de las gestiones dirigidas a lograr la autorización para realizar entrevistas con NNA detenidos en la EMSXXI y el Albergue del DIF Chiapas, el INM informó que para otorgar dicho permiso, debían cumplirse las siguientes condiciones: a) autorización de los padres o tutores y, en el caso de NNA no acompañados, de sus representantes consulares; b) envío anticipado del cuestionario a realizar; y c) presencia de los OPI durante las entrevistas.

La exigencia de estos requisitos dio lugar a un intercambio de cartas, conversaciones telefónicas y por videoconferencia, así como a una reunión llevada a cabo en la EMSXXI el 16 de agosto de 2011, en donde se expusieron los diferentes argumentos a favor y en contra de estas condiciones. En lo que respecta al modelo de entrevista a realizar, finalmente acordamos enviar el cuestionario al INM, una vez que se garantizó que ello no condicionaría en forma alguna el posible diálogo o restringiría la libertad con que los NNA pudieran responder las preguntas.

En cuanto a la presencia de un/a OPI durante la entrevista, manifestamos que ello sólo debía suceder en caso de que el NNA expresara su conformidad al respecto. De lo contrario, y atento a que esa presencia no estaba prevista en la Circular 001/2010 del INM sobre niños y niñas no acompañados (contra lo señalado por el INM en su oficio), debía respetarse la decisión del NNA de poder mantener una entrevista sin la presencia de un agente del INM, aun tratándose de alguien con conocimiento en materia de protección a la infancia.

En relación con la autorización de los padres en casos de NNA acompañados, acordamos sobre su pertinencia, pero siempre que se tuviera en cuenta la edad y el grado de madurez de cada niño. En el caso de los adolescentes detenidos junto a sus padres, la voluntad del niño o niña podría ser suficiente para realizar una entrevista con independencia de la opinión de sus padres, en aplicación del principio de autonomía progresiva que emana de la Convención sobre los Derechos del Niño.⁷

⁵ INM, Oficio no. INM/CCVM.0253/2012, de fecha 6 de marzo de 2012.

⁶ Ver a este respecto, el informe publicado por I(dh)eas (2011: 106-108).

⁷ Ello surge nitidamente del llamado principio de autonomía progresiva del NNA, basado en el artículo 5 de la CDN: “Los Estados parte respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras

Sorteados relativamente estos obstáculos, el desacuerdo mayor, y que no se ha podido saldar, ha sido el de la exigencia de una autorización consular para entrevistar a NNA migrantes no acompañados. Según el INM, este consentimiento debe ser brindado por escrito e individualizado caso a caso, ya que los agentes consulares serían, de acuerdo con su criterio, los representantes legales o tutores de los NNA no acompañados. Entre sus alegaciones, el INM destacó la “incapacidad natural y legal” de los menores de 18 años según el Código Civil mexicano,⁸ y la necesidad de evitar la revictimización de los NNA migrantes que se encuentran en una situación vulnerable.

Frente a ello, presentamos diversos argumentos sobre el derecho de los NNA a ser oídos y a expresarse libremente; la errónea interpretación que se efectuaba de la función de asistencia consular; el derecho de los NNA no acompañados a un tutor y a la asistencia jurídica; las garantías fundamentales de debido proceso; el derecho a decidir con quién, cómo y cuándo se ponen en comunicación (en especial, en situación de privación de libertad); y sobre el derecho a la intimidad, entre otros.

Con respecto al derecho ser oído y expresarse libremente, señalamos que “...de acuerdo con el artículo 12 de la Convención, al determinar las disposiciones que han de adoptarse respecto de los menores no acompañados o separados, se recabarán y tendrán debidamente en cuenta los deseos y las opiniones del menor [...] En lo que concierne a la tutela, custodia y alojamiento y representación legal del menor, deben tenerse también en cuenta las opiniones de éste” (Comité de Derechos del Niño, 2005: §25)⁹. Asimismo, dimos cuenta de lo establecido en la CDN respecto del principio de *autonomía progresiva*. Este principio reconoce que la voluntad de los NNA puede ser suficiente para la realización de un sinnúmero de actos —entre ellos, acceder a ser entrevistados— y que por lo tanto, en base a su madurez, no requieren de la autorización de un mayor, incluyendo un representante consular.

En este último sentido, señalamos que de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares no se deriva que los representantes consulares sean formalmente los representantes legales de sus connacionales (se trate de adultos o menores de edad). Si bien estas autoridades se encuentran obligadas por la Convención de Viena a brindar asistencia a sus connacionales en el exterior, esos deberes están asociados al ejercicio del derecho de cada persona a la información y a la asistencia consular. Es decir, las personas son libres de ejercer,

personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

⁸ Esta regulación obsoleta del Código Civil es claramente incompatible con la letra y el espíritu de la CDN, y con la propia Constitución mexicana.

⁹ Complementariamente, ver la Observación General 12 del Comité de Derechos del Niño (2009), sobre el derecho del niño a ser escuchado.

o no, ese derecho (Corte IDH, 1999: §83). Muy por el contrario, la obligación de garantizar un tutor o representante legal recae sobre el Estado en el que se encuentra el NNA no acompañado, y no en su Estado de origen, como se explica detalladamente en el Capítulo 8 de este informe.

Con respecto al argumento sobre la vulnerabilidad de los NNA y su revictimización, sostuvimos que es la privación de libertad lo que fundamentalmente agrava la vulnerabilidad. También señalamos que el objetivo de nuestra iniciativa era precisamente contribuir al diseño de políticas públicas y prácticas que progresivamente profundicen los niveles de satisfacción de los derechos de la niñez migrante, reduciendo así el grado de vulnerabilidad en el que se encuentran los NNA detenidos, tanto por su condición migratoria irregular y los riesgos en el tránsito, como por la relación entre esas dos circunstancias y las políticas diseñadas al respecto.

Sin embargo, aún cuando nos remitió el Oficio por el cual se nos autorizaba el ingreso para la realización de las entrevistas, el INM mantuvo de forma inamovible su posición legalmente equívoca de exigir autorizaciones por escrito de las autoridades consulares en cada caso individual.¹⁰ Por lo tanto, no se pudieron aplicar las entrevistas específicamente diseñadas en el marco de esta investigación. Así, el trabajo se limitó a las conversaciones informales con NNA realizadas por el equipo del CDH Fray Matías, desde agosto de 2011 hasta diciembre de ese año, en el marco de actividades de difusión de derechos.

En este contexto, es atinado afirmar que para el acceso a la EMSXXI se imponen más restricciones que para ingresar a un establecimiento penitenciario. Las reglas y condiciones, así como las limitaciones a las actividades que pueden o no realizarse dentro de este espacio, son claramente más estrictas que las que rigen en el sistema penitenciario y responden a decisiones adoptadas con mayores niveles de discrecionalidad. Se trata de otra de las paradojas —o mejor dicho, del corolario— de una política que recurre sistemáticamente a la detención, pero presentándola, en el discurso, como una medida de protección de las personas. En este escenario, es importante recordar que la posibilidad de acceder a centros de encierro y contar con información sobre las personas allí detenidas habilita la posibilidad de controlar la gestión pública, no sólo por medio de una constatación del respeto y apego de los actos gubernamentales a la ley, sino también brindando las herramientas para poder obtener una transparente rendición de cuentas (CIDH, Relatoría de Libertad de Expresión, 2002: §16).

Por último, la respuesta recibida a la solicitud de ingreso al Albergue del DIF estatal para la realización de entrevistas, evidencia no sólo la existencia de un conjunto de obstáculos

¹⁰ Oficio No. INM/CCVM/1266/2011, despachado 20 de septiembre de 2011.

burocráticos e institucionales, sino también la falta de coordinación interinstitucional y el desconocimiento sobre las funciones que competen a cada organismo. En este sentido, por un lado, el INM nos informó que “en lo referente a realizar visitas a los albergues del sistema DIF ubicados en la ciudad de Tapachula, al respecto no tenemos injerencia, por ello, le sugiero remitir dicha solicitud a dicha institución en el Estado”. Y por el otro, en abierta contradicción, el DIF estatal contestó: “si desean entrevistar a los albergados para conocer su situación jurídica, se hace necesario que cuenten con la autorización por escrito del INM y COMAR”.¹¹



*Imagen del Albergue para NNA migrantes del DIF en Tapachula
Foto: Luis Enrique Aguilar*

3.3 Prohibido registrar: obstáculos en nombre de la seguridad nacional

En otro capítulo de este informe se señaló que en 2005 el Consejo de Seguridad Nacional reconoció al INM como instancia de seguridad nacional, centrando la mirada en el control migratorio y colocando a los flujos migratorios como potenciales amenazas a la seguridad nacional y la seguridad pública. Y subrayamos cómo este aspecto ha ejercido una destacada influencia en las políticas migratorias implementadas por México, y por ende, en los objetivos prioritarios que deben guiar los mecanismos que las implementan. Esta circunstancia también tiene su impacto específico en las limitaciones a la información sobre las condiciones de detención de NNA migrantes en las estaciones migratorias.

En el marco de esta investigación, y a efectos de documentar los lugares en los que se encuentran detenidos los NNA, solicitamos tomar fotografías e imágenes del Módulo de Atención del DIF en la EMSXXI, así como del Albergue del DIF Chiapas. En la petición se mencionó expresamente que no se fotografiaría a ninguna persona que se encontrara allí, es

¹¹ Correo electrónico recibido el 25 de agosto de 2011, en respuesta a la solicitud enviada a la Dirección General del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Estado de Chiapas.

decir, ni a NNA ni al personal del INM o el DIF. La respuesta recibida por el INM fue categórica: “de ninguna manera se podría filmar, grabar o reproducir imágenes de la estación migratoria o de su personal, a efecto de salvaguardar las condiciones de reserva y confidencialidad *como instancia de seguridad nacional*” (el destacado es propio).¹² De igual manera, en una reunión mantenida entre el equipo del CDH Fray Matías y representantes del INM, se nos transmitió que la prohibición de fotografías en la EMSXXI respondía a razones de seguridad nacional.

La negativa en el acceso a lugares donde están los adolescentes migrantes durante su detención en la EMSXXI, incluyendo el Módulo DIF, el comedor y las habitaciones, llama la atención y evidencia las contradicciones entre una política presentada como un modelo de protección y una realidad que persigue y prioriza fines bien distintos. Es justamente en estos espacios donde la transparencia debe primar y la accesibilidad de la sociedad civil debe estar garantizada. Máxime si el Estado ha señalado que esos espacios, por un lado, representan un modelo de “buenas prácticas” en la atención de NNA migrantes no acompañados, y por el otro, acreditan por sus condiciones que los NNA no están privados de libertad sino que se encuentran allí para su asistencia y protección. En nuestra solicitud hicimos expresa mención a estas cuestiones, destacando que la publicidad del registro permitiría a la sociedad conocer mejor las medidas que el Estado implementa para la protección de estos NNA.



*Puerta de ingreso y fachada de la EMSXXI en Tapachula, única imagen que pudimos obtener de este centro.
Foto: Luis Enrique Aguilar*

Por último, es importante hacer unos comentarios sobre la invocación de la seguridad nacional para denegar el permiso solicitado para el registro fotográfico de algunas áreas de la EMSXXI. En primer lugar, al no brindar mayores argumentos que la invocación de la seguridad, no es posible advertir de qué manera el registro fotográfico de las áreas donde se encuentran

¹² INM, Coordinación de Control y Verificación Migratoria, Oficio No. INM/CCVM/1266/2011, 19 de septiembre de 2011.

los adolescentes migrantes, como el Modulo DIF, podría suponer un riesgo la seguridad nacional del Estado mexicano.

De acuerdo con los estándares internacionales, toda restricción a un derecho impuesta por el Estado debe estar debidamente justificada y argumentada, de manera tal que la decisión no responda a un poder discrecional del gobierno de turno. Ello supone el deber de explicitar de manera exhaustiva los motivos por los cuales procede dicha restricción.¹³ No basta con invocar un interés legítimo, en este caso, la seguridad nacional. Se debe argumentar adecuadamente de qué forma, en el caso concreto, ese interés legítimo requiere de la restricción impuesta. En este caso, por qué la visita y el registro y difusión de imágenes de esas áreas pueden poner en riesgo la seguridad nacional.

La Corte Interamericana, refiriéndose precisamente al derecho a la libertad de expresión —del cual emana el derecho a la información—, ha subrayado que la imposición de limitaciones a este derecho debe estar estrictamente fundamentada, en el entendimiento de que “...de ninguna manera podrían invocarse el ‘orden público’ o el ‘bien común’ como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver el artículo 29.a) de la Convención). Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las ‘justas exigencias’ de ‘una sociedad democrática’ que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención” (Corte IDH, 1985: §67).

En este caso, nos encontramos justamente frente a una situación sensible, pues se trata de NNA detenidos en centros, que no han cometido ningún delito pero a quienes el Estado decide retener hasta resolver su situación migratoria. Muchos de estos NNA migran solos, sin la compañía de sus padres. Restringir su derecho a la libertad y, a la par, restringir a la sociedad en general la posibilidad de verificar lo que el Estado está haciendo con ellos, sin duda excede la imperiosa necesidad que demanda la Convención Americana. O, al menos, exige que el Estado así lo demuestre. Como presupuesto de mínima, corresponde que se explique cuál es el nexo causal entre la restricción y la amenaza a la seguridad de la nación.

En el acuerdo por el cual se reconoce al INM como instancia de seguridad nacional, se propone “concebir la seguridad nacional desde una visión amplia destinada a prever y hacer frente a situaciones que amenacen la paz, la vigencia del orden jurídico, el bienestar y la integridad física de la población y que pongan en riesgo la permanencia de las instituciones o

¹³ El artículo 30 de la Convención Americana establece el cumplimiento concurrente de ciertas condiciones para que una restricción sea legítima: (i) deben estar fijadas por la ley; (ii) deben orientarse a proteger un objetivo legítimo a la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos; (iii) deben ser estrictamente necesarias en una sociedad democrática y deben ajustarse al principio de proporcionalidad.

vulneren la integridad del territorio”.¹⁴ Por su parte, el artículo 3 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental establece que para efectos de esa ley se entenderá por seguridad nacional las “acciones destinadas a proteger la integridad, estabilidad y permanencia del Estado mexicano, la gobernabilidad democrática, la defensa del exterior y la seguridad interior de la Federación, orientadas al bienestar general de la sociedad, que permitan el cumplimiento de los fines del Estado constitucional”.

Aún en este contexto normativo e institucional, no es posible comprender en qué forma, para preservar la paz, el bienestar de la población, la gobernabilidad democrática, la integridad del territorio o la vigencia del orden jurídico, es preciso evitar que la sociedad conozca adecuadamente cuáles son las medidas que el Estado adopta para la protección de los NNA migrantes. Menos aún, cuando ha sido el propio Estado el que ha visibilizado el alto nivel de vulnerabilidad en que se encuentran y ha difundido con orgullo, a escala nacional e internacional, las medidas adoptadas para su protección, como los OPI y los Módulos DIF de las estaciones migratorias.

3.4 Prohibido pedir: información reservada ¿interés superior del niño o barreras en el acceso a la información?

La imposibilidad de acceder a cierta información disponible en manos del Estado, vinculada a los NNA detenidos en la Estación Migratoria Siglo XXI y el Albergue del DIF Chiapas, ha sido otro de los obstáculos experimentados en la investigación. Al respecto cabe reiterar que la mayoría de las solicitudes de acceso a la información pública a través del sistema Infomex, han tenido respuestas favorables, aunque muchas de ellas arrojaron información parcial y limitada. Este mecanismo ha permitido acceder, sin mayores inconvenientes, a información pública copiada por el INM y los DIF Nacional y Estatal.

No obstante, nos hemos encontrado también con barreras irrazonables para examinar una serie de datos y documentos. Los argumentos esgrimidos para la negativa desvirtúan el carácter mismo del derecho de acceso a la información.

Tanto el INM como el DIF se han negado a entregar alguno de los documentos solicitados invocando el carácter reservado de la documentación por encontrarse comprometida la identidad de NNA. En palabras del DIF, la negativa de otorgar la información solicitada se funda en que los documentos deben ser reservados por cuanto “...incluye[n] datos de niños, niñas y jóvenes que son vulnerables, ya que en algunos casos son víctimas de

¹⁴ Diario Oficial de la Federación, Acuerdo por el que se reconoce al Instituto Nacional de Migración como Instancia de Seguridad Nacional, 18 de mayo de 2005.

trata de personas, violencia familiar y/o violación o son buscados por bandas de delincuencia organizada, tales como la denominada Mara Salva Trucha”.¹⁵

Sin embargo, en la formulación de los pedidos se consignó expresamente que en caso de ser necesario se protegieran los datos sensibles y personales de los NNA, evitando así su identificación y cualquier posible daño a través de la difusión de esa información. Se sugirió que de haber elementos que permitieran develar la identidad del NNA, se tacharan o borrarán de la documentación a ser entregada. El interés de acceder a esta información no estaba vinculado con la identificación de los niños allí detenidos, sino con conocer, entre otras cuestiones, la cantidad de niños menores de 18 años de edad, acompañados y no acompañados, detenidos en dependencias del DIF, el tiempo promedio de esa detención y el número total de repatriaciones, expulsiones y devoluciones, todo ello desagregado por sexo, país de origen, edad, período, etc.

En este sentido, tanto la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental de México (artículos 61 y 30)¹⁶ como la Ley que Garantiza la Transparencia y el Derecho a la Información Pública para el Estado de Chiapas (fracción VIII del artículo 4) son claras con respecto a la difusión de la información. Ambas normativas acogen el principio de *máxima divulgación de la información*, que también ha sido proclamado en la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información de la OEA (2010).¹⁷ Este principio reconoce a la publicidad de la información pública como regla y a la confidencialidad como la excepción de interpretación estricta. En línea con ello, en la medida en que la información pueda ser divulgada de manera parcial, de que existan extractos o segmentos a los que pueda accederse, y siempre y cuando puedan suprimirse o tacharse aquellos aspectos que ameritan ser reservados, se pondrá a disposición del requirente la información solicitada.

Al respecto, organismos internacionales especializados en libertad de expresión han señalado que: “El principio de máxima divulgación ordena diseñar un régimen jurídico en el cual la transparencia y el derecho de acceso a la información sean la regla general sometida a estrictas y limitadas excepciones. De este principio se derivan las siguientes consecuencias: (1) el derecho de acceso a la información debe estar sometido a un régimen limitado de

¹⁵ Solicitud de información pública, número de folio 2983, expediente número 16/2011, dirigida al Sistema DIF Chiapas.

¹⁶ Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, artículo 6. “En la interpretación de esta Ley y de su Reglamento, así como de las normas de carácter general a las que se refiere el Artículo 61, se deberá favorecer el principio de máxima publicidad y disponibilidad de la información en posesión de los sujetos obligados”.

¹⁷ El párrafo 42 dispone lo siguiente: “En aquellas circunstancias en que la totalidad de la información contenida en un documento no esté exenta de divulgación mediante las excepciones enunciadas en el Artículo 41, podrá hacerse una versión del documento que tache o cubra solamente las partes del documento sujetas a la excepción. La información no exenta deberá ser entregada al solicitante y hacerse pública”.

excepciones, el cual debe ser interpretado de manera restrictiva, de forma tal que se favorezca el derecho de acceso a la información; (2) toda decisión negativa debe ser motivada y, en este sentido, corresponde al Estado la carga de probar que la información solicitada no puede ser revelada; y (3) ante una duda o un vacío legal, debe primar el derecho de acceso a la información”.¹⁸ En el mismo orden de ideas, la Corte Interamericana sostuvo que en una sociedad democrática es indispensable que las autoridades estatales se rijan por el principio de máxima divulgación conforme el cual se establece la presunción de que toda información es accesible, sujeto a un sistema restringido de excepciones (Corte IDH, 2006: §58).

En el caso que nos ocupa, y de acuerdo con la legislación vigente en materia de acceso a la información pública en el Estado de Chiapas y a los estándares internacionales que rigen la materia, hubiera sido viable acceder a una versión de los documentos requeridos que garantice la privacidad de los niños, niñas y adolescentes involucrados pero que a la vez permita el análisis de los datos acopiados. Existe información en manos del DIF cuyo valor amerita que sea públicamente accesible sin que por ello se desprotejan o vulneren los derechos de los NNA.

Al recibir esta denegación, se interpuso un recurso de revisión que fue rechazado el 27 de julio de 2011. Pese a todos los resguardos sugeridos, la información fue denegada en su totalidad. El DIF en su resolución mantuvo, por un lado, su posición respecto a la reserva total de la información, sin explicitar los motivos que justificaban preservar toda la información y no únicamente aquella relativa a la identidad de los niños y niñas. Por el otro, indicó que existía un período de seis años de reserva de la información, según acta adoptada el 25 de julio de 2011, es decir, con posterioridad a la decisión que había indicado que la información estaba reservada.

4. La incertidumbre de no saber: el derecho de los NNA a recibir información

Muchos NNA que son detenidos en la EMSXXI desconocen los motivos por los cuales permanecen allí, no saben por cuánto tiempo más deberán estar privados de su libertad, carecen de información sobre el procedimiento que se está siguiendo para resolver su situación y no tienen claro cuál es la autoridad encargada de decidir sobre su destino, entre otras cuestiones relevantes para su situación. La incertidumbre sobre su futuro inmediato —pero también sobre lo que pueden prever para el mediano plazo— genera en estos niños/as y adolescentes sentimientos de desesperación y profunda frustración.

¹⁸ Declaración Conjunta sobre Acceso a la Información y sobre la Legislación que Regula el Secreto, del Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y Expresión, el Representante de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa para la Libertad de los Medios de Comunicación y el Relator Especial de la OEA para la Libertad de Expresión, 2004. Ver también, CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (2009: §10).

La información es un elemento fundamental para que los NNA conozcan su situación y sus derechos, para que puedan defenderse, estar al tanto de las causas por las cuales se encuentran detenidos y eventualmente cuestionar las medidas que les sean aplicadas. Esta información debe ser ofrecida en su propio idioma y traducida a un lenguaje que sea accesible para ellos. Ahora bien, a lo largo de la información recogida en la EMSXXI hemos encontrado numerosos casos en los cuales la falta de información pone a los NNA en una situación de completa indefensión. En las conversaciones informales con NNA detenidos en la mencionada Estación Migratoria, fue habitual encontrar a NNA que desconocían la situación en que se encontraban, sumergidos en la incertidumbre con respecto al trámite de su caso, a sus derechos y a los mecanismos para ejercerlos.

Son paradigmáticos los casos de R. A. y D. A. (por sus iniciales), dos adolescentes guatemaltecos que fueron asaltados en el trayecto migratorio hacia Estados Unidos y se presentaron voluntariamente al Instituto Nacional de Migración con el objeto de realizar una denuncia sobre el delito del que fueron víctimas, tras lo cual fueron conducidos a la EMSXXI. Según relatan los jóvenes, el personal del área jurídica del INM no les informó acerca de las etapas del procedimiento sobre su caso. Lo único que les dijeron es que el trámite podría llevar mucho tiempo, lo cual les generó una profunda preocupación. Desde ese momento, y durante la detención, nadie les informó, por ejemplo, sobre su derecho a obtener la regularización por ser víctimas de dicho delito.¹⁹ A. B. A., otro joven guatemalteco estuvo detenido durante más de 75 días en la EMSXXI, sin saber los motivos. Estuvo tres meses esperando que se resolviera su caso ya que en principio se había considerado que podía ser víctima de trata.²⁰

J. A. A., adolescente salvadoreño de 14 años, fue detenido el día 30 de septiembre de 2011 cuando estaba en su lugar de trabajo. Un grupo de agentes del INM le solicitaron un documento de identidad, a él y aproximadamente a otros diez compañeros/as en su mayoría oriundos de Guatemala que trabajaban en el mismo lugar y en otras cenadurías de la zona. Al no comprobar su identidad fueron detenidos. J. A. A. relató no haber recibido información sobre los motivos de la aprehensión ni sobre el lugar al que los llevarían. Fue trasladado a la EMSXXI. Al momento de la conversación mantenida con el joven, éste desconocía el avance de su proceso migratorio; la única información con la que contaba era que el consulado estaba localizando a algún familiar y que hasta tanto ello no ocurriera debía permanecer allí.²¹

¹⁹ Estación Migratoria Siglo XXI, Tapachula, Chiapas, diálogo mantenido durante actividades realizadas el 11 de agosto de 2011.

²⁰ Estación Migratoria Siglo XXI, diálogo mantenido el 11 de agosto de 2011.

²¹ Estación Migratoria Siglo XXI, 4 de octubre 2011. Diálogo informal con J.A.A., adolescente salvadoreño de 14 años asegurado mediante una verificación migratoria realizada por agentes del Instituto Nacional de Migración.

El Comité sobre los Derechos del Niño ha sido enfático a la hora de remarcar que los niños deben recibir “toda la información pertinente, en su propio idioma, acerca de sus derechos, los servicios disponibles, incluidos los medios de comunicación, y el proceso de inmigración y asilo, para que se haga oír su voz y que su opinión se tenga debidamente en cuenta en los procedimientos” (2009: §123-124). La información, en estos casos, constituye un elemento central y premisa necesaria para el ejercicio de otros derechos.

CAPÍTULO 6.

REPATRIACIONES AJENAS AL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO: PROCEDIMIENTOS Y DECISIONES ARBITRARIAS

1. Introducción

La Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 3, establece que el principio del interés superior del niño implica que la actuación de los Estados contemple dicho interés en toda resolución o decisión que afecte directa o indirectamente los derechos de los niños, niñas y adolescentes (ODI, 2011). Se derivan de este principio, obligaciones específicas y complementarias para los Estados parte que tienen como objetivo asegurar todos y cada uno de los derechos reconocidos a los niños y niñas que se encuentran bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna.

Estas obligaciones incluyen, sin lugar a dudas, a los NNA migrantes. Su condición migratoria es irrelevante a los efectos de dar cumplimiento a lo exigido por la CDN, y no puede ser alegada para restringir el ejercicio de los derechos allí reconocidos. En todo caso, la irregularidad migratoria puede ser tenida en cuenta, pero precisamente para diseñar iniciativas que permitan asegurar los derechos a una población que se encuentra en una situación de vulnerabilidad específica. En este contexto, y para el supuesto que aquí nos interesa, las normas y procedimientos migratorios aplicables a NNA migrantes deben estar diseñados para asegurar una protección integral de la infancia, antes que para alcanzar los objetivos de las políticas migratorias, en especial de los mecanismos de control. Sólo entonces se ajustarán a los preceptos de la CDN, y concretamente al interés superior del niño.

Un primer corolario de la aplicación integral de la Convención es el *principio de no expulsión*. Es decir, el deber de los Estados de abstenerse de expulsar o repatriar a un niño o niña migrante como medida sancionatoria ante la irregularidad migratoria. Como ha subrayado UNICEF, la decisión de trasladar a un niño o niña migrante, acompañado o no por sus padres, debe estar fundada en el interés superior, con la evidencia adecuada y en el marco de un debido proceso legal que permita justificar tal medida (UNICEF, 2012:37). En palabras del Comité de Derechos del Niño, “el retorno al país de origen podrá decidirse una vez ponderados debidamente el interés superior del menor y otras consideraciones, si estas últimas están fundadas en derechos y prevalecen sobre el interés superior del menor [...] Los argumentos no fundados en derechos, por ejemplo, los basados en la limitación general de la

inmigración, no pueden prevalecer sobre las consideraciones fundadas en el interés superior” (2005: §86).

Un segundo corolario, en el caso particular de NNA no acompañados, es la obligación de los Estados de diseñar un mecanismo específico para cumplir con esos principios (interés superior y no expulsión). De ahí precisamente se deriva el llamado Procedimiento de Determinación del Interés Superior del Niño (DIS). En este capítulo, analizaremos algunos de los elementos y características principales que deben incluir estos dispositivos, para luego examinar, en el caso mexicano, cómo su ausencia deriva en la realización de miles de repatriaciones anuales de NNA no acompañados que no están debidamente adecuadas a esos estándares.

2. El procedimiento de Determinación del Interés Superior del Niño (DIS)

El procedimiento DIS es la adopción de una política pública que materializa la inclusión del enfoque de protección integral de la infancia a las respuestas que los Estados deben dar en relación con la migración de niños, niñas y adolescentes no acompañados (UNICEF, 2012: §48). Esta política, además de desarrollar un elemento procedimental, requiere de la existencia de diversos componentes, tales como: un marco normativo, un entramado institucional —que atribuye mandatos específicos a diferentes organismos estatales y regula los mecanismos de articulación entre ellos—, y recursos humanos y presupuestarios, entre otros.

Este procedimiento, tal como se afirma en el *Manual de referencia para la operación del modelo de protección de los niños, niñas y adolescentes*, elaborado por la Mesa de Diálogo Interinstitucional sobre Niños, Niñas y Adolescentes No Acompañados y Mujeres Migrantes (2011), es la herramienta idónea para identificar situaciones en las que existe una necesidad concreta de asegurar la protección internacional, de garantizar el acceso a la justicia y a la reparación de niños víctimas de delitos, lograr la reunificación familiar, o asegurar la protección integral de NNA ante la violación de sus derechos. Cada una de estas situaciones, que pueden identificarse en el DIS, requiere procedimientos específicos para establecer medidas de corto y largo plazo, adecuadas y oportunas.

El objetivo de un procedimiento DIS es valorar, caso por caso, cuestiones como las siguientes: a) las medidas de protección adecuadas e inmediatas a implementar en caso de detectarse situaciones de riesgos o abusos, o ante necesidades apremiantes de NNA no acompañados, incluyendo el acceso a derechos sociales (salud, vivienda, alimentación, entre otros); b) la identificación de la solución más acorde, en el largo plazo, al interés superior de

cada niño y niña, es decir, una solución duradera; y c) las medidas necesarias para la implementación de esa solución, de forma tal que se concilie con el respeto de todos sus derechos.

El Comité de los Derechos del Niño y el Relator sobre Derechos de Migrantes de Naciones Unidas, han señalado que en el marco del DIS, se requiere de una clara y detallada evaluación de la identidad de los NNA, que debe ser realizada por profesionales calificados y en el idioma que cada uno/a comprenda. Además, esta evaluación debe incluir una adecuada perspectiva de género, a fin de atender la especificidad de las situaciones que afectan a unos y otras, las condiciones de vulnerabilidad —en especial lo relativo a la salud psicofísica, condiciones sociales y materiales de vida, etc.—, así como otras necesidades de protección que los niños y niñas migrantes pudieran tener de manera urgente (Comité de Derechos del Niño, 2005; Relator sobre Derechos de Migrantes, 2009)

Por lo demás, este proceso de evaluación inicial, que permitirá poner en marcha los mecanismos de asistencia y protección, exige como condición previa permitir el acceso de NNA al territorio de los Estados (Comité de Derechos del Niño, 2005: §20). Esto implica, ante todo, la prohibición expresa de rechazo de los NNA en zonas de frontera en razón de su situación migratoria o la falta de algún permiso o un documento determinado. Esta evaluación inicial debe efectuarse en un ambiente amistoso y de confianza por profesionales competentes formados en técnicas de entrevista y teniendo en cuenta la edad y el género.

A su vez, los profesionales que intervengan en este procedimiento, incluyendo al tutor del NNA que debe nombrarse lo antes posible, deben cumplir con ciertos requisitos. Entre otros, deben estar especializados en atención a la infancia para que los intereses de NNA estén debidamente protegidos y sus necesidades en materia jurídica, social, sanitaria, psicológica, material y educativa, sean íntegramente evaluadas y contempladas (Comité de Derechos del Niño, 2005: §33). Asimismo, el funcionario debe tener conocimiento de las cuestiones vinculadas con la migración y, puntualmente, sobre los impactos del proceso migratorio en aquellos NNA que lo transitan. Y, más importante aún, deben tener el mandato institucional y el poder para intervenir de manera sustancial en la toma de decisiones en el marco del procedimiento.

Junto con las medidas de protección inmediatas (por ejemplo, en materia de alimentación, alojamiento no privativo de la libertad, salud física y psíquica), las autoridades deben iniciar un proceso que tenga en consideración los aspectos antes señalados y que se dirija a evaluar las alternativas a seguir, respetando y tomando siempre como referencia el

interés superior del niño. Este deber, como ha señalado el Comité, se extiende a los tres poderes del Estado (Comité de Derechos del Niño, 2005: §13). Y el objetivo central de este procedimiento es arribar a la solución duradera que mejor se adecue al interés superior del niño o niña en cuestión.

Por lo general, se hace alusión a tres tipos de soluciones: repatriación al país de origen; permanencia en el país de tránsito o destino en el que se encuentra; y reasentamiento en un tercer país. A su vez, no resultaría contrario a un procedimiento DIS que se recurra temporalmente a alguna, para luego optar por otra alternativa como solución de más largo plazo. Por supuesto, sólo las circunstancias del caso, las evidencias y la información relevadas y examinadas en un procedimiento específicamente creado a fin de determinar el interés superior, permitirán alcanzar esa decisión.



*Adolescente refugiado
Foto: Luis Enrique Aguilar*

Por lo tanto, para arribar a una decisión que permita determinar el interés superior del niño, es imprescindible que se satisfagan ciertos requisitos. Uno de ellos es la búsqueda y producción de la mayor cantidad de información posible, que permita contar con toda la evidencia necesaria para asegurar una resolución acorde con el interés superior.

Esta búsqueda debe conducir, por un lado, a la identificación de familiares (en origen, tránsito o destino), siempre que ello no vaya en contra del interés superior del niño o niña —por ejemplo, en caso de existir un riesgo de violencia familiar en alguno de estos entornos—. Si la reunificación familiar resultara una opción adecuada, luego es preciso examinar en qué país debería concretarse, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso. Por otra parte, es

posible suponer que en el procedimiento surja que la reunificación en el país de origen conllevaría ciertos riesgos, como la existencia de indicios de violencia institucional o social, o condiciones socio-económicas que no garantizan niveles mínimos de derechos al niño o niña.

Tal como ha sostenido el Comité de Naciones Unidas sobre trabajadores migratorios y sus familias, en las recomendaciones hechas a México en 2011, la repatriación de NNA no acompañados a los Estados de origen sólo tendrá lugar en aquellos casos que sea en el mejor interés del niño y previa determinación de que existen condiciones seguras y concretas de atención y custodia al regreso al Estado de origen (Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias, 2011: §56).

Asimismo, puede darse el caso que los NNA no acompañados estén en tránsito hacia un país de destino al cual han migrado sus padres con anterioridad, como sucede con miles de NNA centroamericanos cuyos padres residen en Estados Unidos de América (EU). En estas circunstancias, es tan importante como deseable la adopción de medidas que faciliten la reunificación con sus padres en el país que éstos habitan. Ello debería conducir a realizar las gestiones necesarias para que el niño o niña pueda reagruparse con los padres a través de un procedimiento formal de reunificación familiar, y por ende por medio de una migración regular y carente de los riesgos, las incertidumbres y las violaciones de derechos que caracterizan la situación actual.

Pero también, como evidencian diversos informes, millones de migrantes que viven en EU no cuentan aún con una autorización de residencia. En esas circunstancias no se permite, de acuerdo con la normativa vigente, iniciar una solicitud de reunificación familiar, ya que en tal caso los padres podrían ser deportados a su país de origen. Pero ello no impediría realizar gestiones dirigidas, por ejemplo, a facilitar la regularización migratoria de los padres, a través de la asistencia consular. Y con posterioridad, entonces, promover la reunificación familiar. Ello exige, como es evidente, no sólo un rol consular muy activo y fortalecido, que cuente con los recursos necesarios, sino también una agenda bilateral y regional específica en los ministerios de relaciones exteriores de EU, México y los países de Centroamérica.

Por otra parte, en ocasiones la repatriación puede no ser la mejor solución en el corto plazo ante determinadas necesidades de protección integral, pero sí puede concretarse en el mediano o largo plazo. Ese podría ser el supuesto de NNA víctimas de trata que pudieran precisar ciertas medidas de protección y asistencia durante un periodo de tiempo, antes de optar por su retorno al país de origen u otra solución duradera.

A su vez, como se analizará en el capítulo 8 de este informe, es esencial que en el procedimiento DIS se aseguren todas las garantías de debido proceso a los NNA. Entre ellas, a tener un tutor, asistencia jurídica, a acceder a la justicia, el derecho a un recurso judicial efectivo, el acceso a esa información, una activa participación mientras dure el procedimiento y que se garantice en su transcurso el derecho a ser oído, y el derecho a la asistencia consular.

3. La ausencia de un procedimiento DIS en México

El procedimiento del DIS debe disipar cualquier duda sobre la finalidad de la medida adoptada con relación a cada NNA: ¿está dirigida a asegurar el interés superior del niño o, por el contrario, apunta a cumplir con los objetivos de la política migratoria? En el caso de México, la evidencia recogida en el marco de esta investigación acredita de manera concluyente que no existe un procedimiento DIS en el caso de niños y niñas no acompañados, de lo que se derivan numerosos perjuicios y serias afectaciones a sus derechos básicos.

Aunque limitados y confusos, se verifican algunos avances en el plano normativo, a partir de la introducción del procedimiento DIS en la nueva Ley de Migración, así como a través de algunas iniciativas de la Mesa de Diálogo Interinstitucional sobre NNA no Acompañados y Mujeres Migrantes. Sin embargo, al cierre de este informe (junio de 2012), el interés superior del niño y otros principios básicos de la Convención carecen de incidencia en los procedimientos de repatriación de NNA desde la frontera sur. Este déficit se manifiesta tanto en relación con las medidas aplicadas durante esos procedimientos —por ejemplo, la detención, la ausencia de garantías—, como en la decisión que finalmente se adopta en cada caso.

3.1 Falta de precisión sobre el DIS a nivel normativo e institucional

En el Capítulo 4 de este informe se analizó el tratamiento normativo que se ha dado al procedimiento DIS desde la adopción, en mayo de 2011, de la Ley de Migración. En su artículo 74 la ley dispone que la reglamentación fijará las condiciones de este procedimiento. Sin dudas, esto significa un importante avance y una oportunidad única para la transformación normativa, institucional y práctica que implica el abordaje del fenómeno de la niñez no acompañada desde el marco de protección integral de infancia.

Sin embargo, también explicamos que el Anteproyecto del Reglamento, aun cuando ha regulado en algunos artículos el “Procedimiento para la Determinación del Interés Superior de Niñas, Niños y Adolescentes Migrantes Extranjeros no Acompañados”, contiene limitaciones e

imprecisiones sobre el objetivo, los roles institucionales y los presupuestos básicos de un procedimiento DIS. Estas circunstancias parecen indicar, como ya se ha explicado sobre otras cuestiones examinadas en este informe, que aún prevalece la política migratoria sobre la de protección de la niñez.

Entre los problemas identificados en esta propuesta de reglamentación, cabe mencionar sintéticamente los siguientes. Por un lado existe una confusión entre valoración y determinación del interés superior de niño, que llevaría a que el procedimiento DIS solamente se aplique en ciertos supuestos de NNA no acompañados. Se propone iniciar este mecanismo sólo cuando se verifiquen determinadas circunstancias o vulnerabilidades, pese a que es el propio procedimiento DIS el que debe identificar estas situaciones para arribar, en cada caso, a las respuestas más adecuadas en el corto y largo plazo. En forma coincidente, la Mesa de Diálogo Interinstitucional sobre Niños, Niñas y Adolescentes No Acompañados y Mujeres Migrantes, ha definido en el *Manual de referencia para la operación del modelo de protección de los niños, niñas y adolescentes*, que este procedimiento debe aplicarse en todos los casos de NNA no acompañados (Mesa de Diálogo, 2011).

El segundo problema, aún más grave, es que se establece que el INM será el organismo encargado de supervisar este procedimiento, con el apoyo del DIS. En este contexto, cuando alude a que personal especializado en protección de infancia tendrá a su cargo la valoración del interés superior, parecería estar aludiendo a los Oficiales de Protección a la Infancia (OPI). Esto nos obliga a reiterar nuestras advertencias sobre las limitaciones institucionales en relación con los OPI en tanto agentes del INM, y nuestro cuestionamiento a las competencias atribuidas al INM en relación con los NNA. Con respecto a esto último, hemos señalado que esa competencia debería recaer en el órgano encargado de velar por los derechos de la infancia y adolescencia, no obstante las críticas señaladas a las limitaciones del DIF y lo dicho en relación con la necesidad de revisar el marco normativo e institucional de protección de infancia en México.

En cualquier caso, lo incuestionable es que no debería ser el INM quien lleve adelante esta clase de procedimientos. Si la finalidad es identificar una solución, caso por caso, que se adecue al interés superior del niño, lo razonable es que esa decisión la tome el órgano cuya razón de ser es la protección de la infancia (ver artículo 7 de la Ley para la Protección Integral de la Infancia) y no el órgano encargado de la gestión y el control de la migración. Luego, según el caso, el INM adoptará la resolución de índole migratoria que se adecue a la decisión alcanzada por el organismo a cargo de la protección de los derechos de NNA.

Más allá de lo expuesto, conviene consignar a la vez que en las disposiciones transitorias incluidas en la ley, se establece que el último párrafo de los artículos 74 y 112, entre otros, “entrarán en vigor hasta que se encuentre vigente el Reglamento”. Esos artículos exigen adoptar un procedimiento DIS, y que el retorno se realice atendiendo al interés superior y la situación de vulnerabilidad de cada NNA, con el objetivo de asegurar su protección integral. Por lo tanto, los comentarios aquí señalados instan a revisar de manera urgente las definiciones propuestas en el anteproyecto de reglamento. Independientemente del momento en que se concrete su entrada en vigor, es insoslayable el deber de adoptar todas las medidas que estén al alcance para asegurar el interés superior del niño en cada decisión que se tome.

Sin embargo, como veremos a continuación, los procedimientos que se inician a partir de la detención de un NNA en la Estación Migratoria SXXI o el Albergue DIF, en nada se han modificado desde la sanción de la Ley de Migración.

Desde entonces, no obstante, se han diseñado algunas iniciativas interesantes para la implementación de un procedimiento DIS, como el mencionado *Manual de referencia para la operación del modelo de protección de los niños, niñas y adolescentes*, elaborado por la Mesa de Diálogo Interinstitucional sobre Niños, Niñas y Adolescentes No Acompañados y Mujeres Migrantes. Este documento incluye, entre otras cosas, una propuesta preliminar de modelo de protección de derechos de NNA no acompañados que contiene algunas directrices encaminadas a poner en funcionamiento un procedimiento DIS (2011: 18). De todas maneras, como veremos a continuación, estos lineamientos no se han llevado a la práctica.

4. La repatriación como regla: un interés superior al niño

Al examinar las políticas y los procedimientos que definen el trato a NNA migrantes, así como su aplicación concreta, lo que se evidencia es que la repatriación de niños, niñas y adolescentes migrantes es el mecanismo por excelencia en términos de respuesta del Estado mexicano ante la irregularidad migratoria. Las estadísticas oficiales de repatriación, en oposición a los datos que se tienen sobre otras medidas (regularización, concesión de estatus de refugiado o protección complementaria), corroboran de forma contundente esta afirmación.

Cuando se analiza detenida e individualmente la situación de cada niño, niña o adolescente que es “asegurado” en la EMSXXI y luego repatriado a su país de origen, emergen inmediatamente las diferencias, particularidades y complejidades que hay detrás de cada persona. Las causas de su migración, las razones específicas para migrar de manera no

acompañada y por vías irregulares, las necesidades, riesgos y peligros que enfrentó y podría volver a sufrir según la decisión que se adopte, las relaciones familiares en su país, o las que tiene en México o Estados Unidos, las expectativas, deseos y sueños, componen un cuadro profundamente heterogéneo. Esta heterogeneidad exige un procedimiento DIS capaz de identificar las vulnerabilidades y necesidades de cada caso, y por ende definir los pasos específicos a seguir para determinar el interés superior. Hay un solo aspecto que hace uniforme esta diversidad: estas personas son titulares de todos y cada uno de los derechos garantizados en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Sin embargo, esta investigación nos ha permitido constatar que la respuesta estatal se caracteriza por la uniformidad: en la inmensa mayoría de los casos se decide la repatriación. Y esto responde fundamentalmente a la ausencia de un procedimiento DIS y al hecho de que la repatriación sea el objetivo central de la política sobre NNA migrantes.

Esto tiene numerosos efectos negativos en los derechos y garantías de estos niños y niñas, así como en la búsqueda de soluciones adecuadas, a corto y largo plazo, tanto a nivel individual como, en general, respecto del fenómeno de la niñez migrante en la frontera sur de México.

Una primera consecuencia es que a la migración histórica de trabajadores hacia la región del Soconusco —a la que se han sumado en los últimos años NNA—, se le aplican mecanismos directamente asociados al reforzamiento del control migratorio a raíz del fenómeno más reciente de la migración desde Centroamérica hacia Estados Unidos. Un alto porcentaje de los NNA que son detenidos y repatriados a Guatemala, residían y trabajaban en el Estado de Chiapas en su mayoría por lo general en condiciones precarias y de explotación.

Sin embargo, en muchas ocasiones las respuestas a estas circunstancias, sobradamente probadas por numerosos reportes elaborados por agencias gubernamentales, organizaciones sociales e instituciones académicas, se dan exclusivamente desde el plano migratorio. Es decir, a través de acciones de verificación, seguidas de medidas de aseguramiento y repatriación, diseñadas e incrementadas a partir una asociación entre migración y seguridad en las políticas públicas implementadas desde 2001 en adelante.

Una mirada con vocación holística, sostenida en el principio de protección integral de la infancia, indudablemente debería derivar en un abanico extenso de alternativas frente a estas situaciones. En este contexto, no debería ser el INM quien esté a cargo de la decisión, sino el DIF —o eventualmente, otro organismo encargado de la protección de la infancia— con la colaboración de otras instituciones, pero nunca al revés. Deberían intervenir también

organismos del país de origen, organizaciones de la sociedad civil, organismos públicos de derechos humanos, entre otros.

Este cuestionamiento no supone que, llegado el caso, no se pueda decidir la repatriación del niño o niña a su país de origen. Pero esa decisión estará basada en información fiable sobre la situación de cada persona y será el corolario de un procedimiento con las debidas garantías, incluyendo la participación activa del NNA (con un grado de autonomía progresiva según su edad y madurez, tal como surge de los artículos 5 y 12 de la CDN).

La segunda consecuencia es la invisibilización de una serie de factores de vulnerabilidad, de necesidades y derechos que están en juego en la migración de NNA centroamericanos que transitan por México con destino Estados Unidos. En este sentido, como surge no sólo de nuestra investigación sino de otras realizadas en años anteriores, tanto en la frontera sur como en la frontera norte de México y en territorio estadounidense, las causas de esta migración son muy diversas: reunificación familiar, búsqueda de oportunidades de empleo y educación, necesidad de protección por abusos y violencia (institucional, social, de género, intrafamiliar).

En este contexto, la repatriación a su país de origen no necesariamente es la decisión que más se ajusta al interés superior del niño o niña. Al menos, no es posible saberlo sin un procedimiento específicamente creado para tal fin. En tanto no existe un procedimiento DIS, las respuestas no se ajustan a las circunstancias de cada caso, de modo de evitar vulneraciones de derechos y garantizar su ejercicio.

A modo de ejemplo, en los casos de NNA que migran no acompañados para reunificarse con uno o ambos padres residentes en EU, ¿cuáles son las alternativas? ¿Si padre y madre habitan en el país de destino, en qué medida sería razonable su repatriación a Guatemala, Honduras o El Salvador? ¿Qué evidencias empíricas suficientes convalidarían esta decisión desde una perspectiva de interés superior del niño? Si no las hubiera, ¿qué gestiones o medidas podrían adoptarse, por ejemplo, para asegurar la reunificación familiar en suelo estadounidense?

Es probable que ante estas hipótesis surjan voces que señalen la condición migratoria irregular de sus padres. Ante ello, cabe hacer al menos dos comentarios. En primer lugar, no en todos esos casos los padres de NNA migrantes están sin permiso de residencia. Sin embargo, la migración irregular se produce, entre otros factores, por las deficiencias o, mejor dicho, los obstáculos existentes para la reunificación familiar por vía regular. Al respecto, Cornelius (2008) ha puesto en evidencia que los procesos para la obtención de un visado en

Estados Unidos por motivos de unidad familiar (hijos de residentes permanentes o de nacionales estadounidenses) pueden demorar, en promedio, entre seis y doce años.

En segundo lugar, en caso de que efectivamente los padres estén en situación migratoria irregular, ello no justifica directamente que la única alternativa posible sea la repatriación del NNA a su país de origen. Y ello, por diversas razones. Como ya se señaló, debe asegurarse, con evidencia, que el retorno velará por el interés superior del niño. A su vez, como está suficientemente probado, la medida de repatriación ni siquiera es eficaz, ya que en muchas ocasiones esos niños y niñas vuelven a emprender el camino ni bien son retornados a su país de origen, recomenzando así el círculo de riesgos y vulnerabilidades durante ese tránsito.¹

“Voy a regresar, una vez que llegue a Corinto, dicen que si les das 500 pesos a los del migración, te vuelven a traer en el autobús”.

“Y lo volvería intentar 40 veces más y si me ve ahorita, me va a volver a ver aquí sentado las veces que sea”.

Fuente: CDH Fray Matías, conversaciones informales con NNA en la EMSXXI, 2011

Por otra parte, la irregularidad migratoria de los padres podría eventualmente resolverse, para lo cual sería esencial la existencia de programas que brinden un efectivo asesoramiento jurídico, o incluso provean representación legal, directa o indirectamente, a partir de las representaciones consulares. Por último, no pretendemos agotar aquí los argumentos a favor de un debate sobre la irregularidad en EU, pues la condición irregular de millones de personas en ese país exige un abordaje integral y regional que contemple, entre otros aspectos fundamentales, las causas de ese ingreso o permanencia irregular (incluyendo el mercado de trabajo informal en destino), y los beneficios de medidas de regularización migratoria, no sólo para las personas migrantes sino también para Estados Unidos y los países de origen.²

¹ Entre otros informes que dan cuenta de este fenómeno, ver Casa Alianza (2012), CRS (2010) y UNICEF Guatemala (2009).

² En el caso de Estados Unidos, entre los numerosos efectos positivos está el de ampliar los niveles de trabajo formal, aumentar los ingresos a la seguridad social y especialmente mejorar las condiciones de vida de millones de personas, con el consiguiente impacto favorable en pautas de consumo, condición psicofísica, más oportunidades educativas y laborales, etc. En el caso de los países de origen, sin duda, el incremento de las remesas, consecuencia de todos esos cambios que puede producir la regularización migratoria, es el principal y más inmediato efecto. La reducción de los riesgos de la migración irregular en los países de tránsito, en las fronteras, es indudablemente otro.

En este escenario, por un lado, se refuerza el deber de implementar un procedimiento DIS que permita identificar las posibles alternativas, a corto y largo plazo, que pudieran existir en cada caso de NNA migrantes no acompañados. Y por el otro, no resulta inadecuado advertir sobre la necesidad de que los países de origen y tránsito de la migración hacia EU diseñen políticas activas con el objetivo de promover modificaciones en las políticas de ingreso y acceso a la residencia —incluida la regularización— en ese país.³ Iniciativas conjuntas en espacios regionales como la Conferencia Regional de Migración, podrían facilitar esta estrategia. Asimismo, las políticas de asistencia consular en destino podrían coadyuvar a que adultos migrantes accedan a un permiso de residencia, o en caso de que ya lo tengan, tramitar en tiempo razonable la reunificación familiar de sus hijos.

Por estas razones, el Comité para la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, al examinar la situación en México, señaló su preocupación por el incremento del número de NNA migrantes no acompañados que han sido deportados. Consecuentemente, el Comité recomendó al Estado que tome las medidas necesarias para asegurar que la repatriación de menores de edad no acompañados a los países de origen sólo tenga lugar cuando sea en el mejor interés del niño y *previa determinación* de que existen condiciones *seguras y concretas* de atención y custodia al regreso al Estado de origen (2011: §55 y 56, el destacado nos pertenece).

En igual sentido, INCEDES y Sin Fronteras ya señalaron hace unos años que, al aplicar el principio de interés superior, “...antes de una deportación debe tomarse en cuenta cuál es la medida que realmente protegerá a la niñez, y no deportarlos asumiendo que el retorno a sus países de origen es la mejor opción, ya que algunos de ellos no cuentan con familiares que puedan asumir su cuidado en sus países de origen [...] [C]uando la autoridad repatrie a un menor de edad debe hacerlo con un mínimo de información que le permita asegurarse que dicha repatriación es segura e indicada, con base en un diagnóstico personalizado de cada menor no acompañado” (2008: 37).

La nueva Ley de Migración al reconocer una categoría migratoria específica para casos de NNA migrantes no acompañados, a través de la figura de la estancia por razones humanitarias —que luego puede convertirse en residencia temporal o permanente—, abre la

³ Diversos países de Centroamérica y México han implementado acciones de defensa y protección de los derechos de sus nacionales en Estados Unidos, como respuesta a la aprobación de leyes estatales que criminalizan la migración irregular. Estas iniciativas incluyen la presentación ante tribunales de justicia con el objetivo de impugnar esa legislación. En este escenario, consideramos que sería posible emprender estas acciones u otras similares que directamente se dirijan a la protección de la infancia. Para ello, indudablemente, sería esencial, por el principio de coherencia, que esas exigencias se satisfagan en relación con la repatriación de NNA desde México hacia los países de origen.

puerta a la posibilidad de diseñar mecanismos administrativos que respondan a las decisiones que se adopten en el marco de un procedimiento de determinación del interés superior.

Como sucede con la privación de la libertad, las respuestas que casi con exclusividad se aplican en la actualidad ante la irregularidad migratoria de NNA, esto es, la repatriación o retorno asistido (artículo 112), están asentadas en una serie de principios y objetivos que no se condicen con los que caracterizan a un procedimiento de determinación de interés superior del niño. En este sentido, y tal como fue dicho en otros pasajes de este informe, la normativa nacional y regional y las prácticas existentes, dan cuenta del objetivo prioritario de repatriar a los NNA, sin asegurar que esa decisión sea la adecuada a sus derechos, intereses y circunstancias particulares.

Antes de que se sancionara la Ley de Migraciones, la circular 001/2010 del INM aludió a las alternativas posibles en el marco de los procedimientos relativos a los NNA no acompañados. Allí destaca que, “de acuerdo al deseo del niño”, se podrá optar por la “repatriación” o a la “solicitud de refugio o protección complementaria” (artículo 9). Por su parte, el artículo 10 abre la posibilidad a otras alternativas, aunque la fórmula utilizada las ubica como excepcionales: “En aquellos casos en los que [...] se identifique que la repatriación puede generarle una afectación, el INM deberá, en coordinación con el consulado respectivo, analizar las alternativas jurídicas y/o humanitarias temporales o permanentes, incluyendo la protección complementaria.”

Esta cláusula parece una apertura que podría dar lugar a respuestas que, según las circunstancias de cada caso, no deriven necesariamente en la repatriación, en tanto refiere de manera general a que esa decisión puede producir una “afectación”, lo cual podría aplicarse a numerosas situaciones desde la perspectiva de derechos afectados. Sin embargo, la práctica implementada desde la entrada en vigor de esa circular, tal como pudimos constatar, ha omitido en la amplia mayoría de los casos, la consideración de alternativas a la repatriación, con excepción de los casos de reconocimiento de refugiados u otras situaciones análogas.

Por su parte, la Ley de Migración adoptada en 2011, a la hora de establecer cuáles son las alternativas efectivas que tienen los funcionarios del Estado para asegurar el interés superior del niño, mantiene las opciones previstas en la circular 01/2010. El artículo 112, que regula el procedimiento para aquellos niños que sean puestos a disposición del INM (detención), señala en su apartado V, 2do. párrafo que “en el caso de que el niño, niña o adolescente se ubique en los supuestos establecidos en los artículos 132, 133 y 134 de esta ley, tendrá derecho a la regularización de su situación migratoria...”.

Sin embargo, los supuestos previstos en los mencionados artículos no se refieren de manera específica a las situaciones que en general afectan a los NNA no acompañados. El artículo 132 refiere a migrantes que carezcan de algún tipo de documentación y el 134 a aquellos casos previstos en el artículo 43 de la ley (rechazo de visa). En concreto, el 133 es el único supuesto que pareciera referirse a los NNA no acompañados, en tanto establece en su apartado IV lo siguiente: “tienen derecho a la regularización migratoria los extranjeros que se ubiquen en territorio nacional y se encuentren en alguno de los siguientes supuestos: Que se trate de personas cuyo grado de vulnerabilidad dificulte o haga imposible su deportación o retorno asistido...”.

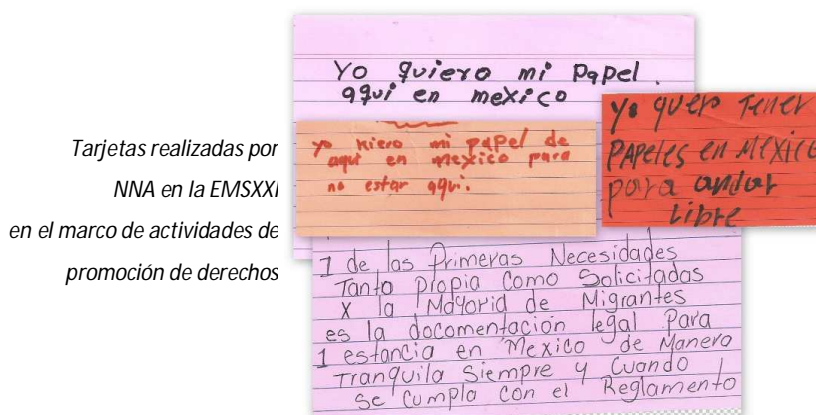
Tal vez el artículo 74 en su primera parte, habilitaría una categoría migratoria específica para casos de NNA migrantes no acompañados, esto es, la estancia por razones humanitarias. Sería esperable que a partir de esta norma se diseñaran mecanismos administrativos que respondan a las decisiones que se adopten en el marco de un procedimiento de determinación del interés superior. En cualquier caso, parece necesario hacer una revisión profunda de la ley, así como de la futura reglamentación, a fin de, por un lado, incluir diferentes soluciones y respuestas que puedan surgir de un procedimiento DIS. Y por el otro, incorporar otras alternativas con la suficiente generalidad y flexibilidad que permitan que la decisión alcanzada en cada caso pueda encontrar sustento normativo.

4.1 Repatriaciones automáticas en la frontera sur

Sin perjuicio de algunos elementos normativos que podrían contribuir al diseño de una variedad de respuestas posibles según las circunstancias de cada NNA, los casos analizados en el marco de esta investigación dan cuenta de una falta de consideración del interés superior del niño, y por lo tanto, derivan indefectiblemente en la repatriación. El caso de M. A. R., de nacionalidad salvadoreña, es representativo de la falta de evaluación de la situación familiar (su madre y hermana vivían en EU), de las condiciones en que se concretan las repatriaciones (se le informó que viajaría solo y con adultos) y de la falta de consideración del grado de vulnerabilidad (había denunciado diversas situaciones de violencia).

El caso M. N. revela la inexistencia de un mecanismo que asuma situaciones como las de los NNA no acompañados que residen en México, incluso durante años. M. N., un adolescente que llevaba viviendo seis años en Tapachula, trabajando en diferentes actividades del comercio informal, fue detenido por el INM. El niño declaró que no tenía familiares en su país de origen y que temía regresar allí por un incidente que había tenido cuando era más

pequeño. Sostuvo que si fuera trasladado a un albergue en Guatemala se escaparía. De todas maneras, al no querer permanecer detenido en la EMSXXI, solicitó ser repatriado. Sin duda, en casos como éste la repatriación no parecería ser la respuesta adecuada a sus necesidades y a las circunstancias del caso, esto es, a su interés superior.

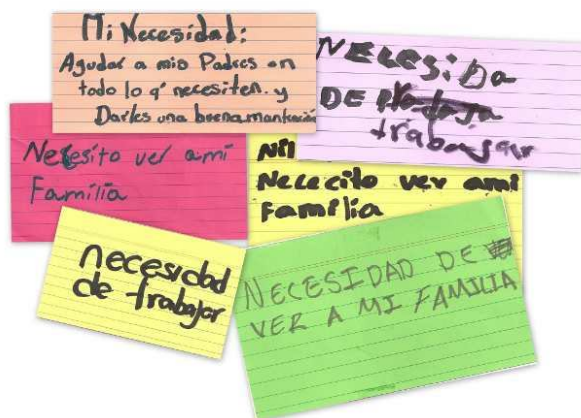


El caso de A. J. N. resume las deficiencias e irregularidades que caracterizan las prácticas actuales y advierte sobre las implicancias de la ausencia de un procedimiento DIS. Este niño hondureño de trece años salió de su país por sufrir violencia por parte del familiar que lo tenía a su cargo, y en busca de su madre que presumiblemente vive en México. Luego de un tiempo de residir y trabajar en Tapachula, y al buscar asistencia en diferentes instituciones, el consulado lo llevó a la EMSXXI. Un mes después, desesperado por la situación de encierro y advertido del tiempo que podría permanecer allí a la espera de su solicitud asilo, y ante la ausencia de otra alternativa, desistió de su petición y pidió su repatriación, sin dejar de manifestar que regresaría a México ni bien fuera retornado a su país. Este caso, como tantos otros, revela no sólo la falta de mecanismos adecuados para la protección de la infancia sino la propia ineficacia de los dispositivos de control, ya que, más que asegurar la repatriación, actúa más bien como una medida (ineficazmente) disuasoria.

M. A., adolescente salvadoreño que residía con su abuela, migró en busca de su madre y hermana quienes residen en Washington, Estados Unidos, y como consecuencia de la violencia imperante en la región del país donde vivía. No conocía el paradero del padre. Luego de ser detenido en una caseta de verificación del INM, fue remitido a la EMSXXI. Oficiales del INM le informaron del trámite de asilo, pero le manifestaron que era muy probable que su caso no aplicara. No le informaron sobre su derecho a denunciar el robo del que había sido víctima en la ruta hacia México. En razón de la inexistencia de mecanismos o programas de México o su país de origen para facilitar en estos casos la reunificación familiar en el país de destino —o al

menos para hacer algunas gestiones al respecto—, fue repatriado a El Salvador. Al igual que A. J. N., entendió que ésa era la mejor opción, ya que podía intentar nuevamente migrar a EU ni bien llegara a su país.

J. A. A. es un adolescente salvadoreño que residía y trabajaba en Tapachula desde hacía varios meses (antes había vivido con abuelos y hermanos en su país de origen). Desconocía el paradero de la madre mientras que su padre se encontraba en Ciudad de México. Fue detenido luego de una verificación en su lugar de trabajo. Durante las poco más de dos semanas que estuvo detenido en la EMSXXI, las autoridades de México y El Salvador no pudieron localizar al padre o la madre. Finalmente, al ubicar a su abuelo, y teniendo en cuenta que el encierro estaba generándole un cuadro de depresión, el joven aceptó la posibilidad de ser repatriado, aunque continuaba manifestando su intención de regresar a México, bien para hallar a su padre, quedarse con la pareja del padre en Tapachula o bien para ser adoptado por su empleador, quien le habría manifestado esa intención. Un procedimiento más adecuado podría haber arribado a la conclusión que cualquiera de estas opciones era mejor, a largo plazo, que regresar a su país de origen.



Tarjetas realizadas por NNA en la EMSXXI en el marco de actividades de promoción de derechos.

En definitiva, prácticamente en todos los casos registrados durante meses en la EMSXXI y el Albergue DIF, así como en otras investigaciones similares realizadas al respecto (entre otras, Incedes y Sin Fronteras, 2008), antes de decidir la repatriación, se podían haber explorado diversas alternativas que, probablemente, fueran más acordes con el interés superior del niño, e incluso prevenir situaciones riesgosas o perjudiciales. Explícitamente utilizamos la idea de probabilidad o la forma potencial, porque es justamente el procedimiento

DIS el que puede determinar, a partir de la información que se recolecte —evaluaciones de expertos y de organismos competentes en los diferentes países involucrados, declaraciones del niño o niña—, todo ello con las debidas garantías, cuáles pueden ser las alternativas a seguir con base en el interés superior del niño.

La ausencia de este mecanismo, junto con la preminencia del objetivo de la repatriación en la política migratoria vigente actualmente en México, impide realizar este examen en relación con cada niño/a. Y en los (excepcionales) casos en que las autoridades mexicanas y representantes consulares intentan implementar el procedimiento, la inexistencia de un protocolo preestablecido y la escasez de recursos tornan verdaderamente difícil alcanzar una solución eficaz y duradera, al menos de corto o mediano plazo, adecuada a los derechos, necesidades e interés del niño o niña.

En este contexto, las medidas de repatriación que se adoptan sin tener en cuenta la situación particular de cada NNA, terminan constituyendo medidas arbitrarias que vulneran el conjunto de sus derechos. Esto se agrava, como veremos en los próximos apartados, por el hecho que los NNA no acompañados carecen sistemáticamente de las garantías de debido proceso que permitirían al menos cuestionar no sólo medidas de prueba y aportar otras, sino también impugnar la propia repatriación.

Por último, como se señala en otra oportunidad en este informe, cabe destacar que el hecho de que los dispositivos políticos, normativos y prácticos existentes estén mayormente dirigidos a asegurar la repatriación al país de origen, incide en el acotado y truncado debate sobre las medidas alternativas a la detención que deberían ponerse en práctica, dando cumplimiento al principio de no detención de NNA migrantes. En efecto, en caso de existir un procedimiento DIS con todas las características que los estándares internacionales exigen, los NNA migrantes estarán ante un mecanismo específicamente diseñado para la adopción de medidas de protección integral, tanto a corto como a largo plazo, que contemple las garantías fundamentales de debido proceso.

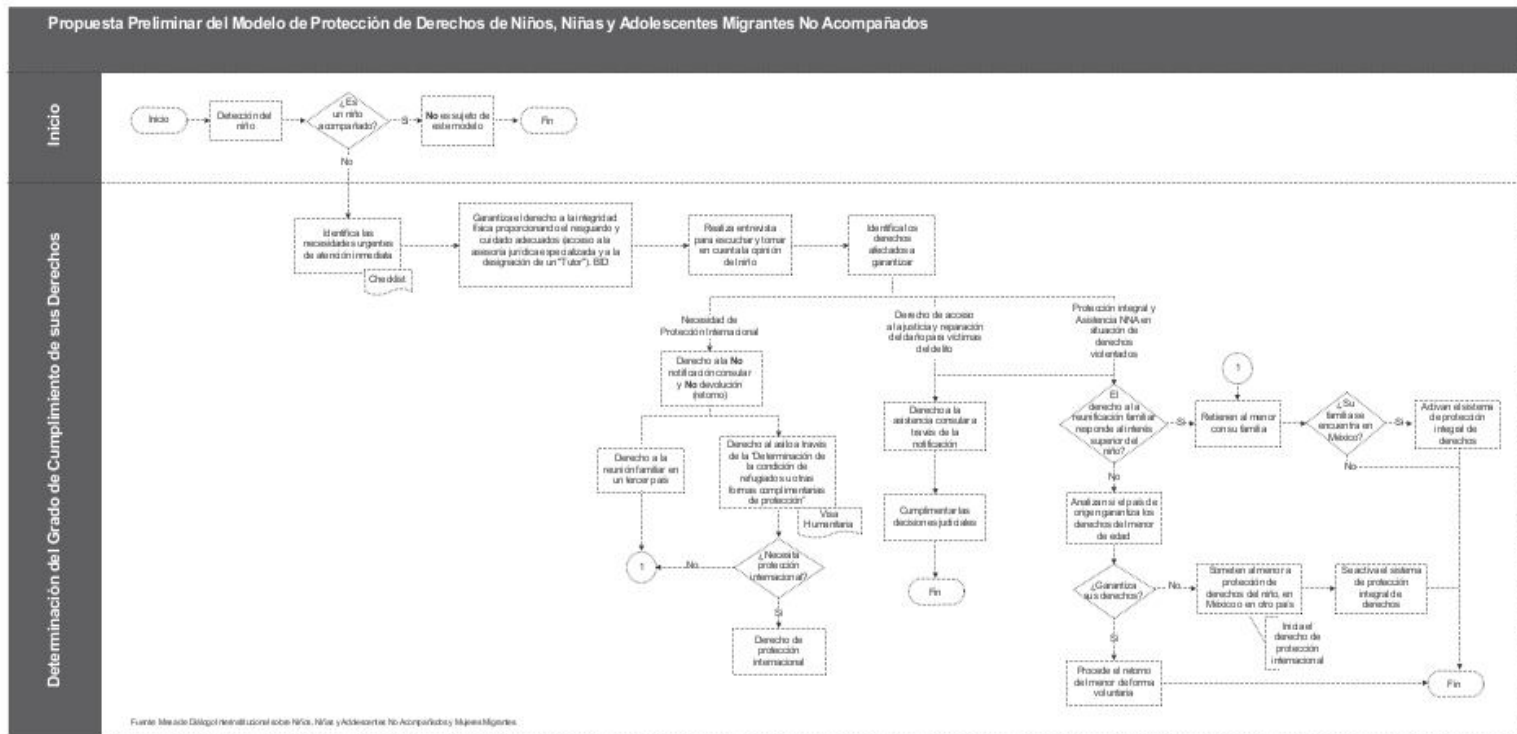
En ese contexto, no resulta descabellado afirmar que los motivos generalmente aludidos para argumentar la privación de libertad —desde la necesidad de proteger a la niñez, hasta el riesgo de fuga— se verían considerablemente reducidos. Ello es especialmente válido para los casos de NNA migrantes en tránsito por el territorio mexicano, quienes en lugar de intentar evitar ser interceptados y detenidos por el INM, podrían encontrar en el procedimiento DIS un ambiente propicio y de confianza para la búsqueda de soluciones que puedan mejorar sus

condiciones de vida, brindarles la necesaria seguridad o satisfacer los derechos que buscaba ejercer al salir de su país.

En el caso de NNA que residen y/o trabajan en Chiapas, el procedimiento DIS también sería esencial para darles la protección que requieran de forma inmediata y mediata. Sin duda, en ninguno de los casos resultan válidas las razones que se esgrimen para justificar su detención. Sin embargo, la privación de libertad aplicada de manera generalizada, en conjunción con el afán de repatriarlos a su país, generan las condiciones contrarias a las que deberían asegurarse en el marco de un procedimiento de determinación de interés superior del niño.

Por otra parte, como ya fuera adelantado, el procedimiento DIS exige la definición de medidas inmediatas para garantizar la protección integral de NNA, como programas de recreación e inserción social. Sin embargo, de la información recogida se desprende que no existen programas específicos (y los que existen son insuficientes) para la atención de la niñez, tanto en albergues como en la Estación Migratoria Siglo XXI. Es más, tal como se verá en el Capítulo 7, en los ámbitos de encierro ni siquiera están aseguradas las condiciones mínimas de salud y vestimenta (ver caso F. E.) e incluso se han constatado casos donde no ha habido dispositivo alguno para la atención de trastornos psicológicos en la EMSXXI (caso J. R. E.).

En síntesis, la falta de un procedimiento DIS impacta en la homogeneidad de las respuestas frente a la irregularidad migratoria de NNA migrantes. Esta uniformidad desconoce la complejidad y diversidad de cada caso. Las circunstancias y condiciones de vulnerabilidad en que se encuentra cada NNA se ven desplazadas por los objetivos prioritarios de control y gestión de la migración irregular, con los consecuentes perjuicios para los derechos —es decir, el presente y el futuro— de esos niños, niñas y adolescentes, poniendo en riesgo uno de los principios rectores de la Convención: el derecho al desarrollo, a la vida y la supervivencia.



5. La detención automática y la falta de garantías como obstáculos para el procedimiento DIS

La legislación migratoria vigente en México incluye la necesidad de adecuar los procedimientos migratorios a la especial situación de vulnerabilidad en la que se encuentran NNA no acompañados, lo que supone la incorporación del DIS a nivel normativo. En su artículo 73, establece la obligación de los órganos del Estado de desarrollar acciones específicas para brindar una atención adecuada a los NNA: “La Secretaría deberá implementar acciones que permitan brindar una atención adecuada a los migrantes que por diferentes factores o la combinación de ellos, enfrentan situaciones de vulnerabilidad como son las niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados, las mujeres, las víctimas de delitos, las personas con discapacidad y las adultas mayores”. Y el artículo 74 ordena la creación de un procedimiento específico para la determinación del interés superior del NNA no acompañados.

Sin embargo, la ley también incorporó la detención de NNA, como se analizará en particular en el capítulo siguiente. Allí veremos que tanto el marco normativo, como la práctica sistemática constatada en la frontera sur, contribuyen a que la detención de NNA sea la regla. Esto implica desconocer el DIS desde el inicio ya que, por un lado, el interés superior del niño queda supeditado desde entonces a los objetivos de la política migratoria, y por el otro, la situación de detención opera como un factor contrario a las condiciones, objetivos y el ambiente en el que debería desarrollarse esta clase de procedimiento.

Además, en varios casos hemos verificado que la privación de la libertad conduce a que los mismos NNA allí detenidos desistan de obtener una solución más acorde a sus necesidades, derechos y vulnerabilidades. La prolongada detención y/o la desesperación e impacto emocional y psicológico que produce esa circunstancia, condiciona las decisiones de los NNA, quienes desisten —al menos temporalmente— de su proyecto originario al salir de sus países, sea cual fueren los motivos que los impulsaron a migrar. Así, los objetivos que promovieron su salida del país (desde la búsqueda de empleo, oportunidades educativas, reunificación familiar, asilo y protección internacional, fuga de situaciones de violencia familiar o social, entre otras), se ven relegados frente a la urgencia de recuperar la libertad lo antes posible.

Eventualmente, como sucede en diversas ocasiones, una vez ejecutada la repatriación, los NNA reinician un nuevo proceso migratorio. Como puede observarse, estas situaciones no sólo ilustran la poca eficacia de las políticas de control migratorio, sino también de las iniciativas que estarían dirigidas a la protección de la infancia. Y, sin dudas, constituyen serios obstáculos para la implementación efectiva de un procedimiento DIS acorde con lo exigido por

los estándares internacionales. Esta adecuación obliga, indefectiblemente, a eliminar la privación de libertad de NNA migrantes.

Las observaciones realizadas en este capítulo muestran que las políticas públicas y las prácticas implementadas en materia de NNA no acompañados, sin perjuicio de ciertos avances normativos o de algunas iniciativas específicas, presentan serios déficits y desafíos pendientes si lo que se pretende es dar cumplimiento efectivo e integral a la Convención sobre los Derechos del Niño. Si se observan detenidamente los mecanismos de repatriación y detención, no sólo se verifica la ausencia del interés superior del niño como criterio determinante, sino también la vulneración de los otros principios rectores de la Convención.⁴

El principio de *no discriminación*, por ejemplo, no es debidamente tenido en cuenta. Cuando se analizan tanto la regulación normativa como la práctica, es claro que ciertos derechos y garantías fundamentales de NNA migrantes (libertad, debido proceso, unidad familiar, entre otros) reciben un trato notoriamente desigual respecto del marco normativo y de políticas públicas que, en general, regulan los derechos de la infancia y la adolescencia. La nacionalidad de los NNA y en particular su status migratorio, son tenidos en cuenta, o desconocidos según el caso, generando un trato desigual. Y ello es claramente contrario a lo dispuesto en la Convención.

En igual sentido, el *derecho a la participación*, en particular el derecho a ser oído, tampoco es observado en los procedimientos de detención y repatriación de NNA migrantes. La ausencia de un procedimiento DIS, así como de garantías básicas del debido proceso, anulan de manera sistemática este principio clave de la Convención, que representa el reconocimiento de los NNA como sujetos de derechos, con capacidad para ejercerlos directa e indirectamente, con base en el principio de autonomía progresiva.

Finalmente, el *derecho a la supervivencia, a la vida y el desarrollo*, ante la ausencia de procedimientos de determinación del interés superior, se pone seriamente en riesgo. El procedimiento DIS, entre otros objetivos fundamentales, pretende no solamente brindar una protección inmediata ante situaciones de vulnerabilidad, sino también identificar soluciones duraderas. Pretende que los NNA salgan del espiral de exclusión, violencia u otros determinantes de esa vulnerabilidad, para iniciar un proceso caracterizado por el ejercicio efectivo de derechos, tal como exige la Convención.

⁴ Sobre los principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño, véase UNICEF España (2008: 8).

CAPÍTULO 7.

DETENCIÓN AUTOMÁTICA Y GENERALIZADA DE NNA, AUSENCIA DE MEDIDAS ALTERNATIVAS Y CONDICIONES ILEGÍTIMAS DE DETENCIÓN

1. Introducción

Los distintos espacios en los que se produce la detención de migrantes hacen visible el lugar de la excepción que caracteriza el trato a la migración y el avance de la administración extrajudicial en los ordenamientos políticos democráticos. La creación de *nuevos espacios* supuestamente transitorios y excepcionales, para contener poblaciones migrantes (en tránsito y desplazadas por razones políticas, sociales, económicas y familiares), despiertan preocupación creciente y son cada vez más visibles.

Por un lado, su extensión y presencia sostenida en las últimas décadas obliga a Estados, organismos internacionales, organismos de derechos humanos y sectores académicos, a reevaluar su carácter “excepcional”, así como a repensar la actualidad de las fronteras, de la soberanía y de la hospitalidad en el marco de la globalización económica y de un repliegue, no menos evidente, de los Estados y/o regiones sobre sí mismos. Pero, por otro lado, la necesidad de una respuesta rápida a las demandas desesperadas de miles de personas en un estado de indefensión, ha diferido muchas veces un análisis más profundo y crítico de las implicancias de la utilización de la detención por parte de Estados democráticos.

La detención de extranjeros, pese a ser fuertemente criticada por organismos internacionales por contribuir a una criminalización de los y las migrantes y ser una respuesta inadecuada, poco eficaz y con un serio impacto en diversos derechos, es un mecanismo que ha sido crecientemente utilizado por distintos gobiernos para el control migratorio. Esta detención de personas, a quienes se encierra sin juicio previo, como medida administrativa y policial, responde al objetivo de separar, expulsar y mantener por fuera de la sociedad a la población extranjera que se encuentra en el territorio, o a parte de ella. Los espacios cerrados resultan funcionales a estos objetivos (Bernardot, 2008: 11-12).

En numerosos países, como es el caso de México, la detención de migrantes es una decisión administrativa de privación de la libertad, no judicial —en algunos países, existe un control judicial posterior a la detención, no así en México—, que se adopta, según la retórica de los gobiernos, con vistas a proteger a la sociedad en general o, se arguye, a los propios extranjeros que ingresan o transitan por el país. En un escenario en el cual ha ido creciendo la

presencia de niños, niñas y adolescentes en los flujos migratorios, los mecanismos de detención son aplicados indistintamente, en muchas ocasiones, tanto a adultos como a menores de edad.

Así, contradiciendo los avances significativos —aunque sin duda insuficientes— que se han dado en numerosos países en materia de derechos de la infancia desde la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) en el campo de las migraciones, prácticas como la privación de la libertad en razón de la condición migratoria, vulneran derechos y garantías elementales de los niños, niñas y adolescentes en el contexto de la migración. El caso de México es uno de los que ejemplifica con particular intensidad en términos cuantitativos y cualitativos la gravedad de estas respuestas ante el complejo fenómeno de la migración irregular de NNA.

2. La no detención de NNA migrantes: principios y estándares internacionales

Desde un enfoque de derechos humanos, la detención de migrantes no puede constituir un castigo en respuesta a una infracción administrativa a la ley. La entrada irregular al territorio de otro Estado, la carencia o el vencimiento de la autorización para residir en un país no constituyen delitos y, por lo tanto, no pueden ser penados con la privación de la libertad. Esto mismo ha sido subrayado por organismos especializados que afirman que la detención administrativa de migrantes nunca debe tener carácter punitivo (Relatoría de la Naciones Unidas sobre Derechos de Migrantes, 2003: 43 y 73; 2008a: 15, 19, 42 y 43).

A su vez, los estándares internacionales establecen, como regla general, que los NNA migrantes no deben ser privados de su libertad en razón de su condición migratoria o la de sus padres (Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, 2012: §IV. a, f; 2005: §40-61; UNICEF, 2012). Este principio de no detención de NNA migrantes es un estándar esencial en materia de derechos de la infancia migrante que determina, en forma concordante, que la privación de libertad tampoco podría justificarse en que el NNA se encuentre solo o separado de su familia.

Por otra parte, a partir del derecho internacional de los derechos humanos, la detención jamás podría fundarse en el interés superior del niño o la niña (Comité de Derechos del Niño, 2005: §61; Relator de Derechos de Migrantes, 2009; UNICEF, 2012). Al respecto, en algunos países se ha sugerido erróneamente que, como excepción, existen ciertas circunstancias o motivos —como preservar la unidad familiar— en las cuales, en vistas al interés superior del niño, lo mejor para éste es el confinamiento junto con sus padres.

Sin embargo, las reglas internacionales determinan la prohibición de interpretar de forma restrictiva los derechos reconocidos: nunca una provisión legal dirigida a garantizar derechos puede ser leída en un sentido que cercene otros derechos. Al contrario, ellos deben interpretarse de forma tal que coadyuve a fortalecer la realización complementaria del conjunto de derechos. Por tal motivo, en aquellos casos en los cuales se deben adoptar medidas en razón del interés superior del niño, para garantizar la unidad familiar, es necesario hacer todos los esfuerzos para ubicar al niño y a su familia en alojamientos apropiados y no en centros privativos de la libertad (Relator de la ONU sobre Derechos de Migrantes, 2008b: 125; Comité de Derechos del Niño, 2012: IV).

En el informe específico que el Relator dedicó a los derechos de NNA migrantes precisó que “la utilización ideal de un enfoque basado en los derechos entrañaría la adopción de medidas alternativas para toda la familia; por tanto, los Estados deberían elaborar políticas para alojar a toda la familia en lugares alternativos a los centros de internamiento en régimen cerrado” (2009: 62). Esta posición fue reafirmada en el Informe presentado por este Relator al año siguiente (2010: 48). En el ámbito interamericano, el Relator sobre Derechos de Migrantes sostuvo la misma posición, refiriéndose precisamente a la situación de México, al afirmar que se “debe considerar en primer lugar el Interés Superior del Niño y utilizar mecanismos alternativos a la detención, que al mismo tiempo preserven la unidad de la familia” (Relator CIDH, 2011).

En conclusión, si se tiene en cuenta que una infracción migratoria no equivale a una orden penal, y que los niños y niñas migrantes que carecen de residencia legal se encuentran en una particular situación de vulnerabilidad, se refuerza la aplicación del principio que prohíbe la detención de NNA por razones de índole migratoria. Por lo que, en definitiva, la privación de la libertad de NNA migrantes no es una respuesta adecuada por parte del Estado según los estándares internacionales en la materia. Muy por el contrario, los Estados deberían diseñar medidas alternativas a la detención, que tengan en vista velar por el genuino interés superior del niño.

Asimismo, no se puede privar de la libertad a NNA invocando razones de protección de niños en situación de vulnerabilidad, abandono o riesgo. Es incuestionable que los Estados tienen obligaciones específicas en cuanto al diseño de políticas y prácticas dirigidas a asegurar los derechos de NNA que puedan estar en determinadas condiciones de vulnerabilidad, como los/as niños/as y adolescentes migrantes en situación migratoria irregular. Ellos han iniciado un proyecto migratorio como consecuencia de privaciones de derechos en su país de origen y

se encuentran residiendo o transitando por un país en el cual, a su vez, pueden resultar víctimas de abusos y violaciones a sus derechos por parte de agentes estatales, y sufrir diferentes delitos en manos de actores no estatales.

Sin embargo, estas obligaciones con respecto a estos NNA son perfectamente compatibles con medidas de protección no privativas de la libertad. La privación de la libertad, y sus implicancias sobre los derechos y la vida de los NNA, no sólo reduce el impacto de ciertas medidas de protección sino que incluso las vuelve totalmente ineficaces y contraproducentes, como muestra esta investigación y otras similares sobre México y otros países.

Por estas razones, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos afirmó que “la detención de un menor de edad por actos no delictivos, sino sencillamente porque se encuentra en una situación de abandono social, riesgo, orfandad o vagancia, representa un grave peligro para la infancia [...] El Estado no puede privar de su libertad a niños y niñas que no han cometido hechos tipificados como delitos, sin incurrir en responsabilidad internacional por violación del derecho a la libertad personal [...] Toda restricción de libertad de un menor no basada en la ley, o en una acción tipificada como delito, constituye una grave violación de los derechos humanos. El Estado no puede, invocando razones de tutela del menor, privarlo de su libertad o de otros derechos inherentes a su persona” (CIDH, 1999a: 109-110).

Ahora bien, en el contexto mexicano, y puntualmente de la detención de NNA migrantes en la frontera sur, se verifica que tanto la regulación normativa como su implementación, presentan serias contradicciones con los principios y estándares aquí comentados.

3. La detención de NNA migrantes en la Ley de Migración: un marco normativo inconstitucional

En el capítulo que analiza el marco constitucional y las leyes sobre migración e infancia, hemos descrito las principales disposiciones que regulan el tema de la privación de la libertad de NNA, y particularmente la situación de niños y niñas migrantes, señalando allí los problemas más graves que surgen de la regulación establecida en la Ley de Migración.

En síntesis, los aspectos más preocupantes de la normativa vigente son: a) la ausencia del reconocimiento explícito del principio de no detención de NNA migrantes; b) la falta de regulación de la situación de NNA migrantes que viajan con sus padres, a fin de evitar que sean privados de su libertad; c) la omisión de regular medidas alternativas a la detención, de migrantes en general y de NNA en particular; d) la legitimación de la continuidad de la detención de NNA migrantes en las estaciones migratorias; e) la no regulación de los centros o

albergues a cargo del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF); y f) la omisión de desarrollar criterios sobre cómo debe aplicarse la obligación de *canalizar* a los NNA no acompañados de manera inmediata al DIF.

Teniendo en cuenta todos estos elementos, el marco establecido en la Ley de Migración no sólo es contrario a los estándares internacionales, sino también a la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por dos razones: en primer lugar, porque se vulneran los tratados internacionales cuya plena aplicación y cumplimiento es un mandato constitucional (artículo 1º), y en segundo término, porque la propia Constitución establece el principio de no detención administrativa de niños y niñas (artículo 18), o de reserva de Constitución, en palabras de Vasconcelos Méndez (2009).

La detención de migrantes —niños y adultos— en la Ley de Migración está asociada a los criterios de “orden público” y “seguridad”. Esto se hace evidente en el concepto de la *presentación*, definida en el artículo 99: “Es de orden público la presentación de los extranjeros en Estaciones Migratorias o en lugares habilitados para ello, en tanto se determina su situación migratoria en territorio nacional”. Esta medida, que no es otra cosa que la privación de la libertad, tiene un impacto considerable en una serie de derechos fundamentales. La regulación de la detención no incluye una excepción en el caso de NNA, quienes también son “presentados”. Esto ha sido reafirmado por el Gobierno, aunque a través de una descripción muy particular.

En un documento sobre las medidas adoptadas para la protección de NNA migrantes, el Gobierno ha afirmado que la “presentación”, “...se considera fundamental, en tanto que está orientada a garantizar el respeto a los derechos humanos de los migrantes, en particular tratándose de grupos en situación de vulnerabilidad, así como a proporcionarles la atención que requieren mientras se resuelve su situación migratoria”. Así, una medida privativa de la libertad es descrita como un mecanismo dirigido a la garantía de derechos, en particular de grupos en condición de vulnerabilidad como los niños y niñas. Igualmente, cuando se examinan las condiciones de detención, los procedimientos, el impacto que la medida tiene en los NNA, y particularmente cuando se observa el otro aspecto mencionado, el de la seguridad y el orden público como elementos centrales de la política migratoria, es indudable que se tiene plena consciencia sobre la naturaleza jurídica de la presentación.

Ahora bien, sin perjuicio de los problemas y contradicciones que presenta el marco normativo, en este capítulo nos interesa describir de manera específica lo que sucede en la práctica. Es decir, cómo se implementan las medidas de detención de NNA migrantes en el

contexto de la frontera sur, y cuál es el impacto de la privación de la libertad en los derechos de estos niños y niñas.

4. La detención generalizada de NNA migrantes en la frontera sur

La privación de libertad de migrantes en México, en especial de NNA migrantes o hijos e hijas de migrantes a lo largo de la última década, ha preocupado a organizaciones de la sociedad civil.¹ Entre otras reiteradas y graves violaciones a los derechos humanos se han señalado: privaciones arbitrarias de la libertad; violación al debido proceso; falta de información; imposibilidad de tener un representante legal y/o un abogado independiente y un tutor para el caso de NNA; falta de protección consular; incomunicación; mala calidad en la alimentación y falta de condiciones de higiene y seguridad; ausencia de políticas de reunificación familiar; limitada atención médica; falta de apoyo psicológico a quienes atraviesan situaciones extremas, han tenido historias de vida difíciles o han permanecido privados de la libertad en las estaciones migratorias por un tiempo prolongado.

Las organizaciones han elaborado diversos informes sobre los centros de detención, a partir de visitas y del monitoreo de las estaciones migratorias, principalmente de Chiapas, Tabasco y Ciudad de México. A pesar de las insistentes denuncias presentadas a nivel nacional, regional e internacional para obtener una reforma integral de la política migratoria —en particular en materia de detención, incluyendo la elaboración de medidas alternativas en casos de NNA—, hasta el momento no habido cambios sustanciales para garantizar la protección de esta población.

La región del Soconusco, además de ser la ruta donde transita el mayor flujo de personas migrantes, tanto documentadas como no documentadas, y de ser un corredor natural de la migración internacional que inicia en las ciudades fronterizas de Ciudad Hidalgo y Talismán y se extiende por once municipios de la Costa del Estado de Chiapas, es también la región donde se da el mayor número de detenciones de personas de diferentes nacionalidades que se dirigen a Estados Unidos, Canadá y a otros estados de México. De acuerdo con cifras del Instituto Nacional de Migración (INM), de enero a diciembre de 2011 en el Estado de Chiapas, 30.068 migrantes fueron detenidos (“alojados”) en estaciones migratorias dependientes de este organismo, 18.8% más que el año 2010. Cabe mencionar que es en Chiapas donde se ubican 29 de los 50 centros de detención del INM, siendo la Estación Migratoria Siglo XXI,

¹ Ver, entre otros, Centro de Derechos Humanos Fray Matías de Córdova (2009); I(dh)eas (2011); Sin Fronteras I.A.P. (2005).

ubicada en Tapachula (Chiapas), la más grande de Latinoamérica con una capacidad para detener a aproximadamente 1.000 personas.

El INM reporta en estadísticas públicas que en el año 2010 se llevaron a cabo 4.043 medidas de privación de libertad de NNA en estaciones migratorias y que en 2011 fueron 4.172, advirtiéndose un incremento de un 3.2%. Tan solo en el Estado de Chiapas, de enero a diciembre de 2011 se documentaron 3.896 medidas de encierro de NNA en estaciones migratorias.

Niños y niñas migrantes detenidos por autoridad migratoria según sexo, condición de viaje y grupos de edad									
Años 2009, 2010 y 2011									
	2009			2010			2011		
	Subtotal		Total	Subtotal		Total	Subtotal		Total
	Niños	Niñas		Niños	Niñas		Niños	Niñas	
Total de niños y niñas	4 145	1 547	5 692	3 007	1 036	4 043	3 141	1 019	4 160
De 12 hasta 17 años	3 676	1 153	4 829	2 502	702	3 204	2 641	679	3 320
De 0 hasta 11 años	469	394	863	505	334	839	500	340	840
Acompañados	397	344	741	389	275	664	373	262	635
No acompañados	72	50	122	116	59	175	127	78	205

Fuente: elaboración propia en base a datos del INM.

Migrantes detenidos en Estaciones Migratorias en México por entidad federativa. 2009-2010-2011

Entidad Federativa	Año					
	2009		2010		2011	
	Valor	Porcentaje	Valor	Porcentaje	Valor	Porcentaje
Aguascalientes	340	0,5	413	0,6	278	0,4
Baja California	776	1,1	764	1,1	689	1,0
Baja California Sur	33	0,0	58	0,1	27	0,0
Campeche	625	0,9	969	1,4	588	0,9
Chiapas	31 653	45,9	25 313	36,1	30 068	45,2
Chihuahua	815	1,2	919	1,3	700	1,1
Coahuila	832	1,2	872	1,2	736	1,1
Colima	41	0,1	29	0,0	21	0,0
Distrito Federal	1 359	2,0	1 183	1,7	1 475	2,2
Durango	168	0,2	237	0,3	172	0,3
Estado de México	434	0,6	1 355	1,9	1 788	2,7
Guanajuato	754	1,1	1 143	1,6	1 055	1,6
Guerrero	173	0,3	153	0,2	218	0,3
Hidalgo	501	0,7	1 606	2,3	1 832	2,8
Jalisco	348	0,5	385	0,5	251	0,4
Michoacán	41	0,1	96	0,1	30	0,0
Morelos	10	0,0	110	0,2	86	0,1
Nayarit	184	0,3	321	0,5	218	0,3
Nuevo León	237	0,3	879	1,3	1 286	1,9
Oaxaca	3 058	4,4	5 304	7,6	5 054	7,6
Puebla	1 347	2,0	1 004	1,4	582	0,9
Querétaro	504	0,7	560	0,8	818	1,2
Quintana Roo	363	0,5	497	0,7	514	0,8
San Luis Potosí	1 325	1,9	1 167	1,7	2 718	4,1
Sinaloa	926	1,3	1 164	1,7	1 087	1,6
Sonora	877	1,3	1 914	2,7	957	1,4
Tabasco	12 597	18,2	12 770	18,2	6 081	9,1
Tamaulipas	3 219	4,7	2 059	2,9	2 122	3,2
Tlaxcala	720	1,0	1 490	2,1	822	1,2
Veracruz	4 415	6,4	4 973	7,1	4 032	6,1
Yucatán	190	0,3	160	0,2	177	0,3
Zacatecas	168	0,2	235	0,3	101	0,2
Total	69033	100,0	70102	100,0	66583	100,0

Fuente: elaboración propia en base a datos del INM.

A su vez, en nuestro trabajo hemos podido observar bajo que modalidades se concreta esta detención, así como las condiciones en las que los NNA migrantes son privados de libertad, a partir de dos casos: la EMSXXI y el Albergue Temporal para Menores Migrantes del DIF Chiapas. Ambos lugares son observatorios privilegiados y estratégicos para explicar el funcionamiento de la política migratoria mexicana respecto de NNA migrantes, como señalamos al principio de este informe.

NNA detenidos en EM en Chiapas, en Albergue DIF Chiapas y devueltos por el INM desde Chiapas. Años 2009, 2010 y 2011.

	Número aproximado de niños, niñas y adolescentes detenidos en la Estación Migratoria - Chiapas*		Niños, niñas y adolescentes detenidos en el Albergue del DIF Chiapas		Niños, niñas y adolescentes devueltos por el INM desde Chiapas	
	Valor	%	Valor	%	Valor	%
2009	2013	90,5	211	9,5	2224	100
2010	2458	92,5	200	7,5	2658	100
2011	2890	96,5	105	3,5	2995	100

* El número fue construido sobre la cantidad de NNA devueltos desde Chiapas menos el número de NNA que se encontraban en albergues del DIF Chiapas. Sin embargo se estima que la cifra puede ser superior por los NNA que no fueron devueltos y continúan en la Estación Migratoria.

Fuente: elaboración propia con datos del INM y el DIF Chiapas.

Estos datos cuantitativos sobre la detención de NNA migrantes revelan por sí mismos un cuadro alarmante. Y la situación se agrava cuando se conocen circunstancias de fondo como la falta de fundamentación de las detenciones, y su consecuente carácter automático y de espaldas a las circunstancias y vulnerabilidades de cada caso; el incumplimiento generalizado de las pocas innovaciones positivas de la Ley de Migración en este tema; el impacto que tiene el encierro en el desarrollo emocional y psicológico de los NNA; las condiciones arbitrarias e inadecuadas en las que transcurre la detención; o la ausencia sistemática de garantías elementales de debido proceso en que se adoptan estas medidas. Con la excepción de este último caso, que será motivo de un capítulo específico, veremos a continuación brevemente estos aspectos.

4.1 La inaplicabilidad de la nueva Ley de Migración

Durante el desarrollo de esta investigación se produjeron varias modificaciones del marco normativo que regula los principales temas que se estaban examinando. Sin dudas, uno de los principales cambios ha sido el de la Ley de Migración. En el capítulo sobre normativa describimos los problemas de esta ley en cuanto a la detención de NNA migrantes. Ahora bien, aún con esas limitaciones, algunas cláusulas permitían imaginar un cambio en el trato a los niños y niñas en lo relativo a la privación de la libertad. Sin embargo, a más de un año de la aprobación, la realidad que expone la información recogida es profundamente decepcionante.

En primer lugar, porque los NNA migrantes continúan siendo detenidos de manera generalizada y automática. Principios medulares de la ley como el interés superior del niño, entre otros, no han tenido impacto alguno en la atención a niños y niñas migrantes, en general, y en lo referido a la detención, en particular. La situación sobre la privación de libertad de NNA migrantes descrita en informes elaborados en los últimos años por diversas instituciones (CNDH, 2011; Sin Fronteras, 2005 y 2009; CDH Fray Matías de Córdova, Relatoría CIDH, 2011), se ha mantenido incólume a pesar del cambio normativo.

En segundo lugar, porque estas detenciones se producen, en la amplísima mayoría de los casos, en la EMSXXI, y no en el albergue del DIF. Es decir, que la obligación impuesta al INM de canalizar de manera inmediata al DIF a los NNA no acompañados (artículo 112 de la ley), no ha tenido prácticamente aplicación alguna. En el informe presentado por el Gobierno ante la Corte Interamericana (2012: §107), se sostiene que los NNA “no son privados de su libertad, sino que son llevados a las instituciones en donde se les protege y se les proporciona la atención adecuada [...], atendiendo de esta forma al interés superior del niño”.

Las estadísticas oficiales correspondientes a los últimos tres años desmienten categóricamente esta afirmación. Permiten advertir que en el primer año de vigencia de la nueva ley, el porcentaje de NNA canalizados al Albergue DIF desde la EMSXXI ha sido aún menor que en años anteriores. Desde la entrada en vigor de la ley, más del 95% de los NNA fueron repatriados desde Chiapas sin pasar previamente por el Albergue DIF, de lo cual se deduce que fueron detenidos en la EMSXXI. Los pocos NNA que fueron canalizados al DIF, representan la mitad de quienes fueron allí albergados dos años antes, bajo la Ley General de Población (LGP). Otras investigaciones dan cuenta también de esta situación (Casa Alianza, 2012).

NNA detenidos en Albergue del DIF Chiapas en comparación a NNA devueltos por autoridad migratoria desde Chiapas. Años 2009, 2010 y 2011

	Niños, niñas y adolescentes detenidos en el Albergue del DIF Chiapas		Niños, niñas y adolescentes devueltos por el INM desde Chiapas	
	Valor	%	Valor	%
2009	211	9,49	2224	100
2010	200	7,52	2658	100
2011	105	3,51	2995	100

Fuente: elaboración propia en base a datos del INM y del DIF Chiapas.

Niños, niñas y adolescentes devueltos por el INM desde Chiapas (2009, 2010, 2011, 2012 ene - jun)				
Año	2009	2010	2011	2012 (ene- jun)
Valor	2224	2658	2995	2272
Fuente: elaboración propia con datos del INM				

Entre los motivos que determinan esta situación, se encuentra indudablemente la falta de la voluntad o decisión necesaria para dar cumplimiento en el plazo más breve posible con esta obligación establecida en la Ley de Migración. De manera complementaria, otros factores inciden en la continuidad de estas prácticas ilegítimas.

Por un lado, es llamativo que pese al cambio de la ley, no se haya modificado el reglamento elaborado por el DIF Chiapas para regular las condiciones del albergue. El reglamento establece, entre otras cosas, que solamente albergará a niños varones menores de doce años y niñas de cero a 17. La falta de un marco de protección de infancia que fije criterios de mínima que sean comunes y de aplicación en todo el territorio, contribuye a la existencia de este tipo de reglamentaciones contradictorias y evidentemente contrarias al marco constitucional e internacional.

Por otro lado, como se ha verificado en la investigación, la permanencia de NNA en la EMSXXI en algunos casos responde a situaciones tan variadas e injustificadas. Entre ellas, la falta de cupo en el albergue; el argumento de que la devolución al país de origen se concretará en un plazo corto; o incluso, que ante ciertas situaciones —como una conducta “conflictiva”— el DIF decide devolver al niño o niña a la estación migratoria.

A su vez, en relación con el incumplimiento del deber de canalización, es importante subrayar que en muchos casos esta remisión al DIF no debería producirse en el ámbito de Tapachula (de la EMSXXI al DIF Chiapas). Si como indica la ley, el deber de canalización debe satisfacerse inmediatamente, entonces debería producirse en el lugar del territorio mexicano en que el niño o niña es “interceptado” por el INM. Es ahí donde debería producirse la canalización. Eventualmente, si se llegara a resolver con posterioridad su repatriación al país de origen, podría darse que desde el albergue DIF en que se encuentre, el niño o niña sea enviado al DIF Chiapas. O no, según la forma en que se implemente la decisión.

Este incumplimiento generalizado, y por ende la continuidad de la remisión casi automática de los NNA a la EMSXXI, parece responder a un aspecto reiteradamente señalado en este informe: la primacía de los objetivos de la política migratoria por sobre la de infancia,

que determina que prácticamente todos los esfuerzos y los dispositivos estén dirigidos a asegurar la repatriación del niño o niña a su país de origen.

4.2 La detención automática de NNA migrantes: ausencia de fundamentos, invisibilidad de las particularidades de cada caso

En los últimos años se ha sostenido cada vez con mayor firmeza, que el encierro de NNA por razones de índole migratoria no sólo es contrario a los derechos del niño, a su interés superior, sino que se trata de una medida desproporcionada e injustificada (UNICEF, 2012). Sin dudas, la detención de estos NNA se inscribe en dos aspectos determinantes de la política migratoria mexicana actual. En primer lugar, la ausencia de un procedimiento de determinación de interés superior que valore las características específicas de cada caso y que permita evaluar previamente si la repatriación al país de origen es la respuesta adecuada a ese interés superior. Y en segundo lugar, la falta de un procedimiento de Determinación del Interés Superior (DIS), que es consecuencia de una política en la cual la repatriación es prácticamente la única respuesta a la irregularidad migratoria de NNA migrantes que residen o transitan por el territorio mexicano.

Si la detención de NNA es en general ilegítima, la gravedad e irrazonabilidad de estas prácticas es aun más evidente si se analizan situaciones particulares. En este sentido, resulta incomprensible que los mecanismos de detención y repatriación sean implementados de manera sistemática en casos de NNA que migran a Chiapas con el objetivo de trabajar y que en muchos casos residen en la región del Soconusco por largos períodos,² incluso algunos de forma definitiva desde hace años. En el marco de esta investigación se han conocido casos de niños y niñas que residían en Tapachula y fueron detenidos luego de una verificación migratoria en su lugar de trabajo (casos A. B. A., J. A. A., J. O., J. U., y M. A.).

La detención también se concreta aun cuando se presume que los NNA migrantes han sido víctimas de delitos durante su tránsito o estadía en México. En estas ocasiones, la investigación judicial, así como los diferentes trámites administrativos que deben realizarse, suponen a su vez la prórroga de la privación de la libertad. Entre otros casos, cabe mencionar la situación de Y. E. S., una niña guatemalteca de 15 años residente en Soconusco, que habría sufrido violencia familiar y abusos sexuales. Una vez conocida la situación, la niña fue remitida

² De hecho, en los meses de enero y marzo el número de adolescentes detenidos aumenta porque son los meses del cultivo de café, plátano, azúcar y otros. Muchos de ellos vienen acompañados por su padre o madre, pero como la mayoría entra de manera irregular, no tienen forma de acreditar el vínculo familiar, prefieren decir que vienen solos, si no tardaría más el proceso de repatriación y, eventualmente, el reingreso para continuar trabajando.

al Albergue Temporal DIF por un tiempo durante el cual se realizaron diversas gestiones —entre autoridades mexicanas y consulares— para alcanzar alguna clase de solución,³ al menos en términos de definir si sería repatriada o no. A diciembre de 2011, es decir, luego de siete meses de permanecer encerrada, se estaba tramitando su regularización migratoria ya que no se había encontrado ningún familiar en el país de origen.

El INM es la autoridad que resuelve la detención de NNA migrantes, como sucede con los adultos, sin la justificación que amerita una medida privativa de la libertad. Como señalan de manera categórica los estándares internacionales de derechos humanos, una decisión que implique la privación de la libertad de una persona precisa ineludiblemente, entre otros requisitos, una debida fundamentación. Es decir, se exigen en cada caso, argumentos y pruebas de peso para sostener la necesidad y pertinencia de esa restricción a un derecho tan fundamental.

Sin embargo, nada de esto sucede en las actuaciones administrativas que determinan la detención de migrantes en las estaciones migratorias. Y esta situación se agrava aún más en el caso de NNA, ya que una sólida base jurídica —tratados internacionales, Constitución, leyes de protección de infancia— impone requisitos aun más estrictos para disponer la privación de libertad. Ninguna de las decisiones que ordenan la detención de un niño o niña en una estación migratoria o en un albergue cerrado, explica y desarrolla los motivos que permitirían sostener esa medida con base en el principio de interés superior del niño. Tampoco argumentan por qué no se recurre a una medida alternativa, no privativa de la libertad. Como se describe en el capítulo sobre debido proceso, todo ello ocurre además sin que en esa decisión intervenga un órgano jurisdiccional, pese a que debería ser quien dicte esta clase de medidas o, en su defecto, quien ejerza un inmediato control sobre su legalidad.

La detención automática de NNA migrantes se encuentra tan extendida en la cotidianidad de la EMSXXI o el Albergue DIF que parece ser lo normal o, en el mejor de los casos, lo inevitable.⁴ Cientos de NNA son detenidos semanalmente, incluyendo niños o niñas que tienen dos o tres años y que se encuentran con sus padres. El caso de C. V. M., joven de 19 años detenida en el Albergue DIF y la EMSXXI durante cinco meses, junto a sus hijas de tres y

³ Ante la ausencia de un procedimiento DIS, esta búsqueda de soluciones es claramente parcial y acotada, si se considera la diversidad de medidas que deberían adoptarse en estos casos. Una de las líneas de acción que usualmente se omiten en estos casos es la investigación de las denuncias acerca de los delitos sufridos.

⁴ Butler sostiene que la capacidad expulsiva del Estado implica un ejercicio de poder que se manifiesta en formas de normalizadas de "reclusión" hiperpolitizadas aunque extrajudiciales: "Si el Estado es lo que vincula, también es claramente lo que puede desvincular. Y si el Estado vincula en nombre de la nación, conjurando forzosa si es que no poderosamente cierta versión de la nación, entonces también desvincula, suelta, expulsa." (Butler, 2009: 45)

siete años, es uno de los tantos ejemplos que acreditan el alcance de la detención de NNA y la preocupante ausencia de medidas alternativas ante situaciones de tal gravedad.

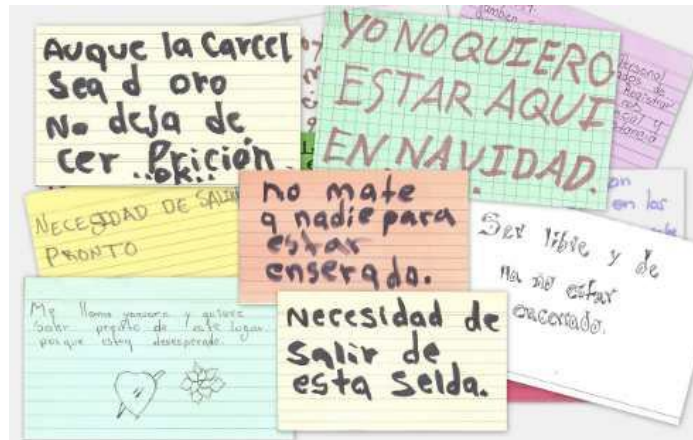
Finalmente, es importante mencionar que estas características de la privación de libertad, su carácter automático y la invisibilidad de las particularidades de cada caso, están íntimamente vinculadas, y se refuerzan, en el marco de procedimientos en los cuales están ausentes las principales garantías del debido proceso, incluyendo el acceso a la justicia, como se explica en detalle en el próximo capítulo.

4.3 Conciencia de los NNA sobre su situación de detención

Hemos visto en diferentes secciones de este informe que la detención de NNA migrantes se presenta, por un lado, bajo una serie de eufemismos, y por el otro, como una medida de protección de esos niños y niñas, dada su situación de vulnerabilidad. Al respecto, hemos subrayado que más allá de la terminología que la legislación y la política migratoria mexicana utilicen para referirse a esta situación (CIDH, 2002: 376), cuando una persona no tiene la posibilidad de salir o de abandonar por su propia voluntad un determinado lugar, las implicancias prácticas y la naturaleza jurídica de esa situación corresponden a la privación de libertad (CIDH, 2008).

Además comprobamos que la implementación de estas medidas no responde a objetivos de una política de protección integral de la infancia, sino a otros, definidos desde la política migratoria y otras conexas como la de seguridad nacional. Ello sin perjuicio de que el encierro como medida de protección de NNA se considera incompatible con estándares básicos en materia de derechos de infancia (Corte IDH, 2004).

Ahora bien, la información recabada nos permitió constatar, además, que los adolescentes detenidos en la EMSXXI eran plenamente conscientes que estaban en una situación de privación de libertad, en razón de su condición migratoria. En las conversaciones informales con NNA en la estación, no se han recogido opiniones que pudieran hacer pensar que los niños y niñas creían que se encontraban allí por su protección. En el marco de una actividad realizada por el CDH Fray Matías de Córdoba, en 2011, los adolescentes detenidos en la EMSXXI tuvieron la oportunidad de expresar de forma manuscrita sus necesidades y deseos. Sus palabras confirman con claridad el nivel de consciencia que tienen sobre la situación que atraviesan.



Tarjetas realizadas por NNA en la EMSXXI en el marco de actividades de promoción de derechos.

4.4 Ausencia de medidas alternativas a la detención

La detención automática y generalizada de NNA migrantes se agrava por la falta de medidas alternativas a la privación de la libertad en el contexto de los procedimientos migratorios que se ponen en marcha al detectarse una situación migratoria irregular.

En este sentido, ya se hizo referencia al incumplimiento de la Ley de Migración en lo que respecta a la canalización inmediata de los NNA al Sistema DIF. De todas formas, corresponde subrayar que el cumplimiento progresivo del deber de canalización no agotaría los desafíos pendientes en materia de detención de NNA migrantes y de diseño de medidas alternativas. Actualmente, los albergues destinados a “alojar” a NNA migrantes en las órbitas nacional y estatales, tienen un régimen cerrado que impide la libre circulación y/o el abandono del lugar por parte de los niños y niñas.

Este diagnóstico se agrava más aún si se considera que ni la ley ni el anteproyecto de reglamentación prevén cómo deben ser los lugares y las condiciones en que los NNA migrantes deben ser albergados dentro de los sistemas DIF. Pese a que la canalización debería ser la regla general, la normativa no ha incluido una disposición específica que prohíba que esos establecimientos a cargo del DIF sean centros cerrados.

Las características de los albergues DIF —y, en especial, del DIF Chiapas, dada su negativa a recibir a niños mayores de doce años—, confirman que la respuesta brindada por los organismos de protección de la niñez a nivel nacional y/o estatal también se funda exclusivamente en la detención. Los albergues donde los NNA migrantes son alojados mantienen regímenes cerrados que no permiten salir o abandonar el lugar por voluntad propia. Si bien esos niños y niñas no se encuentran en un centro directamente monitoreado

por las autoridades migratorias, lo cual sin dudas es una situación menos perjudicial para sus derechos y necesidades, ello no excluye el hecho de estar privados de su libertad y, por ende, sigue siendo una práctica contraria a la CDN y a los estándares aplicables en estas circunstancias. Además, esos NNA permanecen igualmente bajo la jurisdicción del INM, ya que es el Instituto el que dispone cuándo ingresan y cuándo salen del albergue —esto último usualmente para su repatriación.



*Albergue NNA migrantes DIF, Chiapas
Foto: Luis Enrique Aguilar*



*Fotografía del Centro de Día para NNA migrantes del DIF Chiapas, Tapachula
Foto: Luis Enrique Aguilar*

Por otra parte, cabe señalar que los pedidos de información realizados en el marco de esta investigación a todas las delegaciones del INM en el país, también permitieron corroborar, a partir de la información brindada por cada Estado, la generalizada ausencia de medidas alternativas a la detención. Los pocos casos identificados en los que se aplicó una medida

alternativa —insignificantes en número si se tiene en cuenta la cantidad de NNA detenidos—, refieren a situaciones especiales, como algunos niños víctimas de trata de personas, aunque ello no implica que en muchos casos las víctimas de trata o explotación, o incluso testigos de esos delitos, no sean también detenidos en estaciones migratorias o albergues cerrados.

Tampoco existían en manos del DIF Chiapas documentos referidos a la adopción de mecanismos alternativos a la detención de NNA migrantes.⁵ A esta situación se le agrega, como veremos en el Capítulo 9, que la ausencia de medidas alternativas afecta por igual a NNA migrantes y NNA que solicitan su reconocimiento como refugiados o alguna otra clase de protección complementaria.

Finalmente, la Ley de Migración hace alusión a la “custodia” como una posible alternativa a la detención, sin distinguir entre adultos o NNA. En su artículo 101 expresa que luego de la “presentación”, la persona “podrá ser entregad[a] en custodia a la representación diplomática del país del que sea nacional, o bien a persona moral o institución de reconocida solvencia cuyo objeto esté vinculado con la protección a los derechos humanos, con la obligación del extranjero de permanecer en un domicilio ubicado en la circunscripción territorial en donde se encuentre la estación migratoria, con el objeto de dar debido seguimiento al procedimiento administrativo migratorio”.

El anteproyecto del reglamento incluye algunas causales que podrían dar lugar a esta medida —ninguna de ellas referidas específicamente a NNA— y luego describe algunos aspectos formales que deben cumplirse para su aplicación (artículos 172-175). Su escueta redacción así como el traslado de una responsabilidad de custodia a un actor particular, que incluso podría ser sancionado si la persona migrante se “sustraiga del control del Instituto” (artículo 149 de la ley), hacen suponer su limitada eficacia como una alternativa a la detención.

Por otra parte, la omisión de cualquier referencia a los NNA y a los elementos que harían falta para poner en práctica la medida con esta población, generan aún más dudas sobre su función como una respuesta alternativa a la privación de la libertad. Asimismo, como veremos en el capítulo siguiente, la aplicación de estas medidas es aún más remota en el contexto de las normas y prácticas vigentes, caracterizado por la ausencia de garantías básicas de debido proceso, entre ellas, la de contar con tutor. Ello sin perjuicio de que por el principio de no detención, las alternativas no deberían estar contempladas como una mera posibilidad y

⁵ Unidad de Enlace, Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Estado de Chiapas, Solicitud Número 3066, Expediente Numero 24/2011, 3 de agosto de 2011.

escuetamente reguladas, sino que deberían ser con toda claridad las medidas que obligatoriamente habría que aplicarse.

En definitiva, las medidas alternativas a la detención de NNA requerirían, por un lado, la revisión del marco legal, y por otro, ser parte de una discusión más amplia sobre una eventual reformulación del mandato y las prácticas del DIF, o la creación de otro órgano rector de la política de infancia. También requerirían el desarrollo de mecanismos y procedimientos adecuados y legítimos, que entre otros factores contemplen las particularidades de cada caso para evaluar cuál sería la medida alternativa más apropiada. Todo ello, con un presupuesto que garantice su efectiva implementación.

Pero además de la creación de centros abiertos, con un objetivo claro y prioritario de protección integral de la infancia, deberían implementarse otras medidas no privativas de la libertad (por ejemplo, la presentación periódica ante un organismo gubernamental) o incluso contemplar la posibilidad de que no sea necesaria ninguna medida de este tipo. Por ejemplo, es posible imaginar que en relación con muchos NNA que viven y trabajan en Tapachula, las autoridades de infancia, protección social, educación y salud, entre otras áreas, podrían adoptar medidas que atiendan la situación de vulnerabilidad de esos niños o niñas, y generar respuestas que no requieran siquiera alojarlos en un lugar abierto.

En cualquier caso, la efectiva aplicación de medidas alternativas a la detención está intrínsecamente vinculada, como se explicó en el capítulo anterior, con el desarrollo de un procedimiento de determinación del interés superior del niño y, en definitiva, con respuestas más integrales a la irregularidad migratoria de adultos y niños. En tanto la repatriación de NNA esté definida como el objetivo prioritario y casi excluyente de la política migratoria, los debates y propuestas sobre las alternativas a la detención estarán seriamente condicionados. No obstante, poner fin a la detención de niños y niñas migrantes es una obligación de derechos humanos que con urgencia debe cumplir el Estado mexicano.

4.5 Condiciones de detención ilegítimas

La detención administrativa que establece la ley migratoria tiene lugar, hasta hoy, en albergues cerrados y estaciones migratorias. La creación de las estaciones migratorias fue autorizada por la Secretaría de Gobernación inicialmente a través de la Ley General de Población que previó su instalación para la estancia provisional de las personas migrantes que no cumplieran con alguno de los requisitos administrativos para la regularidad migratoria o como medida de *aseguramiento*, cuando fueran a ser expulsados (véase artículos 71

—derogado por la Ley de Migración pero vigente al cierre de este informe por no haberse aprobado aun el reglamento—, 94 y 208 de la LGP).

A su vez, como se ha señalado en otra oportunidad, en marzo de 2006, el entonces Presidente Vicente Fox inauguró la Estación Migratoria Siglo XXI con un discurso enfocado en el reconocimiento de las aportaciones de la migración a la sociedad mexicana, el respeto de sus derechos humanos y el cumplimiento de compromisos con “hechos tangibles” (CDH Fray Matías de Córdoba, 2009). Al referirse directamente a esta estación, Fox afirmó: “Se trata de una instalación modelo porque cumple con los más altos estándares de construcción, de uso de tecnologías, de protección a los derechos humanos y de atención a cada una de las personas que pasen por aquí”.⁶

Las características generales de las estaciones migratorias, su funcionamiento y distribución en los distintos Estados mexicanos, se detallan en distintos trabajos previos a esta investigación (CDH Fray Matías de Córdoba, 2009; Sin Fronteras, 2009; I(dh)eas, 2011). Por ello no nos detenemos aquí sobre estos aspectos.

Nos centraremos, en cambio, en la situación de los derechos humanos y las condiciones en que NNA migrantes son privados de libertad en la EMSXXI. Como hemos señalado, la región del Soconusco, donde se encuentra ubicado el centro de detención, cumple una función estratégica en la política migratoria en materia de NNA migrantes indocumentados. Es la región por donde ingresan anualmente a territorio mexicano decenas de miles de NNA, mayormente centroamericanos, y se trata de un paso obligado en la implementación de las medidas de repatriación o devolución a sus países de origen. Esto implica, por lo tanto, que la mayoría de NNA centroamericanos detenidos por el INM sean alojados en la EMSXXI.

Limitaciones en la concepción y funcionamiento cotidiano de los MAEM

En los últimos años, acuerdos entre diferentes áreas del poder ejecutivo nacional y los gobiernos estatales permitieron la instalación de Módulos de Atención para Menores Migrantes en las Estaciones Migratorias (MAEM), cuyo objetivo consistiría en dar a los NNA la misma atención que tendrían en los albergues, teniendo acceso a la asistencia de psicólogos y trabajadores sociales de los sistemas DIF estatales. En el caso de Chiapas, un acuerdo que involucró tanto al INM como a los sistemas DIF nacional y estatal permitió la construcción de uno de estos módulos dentro de la EMSXXI.

⁶ Palabras del ex presidente Vicente Fox Quesada durante la ceremonia de inauguración de la Estación Migratoria Siglo XXI, que tuvo lugar en el municipio de Tapachula, Chiapas, el 28 de marzo de 2006 [En línea <http://fox.presidencia.gob.mx/actividades/orden/?contenido=24226>] (Consulta agosto 2012)

Ahora bien, la existencia del MAEM no modifica la situación privativa de la libertad contraria a la CDN y a la Constitución Política mexicana. Además, las características de este módulo, sus limitaciones para realizar según qué actividades, sus competencias y objetivos, dan cuenta también de condiciones insuficientes e inadecuadas respecto de las necesidades y derechos de los niños y niñas detenidos en la EMSXXI.

El MAEM de la EMSXXI está dividido en tres salas: una se utiliza para ver películas y realizar actividades pedagógicas y de sensibilización (aunque estas últimas no tienen lugar con frecuencia), otra es para jugar o hacer manualidades, y la tercera se destina al tratamiento psicológico. Al módulo suelen acceder únicamente los jóvenes varones que se encuentran en la estación. No obstante ello, en la EMSXXI, en razón del número de adolescentes es usual que sólo algunos pocos de los NNA ingresen al módulo ya que debido a las limitaciones de espacio existe un cupo máximo (22 personas, pese a que en ciertos días el número de adolescentes detenidos puede ascender a 60). A estas restricciones espaciales se suman las limitaciones de tiempo, ya que los adolescentes sólo están allí tres horas al día (de 10.30 a 13.30). Ello siempre y cuando el módulo no esté cerrado, algo que ocurre a menudo por diferentes motivos, desde desinfecciones hasta la celebración de un día feriado.⁷

De esta manera, la única vinculación entre el DIF estatal y los varones adolescentes que están privados de su libertad en la EMSXXI se limita a un contacto esporádico y principalmente recreativo, durante tres horas, al que usualmente no pueden acceder todos. El resto del día lo pasan entre el patio —por la tarde, si el clima lo permite—, el comedor y las habitaciones cerradas con llave, donde permanecen desde las 20 horas hasta las 8 horas del día siguiente. Tal vez nada ilustra mejor la limitada relación que los adolescentes tienen con el DIF, y la preeminencia de la lógica de control migratorio por sobre la de protección integral de la infancia, que el hecho de que pasen más horas al día con el guardia de seguridad, ubicado en el sector del comedor y de las habitaciones, que con los representantes del DIF o los Oficiales de Protección de Infancia (OPI).

⁷ En ciertas ocasiones, además, el módulo ha permanecido sin funcionar por largos periodos, tal como sucedió en el mes de septiembre de 2011, cuando no se realizaron actividades por más de una semana debido a las fiestas patrias de los días 15 y 16 de septiembre. Si se trata de una iniciativa dirigida a garantizar los derechos de la infancia, es evidente que esto no podría suceder, dado que miles de adolescentes sólo están detenidos por pocos días. Por otra parte, cabe mencionar que desde el mes de diciembre de 2011 hasta al menos febrero de 2012, el Módulo cuenta con un solo funcionario.



Tarjetas realizadas por NNA detenidos en la EMSXXI en el marco de actividades de promoción de derechos donde refieren a las condiciones en la estación migratoria.

Esta situación dista considerablemente no sólo de los estándares internacionales y la legislación nacional y estatal en materia de protección de infancia, sino también de los mismos (limitados) objetivos para los cuales fue previsto este módulo. En efecto, en el acuerdo firmado entre el INM y el DIF Chiapas, por el cual se crea el MAEM de la EMSXXI, se afirma que en estos módulos “se resguarda su integridad física y mental [de los NNA], proporcionándoles ropa, comida, dormitorio, valoración social y psicológica, así como la revisión de su situación jurídica y apoyo para localizar a sus familiares”.⁸ Tal como hemos descrito en esta y otras secciones de este informe, prácticamente ninguna de esas tareas se desarrolla en el módulo, ni están a cargo del DIF.

Tampoco existe previsión alguna que posibilite el acceso al módulo de los niños y niñas detenidos junto a sus padres o familiares en la estación migratoria. El acuerdo mencionado en el párrafo anterior excluye explícitamente a los NNA que están acompañados por sus familiares. Pese a que el módulo tiene entre sus objetivos el de velar por la protección y garantía de los derechos de los NNA detenidos en la estación, su atención está focalizada en uno solo de los grupos de NNA ahí alojados. Si bien el número de varones adolescentes es mayoritario en la estación, ello no es razón suficiente para que otros niños y niñas no puedan acceder en algún momento del día al módulo; o, más importante aún, para que el DIF no desarrolle programas y mecanismos de atención dirigidos específicamente a este grupo de niños y niñas de muy corta edad que, más allá de estar acompañados por su padre o madre, están claramente en una situación de vulnerabilidad.

⁸ Convenio específico de colaboración entre el INM y el Sistema DIF del Estado de Chiapas, para establecer acciones conjuntas para la instalación de módulos de atención en espacios compartidos, en beneficio de niñas, niños y adolescentes migrantes y repatriados no acompañados, el día 27 de julio de 2009, Cláusula Tercera, III.

Contradicciones del rol y la pertenencia institucional de los OPI

A partir del trabajo de la Mesa de Diálogo Interinstitucional sobre NNA no Acompañados y Mujeres Migrantes, el INM conformó un cuerpo de agentes especializados dedicados a proteger los derechos de NNA migrantes: los mencionados OPI. Formalmente en funciones desde el dictado de la circular 01/2010 de la Secretaría de Gobernación, la figura de los y las OPI (agentes migratorios seleccionados a tal fin a partir de un perfil específico delineado por el DIF nacional) es quizás la que suscita mayores reparos.

En este sentido, si bien la iniciativa puede valorarse positivamente, la constitución de estos agentes dentro de la órbita misma del INM implica una contradicción básica: se otorgan competencias orientadas a la protección de la infancia a oficiales que deben responder, en la estructura jerárquica, a funcionarios que, a su vez, son los garantes de implementar las medidas de detención y repatriación, todo esto en el marco de una fuerte política de control migratorio. Mientras esta clase de programas (los OPI, los Grupos Beta) no tengan la autonomía e independencia institucional necesaria, su impacto será siempre muy limitado y actuarán más como métodos de contención de los daños que, por otras vías, las propias políticas y prácticas han contribuido a generar, directa o indirectamente.

Por otra parte, como ya fuera señalado, los OPI no suelen realizar más acciones que entrevistar a los NNA migrantes no acompañados cuando ingresan a la estación migratoria y confeccionar un expediente con información sobre cada caso. La información recogida en esas entrevistas indica que su principal objetivo es garantizar la repatriación al país de origen, antes que identificar las necesidades y circunstancias particulares de cada NNA migrante, a fin de determinar cuáles podrían ser las diferentes alternativas a seguir en cada caso, en línea con el principio de interés superior del niño.

Las conversaciones informales con NNA en la EMSXXI, así como las investigaciones previas de otras organizaciones (entre otras, I(dh)eas, 2011) nos permitieron confirmar el limitado contacto que los NNA tienen con los OPI durante su detención (caso J. U.), el escaso conocimiento que tienen de sus funciones y, en ocasiones, la desconfianza sobre su rol como protectores de sus derechos (caso C. E.). Incluso se han documentado situaciones de malos tratos, incumplimiento de sus deberes y falta de formación en materia de derechos humanos (casos A. B. A. y GUI.; i(dh)eas, 2011: caso 40). Todo ello corrobora las limitaciones que surgen de la actuación de los OPI debido principalmente a su pertenencia institucional y a su limitado impacto en las condiciones de detención de NNA en la EMSXXI.

A su vez, cabe llamar la atención sobre el número de OPI presente en la EMSXXI. En la actualidad, el INM cuenta con 362 OPI en todo el territorio. Si tenemos en cuenta el rol estratégico de la frontera sur en esta materia y específicamente la cantidad de NNA migrantes que son detenidos en la EMSXXI, llama poderosamente la atención la escasa cantidad de OPI en la región. Mientras que en el Estado de Chiapas hay solamente diez OPI, en la EMSXXI trabajan únicamente tres. De ellos, dos desempeñan funciones administrativas ligadas a la confección de expedientes y una sola persona realiza las entrevistas y tiene mayor contacto con los adolescentes. Indudablemente, por el número de niños allí detenidos, es fácil deducir el limitadísimo contacto que hay entre ellos, en particular para que el/la OPI cumpla una función de protección y garantía de derechos de manera eficaz y exhaustiva.

Otro aspecto relevante en el análisis de la situación de los NNA privados de libertad en las estaciones migratorias, es el plazo durante el cual permanecen detenidos. Los distintos trámites judiciales generados por ejemplo a partir de una denuncia por haber sido víctima de un delito (casos A. B. A., R. A. y D. A.) o luego de haber interpuesto un recurso administrativo o judicial o ser solicitante de la asilo (caso R. S. y C. M. M.), pueden determinar que el plazo máximo de detención sea extendido hasta tanto no se resuelvan las causas judiciales o administrativas vinculadas a esos niños (ver también I(dh)eas, 2011: caso 45). Estos obstáculos surgen del propio texto legal que impide que en esos casos los NNA dejen el país (artículo 8 de las Normas para el funcionamiento de las estaciones migratorias, aún vigentes, y artículo 111 Ley de Migración).

En efecto, el artículo 111 de la ley establece que el INM resolverá la situación regular de los extranjeros *presentados* en un plazo no mayor de quince días hábiles y que el *alojamiento* en las estaciones migratorias únicamente podrá exceder ese plazo bajo los siguientes supuestos: "I. Que no exista información fehaciente sobre su identidad y/o nacionalidad, o exista dificultad para la obtención de los documentos de identidad y viaje; II. Que los consulados o secciones consulares del país de origen o residencia requieran mayor tiempo para la expedición de los documentos de identidad y viaje; III. Que exista impedimento para su tránsito por terceros países u obstáculo para establecer el itinerario de viaje al destino final; IV. Que exista enfermedad o discapacidad física o mental médicamente acreditada que imposibilite viajar al migrante presentado; y V. Que se haya interpuesto un recurso administrativo o judicial en que se reclamen cuestiones inherentes a su situación migratoria en territorio nacional; o se haya interpuesto un juicio de amparo y exista una prohibición expresa

de la autoridad competente para que el extranjero pueda ser trasladado o para que pueda abandonar el país". En los supuestos I, II, III y IV, no podrá exceder de 60 días hábiles.

Es preciso hacer algunas observaciones sobre este artículo, en tanto determina un aspecto central de las condiciones de detención: el tiempo de privación de libertad. En primer lugar, los supuestos I, II y III refieren a obstáculos no atribuibles a los y las migrantes, sino a terceros, en particular los propios Estados, lo cual no resulta un fundamento válido para extender la privación de la libertad de una persona. El inciso IV, por su parte, alude a circunstancias que deberían conducir, antes que a prorrogar la detención, a ordenar inmediatamente la libertad de los NNA, pues existen estándares jurídicos consolidados sobre la no privación de la libertad de personas con capacidades diferentes. Y, por último, el supuesto V constituye una restricción indebida del acceso a la justicia y al derecho a un recurso efectivo, en tanto condiciona el ejercicio de estas garantías a una extensión indefinida (de 60 días en adelante) de la privación de la libertad.

En relación con los plazos, cabe también señalar que cuando los NNA son detenidos en cualquier otro punto del territorio mexicano, o mismo dentro del estado de Chiapas, los traslados a la estación migratoria de Tapachula no son directos. Los NNA tienen que pasar previamente por diferentes estaciones. Hemos constatado casos de adolescentes que han estado hasta un mes en otras estaciones, como la de Ciudad de México, o una semana en la de San Cristóbal (a siete horas de Tapachula), antes de ser remitidos a la EMSXXI. En este punto, cabe agregar que las condiciones de cada estación migratoria pueden variar significativamente. También recordar que en estos casos debería haberse realizado la canalización al DIF del Estado en el cual el niño o niña fue encontrado.

También existe otro tipo de obstáculos prácticos que dificultan la "devolución" de los NNA que se encuentran en un proceso de repatriación a sus países de origen. No se trata de razones fundadas en el interés superior sino a cuestiones meramente operativas y presupuestarias. En ocasiones, debido a que la cantidad de NNA a repatriar es menor al cupo mínimo fijado para autorizar la salida del autobús, se prolonga la detención hasta tanto se cubra ese número. En casos relevados en la EMSXXI, la permanencia de NNA en la estación migratoria se ha extendido por más de diez días, únicamente por no poder completarse el cupo del autobús a Guatemala (casos E. F. R., P. E. y L. E.).

En esta misma línea, hemos podido observar durante nuestra investigación otras situaciones que representan violaciones aún más graves a los derechos de los NNA migrantes, y que se encuentran en consonancia con investigaciones previas, informes de organismos

públicos de protección de derechos y organismos internacionales. Pudimos constatar que, al menos en una oportunidad, 18 adolescentes hondureños fueron castigados a causa de un enfrentamiento que se habría iniciado entre ellos y un grupo de adolescentes guatemaltecos dentro de la estación migratoria. Sin la intervención de oficiales de protección a la infancia, los adolescentes hondureños fueron enviados al área de varones adultos y alojados en una habitación que no reunía las condiciones mínimas necesarias. Además, se determinó, al día siguiente al enfrentamiento, que no hubiera actividades en el módulo DIF. Al conversar con ellos, los adolescentes hondureños denunciaron haber sido golpeados por los agentes de migración (casos A. J. M. y H. O.).⁹

En una visita realizada en 2010, la organización I(dh)eas presenció una situación de similares características: encontró a un niño en un cuarto de aislamiento, también dentro del área de varones adultos, a modo de castigo. El suministro de agua estaba suspendido en ese cuarto y el niño se encontraba allí hacía cuatro días (i(dh)eas, 2011: 115). Este tipo de prácticas “disciplinarias” corrobora nuevamente la inadecuación de las condiciones de las estaciones a los derechos de NNA. Muestran, además, que en estos espacios no impera una lógica de protección de la infancia sino la de un centro privativo de la libertad.

4.6 La detención de NNA con sus familiares: desprotección legal y condiciones indebidas

En diversas ocasiones se ha sugerido que existen ciertas circunstancias, como la preservación de la unidad familiar, que justificarían el encierro de NNA junto a sus padres en un centro de detención de migrantes. Tal como han afirmado UNICEF (2012: §94-95) y el Comité de Derechos del Niño (2012), esa interpretación es incorrecta y atentaría, entre otros, contra los principios *pro persona* y el interés superior del niño.

En estos casos, numerosos especialistas han señalado que la respuesta adecuada consiste en asegurar conjuntamente el principio de no detención de NNA y el derecho a la vida familiar, y que no cabe invocar este último para vulnerar el primero (Relator ONU sobre derechos de migrantes, 2009; UNICEF, 2012). Por ello, no se trata de ubicar a toda la familia en un centro de detención sino de prever alojamientos abiertos orientados a la protección de la niñez y la familia siempre que sea indispensable. Es decir, que no corresponde aplicar esta

⁹ El 28 de febrero de 2012 se presentó una queja ante la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en Tapachula, ya que se documentó el castigo de dos adolescentes hondureños, tres guatemaltecos y un salvadoreño, en esta misma queja se hace referencia al castigo a los adolescentes hondureños documentado del 25 de septiembre de 2011. CNDH/5/2012/1568/Q.

medida, por ejemplo, cuando los NNA que viven en Chiapas. Esto mismo ha sido señalado por la CIDH en el informe preliminar de su última visita a México (2011).

Ahora bien, durante nuestra investigación hemos abordado la situación de los niños y niñas que viajan con sus familiares y son detenidos en la EMSXXI o el Albergue DIF. Estos niños y niñas han quedado al margen de las más recientes modificaciones normativas enfocadas sobre todo en los NNA migrantes no acompañados. La falta de regulación específica de este tema ha posibilitado —al menos en la EMSXXI y en el Albergue Temporal del DIF Chiapas— que la autoridad migratoria y la de protección de la infancia manejen con discrecionalidad estos casos. Frente a la variada conformación de cada familia migrante, las autoridades han brindado distintas respuestas sobre su régimen y lugar de detención no siempre tomando las mismas medidas para casos similares.

En muchas ocasiones, los niños y niñas que se encuentran acompañados, en lugar de ser albergados junto a sus familias en lugares acondicionados a tal efecto (el Albergue DIF, aunque sigue siendo una privación de la libertad), son confinados a la EMSXXI. Esta situación no sólo configura una violación al principio de no detención de NNA migrantes, sino que además representa una desigualdad de trato respecto de otros niños y niñas en las mismas circunstancias. En otras oportunidades los NNA son separados de sus familias, desoyendo tanto el principio del interés superior del niño como el derecho a la unidad familiar. Esta situación ha sido largamente confirmada tanto en esta investigación como en informes y estudios elaborados previamente (I(dh)eas, 2011; Sin Fronteras, 2007).

Cuando se trata de niños o niñas que se encuentran con su madre, éstos son alojados en el área de familias de la estación migratoria. En estos casos, el régimen legal vigente determinaría que esos niños/as y su madre sean derivados al Albergue Temporal. En la práctica hemos relevado casos en los que son alojados en la EMSXXI, tanto en el área de familias como en el área de mujeres (caso C. M. V., solicitante de asilo detenida más de cinco meses entre el DIF y la EMSXXI, con sus hijas de tres y siete años). Si bien en estas ocasiones se respeta la unidad familiar, la medida adoptada no está de acuerdo con el interés superior del niño o niña ya que la opción debiera ser alojar a la familia en un albergue abierto y no en un centro de detención. La privación de libertad de niñas de esa edad vulnera los principios medulares de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como de lo establecido en la Constitución mexicana en esta materia.

Los niños varones menores de doce años, y las niñas y adolescentes mujeres son canalizados habitualmente al Albergue Temporal del DIF Chiapas. Sin embargo, hemos

verificado periódicamente la presencia de niños y niñas menores de doce años que están junto con sus madres en la estación migratoria y, en esas ocasiones, no pueden ingresar al módulo DIF. Para ellos existe solamente una biblioteca con tres equipos de computadoras en el área de mujeres que funciona por turnos (debido a la sobrepoblación de niños y niñas, no son suficientes ni el espacio ni los equipos), lo cual evidencia la limitadísima perspectiva de derechos de infancia en la atención de estos niños y niñas.

En los casos en que el niño o la niña se encuentre sólo con su padre, si se trata de un niño varón, éste permanece en la estación migratoria en el área de jóvenes, mientras que su padre es alojado en el área de varones adultos o, en ocasiones, junto a él en el área de jóvenes. Si se trata de una niña, en cambio, ésta es ocasionalmente trasladada al Albergue Temporal. Pero si las niñas son mayores de doce años, son detenidas en el área de mujeres adultas. En ese caso, el contacto con el padre se limita a una hora al día (de 17 a 18 horas). Si los niños o niñas están en el Albergue DIF, el contacto es aún más esporádico.

Una situación análoga se produce cuando se trata de hermanos varones de diferente edad o de madres con un hijo varón y una hija mujer. Un joven adolescente de 17 años proveniente de Sri Lanka, se encontraba en la EMSXXI junto con un hermano mayor. Mientras el más joven fue ubicado en el área de adolescentes, el otro fue alojado en el sector de adultos (caso R. S.). En otro caso, una madre, su hija de dos meses y su hijo de 16 años, fueron alojados en la EMSXXI. Luego la madre y la niña fueron trasladadas al Albergue DIF, pero el joven debió permanecer en la estación no pudiendo contactarse por más de una semana con ellas (I(dh)eas, 2011: caso 41). Muy similar ha sido el caso de la señora M.AG., detenida en la EMSXXI con su niña mexicana de dos años y su hijo migrante de catorce durante más de un mes.

Estos casos, sin lugar a dudas, evidencian la urgente necesidad de diseñar medidas alternativas, no privativas de la libertad, para familias migrantes. Ello sin perjuicio de la inmediata revisión de estas situaciones a fin de eliminar prácticas arbitrarias, evitar la separación familiar y abstenerse de detener a niños y niñas en lugares y condiciones absolutamente inapropiados.

CAPÍTULO 8.

DETENCIÓN Y REPATRIACIÓN DE NNA SIN LAS GARANTÍAS ELEMENTALES DE DEBIDO PROCESO

1. Las garantías que amparan a NNA en el contexto de la migración

Diversos tratados internacionales sobre derechos humanos exigen que, en toda actuación de órganos del Estado que tenga incidencia sobre los derechos de las personas bajo su jurisdicción, se aseguren ciertos requisitos de debido proceso (entre otros, artículos 10 y 11 DUDH, artículo XVIII DADH, artículo 14 PIDCyP, artículo 8 CADH y artículo 40 CDN).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha definido el debido proceso legal como el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos. En relación con el tema de esta investigación, agregó la Corte IDH que el derecho al debido proceso legal deber ser reconocido en un marco de garantías que se deben brindar a todo migrante, independientemente de su estatus migratorio (Corte IDH, 2001: §124). La Corte ha señalado además, que se vulnera el derecho de las personas migrantes a las garantías y a la protección judicial, cuando existe el riesgo de ser deportado, repatriado o privado de la libertad, y no es posible acudir a instancias administrativas y judiciales, y cuando se niega la prestación de un servicio público y gratuito de defensa legal, impidiendo que se hagan valer los propios derechos en un debido proceso legal. Por estas razones, según la Corte, es un deber del Estado garantizar que el acceso a la justicia y a las garantías mínimas de debido proceso, sea efectivo y real, es decir, no sólo declarativo o formal (Corte IDH, 2003: §126). En referencia al ámbito migratorio, la Corte precisó claramente que las garantías y las protecciones judiciales se aplican en todos los procedimientos en los cuales un individuo deba proteger sus derechos frente a cualquier acto del Estado (Corte IDH, 2003: §123).

A su vez, al examinar la condición jurídica y los derechos y garantías de los NNA, la Corte IDH afirmó que la aplicación de estas garantías de debido proceso en el caso de NNA migrantes debe contemplar mecanismos especiales que tengan en cuenta sus necesidades y derechos específicos (Corte IDH, 2002: §98). En los procedimientos en los cuales están en juego los derechos de niños y niñas, no sólo es indispensable asegurar todas las garantías y reglas del

debido proceso legal, sino que también es preciso que esas garantías estén diseñadas y se implementen desde una perspectiva de infancia.

Entre las garantías específicas que deben asegurarse a NNA se incluye uno de los principios medulares de la CDN: el derecho a ser oído, que es vital para evitar la vulneración de sus derechos en todo procedimiento que los involucre y en las decisiones que se adopten e impacten sobre su realidad. En el marco de procedimientos migratorios, y concretamente de las medidas de detención y repatriación, el derecho a ser oído podría ser clave, entre otras cuestiones, para prevenir la violación del principio de no devolución, y por ende del derecho a la vida o la integridad física que pudieran vulnerarse con la repatriación; garantizar la reunificación familiar bajo la modalidad de tiempo y lugar más cercana al interés superior; considerar la adopción de medidas alternativas a la repatriación, como la residencia e integración en México o el ingreso a Estados Unidos de América (EU); identificar medidas de protección inmediata para víctimas de delitos, o NNA con problemas de salud física y psíquica; asegurar un alojamiento no privativo de la libertad acorde con las circunstancias particulares, etc.

A su vez, en relación con los NNA migrantes no acompañados, las garantías previstas en los tratados internacionales exigen que se les asegure el derecho a un tutor y a la representación legal. El Comité de Derechos del Niño ha destacado que el nombramiento de un tutor en el tiempo más breve posible, constituye una garantía procesal esencial para el respeto del interés superior de los NNA no acompañados o separados de su familia. Reforzando este criterio, el Comité ha precisado que el niño o niña “no podrá entablar los procedimientos de obtención del asilo u otros procedimientos sino después del nombramiento de un tutor”. Luego, precisa que si “solicita el asilo o entabla otros procesos o actuaciones administrativas o judiciales, además del tutor, se le nombrará un representante legal” (Comité de Derechos del Niño, 2005: §21). Veremos más adelante que tanto en la legislación como en la práctica de los procedimientos de repatriación y detención de NNA migrantes, estas figuras están ausentes, lo cual invalida categóricamente esos procesos y las decisiones que se alcanzan en cada caso.

Por otra parte, a fin de asegurar estas garantías procesales, el Comité ha aseverado que “los Estados deben crear un marco jurídico de base y adoptar las medidas necesarias para que el interés superior del niño y niña no acompañados o separados de su familia esté debidamente representado. Por lo tanto, tan pronto como se determine la condición de menor no acompañado o separado de su familia, se nombrará un tutor o asesor que desempeñarán

sus funciones hasta que el menor llegue a la mayoría de edad o abandone permanentemente el territorio o la jurisdicción del Estado de conformidad con la CDN u otras obligaciones internacionales” (Comité de Derechos del Niño, 2005: §33).

En relación con las características que debe tener un tutor en esta clase de circunstancias de acuerdo con la perspectiva de la CDN, el Comité indicó que es preciso contar con “conocimientos necesarios especializados en atención de la infancia, para que los intereses del menor estén protegidos y sus necesidades en materia jurídica, social, sanitaria, psicológica, material y educativa, etc., debidamente satisfechas. Servirá de vínculo entre el niño y los especialistas, organismos e individuos que prestan la atención permanente que el menor necesita. No podrán ejercer la función de tutor los organismos o individuos cuyos intereses puedan entrar en conflicto con los del menor” (Comité de Derechos del Niño, 2005: §33).

Los estándares internacionales son, por lo dicho, bastante claros en la descripción del perfil y facultades del tutor. No se trata de un sistema de tutela similar al que regía en numerosos países hasta la entrada en vigencia de la CDN, en algunos hasta hace poco tiempo. Es decir, no es la figura del tutor que representa a “un ser incapaz jurídica y naturalmente”, y por lo tanto, desde esta concepción el tutor suple la voluntad del niño, como prescribe hoy en día el desfasado Código Civil mexicano —una postura desfasada a la que adscribe el Instituto Nacional de Migración, como hemos podido comprobar en esta investigación—. ¹

Al contrario, el tutor, su función, capacidades y competencia, están determinadas por la CDN, y por lo tanto, su deber es garantizar a través de su labor el respeto y ejercicio efectivo de los derechos del niño o niña que representa. Por supuesto, ello no excluye sino que refuerza, la participación directa de los NNA en los procedimientos, el derecho a ser oportuna y debidamente informados, incluso en lo relativo a la designación del tutor y la revisión de ese nombramiento en caso de haber un conflicto, deficiencia u otra situación que pudiera generar un perjuicio al niño o niña.

Por otra parte, es esencial que la normativa y la práctica aseguren el derecho a la asistencia jurídica gratuita de los NNA en los procedimientos migratorios. Al respecto, la Corte IDH ha destacado la relevancia de este derecho en los procesos “en que se trata de una

¹ En el intercambio de oficios mantenido con el INM en relación con nuestra solicitud de acceso a la EMSXXI para realizar entrevistas con los adolescentes allí detenidos (en caso que ellos manifestaran su consentimiento), el Instituto nos señaló que se debía pedir autorización, en cada caso, a sus respectivos consulados, en tanto ellos eran los representantes de los NNA. Para fundamentar esta decisión, el INM recurrió al Código Civil y la supuesta incapacidad de los NNA, pese a su contradicción con la Convención sobre los Derechos del Niño y con los principios centrales que la sustentan, como el de autonomía progresiva y el derecho a ser oído.

persona extranjera, que puede no conocer el sistema legal del país y que se encuentra en una situación agravada de vulnerabilidad al encontrarse privada de libertad, lo cual requiere que el Estado receptor tome en cuenta las particularidades de su situación, para que goce de un acceso efectivo a la justicia en términos igualitarios” (Corte IDH, 2010: §132). Agregó la Corte que “en procedimientos administrativos o judiciales en los cuales se pueda adoptar una decisión que implique la deportación, expulsión o privación de libertad, la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a favor de éstas es necesaria para evitar la vulneración del derecho a las garantías del debido proceso” (Corte IDH, 2010: §146).

En su presentación ante la Corte IDH —en el marco de las observaciones de los Estados ante el pedido de Opinión Consultiva Nro. 21, realizado por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay—, el Gobierno de México señaló la importancia de la representación legal de los niños, niñas y adolescentes, pero con un objetivo muy distinto al exigido en el artículo 8 de la CADH, en tanto consideró que en muchas de las ocasiones los NNA “no alcanzan a comprender la magnitud o gravedad de las imputaciones que le formulan los órganos del Estado receptor”. Supone con esta postura que sobre los niños migrantes recaen imputaciones graves, por lo que la representación legal debe traducirlas y suplir su voluntad.

El derecho a la asistencia jurídica, en rigor, comprende el aspecto técnico de la defensa, esto implica, la capacidad técnica y jurídica especializada del abogado/a que prepare y lleve adelante la estrategia (Rodríguez, 2011). Desde esta óptica, en cualquier proceso donde estén involucrados niños, es necesario que la persona que los defienda represente sus intereses y se asegure de que se contemple el derecho del niño a ser oído, medular en la Convención, y a que su opinión sea efectivamente tenida en cuenta.

El Gobierno mexicano coincide con este punto en la citada presentación ante la Corte IDH cuando señala: “el derecho a contar con asistencia letrada es fundamental para garantizar los derechos fundamentales de los NNA. Así los Estados deben establecer todas las condiciones necesarias para que los NNA tengan acceso a la asistencia a un experto letrado cuando se les ha iniciado un procedimiento administrativo migratorio [...] atendiendo a la condición especial de los NNA, resulta congruente concluir que al tratarse de la determinación de su estatus migratorio por medio de procedimientos cuasi jurisdiccionales o administrativos, la asistencia letrada se presenta como una exigencia fundamental” (Gobierno de México, 2012: §60,61). Sin embargo, existen profundos déficits en esta materia en los procedimientos que conducen a la detención y repatriación de NNA migrantes desde México.

Otro aspecto clave de un debido proceso en el marco de esta clase de procedimientos migratorios, y en particular cuando las personas migrantes están privadas de libertad, es el derecho a la asistencia consular. En palabras de la Corte IDH, este derecho presenta tres elementos independientes, todos ellos esenciales y complementarios: el derecho a ser notificado por parte del Estado en cuya jurisdicción se encuentra la persona, de su derecho a la asistencia consular;² el derecho a acceder de manera efectiva y sin dilación alguna a la comunicación con los representantes consulares; y el derecho a que esos representantes brinden efectivamente esa asistencia.

En los procedimientos que pueden conducir a la detención y repatriación de niños y adultos migrantes a su país de origen, este derecho es particularmente relevante cuando los NNA no están acompañados, aunque no deja de ser esencial para los niños y niñas que están junto a sus padres, tal como hemos verificado en numerosos casos relevados en esta investigación.

En todas estas ocasiones es fundamental que esta garantía se asegure también desde la perspectiva de la infancia. Esto quiere decir, por un lado, un esfuerzo adicional de los Estados de informar sin demora alguna sobre este derecho, a través de personas con la debida formación para transmitirlo y explicarlo a los NNA. Por el otro, que se garantice sin limitación alguna la comunicación oportuna y permanente con el consulado en caso de que el niño/a así lo solicite. A su vez, se requiere que se brinden condiciones adecuadas (de tiempo, lugar, etc.) para que se lleve a cabo la asistencia consular. Y por último, como veremos en el capítulo referido al accionar de los consulados y los países de origen, que la asistencia consular se brinde a través de políticas y prácticas específicamente dirigidas a asegurar los derechos de la infancia migrante en ese contexto.

Hay además otras garantías específicas que deben respetarse en todo procedimiento administrativo y en especial en los procedimientos administrativos migratorios. De hecho, los primeros casos que fueron analizados en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos establecieron que la ausencia de estas garantías específicas es incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En el año 1999, en el caso de los sacerdotes Loren Riebe

² Este derecho se encuentra específicamente reconocido en el artículo 36 de la Convención de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares, y en el artículo 16.7 de la Convención para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y Miembros de sus Familias. Asimismo, el artículo 23 de esta Convención establece que las personas migrantes “tendrán derecho a recurrir a la protección y la asistencia de las autoridades consulares o diplomáticas de su Estado de origen [...] en todos los casos en que queden menoscabados los derechos reconocidos en la presente Convención. En particular, en caso de expulsión, se informará sin demora de ese derecho a la persona interesada, y las autoridades del Estado que haya dispuesto la expulsión facilitarán el ejercicio de ese derecho”.

Star, Jorge Baron Guttlein y Rodolfo Izal Elorz contra México, la CIDH señaló que la garantía de una audiencia para la determinación de sus derechos debió incluir además del derecho a ser asistidos durante el procedimiento administrativo sancionatorio, a ejercer “su derecho a la defensa disponiendo de un tiempo indispensable para conocer las imputaciones que se les formularan, y en consecuencia para defenderse de ellas; y a disponer de un plazo razonable para preparar sus alegatos y formalizarlos, y para promover y evacuar las correspondientes pruebas” (CIDH, 1999b).

De esta manera, la Comisión ha definido los elementos que componen el debido proceso legal administrativo, que incluye no sólo el derecho a ser asistido jurídicamente sino también el derecho a una audiencia previa para la determinación de sus derechos, el derecho a ejercer una defensa y a disponer de un plazo razonable para preparar los alegatos y formalizarlos, así como para promover y evacuar las correspondientes pruebas (CIDH: 2007).

Es más, con relación al derecho a una audiencia previa, el Gobierno de México en su presentación ante la Corte IDH antes citada, señaló que “una vez que el Estado ha decidido activar el *ius puniendi* (en este caso en el contexto de un procedimiento migratorio de carácter administrativo) sobreviene de inmediato la garantía del derecho de audiencia previsto en la Constitución (artículos 14 y 16)” (Gobierno de México, 2012:§54). Advertiremos a continuación que esta posición que se declama no se condice con las normas y prácticas que se desarrollan en el marco del procedimiento administrativo migratorio en México.

Por último conviene agregar que las garantías de debido proceso que deben asegurarse en el trámite administrativo migratorio deben complementarse con la obligación de los Estados de establecer un recurso judicial efectivo (artículo 25 de la CADH). De acuerdo con la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos sobre el artículo 25 de la CADH, debe existir un recurso sencillo y rápido para la tutela de derechos fundamentales contenidos en la Convención, en la Constitución o en la ley; se exige además que ese recurso sea efectivo y que la víctima que alega esa violación pueda interponerlo. Exige también al Estado asegurar que el recurso será considerado y obliga a las autoridades a cumplir con la decisión dictada a partir del recurso (CIDH: 2007). Este derecho a un recurso judicial efectivo adquiere aún mayor relevancia ante supuestos en los que se afecta el derecho a la libertad ambulatoria o la inminente expulsión o deportación del territorio de un Estado.

En el próximo epígrafe analizaremos los numerosos obstáculos que estas garantías encuentran para su efectiva realización en el marco de los procesos de detención y repatriación de NNA migrantes desde México hacia los países centroamericanos.

2. El limitado reconocimiento de garantías procesales en la Ley de Migración y sus deficiencias en la práctica

Como señalamos en el Capítulo 4 de este informe, la nueva Ley de Migración reconoce de manera general el derecho a las garantías de debido proceso. Luego, el artículo 70 asegura el derecho a contar con un representante legal; a que el procedimiento sea sustanciado por una autoridad competente; a ofrecer pruebas y alegar lo que a su derecho convenga; a tener acceso a las constancias del expediente administrativo migratorio; a contar con un traductor o intérprete; y a que las resoluciones de la autoridad estén debidamente fundadas y motivadas.

Por su parte, el artículo 122 dispone que “en el procedimiento de deportación, los extranjeros tendrán derecho a: I. Ser notificados del inicio del procedimiento administrativo migratorio; II. Recibir protección de su representación consular y comunicarse con ésta [...] En caso de que el extranjero desee recibir la protección de su representación consular, se le facilitarán los medios para comunicarse con ésta lo antes posible; III. Avisar a sus familiares o persona de confianza, ya sea en territorio nacional o fuera de éste, para tal efecto se le facilitarán los medios para comunicarse con ésta lo antes posible; IV. Recibir información acerca del procedimiento de deportación, así como del derecho de interponer un recurso efectivo contra las resoluciones del Instituto; V. Contar con un traductor o intérprete para facilitar la comunicación [...], y VI. Recibir asesoría legal”.

Ahora bien, estas cláusulas, así como el anteproyecto de reglamentación, no están acompañadas de directrices específicas que permitan hacer operativas estas garantías. Por ejemplo, no se identifica en ningún momento al organismo que estaría a cargo de brindar la asistencia jurídica gratuita a las personas migrantes en esos procedimientos y, como veremos, los acuerdos para brindar asistencia jurídica no han tenido ningún tipo de aplicación. Asimismo, la obligación de fundamentar y motivar debidamente las decisiones también carece de criterios que aseguren su efectiva aplicación.

En relación con las garantías que la ley prevé específicamente para NNA, el artículo 112, al regular los derechos de NNA que estén a disposición del Instituto Nacional de Migraciones, sólo establece una cláusula de información, en los siguientes términos: “Se le informará a la niña, niño y adolescente del motivo de su presentación, de sus derechos dentro del procedimiento migratorio, de los servicios a que tiene acceso y se le pondrá en contacto con el consulado de su país, salvo que a juicio del Instituto o a solicitud del niño, niña o adolescente pudiera acceder al asilo político o al reconocimiento de la condición de refugiado, en cuyo caso

no se entablará contacto con la representación consular”, y no se incluyen otras garantías, como sí hace el artículo 119, dedicado únicamente a mayores de 18 años en el marco de procedimientos de retorno asistido.³

De acuerdo con los documentos anexos presentados ante la Corte IDH en el marco de las observaciones de los Estados al pedido de Opinión Consultiva N° 21 (Gobierno de México, 2012), podría suponerse que México entiende que el procedimiento para la atención de NNA no acompañados se rige por la circular 01/2010 del INM que suple estas ausencias normativas en materia de garantías de debido proceso. Sin embargo, este documento, además de carecer de rango legal, no se adecua a las exigencias mínimas de debido proceso previstas a nivel constitucional e internacional y mucho menos establece directrices claras y precisas sobre cómo implementarlas. Tan sólo mencionamos, a modo de ejemplo, que no aparece en esa circular la obligación de garantizar la representación legal.

La Ley de Migración no le reconoce competencia alguna al poder judicial en el marco de los trámites migratorios en general. Además, no existe referencia alguna a la posible intervención judicial en el marco de las medidas de detención y expulsión o repatriación, cuando en rigor la Corte Suprema de Justicia de México, antes de la sanción de la ley señaló, como veremos, que la intervención judicial en estos supuestos habilita la suspensión de decisiones administrativas de manera oficiosa.

Ahora bien, más allá de la intervención que pudieran tener los tribunales de justicia en el (remoto) caso de que una persona migrante impugnara una medida privativa de su libertad o la orden de repatriación, lo cierto es que con esta reforma normativa se ha perdido una oportunidad fundamental para que, en línea con los estándares internacionales y la propia Constitución mexicana, se ratificara la exclusiva competencia de los tribunales de justicia para dictar, si corresponde, la detención de una persona. Y luego, si la legislación permitiera una detención administrativa en situaciones o casos excepcionales, como señalamos en el capítulo sobre análisis normativo, existe un deber ineludible de asegurar la presencia de inmediato de la persona de ante el/la juez competente (artículo 7.5, Convención Americana sobre Derechos Humanos).

³ Este artículo, no aplicable a NNA, incluye garantías como: “I. Ser informado de su derecho a recibir protección de su representación consular y comunicarse con ella [...] II. Recibir información acerca de la posibilidad de permanecer en el país de manera regular, así como del procedimiento de retorno asistido, incluyendo aquella relativa a los recursos jurídicos disponibles; III. Avisar a sus familiares, representante legal o persona de su confianza, ya sea en territorio nacional o fuera de éste, para tal efecto, se le facilitarán los medios para comunicarse con ésta lo antes posible; IV. Contar con un traductor o intérprete para facilitar la comunicación, para el caso de que no hable o no entienda el español; V. Que el procedimiento sea sustanciado por autoridad competente y el derecho a recibir asesoría legal, ofrecer pruebas y alegar lo que a su derecho convenga, así como tener acceso a las constancias del expediente administrativo migratorio”.

Además, si bien hay una obligación genérica a “informar” sobre el derecho a la presentación de “recursos efectivos” en el marco de la detención (presentación) (según el artículo 109, párrafo II) o en el marco del procedimiento de deportación (artículo 122, párrafo IV), y para el supuesto de mayores de 18 años en el procedimiento de retorno asistido (artículo 119, párrafo II), lo cierto es que en la ley no existe referencia alguna a cuál es el recurso efectivo para garantizar los derechos alegados y mucho menos la capacidad de esos recursos para analizar y concluir la posible violación de esos derechos. La ley no realiza un reconocimiento formal de los recursos legales y efectivos para asegurar los derechos en juego en el marco de una detención, deportación o retorno asistido en abierta contradicción con el artículo 25 de la CADH.

Por otra parte, cabe hacer una mención específica de la garantía de asistencia consular. Los artículos 109 y 122 de la ley reconocen expresamente este derecho, y el 112 lo hace en relación con los NNA no acompañados. En este último caso, la normativa establece directamente que ni bien el niño o niña esté a disposición del INM, se notificará la situación al consulado respectivo. Este trato diferencial, si bien en algunos casos —en particular, de NNA de más baja edad— puede coadyuvar a asegurar esta garantía y la prestación de la asistencia consular, debería permitir también lo contrario. Es decir, debería existir, según la edad y madurez del niño o niña, una consulta sobre su interés, o no, de comunicarse con los representantes consulares.

Esta omisión puede vincularse con la posición del propio INM en relación con la asistencia consular y las garantías de representación legal y tutor, tal como surge de un oficio que nos remitiera el Instituto el 7 de junio de 2011, a propósito de nuestra solicitud de entrevistar a NNA detenidos en la EMSXXI y el Albergue DIF. En ese oficio el INM afirma que los tutores y representantes legales de los NNA no acompañados han de ser los cónsules de sus países, y que por ende, las entrevistas con ellos sólo pueden realizarse si, caso a caso, el consulado da la autorización correspondiente. En ningún momento se hace alusión al consentimiento del niño o niña.

Esta posición se contradice con el principio de autonomía progresiva que emana de la CDN (artículo 5), el cual exige el reconocimiento de una facultad de decisión autónoma a los NNA que debe ampliarse progresivamente a medida que van creciendo, desarrollándose y madurando. En definitiva, se trata de reconocer al niño o niña como sujeto de derecho y no como una persona incapaz que requiere que terceros decidan en su nombre en cualquier ámbito de sus vidas. Es evidente que, por ejemplo, el consentimiento para dialogar con una

persona en el contexto de la detención en la EMSXXI, es una decisión que la mayoría —sino todos— los adolescentes no acompañados pueden tomar con total capacidad y discernimiento.

La representación legal y la asignación de un tutor, como ya se destacó, constituyen responsabilidades del Estado en cuya jurisdicción se encuentra el NNA, y no del de origen, tal como ha reconocido el propio Estado de México al sostener que “los Estados deben establecer todas las condiciones necesarias para que los NNA migrantes tengan acceso a la asistencia de un experto letrado” (Gobierno de México, 2012:§60). El Estado tiene una responsabilidad especial en cuanto a la asistencia consular que debe brindar a NNA en estas circunstancias, como veremos en el capítulo dedicado a la actuación de los países de origen. Pero ello en modo alguno los convierte automáticamente en tutores o representantes legales. De hecho, al explicar detalladamente las características de los tutores de NNA no acompañados, el Comité de Derechos del Niño en su Observación General 6, en ningún momento alude al rol de los consulados ya que la obligación de asegurar esta garantía corresponde al Estado en que se encuentra el NNA.

Asimismo, contrariamente a lo expresado por el INM, la Ley de Migración asigna a los consulados funciones distintas de la obligación de tutoría o representación legal del NNA, deber en cabeza del Estado.⁴ En efecto, el artículo 112 sobre el procedimiento de determinación del interés superior del niño sugiere que el rol del consulado está vinculado, por ejemplo, con la necesidad de asegurar el retorno asistido del niño, pero no con su defensa legal o con la posibilidad de fungir como tutores (ver artículos. 112, numeral II, III y IV). Es decir, la función consular que supone esta ley es la de coadyuvar a la repatriación.

Asimismo, la postura de considerar a los consulados como representantes legales y tutores no sólo carece de sustento jurídico y desconoce las propias obligaciones que tiene México al respecto, sino que en la práctica resultaría de imposible aplicación en muchos casos, tal como señaláramos en nuestra respuesta a aquel oficio. De ser así, por ejemplo, los solicitantes de asilo no tendrían representante legal ni tutor (en la práctica, al igual que los migrantes, efectivamente no gozan de ninguna de estas garantías, como veremos en otra sección de este informe). Tampoco los NNA migrantes que no cuenten con una representación consular en México podrían ejercer estas garantías. Sin dudas, si la asistencia consular fuera la

⁴ En una posición contraria a las del INM, el Gobierno mexicano destacó que el NNA migrantes, en el marco de los procedimientos migratorios, “podrá” ser asistido por el representante diplomático o consular (Gobierno de México, 2012:16). No se deduce de ahí, en modo alguno, que esos representantes fueran los tutores o representantes legales de esos NNA.

vía para garantizar la representación legal de los NNA, como postula el INM, se trataría de un criterio discriminatorio que beneficiaría a unos y perjudicaría a otros. Esto también, por un lado, implicaría evadir las propias responsabilidades de México, y por el otro, ignora las debilidades y limitaciones específicas y estructurales que actualmente tienen los consulados para cumplir incluso una función mínima de asistencia consular.

Por último, es importante volver a subrayar que la Ley de Migración ha omitido incluir importantes garantías para el caso de NNA migrantes, en particular cuando no están acompañados por sus padres. Una de las ausencias más graves en materia de garantías de NNA es la omisión del derecho a un tutor de los NNA no acompañados. El tutor puede jugar un rol determinante en toda decisión y medida que pueda impactar en los derechos de niños, niñas y adolescentes, así como en los procesos que conducen a esas decisiones, en particular en el contexto de procedimientos de determinación del interés superior.

3. La vulneración de garantías de debido proceso en la frontera sur

Sin perjuicio de los aspectos positivos de la Ley de Migración en cuanto a las garantías procesales, y de las importantes omisiones que al respecto señalamos, en el marco de esta investigación hemos distinguido diversas situaciones en las que se materializa la falta de reconocimiento de las garantías de debido proceso en la implementación de los mecanismos de detención y repatriación.

Todos los casos relevados en el marco de esta investigación, así como la información recogida en entrevistas con funcionarios, organizaciones de la sociedad civil, y a través de pedidos de información, confirman de manera abrumadora la ausencia generalizada de garantías de debido proceso. En la práctica, las condiciones mínimas previstas en la Ley de Migración, —tales como el acceso a la información sobre el estado del trámite, la posibilidad de contar con un representante legal, la participación en el proceso, y ser oído, así como presentar pruebas o solicitar su producción— son cuestiones ajenas a los procesos administrativos que se desarrollan en la actualidad. Estas garantías no operan sobre todo en las situaciones más sensibles previstas en el trámite migratorio mexicano, esto es, en los trámites de revisión, presentación o detención, y retorno asistido o repatriación.

Una de las garantías que es sistemáticamente vulnerada en el contexto de estos procedimientos, es el derecho a la asistencia jurídica gratuita. Pese al reconocimiento normativo de este derecho, en la práctica no se ha puesto en funcionamiento ningún mecanismo dirigido a asegurar esta garantía, ya se trate de adultos o niños migrantes. Esta

omisión supone no sólo el incumplimiento de la Ley de Migración, sino también de acuerdos institucionales y normativas previas.

En este sentido, entre los años 2007 y 2009, las autoridades del INM, el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF), del DIF Estado de Chiapas y la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados (COMAR), celebraron tres convenios de colaboración y asistencia para la protección de NNA migrantes.⁵ Dentro de las obligaciones asumidas por cada una de las partes se encontraba la de asegurar asistencia jurídica a aquellos niños y niñas que fueran detenidos en la Estación Migratoria SXXI o en los albergues del Estado de Chiapas. En esos acuerdos, además de señalar que esa obligación incluía el asesoramiento jurídico para todos los casos en los que los niños y niñas allí alojados denunciaran hechos constitutivos de delitos, también preveían la asistencia jurídica ante violaciones a sus garantías y derechos humanos fundamentales, así como la vigilancia de que los trámites de repatriación de los menores se realizaran conforme a derecho.

Estos convenios nunca se aplicaron. Conviene advertir además, que la frase que define uno de los supuestos de intervención de la mencionada representación en casos de “vigilancia de que los trámites de repatriación de los menores se realizaran conforme a derecho” puede dar lugar a que aquella representación legal de los NNA no necesariamente coincida con la posición más favorable a sus intereses, es decir, no tenga como objetivo desarrollar una defensa técnica que asegure su mejor interés. Ello en tanto sólo se exige que la repatriación se realice conforme a derecho. Desde esta óptica, la representación legal podría limitarse a verificar que los procedimientos administrativos desarrollados para la repatriación estén de acuerdo con las normas vigentes, situación que podría constituir una violación del derecho del NNA a ser oído en todo trámite, y a que su voluntad tenga incidencia dentro del proceso.

Ya hemos destacado que la Ley de Migración no establece ni una definición ni un procedimiento para determinar quiénes son o debieran ser los representantes legales, los tutores o las personas de confianza de los NNA no acompañados que deben intervenir en todos los asuntos migratorios. En consecuencia, en el relevamiento de casos realizado en el marco de este proyecto, hemos constatado que en ninguna ocasión, al ser detenidos y repatriados, los NNA contaron con representación legal. En la mayoría de los casos, tampoco se les informó cuál era el motivo de su detención, cuál su situación migratoria, o que tenían derecho a contar con un representante legal. Por lo tanto, tampoco pudieron ejercer las

⁵ Convenio entre el INM y DIF Nacional, de fecha 11 de junio de 2007; convenio entre el INM, COMAR y DIF Chiapas, de fecha 12 de julio de 2007; y convenio entre el INM y DIF Chiapas, del día 30 de septiembre de 2009.

demás garantías de debido proceso previstas en el artículo 70 de la ley (ofrecer pruebas, a obtener una decisión razonada, entre otras).

A modo de ejemplo comentaremos el caso de J. U., un adolescente ecuatoriano de 16 años que viajaba hacia Estados Unidos para reunirse con su familia, y fue retenido y privado de su libertad durante una semana en una garita migratoria de San Cristóbal de las Casas, Chiapas. Luego trasladado a la estación migratoria de Tapachula, donde permaneció tres semanas más. La detención fue dispuesta por una autoridad administrativa y, como en todos los casos, no se le informaron sus derechos, entre ellos, la posibilidad de cuestionar esa decisión. Tampoco contó con representación legal ni con la asistencia de un tutor. Posteriormente fue repatriado. De igual manera, M. A. T., un joven hondureño de 16 años que fue detenido en la EMSXXI, no fue informado sobre el motivo de su detención, ni cuáles eran sus derechos. No recibió información ni asesoramiento sobre cómo podría denunciar el robo del que había sido víctima unos días atrás.

El caso de C. V. M., una joven salvadoreña detenida por cinco meses con sus hijas de 3 y 7 años, revela la inexistencia de asistencia legal en los trámites de solicitud de la condición de refugiados, y sus consecuencias. Ella realizó esta petición sin ningún asesoramiento jurídico. Luego de recibir una respuesta negativa de la COMAR, tuvo que elaborar y presentar el recurso de revisión sin ninguna clase de asistencia técnica. En su respuesta, la autoridad administrativa la intimó a subsanar el recurso presentado, para lo cual tampoco contó con asesoramiento. Tiempo después, sumida en la angustia y la depresión por la privación de libertad de ella y sus hijas, la incertidumbre y la falta de soluciones de algún tipo, todo en el marco de una ausencia grave de garantías básicas, desistió de su petición y solicitó ser repatriada a su país, aún si ello podía constituir un riesgo para sí y sus hijas.

En relación migrantes solicitantes de la condición de refugiado, como esta mujer y sus hijas, es preciso recordar que el ACNUR señaló, ya en 2008, la necesidad de garantizar la designación de un tutor. En este sentido, en un informe donde destacó algunas falencias en los procesos de repatriación en la frontera sur, recomendó la adopción de “disposiciones específicas sobre la protección internacional de niños y niñas no acompañados y solicitantes de asilo, incluida la designación de un tutor y la identificación de mecanismos específicos de protección, en el proyecto de legislación sobre refugiados [...] El ACNUR recomienda identificar y establecer una organización independiente y formalmente acreditada que designe a un guardián o tutor en el momento que se identifique a una niña o niño separado o no acompañado con necesidad de protección internacional” (ACNUR, 2008).

En definitiva, cada uno de los casos relevados en esta investigación, así como en otras iniciativas similares realizadas por instituciones de la sociedad civil, bien en el contexto de la frontera sur o en otras regiones del país, dan cuenta de la imposibilidad de ejercer las garantías básicas de debido proceso por la inexistencia de políticas y programas que lo hagan posible. En consecuencia, medidas de profundo impacto en los derechos de NNA, como es la privación de su libertad, o decisiones que pueden tener una considerable incidencia en su futuro inmediato y mediato, en sus condiciones de vida y su desarrollo, como es la repatriación, se adoptan sin la menor posibilidad de ejercer garantías elementales, incluso algunas que están reconocidas en la propia Ley de Migración. Esto las convierte, evidentemente, en prácticas arbitrarias que deben ser revertidas con urgencia.

La inexistencia de servicio o programa alguno destinado a asegurar este derecho, así como la falta de implementación de los convenios citados, ha sido debidamente acreditada en informes elaborados por otras organizaciones en los últimos años (Catholic Relief Services, 2010; I(dh) eas, 2011). De igual manera, en el marco de esta investigación, en las entrevistas realizadas con funcionarios, expertos, y en particular, en conversaciones informales con adolescentes detenidos en la EMSXXI, hemos podido constatar la privación sistemática de esta garantía fundamental. En otras palabras, ninguno de esos acuerdos se ha implementado hasta el presente.



*Albergue Todo por Ellos AC
Foto: Luis Enrique Aguilar*

Conviene agregar que los arreglos institucionales que intentaron asegurar la representación legal de NNA a través de los mencionados convenios, no se reducen a los actores estatales allí mencionados. Al respecto, es preciso señalar que en México existen otras

referencias legislativas y agencias estatales que habilitan, aún con mayor legitimidad, la implementación en la práctica de la garantía de contar con un representante legal. Es por ello necesario promover con otras instituciones el desarrollo de directrices, mecanismos o programas para asegurar la representación legal de NNA.

En efecto, la Ley de Defensoría Pública señala que los servicios de asesoría jurídica se “prestarán preferentemente a personas que por cualquier razón social o económica tengan la necesidad de estos servicios” (artículo 15). También se ha resuelto que: “El servicio de asesoría jurídica del fuero federal debe prestarse en las materias que a continuación se señalan: “I. Materia Administrativa [...] e) asuntos migratorios...” (artículo 29, Fracción I, inciso e, de las Bases Generales Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública). Asimismo, la Ley Federal de Protección Integral de la Infancia establece que las instituciones de protección deberán “representar legalmente los intereses de niñas, niños y adolescentes ante las autoridades judiciales o administrativas, sin contravenir las disposiciones legales aplicables” (artículo 49.b).

Como se observa, a través de diversos arreglos institucionales entre órganos del propio Estado debiera desarrollarse un sistema que garantice la asistencia y representación legal de los NNA que se encuentran sujetos a trámites administrativos migratorios.

Por otra parte, las decisiones de detención y repatriación de NNA adoptadas desde la entrada en vigor de la ley hasta el presente, acreditan, en todos los casos, la no aplicación de la garantía reconocida en la Ley de Migración en lo relativo a fundamentar debidamente las decisiones. Como hemos visto, la ausencia de un Procedimiento de Determinación del Interés Superior del Niño (DIS) y, en definitiva, de una política pública dirigida a asegurar que cada decisión tenga en consideración primordial el interés superior del niño, entre otros principios de la CDN, está intrínsecamente ligada a la necesidad de justificar cada decisión. Estos argumentos, indudablemente, deben estar elaborados en torno a los estándares de derechos de la niñez aplicables.

4. Procedimientos sin audiencias ni recursos, y ajenos al control judicial

El Gobierno de México indica en las observaciones sobre los derechos de NNA migrantes en México presentadas ante la Corte IDH, que en los procedimientos migratorios el derecho de audiencia, previsto en la Constitución mexicana, debe respetarse sin condiciones a cualquier persona, independientemente de su edad y condición de estancia en el país (Gobierno de México, 2012: §56). Pese a esta declaración estatal, la Ley de Migración y el anteproyecto de

reglamento carecen de directrices o dispositivos que permitan hacer operativo el derecho de audiencia. A su vez, la realidad general de los casos de detención y repatriación en el contexto de la frontera sur, acreditan la inexistencia de este derecho.

La circular Nro. 01/2010 del INM refiere a un procedimiento de atención a NNA no acompañados, que incluye la realización de entrevistas desde el primer contacto del NNA con autoridades migratorias. Si bien estas entrevistas pueden generar información sobre cuáles son las medidas de protección urgentes que deben implementarse para la protección de los NNA, no tienen por objetivo garantizar los derechos del NNA en el trámite administrativo migratorio. En otras palabras, estas entrevistas no reemplazan la obligación del Estado de garantizar una audiencia previa que opera como espacio esencial de todo trámite administrativo.

A esta ausencia del derecho de audiencia se le agrega la desprotección normativa y práctica de la garantía de acceso a la justicia. La detención de migrantes, adultos y niños, sigue siendo exclusivamente una decisión administrativa, que a su vez carece de un control judicial inmediatamente posterior. Esto contradice el *principio de jurisdiccionalidad* que debe regir en estos casos (Vasconcelos Méndez, 2009: 192), y que obliga a que toda medida cautelar privativa de libertad sólo pueda ser dictada por un órgano jurisdiccional, es decir, por un juez o tribunal.

La falta de una definición expresa de la ley sobre el acceso a la justicia y el derecho a un recurso legal efectivo en el marco del procedimiento administrativo migratorio, adquiere mayor gravedad si se tienen en cuenta las violaciones a las garantías de debido proceso ya mencionadas, por ejemplo, la inexistencia de una representación legal de NNA, la imposibilidad de conocer el estado de las actuaciones administrativas o la inexistencia de una audiencia previa para la determinación de derechos.

En este contexto, conviene señalar la procedencia, como recurso judicial efectivo, de la acción de amparo, que de acuerdo al artículo 103 de la Constitución o el 1 de la Ley Federal de Amparo, tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales.

En este sentido, una investigación de Sin Fronteras (Sin Fronteras: 2011) en la que se analizaron distintos procesos de amparo presentados ante decisiones de detención y deportación de migrantes en México, permite advertir una lenta reacción del poder judicial ante violaciones a los derechos humanos que se alegan en el marco de procedimientos administrativos migratorios. Sin embargo, de acuerdo con los antecedentes de esa

investigación, es posible identificar algunas contradicciones entre distintas decisiones judiciales acerca de la procedencia, o no, de la suspensión de la detención por razones migratorias, o la competencia a cargo de jueces contencioso administrativos o jueces penales para analizar los antecedentes del caso.

También conviene señalar que en 2007, cinco años antes de la entrada en vigencia de la Ley de Migración, la Corte Suprema de Justicia de México estableció que es procedente la suspensión de oficio de una orden de expulsión (equivalente a la orden de deportación prevista en la Ley de Amparo) decidida por la autoridad administrativa (Corte Suprema de México: 2007). Por lo tanto, resulta llamativo que la Ley de Migración, el anteproyecto de reglamento o decisiones administrativas posteriores del INM, no hayan incorporado los argumentos de esta decisión para incluir dentro de la regulación la suspensión inmediata de una orden de deportación, repatriación o retorno asistido, cuando existe un trámite judicial iniciado.⁶

Asimismo, la implementación efectiva del derecho a un recurso judicial efectivo para NNA exige que los jueces estén familiarizados con los derechos específicos de este colectivo. En este sentido, resulta auspiciosa la publicación por parte de la Corte Suprema de Justicia de México, del *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afectan niños, niñas y adolescentes* (Corte Suprema de México: 2012). La implementación de este protocolo a nivel federal y la incorporación de la temática de la niñez migrante en México pueden ser de utilidad para elevar el grado de reconocimiento del derecho a un recurso judicial efectivo de aquellos NNA que están sujetos a trámites administrativos migratorios.

⁶ También es posible identificar diversas resoluciones judiciales de otros países que aseguran el derecho a la protección jurisdiccional de NNA no acompañados. En este sentido, por ejemplo, el Tribunal Constitucional Español, en un caso del año 2008 en el que la Comisión de Tutela del Menor de la Comunidad de Madrid había solicitado y obtenido la repatriación de un niño extranjero de 17 años, sin considerar su opinión, el Tribunal señaló que el niño tiene un derecho específico a "instar el control judicial de una decisión administrativa, como era la de su repatriación, que afectaba de una manera muy directa a su vida y esfera personal" (Tribunal Constitucional Español: 2008).

CAPÍTULO 9.

RESTRICCIONES INDEBIDAS A LOS DERECHOS DE NNA SOLICITANTES DE ASILO

1. Introducción

El objetivo de este capítulo es explicar cómo, a pesar de ciertos avances normativos en el ámbito de la protección de refugiados y otras medidas complementarias, aún existen importantes desafíos en esta materia, a partir de lo que pudimos verificar en esta investigación. Las prácticas y políticas migratorias en México determinan que los NNA solicitantes de asilo, que buscan ser reconocidos como refugiados, o en su defecto, recibir alguna protección complementaria, encuentren los mismos o incluso más graves obstáculos para hacer efectivos sus derechos que el resto de los NNA migrantes que son detenidos y eventualmente repatriados.

Mientras la nueva Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria garantiza formalmente los principios de no discriminación, interés superior del niño, no sanción por ingreso irregular, unidad familiar y no devolución (artículos 5 a 9),¹ en la práctica los NNA no acompañados que solicitan asilo se encuentran con una serie de problemas para el ejercicio de sus derechos, particularmente en tres planos.

En primer lugar, en relación con el derecho a la libertad personal, en tanto durante el procedimiento de solicitud de asilo son detenidos en estaciones migratorias o albergues cerrados. En segundo lugar, en razón de las serias deficiencias existentes en cuanto al ejercicio de las garantías del debido proceso y protección judicial. Y finalmente, en íntima vinculación con esa privación de la libertad y la falta de garantías procedimentales, en lo relativo al propio derecho al asilo, que se ve gravemente restringido en esas circunstancias.

Ello conduce en muchas ocasiones, como veremos, al desistimiento de la solicitud y la posterior devolución al país de origen, aún si ello pone en riesgo la vida o integridad física del NNA, derechos que intenta proteger, precisamente, el Derecho Internacional de Refugiados. Previo a examinar cómo se producen estas violaciones de derechos en el contexto analizado en esta investigación, cabe hacer un breve repaso de los estándares aplicables en esta materia.

¹ La norma además prevé la adopción de las medidas necesarias para garantizar asistencia institucional a los solicitantes que requieran atención especial, entre otras personas en situación de vulnerabilidad, los NNA (artículo 20). Por su parte, el artículo 44 reconoce que “en virtud de las condiciones que presentan los refugiados al salir de su país de origen respecto de los demás extranjeros, deberán recibir las mayores facilidades para el acceso a los derechos y garantías consagradas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los instrumentos de derechos humanos debidamente firmados y ratificados por el Estado Mexicano”.

Es importante recordar que, en el caso de NNA solicitantes de asilo, el principio de no devolución o *non refoulement* determina que en ningún supuesto puedan ser expulsados o devueltos a su país, sea o no de origen, cuando se presume que su derecho a la vida, a la integridad física o la libertad personal puedan correr algún riesgo. El principio de no devolución, conforme lo ha definido el ACNUR, se aplica a todos los refugiados, incluyendo aquellos que no han sido reconocido como tales, y a los solicitantes de asilo cuya condición todavía no ha sido determinada (ACNUR, 1992: §28).

A partir de este principio medular del derecho internacional, el Comité de los Derechos del Niño ha remarcado la relevancia de efectuar previamente una evaluación seria sobre el peligro que supone una medida de devolución, que no sólo valore el riesgo posible sobre su libertad, integridad física o vida, sino que tenga en cuenta las condiciones socioeconómicas tales como la edad, el género y las consecuencias graves que pueden tener para los NNA la insuficiencia de servicios alimentarios o sanitarios en el país de origen (Comité de los Derechos del Niño, 2005: § 27 y 84).

Ningún niño debería ser expulsado a un territorio en el que su vida, su supervivencia, su desarrollo o su libertad corran riesgo de ser cercenados, no sólo por el temor de ser sometido a torturas u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, sino también por la ausencia de elementos esenciales para un desarrollo integral y en condiciones dignas. Ello supone que, para el caso de NNA, se amplía el estándar comúnmente aceptado en materia de no devolución de personas solicitantes de asilo.

2. La detención de NNA solicitantes de asilo

Los estándares internacionales exigen que los NNA no deberían ser privados de su libertad por razones de índole migratoria (Comité de Derechos del Niño, 2005: § 40 – 61) y, desde ya, esto debe aplicarse por igual a NNA solicitantes de asilo, con el agravante de que, en estos casos, la obligación estatal de velar por la vigencia de ciertas garantías es —o debiera ser— aun más estricta. En el contexto de NNA que pueden haber escapado de situaciones de persecución en el país de origen, lo cual contribuye a condiciones de alta vulnerabilidad, sin lugar a dudas, la privación de la libertad puede acentuar significativamente esa situación, y por ende la prohibición de detención se encuentra reforzada en estas circunstancias.

Sobre este aspecto, el ACNUR ha afirmado, por un lado, que los Estados no pueden recurrir a la detención automática de solicitantes de asilo, y que el principio general es que las personas solicitantes de asilo no deberían estar detenidas. Más específicamente, determinó

que los NNA menores de 18 años que soliciten asilo no deben estar nunca privados de su libertad en el marco de dicho procedimiento (ACNUR, 1999, directrices 2 y 6). También destacó que la reclusión de los NNA solicitantes de asilo “puede afectar al bienestar físico y mental del niño y hacerlo más vulnerable” (ACNUR, 2007: 3), por lo cual los Estados deberían abstenerse de recurrir a una medida privativa de la libertad.

Por otra parte, el hecho de que los/as NNA solicitantes de asilo permanezcan privados/as de la libertad personal, hasta tanto se emita una decisión formal sobre su solicitud, puede tener un carácter disuasivo. Esta circunstancia podría llevarlos a desistir de esta petición, o en caso de presentarla y sostenerla, la prolongación de la detención y sus efectos podrían conducir a abandonar el procedimiento.

De esta manera, la detención puede, por un lado, incrementar los niveles de inestabilidad emocional, incertidumbre y temor que pueda estar experimentando una NNA solicitante de asilo. El estrés postraumático que podría estar sufriendo, puede verse profundizado en estas circunstancias. Y por el otro, puede derivar en que los NNA vuelvan a estar expuestos/as a una situación de riesgo, dado que la consecuencia directa del desistimiento, o la no presentación de la solicitud de asilo, sería la devolución al país de procedencia. Este contexto se agrava si, complementariamente, no existen los mecanismos que aseguren las garantías básicas del debido proceso.

3. Las garantías de debido proceso de NNA solicitantes de asilo

Otro aspecto fundamental en materia de derechos de NNA solicitantes de asilo, son las garantías de debido proceso que los Estados deben asegurarles. En este punto, el Comité de Derechos del Niño ha reafirmado el derecho a la asistencia jurídica y a la representación legal, a contar con un tutor (en caso de estar no acompañados), y a que sus solicitudes sean examinadas con carácter prioritario (Comité de Derechos del Niño, 2005: §69-70).

Con igual criterio, el ACNUR ha destacado que “los niños deben gozar de garantías procedimentales específicas y probatorias para garantizar que justas decisiones han sido tomadas en la determinación de sus solicitudes para la condición de refugiado [...] Las solicitudes presentadas por los niños, estén acompañados o no, normalmente deben tramitarse en forma prioritaria, ya que ellos con frecuencia tendrán necesidades de asistencia y de protección especiales. La prioridad en la tramitación significa, reducción de los períodos de espera en cada una de las etapas del procedimiento de asilo, incluyendo lo que se refiere a la emisión de la decisión de la solicitud. Sin embargo [...] ellos pueden necesitar tiempo para

construir relaciones de confianza con su tutor u otro personal profesional y sentirse a salvo y seguros” (ACNUR, 2009: §65-66).

En cuanto al derecho a un tutor y a un representante legal, el Comité y el ACNUR han coincidido en la obligación de nombrar un tutor independiente y capacitado de manera inmediata y gratuita. Ambos, tutor y representante legal, deben apoyar al niño o niña durante todo el procedimiento (Comité Derechos del Niño, 2005: §21, 33-36; ACNUR, 2009: §69). Estas garantías deben asegurar también uno de los principios medulares de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN): el derecho a participar y a ser oído. Al respecto, el ACNUR subraya que “es a menudo esencial para la identificación de sus necesidades de protección individual y, en muchos casos, el niño es la única fuente de esta información. Asegurar que el niño tenga la oportunidad de expresar sus opiniones y necesidades requiere de un desarrollo e integración de procedimientos apropiados y seguros para los niños y un ambiente que le genere confianza en todas las etapas del proceso de asilo” (ACNUR, 2009: §70).

Un elemento que hace a la especificidad de las garantías procesales en materia de NNA, es el relativo al modo en que son valoradas las circunstancias que rodean la solicitud para determinar la procedencia del otorgamiento del estatuto de refugiado/a, o para disponer medidas de protección complementaria. Al respecto, el Comité de Derechos del Niño ha afirmado que “si el relato del menor adoleciera de problemas de credibilidad, se concederá a éste el 'beneficio de la duda', así como la posibilidad de recurrir en debida forma contra la decisión recaída” (Comité de Derechos del Niño, 2005: § 71). La consideración de un margen de duda razonable a favor de los NNA solicitantes de asilo —en oposición al estado de sospecha en el que suelen ser colocados—, está orientada en sí misma a la determinación de su interés superior, principalmente ante la ausencia de un tutor y un representante legal capaces de velar por la protección efectiva de sus derechos.

Asimismo, en la circunstancia específica de que las personas solicitantes de asilo se encuentren privadas de su libertad, contrariando los estándares y obligaciones aplicables, esta afectación al derecho a la libertad personal se ve agravada por la no satisfacción de ciertas garantías elementales de debido proceso.

En este sentido, el ACNUR ha señalado que en caso de ser detenidos, “los solicitantes de asilo deberían tener derecho a las siguientes garantías procesales mínimas: (i) a recibir pronta y completa comunicación sobre cualquier orden de detención, junto con las razones que la motivan y sus derechos en relación a dicha orden, en idioma y términos que les sean comprensibles; (ii) a estar informados de su derecho a tener asesoramiento legal [...]; (iii) a

que la decisión sea sujeta a revisión automática ante una instancia judicial o administrativa que sea independiente de las autoridades que efectúan la detención. A esto deberían seguir revisiones periódicas sobre la necesidad de la continuidad de la detención, a las cuales el solicitante de asilo o su representante tendrían derecho a asistir; (iv) a cuestionar la necesidad de la privación de la libertad, ya sea personalmente o a través de un representante, durante la audiencia de revisión, y a rebatir cualquier fallo que se hubiera pronunciado” (ACNUR, 1999: directriz 5).

4. El derecho al asilo de NNA

En lo relativo al derecho humano al asilo (Convención Americana, artículo 22.7) y su consideración en el marco de solicitudes de asilo u otras formas de protección internacional, es importante tener en cuenta algunas circunstancias específicas aplicables a NNA. Con base en el artículo 22 de la CDN,² el Comité de Derechos del Niño ha resaltado la obligación de los Estados de garantizar el acceso a los procedimientos para obtener asilo, con independencia de la edad y madurez de niño/a que presenta la solicitud (CRG, GC, 2005: §66).

En cuanto a los motivos que pueden dar lugar al reconocimiento de la condición de refugiado a NNA, o alguna otra clase de protección complementaria, tanto el ACNUR como el Comité de Derechos del Niño han ido desarrollando una serie de consideraciones particulares. Estos aspectos son especialmente importantes al momento de analizar la situación de NNA no acompañados en el contexto de la frontera sur de México, y los factores determinantes que podrían conducir a la salida del país a niños, niñas y adolescentes centroamericanos.

Con miras a una identificación temprana de NNA en riesgo, el ACNUR ha reconocido ciertos factores específicos de riesgo, así como el efecto acumulativo de varios de ellos. Entre otros, ha señalado factores generales como un entorno inseguro; la falta de acceso a procedimientos que tengan en cuenta la condición de niño; la ausencia de soluciones duraderas; la pobreza y la falta de posibilidades de la familia de valerse por sí misma; la privación de acceso a la educación y la salud; el trastorno de las estructuras de apoyo de la familia y la comunidad; la discriminación, la xenofobia y la desigualdad de género. Y factores individuales como los niños no acompañados o separados de su familia; los acompañados por

2 CDN, “Artículo 22: 1. Los Estados Partes adoptarán medidas adecuadas para lograr que el niño que trate 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 parte”.

adultos que abusan de ellos o los explotan; los adolescentes, en particular las madres adolescentes y sus hijos; los niños víctimas de la trata y el abuso sexual, con inclusión de la pornografía, la pedofilia y la prostitución; los sobrevivientes de actos de violencia, particularmente violencia sexual o de género y otras formas de abuso y explotación; los que sufren de discriminación social; los que tienen discapacidades físicas o mentales; los que viven con el VIH y el SIDA, y los que padecen otras enfermedades graves (ACNUR, 2007: 3-4).

Por su parte, el Comité de Derechos del Niño identifica motivos concretos y manifestaciones de persecución sufrida específicamente por NNA, indicando que: “La persecución por razones de parentesco, [...] el trato de menores con fines de prostitución, la explotación sexual de los menores [...] constituyen todas ellas formas y manifestaciones de persecución específicamente infantil, que pueden justificar la concesión de la condición de refugiado si esos actos son subsumibles en uno de los motivos estipulados en la Convención de 1951. Por consiguiente, en los procedimientos nacionales aplicables para la concesión de la condición de refugiado, los Estados deben prestar la máxima atención a estas formas y manifestaciones de persecución específicamente infantil, así como a la violencia de género” (CRG, GC, 2005: 74).

Las condiciones socio-económicas en el país de origen también han sido tomadas en consideración. Así, el ACNUR (2009: §35) ha precisado, por un lado, que la “violación de un derecho económico, social o cultural puede equivaler a persecución cuando los elementos esenciales mínimos de tal derecho no se realizan. Por ejemplo, la denegación del derecho de los niños de la calle a un nivel de vida adecuado (incluyendo el acceso a la comida, agua y vivienda) puede llevar a una situación intolerable que amenaza el desarrollo y la sobrevivencia de ese niño”. Del mismo modo, el Comité de Derechos del Niño subrayó que el “retorno al país de origen [...], sólo podrá contemplarse en principio si redundará en el interés superior del menor. A fin de determinar esta circunstancia, se tendrá en cuenta, entre otras cosas: la seguridad personal y pública y otras condiciones, en particular socioeconómicas, que encontrará el niño a su regreso, efectuando, en su caso, las organizaciones sociales un estudio sobre las condiciones en el país” (2005: § 84).

Finalmente, es importante recordar que en los casos de NNA, “frecuentemente el agente de persecución es un actor no estatal. Esto puede incluir grupos militarizados, pandillas delictivas, padres u otras personas encargadas del cuidado, líderes comunitarios y religiosos. En estas situaciones, la valoración del fundado temor debe incluir consideraciones tales como, si el Estado no puede o no quiere proteger a la víctima. El hecho de que el Estado o sus

agentes hayan tomado acciones suficientes o no para proteger al niño, deberá evaluarse caso por caso. La evaluación dependerá no sólo de la existencia de un sistema legal que penalice y estipule sanciones para la conducta persecutoria. También depende de si las autoridades aseguran que tales incidentes serán efectivamente investigados y que los responsables serán identificados y sancionados adecuadamente” (ACNUR, 2009: §37-38).

Todas estas consideraciones son especialmente importantes en el contexto de la frontera México-Guatemala, y de ahí la extrema importancia de tenerlas seriamente en cuenta al momento de evaluar solicitudes de asilo de NNA no acompañados, de diseñar el procedimiento a implementar, las condiciones en las que se aplicará, y los recursos materiales y humanos necesarios a tal fin. Tanto la situación social, económica, o familiar de miles de NNA centroamericanos, o la persecución por actores no estatales, son cuestiones o bien

estructurales o bien largamente extendidas en estas sociedades.

Sin embargo, como veremos a continuación, los procedimientos y prácticas existentes, así como algunos elementos de la normativa migratoria, contradicen los estándares que hemos reseñado.



*Niño trabajando a las orillas del Rio Suchiate
Foto: Luis Enrique Aguilar*

5. Avances limitados a nivel normativo

En el Capítulo 4 destacamos la aprobación, en 2011, de la Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria y de su reglamento un año después. La nueva normativa reconoce diversos principios fundamentales, como el de no discriminación, el interés superior del niño, y el principio de no devolución. También incluye algunos derechos como a recibir información, a la protección especial a grupos en situación de vulnerabilidad, y a contar con un intérprete. El reglamento, por su parte, incluye un capítulo específico sobre NNA, en donde se establece la obligación de atender sus peticiones de asilo de manera prioritaria y el deber de determinar su interés superior en cada caso.

Ahora bien, tanto la ley como su reglamento presentan una serie de omisiones preocupantes en cuanto a los derechos y garantías de las personas solicitantes de asilo, en general, y de NNA, en particular. En términos generales, es preciso señalar la falta de

regulación específica de garantías básicas de debido proceso, sin perjuicio de una mención genérica de las garantías que reconoce la Constitución Política. En lo relativo a los niños y niñas, se destaca la omisión de la figura del tutor para NNA no acompañados. Otra falencia grave de ambas normas es que ninguna de ellas prohíbe la privación de libertad de NNA solicitantes de asilo, ya sea que estén no acompañados o con sus familiares. El reglamento llega incluso a reconocer el hecho que estos NNA puedan estar en una estación migratoria.

De esta manera, aunque el nuevo marco normativo significa un avance en esta materia, también es posible señalar que se ha perdido una oportunidad para que en esos cambios se introduzcan derechos y garantías específicas para la protección de los niños, niñas y adolescentes solicitantes de asilo. La omisión de algunos elementos importantes en esta materia contribuye a un escenario en el cual, en la práctica, los NNA encuentran serias limitaciones para ejercer su derecho al asilo.

6. Información y NNA solicitantes de asilo

Una vez más es preciso señalar un aspecto de relevancia sustancial para el diseño de políticas de impacto, enfocadas a la aplicación de soluciones duraderas para NNA solicitantes de asilo. Nos referimos, por una parte, a la urgente necesidad de contar con datos oficiales inequívocos, en términos cualitativos y cuantitativos, que reflejen objetivamente la problemática, y además, a la real posibilidad de acceso a los mismos por parte de la sociedad civil y organizaciones interesadas en la protección de los derechos de NNA en el contexto de la movilidad humana.

Los cuadros que siguen presentan datos oficiales de la Comisión Mexicana de Ayuda al Refugiado (COMAR) del período 2002-2010. Exhiben, a muy grandes rasgos, la situación general de los solicitantes de asilo en México.

Principales países de origen 2002-2010			
Solicitantes		Reconocidos	
Sri Lanka	10	Guatemala	24
Eritrea	251	Irak	30
Etiopía	253	Honduras	35
Guatemala	257	Somalia	38
Haití	264	Sri Lanka	41
India	307	Etiopía	49
Cuba	348	El Salvador	50
Colombia	435	Eritrea	68
El Salvador	454	Haití	131
Honduras	578	Colombia	189

Fuente: COMAR

Rubro	Solicitantes	Reconocidos		No reconocidos	Desistidos	Abandonos
		Total	%			
2002	221	46	30.67	75	18	11
2003	272	40	15.15	158	41	25
2004	401	72	22.22	157	58	37
2005	685	131	19.12	191	221	142
2006	503	83	14.00	146	232	132
2007	375	88	21.7	146	137	35
2008	319	103	31.21	108	100	19
2009	680	123	20.20	240	156	90
2010	795	159	25.28	128	162	180
Totales	4251	845	21.18	1349	1125	671
Promedio	472	94	21.78	150	125	75

Fuente: COMAR

En primer lugar, se advierte que la COMAR no desagrega datos relativos a NNA, lo cual invisibiliza la problemática y, consecuentemente, merma la posibilidad de diseñar respuestas y mecanismos eficaces y adecuados, tal como lo dispone el reglamento de la ley. Al respecto, el ACNUR ha advertido que “el registro individual, minucioso y pronto de los niños puede ser útil para los Estados, el ACNUR y otros organismos y asociados competentes en la tarea de identificar niños expuestos a mayor riesgo; [y que] la recopilación y el análisis sistemáticos de datos desglosados por edad y sexo y de datos sobre niños con necesidades especiales, como los no acompañados o los separados de su familia, pueden ser útiles para los Estados, el ACNUR y otros organismos y asociados competentes en la tarea de identificar a los niños expuestos a mayor riesgo” (ACNUR, 2007:4).

En segundo lugar, en relación con las estadísticas existentes, cabe resaltar, por un lado, que del universo de 4251 solicitudes presentadas en el periodo de 2002-2010, sólo el 21% ha tenido un reconocimiento positivo. En todos los períodos, el número de solicitantes no reconocidos resulta considerablemente superior a los casos de solicitudes aprobadas. Por otro lado, un dato especialmente importante es el elevado número de casos de desistimiento, el cual tiene una especial relevancia con relación a los NNA.

En este sentido, de la información recogida en esta investigación surge que los NNA solicitantes de asilo no se encuentran entre el número de peticiones abandonadas, ya que esta modalidad de conclusión del proceso no se aplica a personas detenidas en estaciones migratorias. Si bien no se conoce la información desagregada sobre el número de NNA

reconocidos, que hayan desistido, o cuya resolución hubiera sido rechazada, lo cierto es sí hemos podido constatar una tendencia preocupante en el desistimiento por parte de NNA.

En este contexto, es importante reflexionar acerca del posible impacto que pueden tener en ese desistimiento, algunas características del procedimiento que se implementa en el contexto de la frontera sur. En primer lugar, el hecho que los NNA estén privados de su libertad durante la tramitación de su solicitud. Esta situación, como hemos comprobado en casos relevados en la Estación Migratoria SXXI (EMSXXI), tiene un impacto profundo en NNA que están aguardando la decisión sobre su petición de asilo. En segundo lugar, la ausencia evidente de garantías básicas de debido proceso cuya vigencia podría contribuir a una resolución más rápida de los planteos, a contar con información más precisa, incluso para impugnar la detención durante su sustanciación. En tercer lugar, las deficiencias de los programas de asistencia psicológica. Y, finalmente, la falta de información oportuna y periódica sobre el estado de su trámite.

Por último, debe resaltarse el hecho de que, con excepción de las cifras relativas al año 2005, la suma total de trámites resueltos como reconocidos, no reconocidos, desistidos y abandonados de los demás períodos, difiere de las cifras totales de solicitantes presentadas por la COMAR. El cuadro que muestra el número de solicitantes y reconocidos por países, también presenta desequilibrios importantes. Esta situación, aunque da lugar a múltiples dudas e interpretaciones, impide realizar mayores evaluaciones sobre las estadísticas existentes en materia de protección internacional.

7. La afectación del derecho al asilo, la libertad y garantías fundamentales a los NNA detenidos en la EMSXXI y el Albergue DIF

Los NNA solicitantes de asilo que son privados de libertad y/o repatriados en el contexto de las políticas migratorias aplicadas en la frontera sur, cruzan la frontera e ingresan y transitan por México por pasos no habilitados y recorridos similares a los que atraviesan las personas migrantes. La circulación de personas, adultos y niños/as, en esta área, refleja la diversidad de circunstancias que suelen denominarse como migración de flujos mixtos (ver al respecto, ACNUR, 2011). En este sentido, pueden identificarse NNA solicitantes de asilo que estarían en condiciones de ser reconocidas/os como refugiadas/os o de recibir alguna otra medida de protección internacional, que se encuentran residiendo y/o trabajando en Chiapas, o bien en tránsito hacia otra región de México o hacia Estados Unidos de América.

En este escenario, más allá de las condiciones que hayan determinado la emigración desde sus países de origen, los NNA no sólo comparten rutas y estrategias migratorias, sino que también se ven sometidos, en diversos aspectos, a los mismos mecanismos de control migratorio implementados por México. Así, los solicitantes de asilo son objeto de medidas de verificación y control ejecutadas por el INM en sus lugares de trabajo, en Chiapas, o durante su travesía a través del territorio mexicano. También son “presentados” ante el Instituto Nacional de Migración (INM) y detenidos en estaciones migratorias o albergues del DIF. Asimismo, estos NNA, en la mayoría de los casos, terminan siendo repatriados a sus países de origen, aunque la decisión sobre su solicitud de asilo, o la suspensión del procedimiento, se haya producido sin que se garanticen requisitos mínimos sustantivos y procesales.

La reiteración sistemática de este tipo de procedimientos evidencia déficits en materia de derecho de asilo o medidas de protección complementarias que se vinculan con distintos aspectos de la política migratoria mexicana. En líneas generales muestra, una vez más, la superficialidad de la perspectiva de niñez, en primer lugar, al no efectuar un análisis exhaustivo y adecuado que permita determinar cuáles son las medidas que deben adoptarse en el interés superior de cada niño y, consecuentemente, no brindar soluciones duraderas y de fondo al fenómeno de la migración de NNA. La inexistencia de un Procedimiento de Determinación del Interés Superior del Niño (DIS) —cuyos detalles se analizan en el Capítulo 6 de este Informe— se verifica también en el caso de solicitantes de asilo, pese a que en estas ocasiones resulta aún más acuciante la necesidad de contar con un procedimiento de estas características.

A su vez, la falta de información adecuada, oportuna y suficiente —ya sea porque los agentes migratorios no cuentan con ella o porque no existen canales claros y públicos de divulgación—, constituye uno de los principales obstáculos para que los/as NNA puedan solicitar asilo. Los/as NNA, al no contar con esa información, difícilmente logran evaluar si su condición encuadra en los tipos de casos que prevén los estándares para petitionar la protección internacional.

A esta situación debe agregarse que, cuando logran solicitar asilo, lo hacen por sí mismos, sin el acompañamiento de un tutor o el asesoramiento de un abogado, de modo que poco es lo que logran argumentar a favor del reconocimiento de su condición de refugiados/as. Como se dijo, en la práctica no se garantiza a los NNA la posibilidad de contar con representantes legales o personas de confianza para que intervengan en todos los asuntos ligados a su solicitud de asilo, lo que incide directamente en la falta de satisfacción efectiva del derecho al asilo.

En este aspecto, llaman la atención los casos en que la COMAR entiende que la petición —o el recurso de revisión ante una decisión negativa— no está debidamente argumentada, cuando es incuestionable la inexistencia de programas e iniciativas públicas que garanticen el acceso a la información, a la asistencia jurídica y al tutor, requisitos esenciales para ejercer, de manera efectiva, el derecho al asilo. Esto es aún más importante en el caso de NNA por las dificultades que se les presentan al momento de articular y fundamentar este tipo de peticiones.³

Ahora bien, a partir de nuestra investigación, hemos podido constatar distintas situaciones que muestran serios desafíos pendientes en materia de asistencia jurídica, derecho a un tutor y acceso a la información. En un caso, un joven hondureño manifestó tener temor de regresar por amenazas de muerte recibidas por parte de integrantes de una *mara*. Conocía su derecho a peticionar asilo porque se lo había informado otro adolescente, y también recibió esa información en la estación migratoria de San Luis Potosí. Sin embargo, a su paso por las estaciones de Ciudad de México y de Tapachula, nunca se acercaron a brindarle más datos sobre cómo realizar la solicitud y qué implicancias tenía, pese a que estuvo detenido en la EMSXXI más de una semana. Finalmente fue repatriado (caso G. U. I.).

G. E., otro joven hondureño que había salido de su país escapando de un contexto de criminalidad asociada al tráfico de drogas y luego de que asesinaran a su padre, tampoco recibió información oportuna y adecuada acerca del derecho de asilo. Al ser detenido, durante una revisión migratoria en el autobús en el que viajaba, fue trasladado a la estación migratoria de Tuxtla Gutiérrez, donde no recibió información acerca de los motivos de su detención ni tampoco de sus derechos. Posteriormente fue trasladado a la EMSXXI, donde le realizaron una entrevista pero continuaron sin informarle acerca del derecho de asilo. El adolescente manifestó que había cometido un delito en su país de origen, y que si regresaba lo iban a asesinar. Sin embargo, en un diálogo informal con el equipo del CDH Fray Matías, en la cual le informamos sobre su derecho de asilo y sobre la posibilidad de tomar contacto con el ACNUR, expresó que antes de presentar una solicitud prefería ser repatriado a Honduras para luego volver a migrar a México. Pocos días después fue repatriado.

Otra cuestión que se reitera en muchos casos relevados, es la demora en la evaluación y resolución de la solicitud de asilo. Si bien la nueva ley representa una mejora en este aspecto, al fijar el plazo de resolución en 45 días hábiles (artículo 24), persisten ciertas deficiencias pues el plazo puede ser prorrogado, por igual término, de forma casi discrecional. Luego en caso de

3 Ver al respecto, ACNUR, 2009: §72.

una resolución negativa, la apelación impide salir en libertad hasta tanto se alcance una resolución, a no ser que se desista del trámite y por ende se proceda a la devolución. En efecto, la presentación de un recurso judicial, frente a la denegación del estatuto de refugiado a un NNA, se traduce en la práctica —y debido a la falta de albergues abiertos y medidas alternativas a la privación de libertad— en la extensión temporal de la detención de NNA solicitantes de asilo, obligándolos a permanecer en territorio mexicano en estaciones migratorias o albergues cerrados. Esto ha sido remarcado por el Comité de Trabajadores Migratorios de Naciones Unidas en sus recomendaciones a México, en las que señaló su preocupación por la información recibida acerca de la retención en dichos centros y por períodos prologados de quienes interponen recursos en relación a su situación migratoria o se acogen al procedimiento para la determinación de la condición de refugiado (Comité de Trabajadores Migrantes, 2011: §35)

El hecho de que la nueva ley de refugiados mexicana no diferencie los plazos del proceso a favor de NNA, afecta directamente la garantía de tratamiento prioritario. Si estas solicitudes fueran tratadas con tal carácter —y teniendo en cuenta además, el deber de determinar el interés superior, la duda razonable a favor de NNA y el análisis del contexto en relación con las persecuciones dirigidas especialmente a la infancia—, es lógico inducir que correspondería resolver estos casos en un período de tiempo menor al establecido en la ley, especialmente si se tiene en cuenta que permanecen privados de la libertad, lo cual puede agravar su situación emocional y psíquica.

R. S., un adolescente proveniente de Sri Lanka detenido en la EMSXXI había solicitado asilo y llevaba 47 días detenido sin que se le facilitara un intérprete o se le brindara periódicamente información en un idioma que él comprendiera. La COMAR sólo lo había visitado en una oportunidad. Finalmente, se le reconoció la condición de refugiado y fue trasladado a un albergue no privativo de la libertad junto con un hermano mayor de edad que también fue reconocido. De no haber estado acompañado, hubiera sido trasladado a un albergue en la Ciudad de México, quedando bajo custodia del albergue hasta la mayoría de edad, como ocurre con muchos menores de edad reconocidos como refugiados.

De este modo, un gran número de NNA que posiblemente haya requerido de protección internacional, es devuelto a su lugar de origen, sin encontrar una respuesta adecuada y duradera para la situación que habría forzado su salida del país. Por su parte, no existen pruebas que determinen que las medidas de repatriación se lleven a cabo como consecuencia de un procedimiento adecuado al interés superior de NNA. Por el contrario, en la mayoría de

los casos, la devolución incide en la imposibilidad de lograr el reagrupamiento con sus familiares o bien deja al NNA carente de protección y expuesto a situaciones de riesgo.

A. J. M., un niño hondureño de trece años, manifestó haber salido a México víctima de violencia intrafamiliar de manos de una pariente que lo tenía a su cargo ya que su padre estaba preso y su madre residía en este país. A. J. M. trabajaba en Tapachula; luego de dirigirse al consulado de su país, las autoridades de esa representación lo llevaron a la EMSXXI. Una vez allí, se le realizó una entrevista en la que le informaron sobre el derecho a solicitar asilo. Sin embargo, un mes después, al conocer que el procedimiento para que reconocieran su condición de refugiado podía llegar a durar hasta tres meses, o incluso más si la primera petición le era denegada, desistió de la solicitud, para luego ser repatriado cuando ubicaron a una tía que habría aceptado hacerse cargo de su custodia.

Aquí también corresponde insistir en el carácter inductivo de la detención en relación con el desistimiento de las solicitudes de asilo de NNA. Al impacto del propio encierro se suma la hostilidad de las condiciones de detención, que no contemplan las necesidades mínimas de la infancia, principalmente en lo que se refiere a la atención sanitaria, higiene, alimentación, educación y comunicación.

Un caso que merece especial atención, y en el cual nos detendremos particularmente, es el de una joven salvadoreña de 19 años, que al momento de nuestro relevamiento se encontraba detenida en la EMSXXI (caso C. V. M.). Según su relato, años atrás había sido violada por integrantes de *maras* en su país, producto de lo cual tuvo una hija a los trece años. Luego de que su familia efectuara la denuncia policial de lo sucedido, dos hermanos y una hermana de la joven fueron asesinados —el hecho de que una joven denuncie esta clase de delitos por parte de un líder, determina el rechazo y consecuentemente la ofensa de este, situación que amerita la persecución y tal vez la muerte de la mujer—. Dada la incesante amenaza contra su vida, la joven decidió huir a México junto a sus dos hijas, de tres y siete años de edad. Al llegar a Ciudad Hidalgo y manifestar su intención de solicitar asilo, fue trasladada a la EMSXXI y luego al Albergue Temporal de Menores Migrantes, donde efectuó su petición de asilo ante la COMAR. La solicitud fue denegada varios meses después.

Con posterioridad, a raíz de un aparente mal comportamiento, decidieron trasladarla nuevamente a la EMSXXI junto con sus hijas. Permaneció detenida allí unos meses más e intentó suicidarse. Mientras tanto, pudo tomar conocimiento que la situación de violencia en su país continuaba y que, en miras de dar con su paradero, habían matado a uno de sus primos junto con su esposa. Ante la resolución negativa de COMAR, la mujer apeló la decisión. Para

ello no contó en ningún momento con asesoramiento jurídico. Luego fue intimada a subsanar el recurso y presentar nuevamente la apelación, ya que no reunía las formalidades legales, un argumento inaceptable en este tipo de procedimientos, en particular ante la inexistencia generalizada de garantías básicas. Paradójicamente, la única asistencia que recibió fue la del consulado de El Salvador que abogó ante el INM por el otorgamiento de una residencia humanitaria, dada la gravedad y urgencia del caso.

A raíz del extenso período de detención, el estado de salud emocional de la joven sufrió un fuerte deterioro. Tras ser sometida a una evaluación médica, según su propio testimonio, nunca se le informó el diagnóstico del profesional y fue medicada sin saber qué se le estaba suministrando. Más tarde, pese a que se constataron dos intentos de suicidio, las autoridades de la EMSXXI criminalizaron su comportamiento e indicaron la inconveniencia de otorgarle una residencia humanitaria.

Finalmente, y ante la creciente desesperación que le provocaba la situación de privación de libertad suya y de sus hijas que ya llevaba más de cinco meses, acabó desistiendo de la petición y solicitó la repatriación a su país de origen. Una de las declaraciones manifestadas en la conversación que tuviéramos con ella el día previo a su repatriación, sintetiza crudamente las graves falencias del sistema de protección de refugiados actual, y por ello constituye un apropiado cierre para las reflexiones realizadas en este capítulo: “Ya no me importa si me pasa o no me pasa algo [en mi país]; sólo estoy pensando en que me voy mañana”.

CAPÍTULO 10.

LA ASISTENCIA CONSULAR A NNA MIGRANTES Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS EN LOS PAÍSES DE ORIGEN

1. Introducción

En el contexto de las políticas que los Estados implementan en materia de niñez migrante y, puntualmente, en la determinación del interés superior y de la garantía de los derechos en el marco de los procedimientos migratorios, si bien se suele señalar el rol de los países de destino, se debe remarcar que el compromiso de los países de origen es también imprescindible.

La actuación de los Estados de origen es vital para contar con información suficiente y fiable en cada caso, para que el país de tránsito o de destino pueda adoptar las medidas más adecuadas al interés superior y a la garantía efectiva e integral de los derechos de la niñez. Ello implica que estos Estados elaboren y articulen políticas en distintas áreas de gobierno, que incluyan y contemplen la protección y la asistencia consular.

En este capítulo describiremos sucintamente el nivel de adecuación a esas exigencias que presentan, o no, las políticas y prácticas implementadas por El Salvador, Guatemala y Honduras, haciendo hincapié en la detención y repatriación de NNA migrantes de esas nacionalidades en la frontera sur de México.

A tal fin se examinará la actuación que desarrollan los consulados con asiento en Tapachula durante esos procedimientos, sobre la base de la información recogida en la Estación Migratoria SXXI y el Albergue del DIF Chiapas, y de entrevistas con actores institucionales, de la sociedad civil y gubernamentales, incluyendo a representantes consulares. Se analizarán, asimismo, las políticas que definen ese rol consular y delinean la participación de otros organismos públicos del país de origen en relación con la migración y retorno, forzado o no, de NNA. El diagnóstico, como adelantamos en otros capítulos de este trabajo, hecha luz sobre desafíos y medidas pendientes.

2. El derecho a la asistencia consular

La Convención de Viena sobre Relaciones Consulares establece el derecho a la asistencia consular a toda persona extranjera en prisión fuera de su país de origen y rige plenamente respecto a los NNA.¹ Esto implica para todas las personas detenidas la facultad de comunicarse

¹ Convención de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares. Artículo 36 1: "Con el fin de facilitar el ejercicio de las funciones consulares relacionadas con los nacionales del Estado que envía: [...] b) si el interesado lo solicita, las

con un funcionario consular de su país, al tiempo que el Estado en cuyo territorio ocurre la detención tiene la obligación de informar al extranjero sobre este derecho y asegurar los medios para su vigencia efectiva. Asimismo, la Convención establece específicamente que una de las funciones consulares es velar por los intereses de los niños y niñas (artículo 5.h).² La Convención para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, por su parte, reafirma este derecho.³

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva 16 y en el caso contencioso *Vélez Loor vs. Panamá*, ha señalado que el derecho a la asistencia consular debe ser reconocido y considerado en el marco de las garantías mínimas a fin de brindar a los extranjeros la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa y contar con un juicio justo (Corte IDH, 1999: 122; 2010). Este mismo criterio fue receptado por la Corte Internacional de Justicia en el caso *Avena v. Estados Unidos* presentado por México (CIJ, 2004).

La característica peculiar que tiene el derecho a la asistencia consular es que su titular es el individuo. El ejercicio de este derecho sólo está limitado por la voluntad del individuo, que puede oponerse expresamente a cualquier intervención del funcionario consular en su auxilio. Este aspecto del derecho a la asistencia consular es fundamental, por ejemplo, en casos de NNA solicitantes de asilo.

Es fundamental que el Estado del cual el migrante es oriundo brinde auxilio a sus nacionales, adultos y NNA, cumpliendo con la obligación impuesta por el artículo 36 de la Convención de Viena. En este sentido, la Relatoría de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre migrantes ha subrayado que es especialmente relevante el papel de los Estados emisores en la protección y garantía de los derechos humanos de los trabajadores migratorios y sus familias. Mediante gestiones diplomáticas e intervenciones de sus representaciones consulares, los Estados emisores deben tomar medidas que repercutan de manera directa en la protección y garantía de los derechos de sus nacionales residentes en el exterior (CIDH, Relatoría de Migrantes, 2005: §184).

autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente en ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva. Cualquier comunicación dirigida a la oficina consular por la persona arrestada, detenida o puesta en prisión preventiva, le será asimismo transmitida sin demora por dichas autoridades, las cuales habrán de informar sin dilación a la persona interesada acerca de los derechos que se le reconocen en este apartado”.

² Convención de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares. Artículo 5.h) “velar, dentro de los límites que impongan las leyes y reglamentos del Estado receptor, por los intereses de los menores y de otras personas que carezcan de capacidad plena y que sean nacionales del Estado que envía, en particular cuando se requiera instituir para ellos una tutela o una curatela”.

³ Convención para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias. artículos 16. 7 y 23.

La comunicación consular tiene un doble propósito: reconocer el derecho de los Estados de asistir a sus nacionales a través de las actuaciones del funcionario consular y, paralelamente, reconocer el derecho correlativo del que goza el nacional de ese Estado para acceder al funcionario consular con el fin de procurar dicha asistencia (Corte IDH, 1999: §80).

Al tratarse de la protección consular de NNA, este derecho requiere la articulación de los preceptos de la Convención de Viena con los que emanan de la Convención sobre los Derechos del Niño, sin perjuicio de otros tratados aplicables. La Corte IDH ha precisado en este sentido que la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos regionales, al aplicarse e interpretarse en lo referido a los derechos de la niñez, deben recurrir a los derechos y principios que emanan de la CDN, con la cual forman parte de un comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los derechos de NNA (Corte IDH, 2002). En esta conjunción de normas, resulta incuestionable que la CDN debe guiar cómo, por quiénes y con qué objetivos deben implementarse los programas de asistencia consular dirigidos a NNA.

La obligación del Estado emisor de migrantes, tanto en general como en el caso particular de NNA, tiene dos componentes esenciales. Por un lado, la asistencia consular en sí misma y los mecanismos específicos en casos de NNA. Por otro, la definición de las prácticas de protección consular en las políticas públicas diseñadas en el país de origen y su articulación con otras políticas e instituciones de ese mismo país, por ejemplo, las políticas y la institucionalidad en materia de protección de infancia. Estos dos aspectos, y con mayor detalle, el primero de ellos, han sido objeto de atención en nuestra investigación.

3. La asistencia consular en Tapachula y los derechos de NNA

A lo largo de la investigación, y a partir del trabajo más exhaustivo que el CDH Fray Matías de Córdova viene realizando en la región durante los últimos años, ha sido posible identificar diversos problemas asociados a la asistencia consular a migrantes. Algunas de las deficiencias observadas tienen que ver con limitaciones generales o estructurales de los consulados, que afectan a todas las personas migrantes, sean adultas o NNA. Otras, en cambio, impactan específicamente en los niños y niñas que son detenidos y repatriados.

En cuanto a los problemas generales, sin duda, pueden señalarse cuestiones como la escasez de recursos; equipos de trabajo reducidos e insuficientes; la ausencia de personal especialmente capacitado en derechos humanos; la falta de coordinación entre los consulados de un mismo país o entre el consulado y la embajada, así como entre éstos y las respectivas cancillerías; y otras limitaciones que impiden a los consulados tener una presencia permanente

en la EMSXXI y un rol más activo en la defensa de los derechos de sus nacionales en dicho contexto. Algunas de estas dificultades serán abordadas más adelante, al referirnos a las políticas públicas en los países de origen.

En relación con la asistencia consular brindada a los NNA que son detenidos y/o repatriados desde Tapachula, una de las principales deficiencias es la ausencia de personal especializado en protección integral de la infancia. Esta situación implica no sólo la falta de capacitación necesaria en derechos de la niñez por parte del personal consular, sino también la inexistencia de recursos presupuestarios, protocolos de actuación (marco legal) y directrices específicamente dirigidas a asegurar los derechos y garantías de NNA en el marco de los procedimientos migratorios implementados por el Instituto Nacional de Migración (INM).

La falta de especialistas en derechos de infancia revela las carencias de las políticas implementadas para la atención de esta población y determina que las prácticas de asistencia consular no sean adecuadas. Esto tiene dos consecuencias graves: a) la dificultad o incapacidad de identificar y cuestionar violaciones a los derechos de NNA de manera oportuna y precisa, tanto en casos puntuales como en relación con prácticas sistemáticas como la detención de NNA, y b) la ausencia de herramientas y protocolos apropiados para plantear, en cada caso, medidas que aseguren los derechos de los NNA. En este contexto no se puede prevenir la violación de los derechos de NNA ni plantear soluciones acordes a los estándares que deben guiar la actuación estatal en estas circunstancias.

Tal como se ha podido verificar a través de diversas fuentes de información (entrevistas, visitas a la EMSXXI, análisis de la normativa nacional y regional), la intervención consular está fuertemente condicionada por el objetivo central de asegurar la repatriación. En la práctica, como se observa en el día a día de los procedimientos de repatriación, la actuación consular está enfocada casi exclusivamente —con excepción de unos pocos casos— a este objetivo y ésta es una de las consecuencias principales de la ausencia de una perspectiva de niñez en este contexto.

Esta participación limitada de la autoridad consular provoca, por ejemplo, que no se tomen en consideración las irregularidades cometidas por autoridades mexicanas en el contexto de la detención, incluso cuando los NNA denuncian estos episodios en sus consulados. Por ejemplo, cuando las autoridades mexicanas incumplen con la obligación legal de canalizar inmediatamente a los menores de doce años al Albergue DIF, no siempre las representaciones consulares realizan las gestiones conducentes a que esa remisión se concrete sin dilaciones, tal como hemos podido constatar en esta investigación. Tampoco se ha

cuestionado que, pese a la entrada en vigor de la nueva ley de migración, los niños mayores de 12 años sigan detenidos en la EMSXXI, sin ser canalizados al DIF como lo exige la nueva normativa. Así, por inacción de ambas autoridades, entre otros factores, los NNA quedan detenidos en la estación migratoria.

Por otra parte, los adolescentes detenidos en la EMSXXI manifiestan regularmente la necesidad de recibir visitas consulares más frecuentes que les permitan tener mayor información sobre su situación, sobre el procedimiento de repatriación u otras alternativas a esta medida. Esta situación varía según cada país, ya que algunos consulados sí visitan con asiduidad a los NNA detenidos.



Tarjetas realizadas por NNA detenidos en la EMSXXI en el marco de actividades de promoción de derechos.

Según surge de las conversaciones informales con NNA, el contacto continuo con el consulado y la recepción de información clara y precisa contribuirían a reducir la ansiedad, la incertidumbre y las preocupaciones que tienen en esas circunstancias. Al contrario, la ausencia prolongada de representantes consulares y/o la falta de información y asistencia adecuada, profundiza su vulnerabilidad y desesperación. Son recurrentes las quejas sobre la falta de visita de los consulados.⁴ Cuando realizan las visitas, en ocasiones algunos consulados se limitan a

⁴ Los adolescentes hondureños son los que más asiduamente han señalado la discontinuidad de las visitas consulares a la estación migratoria y la falta de una comunicación adecuada con los representantes del consulado. En el caso de El Salvador, los representantes consulares asisten diariamente a la estación, llegando a hacerlo, en ocasiones, dos veces en un mismo día. El consulado de Guatemala, por su parte, visita a diario la estación. Sin embargo, en este caso el problema es que la cantidad de guatemaltecos/as de todas las edades detenidos cada día supera la capacidad del personal del consulado para atender a todas las personas incluidos los menores de edad. Ecuador y Nicaragua concretan visitas sólo si hay población de sus países en la estación. En relación con las quienes

una reunión colectiva con todos los adolescentes de su nacionalidad, sin detenerse en una entrevista individual con cada uno. En esos casos, el diálogo individual se reduce al pedido de información necesaria para conocer su identidad, lugar de nacimiento, edad y algún teléfono o datos de contacto de familiares en el país de origen. Es decir, a recolectar la información necesaria para los trámites de repatriación, sin efectuar una indagación más profunda que permita determinar, al menos mínimamente, que esa decisión es la alternativa más ajustada al interés superior de cada NNA.

De las conversaciones con los adolescentes que están detenidos en la estación migratoria, surge también que las autoridades mexicanas no notifican oportunamente a los consulados sobre las detenciones y que no existen mecanismos de monitoreo y reclamo efectivo por parte de los países de origen frente a estas demoras. La mayoría de los NNA recién tienen contacto con su consulado al llegar a Tapachula, pese a que previamente pueden haber estado detenidos durante días o semanas en una, dos o hasta tres estaciones diferentes según cada caso.

Al respecto se debe recordar que en la parte resolutive de la Opinión Consultiva 16 de la Corte Interamericana, por unanimidad de sus miembros se determinó que la “expresión ‘sin dilación’ utilizada en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, significa que el Estado debe cumplir con su deber de informar al detenido sobre los derechos que le reconoce dicho precepto al momento de privarlo de libertad y en todo caso antes de que rinda su primera declaración ante la autoridad”.⁵

Por otra parte, los cambios de representantes consulares pueden complicar o tornar (aún) más discontinuo el trabajo consular en la estación migratoria. Durante la investigación, esto ocurrió en algunas oportunidades en el Consulado de Honduras. En el mismo sentido, la escasez de personal repercute sin dudas en dificultades para brindar un servicio adecuado y oportuno a toda la población detenida en la EMSXXI o en el Albergue DIF, contar con un registro detallado de cada caso para hacer un seguimiento apropiado de cada NNA, y realizar un análisis profundo de todas las situaciones que surgen de las actuaciones del consulado.

En resumen, más allá del importante rol que cumplen los consulados en algunas situaciones críticas, por ejemplo, en casos de NNA migrantes víctimas de trata, o al facilitar medidas de protección específicas para ciertos NNA, lo cierto es que su labor cotidiana está condicionada por cuestiones de fondo. Entre ellas, las propias políticas y niveles de articulación

son oriundos de estos países, el principal problema es el tiempo que demoran las repatriaciones ya que deben esperar hasta que se junte un número suficiente de personas para concretar los traslados.

⁵ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-16/99.

interinstitucional en el país de origen, por un lado, y los objetivos que guían las políticas y procedimientos en los países donde deben intervenir las representaciones consulares, por otro. En el caso mexicano, la primacía de la repatriación como respuesta casi automática en casos de NNA en situación migratoria irregular, tiene una incidencia notable en la limitada actuación consular en esos procesos.



*Autobuses utilizados para repatriaciones salen de la EMSXXI.
Foto: Luis Enrique Aguilar*

4. Las políticas públicas en origen y los derechos de NNA detenidos y repatriados

El rol consular puede ser clave tanto para brindar asistencia y protección como para monitorear el trato a los nacionales en el exterior, evitar la detención y repatriación arbitraria de NNA, asegurar el respeto de las garantías procesales y una implementación adecuada de un Procedimiento de Determinación del Interés Superior del Niño (DIS). Para llevar adelante estas y otras funciones, es imprescindible el diseño de políticas públicas desde el país de origen.

La actuación consular está determinada no sólo por el marco normativo y político del país en que cada consulado está asentado —México, en este caso—, sino también por las políticas y normas adoptadas en el país de origen. En definitiva, el consulado no es otra cosa que el brazo implementador de esas políticas. En el ámbito de la protección de los derechos de nacionales que han migrado, transitan por o residen en un país extranjero, la asistencia consular representa la manifestación de la voluntad política del Estado en un momento particularmente relevante para la defensa de los derechos de estas personas.

En el campo de la niñez migrante, como hemos destacado para países de tránsito o destino como México, el trato a los niños y niñas a través de la asistencia consular también requiere que la política de protección integral de la infancia sea la que prime sobre cualquier otra consideración u objetivo político, aún los de índole migratoria.

En el contexto centroamericano, el rol de diversas áreas, legislativas, ejecutivas y judiciales, del Estado de origen en la protección de NNA migrantes, es esencial al menos en relación con las siguientes cuestiones: 1) la definición política y normativa de la actuación consular y sus objetivos; el diseño de protocolos de actuación referidos a la protección de NNA; y la garantía de los recursos necesarios para llevar adelante esa tarea; 2) el diseño de una política adecuada para la participación del país de origen —a través del consulado, pero también de otros organismos— en un procedimiento DIS que implemente México; y 3) el desarrollo de políticas que garanticen de manera eficaz y sostenible la reintegración de los NNA que sean repatriados, es decir, política que aseguren los derechos de esos niños y niñas y operen sobre las causas que los empujan a migrar hacia otro país.

4.1 La política de protección consular

La protección consular de NNA precisa, primero que nada, la decisión estatal de asegurar sus derechos a través de la actuación de los consulados, lo cual exige dotarlos de todos los recursos legales, humanos y materiales para que puedan desempeñar eficazmente esa tarea. Esto requiere, a su vez, la intervención del poder legislativo para asegurar el presupuesto necesario y para darle un marco normativo adecuado a la política de asistencia consular a NNA migrantes. Los recursos que aseguren, por ejemplo, personal suficiente y especializado en derechos de la infancia para responder oportuna y eficazmente a las necesidades de NNA detenidos o en un proceso de repatriación. Estos deben ser elementos imprescindibles de esta política.

A su vez, sería importante que entre otras herramientas se diseñen protocolos de actuación específicos en los cuales se expliquen con precisión las directrices que deben guiar la asistencia consular a NNA, los objetivos y prioridades, las posiciones a asumir ante diferentes cuestiones, por ejemplo, la privación de la libertad. En este sentido, es oportuno destacar que un programa iniciado en 2012 por el gobierno de El Salvador, para la protección consular de sus nacionales en el exterior, contempla una serie de protocolos que hagan operativa y efectiva esa protección (Gobierno de El Salvador, 2012). La elaboración de un protocolo especial para la atención de la niñez migrante complementaría esta clase de iniciativas, y garantizaría un enfoque apropiado para los casos de NNA.

La investigación nos ha permitido advertir que los consulados no cuentan con estos recursos en Tapachula, una zona estratégica para el despliegue de la asistencia consular. Ello puede responder tanto a problemas vinculados a las políticas de protección consular, como a

deficiencias o limitaciones estructurales en la implementación transversal de una política de protección integral de la infancia en las diferentes áreas gubernamentales, incluida la protección de los NNA nacionales en el exterior. Sin perjuicio de los diferentes factores que puedan incidir en la conformación de esta realidad, lo cierto es que existe un importante déficit en la atención consular y este panorama requiere una intervención adecuada de diversos organismos ejecutivos y legislativos de cada uno de esos países.

En las prácticas observadas en Tapachula se verifica, por ejemplo, que las representaciones consulares no han cuestionado en ningún caso la detención de NNA en estaciones migratorias o en albergues cerrados. Tampoco han impugnado los casos en que niños o niñas menores de cinco o diez años han sido privados de su libertad en la EMSXXI.

Incluso en uno de los casos relevados, el propio consulado condujo al niño a la estación migratoria. Sucedió con A. J. M., hondureño de trece años que residía en Tapachula, aunque su intención final era reunirse con su madre quien aparentemente vivía en Ciudad de México. Al acercarse al consulado en busca de asistencia, las autoridades lo condujeron al Albergue DIF donde fue rechazado por ser mayor de doce y lo remitieron a la EMSXXI.

4.2 El rol de los países de origen en el procedimiento DIS

Las políticas públicas del país de origen de los NNA también pueden ocupar un rol clave en caso de que México implemente un procedimiento DIS, cumpliendo con lo dispuesto en el artículo 74 de la Ley de Migración. Para que esta participación del país de origen sea efectiva, también es necesario que se diseñen mecanismos específicos. Esta política debería contemplar, al menos, una regulación normativa, un marco institucional —con las respectivas competencias de los organismos involucrados—, diversos aspectos operativos y logísticos, un presupuesto adecuado, y recursos humanos debidamente especializados.

En el Capítulo 6 profundizamos en el procedimiento DIS, sus características y la tarea que México tiene pendiente en relación con el imperativo legal de desplegar este mecanismo. Ahora bien, la indagación que caso a caso deberán hacer los organismos mexicanos para determinar el interés superior del niño o niña, tiene entre sus necesidades principales la de contar con la mayor información posible para la adopción de una decisión adecuada. En ese contexto, y sin perjuicio de la actuación consular en su rol de protección, el Estado de origen puede cumplir una función esencial ya que las áreas especializadas en infancia —junto a otros organismos de protección social— pueden producir información imprescindible para que la decisión que se adopte sea la más adecuada al interés superior del NNA.

Así, las políticas del país de origen deberían crear los mecanismos adecuados para producir, de manera eficaz y oportuna, toda la información posible, caso a caso, para su oportuna evaluación por las autoridades mexicanas en el marco de un procedimiento DIS. Esta información debe permitir, por un lado, identificar familiares (en origen, tránsito o destino), siempre que ello no vaya en contra del interés superior del NNA cuya situación se examina, e indagar sobre las condiciones familiares, sociales, habitacionales, etc. que tendría si se dispusiera su retorno. Esta información también podría ser esencial para establecer o corroborar la existencia de posibles factores de riesgo, como abusos o violencia intrafamiliar, social o institucional.

En caso de que la reunificación familiar resulte una opción adecuada, luego es preciso examinar en qué país debiera concretarse, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso. Por ejemplo, es posible que el procedimiento revele indicios de violencia institucional o social en el país de origen tornando riesgosa la reunificación en ese lugar. En ese caso podría procurarse la reunificación familiar en destino, en caso que fuera posible, y sobre todo deseable para el NNA y su familia. En palabras del Comité de la ONU sobre migrantes y sus familias, la repatriación de NNA no acompañados a los Estados de origen sólo tendrá lugar en aquellos casos que sea en el mejor interés del niño y previa determinación de que existen condiciones seguras y concretas de atención y custodia en ese Estado.⁶

Los países de origen deben arbitrar, a su vez, a través de sus representaciones consulares, todas las medidas necesarias para facilitar, de manera ágil y accesible, la documentación necesaria para los NNA migrantes. Estos documentos pueden resultar indispensables para asegurar sus derechos, para acceder a información relevante (que permita por ejemplo determinar fehacientemente la edad), o para facilitar las decisiones respecto de la situación migratoria en el Estado de destino.

Es cierto que, como hemos explicado, la política mexicana en esta materia, al estar casi exclusivamente dirigida al objetivo de la repatriación de NNA migrantes, condiciona fuertemente la actuación de los Estados de origen. La falta de un procedimiento DIS, y más aún, la inexistencia de un verdadero procedimiento -administrativo o judicial- que contemple garantías procesales básicas (derecho a ser oído; a buscar y presentar pruebas; a consultar el expediente; la obligación de fundamentar la decisión; etc.) restringe de manera considerable el rol de esos estados y la posibilidad de incidir en el proceso y la decisión.

⁶ Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias, Observaciones Finales: México, CMW/C/MEX/CO/2, del 3 de mayo de 2011, §56.e.

Sin embargo, ello no es óbice para que los países de origen lleven adelante reformas políticas, normativas y operativas con el objetivo de intervenir en cada proceso, no sólo para aportar información oportuna y apropiada en cada caso sino para brindar una asistencia consular adecuada. En estas circunstancias el rol de la protección consular puede ser clave: frente a la inexistencia de un procedimiento DIS, un accionar más proactivo y crítico de los consulados ante decisiones o aspectos procedimentales que afecten los derechos de NNA, podría tener un impacto considerable en la reformulación de las prácticas existentes.

En esta investigación pudimos verificar la falta de un mecanismo que, en cada caso en que México esté evaluando la posible repatriación de un NNA no acompañado, elabore informes socio-ambientales que pudieran determinar el impacto que tendría esa decisión en los derechos de cada NNA. Con la excepción de un número muy reducido de casos, en la generalidad de las ocasiones no se pone en funcionamiento ningún mecanismo o procedimiento que alerte sobre los riesgos, o al contrario, identifique las garantías y condiciones favorables, que coadyuve a inclinarse o no por la repatriación.

Hemos comentado además que en muchos casos México ordena la repatriación sin haber constatado debidamente los vínculos familiares de los NNA en el país de origen, ni muchos menos si esos familiares estarían dispuestos a recibirlos. Y, menos aún, si están dadas las condiciones adecuadas para que el retorno no se limite a un mero reencuentro físico del niño con sus padres u otros familiares, pero sin garantía alguna de una reintegración familiar y comunitaria adecuada.

La falta de mecanismos, en México y los países de origen, que permitan producir en cada caso la información necesaria para determinar las medidas más adecuadas al interés superior, puede derivar, por ejemplo, como alerta Caballeros (2011), en la entrega del niño o niña a espacios violentos y explotadores.

El reingreso a México luego de la repatriación para trabajar en Chiapas o intentar llegar a Estados Unidos, una experiencia que transitan innumerables NNA migrantes, es un indicador de las adversidades que encuentran en sus países luego de ser repatriados y de la solidez de sus motivaciones para migrar. Este patrón se analiza en diversos informes y también surgió en las conversaciones informales que mantuvimos con adolescentes en la EMSXXI.

En este contexto, no se registran casos en los que el consulado se oponga o cuestione de manera formal la decisión de repatriación adoptada por el Instituto Nacional de Migración. La diversidad caracteriza la situación de los NNA migrantes y un análisis de cada caso, desde una perspectiva de derechos, arrojaría más opciones que la repatriación. Sin embargo, los

Estados de origen no tienen una política específica que obligue a sus consulados a examinar de manera profunda los casos para evaluar si la repatriación es la medida adecuada en cada ocasión.

El caso de A. J. M. da cuenta de ello. Luego de haber sido detenido en la estación migratoria, solicitó asilo. Estuvo detenido casi 30 días durante los cuales fue víctima de violencia y amenazas por parte de otros adolescentes y desistió de su solicitud y pidió ser repatriado. Sin embargo, expresó que intentaría regresar inmediatamente porque quería reunirse con su madre, evitar una nueva situación de violencia al regresar e impedir que lo colocaran en un albergue en su país. El consulado hizo las gestiones conducentes a la repatriación sin tener en cuenta toda la información existente, que podría haber derivado en una solución alternativa.

A su vez, tal como se ha señalado respecto de las autoridades mexicanas, cuando los NNA migrantes no acompañados alegan estar migrando hacia Estados Unidos en busca de reunirse con sus padres (o uno de ellos) que residen allí, no hay constancia de gestión alguna por parte del consulado para facilitar esa reunificación. Los consulados no realizan gestiones ante las autoridades mexicanas para evitar la repatriación y tampoco ante las estadounidenses para indagar la posibilidad del reagrupamiento familiar —en especial si los padres tuvieran residencia regular en EU—. La actuación consular sigue estando dirigida a facilitar la repatriación hacia el país de origen dispuesta por México.

Diversos informes elaborados en los últimos años por organizaciones de la sociedad civil, centros académicos y organismos internacionales, revelan la existencia de miles de casos de NNA que migran a través de México en busca de sus padres, quienes residen, regular o irregularmente, en Estados Unidos de América. Varios casos relevados en nuestra investigación (G. U. I., M. A., J. U., entre otros) reafirman esta situación. Sin embargo, las políticas diseñadas por cada país de origen y las consecuentes acciones implementadas por los consulados, no contemplan —en caso que se determine que es en el interés superior del niño—, la realización de gestiones para evaluar si es posible alcanzar la reunificación familiar.

Esta falta de alternativas se evidencia también en los casos de NNA migrantes que residen y trabajan en el Estado de Chiapas. Son muy escasas las ocasiones en que un consulado ha promovido la alternativa de regularización migratoria en México, antes que su repatriación. En un caso, por ejemplo, el consulado de Guatemala informó la inexistencia de redes familiares que pudieran recibir a una niña en caso de ser repatriada y solicitó su regularización en México (caso Y. E. S.).

4.3 Políticas de reintegración adecuada y sostenible de NNA repatriados

La reinserción de los NNA a su familia o comunidad es otro de los ámbitos en los que la actuación del país de origen es determinante. Por supuesto, el retorno debería ocurrir en el marco de un procedimiento DIS, con las debidas garantías y los recaudos que permitan evaluar integralmente la pertinencia de una medida de repatriación. Ahora bien, exista o no un procedimiento de este tipo, los países de los que parten los niños y niñas deben diseñar las políticas necesarias para que, en caso de retorno, puedan reintegrarse de manera adecuada y sostenible.

Una reinserción adecuada supone, entre otros aspectos, el cumplimiento efectivo de los motivos que condujeron a disponer el retorno (por ejemplo, la reunificación con sus familiares). Ello exige la existencia de mecanismos apropiados para que esos propósitos se alcancen en la forma y tiempos oportunos, y con la intervención articulada de los organismos estatales competentes.

La sostenibilidad implica una reintegración con derechos y oportunidades, es decir, con la posibilidad real de ejercer derechos fundamentales como la educación, la vida familiar, la salud, entre otros necesarios para un nivel de vida adecuado. En definitiva, se trata de asegurar la reversión de los factores que impulsaron a los NNA a emigrar.

La información recabada sobre la situación de los NNA en origen, una vez que han sido repatriados, arroja importantes desafíos para la intervención estatal en esta materia. También dan cuenta de ello los numerosos casos de NNA detenidos en la EMSXXI por segunda o tercera vez, lo cual pone en evidencia la ineficacia de la repatriación y de los programas de reintegración que existen en los países de origen. Los hallazgos de investigaciones realizadas por otras instituciones dan cuenta de estas deficiencias tanto en el corto plazo (cuando no es posible concretar el retorno y la reunión familiar y comunitaria) como a mediano término, en relación con una reinserción social y familiar sostenible (Caballeros, 2011; Casa Alianza, 2012).

Una parte importante de los programas desarrollados por estos países están enfocados a la recepción de los NNA repatriados. Como destaca el Gobierno guatemalteco, los “menores no acompañados que son repatriados vía terrestre por el Instituto Nacional de Migración mexicano, con la supervisión del Consulado de Guatemala en Tapachula, son beneficiarios de dicho Programa [Repatriación Digna de la Niña, Niño y Adolescente Migrantes, dependiente de la Secretaría de Bienestar Social], [...] que brinda atención y estadía en el Hogar Casa Nuestras Raíces, ubicado en la ciudad de Quetzaltenango, en donde las niñas, niños y adolescentes pueden permanecer hasta por 72 horas, para luego ser ubicados con algún familiar o, en su

defecto, ponerlos a disposición del Juez de Paz de la localidad, para que se inicie el proceso de protección respectivo" (CONAMIGUA, 2010: 63).

Caballeros destaca, no obstante, la inexistencia de "mecanismos de seguimiento al proceso de reintegración de los grupos de niños, niñas y adolescentes repatriados, mucho menos programas que faciliten su reinserción, por lo que es fundamental tomar en cuenta esta situación en los programas de atención a los niños, niñas y adolescentes migrantes". En este sentido, el Comité de la ONU sobre Trabajadores Migrantes ha recomendado a Guatemala que "desarrolle un programa con arreglo a los principios de la Convención, con miras a asistir a los migrantes que regresan para su reinserción duradera en el tejido económico, social y cultural de Guatemala".⁷

Idéntica posición adoptó el Comité de Derechos del Niño, al examinar la situación en El Salvador. En sus últimas recomendaciones a ese país, el Comité ha destacado los deberes especiales que tienen respecto de los niños y niñas que han migrado, en particular los no acompañados y en situación migratoria irregular. En particular, ha señalado la necesidad de cumplir con la Observación General 6 del propio Comité sobre niños, niñas y adolescentes no acompañados, promover condiciones adecuadas para la reintegración de esos niños y sus familias, y fortalecer mecanismos bilaterales y regionales para su protección.⁸

Los problemas y las materias pendientes vinculadas con la reintegración de NNA migrantes repatriados son, en general, comunes a los diferentes países de la región. Un informe publicado a mediados de 2012 señala los desafíos que existen en Honduras en relación con los NNA repatriados desde México por el INM. Tanto en lo relativo al reencuentro inmediato de los NNA con sus familiares, como en relación con programas de reinserción sostenible, en términos de acceso a derechos y garantías de condiciones de vida adecuadas, las deficiencias que surgen del informe son realmente graves (Casa Alianza, 2012).

En este contexto, resulta imprescindible reforzar y profundizar las políticas diseñadas hasta el momento para la atención del fenómeno de la niñez migrante. Estas políticas deben estar claramente encuadradas en tratados de derechos humanos como la CDN, pero también en la normativa sobre asistencia consular y en la legislación interna en materia de protección integral de la infancia,⁹ entre otras materias sociales. Otro paso sería la adopción de una norma de protección de personas migrantes desde el país de origen, que debería incluir

⁷ Comité para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias (2011a: §41).

⁸ Comité de Derechos del Niño (2010a: §73).

⁹ El Salvador, Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, decreto legislativo No. 839, del 26 de marzo de 2009; Honduras, Código de la Niñez y la Adolescencia, decreto No.73-96, del 5 de septiembre de 1996; Guatemala, Ley de Protección Integral de la Infancia y Adolescencia, decreto 27-03, del 4 de junio de 2003.

disposiciones específicas sobre la defensa de los derechos de NNA que hayan migrado y se encuentren en países de tránsito y destino. En este sentido, el Comité de Derechos del Niño recomendó a Guatemala promulgar una ley de migración que trate de resolver la situación de los niños migrantes y cree herramientas para hacer frente a los problemas imperantes, especialmente respecto a los niños migrantes no acompañados.¹⁰

En este sentido, cabe destacar la Ley sobre Protección al Migrante y la Familia en el Exterior de El Salvador, aprobada en 2011. Según señala su artículo 2, esta ley debe regirse por principios tales como el respeto irrestricto de los derechos humanos; la no discriminación; la protección extraterritorial de sus nacionales en el extranjero, independientemente de su condición migratoria; la protección especial a grupos vulnerables; y el interés superior de la niñez y adolescencia.

El artículo 6 de la ley crea el Consejo Nacional para la Protección y Desarrollo de la Persona Migrante y su Familia, “como un organismo interinstitucional con la participación de la sociedad civil y los migrantes, institución de derecho público, sin fines de lucro, de carácter autónomo, descentralizado, con el fin de elaborar, proponer, canalizar, verificar el cumplimiento de la política integral de protección y aquellas políticas relacionadas a los vínculos entre migración y desarrollo. Asimismo, será un ente de coordinación interinstitucional e intersectorial del Estado y los migrantes salvadoreños”. A su vez, se señala que el Plan Estratégico para la Protección y Desarrollo de la Persona Migrante Salvadoreña y su Familia, tendrá un enfoque de derechos, orientado al respeto irrestricto de los derechos humanos, con el objeto de aplicar las políticas públicas que garanticen, promuevan y restituyan los derechos de los migrantes y sus familias (artículo 26). Resulta evidente que para una efectiva aplicación de este Plan Estratégico y para que el Consejo pueda desarrollar acciones que contribuyan a las reformas políticas y prácticas que garanticen los derechos de NNA en el contexto de la migración, será determinante el mandato, la competencia y los recursos que se le asignen. El abordaje interinstitucional es clave para adoptar medidas efectivas, caso a caso, que den respuestas a corto y largo plazo.

Guatemala por su parte anunció en 2011 la creación de una mesa interinstitucional de atención a niñez y adolescencia migrante no acompañada, que coordinaría las acciones de atención de las instituciones cuya tarea se incide en la garantía de los derechos de esta

¹⁰ Comité de Derechos del Niño, Observaciones finales, Guatemala, CRC/C/GTM/CO/3-4, 25 de octubre de 2010, § 83.

población.¹¹ De todas maneras, no se ha podido obtener información sobre la efectiva constitución de esta mesa, sus funciones, alcance, composición y ámbitos de intervención.

También en Guatemala, otro antecedente que vale la pena mencionar es el Protocolo Interinstitucional de Repatriación de NNA Víctimas de Trata adoptado en enero de 2011. En él se establecen diversos criterios que permiten adoptar, de manera interinstitucional, las medidas necesarias para evaluar la situación de cada niño o niña víctima de trata. Asimismo, se determinan las competencias de cada organismo con el propósito de brindar una respuesta de protección integral, incluyendo medidas alternativas a la repatriación. Sin perjuicio de los desafíos que enfrenta la plena aplicación de este protocolo, se trata de una iniciativa importante, que debería replicarse respecto de todos los NNA migrantes guatemaltecos que estuvieran involucrados en un procedimiento migratorio en el exterior —miles lo están a diario en México— del cual pudiera derivarse una medida privativa de libertad, una disposición de repatriación o cualquier otra decisión que impacte en sus derechos.

Por último, cabe destacar el Proyecto de Retorno y Reintegración de NNA Migrantes no Acompañados, elaborado por el Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia (ISNA), que incluye la elaboración de un manual para la reintegración de NNA repatriados. En el marco de esta iniciativa se han llevado adelante diversas acciones, en cooperación con la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) y otras instituciones, con el objetivo de diseñar políticas que aseguren una reintegración adecuada de los NNA migrantes.

Esta transformación política precisa además funcionarios y personal técnico con la debida capacitación en materia de derechos de infancia en el contexto de la migración, en diferentes áreas del Estado, incluyendo las autoridades migratorias, con capacidad para acompañar adecuadamente los procesos de repatriación y reintegración.

Al respecto, es pertinente comentar las iniciativas de México para “exportar” el modelo de Oficiales de Protección de Infancia (OPI), a partir de actividades de capacitación en países centroamericanos. En este informe hemos aludido a las limitaciones estructurales y prácticas de los OPI en tanto agentes del organismo migratorio. La implementación de un modelo similar en los países de origen no debería repetir los errores en los que México incurre en relación con las competencias de los OPI: la coordinación de cualquier procedimiento y decisión que afecte a los NNA debe estar a cargo de los órganos especializados en protección

¹¹ Gobierno de Guatemala (2011: §135).

de infancia y no de las autoridades migratorias, aunque existan agentes que cuenten con formación en materia de derechos de la infancia.

Finalmente, es oportuno señalar que las medidas que atañen al proceso de reintegración están indefectiblemente relacionadas con las políticas públicas que deben atender un tema previo y estructural: las causas de la migración tanto de adultos como de NNA. En este sentido, el componente de largo plazo de las políticas de reinserción es clave. En otras palabras, la garantía del derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, principios rectores de la Convención sobre Derechos del Niño.

El éxito de políticas que aseguren la permanencia en el país de origen de los niños y niñas que han migrado, y eviten nuevos intentos de migración, sobre todo los que suponen irregularidad, depende de la eficacia que tengan estas políticas en términos de protección *integral* de la infancia. Es decir, que puedan satisfacer, con carácter universal y vocación comprehensiva de realidades diversas y complejas, el pleno acceso a los derechos económicos, sociales y culturales para estos niños y niñas y sus familias.

5. Falta de información en la asistencia consular como insumo para las políticas públicas

Consideramos importante en este último apartado reflexionar brevemente sobre la cuestión de la información como elemento estratégico en la protección consular de NNA migrantes y, en definitiva, de las políticas públicas de los países de origen.

Las representaciones consulares, a partir de su intervención en los diferentes casos de NNA migrantes, elaboran fichas o expedientes con la información recabada durante el procedimiento, que usualmente se inicia con la primera visita de los agentes consulares a la EMSXXI. Sin perjuicio de la información más precisa que pudiera reunirse en ciertas situaciones particulares (por ejemplo frente a casos de trata), en general los datos se colectan son los estrictamente necesarios para la identificación de la persona y su lugar de origen, vínculos familiares y lo necesario para el inicio del proceso de repatriación.

Sin embargo, la información recabada por los agentes consulares puede fortalecer el trabajo de los consulados, contribuir a evitar o prevenir violaciones de derechos humanos y colaborar en la formulación de políticas públicas. Es necesario para ello que las representaciones consulares comprendan el valor de la información que manejan, procuren sistematizarla e incluir en su registro otros datos relevantes y no los estrictamente necesarios para asegurar la repatriación. La información puede por ejemplo ofrecer al Estado un diagnóstico sobre los flujos migratorios en el territorio, sobre las comunidades de origen de

mayor emigración de niños y niñas, sobre las redes de trata de NNA para su explotación en el sur de México, sobre los patrones de violaciones a los derechos de NNA durante su estadía y/o tránsito por México. Y a su vez, puede ofrecer una oportunidad para reforzar políticas sociales, laborales y educativas; contribuir a la determinación del interés superior del niño por las autoridades mexicanas y propiciar medidas que colaboren en este proceso; y, finalmente, promover mecanismos bilaterales y regionales que faciliten respuestas adecuadas, entre ellas la reunificación familiar.

La recolección de información por parte de los consulados cobra relevancia también al momento de repensar la política migratoria, para dotarla de un perfil integral que tenga en cuenta los derechos de los NNA migrantes y la especificidad de la protección que requieren. Esta información debería complementarse con la que podrían recoger las instituciones que reciben a los NNA repatriados en El Salvador, Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia (ISNA), en Guatemala, Secretaría de Bienestar Social (SBA) y en Honduras, Instituto Hondureño de la Niñez y la Familia (IHNFA), así como otros organismos encargados de políticas asociadas a las causas de la migración.

De esta manera, la información actúa como un requisito esencial para el diseño, implementación y evaluación permanente de las políticas y prácticas que directa e indirectamente impactan en los derechos de NNA migrantes, tanto mientras se encuentran en países de tránsito o destino, como una vez que retornan a su país. Eso incluye, como destacamos, los programas de protección consular. Al respecto, una iniciativa reciente sobre asistencia consular a salvadoreños en el exterior, contiene un mecanismo específico dirigido a producir y analizar información como un componente central de las políticas de atención a sus nacionales (Gobierno de El Salvador, 2012).

En estas iniciativas debería garantizarse no sólo que toda la información posible, cuantitativa y cualitativa, pueda desagregarse por criterios predeterminados (edad y sexo entre otros) sino también que se complemente y articule con otros mecanismos que produzcan información sobre diferentes aspectos de la niñez en el contexto de la migración. Por ejemplo, sobre las causas y motivaciones, amenazas y riesgos en tránsito y destino, redes de trata de NNA, marco institucional, legal y operativo para la protección en el exterior, para la implementación de un procedimiento DIS o para el retorno y reintegración, entre otras posibilidades.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV. (2011), *Informe sobre la situación general de los derechos de los migrantes y sus familias*, elaborado por las organizaciones de la sociedad civil en ocasión de la visita a México del señor comisionado Felipe González, Relator Especial de Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, México, julio de 2011.

ACNUR (1992), *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar La Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, Ginebra, diciembre de 1992.

----- (1999), *Directrices del ACNUR sobre los criterios y estándares aplicables con respecto a la detención de solicitantes de asilo*, de febrero de 1999.

----- (2006-2008), *La protección internacional de las niñas y niños no acompañados o separados en la frontera sur de México*, Oficina Regional del ACNUR en México, octubre 2008.

----- (2007), *Conclusión N° 107 sobre los niños en situación de riesgo*, 58° Período de sesiones, Ginebra.

----- (2009), *Directrices de Protección Internacional: 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*, HCR/GIP/09/08, del 22 de diciembre de 2009.

----- (2011), *La protección de los refugiados y la migración mixta: El Plan de los 10 puntos en acción*, Ginebra, febrero de 2011.

Ángeles Cruz, Hugo (2010), "Las migraciones internacionales en la frontera sur de México", en Alba, Francisco et al. (Coords.), *Migraciones Internacionales*, El Colegio de México, DF, pp. 437-478.

Appleseed (2011), *Niños en la frontera: Evaluación, Protección y Repatriación de Niños, Niñas y Adolescentes Mexicanos sin Compañía*, Ed. Appleseed, Washington DC.

Artola, Juan (2006), "Las relaciones entre migración y seguridad y sus impactos en los flujos migratorios en México", en: Carlos González Gutiérrez (Coord.) *Relaciones Estado-Diáspora: La perspectiva de América Latina y el Caribe*, Tomo II, Colección América Latina y el nuevo orden mundial. México: Miguel Ángel Porrúa, UAZ, Secretaría de Relaciones Exteriores, Instituto de los Mexicanos en el Exterior, ANUIES, 2006.

Banco Mundial (2011), *Crimen y violencia en Centroamérica: Un desafío para el desarrollo*, Departamento de Desarrollo Sostenible y Reducción de la Pobreza y Gestión Económica. Región de América Latina y el Caribe.

Bernardot, Marc (2008), *Camps d'étrangers*, TERRA, Editions du Croquant, Paris.

Berumen Sandoval, Salvador; Ramos Martínez, Luis Felipe y Ureta Hernández, Isabel (2011), "Migrantes Mexicanos aprehendidos y devueltos por Estados Unidos. Estimaciones y características generales" en: *Apuntes sobre Migración. No.2*, INM-CEM, México.

Butler, Judith (2006), *Vida precaria. El poder del duelo y la violencia*, Ed. Paidós, junio de 2006.

Caballero Ochoa, José Luis (2012), "La cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persona* (artículo 1o., segundo párrafo, de la Constitución)", en Carbonell y Salazar (Coord.), *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, UNAM, Ed. Porrúa, Ciudad de México, pp. 103-133.

Caballeros, Álvaro (2011), "Migración con rostro de niños, niñas y adolescentes", en *Encuentro*, No. 90, pp. 84-93, Ciudad de Guatemala.

Calleros Alarcón, Juan Carlos (2010), *El vínculo entre seguridad nacional y migración en México*, en *Revista Mexicana de Política Exterior*, No. 88, febrero de 2010, Ciudad de México.

Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (2012), (Coord.), *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, UNAM, Ed. Porrúa, Ciudad de México.

Carmona Tinoco, Jorge Ulises (2012), *La reforma y las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales*, en Carbonell y Salazar (coord.), op. cit., pp. 39-62.

Casa Alianza (2012), *Análisis de la situación de Derechos de la Infancia Migrante No Acompañada en el marco de los procedimientos de deportación y retorno a Honduras*, Tegucigalpa, junio de 2012.

Casillas, Rodolfo (2006), *La trata de mujeres, adolescentes, niñas y niños en México. Un estudio exploratorio en Tapachula, Chiapas*, Comisión Interamericana de Mujeres de la Organización de Estados Americanos, Organización Internacional para las Migraciones, Instituto Nacional de las Mujeres, Instituto Nacional de Migración, México, 2006.

Castillo, Miguel Ángel (2008), "La frontera México-Guatemala: Un entorno de asimetrías, desigualdades sociales y movilidad poblacional. Proyecto: Desarrollo de propuestas de política pública en asuntos de migración", en Sin Fronteras (Coord.), *Cambiando perspectivas: de la gestión de flujos hacia la construcción de políticas de migración con enfoque de desarrollo*, Ed. Porrúa, México D.F., pp. 73-111.

Catholic Relief Services (2010), *Niñez migrante. Detención y repatriación desde México de niños, niñas y adolescentes centroamericanos no acompañados*, Informe de investigación, Baltimore, Enero de 2010.

Centro de Derechos Humanos "Fray Matías de Córdova" A.C. (2006), *Huracán Stan: "La dignidad devastada"*, Informe alternativo sobre afectación y violaciones a Derechos Humanos de las personas damnificadas por el Huracán Stán en comunidades de la Costa, Sierra y frontera del Estado de Chiapas, Tapachula, Chiapas, mayo de 2006.

CDH Fray Matías de Córdova et al (2008), *La crisis de derechos humanos en la frontera sur de México*, Tapachula.

---- (2009), *Informe Derechos Humanos y Condiciones de detención en la Estación Migratoria Siglo XXI*, Tapachula, Chiapas, México.

Ceriani Cernadas, Pablo (2009), *Control migratorio europeo en territorio africano: la omisión de la extraterritorialidad de las obligaciones de derechos humanos*, en *Sur International Human Rights Journal* No. 10, Sao Pablo, octubre de 2009.

Comisión Nacional de Derechos Humanos (2009), *Informe especial sobre los casos de secuestro en contra de migrantes*, México, 2009.

Comisionado de Derechos Humanos del Consejo de Europa (2010), *Criminalisation of Migration in Europe: Human Rights Implications*, Issue Paper, Strasbourg, Febrero 2010.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, CIDH (2008), *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, 131º período ordinario de sesiones, 3 al 14 de marzo de 2008.

Comité de Derechos del Niño (2003), Observación General 5, *Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*, CRC/GC/2003/5, 27 de noviembre de 2003.

----- (2005), Observación General 6, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, CRC/GC/2005/6, 1 de septiembre de 2005.

----- (2006), Observaciones Finales: México, CRC/C/MEX/CO/3, 8 de junio de 2006.

----- (2009), Observación General 12, *El derecho del niño a ser escuchado*, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009.

----- (2010a), Observaciones Finales: El Salvador, CRC/C/SLV/CO/3-4, 17 de febrero de 2010.

----- (2010) Observaciones Finales: Guatemala, CRC/C/GTM/CO/3-4, 25 de octubre de 2010.

----- (2012), *The Rights of All Children in the Context of International Migration*, 2012 Day of General Discussion, Background Paper, August 2012.

Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (2011), Observaciones Finales México, CMW/C/MEX/CO/2, 3 de mayo de 2011.

----- (2011a), Observaciones Finales Guatemala, CMW/C/GTM/CO/1, 12 de octubre de 2011.

CONAMIGUA (2010) *Informe de acciones de la Secretaría Ejecutiva del Consejo Nacional de Atención al Migrante de Guatemala-CONAMIGUA*.

Conferencia Regional sobre Migración (2002), *Menores Migrantes: Derechos Humanos, Protección y servicios en los países miembros de la Conferencia Regional de Migración*, Estudio conjunto México-Canadá, Reporte preparado por Acción Canadá para la Población y el Desarrollo y el Colegio de Michoacán, Octubre 2002.

Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (2009), *Derechos humanos de los migrantes: la migración y los derechos humanos del niño*, A/HRC/RES/12/6, 12 Octubre 2009.

Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL), *Pobreza 2010*, México.

Cornelius, Wayne (2008), *Reforming the Management of Migration Flows from Latin America to the United States*, Center for Comparative Immigration Studies, University of California, San Diego, Working Paper 170, December 2008.

Corte IDH (1985), Opinión Consultiva OC-5/85, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, 13 de noviembre de 1985.

----- (1997), *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 11 de septiembre de 1997.

----- (1999), Opinión Consultiva OC-16/99, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, 1 de octubre de 1999.

----- (2001), *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72.

----- (2002), Opinión Consultiva OC-17/02, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, 28 de agosto de 2002.

----- (2003), Opinión Consultiva OC- 18/03, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, 17 de septiembre de 2003.

---- (2004) *Caso Instituto de Reeducción del Menor Vs. Paraguay*. Sentencia del 2 de septiembre de 2004.

----- (2005), *Caso de la Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005.

----- (2005), *Caso Víctor Nicolás Sánchez y otros –Operación Gatekeeper- v. Estados Unidos*, decisión del 27 de octubre de 2005.

----- (2006), *Caso Claude Reyes y otros*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006.

----- (2009), *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009.

----- (2010), *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 23 de noviembre de 2010.

Corte Internacional de Justicia (2004), *Avena y otros Nacionales Mexicanos. México vs Estados Unidos*, La Haya, 31 de marzo de 2004.

Corte Suprema de México (2012), *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a niñas, niños y adolescentes*, Presidencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ciudad de México.

De Lucas, Javier (2004), *La inmigración como res política*, en Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, Universidad de Valencia, España, vol. 10, p. 1-44.

----- (2011), *Inmigrantes: del Estado de excepción al estado de derecho*, en Oñati Socio-Legal Series, v. 1, n. 3, 2011.

De Lucas, Javier y Solanes, Ángeles –coords.- (2009), *Derechos Humanos e Integración Política de los Inmigrantes*, Dykinson, Valencia.

Departamento de Estado de los Estados Unidos (2010), *Trafficking in Persons Report*, 10th Edition, June 2010.

DIF Nacional – IIN, Instituto Interamericano del Niño, Niña y Adolescente (2010), *Estrategia de Prevención y atención a NNA migrantes y repatriados no acompañados, Marco General de Operación*, Ciudad de México.

----- (2011), *Estrategias regionales de atención de niñas, niños y adolescentes migrantes y repatriados no acompañados*, presentación efectuada en la Semana Nacional de Migración 2011, 17 de octubre, México D.F.

Enríquez Villacorta, Alberto et al. (2011), *Migración internacional, Niñez y Adolescencia en El Salvador*, Ministerio de Relaciones Exteriores, San Salvador, octubre de 2011.

Dudley, Steven (2011), *Guatemala: cuando llegaron Los Zetas*, en Revista Proceso, 22 de septiembre de 2011.

Fekete, Liz (2007), "Detained: Foreign Children in Europe", en *Race & Class*, Institute of Race Relations, SAGE Publications, Vol. 49(1): 93–104.

FIDH, Federación Internacional de Derechos Humanos (2008), *Estados Unidos – México. Muros, Abusos y Muertos en las fronteras. Violaciones flagrantes de los derechos de los migrantes indocumentados en camino a Estados Unidos*, Marzo 2008, N° 488/3.

Foro Migraciones (2002), *Migración: México entre sus dos fronteras, 2000-2001*, México D.F.

----- (2005), *Informe Alternativo México, presentado ante el Comité de Derechos de los Trabajadores Migratorios de Naciones Unidas*, diciembre de 2005.

FRA, European Union Agency for Fundamental Rights (2011), *Separated, asylum-seeking children in European Union Member States. Comparative report*, Luxembourg.

Gobierno de El Salvador (2012), *Hacia un modelo de protección consular de los salvadoreños en el exterior*, presentación realizada por Juan José García, Viceministro de Relaciones Exteriores, San Salvador, junio de 2012.

Gobierno de Guatemala (2011), *Respuestas escritas del Gobierno de Guatemala en relación con la lista de cuestiones (CMW/C/GTM/Q/1) en relación con el examen del informe inicial de Guatemala (CMW/C/GTM/1), CMW/C/GTM/Q/1/Add.1*, del 17 de agosto de 2011.

Gobierno de México (2012), *Observaciones del Gobierno de México respecto a la solicitud de opinión consultiva presentada por la República de Argentina, la República Federativa de Brasil, la República Oriental de Uruguay y la República el Paraguay ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, OC-21/025, 17 de febrero de 2012-09-17.

González Carrillo, Adriana (2009), *Frontera sur y niños migrantes no acompañados en México: un análisis bajo la perspectiva de los derechos humanos (2006-2008)*, FLACSO, Sede México, Maestría en Derechos Humanos y Democracia, Marzo 2009.

Grupo Guatemala-México Migración y Desarrollo (2009), *Las políticas migratorias de México y Guatemala: una primera aproximación*, Instituto Centroamericano de Estudios Sociales y Desarrollo, INCEDES, Guatemala, mayo de 2009.

----- (2008), *Evaluación de la Política Migratoria hacia la Frontera Sur de México (2001-2006)*, Secretaría Técnica en México, octubre de 2008.

Human Rights Watch (2008), *Retornos a cualquier precio. España insiste en la repatriación de menores extranjeros no acompañados sin garantías*, Nueva York, octubre 2008.

I(dh)reas, Litigio Estratégico en Derechos Humanos, A.C. (2011), *En tierra de nadie. El laberinto de la impunidad. Violaciones de los derechos humanos de las personas migrantes en la región del Soconusco*, Ciudad de México.

ILPA and Crawley, Heaven (2006), *Child first, migrant second: Ensuring that every child matters*, Immigration Law Practitioners' Association, Policy Paper, London.

INCEDES y Sin Fronteras (2008), *Niñez Migrante no Acompañada*, Investigación publicada en diciembre de 2008.

INCIDE Social, A.C. Sin Fronteras, I.A.P. (2010), *Hacia la construcción de políticas públicas a favor de las mujeres migrantes. Caso Chiapas*, Ciudad de México.

Iniciativa Ciudadana y Desarrollo Social Incide Social A.C., Sin Fronteras I.A.P. (2010). *Hacia la construcción de políticas públicas a favor de las mujeres migrantes. Caso Chiapas, México*. Ciudad de México.

INEDIM, Instituto de Estudios y Divulgación sobre Migración (2011), *Marco Institucional y Normativo en Materia de Migración Internacional en México. Análisis y Propuestas*, José Antonio Guevara Bermúdez, Documento de Trabajo No. 3, Ciudad de México, julio de 2011.

INM-CEM (2011), *Migración centroamericana de tránsito irregular por México. Estimaciones y características generales*, en Apuntes sobre Migración, No. 1, Julio 2011.

INM (2005), *Propuesta de Política Migratoria Integral en la Frontera Sur de México*; INM-Centro de Estudios Migratorios, 2da. Edición, México D.F., diciembre de 2005.

INM-CEM, Consejo Nacional de Población, Colegio de la Frontera Norte, Secretaría de Gobernación, Secretaría de Relaciones Exteriores, Secretaría de Trabajo y Previsión Social

(2011), *Encuesta sobre Migración en la frontera Sur de México 2008*. Serie histórica 2004-2008.

INSYDE Instituto para la Seguridad y la Democracia (2008), *Percepciones sobre la migración en la frontera sur. Encuesta en vivienda*. Tapachula, mayo de 2008.

Kuhner, Gretchen (2010), *El impacto de la migración irregular en la familia. Mujeres y Niñas, Niños y Adolescentes (NNA) en tránsito por México: Un reto regional*, presentación realizada en la XV Conferencia Regional sobre Migración (CRM), Seminario Regional sobre Migración y Familia, Colegio de la Frontera Norte, Tijuana, 21 al 23 de abril de 2010.

Landerreche Gómez Morin, Cecilia (Sistema Nacional DIF) (2011), *Estrategia de Prevención y Atención de Niñas, Niños y Adolescentes Migrantes y Repatriados No Acompañados*, Presentación ante la Comisión Especial de Asuntos Migratorios Organización de Estados Americanos, 16 de febrero de 2011.

Lochak, Daniele (2007), *Face aux migrants : état de droit ou état de siège?*, Paris, Textuel.

Maier, Julio (2000), "Los niños como titulares al debido proceso", en *Justicia y Derechos del Niño*, No. 2, UNICEF, Buenos Aires, pp. 9-18.

Martínez, Julieta, "Migrantes, entre los más vulnerables de trata: CNDH". El Universal, 30 de marzo de 2012. <http://www.eluniversal.com.mx/notas/839163.html#1> Consulta: 30 de marzo de 2012.

Mesa de Diálogo Interinstitucional sobre Niños, Niñas y Adolescentes No Acompañados y Mujeres Migrantes (2011), *Manual de Referencia para la Operación del Modelo de Protección de los Niños, Niñas y Adolescentes*, Ciudad de México.

OACDH (2010), *Estudio de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los problemas y las mejores prácticas en relación con la aplicación del marco internacional para la protección de los derechos del niño en el contexto de la migración*, A/HRC/15/29, presentado ante el Consejo de Derechos Humanos, Ginebra, 5 de julio de 2010.

ODI, Oficina de Defensoría de los Derechos de la Infancia (2010), *Orientaciones mínimas para un proceso de armonización legislativa a favor de la infancia en México*, Ciudad de México.

OEA (2010), *Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información*, Consejo Permanente de la OEA, Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, Documento presentado por el Grupo de Expertos sobre Acceso a la Información coordinado por el Departamento de Derecho Internacional, de la Secretaría de Asuntos Jurídicos, de conformidad con la resolución AG/RES. 2514 (XXXIX-O/09) de la Asamblea General, CP/CAJP-2840/10 Corr.1, del 29 abril de 2010.

OIM, Organización Internacional para las Migraciones (2011), *La trata de personas en México, diagnóstico sobre la asistencia a víctimas*, informe elaborado por Hélène Le Goff y Thomas Lothar Weiss, Organización Internacional para las Migraciones Misión México, México D. F.

----- (2011a), *México: Políticas públicas beneficiando a migrantes*, Ciudad de México.

PCS, Conserjería en Proyectos (2008), *Los pequeños pasos en un camino minado: Migración, niñez y juventud en Centroamérica y el sur de México*, informe elaborado por Carolina Escobar Sarti, Guatemala.

Pinto, Gimol (2001), "La defensa judicial de niñas, niños y adolescentes a partir de la Convención sobre Derechos del Niño. Algunas consideraciones en torno al derecho de defensa en sistemas normativos que no se han adecuado en su totalidad a la CDN: los casos de la Argentina y México", en *Justicia y Derechos del Niño*, No. 3, UNICEF, Buenos Aires, pp. 127-142.

PNUD (2011) *Informe sobre Desarrollo Humano 2011. Sostenibilidad y Equidad: Un mejor futuro para todos*, Ginebra.

PNUD Honduras (2012), *Reducción de la Pobreza*, Tegucigalpa, Disponible en línea en http://www.undp.un.hn/reduccion_de_la_pobreza.htm

Red Local Anti-trata (2008), *Trabajemos para transformar la esclavitud en libertad, Informe final (septiembre 2006-mayo 2007)*, Tapachula.

Red Nacional de Derechos Humanos "Todos los derechos para todas y todos" (2010), *Documento preparado para el Comité para la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares (CMW), en el marco de su evaluación del segundo informe periódico del Estado mexicano*, Ciudad de México.

Relatoría Especial de la CIDH para la Libertad de Expresión (2002), *El acceso a la información pública como ejercicio de la libertad de expresión de los pobres*.

----- (2005), *Séptimo Informe de Progreso*.

----- (2009), *Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*.

----- (2011), *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, CIDH, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 5, 7 de marzo de 2011.

Relatoría de la CIDH sobre Trabajadores Migratorios y miembros de sus Familias (2002), *Informe de la Visita in Loco a México*, 25 de julio y 1 de agosto del año 2002.

----- (2011), *Observaciones Preliminares, Visita In Loco a México*, 2 de agosto 2011.

Relatoría Especial de Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos de Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias (2009), *Informe del Relator ante el Consejo de Derechos Humanos: La migración y la protección internacional de que gozan los niños*, A/HRC/11/7, 14 de mayo de 2009.

----- (2011), *Informe anual presentado ante el Consejo de Derechos Humanos*, A/HRC/17/33 del 21 de marzo de 2011.

Relatoría Especial de Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos y la Extrema Pobreza (1996), *Informe presentado ante la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas*, E/CN.4/Sub.2/1996/13, 28 junio de 1996.

Rodríguez Huerta, Gabriela (2012), "Extranjeros y debido proceso legal", en Carbonell y Salazar (coord.), op. cit., pp. 293-311.

Rodríguez Ulloa, Carlos y Raúl Benítez Manaut (2006), "Seguridad y Fronteras en Norteamérica: del TLCAN al ASPAN", *Revista Frontera Norte*, No. 35, enero-junio, El Colegio de la Frontera Norte, Tijuana.

Save the Children (2005), *No Place for a Child. Children in UK immigration detention: Impacts, alternatives and safeguards*, London, 2005.

Sin Fronteras I.A.P. (2005), *México y su frontera sur*, Ciudad de México, 2005.

----- (2009), *Situación de los derechos humanos de las personas migrantes y solicitantes de asilo detenidas en las Estaciones Migratorias de México, 2007-2009*, México D.F., diciembre de 2009.

Sottoli, Susana, *Es necesario abrir a debate una nueva legislación de infancia*, en *Diario El Universal*, México, 16 de abril de 2012.

STEPS Consulting Social (2008), *The Conditions in Centres for Third Country National (Detention Camps, Open Centres as well as Transit Centres and Transit Zones) with a Particular Focus on Provisions and Facilities for Persons with Special Needs in the 25 EU Member States*, European Parliament, Commission of Civil Liberties, Justice and Home Affairs, Ref. IP/C/LIBE/IC/2006.181, Brussels, 12/2007.

Tirado, Erubiel (2005), *Frontera Sur y seguridad nacional. El olvido intermitente*, INM.

Tribunal Constitucional Español, Sala Primera, Sentencia No. 184/2008, 22 de diciembre de 2008.

Turati, Marcela (2008), "El difícil oficio de ser niño en Tapachula", en Ririki, *Migraciones vemos.... Infancias no sabemos. Primera infancia y Migración en México*, México, D.F.

UNICEF (2012), *Amicus Curiae presentado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el marco de la Solicitud de Opinión Consultiva sobre Niñez y Migración*, realizada por los Estados parte del MERCOSUR, Oficina de UNICEF para América Latina y el Caribe, Panamá, febrero de 2012.

UNICEF Kosovo y German Committee for UNICEF (2010), *Integration Subject to Conditions. A report on the situation of Kosovan Roma, Ashkali and Egyptian children in Germany and after their repatriation to Kosovo*, Pristina.

UNICEF España (2008), *La convención sobre los Derechos del Niño alcanza la mayoría de edad*, Madrid.

UNICEF Guatemala (2009), *Camino al Norte. Reseña sobre la Niñez Migrante en Guatemala*, Ciudad de Guatemala.

----- (2011), *El salto al norte. Violencia, inseguridad e impunidad del fenómeno migratorio en Guatemala*, Ciudad de Guatemala.

UNICEF-UNLa (2010), *Estudio sobre los estándares jurídicos básicos aplicables a niños y niñas migrantes en situación irregular y algunas líneas de acción para su protección*, Universidad Nacional de Lanús y Oficina de UNICEF para América Latina y el Caribe, Panamá.

Vasconcelos Méndez, Rubén (2009), *La justicia para adolescentes en México. Análisis de las leyes estatales*, UNICEF-UNAM, Ciudad de México.

Zamora, José Antonio (2005), *Políticas de Inmigración, Ciudadanía y Estado de excepción*, en *Revista Arbor*, Vol. 181, No. 713.

MODELO DE ENTREVISTA PARA NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES MIGRANTES EN ESTACIONES MIGRATORIAS EN LA FRONTERA SUR DE MEXICO

Fecha _____

Lugar _____

Entrevistador/a _____

Hora _____

Esta entrevista está dirigida a niños, niñas y adolescentes que se encuentran en estaciones migratorias en la frontera sur de México.

Antes de comenzar con la entrevista, se sugiere hacer una breve introducción, presentándose como investigador/a del Centro de Derechos Humanos “Fray Matías de Córdova” y/o del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús (UNLa) explicando que actualmente, de forma conjunta, se está desarrollando un estudio que busca generar información para evaluar las políticas públicas y la legislación vinculada a la protección, respeto y garantía de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes migrantes en México, en particular, en la región del Soconusco del Estado de Chiapas.

Después de la presentación del/ de la entrevistador/a se hará una breve introducción sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Se indicará que esta entrevista es voluntaria, que no está obligado/a a responder, y que en caso de hacerlo su identidad será resguardada. Su nombre no será registrado junto con las preguntas que se le harán de modo que la información obtenida permanecerá anónima. Sin embargo, es importante explicarles que su participación es fundamental para poder evaluar si hay violaciones a derechos que deberían garantizarse a todos los niños, niñas y adolescentes migrantes en México. En toda ocasión, se atenderá a la edad y madurez de los niños, niñas y adolescentes a ser entrevistados/as para proceder a realizar o no, la entrevista.

En los casos que los niños, niñas y adolescentes lo soliciten, el desarrollo de la entrevista podrá interrumpirse en cualquier momento.

Finalmente, se deberá entregar al niño, niña o adolescente por escrito los datos de contacto del Centro de Derechos Humanos “Fray Matías de Córdova”.

Parte 1 – Datos Generales a relevar respecto de todos los niños/as y adolescentes

1.- Sexo del niño, niña o adolescente

H M

2.- ¿Qué idioma o lengua hablas?

3.- ¿Sabes leer y/o escribir? Sí No

4.- ¿Cuántos años cumplidos tienes?

5.- ¿En qué país naciste? Agregar Departamento, Cantón, etc.

Guatemala _____

Honduras _____

El Salvador _____

Otro _____

6.- ¿Cuentas con algún documento de identificación de algún país?

Sí, ¿cuál? _____

No, ¿sabes por qué? _____

7.- ¿Estás aquí con alguno de tus padres?

Sí ¿Con ambos o con cuál de ellos?

(Pasar a Parte 2)

No

8.- ¿Tus padres viven actualmente?

Padre Sí, ¿dónde se encuentra? _____

No

Ns/Nc

Madre Sí, ¿dónde se encuentra? _____
 No
 Ns/Nc

9.- ¿Viviste antes con tu padre y/o madre? Sí, ¿en dónde? _____
 No

10.- ¿Estás aquí con otro familiar o persona que te acompaña en tu viaje?

Sí ¿Con quién? _____

No ¿Alguien te informó de tu derecho a un tutor? Sí
No

¿Hay algún adulto (familiar o no) que sea actualmente

responsable por ti? Sí ¿Quién? _____
No

11.- ¿Tienes hermanos/as? Sí ¿Cuántos? _____
¿Sabes dónde viven? _____
No

12.- ¿Tienes otros familiares? Sí, ¿quién/es? _____
 No

(Opcional. Sólo realizar esta pregunta en caso que no haya referido a otro familiar en las preguntas anteriores.)

Parte 2 – Contexto de la Migración

13.- ¿Dónde vivías antes de venir a México? _____

(Opcional. Sólo realizar esta pregunta en caso que no se deduzca de las anteriores.)

14.- **¿Con quién vivías?** _____

(Opcional. Sólo realizar esta pregunta en caso que no se deduzca de las anteriores.)

15.- **¿Asistías a la escuela?** Sí, ¿hasta qué grado estudiaste? _____

No

16.- **¿Te acuerdas qué día te fuiste de dónde vivías?** _____

17.- **¿Por qué motivo saliste del país donde vivías?**

Para juntarte con tu familia

Por falta de oportunidades para estudiar

Para buscar un trabajo

Por alguna catástrofe natural

Por alguna situación de violencia

Otros _____

18.- **¿Hace cuánto llegaste a México?** _____

19.- **¿Cómo ingresaste al país? (precisar modo, frontera, etc.)** _____

20.- **¿Hacia dónde ibas?** _____

21.- **¿Estuviste acompañado/a en algún momento de tu viaje?**

Sí ¿por quién? _____

No

22.- **¿Durante tu viaje tuviste algún problema (alguien te robó, o te hizo daño, tuviste algún accidente, etc.)?** Sí ¿cuál? _____

No *(Pasar a la pregunta 25)*

23.- ¿Te acuerdas en dónde ocurrió esto?

- México
- Guatemala
- El Salvador
- Honduras
- Otro país _____
- No recuerda

24.- ¿Te acuerdas si alguna autoridad pública participó o estaba presente cuando ocurrió ese problema?

- Policía
- Miembro de las fuerzas armadas
- Agente del INM
- Otra persona _____

25.- ¿Trabajabas en el país dónde vivías?

- Sí
- No (Pasar a la pregunta 27)

26.- ¿Alguien te obligaba a que trabajaras o consiguieras dinero?

- No
- Sí ¿quién? _____

27.- ¿Una vez en México, tuviste que hacer algún trabajo?

Sí ¿Cuál? _____
¿Recibías un salario? Sí No

¿Te sentiste sin libertad para negarte hacerlo? _____

¿Quién te acercó por primera vez al lugar donde ibas a trabajar?

¿Te mintieron acerca de la actividad que ibas a realizar?

¿En algún momento te sentiste privado de tú libertad en el lugar donde trabajabas?

No

Parte 3 – Condiciones de detención y Debido Proceso

28.- ¿Recuerdas cuándo y dónde fuiste asegurado/a ?

29.- ¿Alguien te informó por qué te llevaron a la estación migratoria y por qué debías estar asegurado/a?

Sí ¿Cuál fue el motivo? _____

No

30.- ¿Has tenido la posibilidad de solicitar ser alojado/a en otro lugar?

Sí

No

31.- ¿Alguien te informó de tu derecho a tener un/a representante legal?

Sí

No

32.- ¿Hay algún abogado/a que te asesore?

Sí

¿Es un abogado/a particular, de una ONG o te lo dio el Estado?

Particular

ONG

Servicio Público

¿Te visita tu abogado/a? ¿Con qué frecuencia lo hace? _____

¿Tienes cómo contactarlo? Sí

No

No

33.- ¿Alguien te informó sobre tu derecho a la asistencia consular por parte de las autoridades del país dónde naciste y te suministró datos de contacto de esa oficina?

Sí

No

34.- ¿Estás en contacto con la oficina consular de tu país?

Sí

¿qué tipo de apoyo o servicio te han brindado? _____

No

35.- ¿Te mantienen informado/a de cómo va tu proceso migratorio?

Sí

No

36.- ¿Pudiste ver tu expediente?

Sí

No

37.- ¿Pudiste hablar con un juez u otra autoridad pública sobre tu caso?

Sí

No

38.- ¿Pudiste realizar llamadas telefónicas a algún familiar?

Sí

¿A quien se la tuviste que solicitar? _____
¿Fue gratuita o tuviste que pagar para realizar la llamada? _____

No

39.- ¿Sabes hace cuánto tiempo estás en la estación migratoria o te acuerdas el día que llegaste? _____

40.- Antes de traerte a la estación migratoria, ¿te tuvieron alojado/a en otro lugar?

Sí

¿Dónde? _____

No

41.- Al llegar a la estación migratoria, ¿te tomaron una declaración o te hicieron una entrevista?

Sí

¿Quién te la hizo? _____

¿Estuviste acompañado/a por alguien? Sí

No

En la declaración/entrevista,

¿Entendías lo que te decían? Sí

No

¿Te explicaron lo que estaba pasando? Sí

No

¿Recibiste copia de la declaración? Sí

No

¿Pudiste leer su contenido? Sí

No

No

42.- ¿Estás en contacto con otras personas alojadas en la estación migratoria?

- Sí Otros niños, niñas y adolescentes
 Familiares
 Otros adultos que no son tus familiares

No

43.- ¿Sufriste algún tipo de maltrato desde que estás en la estación migratoria?

Sí ¿puedes describir lo que sucedió y qué personas estuvieron presentes?

No

44.- ¿Te han impuesto alguna sanción disciplinaria?

Sí ¿Cuál? _____

¿Te han alojado en un lugar aislado? Sí, ¿cuánto tiempo estuviste ahí?

¿Cuáles eran las condiciones?

No

No

45.- Desde que estás en la estación, ¿te revisó algún/a médico/a?

Sí ¿estás recibiendo algún tratamiento dentro de la estación?

No

46.- ¿Has presentado algún problema de salud?

Sí ¿recibiste atención médica? ¿Cómo ha sido esa atención? - _____

No

47.- ¿Qué te dan de comer y beber en la Estación migratoria? ¿Te gusta la comida?

48.- ¿Dónde duermes? _____

49.- ¿Qué actividades realizan en la estación migratoria? ¿De qué tipo son? _____

50.- ¿Recibes visitas de personas de otra institución del Estado que se acercan para conocer cómo estás?

Sí ¿sabes de qué institución del Estado vienen? _____

No _____

51.- ¿Cuentas con algún espacio o momento dentro de la estación donde puedas estar solo/a?

Sí ¿cuál? _____

No

52.- ¿Hay alguien dentro de la estación migratoria a quién puedas recurrir frente a cualquier problema para presentar una denuncia o queja?

Sí ¿quién? _____

No

Parte 4 – Derecho a solicitar asilo y Derecho a la asistencia consular

53.- ¿Alguien te informó sobre tu derecho a solicitar la condición de refugiado?

Sí

No

54.- ¿Sientes temor de regresar a tu país?

Sí ¿por qué? _____

No

55.- ¿Solicitaste refugio a la COMAR o ACNUR?

Sí

No

Parte 5 - Repatriación

56.- ¿Recibiste información sobre tu regreso al país de donde vienes y los motivos?

Sí ¿Qué te informaron? _____

No

57.- ¿Ya se cumplió la fecha en que te dijeron que regresarías?

Sí ¿Cuál era? _____

No

58.- ¿Te informaron quién te va a recibir en tú país?

Sí

No

Ns/Nc

59. ¿Quieres agregar algo más? _____

Observaciones

En esta sección se indican algunas observaciones a ser completadas por el/la entrevistador/a.

a. Indicar si el niño, niña o adolescente puede comprender cuando le hablan castellano.

b. Indicar si se evidencia conocimiento del niño, niña o adolescente sobre los recursos a disposición para no ser repatriado o no permanecer en la estación migratoria.

En esta sección consignar otros datos que surjan durante la entrevista y que si bien no apuntan al objeto de la presente investigación, pueden ser relevantes para determinar el perfil de los niños, niñas y adolescentes migrantes.

En caso de constatar durante las preguntas alguna grave violación a los derechos del niño, niña o adolescente, se sugiere aguardar hasta el final de la entrevista para explicar las consecuencias de los hechos relatados y explicarle los mecanismos de denuncia existentes. Posteriormente se analizará el caso en el área jurídica para determinar el procedimiento que se le dará, informándoles que se le hará una visita en la brevedad para ofrecer al niño, niña o adolescente acompañamiento y asesoramiento jurídico en el proceso de denuncia.

Migración, derechos de la niñez y Asignación Universal por Hijo: las fronteras de la inclusión social

Pablo Ceriani¹, Paola Cymment² y Diego Morales³

Resumen

La Asignación Universal por Hijo (AUH) surge como una política social emanada de un decreto presidencial a fines de octubre de 2009, cuya implementación pretende superar y ampliar las políticas sociales focalizadas que se venían implementando en las dos décadas anteriores. En este sentido, se puede decir que con la AUH el Estado argentino dio un paso adelante en la incorporación del enfoque de derechos en las políticas sociales.

Sin embargo, la proclamada universalidad de la AUH presenta algunas limitaciones tanto en su diseño como en su implementación. Nos referiremos a una de esas limitaciones: la exclusión de la AUH con base en los años de residencia en el país. En la práctica, la restricción afecta a niños/as y adolescentes migrantes que no tengan residencia de al menos tres años en la Argentina, así como a niños/as argentinos cuyos padres, extranjeros, no tienen esos años de residencia en el país.

En este sentido, se trata de indagar -desde una perspectiva de derechos humanos- sobre los argumentos que exigen la residencia como condición para la obtención de la AUH, y en particular su contraste con los principios de universalidad, igualdad y no discriminación. El propósito de ese análisis es el de promover una reflexión sobre esta clase de distinciones asentadas sobre la nacionalidad de origen y, en consecuencia, profundizar el carácter universal de las políticas sociales.

¹ Coordinador del programa de políticas migratorias y derechos humanos del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús (UNLa).

² Investigadora del proyecto “Los derechos de la niñez. Migración, Desarrollo y Derechos Humanos” del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús (UNLa).

³ Director del Programa de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Centro de Estudios Legales y Sociales, CELS.

Migración, derechos de la niñez y Asignación Universal por Hijo: las fronteras de la inclusión social

1 – Introducción

A fines de octubre 2009 se aprobó por decreto presidencial la Asignación Universal por Hijo (AUH), una política social que se presentó como superadora de los planes de transferencia de ingresos focalizados que se implementaron a partir de los años 2001-2002, para paliar los efectos de la crisis económica y social en sectores de mayor situación de vulnerabilidad social.

Ahora bien, aún cuando el decreto 1602/2009 incorpora un subsistema no contributivo a la ley que regula el régimen de asignaciones familiares para extender el beneficio a aquellos grupos familiares que se encuentren desocupados o que desempeñen su actividad en la economía informal, el carácter “universal” de esta asignación tiene sus limitaciones, tanto en su diseño como en su implementación (CELS, 2011: 215 y ss.).

Al respecto, aquí analizaremos los principales obstáculos que han enfrentado niños y niñas migrantes, así como hijos/as de migrantes, en su acceso a la AUH, y por ende a su derecho a la seguridad social y al derecho a un nivel de vida adecuado, reconocido a todo niño o niña que habita en el país, sin perjuicio de su nacionalidad o condición migratoria, o la de sus padres.

2- Políticas sociales, derechos humanos y ciudadanía

2.1 El enfoque de derechos en las políticas sociales: avances y limitaciones en el caso de la AUH

En primer lugar, nos planteamos analizar cómo la AUH se presenta como una política social que incorpora el lenguaje de los derechos humanos, y cuál es la brecha existente entre la definición de la política, su diseño e implementación, al momento de incorporar la nacionalidad de origen de las personas que serían titulares del derecho que se propone asegurar.

El enfoque de derechos brinda un marco conceptual basado en los principios y estándares del derecho internacional de los derechos humanos, con el objetivo de guiar el diseño, aplicación y evaluación de las políticas públicas. En materia de políticas sociales, se trata así pasar de una perspectiva basada en la lógica de beneficiarios de políticas asistenciales para establecer políticas que garanticen el acceso a derechos de todas las personas..

Los principios de universalidad, igualdad y no discriminación deberían guiar las políticas sociales. Específicamente en el caso de políticas públicas que tengan impacto en la niñez, los principios rectores que emanan de la Convención de Derechos del Niño (interés superior del niño, no discriminación, derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo) constituyen elementos ineludibles.

A través de la Asignación Universal por Hijo (AUH) se ha avanzado en la incorporación del lenguaje de derechos con base en el reconocimiento de derechos y el establecimiento de parámetros mínimos de dignidad cuya garantía es responsabilidad

del Estado. Así, en los fundamentos del decreto 1602/09, se considera explícitamente a la AUH una medida de carácter universal y se invoca el principio de interés superior del niño y los derechos reconocidos en el orden jurídico nacional y en los tratados internacionales.

Por otra parte, en el mes de octubre de 2010, a través del decreto 1388/10, el Poder Ejecutivo Nacional estableció un aumento de las asignaciones familiares por hijo —de trabajadores del sistema formal—, así como de las AUH, que pasaron de \$180 a \$220, a partir del mes de septiembre. Este decreto, en lo que aquí nos interesa, aclaró que ambas asignaciones integran el sistema de la seguridad social, y que son equiparables como derecho a la seguridad social. De esta manera, el Estado reconoció que el derecho a la seguridad social incluye este tipo de transferencias y que ellas deben garantizar cierto monto mínimo (que debe actualizarse) a todas las personas que estén en las circunstancias que la AUH busca modificar y mejorar.

Con relación al impacto de las AUH se ha señalado que hoy se da cobertura a 3.684.441⁴ niño/as, que representan un 38% del total de menores de edad del país, los cuales no estaban protegidos por el régimen de asignaciones familiares. Las asignaciones familiares contributivas y las no contributivas de jubilados y receptores del seguro de desempleo alcanzarían a 4.800.000 niños y adolescentes del país (el 55% del total); y las deducciones de ganancias cubrirían a un 5% de los niños y jóvenes del país.

Según estimaciones de la OIT todos estos programas comprenden al 98% de los niños, de modo que restaría llegar a 200.000 que no están cubiertos por ningún componente del sistema. Igualmente, la OIT advierte que, incluso, este número podría ser mayor pues se trata de poblaciones que por su misma condición de vulnerabilidad no pueden ser “contabilizados”, por ejemplo personas indocumentadas (OIT y Bertranou, 2010).

También se han publicado numerosos informes⁵ que dan cuenta del impacto del programa en la reducción de la pobreza y la indigencia (entre otros, Gasparini y Cruces, 2010; Agis et al, 2010; D’Elia et al, 2010; y CIFRA, 2010). En general, todos destacan una reducción importante en la indigencia, aunque moderada en la pobreza.⁶ También reconocen una repercusión positiva en la matriculación escolar.

Ahora bien, más allá de este impacto, se ha señalado que existen grupos que permanecen excluidos de esta política social: entre ellos a los monotributistas (excepto los monotributistas sociales), las personas privadas de su libertad (incluyendo personas con discapacidad psicosocial), quienes no tengan DNI, quienes declaren tener un salario superior al Salario Mínimo Vital y Móvil (SMVM); aquellos que estén cobrando otros planes, o pensiones no contributivas, como por ejemplo las becas escolares, las familias que tengan 6 hijos y -lo que nos interesa en esta ponencia-, los migrantes que no tengan residencia de al menos 3 años en Argentina (CELS, 2011:224).

⁴ Datos de Personas Cubiertas por la Asignación Universal por Hijo. Noviembre de 2009 a Abril de 2010, según el Ministerio de Trabajo, citados por Agis, Emmanuel; en “Asignación Universal por Hijo para Protección Social. Reflexiones y perspectivas a un año de su implementación”, presentación en Congreso de Asociación de Economía para el Desarrollo de la Argentina (AEDA) y la Fundación Friedrich Ebert, el 25/11/2010.

⁵ Ver, entre otros,.

⁶ Respecto de la pobreza algunos estudios dan cuenta de una reducción de entre un 13% y un 30%; y respecto de la indigencia, de entre un 55% a un 70%.

En la práctica, entonces, persiste una brecha entre los parámetros ético normativos, que garantizan una universalidad en el acceso y su implementación, profundizando las diferencias entre la titularidad de derechos y su efectivo ejercicio (Pautassi, 2010).

Algunos de los criterios excluyentes, como se señaló, están directa o indirectamente basados en la nacionalidad de la o las personas, por lo cual es preciso examinar sucintamente esta clase de distinciones.

2.2 Los requisitos de nacionalidad y residencia para acceder a derechos. Los límites de una visión restringida de la “ciudadanía”

Entre los requisitos fijados para acceder a la AUH, el decreto 1602/09 establece que el niño sea argentino, **hijo de argentino** nativo o por opción, naturalizado o **residente con residencia legal en el país no inferior a tres años** previos a la solicitud y acreditar la identidad del beneficiario y del niño, mediante el Documento Nacional de Identidad.

Según esta redacción, parecería que los padres deberían ser residentes en el país, con una antigüedad de al menos tres años. Igualmente (en tanto las “comas” son algo confusas) no está claro si esa exigencia es a los niños y niñas. Por otro lado, es preciso tener el DNI argentino.

En cualquier caso, al exigir la nacionalidad argentina, o en su defecto, una cierta cantidad de años de residencia legal para acceder a este derecho, se está recurriendo a un uso restringido de la noción de ciudadanía, que repercute en criterios y políticas excluyentes para los migrantes. La ciudadanía, al ser asociada a la nacionalidad, no actúa como un factor de inclusión e igualdad, sino, al contrario, como un elemento que contribuye a generar privilegios y discriminación, en contraposición a la universalidad e igualdad que debería guiar las políticas destinadas a garantizar derechos fundamentales (Asa y Ceriani Cernadas 2010:345).

Ante la imposición de esta clase de requisitos adicionales basadas en la nacionalidad, es preciso efectuarse una serie de preguntas con el objeto de identificar los fundamentos que podrían justificar esas medidas: ¿Cuál es el objetivo buscado a través de esos requisitos? ¿En qué se beneficia el estado y la sociedad con la exclusión de cientos de familias de ese derecho fundamental por ese período de tiempo? ¿Se trata de una cuestión de gasto social? Pero en ese caso, ¿sería un criterio válido para reglamentar el acceso a este tipo de derechos? ¿O se trata más bien de evitar una suerte de efecto llamada, es decir, un supuesto escenario en el cual la migración se incrementa sustancialmente con el fin de acceder a este derecho? ¿Hay alguna evidencia real de que esto podría suceder? Y si no, ¿se trata de asegurar algún privilegio a los nacionales, que además deben ser hijos de nacionales? Si así lo fuera, retornamos a la pregunta sobre cuáles serían los beneficios de estos privilegios y, al contrario, cuál sería el impacto de excluir de ese derecho a un grupo social en situación de vulnerabilidad.

Esta clase de preguntas obligan a reflexionar y debatir sobre las diferencias en el acceso a los derechos que, en la mayoría de los países, se suelen establecer con base en la nacionalidad. Incluso, en la actualidad, las políticas migratorias crecientemente restrictivas que han sido aprobadas en diversas regiones (en particular, en algunos países de la Unión Europea) han profundizado este tratamiento desigual. Sin embargo, lejos de promover la inclusión y cohesión social, contribuyen no sólo a negar derechos

humanos universales, sino a la marginalidad y exclusión, o incluso a situaciones de conflicto social en el corto o largo plazo.

El uso restringido de la ciudadanía atada a la nacionalidad o la residencia legal se apoya en la aplicación de una noción desfasada –contradictoria pero funcional- del principio de soberanía estatal en materia migratoria. Es decir, al regular las condiciones de ingreso a un país, también se fijan criterios diferenciadores para acceder a derechos fundamentales. Mientras que en las últimas décadas la noción de soberanía ha sido sustancialmente modificada por diversos procesos –de diferente naturaleza-, que van desde los componentes del modelo económico neoliberal, el avance de instancias de integración regional, hasta la ratificación de tratados internacionales de derechos humanos (Asa y Ceriani Cernadas, 2010: 338 y 350), en el campo de las políticas migratorias (y los criterios de ingreso y permanencia a un país), los Estados siguen intentando reafirmar su deteriorada soberanía con el objetivo de excluir a los “residuos de la globalización” (Bauman, 2005:78-81).

Una política social de carácter “universal” como la AUH debería actuar como una política de inclusión social de la población migrante, en particular de quienes han migrado en circunstancias de vulnerabilidad y exclusión, las cuales persisten en el país de destino. En este sentido, los objetivos de una política social tan extendida, e incluso novedosa, como la AUH, es precisamente asegurar una cobertura mínima al derecho a la seguridad social de los grupos sociales en situación de exclusión. Es decir, de contribuir al derecho a un nivel de vida adecuado de todas las personas, así como al derecho a la educación y la salud de los niños, niñas y adolescentes. Ante ello, cabe preguntarse nuevamente por la razonabilidad de excluir personas en tales condiciones, con base en su nacionalidad de origen y el tiempo de residencia en el país. Más aún, en el caso de Argentina, cuya legislación migratoria reconoce no sólo el derecho a migrar, sino también la igualdad de los derechos sociales, sin perjuicio de la nacionalidad y la condición migratoria de la persona, como veremos en la próxima sección.

En cuanto a esas distinciones, cabe destacar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, órgano de interpretación y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el caso de las niñas *Yean y Bosico vs. República Dominicana* indicó “que el deber de respetar y garantizar el principio de la igualdad ante la ley y no discriminación es independiente del estatus migratorio de una persona en un Estado”⁷, y señaló que “...la protección internacional de los derechos humanos pone de relieve la obligación general de los Estados Partes de tratados como la Convención Americana, de respetar y asegurar los derechos protegidos a todos los individuos bajo sus respectivas jurisdicciones, independientemente del vínculo de nacionalidad”⁸.

De allí que la situación migratoria regular, y la nacionalidad, de una persona en un Estado no son condiciones necesarias para que dicho Estado respete y garantice el principio de la igualdad y no discriminación, puesto que dicho principio tiene carácter fundamental y todos los Estados deben garantizarlo a sus nacionales y a toda persona extranjera que se encuentre en su jurisdicción, destacando que el Estado sólo puede otorgar un trato distinto entre los migrantes, siempre y cuando ese trato diferencial sea

⁷ Corte IDH, *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, sentencia de 8 de septiembre de 2005, párr. 155.

⁸ Corte IDH en el *Caso Yean y Bosico vs. República Dominicana*, voto particular del Juez Cañado Trindade, párr. 12.

razonable, objetivo, proporcional y no lesione los derechos humanos⁹. De lo contrario, ello puede derivar en responsabilidad internacional del Estado¹⁰.

A partir de este criterio se deriva un corolario esencial: si bien los Estados, en el ejercicio de su política migratoria, podrían adoptar medidas que resulten en la restricción en el ejercicio de ciertos derechos de las personas migrantes, no pueden, a partir de la condición migratoria, excluir a una clase de personas que se encuentran bajo su jurisdicción y control, de la protección que les otorga el derecho internacional de los derechos humanos¹¹. Esa restricción no equivaldría a negar la titularidad de ningún derecho, sino solamente regular su ejercicio, pero el aspecto fundamental sería la obligación de fundamentar la razonabilidad que lleva a fijar condiciones diferenciales para el ejercicio de un determinado derecho¹².

En tal sentido, consideramos que ello no podría ocurrir, en particular, cuando se trata de medidas que buscan asegurar un contenido mínimo de derechos básicos como la seguridad social. Mientras que la fijación de algún tiempo mínimo de residencia para ejercer los derechos políticos, podría considerarse razonable y justificada, precisamente, en el proceso de integración de las personas migrantes al país de destino que se va produciendo paulatinamente a través del tiempo, en el caso de derechos sociales, al contrario, ello puede profundizar situaciones de vulnerabilidad y exclusión. En este sentido, se ha señalado que la ciudadanía (entendida como nacionalidad) constituye el último factor de exclusión y discriminación (Ferrajoli, 1999:117).

3- Marco legal: la ley de Migraciones y ley de Protección Integral

3.1 La nueva Ley de Migraciones

Hasta el año 2004, la política migratoria argentina estuvo regida por la Ley 22.439, conocida como Ley Videla. Esta norma fue fuertemente cuestionada por concebir a las personas migrantes como una amenaza a la seguridad nacional, así como por las restricciones que establecía respecto de derechos fundamentales con base en la situación migratoria de la persona, ya que las personas en situación migratoria irregular veían restringido el acceso a diversos derechos (Giustiniani et al., 2004).

El 17 de diciembre de 2003 el Senado aprobó la derogación de la ley Videla y la sanción de la nueva ley migratoria (Ley N° 25.871), promulgada luego por el Poder Ejecutivo, entrando en vigencia el 21 de enero de 2004. Esta ley contó en su elaboración y discusión con una activa participación de las organizaciones de la sociedad civil¹³, y contiene una serie de artículos que en buena medida suponen la introducción de un

⁹ Corte IDH, OC-18/03, párrs. 118 y 119. En igual sentido, Corte IDH, *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, párr. 155

¹⁰ Corte IDH, OC-18/03, párr. 106.

¹¹ En igual sentido, para la Relatoría de la CIDH, "...la condición migratoria de las personas puede constituir un factor al evaluarse la manera en que el Estado puede dar efecto adecuadamente a los derechos consagrados en la Declaración o la Convención. Sin embargo, dicha condición migratoria jamás puede servir para excluir a las personas de las protecciones básicas que les otorga el derecho internacional de los derechos humanos", CIDH, *Cuarto Informe*, párr. 101.

¹² Para un mayor desarrollo de esta idea, ver Ceriani, Fava y Morales (2009).

¹³ Para conocer más detalles sobre el trabajo de la sociedad civil en pos de una nueva ley migratoria, ver Correa (2004:173-177).

enfoque de derechos humanos a las políticas migratorias. (Ceriani Cernadas y Fava 2010: 23)

En la nueva ley se reconoce expresamente el derecho a migrar como derecho humano. El artículo 4 establece que “el derecho a la migración es esencial e inalienable de la persona y la República Argentina lo garantiza sobre la base de los principios de igualdad y universalidad”. Además, en su artículo 13 la ley incorpora el principio de no discriminación¹⁴ y en su artículo 28 el principio *pro homine*¹⁵. De igual manera, la obligación del Estado de garantizar la reunificación familiar (arts. 3 y 10) permite dar un marco jurídico protector de la infancia migrante o los hijos de migrantes, tanto para permitir su ingreso y residencia al país como para evitar que algunas decisiones (por ejemplo, de expulsión) impliquen la separación de la familia¹⁶.

Sin dudas, uno de los cambios más importantes de esta ley es en materia de derechos sociales, precisamente el tema que aquí nos interesa. En efecto, la ley reconoce la igualdad de derechos entre nacionales y extranjeros, y en particular en cuanto a los derechos a la educación y a la salud, prohibiendo expresamente su negación o restricción con base en la irregularidad migratoria (artículos 7 y 8).

Además, el artículo 6 de la ley reafirma y profundiza la igualdad entre nacionales y extranjeros prevista en la Constitución Nacional desde hace más de un siglo y medio (artículos 14-20), al establecer lo siguiente: “El Estado en todas sus jurisdicciones, asegurará el acceso igualitario a los inmigrantes y sus familias **en las mismas condiciones** de protección, amparo y derechos de los que gozan los nacionales, en particular lo referido a **servicios sociales**, bienes públicos, **salud, educación**, justicia, trabajo, empleo y **seguridad social**”.

De particular relevancia para esta ponencia este artículo, ya que establece el igual acceso a los servicios sociales y la seguridad social para nacionales y extranjeros, en consonancia con la Constitución Nacional¹⁷ y con la prohibición de discriminación derivada de los instrumentos internacionales. El mandato es claro: esta disposición supone una revisión de normas y políticas vigentes en relación con el acceso a los derechos, de modo de eliminar o reformar toda distinción o negación basada en la nacionalidad. A su vez, al no sujetar esta igualdad a la condición migratoria de la persona, las diferencias impuestas a esos derechos con base en el status migratorio serán ilegítimas o, al menos, podrá presumirse su inconstitucionalidad.

No obstante, la nueva ley de migraciones omite considerar de manera específica a la niñez migrante (principios y estándares como el interés superior del niño o el derecho a

¹⁴ Artículo 13 de la Ley 25.871 “A los efectos de la presente ley se considerarán discriminatorios todos los actos u omisiones determinados por motivos tales como etnia, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, género, posición económica o caracteres físicos, que arbitrariamente impidan, obstruyan, restrinjan o de algún modo menoscaben el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales y las leyes”.

¹⁵ Artículo 28 de la Ley 25.871 “Los extranjeros incluidos en Acuerdos o Convenios de Migraciones suscriptos por la República Argentina se regirán por lo dispuesto en los mismos y por esta ley, en el supuesto más favorable para la persona migrante...”

¹⁶ Este artículo está relacionado con la protección del derecho a la vida familiar y en particular, el derecho de los niños a no ser separados de sus padres, tal como lo establece la CDN en su artículo 9.

¹⁷ Nos referimos en particular al artículo 20 de la Constitución Nacional.

ser oído) al regular ciertos aspectos de la residencia en el país y los procedimientos migratorios. Asimismo, la ley no hace ninguna alusión a la posible intervención de autoridades u organismos en materia de infancia en casos de niños migrantes.

3.2 Ley de Protección Integral

En el caso de los niños y niñas migrantes la ley de migraciones se debería articular con la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (Ley N° 26.061) que también amplía el campo de derechos. Con la nueva ley se deroga la anterior ley 10.903 de Patronato de Menores y se instaura la aplicación de un nuevo paradigma cuyos pilares fundamentales son el principio del interés superior del niño y la concepción de los niños, niñas y adolescentes como sujeto de derechos.

Estos principios surgen de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, que Argentina ratificó en 1990 e incorporó a la Constitución en la reforma de 1994 (art. 75 inc.22). La primera parte de la ley 26.061 establece los principios generales que la sustentan, en consonancia con aquellos provenientes del derecho internacional de los derechos humanos, particularmente de la CDN: universalidad, no discriminación, pro homine, irrenunciabilidad, indivisibilidad, e interdependencia

Si bien hay un claro avance en la incorporación del enfoque de derechos y particularmente de los principios de no discriminación¹⁸ y universalidad, en lo que hace directamente a la cuestión de niñez y migración, puede observarse que si bien la Ley de Protección Integral es posterior a la sanción de la Ley de Migraciones, en su texto no se encuentran referencias explícitas a los derechos, situación o necesidades particulares que puedan tener los niños migrantes o hijos de migrantes. (Ceriani Cernadas y Fava 2010:31)

4. Límites y contradicciones de la AUH en materia de niñez y migración

4.1 Contradicciones con el marco legal nacional y los tratados internacionales

Existen, como adelantamos, limitaciones y contradicciones que se presentan en la implementación de la AUH en base a la confrontación del decreto con los instrumentos internacionales de protección de los derechos del niño, la legislación nacional en la materia, como la Ley de Migraciones y la Ley de Protección Integral. Como hemos subrayado anteriormente el decreto 1602/09 que establece la AUH requiere que el niño sea argentino, hijo de argentino nativo o por opción, naturalizado o **residente con residencia legal en el país no inferior a tres años** previos a la solicitud.

Como decíamos anteriormente, la redacción del decreto es poco clara. Ahora bien, si esta exigencia (de 3 años de residencia) se refiere a los padres, nos encontramos con una primera contradicción con los estándares y principios de derechos humanos, ya que se

¹⁸ El art. 28 de la ley 26.061 establece: “Las disposiciones de esta ley se aplicarán por igual a todos las niñas, niños y adolescentes, sin discriminación alguna fundada en motivos raciales, de sexo, color, edad, idioma, religión, creencias, opinión política, cultura, posición económica, origen social o étnico, capacidades especiales, salud, apariencia física o impedimento físico, de salud, el nacimiento o cualquier otra condición del niño o de sus padres o de sus representantes legales”.

estarían afectando derechos de niños y niñas con base en la nacionalidad y residencia de sus padres.

Al respecto, es preciso destacar que la Convención de Derechos del Niño (CDN) establece el deber de los Estados Partes de respetar los derechos enunciados en ella y de asegurar su aplicación a cada niño *sujeto a su jurisdicción*, sin distinción alguna e independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o **cualquier otra condición del niño, de sus padres** o de sus representantes legales (art. 2).

Asimismo, la Ley de Protección Integral (Ley 26.061) dispone en su artículo 1° que su objeto es asegurar los derechos de los niños, niñas y adolescentes *que se encuentren en el territorio de la República Argentina*, sin establecer ninguna distinción entre argentinos y extranjeros, recogiendo asimismo el artículo 28 el principio de igualdad y no discriminación a los efectos de su aplicación tanto respecto del niño como de sus padres o representantes legales.

El principio de igualdad y no discriminación debe entenderse como una doble garantía para los niños ya que, por una parte, las políticas estatales deben asegurar el acceso a derechos sin ningún tipo de distinción respecto del niño como titular de derechos y, por la otra, impide que dichas distinciones se efectúen respecto de sus padres, tutores o representantes a través de quienes ejercen estos derechos. El paso de un enfoque tutelar a considerar a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos (cambio exigido por la CDN, pero también por la propia ley de protección integral), está directamente vinculado con la necesidad de abandonar estas restricciones basadas en la situación de los padres.

Por otra parte, la exigencia del plazo de residencia de 3 años resulta incompatible con la propia Ley de Migraciones, toda vez que ésta establece directivas claras respecto al acceso a derechos de los migrantes, estableciendo la obligación del Estado de asegurar las condiciones que permitan una efectiva igualdad de trato (art.5) y el acceso igualitario de los inmigrantes y sus familias **en las mismas condiciones** de protección, amparo y derechos de los que gozan los nacionales. En particular, en relación a servicios sociales, bienes públicos, salud, educación, justicia, trabajo, empleo y seguridad social (art. 6).

En consecuencia, debemos entender que la instrumentación del beneficio previsto en el Decreto 1602, al poner en cabeza de los padres y no del niño como titular del derecho, y exigirles a aquéllos un criterio excluyente con base en su nacionalidad y residencia, contradice principios fundamentales de la Convención sobre Derechos del Niño, así como la normativa migratoria y de infancia vigente en Argentina.

En otro orden de ideas, se debe advertir que el decreto introduce una distinción más entre aquellos hijos de residentes legales y empleo formal, quienes perciben la asignación que prevé la Ley N° 24.714 y los hijos de residentes legales que, paradójicamente, a pesar de encontrarse en una situación de mayor vulnerabilidad,

como lo señala el propio Decreto 1602/09, por carecer de un trabajo formal, deben acreditar tres años de residencia.¹⁹

4.1.1. La reglamentación amplía las restricciones

Una resolución de la ANSES (393/09) fija un criterio aún más restrictivo que el establecido en el decreto antes examinado. En el artículo 5° de esta resolución se establece que “Para acceder a la Asignación Universal por Hijo para Protección Social **el titular y el niño, adolescente y/o persona discapacitada** deberán residir en la República Argentina, ser argentinos, nativos o naturalizados, o con residencia legal en el país no inferior a tres (3) años previos a la solicitud”. En el caso de esta resolución, a ambas partes, el titular y el beneficiario se les exige una residencia legal de 3 años, cuando el decreto es mucho más ambiguo en este sentido, como ya se explicó. Es decir, la ANSES amplió las restricciones impuestas en el decreto.

Aquí nos encontramos directamente con una discriminación basada en la nacionalidad y tiempo de residencia del niño, niña o adolescente que se beneficiaría con el acceso a la AUH. Pese a que la Convención sobre Derechos del Niño prohíbe expresamente cualquier clase de distinción basada –entre otros motivos- en la nacionalidad u otra condición social, la ANSES impone tres años de residencia en el caso que los NNA sean de nacionalidad extranjera, aún si residen en el país. A su vez, al referirse únicamente a residencia “legal”, ello excluiría a personas que, aún residiendo en el país por un plazo mayor que tres años, no estarían en condiciones de ejercer ese derecho.

Sin perjuicio de la residencia “legal”, también es preciso señalar que ni el decreto 1602/09 ni la resolución de la ANSES realizan una distinción entre tipos de residencias que existen, sea permanente, temporaria o precaria. Esta falta de claridad genera una gran incertidumbre a la hora de computar los 3 años de residencia. No queda claro si se cuentan a partir de la adquisición de la residencia precaria o a partir de la adquisición de la residencia temporaria o permanente.

4.2 Las diferentes situaciones en las que se obstaculiza la obtención de la AUH para niño/as migrantes o hijos de migrantes.

En la práctica, desde la sanción del decreto de la AUH en octubre de 2009 han aparecido distintas situaciones en las que no se ha podido acceder a este programa social debido a la exclusión prevista en la norma, o bien con base en resoluciones adoptadas por la ANSES, o incluso en prácticas administrativas²⁰. En estos dos últimos casos, llevando aún más allá –ilegítimamente- la propia distinción impuesta en el decreto de creación de la AUH.

¹⁹ Es cierto también que incluso para el supuesto de extranjeros con residencia en Argentina y empleo formal se han presentado situaciones en las que la ANSES decidió no abonar el seguro de desempleo previsto legalmente porque el titular de ese derecho no había presentado DNI. Ver en este sentido, caso “Quintanilla Puma c. Anses, s/amparo”, citado en Rodríguez Miglio y Toledo (2009).

²⁰ Si bien no se describen casos individuales, cabe señalar que este análisis surge de información proporcionada por la Clínica Jurídica CAREF-CELS, el servicio social de CAREF y los casos presentados por distintos organismos públicos (entre otras, la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación y la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires) en el marco de la mesa sobre adecuación normativa, niñez y migración, coordinada por el programa de migraciones de la UNLa y la oficina de UNICEF en Argentina.

Existen dos variantes principales con respecto a las condiciones para el acceso a este derecho²¹: en primer lugar, se da el caso en el cuál tanto los padres como los hijos son inmigrantes y no pueden acreditar los 3 años de residencia legal en el país. En este caso, además, se debe determinar cómo se calculan esos tres años de residencia legal, si es que dentro de esos tres años se computa el tiempo residencia precaria o no.²²

En este caso, el argumento principal para la negación del acceso a un derecho es la situación migratoria. Sin embargo, la situación de irregularidad puede darse durante largos períodos de estancia en Argentina, de allí que si pudiera probarse los 3 años como residencia de hecho en lugar de residencia legal, esto podría ampliar el universo de personas que accedan a la AUH.²³ Más aún cuando los procedimientos de regularización y adquisición de residencia no funcionan flexible y efectivamente, de modo que se incentivan y se reproducen comportamientos de irregularidad²⁴.

En segundo lugar, se ha negado el acceso a la AUH porque los padres no pueden acreditar residencia legal por 3 años pese a que su hijo ha nacido en el país y tiene la nacionalidad Argentina. En este caso, la condición irregular migratoria de los padres se estaría transmitiendo a la generación de sus hijos, en violación a tratados internacionales y las leyes migratorias y de infancia, como ya destacamos.

De todas estas situaciones, se puede identificar que uno de los principales problemas que existen es la interpretación que se hace de la prescripción de “residencia legal” que se hace en el decreto 1602 y – de forma aún más restrictiva- en la resolución 393/09 de la ANSES. En este sentido, en noviembre de 2010 la Clínica CAREF-CELS realizó un pedido de informes que al ANSES en el cual solicitaron información sobre el concepto y alcance jurídico de la prescripción “residencia legal” utilizada en el plexo normativo que regula la asignación universal por hijo. En enero de 2011, ANSES respondió que la residencia es legal cuando “la misma se ajusta a las prescripciones de la Ley 25.871, el

21 Además de estas situaciones donde el obstáculo es el estatus migratorio, también han aparecido casos de migrantes que no han podido acceder a la AUH pese a contar con los 3 años de residencia legal debido a la incompatibilidad con otros planes sociales (ticket social del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires o pensiones no contributivas como la pensión por discapacidad) o por falta de DNI.

22 El Artículo 20 de la ley 25.871, establece que los extranjeros serán admitidos para ingresar y permanecer en el país en las categorías de "residentes permanentes", "residentes temporarios", o "residentes transitorios". Hasta tanto se formalice el trámite correspondiente, la autoridad de aplicación podrá conceder una autorización de "residencia precaria". Su validez será de hasta ciento ochenta (180) días corridos, pudiendo ser renovables hasta la resolución de la admisión solicitada, y habilitará a sus titulares para permanecer, salir y reingresar al territorio nacional, trabajar y estudiar durante su período de vigencia. La extensión y renovación de "residencia precaria" no genera derecho a una resolución favorable respecto de la admisión solicitada.

23 Conviene señalar que esta solución ya fue brindada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a la hora de establecer el cómputo del plazo para solicitar la nacionalidad argentina. En ese supuesto, la Corte señaló que el concepto de residencia requerido por la Constitución no es el de residencia legal; es, en rigor, una cuestión de hecho que puede probarse a través de cualquier medio de prueba. (CSJN, caso “Ni, I Hsing”, en *Fallos* 332:1466)

24 Debe advertirse que el programa de regularización migratoria Patria Grande, que alcanzaba exclusivamente a aquellos residentes del Mercosur y Países asociados, tenía previsto la regularización de medio millón de personas que residían en Argentina, sin poder acceder a la residencia como consecuencia de la vigencia de la vieja ley de migraciones, se inició en el año 2006, y de los 423.697 expedientes iniciados, apenas en 98.539 expedientes se otorgaron residencias permanentes y 126.385 tienen aún una residencia temporaria, y deben continuar los trámites para la obtención de una residencia permanente. En cambio, en casi 200.000 expedientes los migrantes no han podido siquiera completar los requisitos exigidos para acceder y obtener su radicación en el marco del Programa. Es dable concluir que los objetivos del Programa todavía no se alcanzaron (CELS-FIDH, 2011).

Decreto 616/2010²⁵ y las resoluciones emanadas de la Dirección Nacional de Migraciones”. También respondió que posteriormente al decreto 1602/09 y a la resolución de la ANSES 393/09, no se ha dictado resolución alguna que establezca el concepto y/o alcance jurídico de la prescripción “residencia legal”.

Además de las arbitrariedades burocráticas, existen claros problemas directamente vinculados a una incongruencia normativa, en donde las normas exigen un determinado tipo de residencia o una cierta cantidad de años en el territorio nacional, sin que ello encuentre vinculación alguna con la situación de vulnerabilidad social en la que se encuentran las personas titulares de estos derechos. De esta manera, se establecen diferentes niveles de titularidad de derechos – o condiciones para su ejercicio- en razón de la nacionalidad o del estatus migratorio de la persona, en contra de lo establecido por diferentes tratados internacionales y la jurisprudencia²⁶.

Consideramos, entonces, que una de las principales causas que obstaculizan el acceso a derechos por parte de las personas migrantes es la condición de irregularidad migratoria. Es por eso que la AUH podría actuar como un ámbito estratégicamente útil para contribuir a la regularización migratoria de las personas que residen en el país, así como sucede con los ámbitos de la educación y salud, en virtud de los artículos 7 y 8 de la ley de migraciones. Ello estaría en concordancia con el artículo 17 de la ley de migraciones que dispone “El Estado proveerá lo conducente a la adopción e implementación de medidas tendientes a regularizar la situación migratoria de los extranjeros”.

La revisión de estos criterios también estaría en consonancia con las numerosas declaraciones realizadas por el gobierno en los últimos años, en relación con los elementos medulares de la nueva política migratoria argentina: igualdad de derechos y acceso a la regularización migratoria como condición necesaria para la inclusión social y la lucha contra la exclusión, la marginalidad y la explotación (AA.VV., 2011). Es decir, objetivos notoriamente similares a los propuestos a la AUH

5 - Conclusiones y perspectivas a futuro

En base a lo expuesto, hemos visto como existe una brecha entre los avances en la incorporación del enfoque de derechos en la legislación nacional y en las políticas sociales y la puesta en práctica de la normativa. Para el caso de la AUH, tanto los niños y niñas migrantes como los hijos de padres migrantes ven obstaculizado su derecho a acceder a una prestación social a raíz de un requisito basado en el estatus migratorio, o el tipo y duración de su residencia, lo que va en perjuicio de las personas más vulnerables.

En este sentido, al estar la titularidad de la AUH en cabeza de la madre, padre o tutor, esta política social no ha contemplado un mecanismo orientado al respeto y garantía de los derechos de los niños y niñas migrantes: ni cuando los niños migran con sus padres,

²⁵ El decreto 616/2010 es el que reglamenta la Ley de Migraciones 25.871

²⁶ En el caso *Reyes Aguilera, Daniela c/Estado Nacional*, Sentencia del 4 de septiembre d 2007 la Corte Suprema entendió que el requisito de tener que acreditar una residencia continuada de 20 años en el país para acceder a una pensión por discapacidad constituía un exceso reglamentario del poder ejecutivo que partía de una discriminación entre nacionales y extranjeros prohibida por la Constitución Nacional y tratados internacionales ratificados por la Argentina.

ni cuando nacen en el país de destino y sus padres no tienen permiso de residencia. Asimismo, la titularidad de los padres también dejaría fuera a los niños que migran solos.

Esto también evidencia la ausencia de una política expresamente orientada a adecuar todo el ordenamiento jurídico a los principios y derechos reconocidos en la legislación migratoria y en los tratados de derechos humanos (Asa y Ceriani Cernadas 2010: 371). En este sentido, la doble situación de vulnerabilidad en que pueden hallarse niños y niñas migrantes –tanto por su propia situación migratoria como por la de sus padres– requiere por parte del Estado modificar las exclusiones definidas en el decreto.

Por lo tanto, entendemos que, por un lado, se debería revisar el criterio de los 3 años de residencia dada su incompatibilidad con la ley de migraciones y la ley de protección integral de la infancia y la adolescencia, así como de tratados internacionales de derechos humanos.

Por el otro, deberían revisarse los criterios de contabilizar estos tres años, ya que podría tomarse la residencia de hecho como base para acceder a la AUH. Ambas políticas, la AUH y la migratoria (nueva ley y mecanismos de regularización) tienen como objetivo central el de contribuir al desarrollo humano, a la inclusión social y a la lucha contra la exclusión. Por lo tanto, regularización migratoria y acceso a derechos sociales en igualdad de condiciones, serían medidas que complementariamente coadyuven a que miles de familias puedan mejorar sus condiciones de vida y, en definitiva, a cumplimentar los objetivos de dichas políticas.

En conclusión, advertimos que para efectivamente incorporar el enfoque de derechos en las políticas sociales es necesario profundizar en la efectiva incorporación de los principios y estándares que integran esa perspectiva de derechos, tanto en el diseño de la política como en su implementación. De esta forma, se podrá avanzar hacia la implementación de políticas sociales de carácter universal, inclusivas y que permitan superar situaciones de pobreza estructural y alcanzar a los sectores más marginados de la sociedad.

Bibliografía

AA.VV. 2011, La ley migratoria, el derecho a migrar y el acceso a la residencia: una ley para todos, un derecho universal (Buenos Aires, inédito):

Abramovich, Víctor 2004 “Una aproximación al Enfoque de Derechos en las Estrategias y Políticas de Desarrollo de América Latina”, Derechos y Desarrollo en América Latina: una Reunión de Trabajo”, Santiago, Chile, diciembre 9 y 10 del 2004.

Abramovich, V. (2006) “Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo”. Revista de la CEPAL (Santiago de Chile), núm. 88 (abril).

Abramovich, V. y Ceriani Cernadas, Pablo 2009, Estudio sobre la articulación de políticas migratorias y los estándares de derechos humanos aplicables a la niñez en América Latina y el Caribe, (Oficina Regional de UNICEF para América Latina y el Caribe y Universidad Nacional de Lanús, Panamá).

Agis, Emmanuel, Cañete, Carlos y Panigo, Demián 2010, “El impacto de la Asignación Universal por Hijo en Argentina”, en http://www.ceil-piette.gov.ar/docpub/documentos/AUH_en_Argentina.pdf

Asa, Pablo y Ceriani Cernadas, P. 2010 “Migrantes, Derechos Sociales y Políticas Públicas en América Latina y el Caribe: La Universalidad en Juego” en Arcidiácono, Pilar; Espejo Yaksic, Nicolás y Rodríguez Garavito, César (coordinadores) Derechos Sociales: justicia, política y economía y América Latina (Bogotá: Siglo del Hombre Editores)

Bauman, Zygmunt 2005 (2004) Vidas desperdiciadas. La modernidad y sus parias (Paidós, Buenos Aires)

Centro de Investigación y Formación de la República Argentina (CIFRA) 2010, *Documento de Trabajo N° 7: La Asignación Universal Por Hijo a un Año de su Implementación* (Buenos Aires)

CELS-FIDH 2011, “Argentina. Avances y asignaturas pendientes en la consolidación de una política migratoria basada en los derechos humanos”, (Federación Internacional de Derechos Humanos, Paris)

CELS 2010, “Idas y vueltas en las políticas sociales: el protagonismo de la pobreza en la agenda pública”, en CELS, Derechos Humanos en Argentina, Informe 2010 (Siglo XXI, Buenos Aires)

Ceriani Cernadas, P. y Fava, Ricardo (coordinadores, 2010) Estudio sobre los derechos de niños y niñas migrantes a 5 años de la nueva ley de migraciones (Buenos Aires: Universidad Nacional de Lanús – Centro de Derechos Humanos) documento elaborado para UNICEF Argentina.

Ceriani, Fava, R.; Morales, D. 2009; “Políticas migratorias, el derecho a la igualdad y el principio de no discriminación. Una aproximación desde la jurisprudencia del Sistema

Interamericano de Derechos Humanos”, en Ceriani P. y Fava, R. (coords.), Políticas Migratorias y Derechos Humanos (Universidad Nacional de Lanús, Lanús)

Correa, Violeta 2004, “La nueva ley de migraciones y la participación de las organizaciones de la sociedad civil”, en Giustiniani, Rubén, Migración: un derecho humano. Ley de Migraciones N° 25.871, Ed. Prometeo, pp. 173-177

D’Elia, Vanesa, Calabria, Alejandro, Calero, Analía, Gaiada, Julio, y Rottenschweiler, Sergio 2010; *Asignación Universal por Hijo para Protección Social: Una política de inclusión para los más vulnerables* (Gerencia de Estudios de la Seguridad Social/ANSES)

Ferrajoli, Luigi 1999, De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona, en Derechos y garantías. La ley del más débil (Ed. Trotta, Madrid)

Gasparini, Leonardo y Cruces, Guillermo Cruces 2010 “Las Asignaciones Universales por Hijo Impacto, Discusión y Alternativas”, CEDLAS, Universidad Nacional de La Plata, 5 de julio de 2010

Giustiniani, Rubén 2004, Migración. Un derecho humano (Prometeo, Buenos Aires)

Pautassi, Laura y Zibecchi, Carla 2010 “La provisión de cuidado y la superación de la pobreza infantil. Programas de transferencias condicionadas en Argentina y el papel de las organizaciones sociales y comunitarias”, División de Desarrollo Social (CEPAL), Santiago de Chile, enero de 2010, serie Políticas Sociales N° 159.

Pautassi, Laura 2009 “Límites en la agenda de reformas sociales. El enfoque de derechos en la política pública” en Courtis, C. (comp.) Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho (Buenos Aires: Eudeba).

Pautassi, Laura y Gamallo, Gustavo (2009) “Políticas y derechos: la agenda social en debate”, UBACYT MS10 Políticas Sociales, enfoque de derechos y marginación social en la Argentina (2003-2009)

Rodríguez Miglio, E. y L. Toledo (2009), “Jurisprudencia argentina en materia de derechos de los migrantes”, en Ceriani y Fava (eds.), Políticas Migratorias y Derechos Humanos (Lanús, Universidad Nacional de Lanús)

POBLACIÓN

Año 6, Número 10, marzo de 2013.

ISSN: 1852-074X

Dirección Nacional
de Población

REGISTRO NACIONAL DE LAS PERSONAS



POBLACIÓN

Número 10



AUTORIDADES

MINISTRO DEL INTERIOR Y TRANSPORTE

Florencio Randazzo

SECRETARIO DE INTERIOR

Marcio Barbosa Moreira

DIRECTORA NACIONAL DEL REGISTRO NACIONAL DE LAS PERSONAS

Mora Arqueta

SUBDIRECTOR NACIONAL DEL REGISTRO NACIONAL DE LAS PERSONAS

Fernando Manzanares

DIRECTORA NACIONAL DE POBLACIÓN

Julietta Rizzolo

DIRECTORA DE POLÍTICAS DE POBLACIÓN Y ESTADÍSTICA

Valeria Yamila Vega

DIRECTORA DE ESTUDIOS E INVESTIGACIONES

Carmen Olmedo

STAFF

DIRECTORA

Julieta Rizzolo

COMITÉ EDITORIAL

Yamila Vega

Carmen Olmedo

Ignacio Rivas

María M. Arruñada

COMPILADORES

Hernán Manzelli

Carolina Von Opiela

COLABORADORES

Ángeles Dantur

Vanesa Carnero

Sebastián Felisiak

Laura Calvelo

Florencia Esperón

Anatilde Astudillo

Nora Pazos

Claudia Pittari

Natalia Valle

Eduardo Page

DISEÑO GRÁFICO

Gastón Ruiz

POBLACIÓN

Año 6, Número 10, marzo de 2013.

ISSN: 1852-074X

DIRECCIÓN NACIONAL DE POBLACIÓN

Dirección: Perón 664, 3º piso, of. 314

C.P. 1038AAN Buenos Aires, Argentina

Tel/Fax: (5411) 4393-0566, (int 2269)

poblacion@renaper.gov.ar

MATERIAL FOTOGRÁFICO:

Las imágenes de esta edición son cortesía del foto documentalista José Luis Schanzenbach, los fotógrafos Javier Fuentes y Nicolás Fernández, de las familias Karpitskaya, Maddaleno-Majul, López, Burgos, Monzón-Záppoli, Bianchi-Trigo, Fernández San Juan- Méndez y Page-Maciél que cedieron parte de sus álbumes familiares.

CONTENIDO

NOTA EDITORIAL	P. 5
ENTREVISTAS	
ENTREVISTA A ELIZABETH JELIN Doctora en sociología por la Universidad de Texas en Austin, investigadora de CONICET y autora de reconocidos libros	P. 9
ENTREVISTA A GABRIEL LERNER Secretario Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia	P. 17
ENTREVISTA A AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI Ex jueza de la Corte Suprema de la Provincia de Mendoza, Doctora honoris causa de la Universidad de Paris-Est y de las Universidades de Córdoba, Rosario y Mendoza	P. 21
AVATARES DE LAS FAMILIAS ARGENTINAS: EVIDENCIAS A PARTIR DEL CENSO 2010 <i>GEORGINA BINSTOCK</i>	P. 25
RUTAS DE ENTRADA HACIA LAS PARENTALIDADES GAYS Y LESBIANAS <i>MICAELA LIBSON</i>	P. 35
ESTA É UMA CASA DE FAMÍLIA! A HOMOPARENTALIDADE SOB O OLHAR DE DUAS DIFERENTES GERAÇÕES <i>DANIELE ANDRADE DA SILVA, ANNA PAULA UZIEL Y JIMENA DE GARAY HERNÁNDEZ</i>	P. 47
REMESAS ECONÓMICAS FAMILIARES E INSERCIÓN OCUPACIONAL DE ARGENTINOS/AS EN ESPAÑA. UN ANÁLISIS CRÍTICO DESDE LA PERSPECTIVA DE KARL POLANYI A LOS ENFOQUES DEL MERCADO AUTORREGULADO SOBRE LOS FLUJOS MIGRATORIOS TRANSNACIONALES <i>LUIS NAZARENO BARRIONUEVO</i>	P. 59
FAMILIAS Y PROCESO MIGRATORIO UTILIZANDO DATOS DE LA ENCUESTA EMMF 2011 <i>SEBASTIÁN FELISIAK</i>	P. 71
MIGRACIONES Y EL DERECHO A LA VIDA FAMILIAR DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES <i>PABLO CERIANI CERNADAS</i>	P. 81
FAMILIA/FAMILIAS <i>DORA BARRANCOS</i>	P. 95
UNA MIRADA SOBRE EL MATRIMONIO IGUALITARIO EN ARGENTINA Y EL MUNDO <i>CAROLINA VON OPIELA</i>	P. 101
GESTIÓN INSTITUCIONAL	P. 111
RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS	P. 135
NOVEDADES	P. 145

Este número de POBLACION está destinado a analizar a las familias de hoy. Para ello, parte de la premisa de que la familia nuclear tradicional ha ido cambiando de modalidad en el último tiempo, de la mano de las transformaciones sociales más profundas que se vienen dando en el país (divorcio, unión libre, matrimonio igualitario, etc). En dicho marco, hemos recurrido a Elizabeth Jelin para reflexionar sobre los principales cambios ocurridos en las décadas recientes en la constitución y dinámica de la familia y cómo derivaron en una fuerte demanda social por una nueva legislación. *“A mí me gusta decir siempre que, desde la antropología funcionalista más clásica, la familia era aquella institución que se ocupaba de la sexualidad legítima, la reproducción generacional y la reproducción cotidiana. Y que esas tres funciones se separaron una de otra. Puede haber una convivencia que no necesariamente implica filiación, y con la sexualidad, la legitimidad está en otro campo y no necesariamente en el de la familia”*, sostiene Jelin.

A continuación, Gabriel Lerner, Secretario Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, describe la concepción de familia del Estado nacional y su tratamiento en las políticas públicas, y Aída Kemelmajer de Carlucci profundiza sobre los principales cambios propuestos al derecho de familia en el proyecto de reforma del Código Civil. Así, la sección de *Entrevistas* ofrece tres visiones complementarias de la familia desde diferente ópticas, la académica, la jurídica y la de gestión pública.

Luego, diferentes artículos abordan la temática de la dinámica familiar a través de perspectivas analíticas distintas. Georgina Binstock, en su artículo *Avatares de las familias argentinas*, recurre a los datos del Censo Nacional de Población de 2010 para examinar los cambios recientes en torno a la situación conyugal de la población. Entre los más representativos se destaca el sostenido descenso de la tasa de nupcialidad entre parejas heterosexuales, la postergación en ambos sexos de la formación familiar respecto a la generación predecesora y el aumento de los hogares unipersonales en detrimento de una similar disminución de los hogares familiares a la par que han aumentado los hogares encabezados por mujeres.

A continuación, Micaela Libson analiza las parentalidades gays y lesbianas, y a través de un abordaje cualitativo indaga sobre los diversos modos en que han concretado la descendencia: unión heterosexual anterior, coparentalidad, tecnologías de reproducción asistida y adopción. En esta misma línea, el artículo de Daniele Andrade da Silva, Anna Paula Uziel y Jimena de Garay Hernández, hace foco también en las familias homoparentales en la sociedad brasilera. De esta manera, si bien al artículo muestra que no existen mayores resistencias, puede apreciarse que en Argentina la sanción de la ley de matrimonio igualitario responde, y ha contribuido, a un consenso mayor.

Luis Barrionuevo, a continuación, incorpora una nueva dimensión analítica de las familias y los hogares: los procesos migratorios y sus efectos sobre la unidad familiar. Para ello describe la inserción de las mujeres y hombres argentinas/os en el mercado de trabajo español donde se destaca la reproducción de desigualdades, aún en personas con nivel educativo.

En su artículo sobre mujeres bolivianas, paraguayas y peruanas en el AMBA, Sebastián Felisiak caracteriza los comportamientos diferenciales de las mujeres con relación a los tipos familiares. Entre otras cuestiones, analiza los niveles de exogamia-endogamia, la situación conyugal en el país de origen y en Argentina y la inserción laboral. Se trata, en este sentido, de un artículo que permite analizar la dinámica familiar de las mujeres inmigrantes y el proceso de integración en la sociedad de destino, en este caso, la sociedad argentina.

Luego, Pablo Ceriani aporta a la discusión sobre las tensiones entre los procesos migratorios y las familias en el artículo *Migraciones y el derecho a la vida familiar de niños, niñas y adolescentes*, donde se pregunta si el estatus migratorio de las personas puede justificar restricciones de los derechos sociales. La respuesta va a estar dada por los tratados de derechos humanos, en particular, la Convención de los Derechos del Niño.

Dora Barrancos retoma el marco general de la discusión, y analiza con rigurosidad la caída del paradigma normativo de la familia estandarizada de clase media en la década de 1970. Sin embargo, ubica con anterioridad la cohabitación de varios modelos familiares. Entre sus síntesis puede leerse; *"lo que parece haber quedado bajo escombros es la familia idealizada del pasado,*

*objeto de denostación setentista, aunque antes y ahora los lazos familiares hayan implicado una pluralidad de formatos.” A continuación, el artículo de Carolina Von Opiela sobre el matrimonio igualitario en Argentina y el mundo ofrece un ejemplo sobre la diáspora de la familia de la que Barrancos nos alerta, y constituye el cierre de la sección de *Artículos*.*

Para terminar, POBLACION se ofrece como el canal de comunicación de la gestión institucional del RENAPER y difunde las principales actividades del semestre pasado, a la vez que mantiene la sección dedicada a divulgar reseñas editoriales especializadas.

Julieta Rizzolo

MIGRACIONES Y EL DERECHO A LA VIDA FAMILIAR DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

DOCUMENTO ELABORADO POR EL FONDO DE NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA (UNICEF), CON LA COLABORACIÓN DEL CENTRO DE DERECHOS HUMANOS DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LANÚS (CDHUNLa)¹

PABLO CERIANI CERNADAS*

INTRODUCCIÓN

El impacto de la migración internacional en el derecho a la vida familiar resulta significativo en numerosos sentidos. La migración en sí misma, así como las políticas migratorias –es decir, la regulación de las condiciones de ingreso y permanencia en un país– tienen importantes implicancias para las familias, y concretamente para los niveles de satisfacción o no de ese importante derecho. En casos donde prevalecen políticas migratorias restrictivas, padres, niños, niñas y adolescentes (NNA) experimentan consecuencias a menudo perjudiciales para sus derechos humanos, incluyendo su derecho a la vida familiar. En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pocos derechos han sido tan ampliamente reconocidos como el derecho a la vida familiar.² En muchos instrumentos internacionales (tratados, declaraciones), los Estados Partes han consagrado a “la familia” como elemento natural y fundamental de la sociedad que, como tal, merece el derecho a la más amplia protección posible de la sociedad y del Estado.

Los tratados de derechos humanos, en particular la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), reconoce y protege el derecho a la vida familiar. Muchas disposiciones de la Convención, incluido el Preámbulo³, subrayan el valor especial de la vida familiar para los niños y revelan la interdependencia entre este derecho y otros derechos fundamentales de la infancia. El derecho a la vida familiar es particularmente relevante para la situación de NNA en el contexto de la migración.

La protección de la vida familiar presupone una serie de obligaciones positivas y negativas por parte de los Estados. Las obligaciones positivas requieren medidas específicas y afirmativas directamente encaminadas a garantizar y promover el derecho a la vida en familia. Las obligaciones negativas exigen a los Estados que se abstengan de actos y decisiones que debilitan o que directamente atentan contra este derecho. En el contexto de la migración, la abstención exige que los Estados se inhiban

* Abogado de la UBA. Es investigador del Centro de Derechos Humanos en la Universidad Nacional de Lanús (UNLa) y, desde el 2000, integra el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS); es consultor en migraciones y DDHH de la Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH).

¹ Este documento ha sido desarrollado por la División de Políticas y Prácticas (DPP) de la Oficina de UNICEF en Nueva York, para su presentación ante el Comité de los Derechos del Niño: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/discussion2012.htm> (original en inglés). Ha contado con la participación de Rhea Saab, Irene de Lorenzo Cáceres, Isabel Ortiz y Christian Salazar. El apoyo técnico del CDHUNLa estuvo a cargo de Pablo Ceriani Cernadas (Coord.), Ana Gómez Salas, Natalia Lippmann y Alejandro Morlachetti. También contó con la colaboración de la Plataforma para la Cooperación Internacional con los Migrantes Indocumentados (PICUM).

² Otro derecho ampliamente reconocido es el derecho a la igualdad y a la no discriminación, un principio clave de todo el sistema de derechos humanos, lo que refuerza y profundiza la protección de todos y cada uno de los demás derechos, incluido el derecho a la vida familiar.

³ En el Preámbulo de la CDN, los Estados Partes afirman que “convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad.” De modo similar los estados parte reconocen que “el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.”

de realizar actos que violen los derechos de la CDN, incluidas las decisiones que impliquen la separación de las familias.

Este documento se focaliza en los desafíos de los derechos del NNA a la vida familiar en el contexto de la migración. Se analiza brevemente las principales disposiciones de la Convención y las normas que, directa o indirectamente, protegen el derecho del niño a la vida familiar, y cómo este derecho afecta a la situación de los NNA y las familias en el contexto de la migración.

Este documento analiza cómo el derecho del NNA a la vida familiar es respetado o violado en el contexto de la migración a través de leyes, políticas y prácticas, de acuerdo con las diferentes interpretaciones y aplicaciones de la CDN. Se hace especial hincapié en los mecanismos clave de la legislación migratoria que de manera decisiva impactan sobre la vida familiar: la deportación, detención, la reunificación familiar y la regularización.⁴

A su vez, considerando que la presente versión se ha editado para su publicación en la Revista Población (de la Dirección Nacional de Población del Ministerio del Interior, Argentina) se han incorporado unos cuadros relativos a la regulación del

derecho a la vida familiar en algunas disposiciones de la ley de migraciones vigente en Argentina.

I. LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO EN EL CONTEXTO DE LA MIGRACIÓN

La CDN es un instrumento clave para la protección de las diferentes categorías de NNA cuyas vidas y derechos se pueden ver afectadas en el contexto de la migración. En términos generales, es importante subrayar que los Estados Partes deben velar porque las disposiciones de la Convención y sus principios, se reflejen plenamente y surtan efecto jurídico en la legislación interna y las políticas aplicables (art. 4), y eso incluye la normativa y la política migratoria. Los principios medulares de la CDN son: la no discriminación (art. 2), el interés superior del niño (art. 3), el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo (art. 6) y el derecho del niño a expresar sus puntos de vista sobre todos los asuntos que le afecten y a que éstas opiniones sean tomadas en consideración (art. 12).

Reafirmada por su rápida y casi unánime ratificación,⁵ la Convención estableció un nuevo paradigma en el que los Estados se comprometieron a adoptar un conjunto de criterios para la formulación de todas las políticas públicas que afectan

⁴ Ver por ejemplo: Tribunal de Justicia de la Unión Europea. "Gerardo Ruiz Zambrano v Office national de l'emploi (ONEM)", C-34/09, 8 de marzo de 2011.

⁵ La Convención sobre los Derechos del Niño es el Tratado de Derechos Humanos con más ratificaciones. Desde su aprobación en noviembre de 1989, 195 países han ratificado la Convención.

los derechos del NNA. Este compromiso hace un llamamiento a los Estados para aplicar la Convención de manera transversal, a través de todas las leyes y políticas nacionales, a fin de crear las condiciones que permitan a todos los NNA dentro de la jurisdicción de un Estado a ejercer efectivamente sus derechos. Por lo tanto, una sola ley integral que proteja a los NNA, con un único organismo encargado de su aplicación, no es suficiente para cumplir los requerimientos de la Convención.

De acuerdo con UNICEF, el marco normativo e institucional para establecer la protección integral de los niños debe tener primacía sobre las leyes o políticas existentes.⁶ Esta priorización se debe aplicar también a todos los aspectos de la política migratoria en la que un derecho garantizado por la Convención está en juego, incluido el derecho a la vida familiar. En palabras del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos,

[...] todas las autoridades e instituciones que entren en contacto con niños en el contexto de la migración deberán determinar que la protección de los intereses de cada niño sea

una consideración primordial en sus acciones. Este principio debería prevalecer sobre todos los demás, incluidas las disposiciones contrarias de la normativa sobre migración en caso de que se planteara un conflicto⁷.

Las leyes, prácticas y procesos migratorios deben ser diseñados para proteger plenamente y de manera significativa los derechos de los NNA. Sin embargo, sucede que con demasiada frecuencia, se priorizan las políticas internas sobre las obligaciones internacionales de los Estados en virtud de la CDN.

II. LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y EL DERECHO A LA VIDA FAMILIAR

La Convención demuestra la estrecha relación entre el derecho a la vida familiar y todos los demás principios fundamentales que sustentan los derechos del niño. Además, el cumplimiento de los derechos consagrados en la Convención se encuentra intrínsecamente ligado a, y depende de, la realización del derecho a la vida familiar. La protección de la vida familiar también requiere asegurar que los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de los padres y tutores también

⁶ Consultar UNICEF, Amicus Curiae presentado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, UNICEF. Oficina Regional para América Latina y El Caribe (TACRO), 17 de febrero de 2012 (<http://corteidh.or.cr/soloc.cfm>).

⁷ Consultar: OACDH, Estudio de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los problemas y las mejores prácticas en relación con la aplicación del marco internacional para la protección de los derechos del niño en el contexto de la migración. A/HRC/15/29, 5 de julio de 2010, § 24.

están protegidos. Este enfoque integral es indispensable para garantizar que, como titulares de derechos, los niños puedan crecer y desarrollarse con dignidad y sin discriminación.

II.1. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA CONVENCIÓN Y EL DERECHO A LA VIDA FAMILIAR

El derecho a la vida familiar en el contexto de la migración no puede ser completamente comprendido a menos que se analice como parte indivisible e interdependiente de la Convención y en estrecha relación con sus principios fundamentales.

El **interés superior del niño (CDN art. 3)** es un criterio central, fundamental para la evaluación de todas las decisiones que puedan afectar a los derechos del niño en el contexto de la migración. Esto incluye medidas generales relacionadas con el marco jurídico general, la organización institucional, el presupuesto, la capacitación y los procedimientos en materia de migración de los Estados Partes, tales como: las condiciones para la regularización de la situación, las restricciones a los derechos sociales de los migrantes, y los procedimientos de reagrupación familiar, incluidas las condiciones de entrada de los niños en el país de destino de sus padres.

El principio de **no discriminación (CDN art. 2)** exige a los Estados Partes “respetar y garantizar los derechos establecidos en la [...] Convención a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales” [énfasis añadido]. Para evaluar el grado en que se respeta este principio, es necesario comparar los efectos de la regulación de un Estado Parte sobre el derecho a la vida familiar en los NNA afectados por la migración con el impacto de dichas regulaciones en los NNA nacionales. En ambos casos la Convención requiere que se garantice un tratamiento igual en el contexto de la vida familiar dentro de la jurisdicción del Estado.

Del mismo modo, el **derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo (CDN art. 6)** desempeña un papel esencial en la protección del derecho a la vida familiar de NNA en el contexto de la migración. Las medidas adoptadas en el contexto de la aplicación de la ley de migración, como la detención y deportación, tienen un impacto inmediato y negativo en las condiciones de vida de muchos niños. Las restricciones a los

derechos laborales o el acceso a los servicios sociales basadas en la condición migratoria afectan gravemente el desarrollo de los niños de familias migrantes.

El derecho a la unidad familiar está estrechamente ligado a la responsabilidad de los padres de garantizar las condiciones materiales necesarias para el desarrollo del NNA,⁸ así como para mantener las “*obligaciones de cuidado*”, proveer para el desarrollo emocional y psicológico de los NNA, y ofrecerles orientación moral y cívica. El artículo 27 de la CDN reconoce el derecho a un nivel de vida adecuado para todos los niños. Si bien la responsabilidad primaria para asegurar condiciones de vida que garanticen el desarrollo recae en los padres o tutores legales, el artículo 27 también hace un llamamiento a los Estados Partes a adoptar las medidas apropiadas para auxiliar en la aplicación de este derecho, incluso mediante la prestación de asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda. La cohesión de la unidad familiar es esencial para la plena realización de la co-responsabilidad de la familia y del Estado de velar por que todos los NNA que viven dentro de la jurisdicción del Estado tengan un nivel de vida adecuado, independientemente de su nacionalidad o situación migratoria. Por otra parte, en el artículo 18 de la CDN, los Estados Partes acordaron prestar la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus responsabilidades de crianza. Sin embargo, en muchos países las medidas relacionadas con la aplicación de las leyes migratorias presentan serios obstáculos para habilitar a los padres al cumplimiento de sus obligaciones.

Por último, los Estados Partes se obligan a garantizar el derecho de todo **NNA a participar y ser escuchado (CDN art. 12)** cuando la toma de decisiones y la implementación de procedimientos afecten el derecho a la vida familiar. Por lo tanto, la participación del niño (aplicando el principio de autonomía progresiva) debe estar garantizada en las decisiones que puedan conducir a la deportación de los padres, así como en los procedimientos orientados a la reunificación familiar o en la concesión de un status legal a las familias migrantes, entre otros.

II.2. OTROS ARTÍCULOS DE LA CDN RELACIONADOS CON EL DERECHO A LA VIDA FAMILIAR

Al igual que otros tratados,⁹ la Convención prohíbe la injerencia arbitraria en la vida familiar (CDN art.16). Esta protección básica es un punto de partida importante para analizar el grado en que las políticas y procedimientos migratorios interfieren en ella.

⁸ Consultar: Corte Interamericana de Derechos Humanos. OC-18/03 Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, 17 de septiembre de 2003.

⁹ Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), artículo 12; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), artículo 10. 1; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 17; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo V. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 15.

Una política de migración o un procedimiento que da lugar a “interferencias arbitrarias en la vida familiar”, contraría prima facie a las obligaciones jurídicas internacionales de un Estado Parte en virtud de la CDN. Para determinar si una política o procedimiento constituye una “interferencia arbitraria”, los principios rectores del interés superior del niño y la no discriminación pueden ser utilizados como herramientas interpretativas. El artículo 16¹⁰ se complementa con una serie de disposiciones de apoyo que también son relevantes en el contexto de la migración:

El artículo 9 establece que los niños no deben ser separados de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando dicha separación se considera en interés superior del NNA. El artículo 8 complementa y refuerza esta directiva, al exigir a los Estados Partes respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidas las relaciones familiares. Como se analiza más adelante, estos artículos son particularmente relevantes en el contexto de la detención, deportación y separación familiar por razones migratorias. Ambos artículos establecen también un fuerte apoyo para la promoción de la unidad familiar y la reunificación, así como la regularización de la situación migratoria.

Otro aspecto fundamental del derecho a la vida familiar en el contexto de la migración surge del artículo 10 de la CDN. Esta disposición exige respuestas positivas, humanitarias y expeditivas de los Estados a cualquier solicitud hecha por un NNA o sus padres para entrar o salir de un Estado con el propósito de reunificación familiar. Así, los Estados Partes deben velar por que todos los procedimientos de reagrupación familiar previstos en las políticas migratorias estén diseñados para reconocer el derecho a la vida familiar.

III. PRINCIPALES RETOS PARA EL DERECHO A LA VIDA FAMILIAR DE NNA EN EL CONTEXTO DE LA MIGRACIÓN

III.1. EL IMPACTO DE LA DETENCIÓN DE MIGRANTES EN LA VIDA FAMILIAR

La detención por razones migratorias expone a los NNA a vulnerabilidades que inciden en el derecho a la vida familiar. El Consejo de Derechos Humanos puso de relieve que las infracciones a las leyes de inmigración son generalmente de naturaleza administrativa, por lo que no deben ser consideradas delitos, y por lo tanto no deben ser objeto de penas privativas de libertad.¹¹

En el caso de los NNA, la detención nunca debe ser una opción,¹² ya que la misma contradice el principio del interés superior del niño y el espíritu de toda la Convención en tanto sólo prevé la detención como último recurso y durante el menor período de tiempo en los procedimientos que son de naturaleza criminal (CDN art. 37).

Sin embargo, numerosos Estados han recurrido a la detención de NNA, con y sin sus padres,¹³ en el marco de procesos migratorios.¹⁴ Quizás la interpretación más atroz de la CDN es la afirmación de que la colocación de niños en centros de detención es necesaria para mantener intacta la unidad familiar. Pero afirmar que NNA deben ser detenidos para mantener unidas a las familias no es compatible con la obligación positiva de los Estados de garantizar el interés superior del niño, ni con los principios y derechos que la Convención busca proteger.¹⁵ Las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre los Derechos de los Tratados y el principio *pro persona* incluido en muchos tratados de derechos

¹⁰ Comité de los Derechos del Niño; Observación General No. 6 (2005) “Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen” 39º período de sesiones 17 de mayo a 3 de junio de 2005. § 29 and 30: “Los Estados Partes deben proteger el carácter confidencial de la información recibida con referencia al menor no acompañado o separado, de acuerdo con la obligación de proteger los derechos del niño, con inclusión del derecho a la intimidad (art. 16). Esta obligación se aplica en todos los campos y señaladamente en el de la asistencia sanitaria y social. Se ejercerá diligencia para evitar que la información recabada e intercambiada legítimamente con una finalidad no sea impropia utilizada para otra distinta. La confidencialidad alude también al respeto de los derechos ajenos. Por ejemplo, al obtener, intercambiar y preservar la información reunida con respecto a menores no acompañados y separados, se procurará especialmente no poner en peligro el bienestar de las personas que permanecen en el país de origen del menor, sobre todo sus familiares. Por otra parte, la información relativa al paradero del menor sólo podrá ser retenida frente a sus padres cuando lo requiera la seguridad del menor o proteja el “interés superior” de éste.

¹¹ Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, François Crépeau. A/HRC/20/24, 2 de abril de 2012.

¹² Alejandra Lopez, Pace University. Seeking ‘Alternatives to Detention’ Unaccompanied Immigrant Children in the U.S. Immigration System. Digital, 2010.

¹³ Comité de los Derechos del Niño, Observaciones Finales: Australia, CRC/C/15/Add.268, 20 de Octubre de 2005, § 62. Al igual que muchos otros países, la Ley de Inmigración de México establece un sistema de detención automática de los niños (as) no acompañados en base a criterios de orden público y seguridad. En igual sentido, Ley Mexicana de Refugio y Protección complementaria establece que los niños, niñas y adolescentes que soliciten el reconocimiento de la condición de refugiado o de la aplicación de una medida de protección, deben esperar la decisión de las autoridades respectivas mientras permanece en custodia, por regla general, dejando a la discreción de la autoridad administrativa si aplica una medida alternativa. ‘Boat Ride to Detention. Adult and Child Migrants in Malta.’ 2012. p. 38 y ss.”... Malta detiene en todos los casos que esté pendiente de determinación de la edad, y se aplica un umbral muy bajo de impugnación de la edad de los niños. Como resultado, los niños pueden ser detenidos durante semanas o meses, en lugar de disponer de medidas alternativas. Durante la detención, los niños son detenidos junto con los adultos, sin un alojamiento adecuado para su joven edad, y sin acceso a la escuela. Una vez determinado que son tales y reacomodados los niños no reciben asistencia letrada adecuada. Según las normas internacionales y europeas, los niños no acompañados no deberían ser detenidos por motivos relacionados con el ingreso irregular y, pendiente de la determinación de la edad de la persona que dice ser un niño debe ser tratado como que la determinación sea efectuada”. Disponible en: <http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/malta0712ForUpload.pdf>

¹⁴ Ver más en: 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. www.idcoalition.org.

¹⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Popov v. France, 39472/07 y 39474/07, 19 de enero de 2012.

humanos prohíben este tipo de interpretaciones restrictivas de derechos, teniendo en cuenta que una disposición legal no puede ser interpretada de una manera que restrinja los derechos que la norma pretende proteger. El impacto de la detención en las relaciones familiares pueden ser gravemente perjudicial, especialmente si mientras los NNA se encuentran recluidos ven los roles de sus padres socavados por las autoridades estatales.¹⁶ Del mismo modo, se debe prestar especial atención a la salud física y psicológica de los niños privados de libertad, ya sea que estén juntos con sus familias o que se encuentren no acompañados.¹⁷

Por esta razón, en los casos en que sea necesario albergar a la familia migrante, la única respuesta posible que respeta el interés superior del niño es la colocación de la familia en una instalación especialmente diseñada para familias con niños, en la que nadie se encuentre privado de la libertad.¹⁸ Estos centros deben cumplir una serie de requisitos en términos de infraestructura, actividades y personal capacitado, y adecuarse a los derechos e intereses de los NNA. Más aún, interesa remarcar que en varios países las familias en situación migratoria irregular no son colocadas en centros cerrados durante los procedimientos administrativos o judiciales de deportación. Sino que contrariamente, pendiente el procedimiento, continúan viviendo en sus hogares y participando en las actividades cotidianas.

Este enfoque que busca armonizar el derecho del NNA a su libertad personal con el derecho a la vida familiar, es el que respeta y garantiza de la mejor manera el interés superior del niño. La detención por razones migratorias afecta los derechos de los NNA en muchas otras formas, incluso cuando los propios niños no son detenidos. La detención de los padres tiene un impacto negativo sustancial a menudo irreversible en la vida familiar, así como también en muchos otros derechos del niño, fundamentalmente cuando los niños son residentes o ciudadanos

del país de destino y sus padres son deportados o la familia es separada.

Por otra parte, aun cuando no conduce a la deportación, la separación familiar por causa de la detención tiene un impacto inmediato en el desarrollo del NNA así como en los elementos psicológicos, espirituales y materiales del derecho a un nivel de vida adecuado.¹⁹ Las consecuencias se agravan diariamente por la duración de la detención de los padres. En tales circunstancias, el interés superior del niño y otros derechos garantizados por la Convención argumentan enérgicamente a favor de la implementación de medidas alternativas a la privación de la libertad de los padres.

La detención por razones migratorias en la Ley de Migraciones Nº 25.871

Artículo 70:

Firme y consentida la expulsión de un extranjero el Ministerio del Interior o la Dirección Nacional de Migraciones solicitarán a la autoridad judicial competente que ordene su retención. (...) Producida tal retención y en el caso que el extranjero retenido alegara ser padre, hijo o cónyuge de argentino nativo, siempre que el matrimonio se hubiere celebrado con anterioridad al hecho que motivara la Resolución, la Dirección Nacional de Migraciones deberá suspender la expulsión y constatar la existencia del vínculo alegado en un plazo de (48) cuarenta y ocho horas hábiles. Acreditado que fuera el vínculo, el extranjero recuperará en forma inmediata su libertad y se habilitará respecto del mismo un procedimiento sumario de regularización migratoria.

¹⁶ Ver más en: Women Refugee Commission, detention of families in the US, "Locking up Family Values: The Detention of Immigrant Families", 2007, página 30: "Muchos niños expresan ira o frustración con sus padres por haberlos conducido a la detención y por ser incapaces o no está dispuestos a ayudar. Algunos suplican a sus padres que firmen la deportación para que puedan ir a casa."

¹⁷ Ver más en: Nando Sigona and Vanessa Hughes, "No Way Out, No Way In. Irregular migrant children and families in the UK", ESRC Centre on Migration, Policy and Society, University of Oxford, 58 Banbury Road, OX2 6QS, Oxford, UK, May 2012, p.8. Ver también: Carolyn Hamilton, Kirsten Anderson, Ruth Barnes, and Kamena Dorling, Children's Legal Centre, University of Essex and Child Protection Section, UNICEF, "Administrative detention of children: A global report" New York, 2011, pp. 59- 98.

¹⁸ Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante. A/HRC/11/7, 14 de Mayo de 2009 § 62. Igualmente, Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, François Crépeau. A/HRC/20/24, 2 de abril de 2012. §40.

¹⁹ Consultar: Tribunal Europeo de Derechos Humanos Sentencia no. 55597/09, 2011. Consejo de Europa: Tribunal Europeo de Derechos Humanos: "Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium" 13178/03, 12 de octubre de 2006, disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/45d5cef2.html> [accessed 18 September 2012]; y "A. v. the United Kingdom", sentencia de 23 de septiembre 1998, Informe 1998-VI, p. 2699, § 22. Ver también: Prof. Carolyn Hamilton, Kirsten Anderson, Ruth Barnes, Kamena Dorling, Children's Legal Centre, University of Essex and Child Protection Section, UNICEF, "Administrative detention of children: a global report" New York, 2011, página 90; Alto Comisionado de Derechos Humanos: Navi Pillay presentó en Ginebra el Informe Anual al Consejo de Derechos Humanos el 2 de marzo de 2012. La Sra. Pillay se centró en los derechos de los migrantes y pidió a los Estados miembros que exploren alternativas a la detención de migrantes que no violen los derechos de los refugiados, especialmente los de los niños. La Alta Comisionada se opuso a la criminalización de la migración irregular y destacó las violaciones de derechos humanos que sufren los migrantes en el contexto de la Primavera Árabe, y su vulnerabilidad: <http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=41442&Cr=Human+righ&Cr1=#.UFjaZa42Td>

DEC. 616/10 Artículo 70:

“Cuando la orden de expulsión de un extranjero se encuentre firme y consentida, Ministerio del Interior o la Dirección Nacional de Migraciones solicitarán a la autoridad judicial competente que ordene su retención al solo efecto de cumplir con aquélla. [...]

Para decidir acerca del peligro de incumplimiento de la orden de expulsión se tendrán en cuenta, entre otras, las siguientes pautas: a) Arraigo, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo. [...]

III.2. EL DERECHO A LA VIDA FAMILIAR EN CASOS DE DEPORTACIÓN DE MIGRANTES

Algunos países deportan a las personas en razón de su situación migratoria. Esta orden se hace sin tener en cuenta las circunstancias familiares de las personas que serán expulsadas, principalmente de los NNA que viven con sus padres en el país de destino.²⁰ Esto puede ocurrir tanto cuando los NNA son residentes legales o ciudadanos del país de destino y en los casos en que toda la familia tiene estatus migratorio irregular. Además, en muchos países se observa una tendencia cada vez más dura hacia la deportación y hacia políticas de detención que afectan negativamente los derechos humanos básicos, como el derecho a la vida familiar.

La deportación impacta en los derechos del niño en diversos niveles, mucho más allá de la vida familiar. Los artículos 8 (derecho a mantener relaciones familiares) y 9 (derecho a no ser separado de los padres) de la CDN, deben tenerse en cuenta y primar al adoptar decisiones que puedan afectar a los NNA. Por otra parte, la separación de las familias como consecuencia de la deportación afecta a muchos otros derechos garantizados por la Convención. Por ejemplo, la deportación de los padres tiene un efecto negativo inmediato en el cumplimiento de las obligaciones de los padres para con sus hijos (CDN art. 5), al tiempo que impacta en la salud mental y emocional de los niños (CDN art. 24) y/o el desarrollo de la educación (CDN art. 28).

Las decisiones que resuelven la deportación contradicen

los compromisos de los Estados Partes en lo que respecta al desarrollo del NNA -un principio fundamental de la Convención, garantizado por el artículo 6- como se dijo anteriormente, los Estados Partes tienen la obligación positiva de adoptar las medidas apropiadas para ayudar a los padres (y otras personas encargadas del NNA) en la prestación de un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (CDN art. 27). Cuando las familias son separadas, como resultado de las órdenes de deportación, los padres y tutores a menudo no tienen posibilidades de proporcionar las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del NNA. Además, los Estados Partes también tienen la obligación de “prestar la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus responsabilidades de crianza” (CDN art. 18,2).

Por otra parte, difícilmente se contempla la posibilidad de que NNA tengan participación en las audiencias de deportación. Su derecho a ser escuchado casi nunca es reconocido, a pesar del hecho de que la decisión adoptada puede afectar gravemente sus derechos. Tales procedimientos y las órdenes de deportación resultantes implican prácticas que también contradicen el principio del interés superior del niño, priorizando los objetivos de política de control migratorio.²¹

Es importante señalar que las expulsiones implican por lo general una prohibición de ingreso al país por un número determinado de años o incluso indefinidamente.²² Esta sanción adicional agrava aún más la violación de los derechos de la Convención. En particular, al no facilitar la reunificación familiar de manera expeditiva, positiva y humanitaria, se infringe el artículo 10 de la Convención (reunificación familiar). Más aún, la violación de este derecho se agrava considerablemente cuando se adoptan medidas como la colocación de niños en adopción en el país de destino en contra de su voluntad y la de sus padres.

Las medidas de deportación también discriminan a los hijos de padres migrantes, ya que es el estatus migratorio de los padres lo que lleva a lesionar los derechos establecidos en la CDN, en clara violación del artículo 2.2 de la misma, que prohíbe cualquier restricción de los derechos del niño, en razón del estatus migratorio de sus padres.

Para seguir cumpliendo con sus compromisos en el marco de

²⁰ Para más información consultar Applied Research Center, Shattered Families. The Perilous Intersection of Immigration, Enforcement and the Child Welfare System. Racial Justice Through Media, Research and Activism, Noviembre de 2011.

²¹ CDN art. 9 establece la separación del niño de sus padres solo cuando tal separación es necesaria en orden a garantizar el interés superior del niño.

²² Naciones Unidas Comité de Derechos Humanos Observaciones Finales: Hong Kong, CCPR/C/HKG/CO/2, 21 de Abril de 2006, § 15.

la CDN, los Estados Partes deben diseñar mecanismos que garanticen que los derechos, opiniones e intereses de los NNA sean tenidos en cuenta en los procedimientos de deportación de sus padres.²³ Además, tratándose de NNA que son residentes o ciudadanos del país de origen, dado que los niños no pueden ser expulsados de su propio país, es deber del Estado Parte proteger a los NNA y salvaguardar sus derechos favoreciendo las soluciones que eviten la separación de la familia, tales como la concesión de la residencia de los padres. Por medio de la Convención, los Estados Partes se obligan a dar prioridad a los derechos del NNA, incluido la vida familiar, por encima de cualquier otra consideración o interés. Esta obligación debe tenerse en cuenta al diseñar y ejecutar las políticas migratorias. Las leyes migratorias deben garantizar los derechos de los NNA, incluidos los que puedan verse afectados por medidas de deportación. Esto requiere centrarse en lograr la mayor capacitación posible de los funcionarios competentes y fomentar la participación de niños en los procedimientos de deportación, entre otros.

La deportación en la Ley de Migraciones N° 25.871

Artículo 62:

Enumera las causas en la que procede la cancelación de la residencia y la posterior expulsión y a continuación establece que el Ministerio del Interior dispensará el cumplimiento de la cancelación prevista en virtud del presente artículo, cuando el extranjero fuere padre, hijo o cónyuge de argentino, salvo decisión debidamente fundada por parte de la autoridad migratoria.

III.3. EL DERECHO A LA REUNIFICACIÓN FAMILIAR

En muchos casos la migración implica la separación física de las familias, al menos temporalmente. Con frecuencia los padres (uno o ambos) migran solos, dejando a sus hijos en el país de origen hasta que logran establecerse en el país de destino. Por otra parte es cada vez mayor el número de NNA que migran no acompañados, dejando a sus padres y familias detrás. La separación de la familia frecuentemente es el resultado de los obstáculos legislativos y económicos que impiden la migración de familias enteras, lo cual combinado con los rígidos requisitos

de residencia en los países de destino, determina consecuencias perjudiciales para el derecho a la vida familiar.

La reagrupación familiar debe ser considerada como parte esencial del derecho a la vida familiar de las personas migrantes. El artículo 10 de la CDN reconoce explícitamente que toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Además los Estados Partes deben garantizar, que la presentación de tal petición no acarreará consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares, y que la reagrupación familiar efectiva es el objetivo de esas garantías. Por consiguiente, los Estados deben tratar de asegurar, tanto en la legislación como en la práctica, la realización rápida y expeditiva de este derecho, ya que la separación prolongada de la familia puede tener efectos irreversibles para los NNA.

Por otra parte, el Comité de Derechos del Niño ha destacado que, con el fin de conciliar el principio del interés superior del niño con otros principios y derechos que pueden estar en juego (es decir, el derecho a la vida, el desarrollo, la vida familiar, y la integridad física y moral, entre otros), es esencial la adopción de un procedimiento para la determinación del interés superior del niño (Procedimiento DIS).²⁴ Las decisiones al respecto se deben hacer caso por caso. Por ello, si la repatriación es una opción, debe haber evidencia clara y fuerte de que tal acción es apropiada para un niño individualizado en su situación particular. Por ello, si no es posible la reunión familiar en el país de origen, entran en juego las obligaciones estipuladas en los artículos 9 y 10 de la Convención, que deben regir las decisiones del Estado de acogida sobre la reunión familiar en su propio territorio.²⁵

La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa también se ha pronunciado al respecto declarando que: “el derecho al respeto a la vida familiar es un derecho fundamental que pertenece a todos” y “la reconstrucción de las familias migrantes que residan legalmente y de los refugiados por medio de la reunificación familiar refuerza la política de integración en la sociedad de acogida e interesa a la cohesión social”.²⁶ Además, en su informe sobre la protección de los niños en el contexto de la migración (2009), el Relator Especial sobre los Derechos Humanos de

²³ Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante. A/HRC/11/7, 14 de Mayo de 2009 §59.

²⁴ Los elementos claves de un procedimiento de DIS son descritos en el “Background Paper” elaborado por el Comité de Derechos del Niño, para el Día de Discusión General sobre Niñez en el Contexto de la Migración, celebrado el 28 de septiembre de 2012. Ver el documento del Comité y todo lo relacionado con dicho debate en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/discussion2012.htm>.

²⁷ Comité de los Derechos del Niño; Observación General No. 6 (2005) “Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen” CRC/GC/2005/6 1 de Septiembre de 2005, § 83.

²⁶ Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, La movilidad humana y el derecho a la reagrupación familiar. Recomendación N° 1686, 23 de noviembre de 2004.

los Migrantes recomendó a los países de origen y de destino desarrollar políticas, programas y acuerdos bilaterales para preservar la unidad familiar, incluida la reunificación familiar y facilitar la interacción entre los miembros de la familia.²⁷

Sin embargo, hasta la fecha, muchos países no reconocen el derecho a la reagrupación familiar.²⁸ Incluso en aquellos que lo reconocen, establecen regulaciones que a menudo contienen requisitos y restricciones (por ejemplo, los criterios socioeconómicos, años de residencia, etc.).²⁹ Ello sumado a los obstáculos burocráticos y demoras administrativas que impactan negativamente en el ejercicio de este derecho.³⁰

Frente a estas disposiciones restrictivas, algunos grupos merecen una atención especial debido a su especial vulnerabilidad: el primero son los NNA que permanecen separados en los países de origen, en tanto sufren las consecuencias de la ruptura familiar, sin recibir atención y control suficiente.³¹ Otros riesgos para estos NNA surgen cuando migran en situación irregular, a menudo no acompañados, para lograr reunirse con sus padres en los países de destino. El segundo grupo incluye a las mujeres migrantes que buscan reunirse con sus hijos, en tanto las desigualdades de género hacen que sea extremadamente difícil para muchas mujeres acceder a la reunificación familiar, ya que por lo general carecen de un empleo formal y de los medios económicos necesarios y en muchas ocasiones desconocen los procedimientos administrativos. Un tercer grupo especialmente vulnerable son los NNA que son repatriados a su país de origen sobre la base del principio de la unidad familiar, a pesar de la falta de evidencia de que la reunión en el país de origen sea la decisión más favorable en interés superior del niño.³²

Cuando los resultados de la migración son la separación de un NNA de su familia, este se vuelve más vulnerable al abuso, la trata, la explotación y la violencia. La protección del derecho a la vida familiar mediante la implementación de procedimientos de reunificación es fundamental para proteger el desarrollo integral del NNA y las perspectivas para una vida digna.

La reagrupación familiar en la Ley N° 25.871

Artículo 3:

Son objetivos de la presente ley: (...)

d) Garantizar el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar.

Artículo 10:

El Estado garantizará el derecho de **reunificación familiar** de los inmigrantes con sus padres, cónyuges, hijos solteros menores o hijos mayores con capacidades diferentes.

El Dec. 616/10, agrega: "El Ministerio del Interior, a través de la Dirección Nacional de Migraciones y demás organismos competentes, adoptará las medidas necesarias para asegurar el ejercicio del derecho de reunificación familiar con los alcances previstos en los artículos 10 de la Ley N° 25.871 y 44 de la Convención Internacional sobre la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, aprobada por la Ley N° 26.202."

Artículo 29:

Enumera las causas impeditivas del ingreso y permanencia de extranjeros al Territorio Nacional y en la parte final establece que: la Dirección Nacional de Migraciones, previa intervención del Ministerio del Interior, podrá admitir, excepcionalmente, por razones humanitarias o de **reunificación familiar** en el país, en las categorías de residentes permanentes o temporarios, mediante resolución fundada en cada caso en particular, a los extranjeros comprendidos en el presente artículo.

III.4. EL IMPACTO DE LA REGULARIZACIÓN MIGRATORIA EN EL DERECHO A LA VIDA FAMILIAR

La situación migratoria irregular exacerba la vulnerabilidad de las personas migrantes. Las medidas que faciliten la regularización

²⁷ Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante. A/HRC/11/7, 14 de Mayo de 2009 §62. Ver también, Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, François Crépeau. A/HRC/20/24, 2 de abril de 2012 §87.

²⁸ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Observaciones Finales Irlanda, CERD/C/IRL/CO/3-4, 4 de Abril de 2011, § 25.

²⁹ Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Comité de Migración, Refugio y Personas desplazadas. Position paper on family reunification, 2 de Febrero de 2012 § 12.

³⁰ Cornelius, Wayne, Reforming the Management of Migration Flows from Latin America to the United States. The Center for Comparative Immigration Studies, University of California, Working Paper 170, Diciembre de 2008.

³¹ Cortes, Rosalía, Children and Women Left Behind in labour sending countries: an appraisal of social risks, Working Paper, Agosto de 2008.

³² Los niños que han sido devueltos a su país de origen o de tránsito se enfrentan a una serie de preocupaciones específicas de los derechos humanos que también deben abordarse, en particular sobre el impacto de las políticas de retorno en su salud mental y el desarrollo. También UNICEF Kosovo en cooperación con Kosovo Health Foundation, "Silent Harm: A report assessing the situation of repatriated children's psycho-social health," Marzo de 2012.

no sólo aseguran el bienestar de los NNA, sino también la protección de su derecho a la vida familiar. La regularización es también un medio eficaz para cumplir con el principio del interés superior del niño y el derecho del niño al desarrollo.

La regularización supone, al menos, dos tipos de mecanismos: programas adoptados con carácter excepcional en un momento específico para conceder la residencia a la totalidad o parte de la población en situación migratoria irregular ya presente en el país, o canales permanentes en la legislación de un país que permiten el paso a una situación migratoria regular. Dichos canales están regidos por criterios específicos que varían mucho de país a país, tales como: lazos familiares o hacia la comunidad, empleo, educación, años de residencia, razones humanitarias, etc.

Los beneficios de las políticas y programas que permitan a las personas migrantes regularizar su situación han sido evaluados y confirmados en diferentes países por los gobiernos, las organizaciones internacionales y la sociedad civil. En consecuencia, la regularización tiene un gran impacto en las vidas de millones de familias y NNA afectados por la migración, tanto en el corto como en el largo plazo.

Las desigualdades de género deben ser tenidas en cuenta al analizar los programas de regularización. Las mujeres suelen tener condiciones más precarias de trabajo, en tanto con frecuencia se desempeñan en empleos no protegidos (por ejemplo en el servicio doméstico), y por lo tanto se encuentran con más obstáculos para acceder a la residencia. Esto a su vez aumenta la vulnerabilidad de los NNA a los abusos de sus derechos y tiene un impacto negativo considerable en el derecho a la vida familiar.

Con respecto a los NNA *no acompañados*, si el procedimiento de Determinación de Interés Superior (DIS) determina que no es en su mejor interés ser repatriados a su país de origen, sino que deben permanecer en el país de tránsito o de destino, debe garantizárseles la concesión de la residencia. Además, como se señaló anteriormente, si se considera que la reunificación familiar procede en virtud de este procedimiento, a los padres u otros miembros de la familia también debe concederse canales regulares de migración, para permitir la reunificación familiar en el país de destino.

Las medidas de deportación han demostrado ser perjudiciales para NNA en situación migratoria irregular que viven con sus padres en los países de destino, en especial cuando la familia ha residido durante mucho tiempo en éste o el NNA ha salido de su país de origen en edad muy temprana. Los mecanismos

destinados a proporcionar a estas familias un estatus regular (por ejemplo, basado en el empleo de uno o ambos padres) pueden mejorar sustancialmente las condiciones materiales, de vivienda, su salud física y emocional como también el bienestar integral de estos NNA.

Finalmente, en el caso de los niños que son nacionales del país de destino pero cuyos padres han migrado en situación irregular, la regularización es también relevante para el cumplimiento de sus derechos, incluyendo la vida familiar. Muchos países conceden el estatuto de residencia de los padres de estos niños, sobre la base del derecho a la vida familiar, lo que les permite cumplir con sus obligaciones como padres y asegurar que los derechos de los NNA no sean objeto de discriminación basada en la condición migratoria (o, peor aún, la detención y / o deportación) de sus padres, en violación de la CDN art 2.2.

En suma la regularización constituye un mecanismo efectivo para reducir sus efectos negativos en las familias, en las comunidades y en las sociedades. Por otra parte la regularización también contribuye al cumplimiento de los derechos de los niños en el contexto de la migración.

La regularización migratoria en la Ley N° 25.871

Artículo 9:

Los migrantes y sus familiares tendrán derecho a que el Estado les proporcione información acerca de:

- a) Sus derechos y obligaciones con arreglo a la legislación vigente;
 - b) Los requisitos establecidos para su admisión, permanencia y egreso;
 - c) Cualquier otra cuestión que le permita o facilite cumplir formalidades administrativas o de otra índole en la República Argentina.
- (...)

Artículo 17:

El Estado proveerá lo conducente a la adopción e implementación de medidas tendientes a regularizar la situación migratoria de los extranjeros.

III.5. VIDA FAMILIAR Y DERECHOS SOCIALES DE MIGRANTES

Los Derechos Económicos, Sociales y culturales fortalecen la vida familiar, al tiempo que la vida familiar facilita la realización de los DESC. El derecho a la vida familiar no se consagra completamente por el mero hecho de tener una familia y contar con salvaguardias contra la separación familiar arbitraria. Este derecho sólo puede realizarse cuando cada miembro de la familia tenga la oportunidad de cumplir su rol respectivo en la unidad familiar. Esto se refiere en particular a los padres, como los principales responsables del desarrollo físico, psicológico, emocional, moral, espiritual y material de los NNA. En este sentido, como se ha señalado, los Estados tienen la obligación de facilitar el cumplimiento de las obligaciones de los padres a través de diferentes medios (CDN arts. 18 y 27).

Garantizar el acceso a los DESC para todos los miembros de la familia, independientemente de su nacionalidad y la migración, es un medio para hacer posible el derecho de todo NNA a la vida familiar, así como los demás derechos que dependen de ella.

El potencial de los padres para ganar un salario decente y proporcionar nivel de vida adecuado (art. 27 CDN) a los NNA que migran con ellos, obviamente, depende de la posibilidad de acceso a un empleo. Más aún, el trabajo y condiciones de trabajo decentes deben estar acompañados por el respeto a sus derechos laborales (en las mismas condiciones que los nacionales), según lo requerido por la Convención Internacional de 1990 sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y por lo Convenios de la OIT 97 y 143. La situación migratoria regular es un requisito previo para el acceso de los padres al empleo, incluidas las condiciones de trabajo satisfactorias, ya sea que hayan entrado regularmente o si han tenido oportunidades de acceder a la regularización una vez en el país de destino.³³

El derecho a una vivienda adecuada es también fundamental para el desarrollo integral de los NNA, y es indispensable para proteger la privacidad en el ámbito de la vida familiar. Una vez más, el estatus de residencia legal de la familia migrante, o la posibilidad de acceder a ella, es necesaria para evitar las restricciones que enfrentan las personas migrantes muchas veces cuando se intenta acceder a programas de vivienda pública, ya sea por su situación migratoria irregular o por no

haber completado el número de años mínimo de residencia en el país de destino.³⁴

Además, los programas de protección social y los servicios sociales garantizados por el Estado a sus nacionales -tales como *programas de transferencia condicionada*, los servicios de cuidado infantil, la igualdad de acceso a los servicios de salud y educación- deben ser accesibles a las familias migrantes en igualdad de condiciones. Los migrantes también deberían poder beneficiarse de los programas de protección social destinados a preservar la vida de la familia, garantizándose un nivel de vida adecuado y el derecho al desarrollo y a la supervivencia establecido por la CDN.³⁵

Por último, la adhesión a la CDN determina que la identidad cultural de las familias migrantes deben tenerse en cuenta durante la planificación y ejecución de las políticas migratorias de manera tal de respetar y valorar la cultura de su país de origen. El respeto por las costumbres, el idioma y otros elementos integrantes de la identidad de los padres y de la cultura de origen de los NNA contribuye a fortalecer las relaciones familiares en armonía con la cultura del país de acogida.

La separación de los miembros de la familia tiene algunas ventajas para los niños o las familias que quedan en sus países de origen, pero también puede conducir a situaciones de vulnerabilidad. Algunos estudios señalan el impacto positivo de las remesas de la migración de los miembros del hogar: estas pueden ayudar a cerrar la brecha de género en la educación, escolarizando a las niñas y reduciendo la tasa de deserción escolar, pueden mejorar la salud infantil, en particular la de las niñas, y pueden contribuir a reducir el trabajo infantil.³⁶ Aunque las remesas pueden representar una estrategia de vida que aumenta la capacidad de las familias migrantes para invertir en salud y educación, deben tenerse en cuenta disposiciones especiales que contemplen los riesgos sociales. La partida de un migrante puede dejar a una familia sin acceso a la protección social en los casos en que el seguro esté vinculado con el empleo de la persona.

Es necesaria una mayor conciencia en los países de origen con respecto a la necesidad de ver a los NNA de hogares de migrantes como una población vulnerable, y las políticas de protección social deben ser diseñadas o revisadas para proporcionar los

³³ Para más información: Nando Sigona and Vanessa Hughes, "No Way Out, No Way In. Irregular migrant children and families in the UK", ESRC Centre on Migration, Policy and Society, University of Oxford, 58 Banbury Road, OX2 6QS, Oxford, UK, mayo 2012, página 58.

³⁴ Idem.

³⁵ Idem, P. 29-40.

³⁶ ILO-IPEC, "Migration and child labour. Exploring child migrant vulnerabilities and those of children left behind", Working paper. International Labour Office, International Programme on the Elimination of Child Labour (IPEC) By Hans van de Glind, Septiembre de 2010.

servicios que estos NNA necesitan. Las políticas de protección social podrían desempeñar un papel clave en el tratamiento de algunos de los riesgos para las familias de los migrantes y sus hijos.

Los programas sociales deberían incluir beneficios para familias monoparentales y para quienes asumen el cuidado de NNA cuyos padres migraron, como abuelas u otros familiares. También deben ser tenidas en cuenta las necesidades especiales de los hogares encabezados por mujeres cuyos maridos o parejas han migrado.

Derechos económicos, sociales y culturales en la Ley de Migraciones Nº 25.871

Artículo 6:

El Estado en todas sus jurisdicciones, asegurará el acceso igualitario a los inmigrantes y sus familias (...) a servicios sociales, bienes públicos, salud, educación, justicia, trabajo, empleo y seguridad social.

Artículo 7:

En ningún caso la irregularidad migratoria de un extranjero impedirá su admisión como alumno en un establecimiento educativo (...). Las autoridades de los establecimientos educativos deberán brindar orientación y asesoramiento respecto de los trámites correspondientes a los efectos de subsanar la irregularidad migratoria.

Artículo 8:

No podrá negársele o restringírsele en ningún caso, el acceso al derecho a la salud, la asistencia social o atención sanitaria a todos los extranjeros que lo requieran, cualquiera sea su situación migratoria. (...).

Artículo 16:

La adopción por el Estado de todas las medidas necesarias y efectivas para eliminar la contratación laboral en el territorio nacional de inmigrantes en situación irregular, incluyendo la imposición de sanciones a los empleadores, no menoscabará los derechos de los trabajadores inmigrantes frente a sus empleadores en relación con su empleo.

IV. CONCLUSIONES

Los párrafos anteriores destacan la importancia particular del derecho a la vida familiar en el contexto de la movilidad humana global. Los efectos de la migración inevitablemente alteran el curso espontáneo de la vida durante la infancia, sea porque dan lugar a posibles situaciones de mayor vulnerabilidad, o contribuyendo a un mejor desarrollo integral posible del NNA. La Convención de los Derechos del Niño y otros tratados de derechos humanos constituyen una guía necesaria (y obligatoria) para los países de origen, tránsito y destino en tanto aseguran que estos tomen las medidas necesarias, en base al interés superior del niño, para garantizar la protección integral de NNA. Sin embargo, si los países mantienen políticas que restringen el acceso a los derechos y refuerzan mecanismos y procedimientos que no tienen en cuenta el interés superior del niño, es decir, los NNA afectados por la migración se enfrentarán a un panorama de mayor vulnerabilidad, explotación y a un ambiente familiar poco propicio para el desarrollo adecuado de la infancia. En pocas palabras, no es posible satisfacer el derecho a la vida familiar si otros derechos fundamentales son ignorados o si, como consecuencia de políticas migratorias que carecen de perspectiva de los derechos del niño, otros obstáculos se interponen en el camino de acceso a los derechos civiles, económicos, sociales y culturales.

Este análisis plantea algunas preguntas básicas relacionadas con los principios de la CDN y la protección del derecho a la vida familiar de los niños en el contexto de la migración, que deberían ser abordadas: ¿Es razonable que a causa de meras infracciones administrativas, las medidas de expulsión puedan llevar a la separación de las familias? ¿Puede ser aceptable la detención de familias enteras, a pesar de los efectos negativos sobre NNA, a menudo especialmente perjudiciales para las relaciones familiares? ¿Pueden las restricciones de los derechos sociales justificarse sobre la base del estatus migratorio, a pesar del impacto que éstas pueden tener en el desarrollo infantil y el cumplimiento de las obligaciones familiares de los padres?

La CDN ofrece una respuesta común a estas y otras preguntas similares: los derechos reconocidos deberían garantizarse plenamente, sin restricciones basadas en la condición del niño o de sus padres. Por lo tanto, el interés superior del niño debería prevalecer sobre las consideraciones del estatus migratorio, y los derechos de los NNA afectados por la migración deberían ser iguales a los de los NNA nacionales. El valor del derecho a la vida familiar, y por ende las obligaciones para respetar y garantizar este derecho, debe ser exactamente el mismo, con independencia de la nacionalidad o condición migratoria de la persona.

Protección Internacional de Refugiados en el Sur de Sudamérica



Martín Lettieri

EDITOR

AUTORES

Víctor E. Abramovich / Emelina Alonso / Rodolfo Manuel Aseretto / Boris Calderón Arandia
Pablo Ceriani Cernadas / Carmen Gloria Daneri Herмосilla / Olga Díaz Pedemonte / Karina Dubinsky
Andreas Feldmann / Nicolás B. Figari Costa / María Soledad Figueroa / Marcos Ezequiel Filardi
Alexandra Galvis / Gabriel Gualano de Godoy / Paula Lekanda / Martín Lettieri / María José Marcogliese
Federico Martínez Monge / Lucas Ramon Mendos / Juan Ignacio Mondelli / Alejandro Morlachetti
Mauricio Ortegón / Marcos Rasguido Serrudo / Patricio Rubio Correa / Laura Saldivia
Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto / Juan Pablo Terminiello



**UNHCR
ACNUR**

Agencia de la ONU para los Refugiados



IPPDH

SERIE DERECHOS HUMANOS
Ediciones de la UNLa.

Protección internacional de refugiados en el sur de Sudamérica / Víctor Abramovich ... [et al.] - 1a ed. - Remedios de Escalada : De la UNLa - Universidad Nacional de Lanús, 2012.
504 p. ; 19x15 cm.

ISBN 978-987-1326-79-2

1. Derechos Humanos. 2. Refugiados. 3. Políticas Migratorias. I. Víctor Abramovich CIDD 323.631

Fecha de catalogación: 17/04/2012

Diseño de cubierta y diagramación: Vladimir Merchensky, tantatinta.com
Imagen de tapa: Yuroz, "Respect for Refugees"

ISBN: 978-987-1326-79-2

Impreso en Argentina

Queda hecho el depósito que marca la Ley 11.723

Prohibida la reproducción sin la expresa autorización por escrito.

© Los autores

© Ediciones de la UNLa.

29 de setiembre 3901

Remedios de Escalada - Partido de Lanús
Pcia. de Buenos Aires - Argentina

Tel. +54 11 6322-9200 int. 227

publicaciones@unla.edu.ar

www.unla.edu.ar/public

Las opiniones y datos incluidos en la presente obra representan la visión de los autores y no reflejan necesariamente los puntos de vista del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, del Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR, del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús, de los Estados a los que se hace referencia o de organizaciones de cualquier índole, a excepción de los artículos en que específicamente se aclara lo contrario.

Todos los documentos que se citan en este libro cuya autoría, co-autoría o edición corresponden al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) se encuentran disponibles en su versión en español en www.acnur.org o en otros idiomas en www.refworld.org, excepto que al citarlos se aclare algo distinto. Los documentos de autoría, co-autoría o edición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se encuentran disponibles en www.corteidh.or.cr y www.cidh.org respectivamente.

Índice

Presentación	
<i>Eva Demant, Víctor Abramovich y Ricardo Fara.</i>	11
Introducción	
<i>Martín Lettieri.</i>	15
PRIMERA PARTE. PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE REFUGIADOS EN LA ACTUALIDAD	
El asilo como fundamento de la protección de los refugiados	
<i>Pedro Martínez Monge.</i>	23
El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el desplazamiento forzoso	
<i>Unidad Legal Regional de la Oficina para América del ACNUR.</i>	43
La extradición y el asilo: legislación y práctica en los países de la región	
<i>Juan Ignacio Mondelli.</i>	65
Procedimientos de determinación del estatus de refugiado y cuestiones de prueba	
<i>Martín Lettieri.</i>	107
Los desastres naturales, el cambio climático y la protección de los derechos humanos. Realidades y desafíos frente al desplazamiento forzado	
<i>Juan Pablo Tenninello.</i>	131
SEGUNDA PARTE. PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES REFUGIADOS Y MIGRANTES	
Políticas migratorias, movilidad humana y derechos de la niñez en América Latina y el Caribe	
<i>Florencia Alonso, Pablo Ceriani Cennadas y Alejandro Morlachetti.</i>	177

Políticas migratorias, movilidad humana y derechos de la niñez en América Latina y el Caribe

Emelina Alonso, Pablo Ceriani Cernadas y Alejandro Morlachetti

I. Introducción

En las últimas décadas se han incrementado notablemente los debates en torno a la legitimidad de las políticas migratorias, en particular sobre sus niveles de adecuación al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional de Refugiados. En este sentido, se han venido señalando una serie de contradicciones entre, por un lado, ciertos mecanismos de control migratorio y de trato a las personas migrantes y solicitantes de asilo y, por el otro, las obligaciones que los Estados han asumido en cuanto a los derechos de todas las personas que están bajo su jurisdicción, sin perjuicio de su nacionalidad o cualquier otra condición, incluso migratoria.

Una cuestión que hasta el momento ha recibido mucha menos atención es el impacto que han tenido la movilidad internacional de personas y las políticas migratorias en los niños, niñas y adolescentes (en adelante "NNA"). La tardía pero paulatina incorporación de esta temática a las discusiones actuales sobre migración y derechos humanos ha puesto en evidencia la poca visibilidad brindada a la relación entre niñez y migración, y las consecuencias que de allí se derivan en materia de derechos fundamentales.

Como se describe a través de este artículo¹, en el ámbito de los derechos de la niñez en el contexto de la migración se destacan dos déficits comple-

¹ Este artículo es una versión abreviada, aunque revisada y actualizada, del "Estudio sobre los estándares jurídicos aplicables a niños, niñas y adolescentes migrantes en situación migratoria irregular en América Latina y el Caribe: hitos, desafíos y líneas de acción para su protección". A su vez, y en línea con esta publicación coordinada por el ACNUHR, incorpora algunos aspectos particulares sobre niños, niñas y adolescentes solicitantes de asilo. El mencionado estudio fue elaborado en 2009 por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de La Plata, en el marco de un Acuerdo con la Oficina Regional de UNICEF para América Latina y el Caribe, y publicado por UNICEF en 2010. La versión completa puede descargarse en <http://www.unla.edu.ar/rectora-dir/centro/cdh/index.php>.

mentarios e interdependientes: la invisibilidad de la niñez y, por ende, de los derechos de NNA en el campo de las leyes migratorias, su implementación y las políticas públicas en la materia; y la ausencia de una perspectiva que contemple específicamente la situación de NNA migrantes e hijos/as de migrantes en las políticas de infancia y adolescencia, así como en otras políticas públicas que inciden directa e indirectamente en los derechos de la niñez migrante.

A su vez, los debates contemporáneos en materia de derechos humanos y migraciones están mayormente centrados en los procesos migratorios sur-norte y, específicamente, en el trato a los y las migrantes en los países de destino más desarrollados económicamente como Estados Unidos y países de la Unión Europea. Por el contrario —y sin perjuicio de numerosas iniciativas y discusiones nacionales y regionales a escala global—, la cuestión de la migración sur-sur y los derechos de las personas migrantes en los países de destino de otras regiones o en países de tránsito hacia el norte, ha recibido menor atención.

Sin embargo, América Latina y el Caribe enfrentan también un número importante de desafíos en materia de derechos humanos de migrantes y solicitantes de asilo. Y aquí también, tal como sucede en países receptores de migración sur-norte, la visibilidad de la cuestión de la niñez y sus derechos, constituye —más allá de los avances que se han dado hasta el momento en algunos casos— una deuda generalizada en todos los países de la región.

Como se examina más adelante, uno de los principales temas pendientes en cuanto a la efectiva garantía de derechos de NNA migrantes e hijos de migrantes, es la conciliación de la legislación y las prácticas que conforman la política migratoria de los Estados con los parámetros de la Convención sobre los Derechos del Niño². Junto con los problemas derivados del marco normativo vigente en cada país, también se evidencian una serie de vulneraciones de derechos —de variada envergadura y gravedad, según el país— generadas a partir de prácticas o mecanismos contrarios a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos o, incluso, a la propia legislación nacional. Criterios como la nacionalidad o el estatus migratorio son usualmente invocados para denegar o restringir el acceso a derechos fundamentales. Y en el mismo sentido, al amparo de las facultades estatales para regular el ingreso y la residencia de personas extranjeras, se diseñan procedimientos o se permiten

prácticas que afectan derechos y garantías. Todas esas circunstancias repercuten de un modo particular y específico en los niños, niñas y adolescentes.

Este escenario convive, como veremos en las diferentes secciones de este artículo, con una serie de medidas —normativas y prácticas— que representan un avance significativo en el reconocimiento de derechos de las personas migrantes y, en menor medida, de la niñez migrante. En efecto, tal como ha señalado hace ya diez años la Relatoría Especial de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre los Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, “en la región coexisten legislaciones bastante avanzadas de protección a los derechos fundamentales de los trabajadores migratorios y sus familias con violaciones sistemáticas y muy serias a los derechos fundamentales de este grupo”³.

El objetivo de estas páginas es, precisamente, examinar algunos de los aspectos en los cuales se manifiesta la brecha entre migraciones y derechos de la niñez, así como los ejemplos positivos que, en materia de niñez, se destacan en recientes normativas o prácticas en materia de migración y asilo de países de la región. Los desafíos pendientes en la materia podrían resumirse en el hecho que, a veintidós años de la Convención sobre Derechos del Niño, son escasas las normas migratorias o de asilo en América Latina y el Caribe que hacen alusión a ella o a su principio medular: el interés superior del niño⁴. Esto pese a que numerosas leyes migratorias y en materia de refugiados han sido adoptadas o reformadas desde que fuera ratificada la Convención.

A fin de hacer esta indagación, seguiremos los temas, análisis y conclusiones presentadas en el estudio elaborado para UNICEF por la Universidad Nacional de Lanús. En particular, se describirán problemas, avances y cuestiones pendientes en materia de derechos de la infancia en el contexto de la movilidad internacional en América Latina y el Caribe, en relación con las siguientes temáticas: a) derechos y garantías en procedimientos de repatriación o deportación de NNA y/o de sus padres; b) derecho a la vida familiar de NNA migrantes, solicitantes de asilo, y de hijos/as de migrantes; c) detención de NNA migrantes y solicitantes de asilo; d) derechos sociales de NNA migrantes,

² Sobre la aplicación de la Convención en la región, véase UNICEF (Oficina Regional para América Latina y el Caribe), *La Convención sobre los Derechos del Niño quince años después. América Latina*, Panamá, 2004.

³ CIDH, *Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y sus Familias en el Hemisferio*, Segundo Informe de progreso, del 16 de abril de 2001, párr. 126.

⁴ Una de las excepciones es la ley migratoria adoptada recientemente en México, que establece entre sus principios guías el de la unidad familiar e interés superior del niño, niña y adolescente (art. 2 de la Ley de Migración, publicada el 25 de mayo de 2011).

solicitantes de asilo y de hijos/as de migrantes; e) inscripción de nacimiento de hijos e hijas de migrantes en situación migratoria irregular.

II. Procedimientos de expulsión y repatriación y garantías del debido proceso

Uno de los aspectos donde se evidencia con mayor nitidez la ausencia de una perspectiva de niñez en el campo de las políticas migratorias es en el ámbito de los procedimientos de repatriación y deportación, tanto de NNA no acompañados como de aquellos que migran junto a sus padres. De igual manera, esa omisión se manifiesta en los casos de expulsión del país de adultos, quedando sus hijos en el país de destino, en el cual nacieron (este último caso trata especialmente del derecho a la vida familiar; así que será examinado más adelante).

En este apartado nos interesa analizar el tratamiento brindado a los derechos de la niñez en el marco de procedimientos de repatriación/deportación del país de NNA migrantes, solos o junto a su familia. En particular, examinaremos la expulsión o repatriación de NNA migrantes no acompañados, su justificación y las garantías del debido proceso reconocidas en estos procedimientos y en la naturaleza jurídica de la decisión de expulsión de los NNA migrantes que son deportados con sus padres, con base en la comisión de infracciones de índole migratoria, como el ingreso o permanencia irregular en el país.

En estos casos se identifica un problema común: la medida que se aplica está basada casi exclusivamente en la faceta de control de los objetivos de las políticas migratorias, dejando en un segundo plano, o ignorando en muchos casos, la política de protección a la infancia que corresponde asegurar a todo Estado en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño. La falta de consideración del principio del interés superior del niño, consagrado en su artículo 3, y que debería guiar toda política y decisión que pudiera afectar derechos de NNA, repercute directamente en los derechos de NNA migrantes y solicitantes de asilo. Como veremos a continuación, la cara opuesta de esta situación es la plena vigencia del principio que prohíbe identificar la expulsión como una sanción. De este principio se deriva que la repatriación sólo podría corresponder en tanto medida de protección, dispuesta en el interés superior del niño y luego de un proceso respetuoso de las garantías del debido proceso y de otros derechos que pudieran estar involucrados en cada caso, como el derecho a la vida familiar,

II.1. El principio de no expulsión

La decisión de repatriar a un menor de edad desde el país donde había nacido a su país de origen, sea que se encuentre con su familia o que se trate de un niño no acompañado, debería adoptarse teniendo en consideración el interés superior del niño. Ello implica que la medida que disponga el retorno de un niño migrante al país del que es nacional no puede tener naturaleza sancionatoria, sino que debe estar enmarcada en una lógica de protección.

Si se trata de niños y niñas que migran con su familia, es razonable entender que, sin perjuicio de las causas puntuales que hayan impulsado el traslado, la decisión de migrar ha sido de los padres, por lo que difícilmente el Estado de destino puede imponer una sanción a niños o niñas en razón de aquello que han determinado sus padres. Menos aún si la expulsión conlleva, como sucede usualmente, una pena adicional generalmente materializada en la prohibición de reingreso a ese país por una determinada cantidad de años. Por lo tanto, ante una eventual expulsión de los padres debido a un ingreso irregular o a la falta de permiso de residencia, la repatriación o retorno de su hijo o hija al país de origen no debería disponerse con el carácter de sanción sino como una medida para su protección en razón del principio de unidad familiar y siempre que ello sea en su interés superior. Esto último implica, entre otras cuestiones, asegurar su derecho a ser oído respecto de su voluntad de retornar al país de origen, atendiendo para ello a su edad y madurez.

En el caso de niños y niñas no acompañados, la respuesta del Estado de destino debe estar basada, indefectiblemente, en una lógica de protección integral de la infancia. La situación de vulnerabilidad en que se encuentran los NNA en estos casos es un elemento que refuerza la imposibilidad de concebir la decisión sobre su futuro en los términos de una sanción. Asimismo, es preciso que la evaluación que haga el Estado sobre si el retorno al país de origen es la solución que mejor satisface el interés superior del niño —particularmente por razones de unidad y reunificación familiar—, sea realizada en el marco de un procedimiento que, por un lado, respete las debidas garantías procesales del niño, y por el otro, incluya las pertinentes indagaciones a fin de asegurar que la repatriación a su familia y comunidad no sólo será posible y efectiva sino también en su mejor interés y protección.

Organismos internacionales como el Comité de los Derechos del Niño y el ACNUR, así como otras instituciones públicas y de la sociedad civil de

distintos países, han afirmado el principio de protección que debería guiar la actuación de los Estados en estos procedimientos, frente a los objetivos y metas que se puedan fijar en materia migratoria. En este sentido, el Comité ha señalado, en relación con los niños y niñas no acompañados, que “el retorno al país de origen podrá decidirse, una vez ponderados debidamente el interés superior del menor y otras consideraciones, si estas últimas están fundadas en derechos y prevalecen sobre el interés superior del menor [...] Los argumentos no fundados en derechos, por ejemplo, los basados en la limitación general de la inmigración, no pueden prevalecer sobre las consideraciones fundadas en el interés superior”⁵.

Asimismo, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y la Alianza Internacional Save the Children destacaron la necesidad de ponderar el interés superior del niño al momento de decidir su retorno: “Un menor no acompañado sólo podrá ser devuelto si se considera que la devolución es en interés superior del menor. Todas las demás consideraciones, por ejemplo, la lucha contra la inmigración ilegal, han de ser secundarias. La mejor forma de llevar a cabo la reunificación familiar y el regreso al país de origen es hacerlo de forma voluntaria. Los menores han de ser plenamente informados y consultados y sus opiniones respetadas a lo largo de todo el proceso. El tiempo que un menor haya estado fuera de su país de origen y su edad son factores importantes a tomar en cuenta en ese proceso”⁶.

Este principio ha sido explícitamente destacado por el Relator de Naciones Unidas sobre derechos de las personas migrantes, para quien los Estados deberían basar cualquier decisión relativa a la devolución de un niño o sus padres a su país de origen en el interés superior del niño, incluido el derecho a mantener la unidad de la familia, en un procedimiento que asegure todas las garantías de debido proceso. Por lo tanto, según el Relator, la legislación debería incluir la prohibición de deportar a los niños no acompañados como castigo a su estatus migratorio irregular⁷.

⁵ Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 6, *Tato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera del país de origen*, CRC/C/CC/2005/6, del 1 de septiembre de 2005, párr. 86.

⁶ ACNUR y Save the Children, *Tercera Edición de la Declaración de Buenas Prácticas del Programa de Menores no Acompañados en Europa*, 2004, párr. 13.6.1.

⁷ Informes del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, presentado ante el Consejo de Derechos Humanos, 14 de mayo de 2009, A/HRC/11/7, # 43 y 123 y 4 de agosto de 2010, A/65/222, #50. En este último caso, el Relator se refiere, incluso, a un “principio de la no deportación de niños no acompañados”.

En definitiva, las políticas de control migratorio, aplicadas en las circunstancias comentadas, deben partir de un principio que podríamos sintetizar como “niño primero, migrante segundo”, lo cual exige asegurar un enfoque de “protección de la niñez” en materia de control migratorio. El énfasis debe colocarse en garantizar que las normas y las prácticas de control sean compatibles con las obligaciones que emanan de las normas nacionales y los tratados internacionales relativos a los derechos de la niñez⁸.

En la amplia mayoría de las normativas migratorias de los países de América Latina, la regulación de las causas de expulsión por infracciones de índole migratoria y de los procedimientos a seguir en estos casos, no incluye alusión alguna o distinción respecto de los niños y niñas migrantes⁹. Por otra parte, en casos en que existen mecanismos de repatriación “voluntaria”, se han detectado prácticas que omiten considerar debidamente el interés superior del niño y, consecuentemente, se acercan más bien a mecanismos de expulsión. Al respecto, el Comité de Derechos de Trabajadores Migrantes señaló que debe asegurarse que “la repatriación y/o deportación de menores de edad no acompañados a los Estados de origen sólo tendrá lugar en aquellos casos que sea en el interés superior del niño y previa determinación de que existen condiciones seguras y concretas de atención y custodia al regreso al Estado de origen”¹⁰.

Es por ello que una primera observación en relación con la legislación vigente en la región nos obliga a enfatizar la necesidad de reformular el marco jurídico, o las prácticas que lo implementan, a fin de ajustar cualquier acto que involucre la repatriación de un niño a una lógica centrada en la protección y no en la sanción de la condición migratoria irregular en que pueda encontrarse.

⁸ Crowley, H., IIPA (Immigration Law Practitioners' Association) position paper, *Child First, Migrant Second. Pinpointing that every child matters*, London, 2006, pp. 64 a 66.

⁹ A modo de excepción, la nueva ley migratoria de Costa Rica establece que: “Las personas menores de edad no serán sujetos de deportación, ni expulsión del territorio nacional, salvo en resguardo de su propio interés” (art. 185). En cambio, la ya citada ley de migraciones de México, prevé que únicamente los NNA migrantes no acompañados y quienes sean víctimas o testigos de delitos cometidos en territorio mexicano no serán deportados y atendiendo a su voluntad o al interés superior para garantizar su mayor protección, podrán sujetarse al procedimiento de retorno asistido o de regularización de su situación migratoria (art. 120). A su vez, en el mismo artículo la ley contempla que en los casos de retorno asistido de niños, niñas y adolescentes no acompañados, se deberá tomar en consideración el interés superior para garantizar su mayor protección y su situación de vulnerabilidad para establecer la forma y términos en que serán trasladados a su país de origen. Por su parte, la nueva ley sobre refugiados y protección complementaria de México establece que se observará el principio de “no sanción por ingreso irregular” (art. 5).

¹⁰ Observaciones Finales del Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familias, México, CMW/C/MEX/CO/2.3 de mayo de 2011, párr. 56.

II.2. La determinación del interés superior del niño

De acuerdo con los estándares internacionales aplicables, en todo trámite o procedimiento migratorio o en materia de asilo, las decisiones que se adopten, siempre deberán estar guiadas por el interés superior del niño¹¹. En especial, respecto de aquellos niños y niñas migrantes no acompañados o separados de sus padres, ya sea que busquen protección internacional o no. El procedimiento de *determinación del interés superior* (DIS) es la herramienta más importante para asegurar en estos casos el respeto, la protección y la garantía de los derechos de los niños y niñas que migran.

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

La determinación del interés superior debería, por tanto, realizarse en un plazo razonable, ya que la dilación innecesaria de dicho procedimiento podría, según el caso, aumentar la situación de vulnerabilidad del niño o niña.

El Comité de los Derechos del Niño ha señalado que la determinación del interés superior requiere una clara y detallada evaluación de la identidad —incluyendo nacionalidad, características de su crianza, etnia, contexto cultural y lingüístico—, además de la particular situación de vulnerabilidad y de las necesidades básicas de protección que los NNA migrantes pudieran tener¹².

¹¹ El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en su informe anual 2010 ante la Asamblea General ha señalado que "todas las autoridades e instituciones que entren en contacto con niños en el contexto de la migración deberán determinar que la protección de los intereses de cada niño sea una consideración primordial en sus acciones". Agregó que "la interpretación que se dé a lo que constituye el 'interés superior' será necesariamente diferente en contextos diferentes, en función de la situación de cada niño. Ello exige asegurar que las circunstancias particulares del niño se tengan en cuenta para determinar dónde radica su interés". A/HRC/15/29, 5 de julio de 2010, párrs. 24 y 25.

¹² Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 6, *op. cit.*, párr. 20.

Parece evidente que para que pueda ser realizada esta evaluación acerca de la situación NNA migrantes no acompañados o separados de sus padres, la autorización de ingreso y permanencia en el territorio del Estado es un requisito ineludible.

En algunos Estados de América Latina y el Caribe, el incumplimiento de los estándares internacionales de derechos humanos y de derechos del niño no sólo se manifiesta en la práctica administrativa en las zonas de frontera, sino también en la legislación vigente. En este sentido es preciso recordar que algunos países de la región incluyen a los niños y niñas no acompañados entre las categorías de personas a quienes se puede prohibir el ingreso al territorio¹³. Por el contrario, Costa Rica ha establecido recientemente que en ningún supuesto podrán rechazarse personas menores de edad no acompañadas ni a las personas de las que no exista certeza de su mayoría de edad, y que en tal caso se deberá informar de manera inmediata a las autoridades en materia de infancia, que asumirán la representación temporal del niño o niña y su traslado a un albergue¹⁴.

Una aplicación efectiva de la normativa sobre refugiados puede, en esos casos, evitar que la prohibición de ingreso de niños no acompañados derive en la violación del derecho al asilo, aunque ello podría convivir con prácticas que —de facto— vulneren ese derecho. Sin perjuicio de ello, en el campo estrictamente migratorio, esa prohibición de ingreso no sólo evidencia la falta de una perspectiva de infancia y el desconocimiento del creciente fenómeno de migración de NNA no acompañados, sino también la vulneración de diversos derechos fundamentales, aún si no se trata de un caso de necesidad de protección internacional.

Por otra parte, el procedimiento de determinación del interés superior del niño también debería emplearse en los casos de expulsión de la familia. La deportación tampoco debería aplicarse en estos supuestos como una sanción sino, por el contrario, correspondería evaluar aspectos tales como los años que el NNA lleva residiendo en el país, el nivel de integración, su inclusión dentro del sistema de educación, entre otros aspectos, y únicamente definir el retorno a su país de origen si fuera en resguardo de su propio interés.

¹³ Bolivia: Decreto Supremo 24423 del 29/11/1996, art. 46; Brasil, Ley Migratoria, art. 7.1; Chile, Decreto-Ley 10994, art. 16.4; Ecuador, Ley de Migración, art. 9.III.

¹⁴ Costa Rica, Ley de Migración y Extranjería, art. 65.

Las obligaciones en materia de niñez migrante y solicitante de asilo que surgen a partir del respeto al principio medular de la Convención sobre los Derechos del Niño, determinan la necesidad de que los Estados cuenten con un protocolo o reglamentación que establezca de forma clara y global qué aspectos deberán evaluarse en cada caso en particular y que, a su vez, garantice la participación del NNA durante el procedimiento. Hoy, sin embargo, ningún país de la región ha adoptado e implementado aún —salvo algún incipiente caso excepcional¹⁵— con éxito, un mecanismo eficaz y adecuado para la determinación del interés superior del niño en los trámites migratorios o en el procedimiento para el reconocimiento de la condición de refugiado.

Un aporte decidido a desarrollar lineamientos y directrices para la determinación del interés superior del niño ha sido realizado por ACNUR. En efecto, este organismo de Naciones Unidas encargado de velar por las personas solicitantes de asilo o de aquellas a quienes se reconoce el estatus de refugiado, tiene dentro de sus prioridades claves, la protección y promoción en el marco de sus capacidades, de los derechos de todos los NNA bajo su mandato. En este contexto, con el fin de apoyar el fortalecimiento y establecimiento de un sistema global de protección del menor, el ACNUR ha realizado diferentes aportes al desarrollo de mecanismos para identificar

¹⁵ Son los casos de Argentina y México. En Argentina, durante muchos años, la Resolución 2895/1985 de la Dirección Nacional de Migraciones avalaba una práctica de denegación de ingreso en frontera y en control de portuarios de niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados. Recién en diciembre de 2011 entró en vigencia la Disposición 2656/2011 que prevé que a los niños y niñas extranjeros menores de 14 años que no cuenten con autorización para el ingreso al país, se les otorgará una autorización provisoria de permanencia y deberán ser puestos a disposición de la autoridad con competencia en materia de niñez a los fines de su guarda y provisoría. Sin embargo, al cierre de la edición de este libro aún no se contaba con información sobre la eficacia en la implementación de esta norma. Por su parte, distintos organismos gubernamentales, organizaciones de la sociedad civil y organismos internacionales, habían firmado pocos meses antes de la nueva disposición, un protocolo de protección, asistencia y búsqueda de soluciones duraderas para los niños no acompañados o separados de sus familias que llegan al país en busca de asilo cuyo objetivo es garantizar un mecanismo coordinado de intervención y respuesta frente a estos casos, que a partir de un enfoque de protección de derechos de la niñez, defina claramente los roles y responsabilidades de los diferentes actores involucrados en su atención. Este trabajo conjunto representa sin duda, un avance significativo, no obstante lo cual, el protocolo, además de no contar aún con valor legal y ser de aplicación obligatoria, no resulta suficiente para la atención de todos los niños y niñas migrantes que llegan al país, en tanto se refiere únicamente a aquellos que buscan protección internacional o asilo. En el caso de México, la Ley de Migraciones sancionada en 2011 establece que su reglamentación deberá establecer el procedimiento para la determinación del interés superior de la niña, niño o adolescente migrante no acompañado. Sin embargo, al cierre de esta publicación, la reglamentación no había sido dictada aún. Por su parte, la Ley sobre refugiados de México, establece que en el reconocimiento de la condición de refugiado deberá contemplarse el interés superior del niño (arts. 5 y 9). En el mismo sentido se expresa la ley uruguayaya sobre estatus de refugiado, que establece que "deberá prevalecer la defensa del interés superior del niño, niña o adolescente a lo largo de todas las instancias del procedimiento" (art. 36).

el interés superior de los NNA refugiados¹⁶, que hoy son tomados como guía para la elaboración de este tipo de protocolos en distintos países de la región y el mundo.

A continuación presentamos una serie de principios que los Estados de la región se encuentran obligados a garantizar para asegurar un enfoque de niñez y derechos humanos en las políticas migratorias y en materia de asilo. Estos principios deberían estar contemplados específicamente en el procedimiento de determinación del interés superior del NNA, pero aún en los casos en que tal procedimiento no hubiere sido reglado de manera uniforme y explícita a nivel nacional, no podrían dejar de ser garantizados en todo procedimiento administrativo o judicial que involucrase a un NNA, en relación con su ingreso o permanencia en el país de destino, su retorno a su país de origen, o un eventual reasentamiento en un tercer país.

II.3. Derecho a ser oído

Pese a la importancia que tiene el derecho a ser oído en el marco del debido proceso, no todas las legislaciones de la región reconocen expresamente ese derecho para los extranjeros en los procedimientos migratorios. Muchas de ellas, tampoco regulan instancias para que la persona migrante pueda expresarse sobre el asunto en discusión¹⁷. Esto ocurre en menor medida en la legislación en materia de asilo, donde hoy mayormente las normas prevén la realización de entrevistas e incluso garantizan servicios de interpretación. Sin embargo, en las legislaciones migratorias y de asilo que contemplan el derecho a ser escuchado, no se menciona habitualmente este derecho en relación con los niños y niñas ni se regulan específicamente las modalidades para garantizar su participación y/o los mecanismos para que sean oídos según su edad, su grado de madurez, sus necesidades, derechos y otros elementos involucrados en el análisis de esos casos¹⁸.

¹⁶ ACNUR, *Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del menor (DIMS)*, mayo de 2008.

¹⁷ Por ejemplo, a través de una audiencia oral durante la cual puedan alegar los motivos que justifican una autorización de residencia o ingreso, o que cancelarán una medida de expulsión. Son muy pocos los países que incluyen la celebración de una audiencia en estos procedimientos. Véase Guatemala, Ley de Migración, art. 113; Venezuela, Ley de Extranjería y Migración, art. 43.

¹⁸ Puede mencionarse como excepción el caso de Ley para la Determinación de la Condición de Personas Refugiadas de El Salvador (art. 57, decreto 79 de 2005, reglamentario del decreto legislativo 918 de 2002) que establece que "en todo el procedimiento que se realice para otorgar la condición de refugiado y en el procedi-

El derecho a ser oído puede ser esencial para evitar la vulneración de otros derechos y para poder evaluar, entre otros aspectos, cuestiones como el grado de integración en la sociedad de destino o los efectos que una posible repatriación podría acarrear en el goce de derechos como la salud, educación o la vida familiar del NNA. El derecho a ser oído es reconocido entre los principios claves que moldean la Convención sobre Derechos del Niño, en tanto simboliza—precisamente—el paso hacia una perspectiva centrada en la niñez como sujeto de derechos.

Como ha señalado la Relatoría de la CIDH, a fin de que las garantías de debido proceso, y en particular el derecho a ser oído, se respeten efectivamente, un elemento que debe ser considerado es que el niño cuente con un intérprete o traductor que lo asista, en caso de hablar un idioma distinto al del país en que se encuentra. Algunas leyes migratorias vigentes en la región y un gran número de las normas en materia de asilo prevén expresamente la provisión de un intérprete¹⁹.

Por último, cabe señalar que el derecho a ser oído, en toda su extensión, no sólo ha tenido una limitada atención en las leyes migratorias sino también en las prácticas de los Estados de la región. Así, en la última década se han divulgado diferentes informes que dan cuenta de la existencia de numerosos casos de expulsión de facto de migrantes, que se han concretado en el traslado de personas al otro lado de la frontera, sin que se les haya dado posibilidad alguna de un procedimiento legal y de ser oídas ante alguna autoridad competente²⁰. También se han relevado casos en los que no se ha garantizado a los migrantes el derecho a ser oídos, no se les ha ofrecido información adecuada ni tampoco servicios de interpretación²¹.

niento para brindarle protección social, el niño o la niña deberá ser oído y expresar libremente su opinión, la cual será tomada en cuenta en función de su edad y madurez”.

¹⁹ Entre ellas, Argentina, Ley de Migraciones, art. 86; Venezuela, Ley de extranjería y migración, art. 43; México, Ley de Migración, arts. 14, 70, 109, 119 y 122; Chile, Ley 20.430 que establece disposiciones sobre protección de refugiados, arts. 29 y 30; Uruguay, Ley 18.076 de Estatuto del Refugiado, art. 22.

²⁰ CIDH, *Relatoría sobre investigadores migratorios y miembros de sus familias en el hemisferio*, Cuarto Informe de progreso, Vista in loco a Costa Rica, 2003, párr. 199.

²¹ CIDH, *Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y miembros de sus familias*, Cuarto Informe de progreso, Vista in loco a Guatemala, en Informe Anual 2002, párr. 16; Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos de El Salvador, *Informe del Procurador al Comité de Trabajadores Migratorios de la ONU*, El Salvador, abril de 2008, párr. 245; Centro de Derechos Humanos “Fray Matías de Córdova”, Hogar de la Misericordia y Due Process of Law Foundation, *La crisis de derechos humanos en la frontera sur de México*, 2008, p. 17.

II.4. Derecho a asistencia jurídica

La Corte IDH ha afirmado que se vulnera el derecho a las garantías y a la protección judicial “por la negativa de la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal” a migrantes en casos de expulsiones²². Sin embargo, en muchos países de América Latina y el Caribe, los migrantes no cuentan con patrocinio letrado en los trámites migratorios, ni se reconoce este derecho en la legislación. Son menos aun las ocasiones en las que se prevé el derecho a la gratuidad de este servicio²³. Las relatorías sobre los derechos de las personas migrantes, tanto de la CIDH como de la ONU, han señalado, al visitar países de la región, que en general las personas no cuentan con asistencia legal en los procedimientos migratorios²⁴.

Recientemente, algunos países han incorporado este derecho a la legislación migratoria y, con posterioridad, se han creado mecanismos para hacerlo efectivo²⁵. En otras oportunidades se ha detectado que—aún cuando la legislación reconoce este derecho, dicho servicio es brindado por organizaciones de la sociedad civil²⁶.

²² Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, del 17 de septiembre de 2003, párr. 126. En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional de España, en su sentencia STC 95/2003 (del 22 de mayo de 2003) declaró la inconstitucionalidad del artículo 2.a de la Ley sobre asistencia jurídica gratuita nro. 1/1996, que únicamente reconocía el derecho a la asistencia jurídica gratuita a los extranjeros que tuvieran residencia legal en el país.

²³ En el caso de Uruguay, la ley establece que en casos de NNA no acompañados se asegurará la asistencia letrada obligatoria dándole trámite de forma prioritaria y siendo nula toda actuación que se hubiese realizado sin presencia del defensor (Ley 18.076 de Uruguay sobre estatuto de refugiado, art.36).

²⁴ CIDH, *Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y miembros de sus familias*, Cuarto Informe de progreso, Vista in loco a Guatemala, *op. cit.*, párr. 371; Relator especial de Naciones Unidas sobre los derechos humanos de los migrantes, Vista oficial a Guatemala, nota de prensa, 28 de marzo de 2008.

²⁵ La ley migratoria argentina prevé en su artículo 86 la asistencia jurídica gratuita tanto en el ámbito de la justicia como en los procedimientos administrativos. A su vez, la reglamentación de la ley sancionada en 2010, determinó que frente a cualquier planteo que efectúe un extranjero, la Dirección Nacional de Migraciones “... dará inmediata intervención al Ministerio Público de la Defensa, disponiendo la suspensión de cualquier trámite y de los plazos en curso en las actuaciones administrativas, hasta que el referido Ministerio tome intervención o el interesado reciba la asistencia jurídica necesaria para la salvaguarda de sus intereses”. Ya a fines de 2008 se había celebrado un acuerdo entre la Dirección Nacional de Migraciones y la Defensoría General de la Nación, a fin de contratar abogados cuya función sería brindar asistencia legal gratuita a los migrantes, en virtud de lo ordenado por el artículo 86 de la ley migratoria vigente.

²⁶ CIDH, *Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y miembros de sus familias*, Vista in loco a México, 2002, párr. 303 y Observaciones preliminares de la visita realizada a México del 25 de julio al 2 de agosto de 2011, p.6; Montero, M. E., *Estado y diseño del Área Encargada de las Políticas de Integración para el desarrollo de la población migrante y refugiada de la Dirección General de Migración y Extranjería—Versión Ejecutiva—*, República de Costa Rica, PNUD, UNIPA, UNICEF/ACNUR, OIM, Dirección General de Migración y Extranjería, San José, 2007, p. 36.

El derecho a la representación legal se concreta en la existencia y disponibilidad de mecanismos y medios que permitan obtener de manera efectiva asesoramiento jurídico y representación o patrocinio en los casos que la requieran. Por ello, es necesario que los Estados diseñen e implementen políticas públicas que permitan asegurar el acceso a ese derecho en el marco de los procedimientos migratorios y de reconocimiento de la condición de refugiado.

En el caso de los niños y niñas no acompañados, el acceso al servicio resulta ineludible ya que de lo contrario, quedarían al margen de toda defensa legal, a diferencia de cuando se encuentran con sus padres y ejercen este derecho a través de ellos²⁷. En cualquier caso, es preciso señalar que la legislación migratoria en la región no alude específicamente a la asistencia legal a los niños y niñas²⁸, aunque el reconocimiento de este derecho en algunas de las normas migratorias y sobre refugiados permitiría predicar que se extiende a todas las personas migrantes y solicitantes de asilo, tanto adultos como niños.

II.5. Derecho a un recurso efectivo

La legislación migratoria de diversos países de la región, al definir los procedimientos que conducen a la expulsión del país o la denegación de ingreso al territorio, dispone expresamente que la persona no tendrá recurso administrativo y/o judicial alguno contra la decisión adoptada por la autoridad migratoria²⁹. En alguna ocasión, los tribunales de justicia han declarado el carácter inconstitucional de esta clase de disposiciones³⁰, mientras que otros

²⁷ Aún cuando en algunos casos excepcionales el interés superior del niño podría obligar a proveer un asesoramiento jurídico diferenciado.

²⁸ La ley migratoria mexicana, sin embargo, al referirse en su artículo 11 al derecho a la procuración e impartición de justicia de las personas migrantes, señala que "en los procedimientos aplicables a niños, niñas y adolescentes migrantes, se tendrá en cuenta su edad y se privilegiará el interés superior de los mismos".

²⁹ Belice, Immigration Act, art. 27 (decisión de no ingreso de "migrantes prohibidos"); Chile, Decreto 1094/75, art. 84 (expulsión por tener el permiso de estancia vencido); Colombia, Decreto 4000/04, art. 72 (rechazo de ingreso); Costa Rica, Ley General de Migración y Extranjería, art. 222 (en casos de rechazo al ingreso, y deportación); Honduras, Decreto 208-2003, art. 81 (no ingreso y expulsión de personas no admitidas); Panamá, Decreto-Ley 3/2008, art. 51 (negativa a ingresar); República Dominicana, Ley 285, art. 137.11 (en caso de no admisión al territorio) y Trinidad y Tobago, Immigration Act, art. 27.1 (en referencia a la deportación de "migrantes prohibidos").

³⁰ En Ecuador, el artículo 30 de la Ley de Migración expresaba que la orden de deportación "no será susceptible de recurso administrativo o judicial". En 1993, el Tribunal de Garantías Constitucionales No. 12 había decretado su inconstitucionalidad. Sin embargo, la Corte Suprema revocó esta decisión (Resolución No. 57, Registro Oficial del 04/03/1994). En 2003, el Tribunal Constitucional confirmó la posición acerca de la constitucionalidad

han resuelto que se trata de una restricción legítima³¹. Por otra parte, el Comité de Trabajadores Migrantes de la ONU ha tenido oportunidad de señalar falencias en la normativa de algunos Estados latinoamericanos en cuanto a los recursos disponibles para las personas migrantes, especialmente en los casos de expulsión³².

Algunos países disponen como única vía recursiva, una petición ante el Consulado, una vez ejecutada la expulsión³³. A su vez, instituciones de la sociedad civil han señalado que, en el ámbito migratorio, la legislación otorga facultades excesivamente discrecionales al poder ejecutivo, facilitando de este modo la adopción de decisiones arbitrarias por parte de las autoridades. Así, las medidas de expulsión adoptadas carecen de las garantías básicas³⁴. Entre estas irregularidades, se encuentran los procedimientos de control migratorio llevados adelante por funcionarios que no están autorizados por ley a efectuar estas actividades³⁵.

Por el contrario, otros países reconocen a los migrantes las vías recursivas establecidas con carácter general para todas las personas que son parte de un procedimiento administrativo. Sin perjuicio de estipular alguna forma de intervención previa de la autoridad migratoria, las clases de recursos y el procedimiento a seguir, así como los derechos y garantías procesales,

de tal disposición (Resolución No. 040-2002-TC). Finalmente, se reformó el artículo, estableciendo que la decisión "sea susceptible de impugnación ante el órgano competente de la Función Judicial".

³¹ Costa Rica, Sala Constitucional de la Suprema Corte de Justicia, Exp. 05-0070/09-0007-CO, Res. 2005-09618, del 20 de julio de 2005.

³² Véase las Observaciones Finales del Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familias, respecto de los siguientes países: Ecuador, CMW/C/ECU/CO/1, del 5 de diciembre de 2007, párs. 25 y 26; Bolivia, CMW/C/BOL/CO/1, del 2 de mayo de 2008, párs. 29 y 30; y El Salvador, CMW/C/SLV/CO/1, del 4 de febrero de 2009, párs. 25-28; México, CMW/C/MEX/CO/2, 3 de mayo de 2011, párs. 25-26.

³³ Perú, Ley de Extranjería, art. 67.

³⁴ Por ejemplo, según la Mesa Permanente sobre Derechos de los Migrantes de El Salvador, en la aplicación de la ley migratoria, "basada de procedimientos administrativos restrictivos de derechos, la autoridad migratoria se convierte en juez y parte en el proceso, determina la infracción en un proceso verdaderamente sumariada que termina con la inminente expulsión del territorio nacional, muchas veces las personas son puestas inmediatamente en un vuelo de regreso o dejadas en el borde de la frontera próxima cercana, sin más". Mesa Permanente sobre Derechos de los Migrantes de El Salvador, Informe alternativo relativo al cumplimiento por El Salvador de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus familias, presentado en 2008 ante el Comité de Derechos de los Trabajadores Migratorios, p. 10.

³⁵ Comité sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migrantes y sus Familias, Observaciones Finales, México, CMW/C/MEX/CO/01, del 8 de diciembre de 2006, párs. 31 y 32 y México, CMW/C/MEX/CO/2, del 3 de mayo de 2011, párs. 31 y 32.

son los mismos que rigen para todos los habitantes ya sean nacionales o extranjeros³⁶.

En cuanto a la posibilidad de cuestionar la medida en sede judicial, también son pocos los países cuya normativa migratoria regula el derecho a la revisión judicial de una disposición administrativa relativa al ingreso o la expulsión de migrantes³⁷ mientras que la mayoría de las legislaciones no prevé mecanismo judicial alguno en estos casos³⁸. En otros, se establece expresamente que dichas decisiones no pueden ser revisadas por ninguna corte o tribunal³⁹.

En algunos países que reconocen el derecho a un recurso judicial, éste sólo se concede a personas que hayan adquirido la residencia permanente⁴⁰ o que tengan “condición legal”, o bien se dispone que los recursos se estipularán de acuerdo al “estatus legal” de la persona⁴¹. En estos casos, las personas extranjeras con determinada categoría migratoria o con estatus migratorio irregular, no pueden ejercer el derecho de apelar ante la justicia en caso de habérselas negado el ingreso al país y tampoco pueden solicitar la revisión de una orden de expulsión.

Estadísticas oficiales sobre procesos de expulsión revelaron la ejecución de miles de medidas de deportación de migrantes sin ninguna clase de intervención del poder judicial⁴². Una cuestión relevante es que los recursos administrativos y judiciales provistos en la legislación resulten efectivos ya que, de lo contrario, la garantía de recurrir se torna meramente formal⁴³.

³⁶ Argentina, Ley 25.871, art. 75 y ss.; Guatemala, Ley de Migración, art. 116.

³⁷ Argentina, Ley de Migraciones, arts. 75-84; Paraguay, Ley 978, art. 116; Uruguay, Ley de Migración, art. 83; Venezuela, Ley 37.944, art. 44.

³⁸ El Salvador, Ley de Migración, art. 67; Panamá, Decreto Ley 3/2008, art. 96; Paraguay, Ley de Migraciones, art. 78 (sobre negativa de ingreso); Brasil, art. 72.

³⁹ Trinidad y Tobago, Immigration Act, art. 27.3; Nicaragua, Ley 761, art. 113.

⁴⁰ Barbados, Immigration Act, arts. 2, c. 23.1 y 23.2.

⁴¹ República Dominicana, Ley de Migración, arts. 137.1 y 138.

⁴² En Argentina, ésta era la práctica habitual hasta la derogación de la anterior ley migratoria en diciembre de 2003. Véase, al respecto, Cerrami Cernadas, P., “Migrantes: Una deuda pendiente. Veinte años de vigencia de la Ley Videla en democracia”, en CELS, *Derechos Humanos en Argentina: Informe 2002-2003*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2003, pp. 517 a 536.

⁴³ Tanto la Corte Interamericana como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han destacado, consistentemente en relación con casos de expulsión de migrantes, que el derecho a un recurso efectivo precisa ser idóneo capaz de solucionar o reparar la afectación de los derechos en juego, y ser una garantía real y no una mera declaración de intenciones. Asimismo, han ratificado que debe ser reconocido a todas las personas, independientemente de su condición migratoria. Corre IDH, OC-18/03, *op. cit.*, párr. 108; TEDH, *caso Conda v. Bélgica*, demandante

En relación con los países de la región, distintos organismos internacionales han indicado la ausencia de recursos que resulten efectivos en los términos descritos⁴⁴. Las legislaciones que disponen recursos dirigidos a cuestionar las decisiones adoptadas, plantean opciones variadas en relación con los plazos de presentación de dichos cuestionamientos, siendo éstos en algunos casos de horas y en otros de semanas⁴⁵.

En relación con los niños y niñas migrantes, las leyes no hacen ninguna referencia específica sobre los recursos administrativos y/o judiciales que tendrían disponibles en el caso de que una decisión de la autoridad migratoria pudiera afectar sus derechos. De todas maneras, podría decirse, por un lado, que en caso de niños y niñas no acompañados la persona asignada como tutor, junto con el representante legal, serán quienes interpongan los recursos que la ley prevea, de acuerdo a los intereses, los derechos y la voluntad de estos niños y niñas.

Por otra parte, cuando se trate de hijos e hijas de migrantes sujetos a un proceso de expulsión, o de una familia migrante en tales circunstancias, serán los padres por sí, y en representación de sus hijos e hijas, quienes ejerzan esos recursos. Ello, independientemente del derecho de los niños y niñas a ser oídos y participar en el proceso y, en caso que sea apropiado —en su interés superior—, a ejercer los recursos disponibles de forma autónoma.

II.6. Derecho a la asistencia consular

El artículo 23 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares establece que los trabajadores migratorios y sus familiares “tendrán derecho a recurrir a la protección y la asistencia de las autoridades consulares o diplomáticas de su Estado de origen [...] en todos los casos en que queden menoscabados los

⁴⁴ IDH/1999, sentencia del 5 de febrero de 2002, y *caso Hiral v. Reino Unido*, demanda No. 45276/1999, sentencia del 6 de marzo de 2001.

⁴⁵ Comité sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familias, Observaciones finales, Ecuador, *op. cit.*, párrs. 25 y 26; México, 2011, *op. cit.*, párrs. 25-26; Chile, CMW/C/CHL/CO/1, 23 de septiembre de 2011, párrs. 28-29 y Guatemala, CMW/C/GTM/CO/1, 12 de octubre de 2011, párrs. 20-23.

⁴⁶ En algunos casos se brinda un plazo de 24 o 48 horas para presentar una apelación de la medida de expulsión ante un tribunal de justicia (Bolivia, Decreto Supremo 24.423, art. 20; h. Chile, Decreto 1094/1975, art. 89); en otros se fija un plazo entre 8 y 15 días para presentar recurso administrativo (leyes migratorias de Argentina, arts. 14 y 81; Brasil, art. 72 y Paraguay, art. 116).

derechos reconocidos en la presente Convención. En particular, en caso de expulsión, se informará sin demora de ese derecho a la persona interesada, y las autoridades del Estado que haya dispuesto la expulsión facilitarán el ejercicio de ese derecho.⁴⁶

De esta manera, en los procedimientos que pudieran suponer la repatriación y/o detención de niños, niñas y adultos migrantes a su país de origen, los Estados deben, en primer lugar, comunicar a las personas que tienen el derecho a que se informe de su situación a la autoridad consular de su país de origen y, luego, a que estas autoridades les brinden asistencia y protección. En el caso de los niños y niñas migrantes, especialmente cuando no están acompañados, este derecho puede significar una importante garantía de protección, considerando la situación de vulnerabilidad en que normalmente se encuentran. En los procesos de retorno de niños y niñas no acompañados, si esa medida resultare ser la adecuada en interés superior del niño, la participación del país de origen es esencial, no sólo para brindarle la protección que precisa, sino también para garantizar que esa repatriación sea realizada debidamente.

Por otra parte, debe destacarse que siempre, tanto niños, niñas como adultos migrantes podrán oponerse a la comunicación con el representante consular del país de origen y a cualquier otra intervención de estas autoridades en el procedimiento.⁴⁶ Este aspecto del derecho a la asistencia consular puede ser fundamental, por ejemplo, en caso de que los niños y niñas, solos o con sus padres, se encuentren en el país de destino como solicitantes de asilo y por ende tengan un temor fundado de persecución por parte de su Estado de origen.

En América Latina y el Caribe, prácticamente ninguna ley migratoria incluye este derecho en el contexto de procedimientos de expulsión.⁴⁷ Asimismo, organizaciones de la sociedad civil han indicado que, por un lado, los Estados de destino no dan cumplimiento a su obligación de informar de manera oportuna a las personas —tanto adultas como niñas, niños y adolescentes—

⁴⁶ Corte IDH, OC-16/99, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Comunidades del Debido Proceso Legal*, del 1 de octubre de 1999, Serie A No 16, párr. 83.

⁴⁷ El artículo 93 del Decreto 3/2008 de Panamá establece que en caso de personas menores de edad que hayan infringido las normas migratorias, “se comunicará al representante diplomático o consular de su país de origen o residencia, si éste estuviere acreditado en la República de Panamá, o a un gobierno amigo en caso que no lo estuviere”. Por su parte, la nueva Ley de Migración de México, establece que tanto en el procedimiento de deportación como en el retorno asistido, se informará del derecho a recibir protección de su representación consular y se facilitarán los medios para que la persona extranjera pueda comunicarse con ésta lo antes posible (arts. 119 y 122).

sobre el derecho a la asistencia consular del que son titulares⁴⁸. Otros lo hacen indirectamente, lo cual limita la función consular de asistencia y protección. Por otra parte, estas mismas entidades han advertido que las representaciones consulares de los países de origen no prestan asistencia ágil y eficaz a sus nacionales, en particular en los casos de deportación. Del mismo modo, el Comité de la ONU sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios, ha recomendado a países de la región la adopción de medidas para garantizar el derecho a la asistencia consular en los procedimientos de expulsión.⁴⁹

Algunos países llevan adelante programas específicos de asistencia consular para garantizar la asistencia jurídica y la protección de los derechos de las personas migrantes en diferentes circunstancias. No obstante, la prioridad de estos planes es asegurar una repatriación “segura y ordenada” de los niños y niñas a su país de origen⁵⁰, y, en menor medida (o más bien, en ninguna medida), brindar asistencia jurídica y bragar por la determinación del interés superior del NNA para impedir su expulsión, obtener un permiso de residencia en el país de destino u otra decisión que mejor se adapte —en cada caso— al interés superior del niño.

11.7. No devolución

En los países de la región se evidencia una importante laguna en cuanto a la regulación normativa del principio de no devolución, una norma imperativa del derecho internacional⁵¹ que determina que en ningún caso un ex-

⁴⁸ Entre otros, véase Amnistía Internacional, *Informe presentado ante el Comité de Trabajadores Migrantes sobre México*, 4 de marzo de 2011, p. 2; y Comité de Derechos Humanos de Tabasco A.C., *Idyllias, Linigó Estratégico en Derechos Humanos A.C. y otros, Informe al Comité de Protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familiares sobre diversas cuestiones relativas a los derechos humanos de las personas migrantes en tránsito por México*, 22 de febrero de 2011, párr. 24.

⁴⁹ Véase las Observaciones Finales del Comité de Trabajadores Migrantes a los Estados de Ecuador (párr. 26 c), y México, 2006, (párr. 28 d) y 2011 (párrs. 41 y 42).

⁵⁰ Por ejemplo, el Programa Interinstitucional de Atención a Menores Fronterizos de México. Sobre este programa, véase: Acción Canadá para la Población y el Desarrollo, Colegio de Michoacán, *Menores migrantes: derechos humanos, protección y servicios en los países miembros de la Conferencia Regional sobre Migración*, octubre de 2002, p. 21.

⁵¹ Así lo han reconocido los Estados de América Latina, en la “Declaración y Plan de Acción de México Para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina”, Ciudad de México, 16 de noviembre del 2004. Al respecto, véase también Allan, J., “The jus cogens Nature of non refoulement” en *International Journal of Refugee Law* Volume 13, Issue 4 y Farmer, A., “Non-Refoulement and Jus Cogens: Limiting Anti-Terror Measures that Threaten Refugee Protection” en *Congestions Immigration Law Journal*, Volume 23, Issue 1, Georgetown, 2008.

trajero puede ser expulsado o devuelto a su país, sea o no de origen, cuando su derecho a la vida o a la libertad personal corren riesgo allí. A diferencia de lo establecido en numerosas legislaciones en materia de asilo, donde este principio se recepta sin excepciones, en el campo de las políticas migratorias y, particularmente en la regulación de los procedimientos de rechazo en frontera o expulsión del territorio, el principio de *non refoulement* (no devolución) suele estar ausente.

Esta omisión puede resultar en la vulneración de este principio afectando no sólo a personas migrantes, sino también a solicitantes de asilo. De allí no deriva necesariamente su violación, pero sí la necesidad de que se reconozca expresamente en la normativa, particularmente en las reglamentaciones y los protocolos de acción, para garantizar una identificación inmediata de las necesidades de protección. Y, en particular, para asegurar la implementación de mecanismos apropiados para la protección integral de la infancia.

Por ello, el diseño apropiado de un sistema de ingreso y control fronterizo que evite el rechazo automático en frontera y permita entrevistarse con el NNA de forma confidencial, en un idioma comprensible, que pueda identificar las necesidades de cuidado y protección (incluyendo protección internacional), puede ser un elemento clave para garantizar la no devolución como consecuencia de la cual pudiera configurarse un peligro de daño para los derechos del niño, en especial para su vida o integridad física.

Es importante destacar que el Comité de los Derechos del Niño se ha pronunciado extensamente sobre cómo aplicar este principio de *ius cogens* en derecho internacional en el caso de NNA no acompañados. El Comité destacó en particular la relevancia de efectuar previamente una evaluación sobre el riesgo que supone una medida de devolución, que no sólo valore el riesgo posible sobre su libertad, integridad física o vida, sino que tenga en cuenta condiciones socioeconómicas tales como la edad, el género y las consecuencias graves que pueden tener para los niños y niñas la insuficiencia de servicios alimentarios o sanitarios en el país de origen⁵².

Es así que ningún niño podría ser expulsado a un territorio en el que su vida, su supervivencia, su desarrollo integral o su libertad correrían riesgo, no sólo por el temor de ser sometido a torturas u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, sino también por la ausencia de elementos esenciales para un

desarrollo integral y en condiciones dignas. Ello supone un posicionamiento que, en caso de niños, niñas y adolescentes, amplía el estándar comúnmente aceptado en materia de no devolución.

En definitiva, la forma de implementar este criterio definido por el Comité en cuanto al retorno al país de origen o procedencia de niños no acompañados, sólo podría contemplarse, como ya se ha señalado, a través de un procedimiento creado y guiado por el objetivo de la determinación del interés superior del niño. Una cuestión que, en el contexto de América Latina y el Caribe, se encuentra con numerosos desafíos pendientes.

II.B. Derecho a un tutor

En el caso de NNA no acompañados (migrantes, refugiados y solicitantes de asilo), entre las medidas necesarias para asegurar un proceso con las debidas garantías y, particularmente, para determinar el interés superior del niño, se encuentra la de designación de un tutor. Tal como lo ha establecido el Comité de Derechos del Niño, esta designación debería realizarse en el menor tiempo posible e involucrar al NNA migrante o solicitante de asilo en ese proceso considerando que si la misma es temprana posibilita la representación de los intereses del niño en todo procedimiento migratorio⁵³.

Para el caso de la niñez migrante, la figura del tutor debería ser encarnada por personas que posean "los conocimientos necesarios especializados en atención a la infancia, para que los intereses del menor estén protegidos y sus necesidades en materia jurídica, social, sanitaria, psicológica, material y educativa, etc. debidamente satisfechas."⁵⁴ A estos atributos debería sumarse el necesario conocimiento de las cuestiones migratorias, puntualmente de los impactos del proceso de migración en aquellos niños y niñas que lo transitan de manera no acompañada.

En América Latina y el Caribe las leyes migratorias y la normativa sobre refugiados en su mayoría —y en algunos casos las propias leyes de infancia—, no

⁵² De acuerdo al Comité de los Derechos del Niño, los Estados tienen el deber de consultar e informar a los tutores, todas las medidas adoptadas en relación con el menor y que además se encuentra autorizado a solicitar a todos los procedimientos de planificación y adopción de decisiones, incluidas las comparaciones ante los servicios de inmigración y órganos de recuso, los encaminados a definir la atención del menor y buscar una solución duradera", Observación General No. 6, *op. cit.*, párr. 33.

⁵³ *Ibidem*.

contemplan expresamente el derecho a un tutor y un representante legal de los niños y niñas no acompañados. Esta omisión acredita nuevamente el rasgo que caracteriza las políticas migratorias en la región: la falta de un enfoque transversal de edad, es decir, de mecanismos normativos y operativos destinados específicamente a asegurar los derechos de la niñez en el contexto de la migración, particularmente cuando se trata de niños y niñas no acompañados y en situación migratoria irregular⁵⁵.

Deben señalarse sin embargo, algunos avances recientes en esta materia. Tal es el caso de la designación como tutor *ad hoc* de NNA no acompañados solicitantes de asilo o refugiados, de un funcionario de la Defensoría General de la Nación en Argentina⁵⁶, como el más significativo dentro de la región, entre otros progresos normativos⁵⁷.

III. El derecho a la vida familiar de NNA migrantes e hijos/as de migrantes

En el prólogo a la Convención sobre los Derechos del Niño, los Estados han afirmado su convicción “de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños y niñas, debe recibir la protección y

atención necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”. Sobre la base de este principio protector, es pertinente observar la trascendencia de la relación entre la vida familiar, los derechos del niño y las políticas migratorias.

En este sentido, cabe señalar que numerosas decisiones que los Estados adoptan regularmente en el ámbito de las políticas migratorias y en materia de asilo, referidas al ingreso, la permanencia o la salida de migrantes, pueden tener un impacto determinante en la unidad o separación de la familia. Así, la resolución de una solicitud de entrada al país o de adquisición o renovación de un permiso de residencia, o bien la decisión sobre una eventual expulsión del territorio de un niño o sus padres, pueden afectar positiva o negativamente el derecho a la vida familiar.

Este derecho ha sido ampliamente reconocido por toda la comunidad internacional⁵⁸ y particularmente por los Estados de América Latina y el Caribe⁵⁹. Sobre esta firme protección normativa, se examinarán a continuación algunos aspectos del derecho a la vida familiar de los niños y niñas migrantes y de los hijos e hijas de padres migrantes, su regulación en la legislación migratoria de los países de la región y los obstáculos existentes para su ejercicio efectivo.

Sin perjuicio del reconocimiento que pueda tener el derecho a la vida familiar en las prácticas en materia de asilo en América Latina y el Caribe, la legislación en este campo, adeuda aún una adecuación más ajustada a los estándares jurídicos a nivel regional y universal. Paulatinamente, sin embargo, algunas de las normativas más nuevas van aceptando la importancia de garantizar la unidad familiar⁶⁰.

⁵⁵ Artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: artículos 8, 9, 10, 16, entre otros, de la Convención sobre los Derechos del Niño; artículos 17 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y artículo 44 de la Convención sobre los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias.

⁵⁶ Artículos 11 y 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 16 del Protocolo de San José en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁵⁷ En lo que respecta a Chile, la Ley Orgánica sobre Refugiados y Asilados o Asilados de Asilo de 2001, prevé dentro de sus principios fundamentales que “se garantizará la unidad de la familia del refugiado o de la refugiada, del asilado o de la asilada, y de manera especial la protección de los niños refugiados o de los niños refugiados y adolescentes no acompañados o separados del núcleo familiar...” (art. 2.6). En lo que respecta a Argentina, la Ley de 2001, prevé dentro de sus principios fundamentales que “se garantizará la unidad de la familia del refugiado o de la refugiada, del asilado o de la asilada, y de manera especial la protección de los niños refugiados o de los niños refugiados y adolescentes no acompañados o separados del núcleo familiar...” (art. 2.6). En lo que respecta a Uruguay, la Ley de 2001, prevé dentro de sus principios fundamentales que “se garantizará la unidad de la familia del refugiado o de la refugiada, del asilado o de la asilada, y de manera especial la protección de los niños refugiados o de los niños refugiados y adolescentes no acompañados o separados del núcleo familiar...” (art. 2.6).

⁵⁵ Véase, a modo de ejemplo, ACNUR, *La protección internacional de las niñas y niños no acompañados en la frontera sur de México* (2006-2008), Oficina Regional del ACNUR para México, Cuba y América Central, 2008, p. 6.

⁵⁶ A partir de la Resolución 489/08, la Defensoría General de la Nación de Argentina determinó que un funcionario de su carrera se desempeñara como tutor ad-hoc de todos los NNA solicitantes de asilo o a quienes hubiera reconocido el estatuto de refugiado, con el fin de garantizar la representación legal, ejerciendo funciones de representación y asesoramiento tanto en el ámbito jurídico como en el administrativo e, incluso, para facilitar su inserción social y educativa.

⁵⁷ En El Salvador, los NNA no acompañados, solicitantes de la condición de refugiados, deben ser representados por el Procurador General de la República, mientras que el Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia, asumió la protección del niño o niña (art. 57, decreto 79 de 2005, reglamento del decreto legislativo 918 de 2002, Ley para la Determinación de la Condición de Personas Refugiadas) en el caso de Colombia, la legislación prevé la participación del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (IBF) en casos de niños, niñas y adolescentes solicitantes de asilo, y señala que si el NNA no estuviera acompañado un funcionario del ICBF será nombrado como representante legal durante todas las etapas del procedimiento y velará por la protección de sus derechos (decreto 4503/2009, art. 4). La Ley 20.430, sobre protección de refugiados en Chile, establece un procedimiento especial para menores no acompañados o separados de sus familias que garantiza la intervención de las autoridades de niñez, para que ejerzan las medidas de protección, custodia y asistencia que sean necesarias (arts. 38 a 40). Por su parte, la normativa guatemalteca establece simplemente que las autoridades encargadas de la protección de la niñez deberán brindarles “atención especial” (art. 20, artículo gubernativo 383/2001, Reglamento para la Protección y Determinación del Estatuto de Refugiado en el territorio del Estado de Guatemala).

III.1. El derecho a la vida familiar del niño en caso de dispense de la expulsión de los padres

La Convención sobre los Derechos del Niño en su art. 9 exige que éstos no sean separados de sus padres, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, tal separación sea necesaria en el interés superior del niño. Eso se traduce en que, en cada Estado, la separación de padres e hijos no sólo debería estar prevista en la ley sino que debería también ser el resultado de un proceso respetuoso de las garantías fundamentales en el que se asegurara la intervención judicial y, por sobre todas las cosas, se tuviera en consideración prioritaria el interés superior del niño.

Estos aspectos también requieren ser examinados en el contexto de América Latina y el Caribe, donde la amplia mayoría de las Legislaciones no los contemplan, especialmente a la hora de regular la expulsión de migrantes que son padres de niños y niñas que residen en el mismo país y no pueden ser deportados. En la mayoría de las leyes de la región no se prevé el interés superior de niño como criterio para la suspensión de una medida de deportación. Tampoco se establece la posibilidad de la reunificación familiar posterior a la expulsión, pese a que esa separación, además de excepcional, debería tener carácter temporal.

Sin embargo, en algunas reformas recientes, se ha incorporado específicamente esta cuestión. Tal es el caso de la ley de migraciones de Argentina, que en su artículo 70 establece que “[f]irme y consentida la expulsión de un extranjero [...] en el caso que el extranjero retenido alegara ser padre, hijo o cónyuge de argentino nativo [...] la Dirección Nacional de Migraciones deberá suspender la expulsión y constatar la existencia del vínculo alegado en un plazo de cuarenta y ocho (48) horas hábiles. Acreditado que fuera el vínculo el extranjero recuperará en forma inmediata su libertad y se habilitará respecto del mismo, un procedimiento sumario de regularización migratoria”.

Por otra parte, ya hemos hecho alusión a la importante ausencia de mecanismos normativos que reglamenten el debido proceso legal en estas ocasiones o que faciliten la participación del niño en estos procedimientos. El panorama

es similar cuando se trata del rol del poder judicial en esta clase de decisiones, algo que también exige el Protocolo de San Salvador⁶¹.

Como vimos, sin embargo, la mayoría de las leyes migratorias de los países de la región no prevé un recurso judicial en los procesos de expulsión de migrantes. Por ello, en muchos casos, no es la autoridad judicial sino la administrativa, quien dispone la separación entre padres e hijos, al expulsar a aquéllos del país. Ello, no obstante lo subrayado expresamente por el Comité de los Derechos del Niño sobre que el principio general del interés superior del niño debe aplicarse íntegramente, tanto en decisiones administrativas como judiciales, frente a una eventual expulsión de padres migrantes, que pudiera suponer la separación de la familia. Tales situaciones requieren la adopción de medidas tendientes a evitar esa desunión⁶².

Pese a que muchos países establecen como criterio para obtener la radicación el hecho de ser padre o madre de un niño de la nacionalidad del país de destino⁶³, la vigencia del derecho a la vida familiar de los niños nacionales que conviven con sus padres extranjeros no cuenta aún en los países de la región con la protección debida.

En ese sentido, a las lagunas normativas comentadas, deben sumarse las prácticas concretas desarrolladas en varios países en los que se han denunciado, por ejemplo, casos de expulsión de padres extranjeros de niños y niñas nacionales en el marco de procedimientos irregulares y sin la correspondiente consideración del deber de protección de la unidad familiar y de las afectaciones que tales medidas ocasionan al derecho del niño de convivir en condiciones familiares que permitan su desarrollo integral⁶⁴. Asimismo, en ocasión de deportaciones sumarias y en los momentos previos a la ejecución de la medida, se ha privado a padres e hijos de posibilidad de contacto⁶⁵.

⁶¹ De acuerdo con su artículo 16, “Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres, salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre”.

⁶² Comité de los Derechos del Niño, *Observaciones Finales, Malasia*, CRC/C/MYS/CO/1, del 25 de junio de 2007, párrs. 36 y 37.

⁶³ Véase, entre otras, Bolivia, Decreto Supremo 24.423, arts. 33 y 37; Honduras, Decreto 208-2003, art. 35; Paraguay, Ley de Migraciones, art. 82-a.

⁶⁴ Véase al respecto, *Informe presentado por la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos de El Salvador ante el Comité sobre los Derechos de los Trabajadores Migrantes*, op. cit., p. 75.

⁶⁵ Human Rights Watch, “Persons ‘legales’: Haitianos y Dominicano-Haitianos en la República Dominicana, 2002”, p. 3.

reunificación familiar (art. 9). En el mismo sentido, la Ley de Protección a Refugiados de Nicaragua, sancionada en 2008, también prevé expresamente el derecho de reunificación familiar (art. 33).

III.2. Derecho a la reunificación familiar

En la región latinoamericana los pocos programas referidos a esta cuestión están centrados especialmente en los mecanismos de retorno al país de origen de niños y niñas no acompañados. Acuerdos bilaterales e iniciativas regionales han regulado diversas actuaciones para los casos de repatriación de niños y niñas no acompañados de manera "ordenada y segura"⁶⁶. No obstante, la opción alternativa, es decir, la reagrupación e integración en la sociedad de acogida, no ha sido desarrollada debidamente, ni en la normativa y la práctica interna de los países, ni a nivel bilateral o multilateral.

Uno de los casos posibles es el de los niños y niñas no acompañados que han dejado atrás a sus familiares. Como hemos comentado, un paso ineludible en estos casos, que deben cumplimentar los Estados, consiste en reunir todos los elementos necesarios para evaluar qué decisión satisface más íntegramente el interés superior del NNA. Como destaca el Comité de Derechos del Niño, lo esencial es identificar una solución duradera que resuelva todas sus necesidades de protección⁶⁷. En este marco, las alternativas serán básicamente tres: a) disponer el retorno del niño, a fin de que se reencuentre con sus padres, otros familiares y seres queridos en el país de origen, o en su defecto, sea incorporado a los programas de protección integral de la infancia de aquel país (siempre, en caso que esté debidamente fundado en el interés superior del niño); b) determinar la necesidad de resentamiento en un tercer país y adoptar todas las medidas posibles en la órbita de las competencias del Estado en que se encuentra el NNA para poder efectuar la reinstalación; y c) disponer su permanencia en el país de destino, su regularización migratoria y, si fuera en su interés superior, gestionar el ingreso de sus padres a efectos de la reunificación familiar.

Debe subrayarse que la reunión familiar en origen no podría considerarse como una alternativa a evaluar si ella conllevara la violación de los derechos del niño o si alguna razón fundada en su interés superior aconseja no incluirse por esta opción⁶⁸. También es preciso considerar nuestros comentarios previos en relación con el principio de no devolución.

Por otra parte, si el niño o niña estuviera de acuerdo con la repatriación o la decisión estuviera confirmada por los tribunales de justicia, deberían asegurarse otra clase de garantías y mecanismos de protección. En tal caso, ambos países tendrían que contar con las previsiones legales, los recursos y los mismos administrativos necesarios para garantizar de forma efectiva y segura la reunificación, no sólo como medida de corto plazo sino, especialmente, como solución duradera a los determinantes de su migración, es decir, sus condiciones de vulnerabilidad en el país de origen.

El segundo caso—resentamiento—podría darse particularmente a través de los mecanismos bien diferentes, o mejor dicho, debido a dos tipos de causas: en primer lugar, debido a que el NNA a quien se ha reconocido el estatus de refugiado no sólo no pueda retornar en condiciones de seguridad a su hogar en su país de origen sino que tampoco pueda permanecer en el país en el que se le está otorgando protección. En ciertos casos de asilo, el resentamiento a un tercer país puede ser la única solución duradera, segura y viable y por tanto se ha convertido en la práctica en un elemento fundamental del sistema de protección internacional de los refugiados⁶⁹.

Por otro lado, el resentamiento podría estar fundado en el derecho a la vida familiar en caso de padres que han migrado al país de destino y pretenden que sus hijos se reúnan allí con ellos. En estas circunstancias, tanto el país en que se encuentra el niño—que puede ser su país de origen o no—como el país de acogida, deberían arbitrar todos los medios posibles a fin de facilitar, y no obstruir, la reagrupación familiar. Será preciso que, a través de acuerdos bilaterales o mediante la normativa interna de cada Estado, se diseñen mecanismos que puedan, de manera sencilla y accesible, hacer efectivo el ejercicio del derecho a la vida familiar que en estos casos se materializa en la previsión de procedimientos de reunificación familiar⁷⁰.

La inexistencia de vías legales sencillas para llevar adelante exitosa y oportunamente estos procesos, o bien la ausencia de información sobre esta alternativa y/o sobre los requisitos que deben cumplirse para activarla, re-

⁶⁶ Declaración de Santiago sobre Principios Migratorios, del 17 de mayo de 2004, párr. VI.

⁶⁷ Comité de los Derechos del Niño, Observación General 6, *op.cit.*, párr. 79.

⁶⁸ *Ibidem*, párrs. 81 y 82.

⁶⁹ Véase entre otros, ACNUR, *Manual de Resentamiento de Refugiados: una guía internacional para la acogida e integración*, 2002.

⁷⁰ La situación de miles de NNA que atraviesan territorio mexicano en busca de reunificarse con sus padres, quienes residen (con o sin autorización) en los Estados Unidos de América, ilustra cuantitativa y cualitativamente la importancia de esta alternativa de resentamiento y, consecuentemente, la necesidad de arbitrar medidas para poder hacerlo efectivo.

percute en la imposibilidad de concretar la reunión familiar en el país de destino. Incluso en los casos donde la legislación reconoce expresamente el principio de unidad familiar y se cuenta con información sobre el procedimiento para la reunificación, pueden identificarse obstáculos en la práctica, tales como criterios que restringen el efectivo ejercicio de este derecho, que podrían constituir una discriminación basada en la condición socio-económica de la persona⁷¹.

Los factores que restringen u obstaculizan la reagrupación familiar pueden derivar en la migración irregular de niños y niñas no acompañados en busca de sus padres que han migrado previamente. De esta manera, se profundiza considerablemente el riesgo de que los niños y niñas sean víctimas de redes de tráfico y trata de personas, al tiempo que se configuran otros abusos y peligros para sus derechos, su integridad física y sus vidas. En muchos casos, incluso si logran ingresar al país en el cual habitan sus padres, las sanciones previstas contra las infracciones a las normas migratorias, así como la falta de mecanismos de regularización en el país de destino, pueden no sólo obstruir la reunión con su familia sino conllevar la aplicación de medidas de expulsión del país, la prohibición de reingreso u otra clase de penalidades.

IV. Detención de NNA migrantes y solicitantes de asilo

En el escenario ya largamente descripto de ausencia de perspectiva de niñez en las políticas y normativas en materia migratoria, se ubica el debate sobre la posibilidad (o no) de privar de libertad a los NNA en razón de su estatus migratorio, hayan migrado junto a sus padres, no acompañados o separados de sus padres. Es decir, en la amplia mayoría de los países, cuando se habilita la detención de personas migrantes, no se prevén disposiciones, enfoques y tratamientos especiales para los casos de niños y niñas migrantes y posibles solicitantes de asilo, dirigidas a prohibir su detención por razones de índole migratoria. Tampoco existen, en la generalidad de los casos, medidas alternati-

vas a la detención dirigidas específicamente a asegurar una protección integral de la infancia migrante.

Entre las diferentes respuestas que los Estados diseñan o implementan a fin de gestionar la inmigración irregular, se encuentra la detención o privación temporal de la libertad ambulatoria de las personas extranjeras que no cuentan con un permiso de ingreso o residencia en el país⁷². En estas circunstancias, y desde un enfoque basado en los estándares internacionales de derechos humanos, es preciso subrayar en primer lugar que la detención de migrantes no debería constituir, en ningún caso, un castigo por la entrada irregular al territorio de otro Estado, o bien por la carencia o el vencimiento de la autorización para residir allí. En este sentido, ha sido subrayado por los organismos especializados que la detención administrativa de migrantes nunca debe tener carácter punitivo⁷³.

La interdicción de respuestas de tipo punitivo a la irregularidad migratoria está enfocada en evitar que los Estados sancionen con penas privativas de la libertad meras infracciones administrativas⁷⁴. Al respecto, el Comité de Naciones Unidas para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, al examinar disposiciones que establecen la privación de la libertad por infringir la regulación relativa al ingreso a un país, ha recomendado que, con el fin de ajustar la legislación a la Convención y otros instrumentos internacionales, se elimine “como delito penado con privación de libertad la entrada irregular de una persona [al] territorio [de otro Estado]”⁷⁵. En el mismo sentido, todos los Estados del ámbito iberoamericano han afirmado unánimemente que en tanto “migrar no es un delito, [...] los

⁷¹ Sin perjuicio del término formal que cada Estado otorgue a la detención de personas migrantes en razón de su estatus migratorio (detención, aprehensión cautelar, aseguramiento, retención, etc.), en cualquier caso estamos ante una situación que supone una privación de la libertad y como tal requiere ser observada a través de los estándares internacionales referidos al derecho a la libertad personal y los derechos conexos a éste. Por ello, entendemos indistintamente diferente terminología, sin que por ello varíe la naturaleza jurídica del hecho y, consecuentemente, sus implicaciones.

⁷² Informe de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos de Migrantes, Gabriela Rodríguez Pizarro, E/CN.4/2003/85, párrs. 43 y 73. Véase también, Informe del Relator Especial sobre Derechos Humanos de Migrantes, Jorge Bustamante, A/HRC/7/12, 25 de febrero de 2008, párrs., 15, 19, 42 y 43.

⁷³ Según el Global Migration Group, constituido por UNICEF, PNUD, UNESCO, ACNUR y otras agencias internacionales, es importante que la irregularidad migratoria sólo sea vista como una infracción administrativa y no de índole criminal. GMG, *International Migration and Human Rights: Challenges and Opportunities on the Threshold of the 60th Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights*, octubre de 2008, pp. 72 y 73.

⁷⁴ Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, *Observaciones Finales*, México, 2006, op. cit., párr. 15.

⁷¹ Véase en este sentido el caso de las condiciones de ingreso impuestas en Argentina a una persona argentina o extranjera con radicación permanente en Argentina que quiera reagrupar a sus familiares (cónyuge, hijos/as). Según se detalla en el sitio web de la Dirección Nacional de Migraciones, se exige la presentación de una “certificación contable de ingresos y egresos correspondiente a los últimos tres meses [...] y toda otra documentación que acredite sus ingresos en caso de ser trabajador autónomo o monotributista”, publicado en http://www.migraciones.gov.ar/accesible/?ramificacion_permanente (sitio web consultado el 1 de noviembre de 2011). Estos requisitos no se encuentran reglados ni en la ley de migraciones ni en su reglamento (Decreto 616/2010).

Estados no desarrollarían políticas orientadas a criminalizar al migrante”⁷⁶. También a nivel sudamericano se ha decidido “rechazar enfáticamente la criminalización de la irregularidad migratoria y su posible tratamiento como un hecho punible desde el derecho penal”⁷⁷.

De estas posiciones se deriva una precisa obligación negativa para los Estados: la prohibición de imponer penas de prisión a personas migrantes como sanción a una infracción a las regulaciones acerca del ingreso y la permanencia en el territorio. De hecho, la nítida posición de los Estados de la región sobre esta cuestión, reforzada por los estándares fijados por diversos organismos internacionales de protección de derechos humanos, habilita a hablar de un *principio de no criminalización de la migración irregular*.

La irregularidad migratoria, esto es, la entrada al país sin cumplir con las condiciones exigidas en la legislación, o la circunstancia de encontrarse dentro de un país sin autorización de residencia o con ésta vencida, no puede dar lugar a la iniciación de un proceso que pueda determinar la detención de una persona como pena en razón de alguna de esas conductas. Mucho menos en el caso de niños y niñas migrantes y, sobre todo, si se encuentran no acompañados o separados de sus padres⁷⁸. En los Estados que tienen en su ordenamiento jurídico disposiciones de esa naturaleza, esta prohibición supone el deber de reformar la normativa con el objetivo de eliminar cualquier clase de sanción privativa de la libertad con base en infracciones administrativas del ámbito migratorio.

La penalización de infracciones migratorias, por otra parte, contribuye a fomentar una incorrecta asociación entre migrantes en situación irregular y delincuencia, lo cual puede repercutir en, por un lado, el surgimiento o incremento de opiniones y acciones xenófobas contra la población migrante de una sociedad y, por el otro, el intento de legitimación de normas y prácticas restrictivas de sus derechos fundamentales.

Ahora bien, al examinar la legislación migratoria vigente en los países de la región de América Latina y el Caribe, es posible identificar diversos casos en

⁷⁶ *Compromiso de Montevideo sobre Migración y Desarrollo de los Jefes de Estado y de Gobierno de la Comunidad Iberoamericana de Naciones*, XVI Cumbre Iberoamericana, Montevideo, 5 de noviembre de 2006, párr. 17.

⁷⁷ *Declaración de Asunción*, VI Conferencia Sudamericana de Migraciones, 4 y 5 de mayo de 2006, párr. 3.b.

⁷⁸ Save the Children, UNICEF y ACNUR, también han afirmado que los niños no acompañados o separados de sus padres no deben ser detenidos por razones vinculadas al estatus migratorio o el ingreso irregular. Save the Children, UNHCR, and UNICEF, *Statement of Good Practice, Separated Children in Europe Programme*, 2009, 4th revised edition.

los que se establecen sanciones punitivas privativas de la libertad por infracciones administrativas sin que alguna de ellas, a su vez, exceptúe o restrinja dicha penalidad, cuando se trate de niños o niñas. Algunas de las leyes en vigor en la región sobre este aspecto establecen penas que van desde un mes hasta 10 años de prisión por infracciones como el ingreso irregular, por pasos no autorizados o violando una prohibición o un impedimento de ingreso⁷⁹. En la mayoría de estos casos al cumplimiento de la pena impuesta le sigue la ejecución de una medida de expulsión. Cabe mencionar que, recientemente, algunos países de la región han comenzado a reformar su marco normativo derogando disposiciones que imponían penas de prisión por esa clase de infracciones⁸⁰ y reemplazándolas por otro tipo de medidas no privativas de la libertad.

Por otra parte, más allá de este principio de no criminalización, es importante observar que en la mayoría de los países la detención de migrantes se regula (normativamente) y se aplica como medida cautelar, en el marco de una decisión acerca del ingreso o permanencia de un extranjero al territorio de un Estado, o durante un procedimiento de deportación o expulsión del país.

En estos casos, usualmente se alega que la detención procedería supuestamente a fin de asegurar objetivos legítimos de un Estado, esto es, evitar la entrada irregular al país, la permanencia no autorizada o asegurar la ejecución efectiva de una orden de expulsión. Es por ello que, al momento de analizar los estándares aplicables a esta situación, es preciso, primero, evaluar si está permitido disponer la privación de la libertad de niños y niñas migrantes y, en su caso, identificar en qué ocasiones y con qué condiciones y alcances puede ordenarse esa medida como medio para alcanzar uno de dichos objetivos de control migratorio.

Los estándares internacionales establecen, como punto de partida, que la privación de libertad de un niño sólo podría ser adoptada como medida de último recurso, por el período más breve que proceda y sólo en casos excepcionales⁸¹. Si la prisión preventiva, en el ámbito penal y respecto de personas

⁷⁹ Para ver en detalle las sanciones impuestas en la legislación de cada país, véase UNL-a-UNICEFTACRO, *op. cit.*

⁸⁰ México, Ley General de Población, artículos 118 a 124, derogados el 21 de julio de 2008 y Panamá, Decreto Ley 16, del 30 de junio de 1960, artículo 67 que fue derogado en su totalidad por el Decreto Ley 3, del 22 de febrero de 2008.

⁸¹ Artículo 37 de la Convención sobre Derechos del Niño y párr. 1.2 de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990).

adultas, debe ser aplicada como una medida excepcional⁸², esta excepcionalidad cubra una considerable trascendencia en caso de niños y niñas. Si tenemos en cuenta que una infracción migratoria no equivale a una de orden penal y que los niños y niñas migrantes que carecen de residencia legal se encuentran, como hemos comentado, en una particular situación de vulnerabilidad, se refuerza la aplicación del principio que prohíbe la detención de niños por razones de índole migratoria⁸³.

En el contexto de América Latina y el Caribe, además, la herramienta excepcional y más severa posible es, en algunos casos, no sólo la respuesta prioritaria sino la única que ofrece el marco normativo o la práctica que llevan adelante las autoridades competentes. En aquellos países en que se cuenta con un régimen legal que garantiza medidas alternativas a la privación de libertad, habitualmente éstas no se aplican en los hechos, bien por la ausencia de políticas públicas y presupuesto que aseguren su efectiva existencia, bien por la falta de voluntad o conocimiento de la persona u organismo a cargo de su ejecución. Algo más grave aún son los casos en que la continuidad de la supuesta medida cautelar de privación de libertad queda sujeta a la definición de recursos o apelaciones presentadas frente a decisiones negativas. Como sucede hasta hoy en México, la presentación de un recurso judicial frente a la denegación del estatuto de refugiado a un NNA se traduce en la práctica —y debido a la falta de albergues abiertos y medidas alternativas—, en la extensión temporal de su detención, obligándolo a permanecer en territorio mexicano en estaciones migratorias o albergues cerrados⁸⁴.

⁸² Como ha destacado la Corte Interamericana, "la prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por el derecho a la presunción de inocencia, así como por los principios de necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática (...). No cumplir con estos requisitos equivale a anticipar una pena sin sentencia, lo cual contradice principios generales del derecho universalmente reconocidos". Véase Corte IDH, *caso Instituto de Recaudación del Afegan, op. cit.*, párrs. 228 y 229 y, en igual sentido, Corte IDH, *caso Acosta Calderón v. Ecuador*, del 24 de junio de 2005, párrs. 24 y 25.

⁸³ Véase en este sentido Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 6, *op. cit.*, párrs. 40 a 61. En igual sentido, Touzans, K., "Human rights of migrant children" en *International Migration Law*, No. 15, IOM, 2008, p. 33.

⁸⁴ En sus Observaciones Finales sobre México, el Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares señala su preocupación por la información recibida acerca de la detención en estaciones migratorias de personas que interponen recursos en relación con su situación migratoria o quienes acceden al procedimiento para la determinación de la condición de refugiado y permanecen retenidos en dichos centros por períodos prolongados (CMW/C/MEX/CO/2, 3 de mayo de 2011, párr. 35).

De todas maneras, es importante señalar que, a partir de la nueva legislación mexicana, esto debería modificarse sustantivamente, en caso que se diseñen los mecanismos necesarios para su efectiva implementación, toda vez que esta norma dispone que cuando un NNA no acompañado sea puesto bajo custodia de las autoridades migratorias, éstas deberían canalizarlo de manera inmediata al Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia o a los sistemas estatales y del Distrito Federal, con el objeto de privilegiar su estancia en lugares donde se le proporcione la atención adecuada mientras se resuelve su situación migratoria⁸⁵.

Por su parte, la normativa de Panamá prevé que la retención sólo podría aplicarse a personas mayores de 18 años de edad⁸⁶ pero, las demás legislaciones que contemplan la privación de libertad como medida cautelar, no contienen una excepción para que no se aplique a niños y niñas o adolescentes, sea acompañados o migrantes con sus familias. La ley venezolana es la única que excluye expresamente la posibilidad de privación o restricción del derecho a la libertad personal para garantizar la ejecución de medidas de deportación o expulsión, ya sea que se trate de niños o adultos⁸⁷.

En definitiva, y para describir este escenario más detalladamente, nos encontramos en la región con: a) leyes que establecen la detención como único mecanismo cautelar que podría imponerse durante la tramitación de procedimientos de deportación o expulsión, sin hacer referencia alguna a medidas de otra índole⁸⁸; b) países que al regular los mecanismos de expulsión de una persona migrante en razón de su condición migratoria no instituyen ninguna clase de medida cautelar⁸⁹; c) Estados en los que, sin es-

⁸⁵ México, Ley de Migración, artículo 112.1

⁸⁶ Panamá, Decreto Ley N° 3, del 22 de febrero de 2008, art. 93.

⁸⁷ Venezuela, Ley de Extranjería y Migración, N° 37.944, del 24 de mayo de 2004, art. 46.

⁸⁸ Antigua y Barbuda, The Immigration and Passport Act, arts. 19 y 25; Argentina, Ley de Migraciones, N° 35.871, sancionada el 17 de diciembre de 2003, art. 70; Barbados, Immigration Act, Chapter 190, del 2 de febrero de 1976, art. 22; Belice, Immigration Act, arts. 28 y 29; Colombia, Decreto 4.000/04, Normas sobre Expedición de Visas, Control de Extranjeros y Migración, del 27 de diciembre de 2004; arts. 72 y 109; Cuba, Ley de Extranjería N° 1313, del 20 de septiembre de 1976, art. 21; Ecuador, Decreto Supremo No. 1899, del 30 de diciembre de 1971, art. 31; Guatemala, Ley de Migración, Decreto N° 95/98; art. 111; Jamaica, The Aliens Act, del 28 de febrero de 1946, art. 15; Nicaragua, Ley 761, art. 159; Panamá, Decreto Ley N° 3, del 22 de febrero de 2008, art. 93; Paraguay, Ley N° 978, Ley de Migraciones, del 27 de junio de 1996, art. 83; República Dominicana, Ley sobre Migración, N° 285, del 15 de agosto de 2004, art. 126.

⁸⁹ Bolivia, Régimen Legal de Migración, Decreto Supremo N° 24423, del 29 de noviembre de 1996; El Salvador, Ley de Migración, Decreto Legislativo N° 2772, del 19 de diciembre de 1958; Honduras, Decreto N°

tablecer prioridad alguna entre ambas medidas, la legislación prevé, además de la detención, alternativas como la libertad vigilada⁹⁰, la permanencia en una localidad determinada o la comparecencia en sede policial⁹¹; d) legislación que reconoce la posibilidad de disponer de la libertad bajo caución si no se puede ejecutar la expulsión luego de un plazo prudencial⁹²; y e) normativas que prohíben la privación de libertad de niños/as como medida legítima a adoptar en dichas circunstancias, o bien la autorizan únicamente como excepción o último recurso.

En otro orden de cosas, es interesante observar que muchas veces, ciertas normas prevén la detención en procesos de expulsión de migrantes —ya sean adultos, niños, o familias enteras—, con base en calificaciones tales como “personas indeseables” o “migrantes prohibidos o impedidos” de ingresar y/o residir. La vigencia de estos criterios supone, en la mayoría de los casos, la vulneración del principio de no discriminación. También se invocan, con un sentido peyorativo, criterios de identificación tales como “vagos”, “cretinos”, “inútiles”, “brujos”, “hechiceros o charlatanes”, etc., cuya inclusión en la normativa de diversos países también favorece la discriminación⁹³.

En cuanto a la legalidad de las detenciones, se ha verificado que, en ocasiones, la detención de migrantes, ya sean niños o adultos, se autoriza por medio de decretos administrativos⁹⁴, o se lleva adelante de facto, sin que exista una ley formal, emanada del poder legislativo, que autorice dicha privación de libertad y regule las causas y condiciones en que puede dictarse esa medida. Además, aún cuando en muchos casos la autoridad competente es un juez o

tribunal de justicia⁹⁵, la privación de libertad de migrantes es dispuesta por organismos del poder ejecutivo⁹⁶.

Además, entre las políticas y prácticas de los Estados latinoamericanos y caribeños, podemos observar que numerosas normativas no establecen mecanismos para asegurar el debido proceso, el acceso a la justicia⁹⁷ y a un recurso efectivo⁹⁸ a los y las migrantes que estén privados de la libertad en el marco de políticas de control migratorio. A su vez, no existe casi ninguna legislación en materia migratoria que establezca un procedimiento vinculado a la detención que esté especialmente diseñado para los casos que involucran a niños y niñas, tanto cuando éstos se encuentran con sus padres como cuando migran no acompañados. De esta manera, ante la eventual aplicación de una medida privativa de la libertad, en la mayoría de los países de la región, las reglas procedimentales serán las mismas para adultos que para niños.

Podemos concluir así que, la ausencia de mecanismos normativos de protección específicos para niños y niñas migrantes y solicitantes de asilo, conlleva también la prácticamente absoluta inexistencia de medidas alternativas a la detención para cumplir con la obligación exigida por el derecho internacional. Por el contrario, siendo la no detención de niños migrantes la regla general, el deber prioritario de los Estados debería ser el diseño de políticas dirigidas a asegurar la protección de este grupo social sin que éstas incluyan la privación de libertad como posibilidad.

⁹⁰ Argentina, Ley 25.871, art. 70; Paraguay, Ley N° 978 de Migraciones, art. 83.

⁹¹ Barbados, Immigration Act, art. 22 (quede ser detenido por un oficial de inmigración o por la policía); Brasil, Lei No. 6.815, art. 69 (Ministro de Justicia); Colombia, Decreto 4.000/04, art. 109 (autoridad migratoria); Costa Rica, Ley General de Migración y Extranjería, art. 211 (Dirección General de Migración y Extranjería); Ecuador, Ley de Migración, art. 31 (Intendente General de Política); Guatemala, Ley de Migración, art. 111 (Dirección General de Migración); México, Ley de Migración, arts. 99 y 100, (Instituto Nacional de Migración; Nicaragua, Ley General de Migración y Extranjería, art. 159 (Dirección General de Migración y Extranjería); Panamá, Decreto Ley 3/2008, art. 93 (Servicio Nacional de Migración); República Dominicana, Ley 285, art. 126 (Director General de Migración).

⁹² Con excepción de lo ya mencionado acerca de la ley de migraciones de Argentina y su reglamentación y de lo que actualmente prevé la nueva legislación mexicana en sus artículos 109 y 112, donde se regulan tanto las garantías para el acceso a la justicia como los derechos específicos de la niñez durante el trámite migratorio.

⁹³ Entre otros casos, cabe mencionar la legislación de Argentina, Brasil, Chile, Ecuador, Guatemala, Paraguay y República Dominicana. De ello no se deriva que, en la práctica, las personas detenidas no puedan utilizar las vías recursivas previstas en el ordenamiento jurídico para cualquier caso de privación de libertad.

⁹⁴ Honduras, Reglamento de extranjería, art. 4.8.

V. Derechos sociales de NNA migrantes, hijos/as de migrantes y solicitantes de asilo

La mayoría de los países de la región ha ratificado prácticamente todos los tratados de derechos humanos de carácter universal y regional que cubren el conjunto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁹⁹.

Además del proceso iniciado a mitad de la década del ochenta de jerarquización de los tratados de derechos humanos en las constituciones de los países de América Latina, es importante recordar que la mayoría de las constituciones latinoamericanas prevén en sus textos explícitamente la protección de los derechos sociales, en especial los derechos a la salud, educación, alimentación, vivienda, medio ambiente, al agua, al trabajo y a la seguridad social, entre otros. En concordancia con el marco legal mencionado, los Estados de América Latina y el Caribe han afirmado y se han comprometido en repetidas ocasiones y en distintos escenarios internacionales a adecuar la legislación y las prácticas en materia migratoria a las obligaciones asumidas en relación con los estándares internacionales en materia de derechos sociales, y han reconocido además el deber que les cabe en tal sentido.¹⁰⁰

Sin embargo, a pesar de los avances y compromisos descriptos, en la actualidad diversos países cuentan aún con normas y políticas públicas restrictivas en materia de derechos sociales de los trabajadores y trabajadoras migrantes y sus familias, tanto en razón de su nacionalidad como de su condición migratoria¹⁰¹. Por su parte, las leyes marco en materia de derechos sociales que regulan temas como la salud y la educación, suelen directamente omitir cualquier

⁹⁹ El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ("Protocolo de San Salvador") y la Convención de los Derechos del Niño constituyen los tratados esenciales al momento de analizar cuáles son los derechos sociales que deben ser asegurados a todas las personas sin discriminación alguna.

¹⁰⁰ Declaración de Montevideo de la VIII Conferencia Iberoamericana de Ministros, Ministras y Altos Representantes de Infancia y Adolescencia, del 7 de octubre de 2006; Declaración de Caracas VII Conferencia Sudamericana de Migraciones, 1-3 de julio de 2007; Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, Programa de Acción, Durban, 8 de septiembre de 2001, párr. 30.

¹⁰¹ Entre otros, véase CIDH, *Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio, Cuarto Informe de Progreso*, 2001, párrs. 66 a 69 y 231 a 249. A modo de ejemplo véase también las observaciones finales para Argentina, recientemente emitidas por el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, donde recomendó al Estado que: revise la duración requerida de la residencia en el caso de las prestaciones sociales no contributivas; examine la posibilidad de hacer extensiva la asignación universal por hijo a los hijos de los trabajadores migratorios en situación irregular; entre otros aspectos vinculados con el acceso a derechos económicos, sociales y culturales. CMW/C/ARG/CO/1, 23 de septiembre de 2001, párr. 30.

referencia a la cuestión de las personas migrantes. En materia de derechos sociales y NNA migrantes esta ausencia podría interpretarse en el sentido que los niños y niñas gozan de los mismos derechos que los nacionales, regulados en normas inspiradas a la población infantil en general, sin perjuicio de su nacionalidad y estatus migratorio. Sin embargo, la realidad demuestra que al no haber resoluciones expresas en las normas, su interpretación queda al arbitrio ulterior de la reglamentación de las leyes y/o resoluciones de las autoridades de aplicación o directamente a la voluntad del funcionario público, del director/a del Hospital o de las autoridades de la escuela, que en forma muchas veces arbitraria y heterogénea deciden si los NNA acceden o no al derecho a la educación o a la salud.

Por ello, muchas veces esa omisión normativa se traduce en la práctica en la inexistencia de programas adecuados para atender debidamente la particular situación de los niños y niñas migrantes o solicitantes de asilo, sus necesidades y derechos, en especial cuando no están acompañados por sus padres. La inhabilitación de la situación de vulnerabilidad de las personas en razón de su condición de migrantes, repercute y afecta con especial intensidad a los niños y niñas en las diversas situaciones que suelen atravesar en la experiencia de la migración. Esto es, tanto cuando se hallan no acompañados —e indocumentados— en el país de destino, como cuando han migrado junto a su familia y aún no cuenta con residencia legal, y también si se trata de niños o niñas que han nacido en el país en que habitan no obstante sus padres continúan siendo migrantes en situación migratoria irregular. En cualquiera de estos supuestos, los niños y niñas pueden vivir en un contexto de manifiesta vulnerabilidad, condición que se acrecienta si sus derechos sociales se ven restringidos o negados debido a su estatus migratorio o el de sus padres.

En ese sentido, el Comité sobre los Derechos del Niño en su Observación General 7 ha instado a los Estados a garantizar el acceso de todos los niños y niñas a servicios adecuados y efectivos, en particular a programas de atención de la salud, cuidado y educación, específicamente diseñados para promover su bienestar, prestando especial atención a los grupos más vulnerables de niños pequeños y a quienes corren riesgo de discriminación, incluyendo a las niñas y niños de familias migrantes¹⁰².

¹⁰² Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 7, *Realización de los derechos del niño en la primera infancia*, 2005, párr. 24.

Al respecto, se ha señalado que la distinción entre niños y niñas migrantes y no migrantes, o entre niños y niñas migrantes regularizados y no regularizados, trae aparejada la vulneración de derechos básicos como la educación y la salud, pese a que la Convención sobre los Derechos del Niño y otros tratados garantizan una protección especial a todas las personas menores de edad, sin perjuicio de su nacionalidad o su permanencia regular o irregular en un país.¹⁰⁰

En concordancia, el Relator Especial sobre derechos humanos de los migrantes ha señalado a los Estados "la necesidad de adoptar un enfoque de la gestión de la migración de carácter global y basado en los derechos, ya que las políticas sobre migración pueden tener un efecto directo en el disfrute de los derechos humanos de los niños. Las políticas que no ofrecen cauces legales para la regularización de los migrantes irregulares y que prohíben el acceso de los migrantes irregulares (adultos) al empleo pueden afectar también al nivel de vida de los niños; [...] las políticas de regularización constituyen un buen ejemplo de prácticas encaminadas a fortalecer la cohesión y la integración social, velar por los derechos humanos de los migrantes y alcanzar los objetivos de los Estados, como la seguridad social, la cobertura de la atención pública de la salud y la integración social. Las medidas de regularización deberían beneficiar a los niños no acompañados y a los niños que viven con sus familias y deberían contar con la flexibilidad necesaria para mejorar la integración social de los migrantes y facilitar el acceso a los derechos fundamentales, incluido el derecho a buscar y obtener un empleo."¹⁰¹

V1. Derecho a la educación

El derecho de toda persona a la educación encuentra amplio reconocimiento en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores y todas las trabajadoras migrantes y de sus familias, la Convención de la UNESCO contra la Discriminación en la Educación y en el Protocolo de San Salvador. En los artículos 28 y 29 de la Convención de los Derechos del

Niño se reconoce explícitamente el derecho de los niños y niñas a la educación en condiciones de igualdad de oportunidades, incluyendo las obligaciones progresivas de implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos, fomentar el desarrollo de la enseñanza secundaria y hacer la enseñanza superior accesible a todos. Asimismo, se establece que la educación del niño deberá estar encaminada a desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física hasta el máximo de sus posibilidades e inculcar el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Conforme a las obligaciones contraídas por los países en razón de los tratados anteriormente mencionados, el derecho a la educación también es ampliamente reconocido en todas las legislaciones domésticas de niñez, destacando en la mayoría de los casos la obligatoriedad y gratuidad de la educación básica. Si bien en la generalidad de la legislación de los países de la región no se establecen, expresamente, distinciones entre niños y niñas nacionales y extranjeros en cuanto al derecho a la educación, ni entre personas migrantes en razón de su condición migratoria, en la práctica existen diversos obstáculos que restringen el acceso a este derecho a quienes se encuentran en una situación migratoria irregular. El derecho a la educación es limitado en numerosas ocasiones en razón del estatus migratorio del niño o el de sus padres, advirtiéndose en algunos casos problemas o limitaciones en el acceso a la educación o elevadas tasas de deserción escolar entre la población migrante¹⁰⁵, particularmente en el nivel secundario.

Asimismo, son muy escasas las leyes migratorias y en materia de asilo que reconocen expresamente la igualdad del derecho a la educación entre nacionales y extranjeros, independientemente de su condición migratoria, tal es el caso de las leyes de migraciones de Argentina y de Uruguay que garantizan el derecho a la educación de los NNA mas allá de su condición migratoria y/o la de sus padres.

¹⁰⁰ Linoski, N., *Migraciones de niños, niñas y adolescentes bajo el enfoque de derechos*, Instituto Interamericano del Niño, 2007, p. 3.

¹⁰¹ Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, presentado ante el Consejo de Derechos Humanos, 14 de mayo de 2009, A/HRC/11/7, párr. 76.

¹⁰⁵ Como prueba de estas circunstancias, nos remitimos a los informes de distintos órganos de supervisión del cumplimiento de tratados de Naciones Unidas que dan cuenta de ello, entre otros: Comité sobre los Derechos del Niño, Observaciones Finales, Costa Rica, CRC/C/CRI/CO/4, 17 de junio de 2011, párrs. 67 y 68; República Dominicana, CRC/C/DOM/CO/2, 11 de febrero de 2008, párrs. 27, 70, 72, 77; Costa Rica, CRC/C/15/Add.266, 21 de septiembre de 2005; México, RC/C/MEX/CO/3, 8 de junio de 2006, párr. 56; Comité de Protección de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, Observaciones Finales, Guatemala, CMW/C/CTM/CO/1, 12 de octubre de 2011, párrs. 32 y 33; Argentina, CMW/C/ARG/CO/1, 23 de septiembre de 2011, párrs. 27 y 28; Chile, CMW/C/CHL/CO/1, 23 de septiembre de 2011, párrs. 34 y 35; Ecuador, CMW/C/ECU/CO/1, 5 de diciembre de 2007, párr. 35; Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), Observaciones Finales, República Dominicana, CERD/C/DOM/CO/12, 16 de mayo de 2008, párrs. 15 y 18.

Uno de los obstáculos más comunes que deben enfrentar los niños y niñas migrantes en situación irregular para acceder a la educación, es la exigencia de un documento de identidad emitido por las autoridades del país de acogida. En la práctica de algunos países de la región, y sin perjuicio de lo que establece la normativa, el ingreso o inscripción en una institución educativa sólo pueden concretarse si se presenta un documento de identidad y, en los casos en que finalmente son admitidos, posteriormente suelen encontrar obstáculos para rendir exámenes u obtener el título de graduado.¹⁰⁶

En ciertas oportunidades se alega la falta de documentación de los padres para denegar la inscripción. En otros casos, el mismo niño migrante a quien se rechaza sin fundamentos en un establecimiento público es aceptado en otro. Este tipo de situaciones deben ser especialmente contempladas por las políticas públicas para evitar que se promueva la segmentación o separación en el sistema público entre instituciones con alumnado de origen nacional e instituciones con presencia mayoritaria de extranjeros.

En todo caso, es claro que la existencia de obstáculos en el efectivo goce del derecho a la educación por parte de NNA en razón de la condición de migrante o de ser hijos de migrantes constituye claramente discriminación en los términos del artículo 2 de la Convención de los Derechos del Niño que establece que los Estados respetarán los derechos de la Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente del origen nacional, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

V.2. Derecho a la salud

El disfrute del más alto nivel posible de salud es considerado en varios instrumentos internacionales como uno de los derechos fundamentales de cualquier ser humano sin distinción de raza, religión, creencia política, ideológica y condición social o económica.¹⁰⁷

¹⁰⁶ Véase, entre otros, Certami Cernadas, P y Aza, P, "Migrantes: ley inconstitucional, práctica arbitraria" en *CEIAS. Informe Anual 2002*, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2002, p. 442; UNILA-UNICER, *Estudio sobre los derechos de niños y niñas migrantes a 5 años de la nueva ley de migraciones*, Lanús, 2010, p. 183.

¹⁰⁷ Este principio se consagró por primera vez en la carta de constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS) en 1946. El derecho a la salud también ha sido reconocido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos

El derecho a la salud reviste un carácter fundamental en tanto demuestra en forma clara la vigencia del principio de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos toda vez que su efectivo ejercicio es primordial para el disfrute del conjunto de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Un cierto nivel de salud física y mental son requisitos necesarios para poder participar activamente en la vida civil, social, política y económica de un país y, al mismo tiempo, el ejercicio de ciertos derechos humanos y libertades tales como la libertad de movimiento, el derecho al debido proceso, el derecho a votar, el derecho a la alimentación, a la educación o a un medio ambiente sano, entre otros, son esenciales para que las personas puedan disfrutar de un verdadero bienestar y salud física y mental.

Esto se puede observar fácilmente en el caso de las personas migrantes y en especial los migrantes en situación irregular, cuya salud se ve afectada por la falta de acceso a otros derechos básicos—por ejemplo, una vivienda y un empleo dignos, una alimentación adecuada, agua potable—, así como por la violación de la prohibición de trabajo infantil o la existencia de prácticas de explotación laboral.

El reconocimiento del derecho a la salud se encuentra presente en la gran mayoría de las legislaciones generales de protección de niñez y adolescencia de América Latina, formulado como la protección al más alto nivel posible de salud física y mental, y garantizando el acceso universal a servicios de atención, prevención, protección y rehabilitación.¹⁰⁸

A partir de los estándares que surgen de tratados internacionales, informes de expertos y decisiones de organismos internacionales de protección, se derivan una serie de obligaciones para todos los Estados respecto del derecho a la salud de todas las personas sujetas a su jurisdicción, lo cual incluye a los niños y niñas migrantes en cualquier condición migratoria en que se encuentren. Es por ello que la legislación—especialmente en materia migratoria y sanitaria—no debería contemplar ninguna restricción con base en la nacionalidad o estatus migratorio de la persona, como así tampoco las políticas de salud en su diseño y ejecución. Sin embargo, en América Latina y el Caribe encontramos un panorama bastante similar al descrito respecto del derecho a la educa-

ción, Sociales y Culturales, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el Protocolo de San Salvador y en el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

¹⁰⁸ Argentina, Estado Plurinacional de Bolivia, Brasil, Colombia, Guatemala, México, Paraguay y República Bolivariana de Venezuela.

ción: si bien la mayoría de las normas analizadas no establece distinciones en cuanto al acceso a la salud de extranjeros y nacionales, o en razón del estatus migratorio de los primeros, los NNA migrantes y sus padres ven limitado, en la práctica, su acceso a los servicios de salud debido a su condición migratoria.

Pueden destacarse especialmente las leyes migratorias de Argentina y Uruguay que, junto con el marco general, garantizan puntualmente el derecho a la salud. También merece particular mención la recientemente sancionada Ley de migración de México que en su artículo 27 establece que “corresponde a la Secretaría de Salud: I. Promover en coordinación con las autoridades sanitarias de los diferentes niveles de gobierno que, la prestación de servicios de salud que se otorgue a los extranjeros, se brinde sin importar su situación migratoria”.

Un problema recurrente que deben enfrentar los migrantes sin residencia regular es la imposibilidad de recibir una atención adecuada de su salud por no contar con un documento de identidad¹⁰⁹. A modo de ejemplo, han podido verificarse impedimentos de acceso a ciertos tratamientos médicos prolongados para las personas que no contaran con un documento de identidad que pruebe su residencia legal¹¹⁰. En otras ocasiones, reglamentaciones administrativas en el ámbito sanitario en materia de donaciones de órganos han excedido el marco regulador de la legislación migratoria, estableciendo diferencias entre nacionales y extranjeros y entre éstos últimos, en razón de su categoría migratoria¹¹¹.

Sin embargo el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, reconoce expresamente que la obligación de los Estados de respetar el derecho a la salud implica abstenerse de denegar o limitar el acceso igualitario

¹⁰⁹ Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, *Observaciones Finales, Argentina, op. cit.*, párrs. 27 y 28.

¹¹⁰ Un informe elaborado por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales destaca cómo la exigencia de la cédula nacional de identidad (no requerida normativamente) impide en la práctica el acceso de migrantes en situación irregular a los tratamientos previstos en el “Programa Nacional de tuberculosis” en Chile. Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile*, Santiago, 2007, p. 342.

¹¹¹ Es el caso de las resoluciones 85/2004 y 342/2009 del Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI) en Argentina, que resultan restrictivas en cuanto al acceso de migrantes a transplantantes de órganos. Esta normativa determinó que sólo puedan inscribirse a la espera de la asignación de órganos y/o tejidos cadavéricos para trasplante, los extranjeros con residencia permanente, excluyendo a los residentes temporarios. Asimismo, dispuso que para recibir un implante de órgano o tejido proveniente de donante vivo o tejidos procedentes de un banco del exterior, se debe acreditar residencia temporaria o transitoria. Las restricciones impuestas por esta regulación incorporan distinciones que contradicen los principios establecidos por la Ley Nacional de Migraciones en materia de salud.

de todas las personas, incluidos, los solicitantes de asilo o los inmigrantes sin documentación¹¹². En el mismo sentido, la mas reciente Observación General del mismo Comité establece que no se podrá impedir el acceso a los derechos comparados en el Pacto por razones de nacionalidad lo cual implica, por ejemplo, que todos los niños de un Estado, incluidos los indocumentados, tienen derecho a recibir una educación y una alimentación adecuada y una atención sanitaria asegurable. Finalmente afirma que “los derechos reconocidos en el Pacto son aplicables a todos, incluidos los no nacionales, como los refugiados, los solicitantes de asilo, los apátridas, los trabajadores migratorios independientes de su condición jurídica y de la documentación que posean”¹¹³.

VI. Inscripción de nacimiento de hijos e hijas de migrantes

El derecho a la identidad consiste “en el reconocimiento del derecho a un nombre, derecho a la nacionalidad y el derecho a la personalidad jurídica que le permiten a un individuo ejercer su ciudadanía. Asimismo, es la clave para el acceso y la exigibilidad de derechos políticos, civiles, económicos, sociales y culturales, tales como salud y educación. La ausencia de este derecho genera desigualdad y discriminación, problema grave en las Américas, impidiendo a la persona su actividad e inclusión en los aspectos políticos, económicos y jurídicos de una sociedad democrática. En el caso específico de los niños y niñas, la ausencia de este derecho implica la negación de sus derechos humanos y puede producir una cadena de violaciones, desde la negación de la matrícula escolar hasta la explotación sexual. El reconocimiento del derecho a la identidad, a través del registro del nacimiento implica la incorporación del niño como sujeto de derecho dentro de un Estado”¹¹⁴.

Según la Convención sobre Derechos del Niño, ratificada por la totalidad de los países de América Latina y el Caribe, todos los niños y niñas deben ser inscriptos “inmediatamente después de su nacimiento” y tendrán, desde

¹¹² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud* (artículo 12), E/C.12/1999/10, del 8 de diciembre de 1999, párr. 34.

¹¹³ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General 20: La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales*, E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009, párr. 30.

¹¹⁴ OEA, UNICEF y PIA (Plan Integral para las Américas), *Documento Conceptual, presentado en la Conferencia Regional Latinoamericana sobre Derecho a la Identidad y Registro Uniracial del Nacimiento*, Asunción, 28-30 agosto de 2007, p. 1.

que nacen, derecho a un nombre y a adquirir una nacionalidad (artículo 7.1). Asimismo, los Estados deben respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad y el nombre (artículo 8.1).

A efectos de la adquisición de la nacionalidad, la normativa de la mayoría de los países de América Latina y el Caribe reconoce el principio llamado *ius soli*, por el cual las personas nacidas en el territorio de un Estado tienen el derecho a adquirir la nacionalidad de dicho país. Ello, sin perjuicio de que en muchos de estos países la normativa regule también el principio *ius sanguinis* que otorga a las personas, independientemente del lugar de su nacimiento, la nacionalidad de sus padres.¹¹⁵

De esta manera, en virtud del *ius soli*, el acceso a la nacionalidad, incluida la de los hijos e hijas de migrantes, se produce por el simple hecho de haber sido dados a luz en un territorio determinado. Este derecho, cuyos titulares son los niños y niñas sin discriminación alguna que nacen dentro de la jurisdicción de un Estado, no puede ser restringido o negado en razón de circunstancias particulares de sus padres, por ejemplo, su condición migratoria. En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que en tanto “en la Constitución se estableció el *ius soli* como principio para adquirir la nacionalidad [...] el derecho a la nacionalidad por haber nacido en el territorio [...] adquiere protección convencional, sin importar la nacionalidad o el estatus legal de los padres. Cualquier restricción del derecho a la nacionalidad que no se base en el lugar de nacimiento de las niñas contradice directamente dicho principio”¹¹⁶. El derecho al otorgamiento de la nacionalidad en razón del lugar de nacimiento, que incluye evidentemente la inscripción del nacimiento y el reconocimiento de un nombre, tampoco puede verse restringido en razón de otras características de los padres.¹¹⁷

Ahora bien, las políticas implementadas por algunos países determinan la existencia de diversos obstáculos a la concesión de la nacionalidad a niños y niñas nacidos en sus territorios, en razón del estatus migratorio de los padres,

¹¹⁵ En algunos países del Caribe, como Barbados (Nationality Act), rige sólo el *ius sanguinis*.

¹¹⁶ Corte IDH, *caso Yan y Bostio c. República Dominicana*, sentencia del 8 de septiembre de 2005, párr. 111.4.

¹¹⁷ El Alto Comisionado para los Derechos Humanos precisó que “los gobiernos deben prestar mayor atención a las políticas de inmigración que tengan un efecto discriminatorio respecto de las personas con un determinado origen nacional o étnico. Y se les insta a que investiguen los posibles obstáculos que se oponen a la naturalización, tanto en lo relativo al procedimiento como a la falta de motivación, para solicitar la ciudadanía”. Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Los Derechos de las no ciudadanas*, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2006, p. 25.

de la nacionalidad de éstos, o incluso la nacionalidad de uno de los progenitores—habitualmente de la madre—. A su vez, en algunos casos se ha intentado restringir el acceso a la nacionalidad vía el principio de *ius soli*, alegando que los padres migrantes en situación migratoria irregular se consideraban incluidos en una de las categorías que exceptúan la aplicación de este principio: las personas en tránsito en un país extranjero—rótulo que se aplica comúnmente para definir la situación de los turistas—.

Como se adelantó, la no inscripción del nacimiento de un niño o niña repercute inmediatamente en diversos derechos fundamentales: el derecho al nombre, a la personalidad jurídica y a la nacionalidad. En tanto el nombre y el apellido de una persona son “esenciales para establecer formalmente el vínculo existente entre los diferentes miembros de la familia con la sociedad y con el Estado”¹¹⁸, este derecho cuenta con una amplia protección en los tratados internacionales.¹¹⁹

Al respecto, la Corte Interamericana ha subrayado que los Estados “tienen la obligación no sólo de proteger el derecho al nombre, sino también de brincar las medidas necesarias para facilitar el registro de la persona, inmediatamente después de su nacimiento”, y “garantizar que [...] sea registrada con el nombre elegido por ella o por sus padres, según sea el momento del registro, sin ningún tipo de restricción al derecho”¹²⁰.

Una vez más, pese al marco normativo favorable, algunos Estados de la región han presentado situaciones en las cuales las autoridades a cargo del registro de nacimientos interpretan restrictiva o erróneamente la normativa, exigiendo a los padres la constancia de residencia en el país, bajo apercibimiento de denegar dicha inscripción, aún cuando la normativa no hace alusión al permiso de residencia, el documento de identidad u otra constancia como un requisito obligatorio para ese trámite.¹²¹ Recientemente, uno de

¹¹⁸ Corte IDH, *caso Yan y Bostio c. República Dominicana*, *op. cit.*, párr. 184.

¹¹⁹ La Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconocen este derecho a todo niño desde el momento en que nace (artículos 7 y 18 respectivamente). Por su parte, la Convención Internacional sobre la Protección de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias establece que todos “los hijos de los trabajadores migratorios tendrán derecho a tener un nombre, al registro de su nacimiento y a tener una nacionalidad” (artículo 29).

¹²⁰ Corte IDH, *caso Yan y Bostio c. República Dominicana*, *op. cit.*, párrs. 183 y 184.

¹²¹ Véase, entre otros: Comité de Derechos del Niño, Observaciones Finales de Panamá, CRC/C/PAN/CO/3-4, del 6 de octubre de 2011, párrs. 39 y 40; Costa Rica, CRC/C/CRI/CO/4, del 17 de junio de 2011 párrs. 35 y 36; Ecuador, CRC/C/ECU/CO/4, del 2 de marzo de 2010, párrs. 43-44; Venezuela, CRC/C/VEN/CO/2,

estos países ha reformado su constitución en el sentido de exceptuar la aplicación del principio del *ius soli* respecto de aquellos niños o niñas cuyos padres se encontraran en situación de irregularidad migratoria.¹²²

VII. Reflexiones finales

En estas páginas hemos intentado presentar un estado de situación que de cuenta de la medida en que los Estados de América Latina y el Caribe observan los compromisos asumidos a nivel internacional en sus políticas y prácticas migratorias y en materia de protección de refugiados, específicamente en lo relativo a los derechos de niños, niñas y adolescentes.

El escenario actual se presenta heterogéneo, variando sustancialmente de país a país. El amplio abanico de situaciones relevadas pone de manifiesto, por un lado, incipientes desarrollos normativos y prácticos en diferentes temáticas, incluyendo políticas y programas puntuales que suponen un importante avance en la materia mientras que, por otro lado, se evidencian un número considerable de desafíos en relación con la implementación efectiva de las normas más progresivas (migratorias o sobre refugiados), en particular en lo relativo a la niñez. Finalmente, existe una falta de adecuación normativa en la mayoría de legislaciones nacionales y locales, y, en menor medida, algunos retrocesos. Encontramos así casos como el de México donde, tras años de políticas muy restrictivas en materia migratoria y de asilo, se inaugura un nuevo contexto favorable en virtud de los recientes avances normativos que, incluso, presentan un enfoque específico de niñez. Sin embargo, frente a los programas y prácticas hasta hoy en curso es razonable sostener que será verdaderamente complejo traducir el nuevo marco normativo en el diseño e implementación de políticas públicas adecuadas (por ejemplo, en materia de derecho al tutor,

garantías procesales y determinación de interés superior del niño). En este contexto, es especialmente preocupante la situación de los miles de NNA migrantes que cruzan territorio mexicano para reencontrarse con sus familias en Estados Unidos. Este trayecto trae aparejados graves riesgos para los NNA migrantes, en particular, en un contexto de crimen organizado que repercute especialmente en la población migrante, y de políticas y prácticas que continúan centradas en los objetivos de control migratorio.

Por otra parte, en Argentina, pese a que la nueva legislación migratoria — caracterizada por su enfoque de derechos— no contempla de manera detallada estándares sobre derechos de la niñez¹²³, se ha avanzado significativamente en los últimos años en la protección de NNA no acompañados, especialmente de quienes son solicitantes de asilo, en particular en lo referido a las garantías procesales y, más recientemente, al ingreso en frontera y la búsqueda de medidas adecuadas de protección. Otro aspecto destacable ha sido el reconocimiento del derecho a la vida familiar al garantizar, tanto en la nueva ley como en las correlativas políticas de regularización migratoria, el principio de unidad familiar. En similar sentido, Uruguay recibió en su legislación el derecho a reunificación con padres, cónyuges, concubinos, hijos solteros menores o mayores con discapacidad.

A su vez, una medida puntual que merece especial atención es la adoptada por la legislación de Costa Rica en tanto expresamente determinó que en ningún caso se pudiese rechazar el ingreso al territorio del Estado de NNA no acompañados o de personas sobre las que no exista certeza sobre su mayoría de edad.

Por otra parte, son pocos los países que muestran avances en materia de no detención de personas migrantes: Panamá es el único país que exceptúa expresamente a los NNA migrantes de las medidas de privación de la libertad contempladas por su legislación y México ha incluido recientemente criterios y principios que, de aplicarse adecuadamente, deberían ir en igual sentido, aunque no llega a prohibir la privación de libertad de NNA. Venezuela, por su parte, prohíbe la detención de migrantes como medida cautelar para garantizar la ejecución de medidas de deportación o expulsión, se trate de niños o de adultos. Argentina, a su vez, fija la detención de migrantes como una medida excepcional que en principio no debería aplicarse mientras tramita el

del 17 de octubre de 2007, párrs. 39 y 40; Belice, CRC/C/15/Add.352, del 31 de marzo de 2005, párrs. 33-34; Comité para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, Observaciones Finales, CMW/C/CHL/CO/1, del 23 de septiembre de 2011, párrs. 32 y 33; Ecuador, CMW/C/ECU/CO/1, del 5 de diciembre de 2007, párr. 35; Foro Migraciones, Informe Alternativo presentado al Comité para la Protección de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, México, 2005, p. 44; Corte IDH, caso *Yoon y Baño c. República Dominicana*, op. cit., párr. 111.

¹²² La reforma constitucional de República Dominicana estableció una excepción explícita a los criterios de acceso a la nacionalidad, que deniega este derecho a los hijos e hijas de migrantes sin autorización de residencia. El artículo 18.3, en vigor desde el 26 de enero de 2010, reconoce la nacionalidad dominicana a las "personas nacidas en territorio nacional, con excepción de los hijos e hijas de extranjeros que se hallen en tránsito o residan ilegalmente en territorio dominicano".

¹²³ UNICEF, *Estudio sobre los derechos de niños y niñas migrantes a 5 años de la nueva ley de migraciones*, Lañas, 2010.

procedimiento de expulsión, aunque no hace ninguna mención (excepción) respecto a la niñez involucrada en esos procesos.

Puntualmente, como retroceso, remarcamos lo establecido por la reciente reforma constitucional de República Dominicana que dispone la denegación del acceso a la nacionalidad a los hijos e hijas de migrantes que no cuenten con autorización de residencia en el país, en contra de estándares fijados específicamente por la Corte Interamericana y el Comité de Derechos del Niño, entre otros órganos internacionales de derechos humanos.

Un problema que también llama la atención, sobre todo por la repetición en la mayoría de los países de la región, es la insuficiente coordinación entre autoridades en materia de migraciones, asilo e infancia. Esta carencia que principalmente representa la imposibilidad de determinar, de forma adecuada y para cada caso particular, cuál es la mejor forma de garantizar los derechos del NNA obstaculiza, justamente, la adopción e implementación de medidas que sean en el interés superior del niño. También condiciona la integración social de la niñez migrante o refugiada y sus familias en el país de destino en condiciones de igualdad y exenta de sufrir prácticas xenófobas.

Finalmente, y aunque no ha sido un tema desarrollado en este artículo, al evaluar los avances, retrocesos y desafíos pendientes de las políticas y prácticas en materia migratoria y de derecho de asilo, no queremos dejar de señalar aquí una fuerte preocupación por la creciente cantidad de adolescentes menores que son víctimas del delito de trata en la región. Esta situación exige no sólo el desarrollo de nuevos y más eficaces mecanismos normativos y prácticos sino también su articulación con cuestiones estructurales como son las causas de la migración, es decir, la privación de derechos y oportunidades básicas en los países de origen.

Aunque de forma lenta y con avances aislados—aunque algunos, verdaderamente importantes—, la temática de la niñez en la migración y la protección de refugiados ha adquirido paulatinamente mayor visibilidad y relevancia en ciertas políticas, prácticas y normas. Sin embargo, en diversos países y en la región en general los desafíos siguen siendo numerosos. La diversidad, cantidad y, en algunos casos, gravedad de las violaciones a los derechos de la niñez en el contexto de la migración evidencia la envergadura de las tareas pendientes.

Al cierre de la edición de este libro, la novedosa solicitud conjunta de una opinión consultiva sobre la situación de la niñez migrante y solicitante de asilo presentada ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte

de los países del Mercosur¹²⁴, abre una coyuntura especialmente relevante para el enriquecimiento del debate jurídico y la reforma de políticas públicas, que seguramente permitirá continuar avanzando en la garantía y protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes en el contexto de la movilidad internacional en la región.

Bibliografía:

- Cernani Cernadas, Pablo, "Migrantes: Una deuda pendiente. Veinte años de vigencia de la 'Ley Videla' en democracia", en CELS, *Derechos Humanos en Argentina: Informe 2002-2003*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2003.
- Cernani Cernadas, Pablo y Asa, Pablo, "Migrantes: ley inconstitucional, práctica arbitraria" en CELS, *Informe Anual 2002*, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2002.
- Crowley, Helen, *Child First, Migrant Second. Ensuring that every child matters*, Immigration Law Practitioners' Association (ILPA), London, 2006.
- Liwski, Norberto, *Migraciones de niños, niñas y adolescentes bajo el enfoque de derechos*, Instituto Interamericano del Niño, 2007.
- Montero, M. F., *Estudio y diseño del Área Encargada de las Políticas de Integración para el desarrollo de la población migrante y refugiada de la Dirección General de Migración y Extranjería – Versión Ejecutiva*, República de Costa Rica, PNUD, UNFPA, UNICEF, ACNUR, OIM, Dirección General de Migración y Extranjería, San José.
- Touzems, Kristina, "Human rights of migrant children" en *International Migration Law*, No. 15, IOM, 2008.

¹²⁴ Para analizar el proceso de solicitud de opinión consultiva véase en este mismo libro Abramovich, V. E. y Haddad, L., "El MERCOSUR como espacio de coordinación de políticas en derechos humanos. Antecedentes de la solicitud de opinión consultiva ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre derechos de la niñez migrante" [N. del Ed.]



Dossiê: “Crianças e adolescentes migrantes”

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

*Pablo Ceriani Cernadas**

*Lila García***

*Ana Gómez Salas****

El presente artículo busca dar un panorama sobre la situación de la niñez y la adolescencia en América Latina y el Caribe; específicamente, sobre los avances y desafíos actuales que se presentan a los países de la región en materia de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes (NNA) en el contexto de la migración. Con tal fin, se hace una descripción general sobre el tema con base en algunos principios generales que se derivan de la Convención sobre los Derechos del Niño, a partir de los cuales pueden construirse ciertos estándares concretos aplicables sobre NNA migrantes e hijos/as de migrantes. Luego, se presentan sucintamente dos casos puntuales que dan cuenta precisamente sobre la variedad de contextos, oportunidades y retos sobre la temática en la región: Argentina y México.

Palabras clave: migración, derechos humanos, niños/as, América Latina.

* Coordinador del Programa Migración y Asilo del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús/Argentina.

** Investigadora del Programa Migración y Asilo del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús/Argentina.

*** Investigadora del Programa Migración y Asilo del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús/Argentina.

Introducción

Un punto de partida común al hablar de migraciones es que en la actualidad existen más personas viviendo fuera de su país de nacimiento que en ningún otro momento de la historia¹, característica notada ya en la etapa posterior a la Guerra Fría².

Mientras que a nivel global se estima que hay alrededor de 230 millones que viven fuera del país de origen, en el caso de América Latina y el Caribe se calculaba - en 2006 - que unos 25 millones de migrantes vivían en Norteamérica y Europa, mientras que otros 6 millones habían migrado entre países de la región³. Se trata mayoritariamente de población joven, ya que los menores de 20 años de edad son el grupo más importante del total. A nivel global, en África los y las jóvenes representan el 27% del total, seguido por América Latina y el Caribe (19%), Asia (17%), Oceanía (15%) y Europa y América del Norte (11%). Entre migrantes menores de 20 años, aquellos entre 15 y 19 alcanzan el 34%, y el grupo de entre 10 y 14 años representa el 26%⁴.

Es altamente probable que este importante número de NNA migrantes, a la luz de algunos datos más actualizados sobre la migración en la región latinoamericana, se haya incrementado notablemente. Los estudios más recientes en torno a la migración de niños y niñas no acompañados en Centro y Norte América, indican un crecimiento de entre un 300 o 400% entre 2011 y 2014⁵.

Ahora bien, a estos números hay que sumarle otras categorías de niños, niñas y adolescentes cuyas vidas, y derechos, también se ven afectados por la migración y las políticas para regular la movilidad internacional y los derechos de las personas migrantes. Entre las diferentes categorías de NNA en el contexto de la migración, es posible incluir al menos las siguientes:

- ✓ *Niños, niñas y adolescentes que permanecen en su país de origen*: se trata de hijos e hijas de padres que han migrado a otro país.
- ✓ *Niños, niñas y adolescentes no acompañados o separados*⁶: los “niños no

¹ ZLOTNIK, Hania. *Tendencias de la migración internacional desde 1980*.

² CASTLES, Stephen; MILLER, Mark. *La era de la migración*, p. 11.

³ CEPAL. Migración internacional, derechos humanos y desarrollo.

⁴ Datos de la Base de datos sobre Migraciones sobre Naciones Unidas: <<http://esa.un.org/unmigration/>>. Acceso el 31 de marzo de 2014.

⁵ Entre otros, ver: ACNUR. *Children on the Run. Unaccompanied Children Leaving Central America and Mexico and the Need for International Protection*; CERIANI CERNADAS, Pablo (coord.). *Niñez Detenida*. Los derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes en la frontera México-Guatemala.

⁶ Para profundizar en los estándares legales respecto a esta categoría ver Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas. *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*. Observación General, n. 6, 30º período de sesiones, CRC/GC/2005/6, 17 Mayo-3 Junio 2005.

acompañados” están separados de ambos padres y otros parientes y no están al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumbe esa responsabilidad⁷. En cambio, los “niños separados” no migran con sus padres o tutores legales, pero sí junto a otros parientes⁸.

- ✓ *Niños, niñas y adolescentes que migran con sus padres*: son aquellos NNA que se movilizan a través de las fronteras internacionales junto con sus padres (o tutores) o uno de ellos.
- ✓ *Niños, niñas y adolescentes nacidos en destino*: niños que nacen en el país en el que residen sus padres. Según el criterio que rige en ese país y en el de origen (*ius sanguinis* o *ius soli*), pueden tener la nacionalidad de sus padres y/o la nacionalidad del país de destino.
- ✓ *Niños, niñas y adolescentes retornados*: son NNA migrantes o nacidos en el país de destino de padres migrantes, que regresan a su país de origen (o el de sus padres), solos o acompañados, de forma voluntaria o como consecuencia de un procedimiento de deportación o repatriación.

De esta manera, y aunque no se cuentan con estadísticas precisas y desagregadas al respecto⁹, puede afirmarse que la cantidad de NNA “en el contexto de la migración” es sin dudas considerablemente relevante. A pesar del volumen de personas menores de 18 años cuyos derechos están directa o indirectamente determinados por las políticas migratorias, así como del crecimiento de NNA estrictamente migrantes, esta temática presenta aún hoy en día un alto nivel de invisibilidad, particularmente en cuanto a las políticas públicas que se implementan en materia de niñez y de migración. Por ello se habla de una doble invisibilidad.

Por un lado, hay una falta de perspectiva de la infancia en la política migratoria, la cual resulta en medidas inadecuadas desde un enfoque de derechos de NNA. Sin perjuicio de las diferencias de país a país, y de algunos avances que luego destacaremos, esta omisión es “un rasgo común en las políticas migratorias en la región”¹⁰. Esto repercute en cuestiones esenciales tales como la primacía de los objetivos de las políticas migratorias sobre la protección de la infancia, la inexistencia de información sobre el impacto del proceso migratorio en NNA, la insuficiencia de los programas de capacitación en niñez y derechos humanos y la muy escasa aplicación de los estándares sobre derechos de niños y niñas en la legislación y la política migratoria (por ejemplo, en lo relativo a la expulsión o la detención de migrantes).

⁷ *Ibidem*, § 7.

⁸ *Ibidem*, § 8.

⁹ MERCOSUR, Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos (IPPDH). Solicitud de Opinión Consultiva ante la Corte IDH, 6 de abril de 2011, párr. 2.1.

¹⁰ UNLa-UNICEF. *Estudio sobre los estándares jurídicos básicos aplicables a niños y niñas migrantes en situación migratoria irregular en América Latina y el Caribe*.

Por otro lado, las políticas de infancia no han incorporado debidamente la temática migratoria, es decir, que tenga en consideración los múltiples nexos entre ambas cuestiones. A modo de ejemplo, las falencias o fracasos de una política de protección integral de la infancia en países de origen de migración, puede llevar a un incremento en el número de NNA que migran, solos o con sus familias, y luego, a dificultar su retorno y reintegración adecuada. Del mismo modo, en países de destino, la indebida o limitada inclusión de las necesidades de NNA migrantes o hijos/as de migrantes en las políticas de infancia, puede conducir a situaciones de desigualdad y discriminación, o incluso a la separación familiar u otros perjuicios como consecuencia de la aplicación de mecanismos de control migratorio.

Para completar esta introducción, es importante mencionar que en el escenario actual, la migración irregular se ha convertido progresivamente en una característica central de los flujos migratorios¹¹. Si partimos del carácter históricamente estructural de la vinculación entre migración y capitalismo, hoy en día es posible afirmar que la migración irregular (salida, entrada o permanencia irregular) ha ido incrementándose de manera paralela al crecimiento de la demanda de trabajo desprotegido y precario en las áreas informales o sumergidas de la economía de los países de destino. En este contexto han florecido las políticas migratorias restrictivas que, por un lado, reducen las opciones de migración regular (entre otras vías, por reunificación familiar) y por el otro, estimulan o perpetúan mecanismos irregulares (incluyendo con redes de tráfico de personas).

En definitiva, las circunstancias en que se encuentra la mayoría de NNA migrantes o hijos/as de migrantes son de elevada vulnerabilidad. Tanto las causas que llevan a su migración como las diferentes restricciones, peligros o abusos a sus derechos en países de tránsito y destino, conforman un panorama complejo que se agrava en el caso de NNA no acompañados, particularmente si están en situación migratoria irregular. El viaje en solitario por parte de NNA, en muchos casos de corta edad, sumado a la de la inexistencia de canales regulares y seguros de migración, los expone a una multiplicidad de situaciones de abuso o persecución, los que como se mencionó, combinados con otras categorías, tales como la edad, el género, clase social y etnicidad, dan como resultado formas particularmente graves de desprotección y riesgo a su vida e integridad física. Ello supone importantes desafíos a los Estados

¹¹ Al respecto, ver IZQUIERDO, Antonio. *Cuatro razones para pensar en la inmigración irregular*. Ver también los Informes del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, A/65/222, 2010 y A/HCR/17/33, 2011; y OIM. *El futuro de la migración: creación de capacidades para el cambio*, 2010.

de origen, tránsito y destino a los fines de buscar soluciones que aseguren un tratamiento adecuado de protección y acceso a derechos de NNA que transitan por sus territorios.

En la sección siguiente describiremos algunos aspectos generales sobre la situación de los derechos de NNA en el contexto de la migración en América Latina y el Caribe, sobre la base de algunos principios de derechos humanos claves a tener en cuenta en esta temática.

2. Niñez y migración en América Latina y el Caribe: tendencias generales

En materia de políticas migratorias, es posible afirmar que la región de ALC se encuentra en un proceso de transición, hacia un abordaje más integral y centrado en los derechos. De todos modos, se trata de una transición que se caracteriza por su complejidad, sus diferentes velocidades, así como por una serie de contradicciones y desafíos serios. Igualmente, en líneas generales, es posible señalar que la región ha ido progresivamente incorporando un enfoque de derechos humanos en sus políticas migratorias, destacándose especialmente algunos países sudamericanos, dejando de lado - parcialmente, en algunos casos - la visión securitaria como el elemento central de las políticas migratorias.

Evidencia de este nuevo escenario son las declaraciones adoptadas en diversos ámbitos regionales, como la Conferencia Sudamericana de Migraciones, la UNASUR, o el Foro Iberoamericano sobre Migración y Desarrollo. También, las leyes migratorias de Argentina, Bolivia y Uruguay, o la Constitución ecuatoriana. Otros cambios normativos, aunque significan un avance respecto de la ley anterior, aún presentan varios retos, como lo atestiguan los casos de Costa Rica, México y Panamá. Los proyectos de ley en Brasil y Chile, que buscan para reemplazar leyes desfasadas y claramente restrictivas, siguen aún esta línea ambigua. Sin agotar todos los ejemplos, cabe mencionar a países con leyes basadas en enfoques securitarios, que no han incorporado obligaciones de derechos humanos (como sucede en varios países del Caribe), o que incluso han incluido medidas regresivas, como es el caso de República Dominicana¹².

Ahora bien, aún en el contexto de los avances que se han dado en varios países de la región, se puede afirmar que estos cambios no han contemplado, o bien lo han hecho de manera parcial, la situación especial de

¹² Para mayor detalle véase CERIANI, Pablo. *Luces y sombras en la legislación migratoria latinoamericana*.

las diversas categorías de NNA afectados por la migración. Aunque es cierto que poco a poco se ha ido visibilizado el fenómeno de la niñez migrante, lo que ha derivado en algunas medidas o programas concretos - en algunos países -, en líneas generales se verifica que dicha perspectiva está ausente en las políticas, las leyes y las prácticas que regulan los diferentes aspectos de la migración.

En este marco, nos parece importante señalar algunas problemáticas, discusiones o modificaciones concretas que se han dado en la región, sobre la base de los principios y de derechos de niños, niñas y adolescentes. Específicamente, tomando en cuenta los estándares principales que surgen de la fuente normativa más importante en el tema, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CDN), “traduciremos” algunos de estos principios al ámbito migratorio, es decir, a cómo deberían interpretarse y aplicarse cuando se trata de NNA migrantes o hijos e hijas de migrantes.

A partir del desarrollo interpretativo de la CDN, los cuatro principios rectores en materia de derechos de NNA son: el principio de no discriminación (art. 2, CDN); el interés superior del niño (art. 3, CDN); el derecho a la vida y al desarrollo; y el derecho a la participación y a ser oído. Es a partir del uso general de estos principios, y su aplicación en determinadas situaciones, que se pueden extraer algunos estándares particularmente relevantes en el caso de NNA en el contexto de la migración.

a) *El Principio de no discriminación.* Este principio clave del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que debe aplicarse transversalmente a todos y cada uno de los derechos humanos, ha tenido un reconocimiento particularmente importante en el caso de NNA, ya que la CDN es tajante en cuanto a no permitir restricción o distinción alguna sobre la base de cualquier condición del niño o de sus padres. Ello debería impedir, entonces, un trato diferencial en los derechos de un niño o niña debido a su nacionalidad o condición migratoria, o la de sus padres.

En esta línea, el Comité de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales, reconoce expresamente que la obligación de los Estados de respetar el derecho a la salud implica abstenerse de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas, incluidos, los solicitantes de asilo o los inmigrantes sin documentación¹³. En el mismo sentido, la más reciente Observación General 20 del mismo Comité, establece que no se podrá impedir el acceso a los derechos amparados en el Pacto por razones de nacionalidad, por ejemplo, todos los

¹³ COMITÉ de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 14: *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12)*, E/C.12/1999/10, del 8 de diciembre de 1999, párr. 34.

niños de un Estado, incluidos los indocumentados, tienen derecho a recibir una educación y una alimentación adecuada y una atención sanitaria asequible. Finalmente afirma que "...los derechos reconocidos en el Pacto son aplicables a todos, incluidos los no nacionales, como los refugiados, los solicitantes de asilo, los apátridas, los trabajadores migratorios independientemente de su condición jurídica y de la documentación que posean"¹⁴.

Sin embargo, NNA migrantes o hijos/as de migrantes pueden ver restringidos una amplia gama de derechos civiles y sociales debido a su *status* migratorio o el de sus padres. Sólo a modo de ejemplo, puede mencionarse situaciones como las siguientes: 1) la aplicación de medidas administrativas de la libertad por razones de índole administrativa, en contraposición con los estándares generales que rigen para la detención de NNA (como veremos en el caso de México); 2) las restricciones en el ejercicio de derechos como la salud o la educación; y 3) los obstáculos a la inscripción del nacimiento, el derecho a un nombre y a una nacionalidad, con especial intensidad en el caso de República Dominicana.

Al contrario, el reconocimiento de la igualdad de derechos sociales en leyes como las de Argentina, Bolivia o Uruguay, con independencia de la condición migratoria, contribuye al diseño de políticas migratorias que contemplan principios claves como el de no discriminación. De todas maneras, la ausencia de una mención específica a los NNA puede dificultar una aplicación más eficaz y apropiada de un marco normativo favorable.

b) El Principio de interés superior del niño. La CDN refiere en su artículo 3 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". En el ámbito migratorio, este principio debería ser el que guía cualquier programa, política o decisión que pueda impactar en los derechos de un niño, niña o adolescente. En este sentido, a modo de ejemplo, el principio de interés superior del niño, al ser aplicado en el contexto de las políticas migratorias, debería ser determinante en cuestiones como las siguientes:

- ✓ Autorizar el acceso al territorio y la concesión de un permiso de residencia a NNA migrantes no acompañados y familias migrantes;
- ✓ Disponer el retorno al país de origen de NNA migrantes no acompañados;
- ✓ Diseñar programas de integración social de NNA migrantes (acompañados

¹⁴ COMITÉ de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 20: *La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales*. E/C.12/GC/20. 2 de julio de 2009, párr. 30.

- o no) en el país de destino, asegurando el acceso sin discriminación a todos los derechos;
- ✓ Decidir el reasentamiento en un tercer país de NNA migrantes, solicitantes de asilo o refugiados;
 - ✓ Facilitar la reunificación familiar, en el país de origen, tránsito o destino, según las circunstancias de cada caso particular;
 - ✓ Promover la regularización migratoria de NNA migrantes, familias migrantes, y padres de niños/as nacidos en el país de destino;
 - ✓ Abstenerse de expulsar del país a adultos migrantes si ello deriva en la separación familiar, y tal separación no se dispone en el interés superior;
 - ✓ Garantizar medidas alternativas a la privación de la libertad de NNA migrantes y familias migrantes;
 - ✓ Abstenerse de privar de la libertad a adultos migrantes en razón de su condición migratoria, en caso que residan con sus hijos/as;
 - ✓ Diseñar y aplicar - caso a caso - medidas de protección especial a NNA migrantes víctimas de delitos, como la trata, explotación, abusos y violencia, entre otros;
 - ✓ Implementar programas de asistencia consular que incluyan la debida formación en derechos del niño de los agentes consulares.

El diagnóstico sobre la situación de los NNA migrantes e hijos de migrantes en la región, sin perjuicio de la ausencia de información suficiente y de la diversidad de realidades de país a país, da cuenta de un amplio número de desafíos pendientes en materia de aplicación adecuada del principio de interés superior del niño. Al contrario, cuando se trata de políticas migratorias, parecería que hay un interés superior al niño, es decir, que los derechos parecerían quedar supeditados a objetivos supuestamente prioritarios, como la reducción de la migración irregular, o la presunta reducción del gasto en salud o educación.

c) *El derecho a ser oído.* La participación del NNA en los asuntos que le conciernen, es decir, y especialmente en los procedimientos que pueden derivar en decisiones que impacten en sus derechos, es un principio fundamental de la CDN. De acuerdo con su edad y madurez, con base en el principio de autonomía progresiva que se deriva del artículo 5 de la Convención, el derecho a ser oído (art. 12 CDN) puede ser una parte clave de un proceso. En el plano migratorio, esto cobra vital relevancia en, por ejemplo, procedimientos que pueden derivar en la detención o expulsión de un NNA y/o sus padres, así como en la separación familiar.

En la región, prácticamente ningún país cuenta con el reconocimiento normativo ni con los dispositivos prácticos dirigidos a garantizar este derecho en

el marco de procedimientos de índole migratoria¹⁵. En algunos casos, es posible que las decisiones tomen en consideración aspectos relativos a los derechos de NNA que podrían estar en juego, pero no necesariamente contemplan la participación del niño o niña a lo largo del proceso, reduciendo así un cambio medular del paradigma que emana de la CDN: el niño como sujeto pleno de derechos.

d) *El derecho al desarrollo*. El derecho de un niño o niña a un nivel de vida adecuado, esto es, a desarrollarse física, psíquica y emocionalmente a partir del ejercicio de los derechos fundamentales, no sólo está reconocido en el art. 4 CDN, sino - podríamos decir - a lo largo de toda la Convención. Se trata de asegurar condiciones de vida digna, apropiadas y sin discriminación alguna, a todo niño, niña y adolescente.

Una simple aproximación a la situación de los y las migrantes - a nivel global y regional - basta para evidenciar los enormes desafíos en materia de derecho al desarrollo de los NNA. Por un lado, entre las principales causas de la migración de NNA, familias, o incluso de los padres solamente, está precisamente la no satisfacción de un adecuado desarrollo a los niños y niñas, el fracaso de las políticas de protección de infancia y otras políticas sociales. Por otro lado, las condiciones de vulnerabilidad en que se encuentran las familias migrantes en países de tránsito y destino, y en especial la desigualdad que enfrentan en el acceso a derechos como la salud, educación, vivienda o trabajo, contribuye a restringir el derecho a una vida adecuada de los NNA migrantes y los hijos e hijas de migrantes.

En igual sentido, las múltiples formas en que es afectado el derecho a la vida familiar de los NNA - pese a la fuerte protección brindada por la CDN a este derecho -, por razones de índole migratoria, es otra de las formas en que se manifiesta la vulneración del derecho al desarrollo de NNA migrantes e hijos/as de migrantes¹⁶.

e) *El principio de primacía de la protección de la infancia*. Un corolario lógico de la aplicación en el ámbito migratorio del principio de interés superior del niño es que todos los derechos de la CDN, esto es, la protección integral de la infancia, debe primar sobre cualquier objetivo o interés de la política migratoria, tal como lo ha señalado UNICEF¹⁷. En palabras del

¹⁵ Ver al respecto UNLA-UNICEF, *Estudio... op. cit.*

¹⁶ Ver al respecto, CERIANI y otros. *Migraciones y el Derecho a la vida familiar de niños, niñas y adolescentes*.

¹⁷ UNICEF. Observación Escrita presentada ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el marco de la Opinión Consultiva sobre Niñez y Migración presentada por los Estados del Mercosur. Disponible en: <http://www.unicef.org/argentina/spanish/resources_10849.htm>.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha señalado, "...todas las autoridades e instituciones que entren en contacto con niños en el contexto de la migración deberán determinar que la protección de los intereses de cada niño sea una consideración primordial en sus acciones. Este principio debería prevalecer sobre todos los demás, incluidas las disposiciones contrarias de la normativa sobre migración en caso de que se planteara un conflicto"¹⁸.

La protección especial que los Estados deben garantizar a los niños, niñas y adolescentes parte del reconocimiento de que éstos tienen necesidades diferenciadas a las de los adultos¹⁹, que deben ser satisfechas con la finalidad de que puedan desarrollar sus capacidades y ejercer sus derechos plenamente. La nacionalidad del NNA, o una cuestión administrativa como su status migratorio, debería ser absolutamente irrelevante para el cumplimiento de esas obligaciones. En su caso, al contrario de lo que sucede usualmente en la práctica, la condición migratoria o la nacionalidad del niño o niña, debería ser contemplada para, precisamente, revertir posibles situaciones de vulnerabilidad o discriminación, y no para justificar un trato desigual o discriminatorio.

f) *El Principio de no privación de la libertad.* Con base en los estándares del DIDH, la privación de la libertad - como medida cautelar - en el marco de un procedimiento penal es una medida estrictamente excepcional. En el caso de NNA, según el artículo 37.2 CDN, en procesos de índole criminal, la detención debe ser una medida de último recurso.

Por lo tanto, en procedimientos migratorios (es decir, a raíz de una eventual irregularidad administrativa, como un ingreso irregular al territorio, o el vencimiento de un permiso de residencia), la privación de la libertad no debería aplicarse en ningún caso²⁰. Asimismo, en tanto la detención de NNA no podría estar justificada nunca en el interés superior, se ha argumentado que en el caso de familias migrantes, se debería recurrir a medidas alternativas a la detención a favor de todo el grupo familiar, antes que a justificar la detención de un niño o niña invocando el principio de la unidad familiar²¹.

¹⁸ OACDH. *Estudio de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los problemas y las mejores prácticas en relación con la aplicación del marco internacional para la protección de los derechos del niño en el contexto de la migración.* Al HRC/15/29, 5 de julio de 2010, párr. 24.

¹⁹ Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.* Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 96.

²⁰ COMITÉ de Derechos del Niño, *Background Paper.* Día de Discusión General sobre los Derechos de todos los niños, niñas y adolescentes en el contexto de la migración, septiembre de 2012. Disponible en: <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/Discussion2012.aspx>>. En igual sentido, ver UNICEF. *Observación Escrita...*, *op. cit.*

²¹ *Ibidem.*

En la región, mientras que son una excepción las normas que prohíben la detención de NNA en procesos migratorios (como Panamá), casi ninguno ha diseñado medidas alternativas a la detención de familias, y prácticamente no hay excepciones a la detención de adultos a fin de evitar la separación familiar con sus hijos/as. Ahora bien, también es importante mencionar que algunos países no permiten la detención siquiera de adultos por razones migratorias (Uruguay, Venezuela), y en otros existe un principio de no detención (Argentina, México), aunque aquí veremos que las prácticas varían mucho según cada país²².

g) El Principio de no expulsión. Otro de los corolarios más importantes de la adecuada inclusión del interés superior a las políticas migratorias, es la necesidad de que los Estados se abstengan de expulsar o repatriar a un niño o niña migrante como medida sancionatoria ante la irregularidad migratoria. Así, cualquier medida que suponga el traslado de un NNA hacia otro país (el país de origen o un tercero), debe constituir una medida basada en el interés superior.

En palabras del Comité de Derechos del Niño, “el retorno al país de origen podrá decidirse una vez ponderados debidamente el interés superior del menor y otras consideraciones, si estas últimas están fundadas en derechos y prevalecen sobre el interés superior del menor (...). Los argumentos no fundados en derechos, por ejemplo, los basados en la limitación general de la inmigración, no pueden prevalecer sobre las consideraciones fundadas en el interés superior”²³. En idéntico sentido, el Relator de Naciones Unidas sobre Derechos de Migrantes ha cuestionado las políticas que aceptan la deportación de niños y niñas migrantes como medida de “castigo”, en lugar de que la repatriación responda únicamente a criterios basados y debidamente fundamentados, en cada caso, en un enfoque de protección de la niñez²⁴.

Son muy escasos los países en que han incluido esta cuestión en su normativa. El Código de la Niñez y Adolescencia de Costa Rica (1998) dispone en su artículo 17 que las “personas menores de edad no serán sujetos de rechazo, deportación ni expulsión del territorio nacional, salvo en resguardo de su propio interés, de acuerdo con los criterios determinados por el interés superior de este grupo”. Mientras que México ha sido el único que ha incluido el deber de establecer un Procedimiento de Determi-

²² Para un mayor desarrollo sobre la detención de NNA migrantes, ver UNLA-UNICEF, *Estudio...*, *op. cit.*

²³ COMITÉ de los Derechos del Niño. Observación General Nro. 6, *op. cit.*, párr. 86.

²⁴ RELATOR de Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos de los Migrantes. Informe presentado al Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/11/7, del 14 de mayo de 2009, párr. 57.

nación del Interés Superior del Niño (Ley de Migración, 2011, art. 74), en la práctica, como veremos a continuación, aún no ha tenido aplicación.

3. Dos casos particulares: Argentina y México

3.1. Detenciones y Expulsiones de NNA Migrantes en México

México se caracteriza por ser un país de origen, tránsito y destino de la migración. En los últimos años se han llevado a cabo una serie de reformas tanto a nivel constitucional como en la normativa migratoria. Pese a ello, la política migratoria contiene numerosas contradicciones. Por un lado, se reconocen derechos de las personas migrantes en consonancia con la postura que tiene el estado en el ámbito internacional, de defensa de sus nacionales en el exterior²⁵. Por el otro, sigue primando una política migratoria centrada en una lógica securitaria vinculada a la seguridad nacional, la cual legitima un trato que vulneran los principios, estándares y obligaciones internacionales y constitucionales que consagran esos derechos humanos. En este contexto, la migración se produce en condiciones de alta vulnerabilidad, que impacta con especial intensidad en los NNA.

La Constitución Política de México (CPEUM), reformada en 2011, incorporó la prohibición general de discriminación (artículo 1) y consagra el principio del Interés Superior de la niñez (artículo 4). Por su parte, la Ley de Migración, del mismo año, avanza en un paulatino reconocimiento de diversos principios de derechos humanos para las personas migrantes. Establece, entre otros principios: i. el respeto irrestricto de los derechos humanos de los migrantes, nacionales y extranjeros, con especial atención a grupos vulnerables, ii. la no criminalización de la situación migratoria irregular, estableciendo que, en ningún caso preconfigurará por sí misma la comisión de un delito; iii. la equidad entre nacionales y extranjeros; iv. el reconocimiento a los derechos adquiridos de los migrantes; v. la unidad familiar e interés superior del NNA. Asimismo incluye la obligación de elaborar un procedimiento de determinación del interés superior para NNA no acompañados (art 74), que fuera luego contemplado en el reglamento de la normativa (arts. 169 al 177).

En relación a los NNA migrantes y particularmente a aquellos que lo hacen de manera no acompañada, se han desarrollado diversos mecanismos de protección, los cuales si bien representan cierto avance frente a la invisibilidad

²⁵ A modo de ejemplo en el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos el estado mexicano fue promotor de las solicitudes de Opiniones Consultivas a la Corte IDH, que derivaron en las OC-16/99, sobre el derecho a la asistencia consular, y la OC-18/03, sobre la Condición Jurídica y los Derechos de los Migrantes Indocumentados.

que antes tenía este fenómeno²⁶, tienen a ser claramente ineficaces, desde una perspectiva de derechos. Existen obstáculos importantes para que éstas u otras medidas puedan tener un impacto real en los derechos de NNA migrantes.

El problema central está, en primer lugar, en la primacía de la política migratoria - en especial, su visión securitaria - por sobre la política de protección integral de la niñez migrante. Los mecanismos de control migratorio no sólo contribuyen a reforzar los riesgos inherentes a la migración irregular, sino que afectan los mecanismos de la detención y la repatriación de NNA migrantes hacia sus países de origen, utilizados como regla general, sin las garantías del debido proceso y sin la debida consideración de su interés superior en cada caso.

En segundo lugar, la falta de un enfoque de protección integral a NNA migrantes está dado no sólo por el rol subsidiario que les asiste a los organismos responsables de protección de la infancia a nivel local y nacional (Sistemas DIF), dentro de los procedimientos migratorios que involucran a NNA. También, por el carácter profundamente asistencialista, tutelar, de la política general en materia de infancia en México. Un ejemplo paradigmático es la creación de los Oficiales de Protección de la Infancia (OPI). Presentados como el órgano de protección de derechos de NNA migrantes, los OPI, en tanto funcionarios del Instituto Nacional de Migración (INM), su rol más importante está en su contribución al procedimiento de repatriación, sin perjuicio de si se trata o no de la medida más adecuada al interés superior del niño en cada caso.

En este contexto, la respuesta por excelencia ante la migración de NNA a través de territorio mexicano, es su detención y posterior expulsión del país, sin contemplar sus derechos ni garantías básicas, es decir, sin considerar el interés superior del niño. La detención, aplicada a través de eufemismos tales como *aseguramiento*, *presentación*, *alojamiento*, o *estancia*, ha crecido año tras año, tanto de NNA no acompañados como de familias, sin que se hayan desarrollado medidas alternativas a la detención.

En relación a esta práctica generalizada de detención, los NNA migrantes son detenidos en estaciones migratorias o, excepcionalmente, en albergues

²⁶ Entre esas iniciativas cabe mencionar la creación de los Oficiales de Protección a la Infancia (OPI) y de los Módulos DIF en la Estaciones Migratorias, ambas adoptadas en el seno de la Mesa de Diálogo Interinstitucional sobre NNA no Acompañados y Mujeres Migrantes. También la elaboración, en 2011, del Manual de Referencia del Modelo de Protección de los NNA Migrantes no Acompañados, que contempla una serie de propuestas que de implementarse debida e integralmente, podrían suponer un cambio significativo en el tratamiento de este fenómeno. Para más información CERIANI CERNADAS (coord.), *Niñez Detenida...*, op. cit.

cerrados del DIF²⁷. Ello deriva en un escenario de criminalización de la niñez migrante, la cual, como se mencionó, ocultada bajo prácticas de protección de la niñez, atenta seriamente a los principios rectores de la política mexicana, especialmente el principio de no discriminación y el de la utilización de la detención como un recurso de carácter excepcional y sólo para casos de delitos graves (CPEUM, art. 18). Ello también impide la búsqueda de políticas públicas y soluciones integrales y adecuadas en la materia.

Complementariamente, a la detención le sigue una medida de repatriación automática de NNA de manera automática, cuestionada por múltiples estudios e informes²⁸, la cual se lleva a cabo sin tener en cuenta la heterogeneidad y multiplicidad de situaciones a ponderar con base en el ISN a los fines de decidir cual es la mejor opción en aras a asegurar su protección. Sumado a ello, la ausencia de mecanismos eficaces de protección consular por parte de los países de origen, así como la falta de políticas de reintegración efectiva con posterioridad a la repatriación (lo que evidencia que no era la medida acorde a su interés superior)²⁹, hace que los NNA continúen en la situación de vulnerabilidad de la que intentaron salir a través de la migración y, en muchos casos, vuelvan a exponerse a los riesgos que caracterizan la migración irregular en la región.

3.2. Argentina: avances en derechos y el desafío de la perspectiva de niñez

A fines de 2003 se aprobó una ley de migraciones (nro. 25871) que implicó un cambio profundo en el enfoque para tratar las migraciones en la Argentina: de un paradigma securitario el eje se desplaza hacia el reconocimiento de derechos a la persona migrante, particularmente el derecho a migrar que se consagra como inalienable, esencial y garantizado sobre la base de los principios de igualdad y universalidad. Ello, con independencia de su nacionalidad o estatus migratorio.

De conformidad con alguno de los principios enumerados para la CDN, la ley de migraciones incorpora un principio de no discriminación (art. 28) que aunque no menciona la edad, aclara que los motivos mencionados son ejemplos. Asimismo, el reconocimiento del derecho a la educación (art.

²⁷ Para información más detallada, ver CERIANI CERNADAS (coord.), *Niñez Detenida...*, op. cit.

²⁸ Por ejemplo: APPLESEAD MEXICO. *Niños en la Frontera: Evaluación, Protección y Repatriación de Niños, Niñas y Adolescentes Mexicanos sin Compañía*; CATHOLIC RELIEF SERVICES, *Niñez migrante. Detención y repatriación...* CERIANI CERNADAS (coord.), *Niñez Detenida...*, op. cit.

²⁹ Ver al respecto, CASA ALIANZA. *Análisis de la situación de Derechos de la Infancia Migrante No Acompañada en el marco de los procedimientos de deportación y retorno a Honduras*. Ver también CERIANI CERNADAS (coord.), *Niñez Detenida...*, op. cit.

7) y a la salud (art. 8), así como la igualdad de derechos sociales y del acceso a la justicia (artículo 6) constituyen cambios que suponen una situación jurídica sustancialmente más favorable para los niños y las niñas migrantes.

Sin embargo, varias investigaciones y trabajos de organizaciones de la sociedad civil han mostrado que la persistencia de la exigencia de Documento Nacional Argentino (DNI) atenta contra el acceso a los derechos mencionados³⁰; En la práctica muchos establecimientos educativos siguen solicitando DNI para la inscripción definitiva o para el otorgamiento de títulos y certificados de egreso; los establecimientos de salud mantienen por regla el requisito de presentar DNI para la atención, en particular para aquella programada (no emergencia). Se registran, igualmente, algunas prácticas positivas: el Ministerio de salud, a partir de su participación en la Mesa de Salud coordinada por UNLa y UNICEF, retiró la exigencia de DNI como único medio para inscribirse al Plan Nacer/SUMAR: desde 2012 las personas extranjeras pueden acceder al programa con la documentación de su país de origen.

De igual manera, la obligación del Estado de garantizar la vida familiar (artículos 3 y 10) da un marco jurídico protector de la infancia migrante y de los hijos e hijas de migrantes, tanto para permitir su ingreso al país y residencia como para evitar que algunas decisiones (por ejemplo, la expulsión) impliquen la separación de la familia. De hecho, se prevé un criterio de radicación por familia y para el pedido de residencia de una persona menor de 18 años alcanza la presentación y autorización de uno de sus padres/madres o tutor.

Por otra parte, en materia de control migratorio la ley brinda ciertos mecanismos favorables para la protección de la familia y la no separación de hijos y padres/madres. Por ejemplo, al regular algunas causales que podrían derivar en la cancelación de la residencia y posterior expulsión del país (por comisión de ciertos delitos u otras causales), se señala que dicha sanción no debería ser aplicada en caso de que la persona sea padre (madre), hijo o cónyuge de una persona de nacionalidad argentina, aunque dicha disposición no impediría la expulsión y, consecuentemente, la separación familiar (art. 62). En cuanto a la detención de migrantes en el marco de un procedimiento de expulsión, se prevé que la medida de expulsión puede suspenderse y en caso de acreditarse dicho vínculo familiar, se la deberá liberar de manera inmediata. Por lo tanto (aunque con la limitación señalada de la referencia a familiar de “argentino”), la protección familiar puede determinar la no aplicación de medidas de detención y expulsión.

³⁰ UNLa-UNICEF. *Niñez, migraciones y derechos humanos en Argentina*. IPPDH. *Acceso a derechos de migrantes en la Provincia de Buenos Aires*.

Fuera de esto, estas normas omiten considerar de manera específica a NNA al regular ciertos aspectos de la residencia en el país y de los procedimientos migratorios. En particular, del texto de la ley surge que algunos derechos o estándares internacionales que se aplican a la niñez, y cuya fuente principal es la CDN, no fueron tenidos en cuenta; por ejemplo, al regular las causales de expulsión y el procedimiento para su ejecución, incluida la cuestión de la excepcional detención cautelar durante dicho proceso, no se ha incluido ninguna mención específica sobre la situación de niños/as que pudieran verse afectados por ese procedimiento.

Tampoco se ha establecido expresamente una excepción que impida, por un lado, la detención de niños/as migrantes por razones administrativas (por ejemplo, por falta de residencia regular), y por otro, su expulsión del país como consecuencia de la aplicación de una sanción. Siguiendo los estándares internacionales, la repatriación de niños/as (no acompañados o junto a sus familias) debería decidirse analizando el interés superior en cada caso, con el objetivo de proteger sus derechos.

Por otra parte, el derecho de todo/a niño/a a ser oído, otro principio central de la CDN, no parece haber sido especialmente considerado al momento de diseñar los procedimientos migratorios (de admisión, residencia y expulsión), de modo de asegurar su adecuada participación en los procesos que los afecten, como podría ser la eventual expulsión de sus padres o de toda la familia. Por supuesto, de allí no se deduce que en la práctica ese derecho no pueda garantizarse, pero indudablemente una protección explicitada en la ley hubiese contribuido sustancialmente al diseño de mecanismos que aseguren su ejercicio en todos los procedimientos que corresponda, de acuerdo con la edad y madurez del niño/a o adolescente. En varios casos judiciales sobre migración tramitados en la Capital Federal donde surgía del expediente la existencia de hijos e hijas menores, además de no privilegiar la unidad familiar sobre la expulsión, tampoco se convocó a los chicos a expresar su punto de vista; en los pocos casos que se conocieron donde los hijos pidieron ser oídos en la expulsión de su padre, el juez denegó el pedido “por no ser parte en el expediente”³¹.

De la misma manera, no se prevén mecanismos para hacer posible la intervención de autoridades u organismos en materia de infancia - de manera exclusiva o en coordinación con la DNM - en casos relativos a NNA. Esta omisión puede repercutir en la falta de un enfoque centrado en la niñez y sus derechos. Por ejemplo, el INCUCAI (organismo nacional de trasplantes) deniega por

³¹ GARCIA, Lila. *Nueva política migratoria y derechos de la movilidad*.

regla general la solicitud de inscripción en las listas de espera para las personas extranjeras que no tienen residencia permanente. Esto ha provocado varios casos judiciales donde la inscripción se logró vía orden del juez.

Por último, una práctica positiva es la del *Protocolo para la protección, asistencia y búsqueda de soluciones duraderas para los niños no acompañados o separados de sus familias*. Este documento fue elaborado desde un espacio de trabajo conformado por varias instituciones³² y validado en el contexto de las mesas interinstitucionales de trabajo coordinadas por la Universidad Nacional de Lanús y UNICEF Argentina. En sí, el trabajo en distintas mesas de trabajo (sólo para nombrar las coordinadas por UNLa y UNICEF: de “Salud, niñez y migración”; de “Educación, niñez y migración” y de “Adecuación normativa y prevención de la xenofobia”) ha sido una experiencia positiva en múltiples aspectos: encuentro de actores, discusión de casos y situaciones, articulación de políticas, conformación de agendas comunes y producción de materiales³³. Sobre este último aspecto, uno de los trabajos más valiosos está formado por la “Valija de materiales para trabajar la inmigración en y desde la escuela”, realizado en conjunto con el Ministerio de Educación nacional y otras instituciones, destinado a docentes y alumnos de escuelas de primera y segunda enseñanza³⁴.

4. Reflexiones finales

Esta reseña es sólo un brevísimo panorama de la situación de los derechos de NNA en el contexto de la migración de América Latina y el Caribe, con base en principios y estándares que se derivan de la Convención sobre Derechos del Niño. El escenario actual revela algunos avances a destacar, pero también una serie de desafíos que requieren el desarrollo de numerosas políticas públicas en la materia, incluyendo reformas normativas en muchos casos.

En este contexto, es importante señalar que seguramente antes de mediados de 2014, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitirá la Opinión Consultiva sobre derechos de la niñez en el contexto de la migración. Se destaca que su solicitud fue hecha de forma conjunta por los cuatro países miembros del MERCOSUR, representando una iniciativa sin precedentes que muestra la especial relevancia del tema para la vigencia de los derechos humanos en la región y un posicionamiento común del bloque

³² Las instituciones participantes pueden verse en: <<http://www.mpd.gov.ar/articulo/index/articulo/protocolo-para-los-ni-os-no-acompa-ados-o-separados-de-sus-familias-en-busca-de-asilo-953>>.

³³ Más sobre las mesas, en UNLa-UNICEF. *Niñez, migraciones...*, *op. cit.*

³⁴ Disponible en: <<http://valijainmigracion.educ.ar/>>.

subregional³⁵. El proyecto de la OC fue discutido y consensuado - luego de un intenso proceso de consulta a diversos actores - en el seno de la Comisión Permanente Iniciativa Niñ@Sur, por los representantes de los países miembros del MERCOSUR, y contó con la adhesión de los representantes de los países asociados.

En el marco de este proceso se realizaron una audiencia en México en octubre de 2013 y se presentaron gran variedad de *Amici Curiae*, en la que diversos actores, a la par de solicitar un pronunciamiento a la Corte, expresaron su interpretación sobre diversas cuestiones centrales, a los fines de avanzar en los desafíos pendientes en materia de adecuación de las políticas públicas para lograr la plena vigencia de los derechos y garantías de los NNA migrantes. En este sentido, se destaca el escrito presentado por UNICEF³⁶, el cual pone énfasis en la preeminencia del marco jurídico sobre protección y promoción de derechos de NNA de infancia sobre las políticas migratorias, determinando que en caso de conflicto, siempre debe primar la CDN y las normas constitucionales y legales de los sistemas de protección de la infancia.

Esta OC puede llegar a ser una herramienta trascendental para promover y garantizar la protección de los derechos humanos y consolidar estándares de derechos aplicables a los NNA migrantes y sus familias. Por otra parte puede tener un impacto importantísimo para fijar directrices sobre las obligaciones de los estados en la región en los términos de adecuación normativa, fijando límites para las políticas de control migratorio y, en definitiva, promoviendo la debida primacía de la protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Ello podría derivar en el desarrollo de iniciativas que conduzcan a las reformas políticas y normativas dirigidas a garantizar los derechos de NNA migrantes así como de hijos e hijas de migrantes. De ahí se podría contribuir a un desafío aún mayor: abordar de manera integral - con medidas de corto, mediano y largo plazo - las causas estructurales que empujan a millones de NNA y/o sus padres a salir de su país.

Bibliografía

- ACNUR. *Children on the Run*. Unaccompanied Children Leaving Central America and Mexico and the Need for International Protection. Washington, 2014.
- APPLESEED MEXICO. *Niños en la Frontera: Evaluación, Protección y Repatriación de*

³⁵ Para más información sobre sus antecedentes consultar: DIÁLOGO entre la Iniciativa Niñ@Sur y los Sistemas Universal e Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Publicación de Iniciativa Niñ@Sur, 2011, p. 94 a 102.

³⁶ OBSERVACIÓN Escrita de UNICEF sobre Niñez Migrante en América Latina y el Caribe, *op. cit.*

- Niños, Niñas y Adolescentes Mexicanos sin Compañía, Mexico 2011. Disponible en: <<https://www.appleaseednetwork.org/mexicoappleaseed/publicaciones/>>.
- CASA ALIANZA. *Análisis de la situación de Derechos de la Infancia Migrante No Acompañada en el marco de los procedimientos de deportación y retorno a Honduras*. Tegucigalpa, junio de 2012.
- CASTLES, Stephen; MILLER, Thomas. *La era de la migración*. Movimientos internacionales de población en el mundo moderno. Mexico: INM-Universidad de Zacatecas-Porrúa, 2004.
- CATHOLIC RELIEF SERVICES. *Niñez migrante*. Detención y repatriación desde México de niños, niñas y adolescentes centroamericanos no acompañados. Informe de investigación. Baltimore, Enero de 2010.
- CEPAL. *Migración Internacional, derechos humanos y desarrollo*. Santiago de Chile: CEPAL-CELADE, 2006.
- CERIANI CERNADAS, Pablo. Luces y sombras en la legislación migratoria latinoamericana. *Revista Nueva Sociedad*, n. 233, 2011, p. 68-86.
- _____ (coord.). *Niñez Detenida*. Los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes en la frontera México-Guatemala. Lanús y Mexico: Fontamara, 2013. Disponible en: <<http://ninezmigrante.blogspot.com.ar/>>.
- _____. Migraciones y el Derecho a la vida familiar de niños, niñas y adolescentes. *Revista Población*, n. 10, Buenos Aires, p. 81-92.
- GARCÍA, Lila. *Nueva política migratoria y derechos de la movilidad*. Implementación y desafíos de una política basada en derechos humanos a través de las acciones ante el Poder Judicial (2004-2010). Tesis doctoral, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, mimeo, 2013.
- GIL ARAUJO, Sandra. Las periferias de la metrópolis. Políticas migratorias, género y estratificación de la población latinoamericana en España. *Mélanges de la Casa de Velázquez. Nouvelle série*, v. 39, n. 1, 2009, p. 57-74.
- INSTITUTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE DERECHOS HUMANOS DEL MERCOSUR (IPPDH). *Acceso a derechos de migrantes en la Provincia de Buenos Aires*. Buenos Aires: IPPDH, 2013.
- IZQUIERDO, Antonio. *Cuatro razones para pensar en la inmigración irregular*. In BLANCO, María Cristina (ed.). *Migraciones*. Nuevas movilidades en un mundo en movimiento. Barcelona: Anthropos, 2006.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM). *El futuro de la migración: creación de capacidades para el cambio*. Binebra: OIM, 2010.
- UNLa-UNICEF. *Niñez, migraciones y derechos humanos en Argentina*. Estudio a diez años de la ley de migraciones. Buenos Aires: EDUNLa, 2013.
- _____. *Estudio sobre los estándares jurídicos básicos aplicables a niños y niñas migrantes en situación migratoria irregular en América Latina y el Caribe*. Lanús: EDUNLa, 2009. Disponible en: <http://www.unicef.org/mexico/spanish/mx_Unicef-EstandaresJuricoNyNMigrantes.pdf>.

WOMEN'S REFUGEE COMMISSION. Informe *Forced From Home: The Lost Boys and Girls of Central America*. 2012. Disponible en: <<http://www.youthtoday.org/hotdocs/Forced%20From%20Home1.pdf>>.

ZLOTNIK, Hania. Tendencias de la migración internacional desde 1980. In BLANCO, Cristina. *Migraciones*. Nuevas movibilidades en un mundo en movimiento. Barcelona: Anthropos, 2006.

Abstract

Childhood and adolescence in the context of migration: principles, advancements, and challenges for protecting their rights in Latin America and the Caribbean

The present article strives to give a panorama of the situation of youth in Latin America and the Caribbean, especially regarding the current advancements and challenges facing the region's countries on the issue of the human rights of children and adolescents (NNA) in the context of immigration. With such an end, the article forms a general description based upon certain broad principles derived from the Convention of the Rights of the Child, upon which can be constructed some concrete standards applicable to NNA migrants and their children. We present two timely cases which succinctly and precisely cover the variety of contexts, opportunities, and challenges within the region: Argentina and Mexico.

Keywords: *migration, human rights, children, Latin America.*

Recebido para publicação em 17/03/2014.

Acceptado para publicação em 29/05/2014.

Received for publication in March, 17th, 2014.

Accepted for publication in May, 29th, 2014.

ISSN impresso: 1980-8585

ISSN eletrônico: 2237-9843

**NIÑEZ, MIGRACIONES
Y DERECHOS HUMANOS
EN ARGENTINA.
ESTUDIO A 10 AÑOS DE LA
LEY DE MIGRACIONES**

Informe elaborado por el Centro de Derechos
Humanos de la Universidad Nacional de Lanús
y el Fondo de las Naciones Unidas
para la Infancia (UNICEF)

**NIÑEZ, MIGRACIONES
Y DERECHOS HUMANOS
EN ARGENTINA.
ESTUDIO A 10 AÑOS DE LA
LEY DE MIGRACIONES**

Informe elaborado por el Centro de Derechos
Humanos de la Universidad Nacional de Lanús
y el Fondo de las Naciones Unidas
para la Infancia (UNICEF)

DIRECCIÓN EDITORIAL

Gimol Pinto, Especialista en Protección de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia, UNICEF.
Pablo Ceriani Cernadas, coordinador del programa "Migración y Asilo", del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús (UNLa)

AUTORES

Ezequiel Rodríguez Miglio, Leonel Toledo,
Daniela Vetere.
Ricardo Fava, Natalia Gavazzo.
Asociación Civil "El Amanecer", Raquel Carmona,
Beatriz Cravero, Ana Caligaris.
Fundación Andhes, Andrés Reynoso, Clínica Jurídica de Derechos de Migrantes de la Universidad Católica de Santiago del Estero.
Elena María Krauststoff, César Bondar, Universidad Nacional de Misiones. Cecilia Zsogon.
Clínica Migración y Derechos Humanos y Cátedra Libre Don Jaime de Nevaes, Universidad Nacional del Comahue.
Pastoral Migratoria del Obispado de Neuquén. Jorge Muñoz Villagrán.
Constanza Tabbush.
Pablo Asa, Bárbara Basile, Mariano Lanziano. Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS).

INVESTIGADORES QUE COLABORARON EN LA ELABORACIÓN DE ESTE INFORME

Clara Capurro Robles, Gisela Cardozo, Pablo Ceriani Cernadas, Paola Cymment, Lila García, Ana Gómez Sala, Laura Gottero, Agustina Hernández Bologna, Natalia Lippmann Mazzaglia, Alejandro Morlachetti, Ana Penchaszadeh (Programa Migración y Asilo, CDH-UNLa).
María Capurro Robles.
Silvina Gorsky, Romina Pzellinsky (UNICEF).
Florencia Beltrame, María Pianchiola (CDH-Unla).
Romina Hillebrand, Ivanna Kúspita (Universidad Nacional de Misiones).
Verónica Barros, Franco Bussi, Georgina González (Universidad Nacional del Comahue)

Formato A4,
212 páginas totales
Primera edición
1000 ejemplares
Noviembre 2013

Edición

Alejandro Parisi
alejandro.parisi@gmail.com

Diseño de portada e interiores

Pablo Criscaut
pcrisca@gmail.com

Impreso en Argentina

Fondo de Naciones Unidas para la infancia (UNICEF)
buenosaires@unicef.org
www.unicef.org.ar

Universidad Nacional de Lanús (UNLa)
migración@unla.edu.ar
www.unla.edu.ar

AUTORIDADES

Universidad Nacional de Lanús

Rectora: Dra. Ana María Jaramillo
Centro de Derechos Humanos
Director: Ricardo Fava
Consultores Académicos: Víctor Abramovich, Leonardo Franco
Programa "Migración y Asilo"
Coordinador: Pablo Ceriani Cernadas





UNICEF

Andrés Franco, Representante
Ennio Cuño, Representante Adjunto

El presente documento fue elaborado por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús para el Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), dando continuidad al convenio para la realización de un "Estudio sobre los derechos de niños y niñas migrantes a cinco años de la nueva ley de migraciones 25.871".



ÍNDICE

 AGRADECIMIENTOS	08
 PRÓLOGO	09
 PRESENTACIÓN	10
 PRIMERA PARTE	15
I. Los derechos de la niñez en la Ley de Migraciones y la normativa sobre infancia	16
1. Introducción	16
2. Infancia y adolescencia en el contexto de la migración ante el cambio de la normativa migratoria	16
2.1 Los derechos en la regulación de la dictadura	17
2.2 La Ley de Migraciones 25.871: un enfoque de derechos humanos	19
2.3 La ley 25.871 y los derechos de la niñez y la adolescencia	22
2.4 Los derechos de la niñez en la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares	24
3. El marco jurídico sobre infancia y adolescencia en Argentina	26
4. Reflexiones finales	27
II. Derechos de niños y niñas migrantes en la legislación y las políticas públicas: avances y cuestiones pendientes	28
1. Introducción	28
2. Derecho a la identidad	28
2.1 Identificación	29
2.2 Inscripción	29
2.3 Documentación	30
2.4 Padres sin documentos de su país de origen	31
3. Derecho a la salud	31
4. Derecho a la seguridad social	35
4.1 El acceso a los planes sociales	35
4.2 Las pensiones no contributivas	37
Pensiones por discapacidad	38
Pensiones para madres de siete o más hijos	38
5. Derecho a la educación	39
6. Protección judicial y garantías del debido proceso	40
6.1 Derecho a expresarse y a ser oído	40
6.2 Asistencia de intérpretes	42
6.3 Asistencia jurídica y representación legal	42
6.4 Recursos administrativos y judiciales	43
6.5 Privación de libertad a los fines de la expulsión	44
6.6 Expulsiones colectivas	44

7. Protección contra la explotación laboral, erradicación del trabajo infantil y protección del trabajo de las y los adolescentes migrantes	46
7.1 Erradicación del trabajo Infantil	47
7.2 Protección del trabajo adolescente	49
7.3 Autoridades administrativas y políticas públicas sobre trabajo infantil	50
7.4 Protección contra todas las formas de explotación	50
8. Reflexiones Finales	51

SEGUNDA PARTE **53**

El trabajo interinstitucional en niñez, migración y derechos humanos.

Experiencias de articulación e incidencia en las políticas públicas **54**

Introducción de las instituciones anfitrionas de las Mesas Interinstitucionales **54**

Introducción de la Defensoría General de la Nación **54**

Introducción del Ministerio de Educación **56**

Introducción de la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos **58**

1. Introducción **59**

2. Presentación de los resultados preliminares de la investigación **60**

3. Experiencia de articulación de tres mesas interinstitucionales de trabajo **60**

3.1 Mesa de trabajo sobre Educación, Niñez y Migración **62**

Emisión y convalidación de títulos **63**

Formación docente en derechos, prevención de la xenofobia e integración de la población migrante **64**

Programas de entrega de computadoras portátiles **64**

Enseñanza de idioma español para niños y niñas migrantes **65**

3.2 Mesa de trabajo sobre Salud, Niñez y Migración **66**

Encuentro - taller con migrantes **66**

Encuentro sobre formación e información para el acceso a la salud de la niñez migrante **67**

El Plan Nacer/SUMAR y el Plan Cobertura Porteña de Salud **67**

3.3 Mesa de trabajo sobre Adecuación normativa, acceso a derechos y prevención de la xenofobia **69**

Asignación Universal por Hijo **70**

Pensiones no contributivas **71**

La resolución del INCUCAI 342/2009 **72**

Protocolo para la protección, asistencia y búsqueda de soluciones duraderas para los niños no acompañados o separados de sus familias en busca de asilo **72**

Difusión de los derechos de los y las migrantes **73**

4. Comentarios finales **73**

TERCERA PARTE **75**

INFORMES REGIONALES **76**

I. Gran Buenos Aires **76**

1. Introducción **76**

2. Características generales de las migraciones de oriundos de Bolivia y Paraguay **76**

3. La población migrante paraguaya y boliviana en el Gran Buenos Aires	81
4. El acceso a la educación de los niños y niñas migrantes y las vicisitudes de su vida escolar	82
5. Niñez migrante y derecho a la salud	87
II. Provincia de Formosa	92
1. Introducción	92
2. El derecho a la educación de niños, niñas y adolescentes migrantes en las ciudades de Formosa y Clorinda	93
3. El derecho a la salud de niños y niñas migrantes en las ciudades de Formosa y Clorinda	96
4. Derecho a la Identidad	98
5. La actuación de las autoridades migratorias en la zona	100
III. Provincia de Jujuy	102
1. Introducción	102
2. Aspectos generales de la población migrante en la Provincia de Jujuy	103
2.1. Caracterización de la población migrante en la frontera La Quiaca-Villazón	103
2.2 Niñez y migración en Jujuy (niños migrantes e hijos de migrantes bolivianos nacidos en Argentina)	104
3. La ley 25. 871 y los derechos de la infancia en el marco normativo provincial	104
4. Derechos de niños/as migrantes e hijos de migrantes en Jujuy	106
4.1 Derecho a la salud	106
Caracterización	106
Programas	107
Migración y salud materna en zonas rurales	107
Migración y salud materna en zonas urbanas	108
4.2 Derecho a la Identidad, a un nombre y a una nacionalidad	109
4.3 Derecho a la educación	112
IV. Provincia de Misiones	114
1. Introducción	114
2. Niños y niñas migrantes en la ciudad fronteriza de Posadas	115
2.1 Trabajo, circulación y control en región de frontera	115
2.2 Problemas específicos de Misiones: trabajo infantil y trata de personas. El control de la Delegación Posadas de la DNM y el Ministerio de Derechos Humanos de la Provincia	117
2.3 Acceso a la educación de los niños y niñas migrantes y de hijos e hijas de migrantes	120
2.4 El derecho a la salud de niños y niñas migrantes y de hijos e hijas de migrantes: normas y prácticas en el sistema de salud de Posadas	123
3. La situación particular de niños y niñas migrantes en la zona de la Triple Frontera	128
V. Provincias de Río Negro y Neuquén	131
1. Introducción	131
2. Características de la población migrante en la Patagonia y particularmente en Neuquén	133
2.1 La población chilena en la Patagonia	133
2.2 La migración boliviana en la Patagonia	135
3. Los primeros años de la Ley de Migraciones: su impacto en las provincias de Río Negro y Neuquén	136

4. Marco general de derechos humanos sobre niñez y migración en las Provincias de Río Negro y Neuquén	137
5. La situación de algunos derechos en particular	138
5.1 El derecho a la educación	138
5.2 El derecho a la salud	140
6. Derecho a la Vida familiar	141
7. El rol de los organismos públicos de derechos humanos y las organizaciones de la sociedad civil	142
VI. Provincias de Salta y Tucumán	146
1. Introducción	146
2. La cuestión migratoria en Salta y Tucumán	147
3. Marco normativo en la provincia de Salta	151
3.1 La Constitución provincial	151
3.2 Ley provincial de protección integral de niñez y la adolescencia	152
3.3 Ley provincial de educación	152
4. Marco normativo en la Provincia de Tucumán	152
4.1 La Constitución provincial	152
4.2 Ley de Protección Integral de la Infancia	153
5. El rol de los operadores y las prácticas concretas	154
EXCURSO	157
La situación de los hijos e hijas de mujeres migrantes detenidas en las cárceles federales de Argentina	158
1. Introducción	158
2. Antagonismos implícitos en la definición jurídica de “bienestar del niño”	160
3. Incremento de las mujeres extranjeras encarceladas	162
4. Vulnerabilidades en los vínculos entre la cárcel y el hogar	164
5. Condiciones de detención de Mujeres, niñas y niños	167
6. Educación y salud para niñas y niños en el encierro	173
7. Cultura “tumbera” y posibilidades de denuncia	174
8. Conclusión	176
RECOMENDACIONES	179
1. Coordinación interinstitucional	180
2. Difusión y capacitación en torno a la ley 25.871 y de los derechos de la niñez migrante en el contexto de la migración	181
3. Adecuación normativa	183
4. Acceso a derechos	184
4.1. Acceso a derechos sociales y culturales en particular	184
4.2. Garantías de debido proceso y derecho a la vida familiar	185
4.3 Inscripción del nacimiento y radicación de niños/as	186
5. Protección de la niñez y la adolescencia frente al trabajo	186
6. Madres migrantes privadas de la libertad	187
7. Integración social y prevención de la xenofobia	187

ANEXOS	189
Anexo I	190
Estadísticas	190
Estadísticas sobre la población migrante en Argentina	190
Estadísticas sobre personas migrantes radicadas y regularizadas en Argentina desde 2004, desagregadas por nacionalidad, sexo y edad	192
Estadísticas sobre personas migrantes en Provincia de Buenos Aires	194
Estadísticas sobre mujeres migrantes detenidas en prisiones federales que tengan hijo/as menores de 4 años	195
Anexo II	196
Análisis de situaciones de vulneración de los derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes en Argentina	196
1. Presentación	196
2. El derecho a la protección integral de los niños, niñas y adolescentes y el derecho a la vida familiar	196
2.1 La regularización migratoria de niños, niñas y adolescentes	197
2.2 Expulsión de padres/madres migrantes de niños, niñas o adolescentes nacionales o no nacionales	197
2.3 Restricciones al derecho a la reunificación familiar	199
3. Acceso a derechos sociales	199
3.1 El derecho a la educación y a las actividades recreativas	199
3.2 El derecho a la salud	201
Falta de instrucción del personal de atención al público en los centros de salud	201
Restricción en la inscripción a las listas de espera para trasplante	202
El acceso a la seguridad social. Las pensiones no contributivas	203



AGRADECIMIENTOS

Numerosas personas e instituciones han participado en la realización de la investigación y la redacción de este informe. El equipo del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús, con la colaboración del Área de Protección de UNICEF, ha trabajado en la edición y actualización de todo el documento así como en la redacción de algunos aspectos puntuales, en particular resultados del trabajo de las Mesas Interinstitucionales. A su vez, las versiones preliminares de cada capítulo fueron elaboradas por distintas instituciones o investigadores, a saber:

El capítulo dedicado a la ley de migraciones y las políticas sobre migración e infancia fue elaborado por Ezequiel Rodríguez Miglio, Leonel Toledo y Daniela Vetere, bajo la coordinación del CDHUNLa;

La sección que recopila los casos y denuncias recibidas por la Clínica Jurídica Derechos de Inmigrantes y Refugiados (UBA-CELS-CAREF) fue elaborada por Pablo Asa, Bárbara Basile, Mariano Nicolás Lanziano y actualizado por el CDHUNLa;

El capítulo sobre Neuquén y Río Negro fue realizado por la Clínica de Migración y Derechos Humanos, la Cátedra Libre Don Jaime de Nevares, de la Universidad Nacional del Comahue y la Pastoral Migratoria del Obispado de Neuquén. El equipo estuvo compuesto por Verónica Barros, Franco Bussi, Georgina Gonzales y Jorge Muñoz Villagrán;

La sección sobre Jujuy, Salta y Tucumán fue realizada por Fundación ANDHES y Clínica Jurídica de Derechos de Migrantes de la Universidad Católica de Santiago del Estero (UCSE), bajo la coordinación de Andrés Reynoso; El informe sobre Formosa fue elaborado por la Asociación Civil El Amanecer, con la participación de Raquel Carmona, Beatriz Cravero y Ana Caligaris;

El capítulo sobre Misiones fue realizado por un equipo de investigación perteneciente a la Universidad Nacional de Misiones, coordinado por Elena María Krautstoftl, y la participación de César Iván Bondar (coautor), y Romina Elizabeth Hillebrand e Ivanna Kúspita (colaboradoras);

La información relativa a Iguazú y la Triple Frontera fue producida por Cecilia Zsogon;

El capítulo sobre Gran Buenos Aires (zona sur) fue elaborado por Florencia Beltrame, Ricardo Fava y María Piansiola (CDHUNLa) y Natalia Gavazzo, del Centro de Investigaciones Etnográficas de la Universidad de San Martín;

La sección sobre mujeres madres migrantes en cárceles federales fue realizada por Constanza Tabush, del Instituto Interdisciplinario de Estudios de Género de la Universidad de Buenos Aires;

El capítulo sobre el trabajo de las mesas interinstitucionales, así como la edición y actualización de todo el informe, ha estado a cargo del equipo del Programa Migración y Derechos Humanos del CDHUNLa, integrado por: Clara Capurro Robles, Gisela Cardozo, Pablo Ceriani Cernadas, Lila García, Ana Gómez Sala, Agustina Hernández Bologna, Natalia Lippmann Mazzaglia, Alejandro Morlachetti y Ana Penchaszadeh; también agradecemos en particular la participación de María Capurro Robles.

Gimol Pinto, Silvina Gorsky y Romina Pzellinsky, del área de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes de UNICEF, participaron de la revisión y edición final del informe.

Agradecemos a todas las personas e instituciones que participaron en la elaboración de cada una de las secciones de este informe, así como a las diferentes organizaciones sociales y representantes de organismos públicos que desde 2011 participan activamente en las mesas interinstitucionales de trabajo. En particular, agradecemos a la Defensoría General de la Nación, el Ministerio de Educación y la Secretaría de Derechos Humanos, por la disponibilidad en su rol de anfitriones de las reuniones de las mesas de trabajo.



PRÓLOGO

A casi diez años de la aprobación de la actual Ley de Migraciones, presentamos este informe como fruto de un trabajo conjunto llevado adelante por la Universidad Nacional de Lanús, a través de su Centro de Derechos Humanos (CDHUNLa), y la Oficina Argentina del Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF). El objeto de este documento es sintetizar el trabajo de investigación, difusión e incidencia realizado desde 2009 sobre niñez, migración y derechos humanos en Argentina.

La Ley de Migraciones (N° 25.871), aprobada a fines de 2003, implicó un profundo cambio de enfoque para el tratamiento de las migraciones hacia la Argentina: de una ley (la N° 22.439, conocida como "ley Videla") basada en una concepción de seguridad nacional frente a la migración, el eje se desplaza hacia el reconocimiento de derechos a la persona migrante, específicamente a partir de la concepción del derecho a migrar, que es "esencial, inalienable" y se encuentra "garantizado sobre la base de los principios de igualdad y universalidad".

En este marco, se entendió que era necesario indagar en qué medida éste y otros cambios habían repercutido en el ámbito de los derechos de la infancia y la adolescencia migrante; en particular, teniendo en cuenta que la aprobación en 2005 de la legislación sobre protección integral de la infancia recepta los estándares de protección de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Como primer resultado del trabajo conjunto, en 2009 se elaboró el *Estudio sobre los derechos de niños y niñas migrantes a cinco años de la nueva ley de migraciones*, diagnóstico a partir del cual se desarrolló una serie de recomendaciones y se diseñaron acciones para una segunda etapa.

En esta segunda fase, además de continuar con la difusión y discusión de los hallazgos de su antecesora, la iniciativa se concentró en dos líneas de acción. La primera tenía el objeto de ampliar la investigación a otras regiones del país, por lo que el enfoque regional inicial (que comprendía Jujuy, Río Negro y Neuquén y Gran Buenos Aires) se complementó en 2011 con el análisis de la situación en las provincias de Formosa, Misiones, Salta y Tucumán. La segunda línea de acción estaba orientada a realizar intervenciones de incidencia, promoción de derechos y articulación interinstitucional en materia de derechos de las personas migrantes en Argentina, con particular atención en niñez y adolescencia.

Bajo esta última línea es que surge la iniciativa de conformar las Mesas Interinstitucionales en niñez y migración como respuesta a la ausencia de una perspectiva de niñez y adolescencia en las políticas migratorias y, viceversa, a la ausencia de una perspectiva migratoria en las políticas de infancia.

Así, se organizaron tres mesas interinstitucionales de trabajo según tres grandes nudos temáticos: adecuación normativa, acceso a derechos y prevención de la xenofobia; educación; y, por último, salud. El objetivo principal de estas mesas es el de promover el diálogo entre las instituciones competentes en temas de niñez y migraciones a fin de identificar y diseñar mecanismos que garanticen su efectivo acceso a derechos.

En este contexto, desde el CDHUnla y UNICEF, junto con las demás instituciones involucradas en este proceso, presentamos este documento que recoge aquel diagnóstico preliminar a cinco años, profundizado y actualizado, junto con los resultados de las acciones en curso con el fin de contribuir a profundizar los mecanismos y herramientas para lograr la protección efectiva de los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes o hijos de migrantes en Argentina.



PRESENTACIÓN

Este informe es una síntesis del trabajo de investigación, difusión e incidencia sobre *niñez, migración y derechos humanos en Argentina* realizado desde 2009 por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús (CDHUNLa) y la Oficina en Argentina del Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF).

A cinco años de la sanción de la nueva Ley de Migraciones 25.871 (aprobada en diciembre de 2003) y para la primera fase del proyecto se realizó una investigación que tuvo por objetivo analizar, a la luz de los cambios de la política y la legislación migratoria implementados desde 2004, en qué medida éstos contemplaron de manera específica los derechos de niños, niñas y adolescentes y, en particular, evaluar el grado de efectividad de la Ley de Migraciones con respecto a los derechos de las personas migrantes en general y de los niños y niñas migrantes e hijos/as de migrantes en particular. Finalmente, otro de los objetivos fue identificar el impacto de estos cambios en otras políticas y leyes que regulan el acceso a diversos derechos, como la educación y la salud.

La sanción de la ley 25.871 ha representado un cambio fundamental en el enfoque de la política migratoria del país. A diferencia de lo que establecía la denominada "Ley Videla" (ley 22.439)¹, que limitaba severamente los derechos de las personas migrantes, la nueva ley se basa en un enfoque de derechos humanos que enfatiza la protección y el aseguramiento de los derechos básicos de todas las personas, independientemente de su nacionalidad o estatus migratorio.

La Ley de Migraciones reconoce, entre otros, el derecho a la migración como un derecho esencial e inalienable de la persona, que debe ser garantizado sobre la base de la igualdad de trato y la no discriminación, caracteres estos que permiten reconocer este derecho como "humano". Asimismo, la ley dispone la igualdad de acceso y garantía de los derechos entre nacionales y extranjeros, incluyendo explícitamente la igualdad de acceso a los servicios públicos de salud y educación en las mismas condiciones que los nacionales. A diferencia de la normativa anterior – que imponía a empleados y funcionarios públicos la obligación de denunciar ante las autoridades a quienes se encontraran en situación migratoria irregular–, la actual establece que los operadores de la salud y la educación deben brindar orientación y asesoramiento respecto de los trámites requeridos para subsanar la irregularidad migratoria.

En el marco de este cambio sustancial del paradigma migratorio en Argentina, y a partir de los hallazgos realizados por iniciativas desarrolladas previamente por el CDHUNLa en materia de derechos de la niñez en el contexto de la migración – en los cuales surgieron, tanto a nivel global como regional, enormes desafíos pendientes en esta temática–², se entendió la necesidad de indagar en qué medida esos cambios habían repercutido en el ámbito de los derechos de la infancia y la adolescencia migrantes. Por supuesto, los desafíos de implementación de un marco normativo diametralmente distinto al

¹ Ley General de Migraciones y de Fomento de la Inmigración (ley 22.439), sancionada el 23 de marzo de 1981, durante la última dictadura militar en Argentina.

² Véase, entre otros, UNLa y UNICEF (2010), *Estudio sobre los estándares jurídicos básicos aplicables a niños y niñas migrantes en situación irregular en América Latina y el Caribe*, Panamá. Disponible en línea http://www.unicef.org/mexico/spanish/mx_Unicef-EstandaresJuricoNyNMigrantes.pdf (Consultado en octubre 2012).

derogado, y en particular la realización efectiva de los derechos en él reconocidos, requieren medidas y mecanismos que dialoguen transversalmente con numerosas políticas públicas.

Por las mismas razones, se planteó la necesidad de observar si las políticas públicas diseñadas en el país desde 2005 (año en que se aprobara la legislación en materia de protección integral de la infancia, basada en la *Convención sobre los Derechos del Niño*) abordaban la cuestión de la universalidad y la diversidad, y, en particular, si incorporaban las situaciones, necesidades y vulnerabilidades específicas de la niñez y la adolescencia migrante y de los hijos e hijas de migrantes. Es por ello que en este informe con frecuencia se hará referencia a la infancia y adolescencia "en el contexto de la migración", para significar un contexto que excede la mera pertenencia a una nacionalidad determinada: cuando comúnmente se habla de los migrantes "de segunda generación" (para referir a personas que, en realidad, no han migrado a ningún lugar), lo que se quiere es dar cuenta de desafíos específicos que exceden las categorías legales de extranjería o legalidad, para inscribirse en los marcos culturales y simbólicos que les dan sentido.

La investigación abarcó entonces un análisis minucioso de la legislación migratoria (Ley de Migraciones, nro. 25.871, su reglamento, disposiciones de la Dirección Nacional de Migraciones, etc.) y de la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (ley 26.061). Ese trabajo se complementó con una exploración de numerosas normas (leyes, decretos, resoluciones administrativas) dictadas en el ámbito de distintas políticas públicas, con el objeto de constatar obstáculos o restricciones en los derechos de la niñez migrante e hijos/as de migrantes, con base en su condición de extranjeros o su situación migratoria.

Del mismo modo, la investigación relevó y analizó información de diferentes instituciones públicas y sociales ubicadas en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sobre casos y denuncias de violaciones de derechos a niños y niñas migrantes. A su vez, en algunos municipios del conurbano de la provincia de Buenos Aires se realizó una seria labor de indagación, desde un enfoque antropológico, sobre el acceso a derechos sociales por parte de la población migrante con un énfasis en la niñez. Ambos, Ciudad de Buenos Aires y Gran Buenos Aires, conforman los territorios más visibles de asentamiento de población migrante en Argentina.

La investigación incluyó además la realización de estudios en distintas provincias y regiones argentinas, que se propusieron indagar sobre cómo esos cambios políticos y normativos han impactado en los derechos de la niñez migrante en esas zonas del país. Así, para la primera etapa de la investigación, entre 2009 y 2010, se realizaron estudios en el norte de la Patagonia argentina (provincias de Neuquén y Río Negro) y en la provincia de Jujuy. Por último, la investigación abordó también los desafíos y problemas que enfrentan las madres migrantes y sus hijos que se encuentran privados de su libertad en cárceles federales.

Como resultado de la primera etapa de la investigación, se elaboró el *Estudio sobre los derechos de niños y niñas migrantes a 5 años de la nueva ley de migraciones*. Ese estudio incluyó, además, una serie de recomendaciones dirigidas a diversos organismos gubernamentales (a nivel legislativo, judicial y ejecutivo) en el plano nacional, provincial y municipal, con el fin de contribuir al diseño, implemen-

tación y evaluación de políticas públicas que aseguren los derechos de la infancia y la adolescencia en el contexto de la migración. Estas recomendaciones se clasificaron en las siguientes temáticas: a) coordinación interinstitucional; b) difusión de la ley 25.871 y de los derechos de la niñez migrante; c) adecuación normativa; d) acceso a derechos; y e) integración social y combate a la xenofobia.

Una vez elaborado el informe preliminar, se desarrollaron actividades para difundir el documento y compartir sus observaciones y recomendaciones con diferentes actores sociales y políticos. De esta manera, se hicieron presentaciones en las ciudades de Buenos Aires, Neuquén y San Salvador de Jujuy. Estos encuentros permitieron definir, a finales de 2010, las acciones que conformarían la segunda fase del proyecto, implementadas conjuntamente por UNICEF y el Centro de Derechos Humanos de la UNLa.

En esta segunda fase, además de continuar con la difusión y discusión de los hallazgos de su antecesora, la iniciativa se concentró en dos líneas de acción. La primera apuntó a ampliar la investigación a otras regiones del país; aquel enfoque regional inicial (que comprendía Jujuy, Río Negro y Neuquén y Gran Buenos Aires) se complementó en 2011 con el análisis de la situación en las provincias de Formosa, Misiones, Salta y Tucumán, según se da cuenta en la Parte III de este Informe efectuada por organizaciones locales que trabajan en terreno.

La segunda línea de acción pretendió realizar intervenciones de incidencia, promoción de derechos y articulación interinstitucional en materia de derechos de las personas migrantes en Argentina, con particular atención en niñez y adolescencia. En este sentido, la iniciativa de las mesas interinstitucionales de trabajo surgió como respuesta a la ausencia de una perspectiva de niñez y la adolescencia en las políticas migratorias y, viceversa, a la ausencia de una perspectiva migratoria en las políticas de infancia.

Justamente, la Ley de Migraciones 25.871 y la Ley de Protección Integral 26.061 no definen de manera explícita la condición de la niñez migrante ni de los hijos e hijas de migrantes. En muchas ocasiones, estos niños y niñas enfrentan una especial situación de vulnerabilidad, en razón de su edad y su nacionalidad —o la de sus padres—, que se profundiza cuando están en condición migratoria irregular y, concatenadamente, en situación de pobreza. Ello requiere una atención particular por parte del Estado, ya que, con frecuencia, se trata de causas estructurales que exceden el caso en concreto.

Así, la implementación de acciones para una adecuada protección de sus derechos supone la puesta en marcha de políticas públicas orientadas a las necesidades y vulnerabilidades específicas de esos niños y niñas.

En el marco de este proyecto se coordinaron tres mesas interinstitucionales de trabajo, desde las cuales se realizaron distintas acciones de incidencia y se analizaron propuestas dirigidas a profundizar los niveles de satisfacción de los derechos de la niñez y la adolescencia en el contexto de la migración. El trabajo realizado desde principios de 2011 tuvo como principal objetivo promover el diálogo entre las instituciones competentes en temas de niñez y migraciones, a fin de identificar y diseñar nuevos mecanismos que garanticen su efectivo acceso a derechos. Este trabajo se concentró en tres áreas prioritarias: a) educación, b) salud y c) adecuación normativa, acceso a derechos y prevención de la xenofobia.

En líneas generales, a partir del diagnóstico que surgió de la investigación y de los espacios de articulación, y sin perjuicio de su permanente revisión y actualización a través del trabajo interinstitucional, los ejes que guían la iniciativa promovida por CDHUNLa y UNICEF, y que se abordan de manera transversal en todo el proyecto, son los siguientes:

1. TRABAJO DE ARTICULACIÓN INTERINSTITUCIONAL

Los desafíos pendientes para la efectiva implementación de la Ley de Migraciones y otras políticas públicas que impactan en los derechos de la niñez migrante -en particular para la eliminación de obstáculos que impiden su plena vigencia- requieren de un abordaje integral que incluya mecanismos de diálogo e interacción entre diversos organismos públicos, a nivel nacional, provincial y local, sociedad civil, organizaciones de migrantes, y, entre otros actores, agencias de Naciones Unidas. Esta tarea contempla aspectos de adecuación normativa (de aquellos decretos y resoluciones que contradicen la Ley de Migraciones), sistematización y difusión de programas con enfoque de derechos, y revisión de prácticas que afectan derechos reconocidos.

2. DIFUSIÓN DE LA LEY 25.871 Y LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ

Una de las conclusiones principales de la investigación y del diagnóstico compartido por numerosas instituciones sociales y públicas vinculadas a la temática, es la ausencia de políticas estatales (y no meramente gubernamentales o de gestiones) dirigidas a difundir el contenido de la nueva Ley de Migraciones, en particular de los derechos de la población migrante; de allí el extendido desconocimiento sobre su contenido. Asimismo, se destaca la falta de capacitación y sensibilización de los organismos públicos encargados de aplicar la ley respecto de la condición particular de la niñez y la adolescencia migrante. Esto se traduce en prácticas que restringen o deniegan el acceso a derechos que la normativa reconoce a todas las personas, con independencia de su status migratorio.

3. INTEGRACIÓN INTERCULTURAL Y PREVENCIÓN DE LA XENOFOBIA

El acceso efectivo a los derechos por parte de todas las personas migrantes, incluidos los niños y niñas migrantes e hijos/as de migrantes, requiere también de medidas a largo plazo y en múltiples niveles. La presencia en nuestra sociedad de actitudes xenófobas, prejuicios y estereotipos en torno a las comunidades migrantes, y sus implicancias en términos de integración y cohesión social así como en el acceso a derechos en igualdad de condiciones, exige una serie de políticas e iniciativas que construyan una ciudadanía ampliada a través de un enfoque intercultural y de derechos humanos.

Esta publicación contiene los resultados de las dos etapas del trabajo de investigación, difusión e incidencia realizado por el CDHUNLa y UNICEF, y se compone de cuatro partes y una serie de anexos.

La primera parte contiene un análisis de la política y la legislación migratoria y su impacto en los derechos de la niñez, así como de sus implicancias en la regulación de esos derechos en la normativa de infancia y otras políticas sociales.

En la segunda parte se describe el trabajo interinstitucional que se lleva a cabo desde comienzos de 2011 sobre la base del informe preliminar elaborado en la etapa inicial del proyecto.

En la tercera, se condensan los informes regionales y provinciales elaborados en las dos fases de este proyecto. Cada uno de ellos ha sido realizado por investigadores/as y/o instituciones que trabajan en la respectiva provincia o región, tal como se describe en esta introducción. En particular, esta sección incluye los reportes referidos a las siguientes áreas: Gran Buenos Aires, Formosa, Jujuy, Misiones, Neuquén, Río Negro, Salta, y Tucumán.

Luego de ello, la sección contiene un excursus sobre las madres migrantes con hijos en las cárceles federales argentinas.

Finalmente, las recomendaciones elaboradas para el informe preliminar configuran la cuarta parte de este informe final.

Por un lado, en los anexos se incluyen las estadísticas sobre población migrante en Argentina, desagregadas por edad en los casos en que esa información estaba disponible (estas estadísticas se actualizaron en la segunda etapa de la investigación a raíz de la difusión de los resultados del Censo Nacional 2010), y por otro, una síntesis de los principales problemas en materia de derechos humanos de la niñez migrante identificados por instituciones involucradas en la defensa estos derechos a través de estrategias de litigio e incidencia.

Teniendo en cuenta la diversidad de autores, enfoques y marcos temáticos, temporales y geográficos de cada uno de los capítulos, el documento presenta evidentes sesgos de heterogeneidad. Esta diversidad, creemos, constituye un valor añadido precisamente por la multiplicidad de voces y miradas que el informe contiene; esta riqueza es posible a partir de ejes temáticos y objetivos comunes que atraviesan todas las secciones en la búsqueda de un diagnóstico integral, complejo pero coherente, sobre la realidad actual de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes migrantes, o hijos de migrantes, que residen o quieren ingresar al territorio argentino. Esta realidad se encuentra indefectiblemente enmarcada en el nuevo y auspicioso rumbo que tomó la política migratoria en el país diez años atrás.

PRIMERA PARTE

**I. LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ
EN LA LEY DE MIGRACIONES Y LA
NORMATIVA SOBRE INFANCIA**

**II. DERECHOS DE NIÑOS Y NIÑAS
MIGRANTES EN LA LEGISLACIÓN Y
LAS POLÍTICAS PÚBLICAS: AVANCES
Y CUESTIONES PENDIENTES**



PRIMERA PARTE

I. LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ EN LA LEY DE MIGRACIONES Y LA NORMATIVA SOBRE INFANCIA¹

1. INTRODUCCIÓN

Este capítulo se propone analizar la incidencia que ha tenido la Ley de Migraciones (ley 25.871) en la situación de los niños, niñas y adolescentes migrantes en la Argentina, así como en los hijos e hijas de migrantes: esto es, la infancia y la adolescencia en el contexto de la migración. Para ello, se considerará de qué manera este marco normativo, aprobado en diciembre de 2003 y vigente desde enero de 2004, ha incorporado una perspectiva de infancia y adolescencia y reconocido sus derechos. Previamente, se describirá de forma sucinta la situación anterior a la sanción de aquella norma, particularmente los abusos a los derechos de migrantes en general y niños/as en particular.

En esta parte del informe se examinará también en qué medida la nueva legislación se ha traducido en posteriores reformas normativas y qué impactos tuvo en las leyes y reglamentaciones administrativas que estaban vigentes, en caso que hubieran requerido una modificación para ajustarse a la ley migratoria.

Asimismo, se analizará cómo ha impactado la Ley de Migraciones en las políticas públicas que se implementaron luego de su sanción, en particular en materia migratoria y de infancia, pero también en otras temáticas vinculadas con los derechos de la niñez y la adolescencia. En particular, se observarán los avances y las cuestiones pendientes en relación con los siguientes derechos: a la identidad, a la educación, a la salud, a la seguridad social, a la protección judicial y al debido proceso; a la protección contra la explotación laboral y a la erradicación del trabajo infantil.

Oportunamente, se evaluará también la incidencia de la ratificación, en 2007, de la *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares* (CTM)².

2. INFANCIA Y ADOLESCENCIA EN EL CONTEXTO DE LA MIGRACIÓN ANTE EL CAMBIO DE LA NORMATIVA MIGRATORIA

En este epígrafe se describirán las modificaciones más relevantes que supuso la entrada en vigor de la ley 25.871, especialmente en cuanto al reconocimiento de derechos humanos a las personas migrantes y teniendo en consideración las diferencias respecto de la norma migratoria anterior, emitida en 1981 por la última dictadura militar. Luego se destacarán en particular las referencias explícitas e implícitas a los derechos de la infancia y la adolescencia en la nueva legislación, así como los aspectos que, desde una perspectiva de niñez, dicho marco normativo ha omitido. Finalmente, se mencionará brevemente qué otros cambios se han incorporado a la normativa migratoria a través de la ratificación de la CTM.

¹ Este capítulo fue elaborado por Ezequiel Rodríguez Miglio, Leonel Toledo y Daniela Vetere, bajo la coordinación del CDH/UNLa.

² Incorporada mediante ley 26.202.

2.1 Los derechos en la regulación de la dictadura

Hasta el año 2004, la política migratoria argentina estuvo regida por la ley 22.439, conocida como "Ley Videla", en alusión al jefe de la junta militar que entonces gobernaba el país. Durante años, la norma fue duramente cuestionada por su particular concepción de las personas migrantes (y extranjeras en general) como una amenaza a la seguridad nacional, así como por las restricciones que imponía a sus derechos fundamentales sobre la base de su situación migratoria. La antigua normativa establecía, así, serias restricciones para el ingreso, admisión y radicación de personas extranjeras, al tiempo que otorgaba un amplio margen de discrecionalidad a las autoridades migratorias para disponer la expulsión de aquellas.

Al mismo tiempo, los decretos que reglamentaron esa ley, dictados ya en gobiernos democráticos,³ y las prácticas que el órgano de aplicación, la Dirección Nacional de Migraciones (DNM), implementó durante más de dos décadas, establecieron complejos requisitos que supusieron trabas importantes para la regularización migratoria. Como el propio Estado reconoció posteriormente,⁴ esto produjo un incremento paulatino del número de migrantes que residían en el país sin una residencia formal (temporaria o permanente), con las consecuencias negativas que implicaba para sus condiciones de vida y el ejercicio de derechos básicos. Además, proliferaron los mecanismos de persecución y sanción aplicados por la DNM y los organismos que integran la policía migratoria auxiliar (Policía Federal, Prefectura Naval, Gendarmería Nacional y Policía Aeronáutica). En este marco, ni siquiera los planes extraordinarios de regularización implementados a mediados de la década de 1980 y principios de la siguiente⁵ fueron suficientes para impedir que los obstáculos normativos y burocráticos generaran un aumento constante de personas en situación migratoria irregular.

Por ello, la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires en 2001 describía los problemas verificados en la tramitación de la residencia ante la DNM: la exigencia de requisitos no incluidos en la normativa migratoria y de documentación y certificaciones costosas; las "inhabilidades" migratorias establecidas por vía reglamentaria; la falta de información y asistencia jurídica al migrante; las excesivas e injustificadas demoras en la tramitación de los expedientes; la exigencia de producción de pruebas imposibles; la ausencia de un sistema de exención del pago de tasas migratorias; la falta de información sobre los recursos administrativos; la ausencia de notificación fehaciente; la exigencia de una tasa para la interposición de recursos de reconsideración; la falta de control de legalidad, las detenciones y expulsiones sin mediar control judicial alguno, entre otras arbitrariedades que por fuera de toda legalidad, y en base a una práctica administrativa sistematizada, funcionaban como mecanismos que reducían a las personas a meros objetos de un procedimiento burocrático que las excluía como sujetos de derecho, mermando sus posibilidades de defenderse frente a las decisiones que recaían sobre ellos.⁶

³ Decretos 1434/87 y 1023/94.

⁴ En este sentido, véanse las declaraciones del entonces director de la DNM, en Rodríguez, Carlos, "Un plan para que los inmigrantes sin documentos queden legalizados", *Página/12*, 15/12/2005 [<http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-60512-2005-12-15.html>] (Consultado el 13 junio de 2012).

⁵ En los años 1984 (decreto 780/94) y 1992 (decreto 1033/92) se implementaron planes de regularización migratoria.

⁶ Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, resolución 2840/01.

Como se ha señalado, al permanecer en situación migratoria irregular las personas migrantes veían restringido el acceso a diversos derechos humanos en razón de las desigualdades que preveía la propia ley. El derecho a la salud, por ejemplo, sin negarse expresamente, en caso de migrantes sin residencia regular en general se limitaba a la atención sanitaria de emergencia. De igual modo, el acceso a la educación de niños/as migrantes sin residencia regular se limitaba al nivel de educación primaria, ya que para estudios secundarios, terciarios o universitarios se exigía tener una residencia legal en el país (artículo 102 de la ley 22.439).

Estos derechos, a la salud y a la educación, se veían aún más restringidos que otros fundamentalmente por dos circunstancias. En primer lugar porque la "Ley Videla" imponía a los empleados y funcionarios públicos, con especial énfasis en el ámbito de la salud, la obligación de actuar como agentes de control migratorio: debían solicitar el Documento Nacional de Identidad (DNI) argentino y, en caso de irregularidad, denunciar a la persona ante la DNM;⁷ a raíz de estas denuncias se iniciaban procedimientos de expulsión. Por supuesto, esta obligación disuadía a las personas migrantes de acercarse a los centros de salud por temor a ser denunciadas.

En segundo término, la irregularidad migratoria de los padres impactaba en el acceso a la educación de sus hijos/as, incluso en aquellos casos en que, por haber nacido en el país, tuvieran nacionalidad argentina. Con el argumento de la irregularidad migratoria de los/as progenitores/as, en ocasiones se restringía el ingreso a la educación de los niños/as o se impedía su continuidad una vez ingresados/as. Estas trabas se daban a pesar de que la *Convención sobre los Derechos del Niño* (CDN), ratificada por Argentina en 1990 por ley 23.849 y con jerarquía constitucional desde 1994, prohíbe la privación de derechos de los niños en razón de cualquier condición de sus padres.⁸

En este contexto, en 2002, al examinar la situación en Argentina el Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas resaltó con preocupación las prácticas discriminatorias que afectaban a diferentes grupos sociales, entre ellos a niños/as migrantes e hijos de migrantes, en particular respecto al acceso a derechos sociales. En especial, destacó los obstáculos que enfrentaban los hijos/as de migrantes en situación irregular para acceder al derecho a la educación.⁹

Por otro lado, la actuación irregular, es decir, sin amparo legal, de algunas delegaciones del Registro Civil que se negaban a inscribir el nacimiento de los hijos/as de migrantes en situación migratoria irregular, afectaba seriamente los derechos de esos niños/as.¹⁰

⁷ El artículo 103 de la ley 22.439 establecía que: "Las instituciones hospitalarias o asistenciales, ya sean públicas, nacionales, provinciales o municipales, o las privadas, cualquiera sea la forma y estructura que tengan, deberán exigir a los extranjeros que solicitaren, o a aquellos a quienes se les prestare, asistencia o atención, que acrediten identidad y justifiquen, mediante constancia hábil, su permanencia legal en la República. Cuando no los posean -sin perjuicio de su asistencia o prestación- quedarán obligados a comunicar, dentro de las veinticuatro (24) horas a la autoridad migratoria, los datos filiatorios y el domicilio de los mismos".

⁸ Para un examen más detallado de estos problemas, véanse los capítulos sobre derechos de migrantes en los informes anuales del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) de los años 2000 a 2004.

⁹ Comité de los Derechos del Niño, 'Observaciones finales: Argentina 09/10/2012' (CRC/C/15/Add.187, 2012), párrafos 29 y 56. Disponibles En línea <http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/%28Symbol%29/e66bdd33da876089c1256d5e00287537?Opendocument> (Consultado en junio de 2013).

¹⁰ En el capítulo referente a la situación en el noroeste argentino, particularmente en la provincia de Jujuy, se observará que esta negativa a derechos esenciales de la niñez (a la inscripción, al nombre y a una nacionalidad) sigue siendo un grave problema, no obstante los cambios sustanciales que supone la normativa vigente.

En suma, en el marco de la "Ley Videla" los derechos de las personas migrantes se veían constantemente amenazados o directamente vulnerados por los mecanismos previstos para el control migratorio y la sanción de la migración irregular. También, por el modo en que la DNM y la policía migratoria auxiliar implementaban estos mecanismos: las detenciones y expulsiones de migrantes ante infracciones administrativas (ingreso no permitido, residencia vencida, falta de residencia, etc.) se concretaban sin las garantías elementales de debido proceso, sin intervención judicial y, en muchos casos, sólo como consecuencia de irregularidades en la tramitación de los expedientes de radicación.¹¹

A su vez, y en relación con los niños/as migrantes e hijos/as de migrantes, las expulsiones implicaron en incontables casos la separación de la familia, ya que se dispusieron sin consideración del derecho a la vida familiar. Estas situaciones derivaron en la presentación de múltiples denuncias ante la justicia y ante organismos internacionales de protección de derechos humanos.¹²

En este contexto se fortalecieron paulatinamente iniciativas, articulaciones y estrategias de organizaciones de la sociedad civil, incluidas las de las propias comunidades migrantes,¹³ dirigidas no sólo a denunciar las violaciones a los derechos humanos de las personas migrantes, sino también a promover la derogación de la ley migratoria y su remplazo por una norma adecuada a la igualdad de derechos reconocida en la Constitución Nacional y en los tratados ratificados por Argentina desde el retorno de la democracia en 1983. Algunos avances en el ámbito internacional, como la entrada en vigor en 2003 de la CTM y las intervenciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en estos temas, favorecieron también las demandas de estos colectivos por la sanción de una nueva legislación migratoria.¹⁴

A continuación se analizarán los principales cambios que la ley 25.871 introdujo en cuanto a derechos de personas migrantes, para luego examinar específicamente la situación de la infancia y la adolescencia en dicha normativa.

2.2 La Ley de Migraciones 25.871: un enfoque de derechos humanos

El 17 de diciembre de 2003 el Senado aprobó la derogación de la "Ley Videla" y la sanción de la nueva ley migratoria, promulgada luego por el Poder Ejecutivo. La norma, vigente desde el 21 de enero de 2004, contó en su elaboración y discusión con una activa participación de organizaciones de la

¹¹ Estadísticas oficiales relevadas en los años previos al cambio de la ley (2001-2002), indicaban la ejecución de miles de expulsiones al año mediante procedimientos administrativos (sin control judicial) carentes de garantías mínimas (véase Asa, P.; Ceriani Cernadas, P. "Migrantes: ley inconstitucional y práctica arbitraria", en CELS, *Informe anual de Derechos Humanos*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2002).

¹² A modo de ejemplo, cabe citar la denuncia presentada en 1999 por el CELS en el caso De la Torre ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, caso n° 12.306).

¹³ Sobre el rol de la sociedad civil en la aprobación de la nueva ley de migraciones, véase Correa, V., "La nueva ley de migraciones y la participación de las organizaciones de la sociedad civil", en R. Giustiniani (coord.), *Migración: un derecho humano*, Prometeo, Buenos Aires, 2004, pp. 173-178

¹⁴ La Corte IDH, en una importante Opinión Consultiva (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, del 17 de septiembre de 2003, sobre "Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes indocumentados", párr. 118), enfatizó la obligación de adecuar las políticas migratorias a los tratados de derechos humanos, y afirmó 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 (...) 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 (...) los Estados [deben respetar] 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".

sociedad civil y contiene una serie de artículos que en buena medida suponen la introducción de un enfoque de derechos humanos en las políticas migratorias.

En este sentido, cabe destacar que el artículo 3 establece los objetivos de la ley, entre los cuales contempla:

- fijar las líneas políticas fundamentales y sentar las bases estratégicas en materia migratoria y dar cumplimiento a los compromisos internacionales de la República en materia de derechos humanos, integración y movilidad de los migrantes;
- garantizar el ejercicio del derecho a la reunificación familiar;
- asegurar a toda persona que solicite ser admitida en la República Argentina, de manera permanente o temporaria, el goce de criterios y procedimientos de admisión no discriminatorios en términos de los derechos y garantías establecidos por la Constitución Nacional, los tratados internacionales, los convenios bilaterales vigentes y las leyes;
- promover y difundir las obligaciones, derechos y garantías de los migrantes, conforme a lo establecido en la Constitución Nacional, los compromisos internacionales y las leyes, manteniendo en alto su tradición humanitaria y abierta con relación a los migrantes y sus familias.

Como se ve, los lineamientos y propósitos de la ley señalan que la política migratoria necesariamente debe enmarcarse dentro de los compromisos en derechos humanos asumidos por el Estado argentino. Entre esos objetivos se destaca de manera específica el derecho a la reunificación familiar, circunstancia que puede tener un impacto central en la protección de los derechos de los niños/as migrantes y los hijos e hijas de las personas migrantes.¹⁵

A su vez, el artículo 4 establece que "el derecho a la migración es esencial e inalienable de la persona y la República Argentina lo garantiza sobre la base de los principios de igualdad y universalidad". Este artículo implica un cambio sustancial respecto de la normativa anterior, al concebir la migración como un derecho que debe garantizarse y no como una amenaza.

Sin duda, entre los cambios más significativos que aportó la nueva ley se destacan también los artículos 7 y 8, sobre los derechos a la educación y a la salud, respectivamente. Ambos artículos reconocen estos derechos a todas las personas, prohibiendo expresamente su negación o restricción debido a cualquier irregularidad migratoria. A su vez, la obligación de denuncia que pesaba sobre los organismos públicos en la ley anterior fue remplazada por un deber de asistir a los y las migrantes para que puedan regularizar su situación migratoria.¹⁶

¹⁵ A su vez, el artículo 10 de la ley establece: "El Estado garantizará el derecho de reunificación familiar de los inmigrantes con sus padres, cónyuges, hijos solteros menores o hijos mayores con capacidades diferentes".

¹⁶ El artículo 7 de la ley 25.871 establece que "En ningún caso la irregularidad migratoria de un extranjero impedirá su admisión como alumno en un establecimiento educativo, ya sea este público o privado; nacional, provincial o municipal; primario, secundario, terciario o universitario. Las autoridades de los establecimientos educativos deberán brindar orientación y asesoramiento respecto de los trámites correspondientes a los efectos de subsanar la irregularidad migratoria. Asimismo, el artículo 8 sostiene que "No podrá negársele o restringírsele en ningún caso, el acceso al derecho a la salud, la asistencia social o atención sanitaria a todos los extranjeros que lo requieran, cualquiera sea su situación migratoria. Las autoridades de los establecimientos sanitarios deberán brindar orientación y asesoramiento respecto de los trámites correspondientes a los efectos de subsanar la irregularidad migratoria".

Con un criterio similar, el artículo 6 reafirma y profundiza la igualdad entre nacionales y extranjeros prevista en la Constitución Nacional desde hace más de un siglo y medio (artículos 14 a 20), al establecer que “[E]l Estado en todas sus jurisdicciones, asegurará el acceso igualitario a los inmigrantes y sus familias en las mismas condiciones de protección, amparo y derechos de los que gozan los nacionales, en particular lo referido a servicios sociales, bienes públicos, salud, educación, justicia, trabajo, empleo y seguridad social”. Más adelante se analizarán las medidas que se han implementado o bien están pendientes, a fin de cumplir cabalmente con esta disposición.

Otro de los cambios relevantes en la ley migratoria atañe a la regulación de los mecanismos de control migratorio, en particular en lo referido a la detención y expulsión de migrantes. En este sentido, se incluyeron disposiciones que aseguran las garantías de debido proceso en el marco de los procedimientos migratorios, en especial en materia de expulsión. En esa línea, se incorporaron recursos administrativos y judiciales previendo la asistencia jurídica gratuita en casos de migrantes carentes de recursos económicos (artículo 86) y se eliminó el deber de denunciar la irregularidad migratoria. En cuanto a la detención, ésta sólo puede ser dispuesta por una autoridad judicial, y el principio general es que las personas migrantes no pueden ser detenidas durante la tramitación de un procedimiento de expulsión: la detención procede única y excepcionalmente para garantizar la ejecución de la decisión final del proceso.¹⁷

La ley 25.871 también introdujo dos novedades importantes respecto de la regularización migratoria, así como en relación a los criterios de residencia. En primer lugar, la ley establece que las autoridades migratorias deben implementar iniciativas tendientes a facilitar la regularización migratoria de las personas. En este marco se desarrollaron dos programas de regularización: en 2004 para personas que no tenían la nacionalidad de algún país de Sudamérica¹⁸, y en 2006 se inició la ejecución del Plan Patria Grande dirigido a la regularización de migrantes de países miembros o asociados del MERCOSUR.¹⁹

En segundo lugar, la ley incorpora la categoría migratoria de Nacionales del MERCOSUR y Asociados, que otorga una residencia temporal de dos años a las personas de esos países.²⁰ Esta circunstancia permitió que las personas oriundas de los principales países de origen de migrantes tuvieran derecho a obtener una residencia en el país sin depender de otros criterios migratorios tradicionales de radicación (trabajo, familia, etc.). Como consecuencia de esta modificación y de los planes de regularización, desde 2004 se han radicado en el país cientos de miles de migrantes (tal como puede verse en los datos del anexo estadístico de este informe), lo cual facilita el acceso a derechos que, aún con un marco normativo favorable, puede verse obstaculizado por la falta de residencia o de DNI argentino. La contracara de este importante cambio, como se verá más adelante, son los problemas que enfrentan las personas migrantes que provienen de otros continentes o regiones.

¹⁷ Artículo 70 de la Ley 25.871.

¹⁸ Decreto 1169/2004.

¹⁹ Decretos 836/2004 y 578/2005.

²⁰ Artículo 23, inciso I) de la ley 25.871 y del decreto 616/2010.

2.3 La ley 25.871 y los derechos de la niñez y la adolescencia

Algunos de los aspectos de la ley mencionados en el apartado anterior constituyen, directa o indirectamente, un importante avance en cuanto al reconocimiento de los derechos de niños/as migrantes, independientemente de su situación migratoria o la de sus padres.

Al momento de la sanción de la Ley de Migraciones se encontraba aún vigente la Ley de Patronato de Menores (ley 10.903), que fue expresamente derogada en el año 2005 con la sanción de la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (ley 26.061), cuya vigencia implica un importante cambio de paradigma y el reconocimiento de derechos que hasta entonces, salvo por la CDN, no eran reconocidos por ninguna normativa.

El reconocimiento en la Ley de Migraciones de los derechos a la educación y a la salud (artículos 7 y 8) y la igualdad de derechos sociales y del acceso a la justicia (artículo 6) constituyen sin duda cambios que suponen una situación jurídica sustancialmente más favorable para los niños y las niñas migrantes. De igual manera, la obligación del Estado de garantizar la vida familiar (artículos 3 y 10) da un marco jurídico protector de la infancia migrante y de los hijos e hijas de migrantes, tanto para permitir su ingreso al país y residencia como para evitar que algunas decisiones (por ejemplo, la expulsión) impliquen la separación de la familia.

A su vez, el criterio de radicación por familia -en este caso, por ser hijo/a de argentinos o inmigrantes radicados, o por ser padre/madre de niños/as argentinos o migrantes radicados- facilita el acceso a la residencia de la niñez migrante y/o de sus padres.²¹ También en relación con la radicación, el reglamento de la ley ha establecido que para solicitar la residencia de una persona migrante menor de 18 años de edad basta con la presentación y la autorización de uno de sus progenitores o su tutor.²² Esta regulación es particularmente importante ya que, al no ser necesaria la autorización de ambos padres para la radicación, se evita un obstáculo que muchas veces resulta insalvable cuando el padre o la madre habitan fuera del territorio argentino y no es posible localizarlos.

Por otra parte, en materia de control migratorio la ley brinda ciertos mecanismos favorables para la protección de la familia y la no separación de hijos/as y padres/madres. Por ejemplo, al regular algunas causales que podrían derivar en la cancelación de la residencia y posterior expulsión del país (por comisión de ciertos delitos u otras causales), el artículo 62 señala que dicha sanción no debería ser aplicada en caso de que la persona sea padre (madre), hijo/a o cónyuge de una persona de nacionalidad argentina, aunque dicha disposición no impediría la expulsión y, consecuentemente, la separación familiar. En este sentido, será la práctica²³ -las decisiones que se adopten en los casos concretos- la que determinará en qué medida los derechos (y el interés superior) del niño son debidamente asegurados. Asimismo, el artículo 62 se refiere a "persona de nacionalidad argentina", lo cual excluiría a los extranjeros que residan en el país, aunque lo hicieren de modo permanente: esta circunstancia también debe examinarse en la práctica con miras a la protección del derecho a la vida

²¹ Artículo 22 de la ley y del reglamento contenido en el decreto 616/2010.

²² Artículo 9, inciso d, decreto 616/2010.

²³ El reglamento de la ley (decreto 616/2010, artículo 62) no ha agregado nada sobre esta cuestión.

familiar y, en particular, el derecho de los niños a no ser separados de sus padres.²⁴

En cuanto a la detención de migrantes en el marco de un procedimiento de expulsión, el artículo 70 dispone que si al producirse la privación de libertad la persona alega ser padre, hijo o cónyuge de argentino, la medida de expulsión puede suspenderse y en caso de acreditarse dicho vínculo familiar, se la deberá liberar de manera inmediata. Por lo tanto (aunque con la limitación señalada de la referencia a familiar de "argentino"), la protección familiar puede determinar la no aplicación de medidas de detención y expulsión.

Ahora bien, cabe destacar que la Ley de Migraciones omite considerar de manera específica a la niñez y la adolescencia migrante al regular ciertos aspectos de la residencia en el país y de los procedimientos migratorios. En particular, del texto de la ley surge que algunos derechos o estándares internacionales que se aplican a la niñez, y cuya fuente principal es la CDN, no fueron tenidos en cuenta; por ejemplo, al regular las causales de expulsión y el procedimiento para su ejecución, incluida la cuestión de la excepcional detención cautelar durante dicho proceso, no se ha incluido ninguna mención específica sobre la situación de niños/as que pudieran verse afectados por ese procedimiento.

Resulta llamativo que no se haya establecido expresamente una excepción que impida, por un lado, la detención de niños/as migrantes por razones administrativas (por ejemplo, por falta de residencia regular), y por otro, su expulsión del país como consecuencia de la aplicación de una sanción. Siguiendo los estándares internacionales,²⁵ la repatriación de niños/as (no acompañados o junto a sus familias) debería decidirse analizando el interés superior en cada caso, con el objetivo de proteger sus derechos. Por lo tanto, nunca puede constituir un castigo susceptible de reforzar aún más su situación de vulnerabilidad.

Con relación a niños/as y adolescentes migrantes no acompañados/as, es preciso señalar que el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas ha expresado que "el retorno al país de origen podrá decidirse, una vez ponderados debidamente el interés superior del menor y otras consideraciones, si estas últimas están fundadas en derechos y prevalecen sobre el interés superior del menor".²⁶ En ese sentido, añade que "los argumentos no fundados en derechos, por ejemplo, los basados en la limitación general de la inmigración, no pueden prevalecer sobre las consideraciones fundadas en el interés superior".²⁷ La Ley de Migraciones no contiene disposiciones concretas al respecto, aunque refiere de manera genérica que uno de sus objetivos es "dar cumplimiento a los compromisos internacionales de la República en materia de derechos humanos..." (art. 3.a).

Por otra parte, el derecho de todo/a niño/a a ser oído, un principio central de la CDN, no parece haber sido especialmente considerado al momento de diseñar los procedimientos migratorios (de admisión, residencia y expulsión), de modo de asegurar su adecuada participación en los procesos que los afecten, como podría ser la eventual expulsión de sus padres o de toda la familia. Por supues-

²⁴ Artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

²⁵ Ver, entre otros, UNICEF TACRO – UNLa, *Estudio sobre la articulación de las políticas migratorias y los estándares de derechos humanos aplicables a la niñez en América Latina y el Caribe*, Panamá, 2010; Relator de Naciones Unidas de Derechos de Migrantes, *Informe anual*, A/HCR/11/7, 2009.

²⁶ Comité de los Derechos del Niño, 'Observación General No. 6 Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen' (CRC/GC/2005/6, 2005), párrafo 86.

²⁷ *Ibid.*

to, de allí no se deduce que en la práctica ese derecho no pueda garantizarse, pero indudablemente una protección explicitada en la ley hubiese contribuido sustancialmente al diseño de mecanismos que aseguren su ejercicio en todos los procedimientos que corresponda, de acuerdo con la edad y madurez del niño/a o adolescente.

A su vez, la ley no incluye ninguna alusión a la posible intervención de autoridades u organismos en materia de infancia -de manera exclusiva o en coordinación con la DNM-en casos relativos a niños/as y adolescentes migrantes. Esta omisión, tanto en la ley como en el decreto reglamentario, puede repercutir en la falta de un enfoque centrado en la niñez (y sus derechos), en el diseño y ejecución de medidas, resoluciones o programas de trabajo relativos a la temática migratoria que impacten en los derechos de la niñez y la adolescencia migrante. Más adelante, al examinar algunas prácticas migratorias implementadas desde 2004, se evidencian ejemplos de las consecuencias negativas que pueden derivarse de dicha omisión.

Finalmente, llama la atención que entre los principios de derechos humanos que han sido incorporados a la ley migratoria (como el principio pro persona del artículo 28 y el principio de no discriminación del artículo 13) no haya sido incluido el principio de interés superior del niño. Este principio esencial para la protección de la infancia y la adolescencia debe guiar el diseño y la ejecución de cualquier política pública que pueda afectar sus derechos.

2.4 Los derechos de la niñez en la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares

La *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares* (CTM) fue incorporada al ordenamiento jurídico argentino en 2007.²⁸ Esta convención impacta en la situación de la infancia y la adolescencia por dos vías. Por un lado, se aplica a los/las menores de 18 años que sean trabajadores/as migrantes y que estuvieran autorizados/as a trabajar según el marco legal de cada país;²⁹ también a quienes no estando en edad de trabajar, desempeñan tareas laborales que, según el caso, podrían tratarse de formas de trabajo infantil prohibido por la legislación o incluso de explotación laboral (a veces, en el marco del delito de trata de personas).

Por otro lado, esta Convención incluye a los hijos/as de migrantes, sean ellos mismos migrantes o no: la CTM reconoce no sólo los derechos de los/as trabajadores/as migrantes sino también los derechos de los miembros de sus familias. En tal sentido, expresa que se entenderá como familiares a "las personas casadas con trabajadores migratorios o que mantengan con ellos una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, así como a los hijos a su cargo y a otras personas a su cargo reconocidas como familiares por la legislación aplicable" (art. 4).

²⁸ La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares fue adoptada por la Organización de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1990. En Argentina, la Convención fue aprobada por el Congreso de la Nación por medio de la ley 26.202, promulgada el 10 de enero de 2007. El 23 de febrero de ese año el Poder Ejecutivo depositó el instrumento de ratificación.

²⁹ En Argentina, la ley 26.390 promulgada por el Congreso Nacional el 24 de junio de 2008, por medio de la cual se prohíbe el trabajo infantil y se otorga protección del trabajo adolescente, dispone que la edad mínima de admisión en el empleo es de 16 años. La ley prohíbe el trabajo en todas sus formas de las personas menores de dieciséis 16 años y dispone que las personas desde esa edad y menores de 18 años, pueden celebrar contrato de trabajo, con autorización de sus padres, responsables o tutores.

Este instrumento distingue entre los derechos humanos que los Estados deben garantizar a todas las personas migrantes, independientemente de su condición migratoria (artículos 8 a 35), y ciertos derechos que podrían restringirse para quienes tienen una residencia legal en el país de destino (artículos 36 a 56). Entre los derechos reconocidos a todas las personas migrantes, se mencionan derechos civiles como los derechos a la vida y a la integridad física, la prohibición de torturas, malos tratos y trabajos forzosos; las libertades de expresión y pensamiento así como el derecho a la vida familiar; y, entre otros, la prohibición de detención arbitraria, el acceso a la justicia y las garantías de debido proceso. Entre los derechos económicos, sociales y culturales, se reconocen derechos tales como a la salud, a la educación, a la sindicalización, los derechos laborales (en igualdad de condiciones y trato que los nacionales), el derecho a la seguridad social y a conservar y practicar su cultura.

Algunos de estos derechos (como a la salud) tienen en la CTM niveles de protección más amplios para los/as migrantes con residencia regular. De cualquier modo, en Argentina algunos derechos presentan una garantía más amplia en la propia Ley de Migraciones, por lo cual ciertas restricciones de la Convención no serían aplicables en razón del principio *pro persona*.

En cuanto a las previsiones relativas a la infancia se puede destacar, en primer lugar, que la CTM menciona específicamente en su preámbulo la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño entre los instrumentos internacionales que le dan sustento y la complementan.

En cuanto a los derechos de niños/as e hijos/as de migrantes, la CTM establece en su artículo 29 que

“todos los hijos de los trabajadores migratorios tendrán derecho a tener un nombre, al registro de su nacimiento y a tener una nacionalidad”.

En lo relativo a la educación dispone que

“todos los hijos de los trabajadores migratorios gozarán del derecho fundamental de acceso a la educación en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate. El acceso de los hijos de trabajadores migratorios a las instituciones de enseñanza preescolar o las escuelas públicas no podrá denegarse ni limitarse a causa de la situación irregular en lo que respecta a la permanencia o al empleo de cualquiera de los padres, ni del carácter irregular de la permanencia del hijo en el Estado de empleo” (artículo 30).

Para quienes se encuentren en situación migratoria regular, la Convención fija la igualdad de trato respecto de los nacionales en cuanto al acceso a: instituciones y servicios de enseñanza, con sujeción a los requisitos de ingreso y a otras normas de las instituciones y los servicios de que se trate; instituciones y servicios de orientación y capacitación vocacional, a condición de que se cumplan los requisitos para la participación en ellos; servicios sociales y de salud, a condición de que se cumplan los requisitos para la participación en los planes correspondientes; y a la vida cultural y la participa-

ción en ella. Asimismo, establece que los Estados deberán diseñar programas dirigidos a facilitar la integración social de los hijos de trabajadores migrantes, así como facilitar la enseñanza de la lengua y cultura materna (artículo 45).

Finalmente, cabe resaltar que la CTM refuerza la protección de la unidad familiar en caso de migrantes en situación regular, incluyendo el deber de los Estados de facilitar "la reunión de los trabajadores migratorios con sus cónyuges o con aquellas personas que mantengan con el trabajador migratorio una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, al igual que con sus hijos solteros menores de edad que estén a su cargo" (artículo 44).

3. EL MARCO JURÍDICO SOBRE INFANCIA Y ADOLESCENCIA EN ARGENTINA

Argentina es parte de la *Convención Internacional sobre los Derechos del Niño* (CDN) desde 1990. En el marco de ese instrumento, en el año 2005 se sancionó la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, que supuso la adecuación de la normativa interna al sistema de protección integral de derechos consagrado en la CDN. Explícitamente, además, la 26.061 derogó la ley 10.903 de Patronato de Menores en la cual se basaba el modelo tutelar de política estatal relativo a "menores en situación irregular" o en "estado de abandono, riesgo o peligro moral o material".

La primera parte de la ley explicita los principios generales que la sustentan, en consonancia con aquellos provenientes del derecho internacional de los derechos humanos, particularmente de la CDN: universalidad, no discriminación, pro persona, irrenunciabilidad, indivisibilidad e interdependencia. La segunda parte establece un catálogo de derechos y garantías; algunos siguen los estándares internacionales y otros son incluso más amplios. En este sentido, es preciso señalar que la ley tiene vocación universal, en tanto que reconoce todos los derechos para todos los niños y niñas sin discriminación alguna. A ello debe agregarse que el artículo 11 contempla, como parte del derecho a la identidad, el respeto a la lengua de origen, a la cultura del lugar de origen y a la preservación de la identidad e idiosincrasia.

En lo que respecta directamente a la cuestión de niñez y migración, puede observarse que si bien la sanción de la Ley de Protección Integral es posterior a la Ley de Migraciones, en su texto no se encuentran referencias explícitas a los derechos, situación o necesidades particulares que puedan tener los niños/as migrantes o hijos de migrantes. El posible impacto de la migración en la niñez (y en sus derechos) no se menciona expresamente en la ley 26.061, al menos respecto de cuestiones o temáticas particulares a tener en cuenta al momento de su implementación. Sin embargo, en tanto el principio de igualdad y no discriminación -pilar del sistema de protección de derechos humanos- está expresamente incorporado a la Ley de Protección Integral,³⁰ en él pueden apoyarse políticas y programas destinados específicamente a la niñez afectada por la migración. Más adelante se examinará en qué medida han sido diseñadas iniciativas de este tipo.

³⁰ El artículo 28 de la ley 26.061 establece: "Las disposiciones de esta ley se aplicarán por igual a todos las niñas, niños y adolescentes, sin discriminación alguna fundada en motivos raciales, de sexo, color, edad, idioma, religión, creencias, opinión política, cultura, posición económica, origen social o étnico, capacidades especiales, salud, apariencia física o impedimento físico, de salud, el nacimiento o cualquier otra condición del niño o de sus padres o de sus representantes legales".

4. REFLEXIONES FINALES

Los importantes avances que en los últimos años experimentaron las normativas sobre migraciones e infancia no han considerado las circunstancias específicas de la niñez y la adolescencia migrante; ambas carecen de un enfoque que atienda las situaciones particulares de esta población. Es por eso que se puede hablar de un doble déficit: una falta de perspectiva de niñez en las políticas migratorias y de migración en las políticas de infancia. Esta doble ausencia, que no es patrimonio exclusivo de nuestro marco jurídico sino más bien un rasgo compartido con otros países de la región y del mundo, ha sido señalada por diferentes especialistas.³¹

No obstante, a nivel global el impacto de este déficit varía en cada país. Indudablemente, en el caso argentino el marco normativo que se describió favorece la adopción de políticas que profundicen el reconocimiento de derechos, garanticen su efectiva vigencia y subsanen así las falencias que presenta la normativa aplicable. En este sentido, la doble situación de vulnerabilidad en que pueden hallarse las personas migrantes menores de edad o los hijos/as de migrantes -por ser niños/as o adolescentes y por estar lejos de su lugar de origen o el de sus padres-, reclama al Estado acciones positivas para una mayor protección de sus derechos. Esto conlleva modificaciones normativas y la planificación de políticas que permitan visualizar y atender las necesidades particulares de la niñez y la adolescencia en el contexto de la migración. Por supuesto, las iniciativas dirigidas a modificar prácticas sociales y culturales que resulten discriminatorias deben incluirse en esta agenda.

En el capítulo que sigue se examinarán los impactos concretos que este marco normativo (en especial la ley migratoria, pero también la CDN y ley 26.061) ha tenido en las políticas públicas dirigidas a la infancia migrante. El objetivo es, en definitiva, determinar los principales avances y las cuestiones pendientes que las políticas públicas presentan al cotejarlas con los estándares internacionales sobre derechos de la niñez y la adolescencia en el contexto de la migración.

³¹ Entre otros UNICEF TACRO – UNLa (2010) Estudio sobre los estándares jurídicos básicos aplicables a niños y niñas migrantes en situación migratoria irregular en América Latina y El Caribe; Relator de Naciones Unidas de Derechos de Migrantes (2009), Informe Anual presentado al Consejo de Derechos Humanos, Ginebra, A/HRC/11/7).

II. DERECHOS DE NIÑOS Y NIÑAS MIGRANTES EN LA LEGISLACIÓN Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS: AVANCES Y CUESTIONES PENDIENTES

1. INTRODUCCIÓN

En el capítulo anterior se reseñó el panorama de los derechos de la niñez y la adolescencia en el contexto de la migración a través del análisis de la situación previa a la ley 25.871 así como del enfoque en derechos humanos que significó esta nueva legislación. No obstante, se señaló que la perspectiva de la niñez no tiene un tratamiento específico en la actual ley de migraciones, razón por la cual se abordó el tratamiento que de la niñez hacen algunos instrumentos y órganos internacionales, y en particular, el marco jurídico sobre infancia en Argentina.

A continuación, entonces, se examinarán los impactos concretos que este marco normativo -en especial la ley migratoria, pero también la CDN y ley 26.061- ha tenido en las políticas públicas: el objetivo es, en definitiva, determinar los principales avances y las cuestiones pendientes que estas políticas presentan en su cotejo con los estándares internacionales sobre derechos de la niñez y la adolescencia en el contexto de la migración.

2. DERECHO A LA IDENTIDAD

La identidad de una persona es una construcción que abarca distintos aspectos de su vida: el nombre, el lugar de nacimiento, los vínculos familiares y los aspectos culturales, entre otros factores, son determinantes de la identidad y, por ende, del derecho a la identidad. En tanto nos permite constituirnos como sujetos de derecho, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha ratificado expresamente la obligación de los Estados de asegurar este derecho a todos los niños y niñas nacidos en su jurisdicción, con independencia de la nacionalidad o el status migratorio de sus padres.¹

Este derecho está reconocido en la CDN, donde se incluyen los distintos elementos que lo integran (arts. 7 y 8)², y de él se derivan, entre otras consecuencias, la obligación estatal de inscribir a los niños luego del nacimiento, respetar y garantizar el derecho al nombre, a la nacionalidad y a la personalidad jurídica, así como de brindar la adecuada protección contra injerencias ilícitas. Por su parte, como se ha señalado anteriormente, la CTM establece que todos los hijos/as de los migrantes tienen el derecho a tener un nombre, al registro de nacimiento y a tener una nacionalidad.

La Ley de Migraciones no establece aspectos relativos al derecho a la identidad de niños, niñas y

¹ Corte IDH, *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, Sentencia de 8 de septiembre de 2005.

² CDN, artículos 7 y 8. El primero de ellos reconoce que: "1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. 2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida". Por su parte, en el artículo 8 se lee: "1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad".

adolescentes migrantes en forma explícita, aunque sostiene que el Estado debe garantizar la reunificación familiar y favorecer las iniciativas tendientes a la integración de las y los migrantes, entre ellas las expresiones relativas a la vida cultural, religiosa, etc. Por su parte, la Ley de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (26.061) ha receptado el derecho a la identidad en su artículo 11, en el que se reconocen distintos aspectos tales como el nombre y la nacionalidad y otras particularidades, como ser el derecho a la lengua de origen, a la preservación de las relaciones familiares, al conocimiento de sus padres y a la preservación de la cultura e idiosincrasia de éstos.

En este marco, es importante señalar que aun cuando la ley migratoria no haga referencia expresa a muchas de estas cuestiones, otras leyes que fueron sancionadas en los últimos años pueden ser determinantes para asegurar estos derechos respecto de todos los niños y niñas migrantes e hijos/as de migrantes, particularmente en relación con la identificación, inscripción y documentación. Así, puede observarse que el marco normativo ha intentado subsanar aquellos obstáculos para la adecuada identificación, inscripción y obtención del DNI de los niños, niñas y adolescentes.

Sin embargo, en la implementación pueden identificarse ciertas dificultades de orden práctico. Una de ellas se inscribe en la falta de documentación del país de origen de los padres, la cual es exigida por los funcionarios a la hora de la realización de trámites. También se observa que la descentralización de funciones de los Registros Civiles trae aparejado el cobro de tasas y contribuciones de carácter local que en ciertas ocasiones hacen imposible la prosecución del trámite. En muchos casos, la falta de información por parte de las personas migrantes sobre la legislación vigente favorece la existencia de niños y niñas sin registro de nacimiento y por ello sin el correspondiente DNI, obstaculizándose en la práctica el acceso a otros derechos.

2.1 Identificación

El artículo 12 de la Ley de Protección Integral reconoce, como una instancia fundamental para garantizar el derecho a la identidad, la identificación y la inscripción de los niños, niñas y adolescentes por parte del Estado. La norma establece que la identificación se efectúe en forma gratuita e inmediatamente después del nacimiento, para lo cual remite a la regulación de la ley 24.540 de Régimen de Identificación para los Recién Nacidos.³

2.2 Inscripción

En lo que refiere a la inscripción de nacimientos, la ley 26.413 de Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas indica que se inscribirán todos los nacimientos ocurridos en el territorio de la Nación (artículo 27). A continuación, se establece la inscripción por parte de los padres del niño o niña hasta los 40 días de nacido, previendo luego un plazo de 20 días para que se realice la inscripción de oficio (art. 28).

³ Durante los años 2008 y 2009 tuvo estado parlamentario el proyecto de ley sobre Régimen de Individualización de Todo Recién Nacido y del Binomio Madre-Hijo, cuyo objeto era, justamente, la individualización de todo recién nacido y del binomio madre-hijo, a fin de garantizar el derecho a la identidad de todas las personas desde su nacimiento y a los efectos de la inscripción del mismo, estableciendo un sistema más sencillo y eficaz que el previsto en la ley 24.540, la cual derogaba. Debido a su falta de tratamiento legislativo, el proyecto perdió estado parlamentario.

En este marco, es fundamental la regulación del decreto del Poder Ejecutivo Nacional 90 de 2009 (90/2009), que habilita la inscripción administrativa del nacimiento del niño/a desde el año y hasta los doce años, con el objeto de simplificar la tramitación para una mayor garantía del derecho a la identidad. También establece que los progenitores que sean de nacionalidad extranjera deberán acompañar un documento de identidad reconocido por los tratados internacionales o pasaporte del país de origen.⁴

Un aspecto importante es que este sistema de inscripción tardía establecido por el decreto 90/2009 fue prorrogado por varios decretos posteriores: el 92/2010, el 278/2011.⁵ En 2012, el decreto 294 prorrogó por un año más la vigencia del 278/2011 y, finalmente, en abril de 2013 el Decreto 339/2013 prorrogó el régimen por un año más.

Estas normas han contribuido a que muchos niños y niñas que no poseían Documento Nacional de Identidad debido a la falta de inscripción de su nacimiento, pudieran tramitar este certificado en la sede administrativa y, en consecuencia, pudiesen obtener su DNI sin tener que acudir a una sede judicial.⁶

2.3 Documentación

El artículo 13 de la Ley de Protección Integral y su decreto reglamentario 415/2006 declaran el derecho de todos los niños y niñas a obtener su documento así como la gratuidad del otorgamiento del primer DNI. A su vez, el decreto 90/2009 establece que la inscripción administrativa y el correspondiente DNI se otorgarán en forma gratuita y que los trámites estarán exentos del pago de multas y de toda carga fiscal (arts. 7, 8 y 9).

En relación con las personas migrantes, el artículo 30 de la Ley de Migraciones establece que podrán solicitar su DNI las personas extranjeras que cuenten con residencia permanente o temporaria. Aunque la posesión del DNI no es condición para acceder a derechos⁷ (de hecho, solicitar esta identificación constituye una facultad de la persona migrante), se verá que en la práctica el DNI muchas veces constituye un requisito exigido por las autoridades para realizar trámites o acceder a prestaciones sociales.

⁴ Más adelante se analizarán los obstáculos que existen para el cumplimiento de la inscripción cuando se trata de hijos/as de mujeres migrantes en situación migratoria irregular. Ver en particular el informe sobre la provincia de Jujuy y de Formosa.

⁵ En particular, el decreto 278 -idéntico en estructura al 90/09- incorpora el artículo número 12, por el cual se dispone la aplicación del régimen administrativo para la inscripción de ciudadanos con domicilio en la Argentina que acrediten su pertenencia a pueblos indígenas, sin límite de edad.

⁶ La ley 26.413 en el artículo 29 establece que vencidos los plazos establecidos en el artículo 28 para la inscripción de nacimientos, la inscripción podrá efectuarse por resolución judicial, para lo cual los jueces deben cumplir con determinados recaudos, tales como: a) certificado negativo de nacimiento emitido por el registro civil del lugar de nacimiento; b) certificado emitido por médico oficial en el que se determine la edad y la fecha presunta de nacimiento; c) Informe del Registro Nacional de las Personas, en su caso, donde conste si la persona cuyo nacimiento se pretende inscribir está o no identificada, matriculada o enrolada; determinándose mediante qué instrumento se justificó su nacimiento; d) declaración bajo juramento de dos (2) testigos respecto del lugar y fecha de nacimiento y el nombre y apellido con que la persona se conocía públicamente; e) otras pruebas que se crea conveniente exigir en cada caso. Asimismo, aunque se trata de un trámite sumario, el trámite insume una considerable cantidad de tiempo, requiere la intervención de abogado/a, el pago de tasas por el servicio de justicia, etc. El cumplimiento de todos estos requisitos no es algo sencillo, por lo cual es muy importante establecer procedimientos que eviten la inscripción judicial, ya que agiliza de manera significativa el trámite de inscripción tardía.

⁷ De hecho, tampoco es necesaria la regularidad migratoria para acceder, entre otros derechos, a los servicios educativos o de salud, conforme los artículos 7 y 8 de la ley 25.871.

2.4 Padres sin documentos de su país de origen

De las normas mencionadas se desprende que los niños y niñas nacidos en el territorio argentino deben ser identificados, inscriptos y debidamente documentados independientemente de la condición migratoria de sus padres. Sin embargo, en la práctica la mayor dificultad surge cuando los padres no cuentan con documentación del país de origen. En tal sentido, la Ley de Registros Civiles establece en el artículo 35 que "si al momento del parto la madre no presentare documento que acredite su identidad, deberá hacerlo al dársele el alta médica. En caso de no presentarlo en esa oportunidad se deberá dejar constancia de ello en el formulario de certificado médico".

Por otra parte, también se menciona que la inscripción debe contener el nombre y apellido del padre y de la madre y el tipo y número de los respectivos documentos de identidad. Sin embargo, en caso de que se encontraran sin documentación "...se dejará constancia de edad y nacionalidad, circunstancia que deberá acreditarse con la declaración de dos (2) testigos de conocimiento, debidamente identificados quienes suscribirán el acta" (art. 36).

El decreto 90/2009 prevé que en el caso de "que uno o ambos progenitores carecieran de Documento Nacional de Identidad, se requerirá la presencia de dos (2) testigos mayores de edad con Documento Nacional de Identidad a fin de acreditar la identidad del o los progenitores, dejándose constancia de: nombre, apellido, sexo, domicilio y edad de todos los intervinientes" (art. 5.b).

3. DERECHO A LA SALUD

El artículo 6 de la Ley de Migraciones establece que el Estado asegurará en todas sus jurisdicciones el acceso igualitario de las personas migrantes y sus familias a los servicios sociales, bienes públicos, salud, educación, justicia, trabajo, empleo y seguridad en las mismas condiciones de protección y amparo que los nacionales.⁸ Además, la ley prevé expresamente la prohibición de restringir o negar el acceso a la salud, la asistencia social o la atención sanitaria en virtud de la irregularidad migratoria en que pudiera encontrarse la persona.⁹

Sin embargo, en la implementación de estas disposiciones existen claroscuros que van desde políticas nacionales de salud que receptan correctamente los principios de la normativa migratoria hasta normas, muchas veces de inferior jerarquía que la ley 25.871, que establecen restricciones ilegítimamente.

Entre las políticas en materia de salud implementadas por el Estado Nacional se encuentra el Plan Nacer (hoy llamado "SUMAR"), impulsado desde el Ministerio de Salud de la Nación en el marco del Plan Federal de Salud, que tiene como objetivo brindar una cobertura médica a las mujeres em-

⁸ A su vez, el artículo 6 del Decreto 616/2010 establece: "El Ministerio del Interior, a través de la Dirección Nacional de Migraciones, sus autoridades delegadas y las fuerzas que componen la Policía Migratoria Auxiliar, en el ejercicio de las competencias asignadas, velarán por el resguardo de los derechos humanos y el goce del derecho a migrar reconocido por la Ley N° 25.871. Asimismo, prestará colaboración con otras áreas de los Gobiernos Nacional, Provincial, Municipal y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en aquellas acciones o programas tendientes a lograr la integración de los migrantes a la sociedad de recepción y a garantizar su acceso a los servicios sociales, bienes públicos, salud, educación, justicia, trabajo, empleo y seguridad social, en igualdad de condiciones con los nacionales".

⁹ Artículo 8 de la ley 25.871. A su vez, por vía reglamentaria se dispuso: i) que en todos los casos es suficiente, a los efectos de acreditar identidad, la documentación extendida por las autoridades del país de origen o los emitidos por los consulados en la Argentina; y ii) que el propio Ministerio de Salud sea el encargado de dictar las normas y medidas necesarias para garantizar el acceso a la salud.

barazadas y niños/as hasta los seis años que no cuenten con obra social.¹⁰

No obstante, la exigencia del DNI para ser inscrito en este plan resulta un obstáculo para aquellas personas migrantes, especialmente niños y niñas, que se encuentren en situación irregular o que aún no hayan obtenido dicho documento. Por esta razón el tema fue abordado desde la mesa interinstitucional de trabajo sobre salud, niñez y migración;¹¹ aunque originalmente el Plan Nacer no receptaba los principios generales de la Ley de Migraciones y el contenido de la CDN, luego de las distintas acciones de incidencia y el trabajo que se llevó adelante sobre este tema, se logró la adecuación a la CDN y la Ley 25.871.

La misma exigencia prevé un plan similar: el Plan Cobertura Porteña de Salud que funciona en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires y que depende del Ministerio de Salud de la Ciudad.¹² De esta manera, los niños y niñas migrantes e hijos/as de migrantes que no poseen DNI quedan excluidos del acceso a este programa.¹³

Por otra parte, mediante la resolución N° 481 del año 2009¹⁴ (481/2009) el Ministerio de Salud de la Nación dispuso la creación del *Programa Nacional de Unidades Móviles Sanitarias*. Sus objetivos son reforzar los dispositivos de primer nivel de atención sanitaria provincial y municipal, articular con los programas preexistentes dentro del ministerio y garantizar el efectivo acceso y atención primaria en salud a "todas las personas que habitan nuestro suelo sean nacionales o migrantes", especialmente de localidades y parajes recónditos del territorio argentino, priorizando las poblaciones del Noreste (NEA), Noroeste (NOA) y haciéndolo extensivo a todas las personas de los demás puntos del país. El programa constituye un avance en el reconocimiento del derecho a la salud de los migrantes, ya que su regulación se ajusta a la normativa migratoria, garantizando derechos por el sólo hecho de habitar el territorio argentino.

Del mismo modo, la ley 26.529¹⁵, que regula los derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, indica que los pacientes, y prioritariamente los niños, niñas y adolescentes, gozan del derecho a ser asistidos por los profesionales de la salud sin menoscabo o distinción alguna producto de sus ideas, creencias religiosas, políticas, condición socioeconómica, raza, sexo, orientación sexual o cualquier otra condición, entre las que sin lugar a dudas debe incluirse la nacionalidad y la irregularidad migratoria.

Ahora bien, a pesar de la garantía de acceso irrestricto a la salud incluida en la Ley de Migraciones y su decreto reglamentario, algunas resoluciones (normas de inferior jerarquía con respecto a la ley y el decreto) establecen restricciones que pueden señalarse claramente como contrarias a estas

¹⁰ Ministerio de Salud, Plan Nacer Inicio [<http://www.plannacer.msal.gov.ar/>] [Consultado el 27 de mayo de 2013]

¹¹ En la segunda parte del presente informe se explican las acciones para lograr el acceso efectivo al Plan Nacer de niños/as migrantes e hijos/as de migrantes, desarrolladas en el marco del trabajo interinstitucional que incluyó este proyecto.

¹² El plan está dirigido a todas aquellas personas que no poseen cobertura médica (ni obra social ni prepaga) y que acrediten residencia habitual y permanente en la ciudad de Buenos Aires.

¹³ Este tema fue abordado desde la mesa interinstitucional sobre salud, niñez y migración. Véase la segunda parte de este informe.

¹⁴ Resolución 481/2009 del 17 de abril de 2009, publicada en el Boletín Oficial el 23 de abril de 2009.

¹⁵ Ley 26.529. Sobre los Derechos del Paciente en su relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud, sancionada el 21 de octubre de 2009 y promulgada de hecho el 19 de noviembre.

normativas: tal es el caso, por ejemplo, de dos resoluciones dictadas por el Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI)¹⁶ que restringen el acceso de migrantes a trasplantes de órganos.

La primera de estas resoluciones fue dictada por el INCUCAI en 2004 y estableció los requisitos que deben cumplir los ciudadanos extranjeros para inscribirse en la lista de espera para la asignación de órganos cadavéricos.¹⁷ Entre sus considerandos, la resolución prescribe que resulta necesario "adoptar los criterios de asignación de órganos y tejidos que permita el acceso de la totalidad de los pacientes a la lista de espera en igualdad de condiciones". Asimismo, se menciona que existe una "necesidad de adoptar medidas tendientes a proteger a los grupos más pobres y vulnerables frente al <<turismo de trasplante>> y la venta de tejidos y órganos", criterios que, a su vez, "deben ajustarse a las disposiciones contenidas en la Ley de Migraciones 25.871 que fija las políticas y bases estratégicas en materia migratoria por las que el Estado determina las condiciones necesarias para el ingreso y permanencia de extranjeros en el país".

Sin embargo, la resolución estableció distinciones entre residentes permanentes, a quienes se garantiza la inscripción en la lista de espera para la asignación de órganos cadavéricos, y residentes temporarios o transitorios. A estos últimos se les exige acreditación del ingreso legal a la Argentina y un certificado del país de origen que indique que el paciente se encuentra en ese país impedido de participar de la asignación de órganos para trasplante, excepto para aquellos pacientes extranjeros con cuyo país de nacionalidad se hubiere celebrado convenio de reciprocidad.

Más aún, el 29 de diciembre del año 2009 el INCUCAI emitió otra resolución (342/2009) que deroga la anterior e impone una distinción aún más grave, al establecer que sólo podrán inscribirse a la espera de la asignación de órganos y/o tejidos cadavéricos los extranjeros con residencia permanente,¹⁸ excluyendo así a los residentes temporarios. Por su parte, para la donación de órganos entre vivos se dispone que debe acreditarse "residencia temporaria o transitoria" expedida por DNM.¹⁹ Recientemente, se impuso otro requisito para esta donación: esta residencia a acreditar debía ser, además, en la sub-categoría migratoria "tratamiento médico" (Res. 288/2012). Así, esta última resolución no modifica la exigencia de la residencia permanente para la lista de espera para trasplante cadavérico pero agrega que, para residencias transitorias, deben ser estas por tratamiento médico para casos de implante de órgano vivo, excluyendo así otras residencias transitorias. Con

¹⁶ El Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI) es una entidad descentralizada que depende de la Secretaría de Políticas, Regulación e Institutos del Ministerio de Salud de la Nación, cuya función consiste en impulsar, normar, coordinar y fiscalizar las actividades de donación y trasplante de órganos, tejidos y células en nuestro país. Entre sus fines se encuentra el de brindar a la población un acceso transparente y equitativo al trasplante.

¹⁷ Resolución 85/2004.

¹⁸ Resolución 342/2009, artículo 1: "...únicamente podrán inscribirse en lista de espera para la asignación de órganos y/o tejidos cadavéricos, aquellos extranjeros que revistan el carácter de "residentes permanentes", formalmente otorgado por la Dirección Nacional de Migraciones..."

¹⁹ La ley 25.871 establece en su artículo 23 que "se considerarán "residentes temporarios" todos aquellos extranjeros que, bajo las condiciones que establezca la reglamentación, ingresen al país en las subcategorías a) Trabajador migrante, b) Rentista, c) Pensionado, d) Inversionista, e) Científicos y personal especializado, f) Deportistas y artistas, g) Religiosos de cultos reconocidos oficialmente, h) Pacientes bajo tratamientos médicos, i) Académicos, j) Estudiantes, k) Asilados y refugiados, y l) Ciudadanos nativos de Estados Parte del MERCOSUR, Chile y Bolivia".

esta nueva modificación se extiende la acreditación de residente temporario al dador extranjero del órgano vivo.²⁰

En este marco y a la luz de los considerandos referidos a la necesidad de adecuar la normativa respetando los preceptos constitucionales, tratados internacionales y lo previsto en la Ley de Migraciones, lo cierto es que estas resoluciones incorporan diferenciaciones (en este caso, entre personas residentes e implícitamente, entre nacionales y extranjeros) no previstas normativamente que contradicen los principios generales de la legislación migratoria en lo referido al acceso a la salud en condiciones de igualdad, sin distinción e independientemente de la situación migratoria. En consecuencia, bien pueden constituir reglamentaciones irrazonables de derechos que, por ello, devendrían inconstitucionales.

Ahora bien, la resoluciones dictadas esgrimen entre sus fundamentos la necesidad de evitar el supuesto "turismo de trasplante" y limitar el ingreso de extranjeros al país al sólo efecto de recibir un trasplante, salvo en los casos de pacientes extranjeros con cuyo país de origen se hubiese suscripto convenio de reciprocidad. No obstante, aún en el caso de considerar atendibles o suficientes los fundamentos esgrimidos por el INCUCAI al dictar las resoluciones, este Instituto considera residentes temporarios sólo a aquellas personas migrantes que ingresan a nuestro país por tratamiento médico²¹, lo que priva, paradójicamente, de recibir un trasplante a cualquier persona migrante que haya sido considerada "sana" al momento de ingresar o regularizar, o sea, que justamente no haya llegado a la Argentina haciendo "turismo de trasplante" o "sanitario".

Entonces, además de afectar irrazonablemente el acceso a la salud de un universo de migrantes mucho más amplio que aquellos que ingresan al país exclusivamente por tratamiento médico, impide también el acceso a la salud de aquellos migrantes en situación irregular, pese a que la ley migratoria les reconoce tal derecho.

Además, las resoluciones sujetan el acceso a la salud a la existencia de convenios de reciprocidad entre el país de origen del migrante y la Argentina, aunque tal exigencia es inaplicable en materia de derechos humanos ya que las obligaciones que un Estado tiene respecto de las personas bajo su jurisdicción no pueden estar condicionadas al trato que otro Estado les dé a sus nacionales que habiten allí.

Finalmente, ha de tenerse en cuenta que las resoluciones analizadas no hacen ninguna consideración especial a niños, niñas y adolescentes migrantes que puedan necesitar un trasplante.²²

²⁰ Resolución 288/2012, Artículo 1: "Sustitúyese el artículo 2° de la Resolución INCUCAI N° 342/09, el que quedará redactado de la siguiente manera: "Los extranjeros con indicación médica para recibir un implante de órgano o tejido proveniente de donante vivo, como así también tejidos procedentes de un banco del exterior, deberán acreditar la 'Residencia Temporal', en cualquiera de las subcategorías previstas en el artículo 23 de la Ley N° 25.871; o 'Residencia Transitoria' en la subcategoría 'Tratamiento Médico', establecida en el artículo 24 inciso g), de dicha norma, expedida por la Dirección Nacional de Migraciones. Deberán además dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 14°, concordantes y subsiguientes de la Ley N° 24.193 y en las normas dictadas por el Directorio de este Instituto Nacional aplicables a la temática, y no participarán de la distribución y asignación de órganos y/o tejidos cadavéricos para trasplante. La acreditación de residencia, en los términos descriptos, se extenderá al dador extranjero del órgano o tejido".

²¹ Ley 25.871, artículo 23, inciso "h".

²² En el anexo de este informe se describen "casos testigo" de niños migrantes que se encuentran en grave estado de salud y respecto de los cuales el INCUCAI no acepta su inscripción en las listas de espera para trasplantes cadavéricos, fundamentando la negativa en las normativas descritas en este epígrafe. La Defensoría del Pueblo de la Provincia de Formosa también analiza un caso similar en la sección de informes de provincias.

4. DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

En este apartado se examinarán dos clases de políticas de seguridad social a partir de las cuales se analizarán algunos cambios normativos adoptados con posterioridad al 2004, así como la ausencia de adecuaciones legislativas a la Ley de Migraciones. En particular, por un lado se evaluarán los planes sociales de transferencia de ingresos, especialmente la Asignación Universal por Hijo (AUH) y, por otro, la regulación de las pensiones no contributivas con particular énfasis en la pensión por discapacidad.

4.1 El acceso a los planes sociales

Entre los años 2001 y 2002, y en respuesta a la profunda crisis económica y social que atravesaba el país, el Gobierno Nacional puso en marcha diversos programas sociales. Entre ellos, el denominado "Plan Jefes y Jefas de Hogar Desocupados", el "Plan de Seguridad Alimentaria", el "Plan de Desarrollo Social y Economía Social", denominado "Manos a la Obra", y el "Plan Familias". En todos los casos se trata de planes de transferencia de ingresos focalizados en aquellos sectores en situación de mayor vulnerabilidad social por la falta de empleo y las dificultades para acceder a otros derechos básicos.

A finales del año 2009 se lanzó la *Asignación Universal por Hijo para Protección Social* (AUH, Decreto 1602/2009), con el objetivo de cubrir las necesidades básicas de aquellos niños, niñas y adolescentes que no se encuentran amparados por el Régimen de Asignaciones Familiares (el cual sólo se percibe cuando el padre, madre o tutor trabaja en relación de dependencia, en la economía formal), marcando así un avance muy importante en relación con los programas sociales que se venían implementando.

De esta forma, el decreto referido incorporó a la ley que regula el Régimen de Asignaciones Familiares (24.714)²³ un subsistema no contributivo de asignación por hijo para protección social, cuyo objetivo es extender el beneficio previsto en aquella ley -que establece la asignación mensual por hijo menor de 18 años que estuviese a cargo del beneficiario, así como la asignación por hijo con discapacidad sin límite de edad-a aquellos grupos familiares que se encuentren desocupados, que desempeñen su actividad en la economía informal o que trabajen en el servicio doméstico y perciben un salario inferior al Salario Mínimo Vital y Móvil.

Lo interesante es que esta prestación se prevé destinada a todos aquellos niños, niñas y adolescentes **residentes en la República Argentina** y que se abonará sólo a uno de los padres, tutor, curador o pariente por consanguinidad hasta el tercer grado por cada persona menor de 18 años que se encuentre a su cargo, o sin límite de edad cuando se trate de un hijo con discapacidad. La percepción de dicha asignación se encuentra condicionada al cumplimiento de los controles sanitarios y

²³ Es importante destacar que la ley 24.714 es más amplia que el subsistema no contributivo que establece el decreto, ya que aquella incluye asignaciones por embarazo, nacimiento, adopción, ayuda escolar. A partir del 1 de mayo de 2011 ANSES amplió la cobertura de la AUH a las mujeres embarazadas desde la semana doce de gestación hasta el nacimiento o interrupción del embarazo, a través de la Asignación por Embarazo para Protección Social. Esta medida incluye a las mujeres embarazadas que se encuentran desocupadas; a las monotributistas sociales; a las que se desempeñan en la economía informal o en el servicio doméstico y perciben un salario igual o inferior al salario mínimo vital y móvil. Perciben el 80 por ciento de la asignación y el 20 por ciento restante al momento del nacimiento del hijo.

educacionales obligatorios para las personas menores de edad.²⁴

Este avance resulta mermado por las limitaciones y contradicciones que se presentan en su implementación, tanto por su instrumentación en cabeza de padre o madre -el titular del derecho es el padre, madre o tutor y no el niño/a- como por las distinciones realizadas entre nacionales y extranjeros con residencia legal e irregular. Aunque entre los fundamentos de la AUH se menciona la ley 26.061 y el interés superior del niño²⁵ así como la obligación del Estado de establecer políticas de inclusión de niños, niñas y adolescentes, se exige que el niño sea (i) argentino, o (ii) hijo de argentino nativo o por opción, o (iii) naturalizado o (iv) **residente con residencia legal en el país no inferior a tres años** previos a la solicitud, y (v) acreditar la identidad del beneficiario y del niño mediante el **DNI**.

Estos requisitos contradicen aquella declaración de la AUH sobre el alcance a todos los niños y niñas que se encuentren en el territorio argentino (coherente con las obligaciones asumidas por el Estado argentino en virtud de la CDN)²⁶ y requiere un escrutinio muy estricto frente al principio de igualdad y no discriminación.

En particular, porque debe entenderse el principio de igualdad y no discriminación como una doble garantía: las políticas estatales deben asegurar el acceso a derechos sin ningún tipo de distinción respecto del niño/a y también respecto de sus padres o representantes. Esto marca que la exigencia de DNI a estos últimos contravenga aquella disposición del artículo 2 de la CDN que prohíbe negar o restringir cualquier derecho de los niños en razón de cualquier condición de los padres.

Finalmente, la regulación de la AUH termina introduciendo una distinción entre aquellos hijos de residentes que cuentan con empleo formal (y que perciben la asignación que prevé la ley 24.714) y los hijos de residentes que carecen de él: paradójicamente, a pesar de encontrarse en una situación de mayor vulnerabilidad, quienes carecen de trabajo formal deben acreditar tres años de residencia mientras que para los primeros no hay, con acierto, estipulado ningún plazo.²⁷

En síntesis, podemos señalar que, sin perjuicio de los aspectos positivos que implica el reconocimiento de derechos sociales en la población en situación más vulnerable, el decreto no ha receptado cabalmente los principios generales establecidos en la nueva ley migratoria y su decreto reglamentario sobre el acceso a derechos sin distinciones, así como tampoco los estándares internacionales sobre derechos humanos.

²⁴ La asignación familiar, tal como está prevista en la ley 24.714, no está sujeta a ninguna condicionalidad en cuanto al cumplimiento de obligaciones sanitarias ni educacionales. La Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES), con fecha 18 de noviembre de 2009, dictó la resolución 3939/2009 que reglamenta la asignación universal por hijo para protección social.

²⁵ Entre los fundamentos se menciona, justamente, la ley 26.061 de Protección Integral, en particular lo dispuesto en su artículo 3, que entiende por interés superior del niño la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías establecidos en la ley, entre los que se encuentran el derecho a la educación y a los beneficios de la seguridad social.

²⁶ La CDN explícitamente señala el deber de los Estados de respetar los derechos enunciados en ella y de asegurar su aplicación a cada niño *sujeito a su jurisdicción*, sin distinción alguna e independientemente del origen nacional, étnico o social, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

²⁷ De hecho, la exigencia de un cierto tiempo de residencia resulta incompatible con la propia Ley de Migraciones; ésta establece directivas claras respecto al acceso a derechos de las personas migrantes, imponiendo al Estado la obligación de asegurar las condiciones que permitan una efectiva igualdad de trato (artículo 5) y el acceso igualitario de los/as migrantes y sus familias en las mismas condiciones de protección, amparo y derechos de los que gozan los nacionales, particularmente en relación con servicios sociales, bienes públicos, salud, educación, justicia, trabajo, empleo y seguridad social (artículo 6).

4.2 Las pensiones no contributivas

Otro ejemplo de condiciones desiguales para el acceso a derechos entre nacionales y extranjeros es la regulación de las pensiones no contributivas. Su objetivo es, de manera similar a otros planes sociales, compensar situaciones de emergencia y vulnerabilidad social extrema. En el ámbito nacional, las pensiones no contributivas son de tres tipos: (i) por vejez²⁸, (ii) por invalidez²⁹ y (iii) para madres de siete o más hijos.³⁰

En ocasiones, aunque la ley no incluya restricciones, son las normas inferiores las que las incorporan y lo hacen de manera irrazonable. De hecho, en los tres decretos mencionados se establece un mínimo de residencia en el país para las personas extranjeras que quieran acceder a estos tipos de pensiones: para el caso de pensión por vejez se requiere un mínimo de residencia continuada de 40 años, para una pensión por invalidez se requiere un mínimo de 20 años y para las pensiones para madres de siete o más hijos se requiere un mínimo de 15 años.

Esta diferenciación -que contradice toda la normativa vigente, desde la propia Constitución hasta la Ley de Migraciones- supone, en el caso de niños y niñas migrantes, que ninguno pueda acceder a la pensión por discapacidad. Más aún, los decretos no se han modificado a pesar de que la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró la inconstitucionalidad del decreto relativo a la pensión por invalidez.³¹ En el mismo sentido, también la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación³² y la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires³³ se han pronunciado a favor de eliminar la exigencia de 20 o 40 años de residencia a los extranjeros.

Por demás, estos decretos delimitan estrictamente la forma en la que debe acreditarse ese tiempo: en el caso de pensiones por discapacidad y por vejez, la residencia deberá acreditarse mediante la presentación del DNI; de esta manera se excluye del sistema a los migrantes que por su condición migratoria irregular no pueden acceder al documento, también a quienes habiendo regularizado su situación migratoria tienen su documento en trámite, o a quienes residen en el país desde hace más tiempo que el que indica su documento,³⁴ que es un caso muy frecuente a la vista de la imposibilidad de regularizarse bajo la ley de migraciones anterior. Asimismo, quedan fuera del ámbito de protección aquellas personas migrantes que carecen de todo tipo de documentación.

²⁸ Regulada por la ley 13.478 y su decreto reglamentario 582/03.

²⁹ Regulada por ley 18.910, decreto reglamentario 432/97.

³⁰ Regulada por la ley 23.746, decreto reglamentario 2360/90.

³¹ Caso "R.A. D. c. Estado Nacional", CSJN, sentencia dictada el 4 de septiembre de 2007.

³² Nota remitida por la Secretaría al Centro de Derechos Humanos de la UNLa, en respuesta a un pedido de información efectuado en el marco de esta investigación (recibida en agosto 2010).

³³ Asunto 68.859 de 2007.

³⁴ Por el caso de la documentación para pensiones para madres de más de 7 hijos, véase el apartado 4.2.2 de este mismo capítulo.

Pensiones por discapacidad

La pensión por invalidez es aquella que se otorga a las personas que se encuentran con un grado de incapacidad total y permanente.³⁵ Para su otorgamiento se requiere que ni el peticionante ni su cónyuge se encuentren amparados por ningún tipo de pensión no contributiva ni jubilación o pensión; además, es requisito no tener bienes, ingresos, ni recursos de cualquier tipo que permitan la subsistencia del solicitante y de su grupo familiar. El decreto reglamentario 432/97 exige asimismo, para los no nacionales que residen en Argentina, una residencia mínima y continuada de 20 años.

En el caso hipotético de que un niño migrante ingresa al país a los dos meses de vida y posee una discapacidad desde su nacimiento, él y su familia obtienen la residencia (temporaria los dos primeros años y luego permanente) de la Dirección Nacional de Migraciones. Si el niño se encontrase en estado de vulnerabilidad social desde su nacimiento, solamente podrá solicitar esta pensión a las autoridades nacionales cuando tenga 20 años de edad, es decir, cuando haya cumplido con la irrazonable/ilegal/desproporcionada exigencia del decreto 432/97. El mismo grado de indefensión presentaría un niño, niña o adolescente migrante que ha ingresado al país luego de su primer año de vida, y que, por ejemplo, padece una discapacidad a raíz de un accidente de tránsito o de otra índole. Durante toda su niñez, estas personas se verán imposibilitadas de acceder a la pensión.

En los hechos, entonces, el requisito de 20 años de residencia provoca, para el caso de personas extranjeras, que sólo las personas adultas puedan acceder a esta pensión.³⁶

Este requisito, empero, ha sido declarado inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el mencionado caso R.A.D.³⁷ En dicho caso la Corte impugnó esa restricción, asociando incluso el derecho a la seguridad social (para esta clase de planes sociales) con los derechos a la salud y la vida.³⁸ Sin embargo, el decreto 432/97 no ha sido modificado y continúa aplicándose, ya que la declaración de inconstitucionalidad no alcanza, en principio, otros casos y tampoco modifica, de por sí, la legislación.

En conclusión, en caso de encontrarse en las condiciones de vulnerabilidad y exclusión social que el régimen de pensiones no contributivas busca paliar o reducir, los niños y niñas migrantes con discapacidad que residen en Argentina se ven totalmente impedidos de acceder a una pensión de estas características, agravando su situación y la de sus familias.

Pensiones para madres de siete o más hijos

La pensión para madres de siete o más hijos es aquella que se otorga a mujeres que sean o hayan sido madres de siete o más hijos nacidos vivos, propios o adoptados. La madre no debe estar amparada por ningún tipo de prestación de carácter previsional, jubilación, pensión, retiro o pres-

³⁵ Se presume que la incapacidad es total cuando la invalidez produzca una disminución del 76 por ciento o más de la capacidad laboral.

³⁶ Ello, tanto por la definición de la CDN (según la cual es niño/a todo menor de 18 años) como por la legislación argentina (de conformidad con la cual la mayoría de edad se alcanza también a los 18 años).

³⁷ CSJN, "R. A., D. c/ Estado Nacional", sentencia del 04/09/2007.

³⁸ Este caso fue patrocinado por la Clínica Jurídica CAREF-UBA-CELS. En el Anexo de este Informe pueden leerse los párrafos más importantes de esta sentencia.

tación no contributiva; no debe tener bienes, ingresos ni recursos de cualquier tipo que permitan su subsistencia y la de su grupo familiar, ni parientes obligados a prestar alimentos, con capacidad económica suficiente para proporcionarlos en un importe igual o superior al de la pensión instituida.

Para las madres migrantes se requiere, además, que acrediten una residencia mínima y continuada en el país de quince años inmediatamente anteriores al pedido de la pensión. Los fundamentos de la irracionalidad de esta restricción son similares a los expuestos para la pensión por discapacidad: si el derecho a reclamar esta pensión resulta de las condiciones especiales de vulnerabilidad en las que se encuentra una madre de siete o más hijos (nótese que se guarda silencio sobre la edad o estado civil de los hijos/as) que no posee recursos económicos suficientes, la exigencia de quince años de residencia en el país para acceder al beneficio carece de todo fundamento.

5. DERECHO A LA EDUCACIÓN

Como se ha mencionado antes, la Ley de Migraciones es clara respecto del derecho de todos los niños/as a ser admitidos como alumnos en los establecimientos educativos, con total independencia de su situación migratoria. Asimismo, por vía reglamentaria se dispuso que el Ministerio de Educación Nacional dicte las normas y medidas necesarias que garanticen el efectivo acceso a los distintos niveles educativos con el alcance previsto en la Ley de Educación 26.206.

De igual manera, la CTM establece que

"todos los hijos de los trabajadores migratorios gozarán del derecho fundamental de acceso a la educación en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate. El acceso de los hijos de trabajadores migratorios a las instituciones de enseñanza preescolar o las escuelas públicas no podrá denegarse ni limitarse a causa de la situación irregular en lo que respecta a la permanencia o al empleo de cualquiera de los padres, ni del carácter irregular de la permanencia del hijo en el Estado de empleo."³⁹

En pos de adecuarse a estos lineamientos, la ley 26.206 dice que

"el Estado Nacional, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires deberán garantizar a las personas migrantes sin documento nacional de identidad (DNI), el acceso y las condiciones para la permanencia y el egreso de todos los niveles del sistema educativo, mediante la presentación de documentos emanados de su país de origen, conforme a lo establecido por el artículo 7 de la ley 25.871" (art. 143).

Dados los pocos cambios legislativos habidos desde la Ley de Migraciones, este cambio es realmente un ejemplo de adecuación normativa. Sin embargo, en la práctica muchos establecimien-

³⁹ Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CTM), art. 30.

tos educativos presentan objeciones tanto a la inscripción definitiva de alumnos como al momento de entregar diplomas o títulos sin la presentación del DNI; incluso, algunas instituciones educativas niegan o restringen el acceso, la permanencia o el egreso de niños y niñas migrantes en razón de su condición migratoria. Asimismo, la imposibilidad de obtener los certificados de estudios correspondientes que acrediten los niveles aprobados, obstaculiza la continuidad de los estudios (universitarios, terciarios, universitarios) y las posibilidades de crecimiento, acentuando las condiciones de marginalidad y exclusión.⁴⁰

6. PROTECCIÓN JUDICIAL Y GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO

Como ya se señaló, la legislación migratoria contempla diversas formas de protección judicial de los derechos de las personas migrantes. Se garantiza, por ejemplo, el acceso a la justicia en condiciones de igualdad con los nacionales⁴¹ y se reconoce un catálogo de garantías judiciales.⁴²

La Ley de Migraciones también establece que las personas extranjeras que carecieran de recursos económicos podrán contar con "asistencia jurídica gratuita en aquellos procedimientos administrativos y judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, al retorno a su país de origen o a la expulsión del territorio argentino. Además tendrán derecho a la asistencia de intérprete/s si no comprenden o hablan el idioma oficial". También dispone un límite a las futuras reglamentaciones que se dicten, en el sentido de resguardar el derecho de defensa.⁴³

En relación con aquellos procedimientos en los que niños, niñas o adolescentes sean partes, la CTM establece que deberá tenerse en cuenta su edad,⁴⁴ aunque no brinda mayores precisiones sobre el contenido o alcance de las obligaciones del Estado y las medidas a adoptarse. Por su parte, el Comité de Derechos del Niño ha desarrollado ampliamente los estándares sobre derechos de niñez y debido proceso, y en particular sobre las garantías de niños migrantes no acompañados o separados de sus padres.⁴⁵

A continuación, entonces, se analizan distintos aspectos del derecho a la protección judicial y las garantías del debido proceso respecto de las personas extranjeras y especialmente de los niños, niñas y adolescentes migrantes.

6.1 Derecho a expresarse y a ser oído

El derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos generalmente forma parte de las normas de protección de la infancia y adolescencia, como una de sus piedras basales.⁴⁶ Si bien la Ley de Migraciones no contiene precisiones al respecto, resulta aplicable la Ley de Protección Integral

⁴⁰ Más sobre estos obstáculos se reseña en los capítulos sobre provincias y en el anexo sobre casos.

⁴¹ Ley 25.871, art. 6 y Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, art. 18.1.

⁴² Por ejemplo, la doble instancia penal, la presunción de inocencia, el derecho de defensa, el principio *non bis in idem*, el derecho a la reparación, el alojamiento carcelario diferenciado entre personas procesadas y condenadas, entre otras, conforme lo establecido en la ley 25.871, artículos 6 y 86; y la CTM, artículos 16, 17, 18 y 23.

⁴³ Ley 25.871, artículo 86.

⁴⁴ Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, artículo 18.4.

⁴⁵ Comité de los Derechos del Niño, observaciones general números 6 (2005) y 12 (2009).

⁴⁶ Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 12.2.

(26.061) en los incisos a), b) y d) de su artículo 27: en esta ley se receptaron las directivas de la Convención sobre los Derechos del Niño y de las Observaciones del Comité, al prever la obligación de establecer mecanismos en los que los niños puedan ser escuchados por las autoridades competentes, como así también el derecho a que sus opiniones sean tenidas en cuenta a la hora de adoptar decisiones que les incumban, y a posibilitar su participación activa durante todo el procedimiento.⁴⁷

En los casos de niños/as migrantes, refugiados o solicitantes de asilo, el Comité ha reconocido que se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad, por lo que su derecho a ser oídos cobra una especial relevancia. Es así que en los procedimientos en los que ellos sean parte se deberá prestar especial atención para hacer respetar el ejercicio de este derecho, escuchándose a los niños y niñas migrantes, sobre todo "sus expectativas educativas y sus condiciones de salud a fin de integrarlo en los servicios escolares y de salud".⁴⁸

Por su parte, el Comité se refirió específicamente a los procedimientos de asilo, afirmando que "en el caso de una demanda de asilo, el niño debe tener además la oportunidad de presentar sus motivos para la demanda de asilo".⁴⁹ Asimismo, en los casos de niños solicitantes de asilo o apátridas, deberán tenerse en cuenta las particularidades de sus historias personales a los fines de determinar la existencia de necesidades especiales de protección.⁵⁰

Lamentablemente, en nuestro país la ley 26.165, de Reconocimiento y Protección al Refugiado, no establece un procedimiento especial cuando se trate de solicitudes de niños, niñas o adolescentes.

A nivel de legislación nacional, la incorporación del artículo 250 bis al Código Procesal Penal de la Nación (por ley 25.852) establece un procedimiento especial en los casos de comparecencia de personas menores de 16 años de edad, al prever que los niños aludidos sólo puedan ser entrevistados por un psicólogo especialista en niños y/o adolescentes, y no pudiendo en ningún caso ser interrogados en forma directa por el tribunal actuante o por las partes.⁵¹

En materia migratoria, por lo tanto, deberán diseñarse políticas que permitan hacer efectivo este derecho en el contexto de procedimientos migratorios (ingreso, residencia, expulsión), adecuándolos debidamente a la protección de los niños y niñas involucrados. Para ello, entre otros aspectos, debería asegurarse la participación de organismos de infancia y adolescencia, así como la capacitación en derechos de niñez de los representantes de la autoridad migratoria que intervengan en esos procesos. La falta de previsiones de esta clase mostrará su verdadera envergadura en los próximos capítulos de este Informe, cuando se describa el rechazo en frontera de niños haitianos y senegaleses.

⁴⁷ Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, Observación General N° 6 (2005), párrafo 25 y Observación General N° 12 (2009), en especial los párrafos 57 a 67, 123 y 124.

⁴⁸ Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, Observación General N° 12 (2009), párrafo 123.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ De igual forma, la audiencia debe llevarse a cabo en un gabinete acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva del niño, pudiendo seguirse las alternativas del acto desde el exterior del recinto a través de vidrio espejado, micrófonos, equipos de video, etc.

6.2 Asistencia de intérpretes

Cuando el niño o niña hable un idioma distinto al del país en que se encuentra, la asistencia de un intérprete o traductor es una condición del efectivo respeto de las garantías del debido proceso y, en particular, del derecho a ser oído. El Comité de Derechos del Niño se ha expresado en este sentido al sostener que siempre que la participación de las niñas, niños y adolescentes en los procedimientos en los que se discutan cuestiones de su interés requiera que la misma se base en una comunicación fiable, deberá proveerse un intérprete en todas las fases de dichos procedimientos⁵².

Para ello, la legislación argentina cumple con el requisito de provisión de intérprete⁵³, aunque no se mencionan directivas específicas respecto de niñas, niños y adolescentes migrantes.

6.3 Asistencia jurídica y representación legal

El artículo 86 de la Ley de Migraciones establece la garantía de que las personas extranjeras que carezcan de medios económicos puedan recibir asistencia jurídica gratuita. Por su parte, la ley 26.061 en el inciso c) del artículo 27 reconoce el derecho de todo niño, niña y adolescente "a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya". En ese sentido, si no se contara con recursos suficientes para afrontar dicha representación "el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine".

El Comité de Derechos del Niño, por su parte, destacó la necesidad de que los Estados garanticen a los niños migrantes, separados o no acompañados, el derecho a ser representados por una persona mayor de edad.⁵⁴ Además, señaló que cuando sean partes en procedimientos de asilo, migratorios u otros procedimientos administrativos o judiciales, además del tutor deberá nombrarse un letrado o defensor técnico.⁵⁵

En este marco se inscriben las medidas impulsadas por la Defensoría General de la Nación (DGN), que en los últimos años creó distintas comisiones de asistencia a migrantes, refugiados y niños, niñas y adolescentes.⁵⁶ Mediante Resolución DGN N° 1858 del año 2008 (1858/08) se creó la Comisión del Migrante, destinada a promover la defensa y protección de los derechos de las personas migrantes que habitan el territorio nacional, en especial en aquellos procedimientos administrativos de expulsión y en procesos judiciales en los que las personas extranjeras fueran imputadas; esta comisión amplió su intervención en virtud del artículo 86 del decreto reglamentario de la ley

⁵² Comité de los Derechos del Niño, 'Observación General No. 6 Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen' (CRC/GC/2005/6, 2005), párr. 2.

⁵³ Ley 25.871, art. 86. En igual sentido, Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, art. 18.3.f.

⁵⁴ Comité de los Derechos del Niño, 'Observación General No. 6 Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen' (CRC/GC/2005/6, 2005), párr. 33 al 38 y 69.

⁵⁵ *Ibid.*, párr. 36.

⁵⁶ En su artículo 51, la Ley orgánica del Ministerio Público establece que dentro de las funciones del Defensor General de la Nación está la de "ejercer la defensa de la persona y los derechos de los justiciables toda vez que sea requerida en las causas penales, y en otros fueros cuando aquellos fueren pobres o estuvieren ausentes", como *así también* la de "promover y ejecutar políticas para facilitar el acceso de la justicia de los sectores más discriminados".

25.871, a través de la Resolución DGN 569/11.⁵⁷

Mediante la Resolución DGN 1071/07 se creó el *Programa para la asistencia y protección del refugiado y solicitante de refugio* con el objeto de proteger los derechos de los refugiados y solicitantes de asilo. Si bien el Programa posee un componente de atención a peticionantes de asilo mayores de edad, sus acciones se centran mayormente en dos áreas: por un lado, en la representación legal de niños, niñas y adolescentes no acompañados o separados de sus familias solicitantes de asilo y refugiados y, por el otro, en el acompañamiento de niños, niñas y adolescentes refugiados y peticionantes de asilo. Este acompañamiento consiste, básicamente, en tareas de asistencia social mediante un abordaje interdisciplinario. Finalmente, cabe señalar que la representación legal a solicitantes de asilo que ejerce el Programa de la Defensoría General comprende tanto la función de la tutela de los niños como la defensa técnica de sus derechos en los procedimientos administrativos y judiciales.

Por último, en el año 2006 la DGN ha creado la *Comisión de Seguimiento del tratamiento institucional de niñas, niños y adolescentes*,⁵⁸ la cual supervisa todo tipo de instituciones (residencias de convivencia e integración comunitaria, hogares, residencias juveniles, comunidades terapéuticas, etc.) en las que se encuentren personas menores de edad separadas de su medio familiar, primordialmente aquellas donde haya niños y/o jóvenes alojados a disposición de la justicia nacional y/o federal.

Aunque estos programas resultan un gran aporte a la defensa y protección a los derechos de los niños migrantes, su alcance resulta en cierto modo limitado ya que su ámbito de aplicación se restringe a la justicia nacional y federal, en virtud de las competencias de la Defensoría.⁵⁹ Asimismo, si bien existen otros patrocinios jurídicos gratuitos de instituciones públicas o privadas en el resto del país, se han detectado pocas experiencias que posean la especialización adecuada, sea en materia de infancia como de migración. Es por ello auspiciosa la creación, por parte de la Universidad Nacional del Litoral, de una clínica jurídica en materia de derechos de migrantes y refugiados.⁶⁰

6.4 Recursos administrativos y judiciales

En la primera parte de este capítulo se explicaron los avances que la Ley de Migraciones implicó en relación con los recursos administrativos y judiciales esgrimidos contra las decisiones de la Dirección Nacional de Migraciones relativas al ingreso y permanencia en el país, en particular para los casos de expulsión. Sin embargo, como en otros aspectos, la ley carece de una perspectiva específica de niñez

⁵⁷ Esta disposición dispuso que en aquellos casos en que la Dirección Nacional de Migraciones confiera intervención al Ministerio Público respecto de (a) detenidos a disposición de la justicia federal en procesos de expulsión; (b) detenidos a disposición de la justicia federal que se opongan a una expulsión; (c) detenidos cuyo trámite de expulsión devenga de una condena dictada por un Tribunal Provincial y se opongan a su salida del país; y (d) en los casos de personas cuya expulsión sea consecuencia de una irregularidad administrativa, la defensa en sede administrativa será ejercida por la "Comisión del Migrante". Y entre los casos a asistir, se incluyeron los siguientes: detenidos cuyo trámite de expulsión devenga de una condena dictada por un Tribunal Provincial y se opongan a su salida del país, y los casos de personas cuya expulsión sea consecuencia de una irregularidad administrativa.

⁵⁸ Creada por Resolución DGN N° 841/06 el 22 de junio de 2006.

⁵⁹ Sobre este aspecto se sugiere consultar las experiencias desarrolladas en las provincias de Salta, Chubut y Córdoba, descritas en: Defensoría General de la Nación y UNICEF Argentina, *El monitoreo de la privación de la libertad de niñas, niños y adolescentes. Buenas prácticas de la Defensa Pública*, Buenos Aires, julio de 2012.

⁶⁰ Creada por Resolución N° 312-10-C.D., de fecha 12 de mayo de 2010.

que tenga en cuenta los impactos particulares de esos procedimientos en niños, niñas y adolescentes.

Por ejemplo, si bien la Ley de Protección Integral garantiza el derecho de todo niño "a recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte" (art. 27.d), deberían asegurarse los mecanismos pertinentes para que en los procedimientos migratorios se prevean las condiciones necesarias para que los menores de edad puedan efectivamente ejercer estos derechos. En este sentido, los programas diseñados por la DGN para la asistencia a migrantes y solicitantes de asilo podrían cumplir un rol medular a través del desarrollo de iniciativas dirigidas a asegurar la debida formación en materia de derechos humanos, migración e infancia de todos los operadores del sistema de defensa pública a nivel nacional.

6.5 Privación de libertad a los fines de la expulsión

En esta sección sólo cabe reiterar la ausencia de previsiones específicas hacia la niñez al momento de regular la detención de migrantes a los efectos de la expulsión. En particular, la excepción que permitiría disponer judicialmente la detención durante el procedimiento (es decir, antes de una decisión firme) debería haber contemplado que tal medida no podría aplicarse en el caso de niños/as migrantes, tal como indican los estándares internacionales.⁶¹

6.6 Expulsiones colectivas

Las expulsiones masivas o colectivas se consideran una grave vulneración a las garantías del debido proceso y se encuentran prohibidas en diversos tratados internacionales de derechos humanos.⁶² La Ley de Migraciones cumple íntegramente ese precepto al prohibir las medidas de expulsión colectiva de migrantes y de sus familiares, al tiempo que se establece la necesidad de analizar cada caso de manera individual.⁶³

En el desarrollo de esta investigación, y desde la sanción de la ley, si bien no se han detectado acciones que pudieran suponer una expulsión colectiva a migrantes, es preciso poner la atención en ciertas prácticas de denegación de entrada a grupos de personas en puestos fronterizos que, al no cotar con resoluciones individualizadas, podrían suponer un accionar contrario a aquella disposición.

Una de estas situaciones se registró en febrero de 2010 cuando algunos medios de comunicación informaron que un grupo de niños de origen haitiano, junto con adultos de la misma nacionalidad, había sido rechazado en la frontera entre Argentina y Bolivia (La Quiaca-Villazón). En efecto, pocas semanas después del terremoto que asoló a Haití, decenas de personas haitianas (en su mayoría, mujeres y niños, según las notas de prensa) fueron rechazadas en la frontera.

De acuerdo a la información difundida sobre estos hechos, las autoridades migratorias de la provincia de Jujuy habrían señalado que "esas personas no tenían la documentación en regla, más allá de que algunos tenían pasaporte, pero los menores de edad no poseían permiso de sus padres o de parientes

⁶¹ Entre otros, Relator de Naciones Unidas para los Derechos de los Migrantes, *Informe anual* presentado ante el Consejo de Derechos Humanos, Ginebra, A/HCR/11/7, 2009.

⁶² *Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 22.9, y CTM, artículo 22.1.*

⁶³ Ley 25.871, art. 66.

para llegar al país”, y que la Dirección Nacional de Migraciones habría emitido un comunicado que indicaba que la prohibición de ingreso se debió a que el grupo no cumplía con los “requisitos migratorios”.⁶⁴

Este caso pone en evidencia principalmente dos cuestiones. En primer lugar, que no se consideró de manera particular la situación de cada una de las personas que solicitaban el ingreso, quienes por otra parte estaban huyendo de una tremenda catástrofe natural y humanitaria. En segundo lugar, muestra la notable ausencia de una perspectiva de niñez en el tratamiento de la situación de los niños y niñas haitianos que solicitaban el ingreso.

La presencia de niños no acompañados o separados de sus padres en una frontera internacional, sin contar con una eventual autorización de sus padres o tutores, no parece ser una razón legítimamente suficiente para rechazar su ingreso al país. Un enfoque de niñez, que incluya el principio de interés superior como un elemento fundamental de la decisión a adoptar, hubiera exigido una respuesta radicalmente diferente que contemplara, al menos, lo siguiente: atención individual de cada niño/a por parte de autoridades de infancia y especialistas en niñez; realización de una evaluación particular de cada niño/a mediante un debido proceso, incluyendo su derecho a ser oído/a, a un tutor y, eventualmente, a un representante legal; y una resolución por escrito que acredite debidamente que la denegación de entrada al país protege el interés superior del niño, entre otras intervenciones.⁶⁵

En esta línea, en el mes de octubre de 2011, ocho años después de la sanción de la ley migratoria, DNM adopta la Disposición 2656/11 (en vigencia desde noviembre del mismo año), la cual prevé que a los niños y niñas extranjeros menores de 14 años que no cuenten con autorización para el ingreso al país se les otorgará una autorización provisoria de permanencia y deberán ser puestos a disposición de la autoridad competente en materia de niñez a los fines de su guarda provisoria.

Asimismo, la disposición establece que en caso de que el menor de edad no posea la autorización de quien ejerza la patria potestad para ser acompañado o aguardado por un tercero, o de que a pesar de contar con dicha autorización no sea efectivamente acompañado o aguardado por el tercero que conste en la autorización, se procederá a (art. 9):

“1) **Otorgarles una Autorización Provisoria de Permanencia**, de conformidad con lo normado por el artículo 35 de la Ley N° 25.871: cuando se trate de extranjeros residentes transitorios, se dará intervención a las autoridades de seguridad con jurisdicción en el lugar de ingreso, para que informe de esta circunstancia a la autoridad judicial con **competencia en minoridad**, quien resolverá en consecuencia, labrándose acta de entrega que como ANEXO II forma parte de la presente”.

Esta disposición supone un avance para niños y niñas migrantes no acompañados/as que lle-

⁶⁴ Diario *La Capital* de Rosario, “Argentina negó el ingreso a grupo de haitianos que llegó desde Bolivia”, 6 de febrero de 2010, [En línea <<http://www.lacapital.com.ar/informacion-gral/Argentina-negoacute-el-ingreso-a-grupo-de-haitianos-que-llegoacute-desde-Bolivia--20100206-0013.html>>] [Consultado el 27 de mayo de 2013]

⁶⁵Véase “Impidieron el ingreso de haitianos” [En línea www.migraciones.gov.ar/lib/consultas_infomig/verPdf.php?pk=AAAI4LAAVAAUi/AAN&o=infomig&n=Art%EDculo&f=06/02/2010] [Consultado el 27 de mayo de 2013]

guen a las fronteras del país, si bien no se cuenta aún con información precisa sobre su efectiva implementación: es fundamental, en este sentido, la articulación de distintas acciones de monitoreo e incidencia con el objeto de verificar su cumplimiento. Al mismo tiempo, a partir de la vigencia de esta norma, se requiere la implementación de una serie de iniciativas dirigidas a la capacitación de funcionarios públicos y agentes migratorios acerca de los derechos en juego.

Finalmente, esta disposición puede ser señalada como el resultado del trabajo interinstitucional llevado a cabo por parte de distintos organismos gubernamentales, organizaciones de la sociedad civil y organismos internacionales que, además, estuvieron a cargo de la elaboración del *Protocolo para la protección, asistencia y búsqueda de soluciones duraderas para los niños no acompañados o separados de sus familias en busca de asilo*.⁶⁶ El objetivo de este Protocolo es establecer y definir un mecanismo coordinado de intervención y respuesta frente a los casos de niños y niñas no acompañados/as o separados/as de sus familias en busca de asilo, a partir de un enfoque de protección de derechos de la niñez.⁶⁷

En este contexto, es necesario, por un lado, profundizar la investigación acerca de la aplicación de la disposición 2656/2011 y, por otro, articular distintas acciones de incidencia a los fines de plantear a los organismos competentes la posibilidad de que a través de este mecanismo se regule un procedimiento de determinación del interés superior del niño en beneficio de todos los niños y niñas no acompañados.

7. PROTECCIÓN CONTRA LA EXPLOTACIÓN LABORAL, ERRADICACIÓN DEL TRABAJO INFANTIL Y PROTECCIÓN DEL TRABAJO DE LAS Y LOS ADOLESCENTES MIGRANTES

Un aspecto relevante para la realización de los derechos de niños, niñas y adolescentes en el contexto de la migración es la erradicación del trabajo infantil, la regulación del trabajo adolescente y la protección contra todas las formas de explotación, tal como establece la CDN.⁶⁸ Estos niños, niñas y adolescentes suelen hallarse en circunstancias de vulnerabilidad que pueden generar situaciones de explotación laboral. Se trata de una combinación riesgosa de factores, donde la irregularidad mi-

⁶⁶ Ministerio Público de la Defensa - Protocolo para los Niños No Acompañados o Separados de sus Familias en Busca de Asilo. Disponible en <http://www.mpd.gov.ar/articulo/index/articulo/protocolo-para-los-ni-os-no-acompa-ados-o-separa-dos-de-sus-familias-en-busca-de-asilo-953> [Consultado el 27 de mayo de 2013].

⁶⁷ La participación de los distintos organismos de la infancia, las autoridades migratorias, la Defensoría General de la Nación y las agencias de Naciones Unidas constituye una importante práctica de trabajo interinstitucional para impulsar y replicar estas instancias de consolidación del acceso a derechos. La situación de los niños y niñas migrantes no acompañados requiere de un abordaje interinstitucional y, en este sentido, el protocolo es una buena muestra de la relevancia estratégica de este tipo de experiencias. Actualmente, este Protocolo se encuentra en etapa de implementación.

⁶⁸ El artículo 32 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño establece: "1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social. 2. Los Estados Partes adoptarán medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales para garantizar la aplicación del presente artículo. Con ese propósito y teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales, los Estados Partes, en particular: a) Fijarán una edad o edades mínimas para trabajar; b) Dispondrán la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo; c) Estipularán las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva del presente artículo". El artículo 34 dice: "Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir: a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos". Por último, el artículo 35 establece que "Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma."

gratoria de ellos y/o de sus padres puede acarrear situaciones de gran necesidad económica por la falta de acceso a empleos formales o en igualdad de condiciones con los nacionales.

Las personas migrantes y sus familias suelen ser víctimas de distintas formas de explotación, trata y tráfico de personas. En tal sentido, se ha afirmado que "una de las modalidades de trata de personas que ha sido verificada en la región, es la explotación de familias en talleres clandestinos de costura, en los que los niños, junto a sus padres, trabajan en largas jornadas en condiciones indignas, asociadas a formas contemporáneas de esclavitud".⁶⁹

En razón de la trascendencia de este riesgo para la infancia migrante, dedicaremos los epígrafes que siguen a analizar el marco normativo a nivel nacional y las políticas públicas que brindan protección a los derechos de los y las niñas migrantes y sus familias.

7.1 Erradicación del trabajo Infantil

El concepto adoptado por la Argentina sobre trabajo infantil ha sido producto de un largo debate en el que finalmente se optó, en consonancia con los estándares de derechos humanos, por una definición amplia. Por ello, en nuestro país se entiende por trabajo infantil "toda actividad económica y/o estrategia de supervivencia, remunerada o no, realizada por niñas y niños, por debajo de la edad mínima de admisión al empleo o trabajo, o que no han finalizado la escolaridad obligatoria o que no han cumplido los 18 años si se trata de trabajo peligroso".⁷⁰

La CTM expresa que los trabajadores migratorios deben gozar de la igualdad de trato, de remuneración y de todos los derechos laborales; además, específicamente agrega que deberá respetarse la edad mínima de admisión al empleo (artículo 25 inc. 1 b).⁷¹

En lo que hace a la normativa migratoria, la Ley de Migraciones regula en su artículo 59 que será sancionado con multa quien proporcione trabajo u ocupación remunerada a migrantes que no tengan habilitación para trabajar. Como disposición para la protección del trabajo infantil, el mismo artículo establece que el monto de la sanción se agravará al doble cuando se proporcione trabajo u ocupación remunerada a extranjeros no emancipados o menores de catorce años.⁷²

La Ley de Protección Integral, por su parte, establece en el último párrafo del artículo 25 que "los organismos del Estado, la sociedad y en particular las organizaciones sindicales coordinarán sus esfuerzos para erradicar el trabajo infantil y limitar toda forma de trabajo legalmente autorizada cuando

⁶⁹ UNICEF TACRO – UNLa, (2010), *Estudio sobre la articulación de las políticas migratorias y los estándares en derechos humanos aplicables a la niñez en América Latina y el Caribe*, Panamá, p. 107.

⁷⁰ CONAETI - Comisión Nacional para la Erradicación del Trabajo, [En línea <http://www.trabajo.gov.ar/conaeti/>] [Consultado el 27 de mayo de 2013]

⁷¹ Argentina ha ratificado el Convenio 138 de la OIT sobre Edad Mínima de admisión al Empleo, por medio del cual se comprometió a adoptar políticas públicas de abolición efectiva del trabajo de los niños y a elevar progresivamente la edad mínima.

⁷² Esta edad se relaciona con la edad mínima de admisión al empleo vigente al momento de la sanción de la ley, aunque hoy debería considerarse modificada por la ley 26.390, de Prohibición del Trabajo Infantil y Protección del Trabajo Adolescente, sancionada en 2008. Esta norma eleva la edad mínima de admisión al empleo a 16 años. Si bien no puede aseverarse que esta modificación resulte suficiente a los efectos de dar adecuada protección a los niños y niñas migrantes, nos interesa llamar la atención sobre la importancia de considerar de manera holística el ordenamiento jurídico para identificar la herramienta que otorgue una protección más amplia a los derechos de niños, niñas y adolescentes.

impidan o afecten su proceso evolutivo.”

Por otra parte, a menudo se observa que los niños y niñas migrantes se ven en situaciones de trabajo debido a su participación en la actividad económica de la familia. Con frecuencia esta actividad involucra a todos sus miembros y no se limita a una relación de dependencia formal con un empleador. Es importante, por ello, la sanción de la ley 26.390, que establece de modo más restringido la habilitación de niñas, niños y adolescentes en la actividad económica familiar;⁷³ en ella también se prevé la prohibición de contratar para el servicio doméstico a personas menores de 16 años.⁷⁴ De este modo, se pretendió brindar una protección específica ante una práctica común que afecta principalmente a las mujeres y adolescentes migrantes. En marzo de este año (2013), se aprobó una sanción penal para quienes emplearan trabajo infantil, aunque exceptuando, indirectamente, a las unidades familiares.⁷⁵

En estos casos se observa que la mayor dificultad se encuentra en el contralor de la normativa vigente: las inspecciones de trabajo son insuficientes, por ejemplo, para detectar la descentralización productiva, o ineficaces en tanto no se realizan controles en domicilios de particulares en el caso del servicio doméstico.

Otra actividad económica que afecta derechos de niñas y niños migrantes se relaciona con las tareas en el ámbito rural, en las que generalmente se contrata a toda la familia para trabajar en la recolección de distintos cultivos. Esta actividad es remunerada por la cantidad recolectada bajo la modalidad de contratación de trabajo a destajo, razón por la cual toda la familia participa y contribuye. En tal sentido, la nueva norma establece las mismas limitaciones ya analizadas para las empresas familiares descriptas en los párrafos precedentes.⁷⁶

Finalmente, la afectación de derechos de niñas y niños migrantes en ocasiones se relaciona con actividades económicas de tipo informal desarrolladas como estrategias de supervivencia: la venta ambulante, la recuperación de materiales reciclables, etc. En otros casos se desarrollan tareas que tienen que ver directamente con la dinámica familiar, tales como el trabajo en el hogar, el cuidado de la casa o de los hermanos más pequeños. Para ello, las autoridades laborales no han previsto su intervención sino que debe recurrirse a la protección establecida en las normas generales que operan ante la amenaza o violación de los derechos de estos niños, niñas o adolescentes.

⁷³ Luego de la sanción de la ley 26.390, el artículo 189 de la ley 20.744, Ley de Contrato de Trabajo, quedó redactado de la siguiente manera: “Queda prohibido a los empleadores ocupar personas menores de dieciséis (16) años en cualquier tipo de actividad, persiga o no fines de lucro”. Asimismo, en relación con la actividad económica familiar, la Ley 26.390 incorporó el artículo 189 bis a la Ley 20.744, que dispone: “Las personas mayores de catorce (14) y menores a la edad indicada en el artículo anterior podrán ser ocupados en empresas cuyo titular sea su padre, madre o tutor, en jornadas que no podrán superar las tres (3) horas diarias, y las quince (15) horas semanales, siempre que no se trate de tareas penosas, peligrosas y/o insalubres, y que cumplan con la asistencia escolar. La empresa de la familia del trabajador menor que pretenda acogerse a esta excepción a la edad mínima de admisión al empleo, deberá obtener autorización de la autoridad administrativa laboral de cada jurisdicción...”.

⁷⁴ Artículo 14, modificatorio del decreto-ley 326/56.

⁷⁵ Ley 26.847, en vigencia desde abril de 2013. Esta ley incorpora al Código Penal argentino el artículo 148 bis: “Artículo 148 bis: Será reprimido con prisión de 1 (uno) a (cuatro) años el que aprovechar económicamente el trabajo de un niño o niña en violación de las normas nacionales que prohíben el trabajo infantil, siempre que el hecho no importare un delito más grave. Quedan exceptuadas las tareas que tuvieren fines pedagógicos o de capacitación exclusivamente. No será punible el padre, madre, tutor o guardador del niño o niña que incurriere en la conducta descripta”.

⁷⁶ Ley 22.248, Régimen Nacional del Trabajo Agrario, artículo 107.

7.2 Protección del trabajo adolescente

Por su propia especificidad, la Ley de Migraciones no contiene ninguna disposición particular sobre la protección del trabajo adolescente, razón por la cual deben tomarse en consideración las normas generales aplicables en materia laboral además del marco general de respeto a sus derechos en igualdad de condiciones (y de oportunidades) conforme el principio de no discriminación⁷⁷.

El trabajo de los y las adolescentes se encuentra permitido en nuestro país con ciertas restricciones.⁷⁸ Así, el artículo 32 de la ley 20.744 (sustituido por el artículo 3 de la ley 26.390) establece que pueden celebrar contrato de trabajo las personas entre 16 y 18 años con autorización de sus padres, y que la misma se presume cuando los adolescentes se encuentren viviendo en forma independiente de ellos. La Ley de Protección Integral dispone que los y las adolescentes puedan trabajar siempre que no implique "riesgo, peligro para el desarrollo, la salud física, mental o emocional de los adolescentes".⁷⁹ Además, es preciso tener en cuenta la sanción, en diciembre de 2011, de la ley 26.727 de Trabajo Agrario, la cual contempla los derechos de los trabajadores y trabajadoras adolescentes, tales como la edad mínima para la admisión al empleo o trabajo y la regulación del trabajo adolescente.⁸⁰

Por último, la CTM establece la obligación de respeto a los derechos de los trabajadores migrantes adquiridos en función de una relación laboral, sin perjuicio de su condición migratoria. El artículo 27 reconoce los derechos de los trabajadores a la igualdad de trato, a la seguridad social, etc. De igual modo, la Ley de Migraciones establece cierta protección de los derechos laborales de los migrantes en tanto el empleador debe cumplir con las obligaciones de la legislación laboral y reconoce que no podrán afectarse los derechos adquiridos (artículo 56). En tal sentido, se prevé que la expulsión del migrante no puede afectar ninguno de los derechos que haya adquirido, entre los que se encuentra incluido el derecho a recibir los salarios y toda otra prestación que le pudiese corresponder (art. 67).

En esa línea, se reconoce que la persona migrante deberá contar con una oportunidad razonable, aún después de la partida, para reclamar lo concerniente al pago de los salarios y otras prestaciones (art. 68), aunque no se especifica qué mecanismos o herramientas se encuentran disponibles para hacer efectivos tales reclamos. Es importante destacar que, al reglamentar el artículo 56 de la Ley de Migraciones⁸¹, el decreto 616/2010 establece que, a fin de obtener protección y asesoramiento sobre los derechos establecidos en el artículo 56 de la ley, las personas migrantes podrán recurrir a los servicios de patrocinio jurídico gratuito, los que no le podrán ser negados en razón de la falta de documentación argentina o su calidad de extranjeros.

⁷⁷ En materia de protección de trabajo adolescente se reconoce el derecho de los adolescentes a percibir igual remuneración por igual tarea, a gozar de vacaciones pagas, etc. (artículos 119 y 194 de la ley 20.744), a gozar de sus derechos sindicales (artículo 13 de la ley 23.551) como también a recibir adecuada capacitación y orientación profesional (artículo 187 de la ley 20.744).

⁷⁸ El artículo 190 de la ley 20.744 (sustituido por el artículo 9 de la ley 26.390), establece límites a la jornada de trabajo, la prohibición del trabajo nocturno o la realización de actividades peligrosas que revistan carácter penoso, peligroso o insalubre.

⁷⁹ Ley 26.061, artículo 25.

⁸⁰ Título IX (Prohibición del Trabajo Infantil y Protección del Trabajo Adolescente).

⁸¹ Ley 25.871, artículo 56: "La aplicación de la presente ley no eximirá al empleador o dador de trabajo del cumplimiento de las obligaciones emergentes de la legislación laboral respecto del extranjero, cualquiera sea su condición migratoria; asimismo, en ningún modo se afectarán los derechos adquiridos por los extranjeros, como consecuencia de los trabajos ya realizados, cualquiera sea su condición migratoria"

7.3 Autoridades administrativas y políticas públicas sobre trabajo infantil

En relación con las autoridades administrativas, puede destacarse la existencia de la Comisión Nacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (CONAETI);⁸² dicha comisión se encuentra conformada por representantes de ministerios del poder ejecutivo nacional, representantes de organizaciones sindicales, organizaciones patronales, con asesoramiento de UNICEF y OIT. Asimismo, a nivel provincial existen las comisiones provinciales o COPRETI.

La coordinación entre autoridades y programas de estos organismos junto a, entre otros, la Dirección Nacional de Migraciones, el INADI, la Defensoría General de la Nación y la Secretaría de Derechos Humanos (así como sus representantes y/o referentes a nivel provincial), resulta fundamental para atender debidamente la situación de niños/as y adolescentes migrantes.

La CONAETI en particular ha aprobado un *Plan Nacional para la Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil*, que cuenta con objetivos y metas y también con información para la realización de un diagnóstico al momento de la implementación. A mediados de 2012 se ha cumplido con la primera etapa de este plan, que se desarrolló entre los años 2006 y 2010. En la actualidad se está llevando a cabo la segunda etapa, que se inició en el año 2011 y que tiene prevista su finalización para el año 2015.⁸³ No cabe duda que la iniciativa es importante, aunque no contempla la problemática de los niños migrantes y sus familias.⁸⁴

7.4 Protección contra todas las formas de explotación

La necesidad económica o el temor a ser denunciados ante autoridades migratorias convierten a muchas familias migrantes en blancos fáciles para las redes de trata y tráfico. En ciertas ocasiones se utilizan engaños, amenazas u otras formas de coacción para someter a las personas extranjeras a explotación económica o sexual. En tal sentido, debe señalarse que la protección de las personas migrantes contra todas las formas de explotación se encuentra en varios instrumentos internacionales y en la legislación argentina, protección que además se presenta de manera reforzada en el caso de niños, niñas y adolescentes.⁸⁵

En lo que respecta al objeto del presente Informe, es importante destacar el avance significativo que supuso la sanción de la Ley de Migraciones al tipificar como delito el tráfico de personas, definido como "...la acción de realizar, promover o facilitar el cruce ilegal de personas, por los límites fronterizos nacionales con el fin de obtener directa o indirectamente un beneficio." La sanción prevista es

⁸² Creada por el decreto nacional nro. 719/2000

⁸³ La información sobre este Plan se encuentra disponible en la página web de la CONAETI [En línea <http://www.trabajo.gov.ar/conaeti/actividades/plan.htm>] [Accedido junio de 2012]

⁸⁴ Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) y Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, Ley 26.390, *Prohibición del Trabajo Infantil y Protección del Trabajo Adolescente*, Buenos Aires, junio de 2009.

⁸⁵ La República Argentina ha ratificado el *Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire* y el *Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños*, que complementan la *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional* y el *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta, la Prostitución y la Utilización de Niños en la Pornografía*. Asimismo, también ha ratificado el Convenio 182 de la OIT sobre prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su eliminación, que establece la obligación de los Estados de adoptar medidas para tipificar aquellas actividades que afectan gravemente los derechos de los niños, como así también políticas públicas de asistencia directa y adecuada para librar a los niños de tales formas de explotación.

pena de prisión de uno a seis años. De este modo, la República Argentina cumple con la obligación de tipificar una conducta que surge del *Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire* y adopta el concepto allí vertido.

Del mismo modo se establece que también será punible quien promueva o facilite la permanencia de migrantes para obtener beneficios (art. 117), mientras que se agrava la pena de dos a ocho años si las conductas se realizan empleando violencia, intimidación o engaño o abusando de la necesidad o inexperiencia de la víctima (art. 119). Finalmente, el artículo 121 agrava las penas previstas para el tráfico de personas cuando la víctima sea una persona menor de 18 años de edad.

Por su parte, la ley 26.364 de *Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas* tipifica la trata de personas y agrava la pena en los casos en que las víctimas fueran niñas, niños o adolescentes; establece una serie de derechos y garantías en favor de las víctimas, destacando su derecho a permanecer en el país y a recibir la documentación pertinente, como también a que se les facilite el retorno seguro al lugar de su domicilio.⁸⁶

En materia de políticas públicas puede mencionarse la creación de unidades específicas para la prevención e investigación del delito de trata de personas⁸⁷ en todas las fuerzas de seguridad federales (Gendarmería Nacional Argentina, Policía Federal Argentina, Prefectura Naval Argentina y Policía de Seguridad Aeroportuaria) y la creación de la Oficina de Rescate y Acompañamiento a las Personas Damnificadas por el Delito de Trata, en el ámbito del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación.⁸⁸

Por último hemos de mencionar que, desde la sanción de la ley 26.364, el delito de trata de personas tiene carácter federal, motivo por el cual se creó en el ámbito del Ministerio Público Fiscal la Unidad Fiscal de Asistencia en Secuestros Extorsivos y Trata de Personas,⁸⁹ cuyo objeto es prestar asistencia a las Fiscalías de todo el país en la tramitación de las causas judiciales instruidas relacionadas con esos delitos.

8. REFLEXIONES FINALES

La Ley de Migraciones supuso un cambio trascendental en materia de derechos humanos de las personas migrantes, principalmente al inaugurar sus derechos reconociendo el derecho a migrar: a ingresar, vivir y salir sobre bases igualitarias. Ello provoca, directa e indirectamente, un avance sustantivo respecto de los derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes, así como en los hijos e hijas de inmigrantes que habitan en el país.

No obstante, el marco normativo vigente carece de ciertas regulaciones específicas que debe-

⁸⁶Ley 26.364, artículo 6, incisos j) y k). Esta ley tuvo una importante modificación (mediante ley 26.842) a fines de 2012 como consecuencia directa del juicio en un caso emblemático de trata en la Argentina: el de Marita Verón. Así, el 27 de diciembre de 2012 se logró una ley que redefinió la figura de la trata de personas, en particular suprimiendo la referencia al consentimiento de la víctima.

⁸⁷Creadas por resolución 1679/2008.

⁸⁸Creada mediante resolución 2149/08. El objetivo de esta oficina es centralizar toda la actividad referida a la prevención e investigación del delito de trata de personas, como así también el acompañamiento y asistencia jurídica a las personas damnificadas, hasta el momento de la declaración testimonial de la víctima.

⁸⁹Creada por Resolución PGN N° 66/03 y de acuerdo con las funciones asignadas por las resoluciones PGN 171/06 y PGN 100/08.

rían incorporarse a fin de asegurar una perspectiva que garantice la protección de los derechos y las necesidades específicas de los niños, niñas y adolescentes en el contexto de la migración. La ausencia de disposiciones sobre, por ejemplo, la no detención de niños o sobre la aplicación del principio de interés superior en el marco de procedimientos de expulsión, son cuestiones centrales a incluir.

A su vez, hemos verificado que mientras algunas normas se reformaron para adecuarse a lo dispuesto en la ley migratoria, otras aún no han sido revisadas y varias regulaciones de rango inferior a las normas nacionales contradicen los principales postulados de éstas. Es oportuno considerar las conclusiones del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares en sus Observaciones Finales al Estado argentino emitidas en 2011,⁹⁰ que señaló las dificultades a las que deben enfrentarse las personas migrantes para acceder a la educación y a la salud, y recomendó al Estado argentino el fortalecimiento de la capacitación de los docentes y efectores de la salud de acuerdo con lo establecido en la Convención y en la Ley de Migraciones.

Al mismo tiempo, el Comité se refirió a las pensiones asistenciales no contributivas y a la Asignación Universal por Hijo (AUH), recomendando al Estado que revise la duración requerida de residencia en el caso de las pensiones asistenciales no contributivas, con miras a garantizar su compatibilidad con los artículos 5 y 6 de la Ley de Migraciones y con la Constitución Nacional argentina, y que examine la posibilidad de hacer extensiva la AUH a los hijos de los trabajadores migratorios en situación irregular, de conformidad con la ley 26.061 de *Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes* que abarca a todos los niños que se encuentran en el territorio argentino.

En cuanto a la implementación de la ley migratoria, se han comprobado importantes medidas destinadas, por ejemplo, a regularizar la situación migratoria de cientos de miles personas. Sin embargo, también se ha constatado la persistencia de prácticas contrarias al reconocimiento de derechos que efectúa la Ley de Migraciones, tal como la exigencia de DNI.

Aunque en los capítulos siguientes se verán con más detalle estas circunstancias, cabe señalar muy especialmente que la ausencia de una política de Estado dirigida a difundir los derechos de las personas migrantes y a capacitar e informar sobre la normativa migratoria vigente a empleados y funcionarios públicos en todo el territorio nacional, está directamente vinculada con restricciones ilegítimas a los derechos de las personas migrantes, en particular a niños, niñas y adolescentes.

⁹⁰ Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, 15° Período de Sesiones, 12 al 23 de septiembre de 2011. "...Desde su creación en marzo de 2004, el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares (CMW) se dedica a supervisar la correcta aplicación de la Convención Internacional sobre protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. Además de recibir denuncias particulares en determinadas circunstancias, los Estados Partes deben enviar al Comité informes periódicos sobre la manera en que se ejercitan los derechos. Sobre la base de estos, el mismo Comité adopta observaciones sobre la situación de cada Estado Parte y una serie de recomendaciones para asegurar el cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas...". Las Observaciones Finales del Comité realizadas en el 15° período de sesiones se encuentran disponibles en: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cmw/cmws15.htm>

SEGUNDA PARTE

**EL TRABAJO
INTERINSTITUCIONAL EN NIÑEZ,
MIGRACIÓN Y DERECHOS HUMANOS.
EXPERIENCIAS DE ARTICULACIÓN
E INCIDENCIA EN LAS POLÍTICAS
PÚBLICAS**



EL TRABAJO INTERINSTITUCIONAL EN NIÑEZ, MIGRACIÓN Y DERECHOS HUMANOS. EXPERIENCIAS DE ARTICULACIÓN E INCIDENCIA EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

INTRODUCCIÓN DE LAS INSTITUCIONES ANFITRIONAS DE LAS MESAS INTERINSTITUCIONALES

INTRODUCCIÓN DE LA DEFENSORÍA GENERAL DE LA NACIÓN

La Ley Orgánica del Ministerio Público establece, entre los deberes y atribuciones del Defensor General de la Nación, los de "realizar todas las acciones conducentes para la defensa y protección de los derechos humanos" y de "promover y ejecutar políticas para facilitar el acceso a la justicia de los sectores discriminados".

Hasta hace unos años, el Ministerio Público de la Defensa limitaba su actuación, con relación a las personas migrantes y refugiadas, a asumir su defensa técnica en los procesos penales iniciados en su contra, en condiciones de igualdad con los nacionales. En el año 2007 dispuso la creación de la Comisión para la *Asistencia Integral y Protección del Refugiado* con el fin de garantizar el acceso a la justicia y los derechos humanos de las personas refugiadas y solicitantes del reconocimiento de dicha condición, atendiendo a su situación de especial vulnerabilidad.

Durante los primeros cuatro años de su actuación, dicha Comisión centró sus esfuerzos en asumir la tutela, la representación legal y el acompañamiento de los niños, niñas y adolescentes no acompañados o separados de su familia que solicitaran asilo en nuestro país. Es así que la Comisión contribuyó a la elaboración del *Protocolo para la Protección, Asistencia y Búsqueda de soluciones duraderas para los niños no acompañados o separados de sus familias en busca de asilo*, en un trabajo conjunto con todos los actores involucrados en su protección y cuidado.

A partir de febrero de este año (2013), la Comisión brinda representación legal a toda persona que solicita ser reconocida como refugiada en la Argentina, en todas y cada una de las etapas del proceso de reconocimiento de la condición de refugiado. Los abogados de este nuevo programa de la Comisión fueron seleccionados mediante un innovador proceso que incluyó una convocatoria pública y la realización de entrevistas orales en inglés y francés, un curso de capacitación y un examen, todo lo cual garantiza su independencia, idoneidad y especialización.

De esta manera, la República Argentina se ha convertido en el primer país de América Latina y en uno de los primeros en el mundo en ofrecer defensa pública, gratuita y especializada a las personas refugiadas y solicitantes del reconocimiento de dicha condición. Actualmente, se trabaja en sendos proyectos para que la Comisión brinde representación legal gratuita en los procesos de ciudadanía iniciados por personas refugiadas o solicitantes del reconocimiento de esa condición, y colabore con los defensores públicos oficiales en los procesos en los que resulten imputadas dichas personas.

Con relación a las personas migrantes, desde la creación de la *Comisión del Migrante* en el año

2008, el Ministerio Público de la Defensa asume la representación legal gratuita de toda persona migrante que sea sometida a un procedimiento de expulsión, ya fuera por la existencia de una causa penal en su contra o por mera irregularidad migratoria, velando para que en dichos procedimientos se respeten todas y cada una de las garantías del debido proceso.

El Ministerio Público de la Defensa, en síntesis, está haciendo su aporte para la configuración de un nuevo paradigma en la Argentina, según el cual el Estado, a través de su sistema de defensa pública y autónoma de los demás poderes, brinda representación legal gratuita y especializada a las personas migrantes y refugiadas.

Es por ello que es un honor abrir las puertas de nuestra institución, la casa de la defensa pública, a la realización de las reuniones de la mesa interinstitucional sobre la situación de la niñez migrante y refugiada, coordinada por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús (UNLA) y UNICEF Argentina.

Esta mesa abierta, en la que confluyen autoridades de distintos niveles de gobierno, representantes de la academia, organizaciones de la sociedad civil y, sobre todo, organizaciones de las propias personas migrantes y refugiadas –ya que, como dice el proverbio africano, "nadie sabe mejor dónde duele el zapato que el que lo usa"–, ha venido trabajando activamente sobre los desafíos pendientes en tres grandes áreas: "adecuación normativa", "salud" y "educación".

En cuanto a la adecuación normativa, la mesa ha identificado que a pesar de los avances de la ley de Migraciones la niñez migrante y refugiada enfrentan aún muchos obstáculos: no pueden acceder a una pensión por discapacidad a menos que tengan veinte años de residencia en el país; no pueden acceder a la asignación universal por hijo, a menos que ellos o sus padres tengan más de tres años de residencia en el país; entre otros muchos obstáculos.

En cuanto al derecho a la salud, la mesa ha identificado que, a pesar de que la ley de migraciones reconoce el ejercicio de este derecho independientemente de la situación migratoria, sigue habiendo hospitales y centros de salud en todo el país que niegan la asistencia médica a las personas que no tienen el documento nacional de identidad; el sistema de salud no atiende adecuadamente a las necesidades idiomáticas y al respeto a la diversidad cultural que implica, en muchos casos, la atención de la salud de los niños migrantes y refugiados; los niños migrantes y refugiados no acceden a ciertos programas de salud, como el Programa Cobertura Porteña de Salud, ya que el mismo está reservado a los niños argentinos y, en consecuencia, deben concurrir de madrugada a los hospitales y esperar largas horas para ser atendidos; no son contabilizados a los efectos de la transferencia de recursos del programa Nacer (hoy "Sumar") del Ministerio de Salud de la Nación, con lo cual los centros en los que son atendidos sufren la carencia de recursos para atender a sus demandas; son excluidos del sistema público de trasplantes de órganos; los hospitales y centros de salud no cumplen adecuadamente con la obligación impuesta por la ley de migraciones de orientar a las personas en situación migratoria irregular sobre las vías para regularizar su situación, etc.

Con relación al derecho a la educación, la mesa ha identificado que, a pesar de que la ley de migraciones reconoce el ejercicio de este derecho independientemente de la situación migratoria,

sigue habiendo escuelas públicas que niegan la inscripción de los niños migrantes o refugiados que aún no tienen DNI, o les niegan la expedición de los títulos una vez concluidos los estudios; no acceden en todos los casos a las computadoras que son entregadas a sus compañeros de escuela por su origen nacional, o por el origen nacional de sus padres; la temática de las migraciones está poco presente en los programas de estudios y en los programas de formación docente; muchas jurisdicciones vedan aún a las personas migrantes el ejercicio de la docencia; los programas desarrollados desde el Estado en todos sus niveles para brindar clases de español gratuitas para favorecer la integración de las personas migrantes y refugiadas en el país son insuficientes; las escuelas no cumplen adecuadamente con su obligación de orientar a las personas en situación migratoria irregular sobre las vías disponibles para regularizar su situación, etc.

Las mesas interinstitucionales, así, no sólo *identifican* a través de un diagnóstico participativo y continuo los núcleos problemáticos en las distintas áreas, sino que *llama la atención* de las autoridades, *las interpela*, *procura poner los temas en las distintas agendas* y *les propone soluciones adecuadas*, es decir, incide en la formación de la política pública.

En mi carácter de Defensora General de la Nación, celebro tan importante iniciativa, felicito a UNLA, UNICEF y a todos los integrantes de las mesas por la labor desarrollada hasta aquí, y les aseguro que el Ministerio Público de la Defensa seguirá apoyando sus esfuerzos de modo de contribuir a la consolidación de un nuevo paradigma en materia migratoria, fundado ya no en la discriminación, sino en la vigencia del principio de igualdad y en el respeto de todos los derechos humanos de las personas migrantes y refugiadas.

Stella Maris Martínez

Defensora General de la Nación

INTRODUCCIÓN DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN

A partir del período que comenzó en 2003, el Estado Nacional se propuso garantizar la inclusión y ampliación de los derechos de todas las personas que habitan nuestro país. Para ello ha desarrollado una serie de políticas públicas destinadas a hacer realidad los derechos de sectores históricamente postergados.

En este marco, en 2010 se conformó una Mesa Interinstitucional de Trabajo sobre *Migración, Niñez y Derecho a la Educación* entre el Área de Migración de la Universidad Nacional de Lanús, el Ministerio de Educación de la Nación y otros organismos gubernamentales, como el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, el Ministerio de Salud, el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI), la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (SENAF), la Defensoría del Pueblo de Nación y de Ciudad, y Defensorías de Niñez del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, entre otros. De dicha Mesa participan también el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) y organizaciones no gubernamentales, tales como *Save the Children* y las que representan a las colectividades migrantes. La participación del Ministerio de Educación de la Nación está a cargo de la Coordinación de Programas para la Inclusión Democrática en las Escuelas a través del Programa por los Derechos de la Niñez y la Adolescencia.

A lo largo de las reuniones de esta Mesa Interinstitucional de Trabajo, llevadas a cabo en el ámbito de Ministerio de Educación, se pusieron de manifiesto los obstáculos que surgen para el pleno ejercicio de derechos por parte de las poblaciones migrantes. A partir de estas problemáticas se debatieron y pensaron instancias para superar algunas de las dificultades que atraviesan las familias migrantes, poniendo particular énfasis en los derechos de los niños.

Un primer paso fue convocar a otras áreas gubernamentales y organizaciones de la sociedad civil con inserción en dicho campo de trabajo, para indagar acerca de las demandas y los problemas más relevantes. Desde este espacio de articulación se buscó dar respuesta a los derechos vulnerados en el acceso, permanencia y egreso del sistema educativo.

A partir de este proceso participativo, la propuesta original se fue ampliando con el transcurrir de las reuniones para incluir a los planteos expuestos por cada una de las organizaciones. El debate en conjunto de las dificultades permitió emprender un camino comprometido en la búsqueda de soluciones concretas.

La labor conjunta acerca de los problemas en el ámbito educativo nos permitió detectar sus diversos orígenes y manifestaciones. En algunos casos los impedimentos se relacionaban con normativas y usos y costumbres arraigadas dentro del sistema. En otras ocasiones, eran consecuencia involuntaria de las políticas públicas o surgían de lo que se denomina "discriminación de ventanilla" (la que, sin estar escrita en las normas, la realizaban los encargados directos de implementar dichas políticas).

Para pensar soluciones se convocaron a algunas áreas del Ministerio (Dirección Nacional de Títulos, Instituto Nacional de Formación Docente, Programa Desarrollo Infantil, entre otras), con quienes se desarrollaron innovaciones en los procedimientos formales dirigidos a subsanar los obstáculos para la equidad generados desde las propias acciones impulsadas desde el Ministerio.

La Mesa de Trabajo lleva adelante sus acciones en el contexto de una serie de medidas dedicadas a garantizar una mayor inclusión y equidad. Entre ellas se pueden destacar: la Ley de Educación Nacional¹ y la Ley de Protección Integral², que definen claramente a la educación como un derecho universal. Asimismo, la Ley de Migraciones³ determina que los establecimientos educativos tienen la responsabilidad de orientar y acompañar, en lugar de controlar y denunciar, el incumplimiento de normativas relativas a la documentación en que incurrieran las familias migrantes. La labor de la Mesa ha venido contribuyendo a hacer realidad estos derechos.

Hemos avanzado y trazado un camino en dirección al horizonte propuesto. Nuestro desafío actual pasa por ampliar la convocatoria, seguir removiendo obstáculos y difundir la temática dentro del sistema educativo. Hemos trabajado junto al Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Lanús (CDHUNLa) y a UNICEF Argentina en la elaboración de materiales para trabajar estas temáticas en las escuelas, y continuaremos en este camino. Sabemos que hay deudas acumuladas a

¹ N° 20206/2006.

² N° 26061/2005.

³ N° 25871/2004.

través de la historia, pero junto a este reconocimiento estamos proponiendo políticas públicas que den respuestas concretas a estas problemáticas.

El compromiso desde el Estado es profundizar el trabajo para asegurar que la escuela siga siendo, siempre y cada vez más, un espacio que respete los derechos de todos y todas.

Gabriel Brener

Subsecretario de Equidad y Calidad Educativa
Ministerio de Educación de la Nación

INTRODUCCIÓN DE LA SECRETARÍA DE DERECHOS HUMANOS DEL MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

La Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación convoca y participa activamente de la mesa de trabajo "Niñez, Migración y Adecuación Normativa, Acceso a Derechos y Lucha contra la Xenofobia", que ha logrado conformarse como un ámbito de discusión entre diversos organismos del Estado Nacional y de la jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, agencias de Naciones Unidas, organizaciones no gubernamentales y universidades, en el marco del proyecto que desarrollan conjuntamente el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús (CDHUNLa) y UNICEF en Argentina.

El objetivo de este espacio es avanzar en los niveles de protección de los derechos de niños/as y adolescentes migrantes, así como de hijos e hijas de migrantes, trabajando acciones concretas de incidencia para impulsar normas, políticas, prácticas y articular mecanismos de difusión, capacitación y sensibilización de derechos.

La aceptación de la heterogeneidad multicultural, pluriétnica y plurilingüística de nuestra sociedad es una condición fundamental para poder llevar a cabo este tipo de políticas públicas interculturales. El encuentro en las diferencias sobre la base del respeto por el otro y su dignidad humana, superando los procesos igualitaristas de asimilación que han homogeneizado nuestra población sin respetar las particularidades culturales, ha permitido alcanzar así la universalidad de los derechos humanos.

El avance que ha tenido Argentina en materia de protección de derechos humanos desde el año 2003 nos impulsa a seguir trabajando en la adecuación de las prácticas del nuevo marco normativo que reconoce el derecho a migrar como derecho humano.

Es por ello que apostamos a la conformación de estas mesas de diálogo, que permiten reflexionar y trabajar colectivamente para profundizar el acceso a los derechos de todas las personas que habitan en el suelo argentino, en el marco del proyecto nacional encabezado por la Presidenta Cristina Fernández de Kirchner.

Martín Fresneda

Secretario de Derechos Humanos de la Nación
Ministerio de Educación de la Nación

1. INTRODUCCIÓN¹

Uno de los objetivos primordiales del proyecto *Niñez, Migración y Derechos Humanos en Argentina* ha sido promover, a partir de la elaboración previa de un diagnóstico, la articulación de acciones e iniciativas tendientes a afianzar una perspectiva de niñez y adolescencia en las políticas públicas orientadas a la población migrante en el país, con especial énfasis en el acceso efectivo a derechos fundamentales. El análisis que se realizó en la primera fase de esta iniciativa, así como la discusión posterior entre numerosos actores gubernamentales y de la sociedad civil, permitió identificar la necesidad de trabajar sobre niñez y migración desde una lógica interinstitucional, especialmente en algunas áreas prioritarias: educación, salud, adecuación normativa y prevención de la xenofobia.

La Ley de Migraciones y los estándares internacionales de derechos humanos -la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) en particular y en general los instrumentos de derechos humanos universales y regionales-, exigen la adecuación de la normativa a nivel nacional, provincial y municipal (leyes, decretos, resoluciones); también, el diseño, implementación y monitoreo de un conjunto de políticas y prácticas que aseguren el efectivo cumplimiento de los derechos de la niñez en el contexto de la migración. En este sentido, un abordaje integral de sus derechos implica no sólo una mirada transversal de los organismos públicos sino también la interacción entre los diferentes niveles del Estado y las distintas áreas de gobierno, además de la participación de la sociedad civil. Entonces, la coordinación interinstitucional resulta esencial para asegurar una respuesta adecuada a los principios y estándares de derechos humanos aplicables, tal como sucede con otras temáticas que entrecruzan las órbitas de derechos humanos y políticas públicas.

En particular, el trabajo coordinado debe incluir a las autoridades de infancia, cuya intervención debe ser prioritaria y prevalecer en las decisiones, de modo tal de proteger el interés superior del niño. En este sentido, es importante promover en los organismos públicos (defensorías del pueblo, secretarías de derechos humanos, etc.) una atención específica (o que profundice la existente) a los derechos de las personas migrantes en general y a los derechos de la niñez migrante en particular, como un grupo con necesidades diferenciadas que deben ser consideradas integralmente.

De igual manera, es fundamental promover la participación de las instituciones de la sociedad civil, incluyendo organizaciones de migrantes, organismos de derechos humanos y centros académicos, entre otras entidades que trabajan día a día en temas de niñez, migración o derechos humanos. Esta participación debe darse tanto en el diseño como en la implementación y evaluación de las políticas públicas que impactan transversalmente en los derechos de la población migrante (políticas migratorias, de infancia, de salud, de educación, etc.).

En el marco de esta iniciativa, entonces, se ha intensificado progresivamente una metodología de trabajo caracterizada por este enfoque interinstitucional y participativo que se describirá a continuación.

¹ Capítulo elaborado por Clara Capurro Robles, Gisela Cardozo y Natalia Lippmann Mazzaglia, y actualizado por Lila García.

2. PRESENTACIÓN DE LOS RESULTADOS PRELIMINARES DE LA INVESTIGACIÓN

En el segundo semestre de 2010 se presentaron los resultados preliminares de la primera fase de investigación ante organismos públicos, organizaciones no gubernamentales, agencias internacionales y universidades en los distintos puntos del país cuya situación se relevó en la etapa inicial del proyecto. Se realizaron jornadas de trabajo en Neuquén, Jujuy y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (C.A.B.A.) con las organizaciones que contribuyeron en las respectivas investigaciones, así como con actores claves de la sociedad civil, a efectos de visibilizar y discutir la temática de niñez migrante y el impacto que había tenido la Ley de Migraciones en el ejercicio de derechos para esta población.

En particular se llevaron a cabo dos actividades: (i) la presentación de los resultados preliminares de la investigación en un taller abierto a la comunidad en el marco del festival de Cine Migrante que se realizó en septiembre de 2010;² y (ii) un desayuno de trabajo realizado en la Ciudad de Buenos Aires el 15 de diciembre de 2010.

Precisamente, fue en el marco de la segunda de esas actividades -cuyo objetivo era presentar un diagnóstico de la situación general de la niñez migrante en Argentina a partir de la sanción de la ley migratoria, intercambiar información, reflexiones y, especialmente, propuestas y líneas de acción frente a ese diagnóstico- que surgió un conjunto de preocupaciones y obstáculos: se pusieron en común diferentes abordajes de trabajo sobre niñez migrante y se generó la propuesta de crear las mesas interinstitucionales de trabajo.

Estos espacios permitirían compartir, validar y revisar o profundizar los contenidos y objetivos de la investigación, así como identificar nuevos actores interesados y comprometidos con la temática, amén de servir como espacio de diálogo y articulación entre diversas instituciones.

3. EXPERIENCIA DE ARTICULACIÓN DE TRES MESAS INTERINSTITUCIONALES DE TRABAJO

La experiencia de trabajo interinstitucional en tres "mesas" sobre niñez y migración se inauguró, entonces, a principios de 2011. A partir de un análisis de los principales problemas que afectan a la niñez migrante en la Argentina, detectados en el informe preliminar de la investigación, se conformaron tres mesas organizadas en torno a los siguientes temas: a) educación, b) salud y c) adecuación normativa, acceso a derechos y prevención de la xenofobia.³

Estas mesas interinstitucionales tienen como objetivo principal dialogar sobre los principales problemas y desafíos que, en cada tema, afectan los derechos de la infancia y la adolescencia en el contexto de la migración; también, acordar actividades y acciones conjuntas con el objetivo de atender los desafíos detectados, es decir, resolver los problemas, remover los obstáculos y proponer los cambios

² En septiembre de 2011, en el marco de la 2da. edición de este festival, se realizó una presentación del trabajo que venían desarrollando las mesas interinstitucionales desde inicios del mismo año.

³ En la presentación de los resultados preliminares, a fines del año 2010, surgió un amplio consenso sobre la necesidad de conformar dos mesas específicas en torno a educación y salud. También se detectó la necesidad de trabajar un núcleo temático "transversal", a saber: la inadecuación de las normativas vigentes en los distintos niveles estatales y la preexistencia de prácticas discriminatorias. La mesa de Adecuación Normativa se creó, entonces, para condensar un conjunto de preocupaciones y mantener un vínculo directo con las otras dos mesas, velando por la remoción de diversos obstáculos prácticos y normativos.

normativos o prácticos que resulten necesarios para asegurar la efectividad de los derechos en juego.

Cada mesa de trabajo es liderada por un organismo público que actúa como entidad anfitriona para la realización de las reuniones mensuales. Así, la mesa de educación se lleva a cabo en el Ministerio de Educación de la Nación, con la participación del Programa Nacional por los Derechos de la Niñez y Adolescencia que depende de la Coordinación de Programas para la Inclusión Democrática en las Escuelas. La mesa de salud se realiza en la Defensoría General de la Nación, contando con el apoyo de la Comisión para la Asistencia Integral y Protección al Refugiado y Peticionario de Refugio. Por último, la mesa de adecuación normativa, acceso a derechos y prevención de la xenofobia se reúne en la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, con la participación de la Dirección Nacional de Atención a Grupos en Situación de Vulnerabilidad.

En las mencionadas mesas confluyen organismos públicos, universidades, agencias de Naciones Unidas, organizaciones internacionales o intergubernamentales, de la sociedad civil, académicos, etc. Así, estas experiencias lograron reunir en un mismo espacio de trabajo una diversidad de actores, tanto públicos (nacionales, provinciales) como privados, que trabajan a diferentes niveles y con distintos abordajes.

Al mismo tiempo, las reuniones han sido enriquecedoras en términos de identificación de nuevos obstáculos e impedimentos en el acceso a derechos de la niñez migrante; se han analizado buenas prácticas y compartido experiencias sobre las distintas consultas que reciben los organismos públicos y las organizaciones sociales.

De esta manera, el espacio de las mesas ha despertado especial interés en las instituciones que las conforman, pues permite advertir situaciones antes desconocidas o desatendidas y trabajar sobre las distintas instancias y organismos encargados de buscar una solución a situaciones que suponen un impedimento para el acceso a derechos. Más aún, la posibilidad de compartir experiencias en relación con casos concretos ha generado nuevos vínculos de trabajo conjunto interinstitucional. En muchos organismos públicos se logró poner en consideración de las autoridades la necesidad de modificar normas o prácticas, presentando los argumentos desarrollados desde la mesa correspondiente.⁴

A junio de 2013, el balance de esta actividad es muy positivo. Las instituciones participantes integran las mesas con predisposición y entusiasmo, razón por la cual las reuniones se extendieron durante 2012 y aún este año,⁵ desarrollando iniciativas en curso y proponiendo nuevas acciones. Cabe mencionar, también, que los espacios de las mesas son "abiertos": esto quiere decir que a lo largo del proceso se han ido incorporando (y lo seguirán haciendo) diferentes organizaciones guber-

⁴ La revisión de una norma o una práctica es un trabajo que implica un proceso de discusión y de diálogo con las autoridades, de articulación entre los organismos públicos y entre éstos y la sociedad civil. Con este objetivo, fue posible, en ocasiones, convocar a coordinadores de áreas y transmitir comunicaciones a algunos programas de distintos ministerios (sobre todo del Ministerio de Salud de la Nación y del Ministerio de Educación de la Nación), para lo cual fueron fundamentales la iniciativa, la participación y el apoyo de cada institución que participa en estos espacios.

⁵ A la fecha de la última revisión de este informe (junio 2013), habían tenido lugar dos reuniones de la Mesa de Educación (abril y mayo), sendas reuniones de la Mesa de Adecuación (abril y mayo) y otras dos de la Mesa de Salud (mayo y junio).

namentales y de la sociedad civil.⁶

A continuación se reseñan los principales temas abordados desde cada una de las mesas de trabajo sobre niñez y migración, y las intervenciones que se organizaron desde cada uno de estos espacios.

3.1 Mesa de trabajo sobre Educación, Niñez y Migración

En las diversas reuniones de la mesa *Educación, Niñez y Migración* se planteó la importancia de trabajar sobre los siguientes ejes prioritarios: (i) el efectivo acceso de la población migrante a la educación en todos sus niveles (primario, secundario, terciario y universitario), (ii) la discriminación y la xenofobia hacia niños y niñas migrantes o hijos/as de migrantes en la escuela, y (iii) la relevancia estratégica del ámbito educativo para la promoción de políticas y prácticas de integración intercultural y de prevención de la discriminación.

Sobre esta base, los desafíos que se plantearon desde la mesa fueron:

- Capacitación, formación y concientización de funcionarios, docentes y empleados públicos y personal administrativo del área de educación, acerca de la Ley de Migraciones y sus alcances.
- Análisis de la razonabilidad de la exigencia de ciertos requisitos para el ingreso a los establecimientos educativos, así como para otorgar y expedir títulos.⁷
- Incorporación de la temática de la niñez migrante y la interculturalidad, tanto en las currículas educativas como en los programas de formación docente.
- Enseñanza del español a aquellos niños/as migrantes que no hablan el idioma, con el fin de asegurar que tengan la posibilidad de incorporarse al sistema educativo en todos sus niveles. En particular se planteó la importancia de que este tema se incorpore a la agenda pública, ya que es

⁶ Hasta junio de 2013, los organismos que han conformado las mesas de trabajo interinstitucionales son los siguientes. **Organismos públicos:** Defensoría del Pueblo de la Nación; Defensoría General de la Nación - Comisión para la Asistencia Integral y Protección al Refugiado y Peticionante de Refugio; Defensoría General de Mercedes - Casa de Justicia de Trujui-; Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI); Ministerio de Salud de la Nación - Plan Nacer /SUMAR y Programa Médicos Comunitarios; Ministerio del Interior - Dirección Nacional de Población; Ministerio de Educación de la Nación - Programa Nacional por los Derechos de la Niñez y Adolescencia, que depende de la Coordinación de Programas para la Construcción de Ciudadanía en Escuelas; Secretaría de Derechos Humanos de la Nación - Dirección Nacional de Atención a Grupos en Situación de Vulnerabilidad; Secretaría Nacional de la Niñez, la Adolescencia y la Familia (SENAF) —Área para la Prevención de la Explotación Infantil y la Trata de Personas-; Asesoría General Tutelar de la C.A.B.A.; Consejo de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la C.A.B.A.; Defensoría del Pueblo de la CABA; Ministerio de Salud de la C.A.B.A. - Grupo Salud y Migraciones. **Organizaciones no gubernamentales:** Asociación por los Derechos Civiles (ADC); Servicio Ecuménico de Apoyo y Orientación a Migrantes y Refugiados (CAREF); Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS); Clínica Jurídica de Derechos de Inmigrantes y Refugiados CAREF/UBA/CELS; Centro de Atención al Migrante; CineMigrante; Foro Ciudadano de Participación por la Justicia y los Derechos Humanos (FOCO); Instituto Argentino para la Igualdad, la Diversidad e Integración (IARPIDI); Red de Migrantes en Argentina; Fundación Comisión Católica Argentina de Migraciones (FCCAM); Q'amasam Huarmi; Yanapacuna; CEMLA (Centro de Estudios Migratorios Latinoamericanos). **Agencias de Naciones Unidas:** Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR); Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF). **Organizaciones Intergubernamentales:** Organización Internacional para las Migraciones (OIM). **Organizaciones Internacionales:** Amnistía Internacional; *Save the Children*. Universidades y Centros Académicos: Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús (UNLa); Instituto de Ciencias Antropológicas, Facultad de Filosofía y Letras Universidad de Buenos Aires (UBA); Laboratorio de Idiomas de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires; UBA XXII (Programa de educación en las cárceles); investigadores y estudiantes doctorandos de distintas universidades.

⁷ En el marco de la mesa se comentó que en algunas escuelas, en los formularios de inscripción se requiere el DNI, no hay posibilidad de inscripción con otro documento que no sea ese (pasaporte, certificado de residencia expedido por la DNM, etc.). En muchos casos, hay un claro desconocimiento de la ley y de los derechos en ella contemplados, por ello se observó la necesidad de instalar el tema en el Consejo Federal de Educación, a los fines de lograr que a partir de allí se imparta la directiva de inscribir a todos los niños/as, aún aquellos que no poseen DNI.

un tema que actualmente está cubriendo la sociedad civil.

- Coordinación de iniciativas entre los distintos referentes del ámbito de la educación a nivel nacional y provincial (Ministerio de Educación de la Nación, Consejo Federal de Educación, ministerios provinciales) para difundir las normativas que garantizan el derecho a la educación de la niñez migrante⁸.

El desarrollo de estas iniciativas impulsó las siguientes acciones de incidencia.

Emisión y convalidación de títulos

Las dificultades que tienen los niños/as que no tienen situación migratoria regular para obtener títulos de los niveles primario y secundario fue uno de los temas debatidos en este encuentro. Por ello, los funcionarios de la Dirección Nacional de Validez de Títulos y Estudios del Ministerio de Educación de la Nación fueron convocados a las reuniones para abordar dos temas centrales. Por un lado, la emisión de títulos argentinos para extranjeros en situación migratoria irregular y, por otro, la convalidación y homologación de títulos extranjeros.

Para sortear este obstáculo, la referida Dirección implementó un *software* por medio del cual se pueden expedir los certificados con pasaporte u otros documentos, y no necesariamente con DNI. Desde la Dirección realizaron actividades de difusión del nuevo sistema de emisión de certificados y resultó valioso para los/as integrantes de la mesa tomar conocimiento de esta información para difundirla en sus respectivos espacios de trabajo. Sin embargo, distintas instituciones acercaron a la mesa información sobre las dificultades que aun tienen muchos niños/as y adolescentes migrantes que no poseen DNI argentino para lograr la expedición del título que han obtenido por sus estudios. Estos problemas se verifican tanto en el ámbito primario y secundario como en el universitario.

En lo relativo a las convalidaciones y homologaciones, la misma Dirección compartió con todas las instituciones la información sobre los convenios vigentes en esta materia.⁹ Sin embargo, aún existen obstáculos para tramitar exitosamente la convalidación y/u homologación de títulos obtenidos en el extranjero. Uno de los casos más complejos es el de las personas solicitantes de asilo que están huyendo de contextos de extrema violencia: la particular situación en que se encuentran obliga a revisar la razonabilidad de ciertos procesos que se implementan automáticamente tanto para la emisión de certificados como para la incorporación al sistema escolar de los niños y niñas solicitantes de asilo que viven en Argentina. En este marco, la tramitación de un certificado de escolaridad o cualquier otra documentación personal constituye una exigencia muchas veces sumamente difícil o imposible de cumplimentar.

⁸ Para lograr la difusión de los derechos de la niñez migrante en todo el país desde el ámbito educativo, se consideró necesario la articulación con el Consejo Federal de Educación -organismo de concertación, acuerdo y coordinación de la política educativa nacional para asegurar la unidad y articulación del Sistema Educativo Nacional-. Por ello, en el año 2011 y en 2012, desde la mesa se enviaron dos comunicaciones a la Subsecretaría del Consejo Federal de Educación con el objeto de instalar el tema en la agenda del Consejo, y lograr que cada uno de los ministros de educación verifique el efectivo cumplimiento del artículo 7 de la ley de migraciones en sus provincias y dicte las normas internas necesarias para asegurar el acceso efectivo a la educación de la niñez migrante e hija de migrante. Se continúa con distintas gestiones a los fines de obtener una respuesta concreta a estas comunicaciones.

⁹ La cartilla sobre equivalencias de los sistemas educativos y convenios existentes con Argentina puede consultarse en: <http://www.bnm.me.gov.ar/giga1/documentos/EL000401.pdf>

Formación docente en derechos, prevención de la xenofobia e integración de la población migrante

A partir de las propuestas y observaciones surgidas en la mesa, sobre todo respecto de la insuficiencia de herramientas pedagógicas que permitan abordar la migración desde una perspectiva de derechos humanos, se conformó un equipo interdisciplinario de investigadores para la elaboración de una serie de materiales sobre migraciones, diversidad y derechos para instancias educativas y de formación docente. Esto dio como resultado una llamada "valija de materiales" de migración para educadores que cuenta con diversas herramientas para trabajar en el aula: cortos audiovisuales, noticias periodísticas y canciones populares, además de bibliografía especializada y una serie de secuencias didácticas que enlazan los distintos materiales a través de diferentes tópicos (identidad, normativas, censos, etc.).¹⁰

A partir de esta iniciativa se está llevando a cabo, en forma articulada con el Instituto Nacional de Formación Docente (INFD), un curso virtual denominado "(Re) pensar la inmigración en Argentina desde la escuela", dirigido a formadores de formadores. Este curso está compuesto de ocho clases que, sobre la base del material que compondrá la "valija", aborda distintos temas y prejuicios en torno a las migraciones.¹¹ En agosto de 2013 comenzará su segunda cohorte.

Programas de entrega de computadoras portátiles

En las reuniones de esta mesa también se analizaron los programas de distribución de computadoras portátiles (netbook) para niños/as de escuelas primarias de la C.A.B.A., a través del "Plan Sarmiento BA",¹² y para niños, niñas y adolescentes de escuelas secundarias públicas de todo el país, por medio del plan "Conectar Igualdad".¹³

La entrega de estas computadoras a niños, niñas y adolescentes para trabajar en la escuela y en el hogar requiere que el estudiante presente su DNI. En el Plan Sarmiento BA, además, se solicita al padre, madre o tutor/a que presente su DNI para la firma del comodato por medio del cual se entregan las computadoras. Frente a esto, algunos organismos integrantes de la mesa informaron sobre casos de niños/as migrantes o hijos/as de migrantes que no pudieron acceder a estos programas

¹⁰ A la fecha de cierre de este informe (junio 2013), el mencionado material se encuentra en su fase final de elaboración.

¹¹ El objetivo del seminario, según se diseñó, consiste en revisar cómo, desde el siglo XIX hasta el presente, se han construido diversas imágenes de "inmigrante" y de "extranjero". Revisar estas imágenes y contextualizarlas en relación a la dinámica de los flujos migratorios y la normativa permite reflexionar acerca del lazo entre inmigración, diversidad y derechos. De esta manera se podrá avanzar en el camino de un desafío mayor: prevenir y desarmar los discursos, las creencias y las prácticas xenófobas, y a la vez construir un concepto histórico de igualdad, capaz de contener y reconocer las diferencias (nacionales, étnicas, culturales, de género, etc.), pero sin esgrimir las como razones "naturales" para denegar u obstaculizar el acceso a derechos.

¹² El Plan Sarmiento BA forma parte del plan Integral de Educación Digital del Ministerio de Educación de la Ciudad de Buenos Aires y tiene como objetivo promover la calidad educativa con igualdad de oportunidades y posibilidades, y favorecer la inclusión socio-educativa.

¹³ El Programa Conectar Igualdad fue creado por medio del decreto del Poder Ejecutivo Nacional 459/10, que define una política de inclusión digital para la educación pública y establece la distribución de una computadora portátil a alumnos/as y adolescentes de educación secundaria, de educación especial y de los Institutos de Formación Superior. Este programa busca también capacitar docentes en la utilización de la herramienta digital, y así fortalecer la incorporación de las mismas en los procesos de enseñanza y de aprendizaje.

porque ellos y/o sus padres carecían de DNI,¹⁴ o que accedieron a las computadoras pero sin poder llevarlas a sus hogares. En este marco, tanto la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires como el INADI han compartido documentos de las respectivas instituciones sobre las particularidades del acceso al Programa Plan Sarmiento BA y sus implicancias en relación con los derechos que pretende garantizar.¹⁵

"Estas restricciones o diferencias que afectan la igualdad de trato y de oportunidades educativas, obstaculizan a su vez el cumplimiento de los propios objetivos del Programa, como ser la participación de las familias a través de actividades y herramientas digitales a trabajar en el ámbito del hogar".

Así, desde la mesa se continúa con el trabajo de relevamiento de casos de niños migrantes e hijos/as de migrantes que no han podido acceder al Plan Sarmiento y cuyos reclamos fueron recibidos por algunos de los organismos que integran la mesa, relevamiento que constituye un insumo fundamental para la implementación de acciones de incidencia. Al mismo tiempo, se busca contactar a las autoridades pertinentes para poner en su conocimiento esta problemática.¹⁶

Por su parte, el programa Conectar Igualdad ofrece alternativas para que aquellos niños/as que no tienen DNI puedan acceder efectivamente a esta herramienta de trabajo.¹⁷ La dificultad que se observa en estos casos sería, en principio, la falta de información de los/as operadores sobre cómo abordar un caso tal de carencia de documentación. Por el momento, las soluciones suelen depender de las gestiones individuales de los directivos, docentes, padres y madres, que comienzan a buscarlas una vez que los niños/as ya han recibido en las instituciones educativas una respuesta negativa a su inclusión en el programa.

Enseñanza de idioma español para niños y niñas migrantes

Una de las preocupaciones de varias de las organizaciones que participan de la mesa es la dificultad que encuentran para insertarse en los espacios educativos formales y no formales los niños y niñas que no hablan el idioma español. En los distintos encuentros se debatió y argumentó sobre la necesidad de diseñar un proyecto que contemple esta realidad y, paralelamente, los inconvenientes para la implementación en los programas existentes.

Como primer paso se decidió invitar a participar de la mesa a instituciones académicas y organizaciones de la sociedad civil que llevan adelante algunas experiencias exitosas de enseñanza en la Ciudad de Buenos Aires para interiorizarse colectivamente sobre esas prácticas y elaborar propuestas que las contemplen.

¹⁴ Situaciones similares se dan con todos los niños/as y adolescentes que no tienen DNI, independientemente de su nacionalidad.

¹⁵ Resolución de la Defensoría del Pueblo de la CABA 1586/11 del 27 de junio de 2011 y dictamen de la Asesoría Legal del INADI 018-12 del 31 de enero de 2012.

¹⁶ Hasta la fecha (junio 2013) no se ha logrado la participación de autoridades del Programa Sarmiento.

¹⁷ En el marco del programa Conectar Igualdad, la falta de DNI se ha resuelto en muchos casos ingresando al alumno en la base de datos de "estudiantes sin documentación" y solicitando al ANSES que genere un CUIL provisorio para el niño/a. La autoridad de la escuela (director/a) puede asociar la netbook del alumno/a a su propio CUIL.

3.2 Mesa de trabajo sobre Salud, Niñez y Migración

La Ley de Migraciones es contundente al establecer que en ningún caso la situación migratoria irregular puede ser un obstáculo para el acceso a la salud de la población migrante y que los efectores de la salud tienen el deber de orientar a las personas en situación migratoria irregular. Asimismo, las personas que forman parte del sistema de salud (médicos, directivos, administrativos) en ninguna circunstancia pueden exigir el DNI como pre-requisito para brindar atención médica, ni tampoco imponer ninguna clase de restricción argumentando la falta de residencia legal en el país.

Desde la mesa de trabajo sobre *Salud, Niñez y Migración* se identificaron los siguientes problemas:

- La vigencia de distintas normas infra constitucionales (resoluciones y disposiciones administrativas) así como prácticas de organismos públicos que contradicen lo dispuesto por la Ley de Migraciones, condicionando o limitando el ejercicio del derecho a la salud de las personas migrantes.
- Estas restricciones se ven alimentadas muchas veces por prejuicios que obstaculizan el ejercicio del derecho a la salud por parte de la población migrante, y muy especialmente de niños/as y adolescentes migrantes e hijos/as de migrantes.
- La exigencia de presentar DNI para lograr atención médica.
- Muchos efectores de salud (médicos, enfermeros/as, personal administrativo, etc.) desconocen la normativa migratoria y las obligaciones que impone la ley: en particular, la obligación de brindar orientación y asesoramiento respecto de los trámites correspondientes para subsanar la irregularidad migratoria.
- Se verifica la ausencia recurrente de un abordaje intercultural de la salud.¹⁸ Si bien no existen restricciones formales en el acceso al derecho, la carencia de mecanismos que tomen en consideración las perspectivas culturales cercena el libre ejercicio del derecho en condiciones de igualdad.
- El Estado nacional, las provincias y la Ciudad de Buenos Aires no han dictado hasta el momento las normas y medidas necesarias para garantizar a las personas migrantes, aún en situación migratoria irregular, el libre acceso a la asistencia sanitaria y social.

Encuentro - taller con migrantes

A partir de estas inquietudes, y considerando primordial escuchar la percepción de las organizaciones de migrantes sobre estos temas, el 8 de septiembre de 2011 y desde la mesa de salud se organizó un primer encuentro con migrantes en la Defensoría General de la Nación. En tal oportunidad se contó con la presencia de organizaciones de la sociedad civil, asociaciones de migrantes, centros de salud y representantes de distintas áreas del Ministerio de Salud de la Nación y de la Secretaría de Salud de la Ciudad de Buenos Aires, entre otras instituciones públicas y sociales.

¹⁸ Aquí se entiende al abordaje intercultural como aquel que toma parte de la versión cultural de cada individuo evitando estereotipos, trabajando sobre realidades específicas, conciliando el respeto por las diferencias culturales y la cohesión de la comunidad, estimulando el autoestima y la autonomía, y evitando la separación física de los grupos culturalmente diversos. Claudia Adabella Cortés Valdivia: "La interculturalidad ante un cambio de paradigma, un reto para la Educación Superior", *Revista Fuente* vol.1, No.1, Diciembre, 2009 [En línea http://fuente.uan.edu.mx/publicaciones/01-01/la_interculturalidad_ante_un_cambio_de_paradigma_un_reto_para_la_educacion_superior.pdf]. (Consultado en abril de 2012)

Durante esta actividad se trabajó en una dinámica de taller e intercambio en torno a cuatro ejes principales: (i) acceso a la salud de niños, niñas y adolescentes; (ii) buenas prácticas en hospitales y centros de salud; (iii) obstáculos en el acceso al derecho a la salud; y, finalmente, (iv) propuestas y estrategias para asegurar el acceso a la salud.

Encuentro sobre formación e información para el acceso a la salud de la niñez migrante

En el marco de la mesa, los días 17 y 18 de noviembre de 2011 se organizó el encuentro *Formación e información para el acceso a la salud de la niñez migrante* en el Hospital Garrahan, dirigido principalmente a organizaciones de migrantes y con el objetivo de fortalecer la capacitación sobre derechos en el acceso al sistema público de salud. En los paneles de este encuentro intervinieron algunas de las instituciones que se encuentran participando de la mesa -entre ellas las organizaciones de migrantes-. Los contenidos que se trabajaron en este encuentro estuvieron focalizados en el marco normativo vigente, en los procedimientos de acceso a la salud y en las buenas prácticas en la atención de la infancia migrante.¹⁹

En 2012 se realizaron varias actividades: una (en noviembre de 2012) en la Universidad Nacional de Lanús que, dirigida a organizaciones de migrantes bajo el formato taller, contó con la participación de distintos actores de la región VI (Lanús). Posteriormente, con el equipo de salud de la Universidad de La Matanza se realizó otra actividad (en diciembre de 2012) de similares características y destinatarios. Finalmente, el 10 de diciembre se llevó adelante, en coordinación con el Programa de Salud Reproductiva y Procreación Responsable del Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires, una actividad dirigida a efectores de salud.

El Plan Nacer/SUMAR y el Plan Cobertura Porteña de Salud

La mesa sobre salud analizó también aquellas normativas que podrían obstaculizar al acceso a la salud para los niños y niñas migrantes e hijos/as de migrantes. En este sentido, se observó que tanto el Plan Nacer²⁰ como el Plan Cobertura Porteña de Salud²¹ exigían la presentación del DNI para inscribir

¹⁹ Entre ellas, el Instituto Argentino para la Igualdad, la Diversidad y la Integración (IARPIDI), una asociación civil que lucha para promover la igualdad de derechos, el principio de la no discriminación, la promoción de la diversidad étnica y cultural con la finalidad de mejorar las posibilidades de integración e inserción de refugiados, africanos y afrodescendientes en la sociedad argentina. El Servicio Ecuménico de Apoyo y Orientación a Migrantes y Refugiados (CAREF), junto con el Fondo de Población de Naciones Unidas (UNFPA) y las organizaciones Yanapacuna y Qamasam Huarmi, ambas asociaciones civiles de migrantes bolivianos, compartieron una experiencia de trabajo conjunto en salud sexual y reproductiva de mujeres y jóvenes migrantes (Para ampliar la información sobre esta experiencia, se sugiere consultar [En línea http://www.unfpaargentina.com.ar/sitio/index.php?option=com_content&view=article&id=62:unfpa-presento-la-qcampana-por-los-derechos-sexuales-y-reproductivos-de-mujeres-migrantes&catid=36:noticias&Itemid=56] (Consultado en septiembre 2012) y Página/12, 15/04/2010 [En línea <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-143920-2010-04-15.html>] (Consultado en septiembre 2012).

²⁰ El Plan Nacer es un programa del Ministerio de Salud de la Nación. Es una estrategia de seguro público de salud destinada a mujeres embarazadas hasta los 45 días después del parto, y los niños y niñas hasta los seis años de vida que no tienen obra social. La implementación de este Plan Nacional ha sido muy positiva en términos de salud pública, tanto para las personas beneficiarias como para los centros de salud. Actualmente se llama "Plan Sumar".

²¹ El Plan Cobertura Porteña de Salud es un plan de atención médica integral personalizada y gratuita para las personas que viven en la Ciudad de Buenos Aires. Está dirigido a las personas que no posean cobertura médica (ni prepaga, ni obra social) y que acrediten residencia habitual y permanente en la Ciudad de Buenos Aires.

a los beneficiarios. De esta manera, un universo de niños y niñas migrantes e hijos/as de migrantes que no poseen DNI -en muchos casos, por demoras administrativas ajenas a su voluntad-, pueden quedar excluidos de estos programas de salud. Desde la mesa interinstitucional se convocó al coordinador del Plan Nacer, quien asistió junto con parte de su equipo a dos reuniones en las que se planteó el impedimento que este requisito podría implicar para quienes no contaran con esa documentación.

Posteriormente, se remitió a la coordinación del Plan Nacer un documento en el cual se desarrollaron brevemente los argumentos, basados en los estándares internacionales de protección de derechos humanos, que avalan una revisión de este requisito. Tomando como punto de partida la Ley de Migraciones y su decreto reglamentario, se describieron los supuestos en los cuales la falta de DNI no responde a una inacción de la persona migrante, como por ejemplo cuando se ha iniciado el trámite de radicación ante la DNM pero no se ha concretado todavía la entrega del documento.

En particular, la falta de inscripción en el Plan Nacer determina que no se adjudiquen los correspondientes recursos al centro de salud por la prestación realizada. En este sentido, en la comunicación se destacó que, teniendo en cuenta los objetivos centrales de este programa (mejorar la cobertura de salud y la calidad de la atención de la población sin obra social, contribuyendo así en la reducción de la mortalidad materna e infantil), la posibilidad de inscribir a todas aquellas personas que son usuarias del sistema de salud público redundará en una mejor eficacia y en el cumplimiento de esos objetivos. Asimismo, en tanto el Plan incluye un seguimiento individualizado de las personas y en particular de niños, niñas y mujeres embarazadas, la remoción de obstáculos administrativos para la inclusión de personas en las condiciones previstas por el programa contribuirá a profundizar el avance sustancial -en términos de política de salud pública- que lo caracteriza.

En este marco, se propuso la posibilidad de pensar mecanismos de registro alternativos de inscripción en el programa, ya que el mismo requiere una identificación de la persona para constatar que no posea obra social ni prepaga. En ese sentido, se planteó la posibilidad de implementar una inscripción provisoria.²²

A partir de estas gestiones, en el año 2012 funcionarios del Plan Nacer/SUMAR que participan de la mesa interinstitucional informaron que se había enviado a todas las delegaciones del programa del país una comunicación en la cual se informa sobre la Ley de Migraciones y el decreto reglamentario. En esta comunicación se señala que, de acuerdo con los derechos establecidos en esas normas, la inscripción al plan debe llevarse a cabo con el documento de identidad que la persona posea, sea o no un DNI argentino.²³ Luego, se explican aspectos operativos de la inscripción de las personas migrantes al plan y se destaca que:

²² Entre otros argumentos, en el documento se señaló que la falta de registro de las necesidades y usuarios reales del sistema, trae como consecuencia una ineficiente planificación presupuestaria, la dificultad de alcanzar los propios objetivos del plan, y, eventualmente, restricciones al derecho a la salud a personas en situación de vulnerabilidad, o incluso la (errónea) asociación entre el acceso de migrantes a la salud y un incremento del gasto de los centros de salud, falacia que contribuye a profundizar prejuicios e ideas xenófobas.

²³ El Plan Nacer envió a la mesa una copia del documento *Los inmigrantes y la cobertura de salud en el marco del Plan Nacer*, remitido a todos los efectores del plan en el país. En el documento se describe y analizan distintos aspectos de la normativa que rige la política migratoria del país. Con especial detalle se comenta el artículo 8 de la ley 25.871.

“El Ministerio de Salud de la Nación ha identificado que es posible aumentar la inclusión de los inmigrantes... explicitando en el marco del Programa la presunción de que todos los inmigrantes carecen de cobertura de salud, salvo los expresamente incluidos en los padrones de las obras sociales (...) A fin de operativizar esta medida se han llevado a cabo dos líneas de acción: 1) En relación a los sistemas informáticos: generar la posibilidad de contar con un campo adicional para la inscripción de modo que (...) pueda consignarse la distinción del país de origen. 2) En relación a la comunicación institucional: Transmitir a las UGSP, y por su intermedio a los efectores de salud, el conocimiento de esta presunción asumida como Programa a fin de incluir a los inmigrantes y de esta manera dar cumplimiento a lo previsto en la normativa vigente.”

La comunicación incluye un “Modelo de nota a los directores de los Centros de Salud”. El primer párrafo menciona:

“El Plan Nacer se propone como objetivo inscribir a todos los inmigrantes que no tengan cobertura de salud. Esta determinación responde a la ley 25.871, la cual asegura el derecho y el acceso efectivo a la salud a los extranjeros, independientemente de su condición migratoria. Por lo tanto, **todos los inmigrantes, cualquiera sea su situación migratoria, deberán ser inscriptos al Programa**, salvo los expresamente incluidos en los padrones de las obras sociales provinciales y nacionales...”

Sin duda este es un resultado sumamente positivo del trabajo de la mesa interinstitucional, que demuestra la importancia de la articulación interinstitucional y cómo se pueden generar avances a partir de la colaboración entre distintas instituciones, enfoques y competencias.²⁴

En relación con el Plan Cobertura Porteña, hasta el momento no se ha logrado la participación de sus representantes en este espacio de diálogo o el avance de una propuesta para la revisión de la exigencia de DNI en tanto obstáculo para el acceso a la salud de personas migrantes sin residencia regular o sin ese documento de identidad.²⁵

3.3 Mesa de trabajo sobre Adecuación normativa, acceso a derechos y prevención de la xenofobia

En el marco de la mesa sobre *Adecuación normativa, acceso a derechos y prevención de la xenofobia*, se analizaron aquellas regulaciones que aún deben adecuarse a la Ley de Migraciones y a los estándares internacionales de protección de los derechos de las personas migrantes.

²⁴ Responsables del Plan Nacer continuarán participando en diferentes actividades de la mesa interinstitucional (entre ellas, en materia de difusión y capacitación a efectores de salud), lo cual es fundamental por tratarse de un programa nacional que se vincula en forma permanente con distintos centros de salud en todo el país.

²⁵ Si bien en el mes de julio de 2011 el equipo de trabajo del CDH/UNLa se reunió con el coordinador del programa para plantearle la situación, no se logró un compromiso concreto de trabajo conjunto, así como tampoco la participación de este organismo en la mesa.

Por un lado, teniendo en cuenta los obstáculos identificados en los espacios de trabajo sobre salud y educación, desde esta mesa se puso el énfasis en el acceso a la seguridad social, analizando las normas que regulan políticas como la Asignación Universal por Hijo (AUH) y las pensiones asistenciales no contributivas, y el programa de donantes de órganos y trasplantes del INCUCAI. Por otra parte, esta mesa también aborda la normativa que regula el ingreso en frontera de niños y niñas no acompañados y se trabaja de manera colectiva para la actualización de un material sobre derechos de niños y niñas migrantes que había sido elaborado por UNICEF y la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación.

Asignación Universal por Hijo

A fines de 2009, el decreto 1602/2009 incorporó a la ley 24.714 que regula el Régimen de Asignaciones Familiares que perciben los trabajadores en relación de dependencia, un subsistema no contributivo de asignación por hijo para la protección social. La AUH consiste en una prestación monetaria no retributiva de carácter mensual por cada hijo,²⁶ destinada a niños/as y adolescentes residentes en la República Argentina, argentinos, hijos de argentinos nativos o por opción, naturalizados o residentes con residencia legal en el país no inferior a tres años desde la solicitud.

Como ya se dijo en otros epígrafes de este informe, este requisito contradice la Ley de Migraciones e instrumentos internacionales de derechos humanos, y en concreto muchos niños/as migrantes se ven impedidos de acceder a la AUH, tal como se expuso en el marco de esta mesa interinstitucional.²⁷ Así, la mesa de trabajo elaboró un documento en el que se insiste sobre la necesidad de revisar las exigencias previstas en la normativa para acceder a la AUH y su contradicción con los estándares internacionales de derechos humanos y la legislación nacional. En base a este análisis se propusieron algunas breves recomendaciones encaminadas a adecuar la regulación del derecho a la ley migratoria y a los estándares de derechos humanos.

Como parte del análisis se conformó una tipología del conjunto de niños y niñas que se han visto y se ven privados del acceso a la asignación:

- En el caso de las familias con niños/as argentinos/as se han visto afectados: niños o niñas cuyos padres no están radicados, o bien están radicados pero no cumplen con el plazo de residencia de tres años exigido; también aquellos que, estando radicados, cumplen con el plazo mínimo de residencia pero no poseen DNI (por demoras ajenas a su voluntad); niños y niñas argentinos/as hijos/as de migrantes cuyo nacimiento no está inscripto; y niños/as argentinos/as cuyos padres (o uno de los dos) no viven en Argentina.

26

27El equipo de trabajo de CAREF, que otorga asistencia social y jurídica a migrantes y refugiados, compartió un relevamiento de la situación de acceso de niños y niñas migrantes a la AUH. De acuerdo con CAREF: "Desde el proyecto Servicio Social de CAREF se vienen registrando distintas situaciones que dan cuenta de los obstáculos que tienen las familias migrantes a la hora de gestionar el acceso a la AUH. Algunos obstáculos son expresión directa de los requisitos emanados del Decreto 1602/99 que dio origen a la AUH, y otros son fruto de requisitos que se agregaron posteriormente al Decreto a través de la Resolución 393/09 de la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES) tendiente a operativizar la implementación de la AUH. Se suman a estos obstáculos, otros de índole informal pero no por ello menos efectivos, como los requisitos exigidos en la práctica por funcionarios de la ANSES no estipulados ni en el Decreto ni en la Resolución..." Documento elaborado por la Licenciada Gabriela Liguori y la Licenciada María José Torres, de CAREF.

- En el caso de familias con niños o niñas extranjeros, las razones de exclusión son las siguientes: el grupo familiar no se encuentra radicado o la madre y/o el padre se encuentran radicados pero los hijos no;²⁸ el grupo familiar se encuentra radicado pero con un plazo de residencia regular inferior a tres años; el grupo familiar se encuentra radicado con un plazo de residencia regular superior a tres años pero aún no obtuvieron su DNI, ya que para realizar el trámite deben presentar certificados de nacimientos legalizados archivados en los expedientes de la DNM; el grupo familiar posee más de tres años de residencia regular (residencia precaria) pero aún no ha concluido su trámite de radicación o solicitud de asilo y, en consecuencia, no posee DNI.²⁹

Así, se advierte que muchos niños y niñas migrantes o hijas e hijos de migrantes se ven excluidos de acceder a la AUH por no contar, ellos o sus padres, con DNI o no cumplimentar la exigencia de tres años de residencia regular.

En 2012, desde la mesa interinstitucional se convocó a funcionarios de la ANSES; en una de las reuniones participaron funcionarios de la Dirección de Asignaciones Familiares y Desempleo, a quienes se presentó el análisis sobre las restricciones al acceso de niños/as migrantes e hijas/as de migrantes a la AUH. Posteriormente, desde la mesa se envió una comunicación al ANSES con un documento en el cual se sistematizaban los diferentes supuestos y la contradicción normativa con los estándares internacionales de derechos humanos, solicitando una adecuación de los requisitos a la garantía de derechos en los términos de la Constitución y la Ley de Migraciones.³⁰

Pensiones no contributivas

El Estado Nacional estableció por ley un régimen de pensiones no contributivas o asistenciales que no requieren aportes para su concesión. A nivel nacional, existen tres clases de pensiones que son gestionadas por el Ministerio de Desarrollo Social de la Nación: (i) las pensiones a la vejez, (ii) las pensiones por invalidez y (iii) las pensiones a madres de siete o más hijos,³¹ cuyas particularidades se han comentado en distintas partes de este informe.³²

Las normas que regulan estos beneficios de la seguridad social presentan serias contradicciones con la Ley de Migraciones y los estándares internacionales de protección de derechos humanos, situación que fue por ello incorporada a la agenda de trabajo de esta mesa. Distintas organizaciones compartieron las consultas que reciben de migrantes a quienes les fue denegada la pensión,

²⁸ Se han dado casos de familias donde uno de los padres está radicado y cuenta con tiempo mínimo requerido de residencia, pero que el otro progenitor no cuenta con DNI y que la ANSES intima de modo informal "de palabra" a que todo el grupo familiar presente DNI (cuando el requisito es que solo el niño y el titular del beneficio lo presenten) para dar inicio al trámite o en otros casos para sostener el beneficio.

²⁹ Corresponde destacar que en muchos casos el inicio de los trámites de radicación se ve dilatado por la necesidad de reunir una serie de documentación de los países de origen que requiere de un tiempo y costo de tramitación. Dichos plazos deben sumarse a los que demandan los trámites de la propia administración local.

³⁰ A la fecha de cierre de este informe (junio 2013), la ANSES aún no se había expedido sobre este documento.

³¹ La ley 13.478 y su decreto reglamentario 582/03 regulan las primeras; la ley 18.910 y su decreto reglamentario 432/97 las pensiones por invalidez; y la ley 23.746 y su decreto reglamentario 2.360/90 las que están destinadas a las madres de siete o más hijos.

³² Véase punto 2 de la Primera Parte y el Análisis de situaciones de vulneración de los derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes en Argentina, en el Anexo.

para sí o para sus hijos/as, por no reunir los requisitos que prevé la normativa a pesar de existir pronunciamientos en contrario, incluso emitidos por la Corte Suprema de Justicia.³³ Con el apoyo de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, organismo que lidera esta mesa intersectorial, se sostendrá la convocatoria a las autoridades competentes -en especial la Comisión Nacional de Pensiones Asistenciales y autoridades del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación- para incidir en una definitiva revisión de aquellos requisitos contrarios a la legislación vigente.³⁴

La Resolución del INCUCAI 342/2009

La mesa también analizó la normativa que aplica el Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI) y que es susceptible de afectar a la niñez migrante. En particular, una serie de resoluciones amparadas en el objetivo de eliminar el llamado "turismo de trasplante"³⁵ impiden la inscripción en las listas de espera para trasplante de quienes no tienen residencia legal permanente, aunque con esto contradigan la ley de Migraciones, que establece un acceso igualitario a la salud (art. 6). Por demás, resultó importante analizar este tema a partir de la presentación de casos traídos a la mesa por diferentes instituciones.³⁶

En este marco, en el año 2012 se convocó a funcionarios del INCUCAI a una reunión de la mesa interinstitucional: las autoridades convocadas explicaron los motivos que dieron lugar a las distintas resoluciones analizadas. A partir del intercambio, se consensuó en la posibilidad de explorar un trabajo articulado con la DNM, particularmente a través de un protocolo de actuación para los casos de personas migrantes que residen hace años en la Argentina y que, por no contar con la residencia permanente, ven obstaculizado su ingreso a la lista de espera para trasplante.³⁷

Protocolo para la protección, asistencia y búsqueda de soluciones duraderas para los niños no acompañados o separados de sus familias en busca de asilo

En el marco de la mesa de adecuación normativa, se compartió el documento "Protocolo para la protección, asistencia y búsqueda de soluciones duraderas para los niños no acompañados o separados de sus familias en busca de asilo" elaborado en 2011 desde una mesa intersectorial en la cual participaron distintas instituciones.³⁸ El Protocolo se encuentra en etapa de implementación y se aplicará en casos de niños y niñas migrantes no acompañados/as, solicitantes de asilo y refugiados/as.

³³ Véase en este sentido el caso R.A.D analizado en el Anexo 2.

³⁴ Hasta la fecha de cierre de este informe, las autoridades convocadas de la CONADIS no habían respondido a la invitación de la Mesa.

³⁵ Véase en la primera parte el primer capítulo, donde se reseña el panorama normativo de las disposiciones sobre trasplantes dirigidas a personas extranjeras.

³⁶ En particular, un caso que se recibió en el año 2011 la Fundación Comisión Católica Argentina de Migraciones y que se detalla en el Anexo 2.

³⁷ Acumulativamente, hacia junio de 2013 se estaban articulando otras estrategias.

³⁸ Estas instituciones son: el ACNUR, la Comisión Nacional para los Refugiados, la SENAF, la Defensoría General de la Nación, la DNM, la OIM, UNICEF, la FCCAM, la Fundación MyRAR y el Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia. El texto del Protocolo se encuentra disponible en la página web de la Defensoría General de la Nación [En línea <http://www.mpd.gov.ar/articulo/index/articulo/protocolo-para-los-ni-os-no-acompa-ados-o-separados-de-sus-familias-en-busca-de-asilo-953>] (Consultado en septiembre de 2012)

Difusión de los derechos de los y las migrantes

Por último, desde esta mesa se abordó la necesidad de fortalecer la difusión de los derechos de las personas migrantes. Sobre este punto, la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación informó la reimpresión de la cartilla de *Los derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes* que publicó conjuntamente con UNICEF. A partir del trabajo en las mesas, se reunieron y sistematizaron sugerencias y comentarios para actualizar material al momento de su reedición.

4. COMENTARIOS FINALES

En el trabajo desarrollado bajo la coordinación de UNICEF Argentina y el CDHUNLa, desde 2010 se lograron numerosas transformaciones a nivel institucional y social que han significado un claro progreso en materia de reconocimiento de derechos a la niñez migrante. No obstante, como se desprende de este informe, es posible advertir que subsisten numerosos obstáculos para la plena implementación de la Ley de Migraciones y, con ella, la satisfacción integral de los derechos de la niñez y la adolescencia en el contexto de la migración.

La sanción en 2003 de la Ley de Migraciones 25.871 y la posterior aprobación de su decreto reglamentario instalaron a nivel nacional una sólida plataforma que plantea la superación definitiva de diversas políticas y prácticas visiblemente contrarias a los derechos consagrados en estas normas y en la Constitución Nacional. Sin embargo, los cambios normativos no se reflejan automáticamente en las institucionales y sus prácticas. Por el contrario, las dificultades que subsisten y que se mencionaron en este informe dan cuenta de la vigencia de "la vieja antinomia entre xenofobia conservadora y compasión bien pensante".³⁹ En este marco, en las primeras mesas de 2013 hubo acuerdo en la necesidad de buscar articulaciones también con autoridades provinciales.

El modelo que instala la ley 25.871 debe desterrar una historia de criminalización de la migración, en la cual fueron formados numerosos/as funcionarios/as de los organismos públicos, e incluso parte de la sociedad civil. El nuevo paradigma sobre la migración en Argentina debe proveer a la opinión pública argumentos y posiciones respetuosas de los derechos humanos de las personas migrantes a fin de deslegitimar posturas xenófobas y discriminatorias que persisten en la sociedad y, así, construir procesos y políticas de integración intercultural sostenidos sobre la igualdad y el acceso efectivos a derechos por parte de todas las personas que habitan la república.

En este marco, el trabajo con la niñez en el contexto de la migración resulta especialmente relevante para atender debidamente, en el mediano y largo plazo, aspectos estructurales a la conformación de nuestra sociedad, las instituciones y el trato que se dispensa a los habitantes nacidos en otros países -en particular, a quienes están en condiciones socioeconómicas vulnerables-.

Las instancias de trabajo colectivo expuestas en estas páginas demuestran una creciente motivación en operadores/as de agencias estatales orientada a desarrollar programas que incorporen y viabilicen los estándares jurídicos sobre acceso a derechos, igualdad y no discriminación de perso-

³⁹ Gago, Verónica (2012), "Neocabecitas negras". Colectivo Editorial Crisis, Número 8, Febrero-marzo 2012. [En línea <http://www.revistacrisis.com.ar/neocabecitas-negras.html>] (Consultado en abril de 2012).

nas migrantes. Además, la activa participación de organizaciones de la sociedad civil, asociaciones de migrantes, agencias de Naciones Unidas, organizaciones internacionales y/o intergubernamentales y estructuras académicas comprometidas con esta temática representa un valiosísimo aporte en la ardua labor de aplicar los principios rectores de los derechos de la infancia en el contexto de la movilidad humana.

El rol de las mesas de trabajo resulta central para la conformación de redes y conexiones interinstitucionales, conducentes a la elaboración conjunta de potenciales soluciones para casos específicos, para dinamizar acciones concretas pero también para incidir en las políticas y prácticas estructurales que resultan en tales casos particulares. Del mismo modo, desde las mesas se ha aportado al desarrollo de argumentos respetuosos de los derechos humanos de la población migrante, así como se han impulsado cambios en resoluciones y disposiciones existentes que reproducen o mantienen vicios del antiguo paradigma.

El desafío, entonces, consiste en velar por la irretroactividad de los avances conquistados y en fortalecer los criterios de respeto e igualdad, tanto a nivel institucional como social, asumiendo el rol preponderante de la sociedad civil y su articulación con el Estado. De igual manera, es preciso insistir en la sustentabilidad a largo plazo del trabajo transversal e interinstitucional a través de la formación de espacios o programas públicos en los que participen activamente diversas agencias gubernamentales y organizaciones de la sociedad civil.

TERCERA PARTE

INFORMES REGIONALES



INFORMES REGIONALES

I. GRAN BUENOS AIRES¹

1. INTRODUCCIÓN

El presente capítulo aborda la situación de la niñez migrante en el sur del Gran Buenos Aires desde una perspectiva antropológica. La información que se expone a continuación fue elaborada a partir de un trabajo de campo realizado en tres municipios del Gran Buenos Aires: La Matanza, Lanús y Lomas de Zamora.² En estos municipios se realizó un análisis cualitativo del acceso a derechos sociales (en especial, derecho a la salud y a la educación) de niños/as migrantes y de hijos/as de migrantes bolivianos y paraguayos. La elección de estas dos comunidades de migrantes responde al peso que tiene la inmigración proveniente de estos países limítrofes en el conjunto de la inmigración argentina y al hecho de que ambas comunidades migrantes, la boliviana y la paraguaya, son las de mayor peso relativo en el Gran Buenos Aires.

El Gran Buenos Aires es una región en la que se registran importantes obstáculos e impedimentos en el acceso a los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes en general y migrantes en particular. A su vez, los municipios del sur del Gran Buenos Aires constituyen una zona de influencia de trabajo comunitario promovida por la Universidad Nacional de Lanús en general a través del Centro de Derechos Humanos.

Inicialmente, el trabajo de campo se realizó en dos municipios, Lanús y La Matanza, y posteriormente se decidió incluir un tercero, Lomas de Zamora, en función de su concentración de población migrante y su localización estratégica al ubicarse entre los dos primeros municipios citados. Si bien la extensión del conurbano bonaerense hace que sea imposible abarcarlo en su totalidad, este estudio constituye un primer paso en la evaluación de la situación de acceso a derechos de niños/as migrantes en la región del Gran Buenos Aires.

El estudio se encuentra estructurado en dos partes: la primera es de carácter general e introductorio y la segunda contiene los resultados específicos de la investigación.

2. CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LAS MIGRACIONES DE ORIUNDOS DE BOLIVIA Y PARAGUAY

Una aproximación etnográfica a los derechos de las personas migrantes es importante para conocer las prácticas y representaciones de los actores y determinar cómo los migrantes identifican y caracterizan los obstáculos en el ejercicio de sus derechos. Asimismo, el trabajo de campo en el terreno puede ser de gran utilidad para identificar y analizar prácticas institucionales que estructuran cotidianamente la interacción entre las instituciones y la población migrante; en torno a ellas suelen

¹ Este capítulo fue elaborado por Florencia Beltrame, Ricardo Fava y María Pianchiola (CDHUNLa) y Natalia Gavazzo, del Centro de Investigaciones Etnográficas de la Universidad de San Martín.

² La denominación Gran Buenos Aires hace referencia al área constituida por la Ciudad de Buenos Aires y los 24 partidos que rodean la ciudad y forman con ella un conjunto urbano, pero no una unidad administrativa. Véase: INDEC (2009) "Qué es el Gran Buenos Aires" [En línea <http://www.indec.gov.ar/nuevaweb/cuadros/4/folleto%20gba.pdf>] (Consulta marzo de 2013)

ubicarse, no pocas veces, los mayores obstáculos para la realización efectiva de derechos reconocidos en textos constitucionales y legales.

En las últimas décadas Argentina se ha constituido en destino de distintas corrientes migratorias, principalmente provenientes de países limítrofes y de Perú. El direccionamiento de flujos migratorios de carácter limítrofe hacia las grandes áreas urbanas de Argentina las convierte en un importante eje de recepción de migrantes. A partir de la década de 1950 estas corrientes migratorias se vuelven predominantes frente a la tradicional inmigración transoceánica que había caracterizado a la sociedad argentina desde 1850. Además, aunque Argentina ha sido siempre un país de inmigración, la composición de la población extranjera se ha modificado en el tiempo: a diferencia de épocas pasadas, en que la mayoría era de origen europeo, hoy más del 60 por ciento de los migrantes recientes proviene de países limítrofes.

Las poblaciones paraguaya y boliviana muestran una intensificación de los flujos migratorios en la década de 1990, motivada por el tipo de cambio establecido por el llamado "Plan de convertibilidad". Simultáneamente, en estos dos países se dan procesos que podrían ser denominados como "expulsores": se produce un estancamiento de la economía paraguaya y la proliferación de medidas neoliberales que provocaron y acentuaron, entre otras cuestiones, la crisis del sistema productivo, que también profundizaron la segmentación y fragmentación social en Bolivia.

Es así que una de las principales causas de emigración de estos países está dada por contextos de fuertes recesiones económicas y desempleo generalizado; la escasa oferta de oportunidades laborales y económicas que acompaña esos procesos aparece como la razón principal que insta la decisión de emigrar. En el caso de Bolivia, a partir de 1990, la falta o los problemas de trabajo se esgrimen como motivos para emigrar, representando el 59,2 por ciento en varones y 49,5 por ciento en mujeres. Asimismo, se incrementa en un 16,4 por ciento la causa de migración por falta de trabajo en las mujeres bolivianas, antes y después de 1990. En el caso paraguayo, en el mismo período se incrementa en casi un 30 por ciento la migración por motivos laborales en los hombres y en un 23 por ciento en las mujeres.

A partir de los datos arrojados por el Censo 2010, se evidencia un aumento en el flujo de migrantes provenientes de Paraguay y Bolivia; éste se encuentra facilitado por las redes sociales que tradicionalmente han reproducido los ciclos migratorios de varias generaciones y que han generado lazos entre los agentes sociales, y entre el país de origen y de destino. Al mismo tiempo, el Plan de Regularización Migratoria para ciudadanos MERCOSUR, denominado "Patria Grande" e impulsado desde el año 2006, permitió la regularización de muchas personas migrantes residentes en la Argentina. Algunas de ellas comenzaron en ese momento su trámite de regularización y otras tantas lograron finalizarlo.³

En general, la inserción laboral de los migrantes es complementaria y adicional a la de los nativos, incorporándose a espacios del mundo del trabajo abandonados por la población nacional a causa de

³ Ver anexo estadístico.

los bajos salarios o del tipo de empleo y de las condiciones de trabajo asociadas.⁴ En tanto la obtención de un trabajo constituye la motivación más frecuente de emigración, los inmigrantes bolivianos y paraguayos presentan altas tasas de actividad: los inmigrantes de Bolivia y Paraguay residentes en Argentina suelen concentrarse en varias áreas de actividad, entre las que predominan la construcción, el comercio, la industria manufacturera y los servicios de reparaciones. En total, estas ramas concentran el 63 por ciento de trabajadores paraguayos y el 59 por ciento de bolivianos (casi un cuarto de estos últimos realizan tareas en la agricultura).

En relación con las mujeres, hay una gran proporción que trabaja en servicio doméstico, en particular las mujeres paraguayas, quienes presentan una alta tasas de participación en esta actividad (prácticamente, seis de cada diez). Las mujeres bolivianas, por su parte, presentan una mayor diversificación: en el comercio por menor se inserta un 23 por ciento, en la industria manufacturera el 14 por ciento y un 13 por ciento en actividades agropecuarias.⁵

De acuerdo con Dandler y Medeiros, las bolivianas que viajan a Argentina trabajan como empleadas domésticas, vendedoras callejeras o artesanas, aunque también se emplean como cosedoras o tejedoras (especialmente las mujeres solteras) y reciben una remuneración por pieza terminada o por hora si son empleadas. Además, las mujeres no interrumpen sus tradicionales obligaciones y roles en la economía doméstica y "suelen recrear en Argentina un entorno que es fiel reflejo del que dejan en Bolivia".⁶ De ese modo permanecen ligadas a la economía "informal", manteniendo redes familiares e incluso casas de comida y pensiones para otros bolivianos/as, recibiendo parientes, organizando redes familiares de trabajo y reproduciendo habitualmente las pautas culturales que existen en los lugares de donde proceden.

Por otro lado, las mujeres del campo y la ciudad en Bolivia desarrollan variadas actividades económicas fuera de la esfera doméstica y mantienen fuertes lazos con sus lugares de origen. Manifiestan un alto grado de especialización, principalmente en el comercio, lo cual es considerado por los autores referidos como un signo de su relativa autonomía económica que les permite sostener a sus familias sin depender tanto de las remesas. Esto contribuye, por ejemplo, a que los hombres permanezcan más tiempo en el lugar de destino de la migración procurando mejores empleos. Por estas razones, la ausencia del marido no desestabiliza la unidad familiar, ya que la familia ampliada sirve para mantenerla y sostenerla.

El caso de las mujeres migrantes paraguayas es similar, sólo que se han establecido mayormente en el trabajo doméstico como principal fuerza de trabajo. En comparación con las bolivianas, las mujeres paraguayas tienen menos opciones laborales, a lo que se suma el hecho de emigrar solas.

En la mayoría de los casos, resultan más desfavorables las condiciones de trabajo de las personas migrantes si se las compara con las que tiene la población argentina. Esta situación se demuestra al observar que, aproximadamente, más de la mitad de los inmigrantes bolivianos y paraguayos no cuentan con seguro

4 OIM, Perfil migratorio de Argentina 2008, Organización Internacional para las Migraciones (OIM), 2009 <http://www.mininterior.gov.ar/provincias/archivos_prv25/6%20Perfil_Migratorio_de_la_Argentina.pdf> [accedido 8 junio 2009]

5 Cerruti, Marcela, *Diagnóstico de las poblaciones de inmigrantes en la Argentina*, Dirección Nacional de Población, Ministerio del Interior, Buenos Aires: OIM, 2009.

6 Dandler, Jorge y Medeiros, Carmen, «Migración temporaria de Cochabamba, Bolivia, a la Argentina: patrones e impacto en las áreas de envío», en *Fronteras permeables: migración laboral y movimientos de refugiados en América*, Planeta, 1991, p. 33.

social ni realizan aportes jubilatorios, insertándose principalmente en el mercado informal.⁷

Las redes sociales constituyen un factor importante en los procesos migratorios, ya que construyen lazos entre los residentes del mismo origen que contribuyen a la inclusión y la solidaridad, favorecen el acceso a la información y los recursos necesarios para la migración, posibilitan la consecución de trabajo y vivienda en el lugar de destino y finalmente funcionan como base para la creación de organizaciones. En este sentido, tanto la migración boliviana como la paraguaya han sido posibles gracias a las redes que funcionan desde hace décadas y que unen a migrantes con no migrantes en lazos a través de las fronteras.

Existe un indefinido pero importante universo de instituciones y asociaciones de las colectividades en estudio. La importancia de las organizaciones de migrantes radica en que

"para dar continuidad a la identidad y hacer posible la migración secuencial, una comunidad de migrantes necesita conservar intactas sus relaciones con la comunidad de origen, para lo cual es necesaria la creación de instituciones informales, que en la primera etapa faciliten este pasaje y eviten la ruptura".⁸ Sin embargo, a medida que la permanencia en el nuevo territorio se prolonga, se vuelve necesario que las colectividades superen el nivel informal de sus agrupaciones para vincularse tanto con las instituciones formales como con las comunidades locales.

A pesar de la abundancia de asociaciones en ambas colectividades, y aunque existen investigaciones y análisis de algunas de sus organizaciones sociales, la *participación social* de los inmigrantes limítrofes ha despertado poca atención en el vasto campo de los estudios sobre migraciones internacionales a Argentina. El rol de las organizaciones de migrantes es primordial en la relación entre la comunidad y el territorio, a la vez que resulta un escenario vital donde suele jugarse gran parte del proceso de construcción de identidad para los adolescentes migrantes e hijos/as de migrantes.

En cuanto al caso boliviano, se destaca un alto grado de activismo y una permanencia de las instituciones a lo largo del tiempo. Sus inicios datan desde el año 1933, cuando se funda la primera organización boliviana llamada "Asociación boliviana de Buenos Aires" conformada por exiliados de la Guerra del Chaco. Actualmente, existen numerosas organizaciones y redes bolivianas que han logrado cierto grado de institucionalización, muchas de las cuales poseen sedes y personería jurídica que incluyen desde sociedades de fomento, asociaciones culturales y ligas deportivas, hasta cooperativas comerciales y de trabajo y organizaciones de defensa y promoción de derechos humanos. Pese a que muchas tienen su origen en la militancia política de sus líderes, la mayoría se conforman y definen en virtud de criterios culturales, sociales y deportivos, presentando quizás un menor interés en afiliación a partidos políticos. Durante las décadas de 1960 y 1970, las organizaciones bolivianas podían ser agrupadas en dos tipos: por un lado, las relacionadas con los movimientos "villeros" y, por otro, las que se auto reconocían y reconocen como organizaciones culturales. Estas últimas estaban vinculadas a instituciones previas y, según Pereyra, la mayoría ganó prestigio después de que aque-

⁷ Un tema a investigar es el efecto que pudo haber tenido, o no, la regularización migratoria producto del Programa Patria Grande en las precarias condiciones de empleo común a muchos trabajadores migrantes.

⁸ OIM-CEMLA, «Relevamiento y diagnóstico de las asociaciones de la colectividad boliviana en Argentina», OIM-CEMLA, Buenos Aires, Informe final, 2004.

llas primeras organizaciones se debilitaron.⁹

En cuanto a la comunidad paraguaya en Argentina, puede decirse que sus organizaciones parecen estar moldeadas por el hecho de que muchos de sus líderes son exiliados políticos, lo cual les da un perfil particular. Las primeras organizaciones en Argentina, como el Centro Paraguayo, fueron creadas después de la Guerra de la Triple Alianza, cuando facciones de partidos políticos que habían sido proscritos emergieron en el exilio. Durante la dictadura de Alfredo Stroessner, estas facciones fueron un lugar importante para la resistencia y la lucha por el retorno a la democracia, y sus líderes tenían bases de formación política sobre las cuales construir una estrategia de acción en el contexto migratorio.

En la década de 1950 se crearon dos nuevas organizaciones: el Hogar Paraguayo Eusebio Ayala en 1953 y la Casa Paraguaya en 1954, dedicadas sobre todo a la asistencia a los recién llegados y, por ende, al fortalecimiento de las redes comunitarias. En 1961 nació otra institución importante: el Club Atlético Deportivo Paraguayo, cuyas actividades van más allá de los deportes y también incluyen metas sociales, políticas y culturales. Estas tres instituciones continúan funcionando aun hoy y tienen una influencia importante en la vida social y cultural de la comunidad.¹⁰ Más tarde nace la Federación de Entidades Paraguayas en la República Argentina (FEPARA), una organización que pretende vincular instituciones tanto de la Ciudad de Buenos Aires como de las provincias. Asimismo, durante la década de 1990 surge de la unión de varias asociaciones civiles la Federación de Asociaciones Civiles Bolivianas (FACBOL), que luego da lugar, como consecuencia de divisiones internas, a la Federación de Instituciones Bolivianas (FIDEBOL).

En ambas comunidades se crearon también otros "centros" vinculados a regiones y pueblos de Bolivia y Paraguay, razón por la cual mantienen un lazo más fuerte con los lugares de origen de los emigrados, fortaleciendo así la tendencia a migrar hacia el mismo destino que sus parientes o coterráneos. Esta es una de las razones por las cuales algunos barrios de la Ciudad de Buenos Aires, por ejemplo, terminan siendo identificados como "barrios bolivianos" o "barrios paraguayos" en el imaginario urbano de la ciudad: en razón de la importancia de las respectivas colectividades en su conformación poblacional.

En resumen, las organizaciones comunitarias constituyen el primer escalón en el cuadro de posibilidades de participación de los migrantes. Son las que están más cerca de los sujetos que migran y, por lo tanto, las que primero entran en contacto con los problemas que los aquejan y la búsqueda de posibles soluciones.

Estas organizaciones, empero, no deben asimilarse a los organismos constituidos por fuera de la comunidad que se dedican al tratamiento de la cuestión migratoria y a la defensa de los derechos de los inmigrantes (como organizaciones de la sociedad civil que trabajan en derechos humanos), que brindan importantes servicios a las personas migrantes pero de los cuales resta todavía un análisis serio de su relación y posibilidades de trabajo conjunto.

9 Pereyra, Brenda. «Las organizaciones de inmigrantes latinoamericanos en Buenos Aires», Tesis de Maestría, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2001.

10 Acerca de la importancia de las entidades recreativas, deportivas y culturales para la integración de las comunidades migrantes en el territorio, especialmente para los/as adolescentes migrantes e hijos adolescentes de padres migrantes, ver más adelante en la segunda parte en este mismo capítulo.

3. LA POBLACIÓN MIGRANTE PARAGUAYA Y BOLIVIANA EN EL GRAN BUENOS AIRES

Según los datos de la Dirección Nacional de Población, la distribución actual de las poblaciones bolivianas y paraguayas en la Argentina muestra que los inmigrantes de origen paraguayo, así como los que vienen de Uruguay y Perú, se concentran en la Ciudad y la Provincia de Buenos Aires, pero agrupándose principalmente en los partidos del Gran Buenos Aires. Por su parte, los inmigrantes de origen boliviano, como los oriundos de Chile, se caracterizan por una mayor dispersión geográfica.

De acuerdo con un Informe de la Dirección Provincial de Estadística, "las características demográficas de la población migrante difieren no solamente de acuerdo al lugar de origen sino también respecto de antigüedad de la migración y al patrón de asentamiento territorial" (DPE, Informe sobre Migraciones Internacionales en la Provincia de Buenos Aires, 2010).

Los cambios en los patrones de asentamiento y el redireccionamiento de los flujos migratorios pertenecientes a estas comunidades están vinculados a una serie de transformaciones relacionadas con las crisis de las economías regionales,¹¹ los procesos de mecanización de la agricultura y el poder de atracción del mercado laboral del Gran Buenos Aires. Estas transformaciones provocaron el desplazamiento hacia las áreas urbanas tanto de las corrientes migratorias como de la población nativa de las provincias.

Específicamente, en la Ciudad de Buenos Aires los inmigrantes bolivianos y paraguayos se aglutinan en las áreas del sur, del sur-oeste y en menor medida en el centro-sur de la ciudad. Según datos del INDEC, estos inmigrantes se concentran mayormente en los barrios Nueva Pompeya (el 16 por ciento), Villa Soldati (también el 16 por ciento), Villa Lugano (el 14 por ciento) y Retiro (el 11,3 por ciento).¹² Asimismo, existe una gran concentración de inmigrantes bolivianos y paraguayos en partidos del Gran Buenos Aires, aunque con una mayor dispersión debido a la gran cantidad de localidades y barrios y a la mayor escala geográfica. Según los datos disponibles, los partidos que nuclean la mayor cantidad de inmigrantes pertenecientes a estas dos comunidades son La Matanza, con un 20 por ciento, y Lomas de Zamora con el 9 por ciento.¹³

Por su parte, la Provincia de Buenos Aires ha tenido históricamente un papel central en la recepción de los distintos flujos migratorios, constituyendo un foco de atracción de inmigración en el país. Han contribuido a ello ciertas características de la provincia, como el desarrollo de su infraestructura, el proceso de industrialización y su grado de urbanización, entre otras.

Según los datos del INDEC y del Censo Nacional de Población y Vivienda analizados en un documento de trabajo de la Dirección Nacional de Población -DNP-¹⁴ referidos a los grupos por edad, los inmigrantes bolivianos y paraguayos que residen en la Ciudad de Buenos Aires y en la Provincia de Buenos Aires presentan estructuras por edad más jóvenes que los migrantes establecidos en otras zonas del país. En el caso de

¹¹ Como por ejemplo, las crisis de la actividad tabacalera en la provincia de Corrientes, la crisis derivada de la superproducción de azúcar y el cierre de ingenios en la provincia de Tucumán o la crisis del sector algodonero en la provincia de Chaco.

¹² Cerruti, Marcela, *Diagnóstico de las poblaciones de inmigrantes en la Argentina*, Dirección Nacional de Población, Ministerio del Interior. Buenos Aires: OIM, 2009.

¹³ Dentro de estos partidos, determinados barrios ofrecen una proporción mayor. Por ejemplo, en la localidad de Villa Eduardo Madero en el partido de La Matanza, aproximadamente el 10% de sus habitantes son de origen inmigrante.

¹⁴ Cerruti, op. Cit.

los inmigrantes paraguayos, los datos de la DNP señalan: "mientras quienes residen en las provincias fronterizas tienen pirámides por edad invertida, es decir fuertemente sesgadas en las edades adultas mayores, quienes viven en la Ciudad de Buenos Aires o en la provincia de Buenos Aires presentan pirámides con un mayor predominio en las edades adultas jóvenes".¹⁵

El caso de los bolivianos es similar al de los paraguayos: quienes residen en la Ciudad y en Provincia de Buenos Aires presentan estructuras de edad más jóvenes en relación a los que se han asentado en las provincias de Salta y Jujuy. Los datos muestran que "mientras en las primeras [Ciudad y Provincia de Buenos Aires] sólo alrededor del 15 por ciento de los inmigrantes bolivianos son mayores de 54 años, en Jujuy el porcentaje es casi tres veces superior (43 por ciento). En la provincia de Salta, prácticamente un tercio de los inmigrantes de Bolivia se encuentran comprendidos en dichas edades (32.2 por ciento)".¹⁶

4. EL ACCESO A LA EDUCACIÓN DE LOS NIÑOS Y NIÑAS MIGRANTES Y LAS VICISITUDES DE SU VIDA ESCOLAR

A partir de la sanción de la Ley de Migraciones en el año 2003, el Estado argentino tiene la obligación de garantizar el acceso a la educación a todas las niñas y niños que viven en Argentina, ya sean nacidos en el país o en el extranjero. La condición migratoria de estas niñas y niños (que pueden estar en situación "irregular" o "indocumentados") no debiera, al menos en teoría, restringir su acceso al sistema educativo. Por el contrario, el Estado, a través de las escuelas, debe garantizar el derecho a la educación de los niños y niñas migrantes.¹⁷

De acuerdo con el relato de algunos funcionarios y funcionarias entrevistados, y con diversos estudios sobre el tema, podría afirmarse que el Estado argentino garantiza el acceso al sistema educativo, especialmente a nivel primario, y que la no concurrencia a la escuela por parte de niñas y niños migrantes está relacionada, entre otros motivos, con la situación de pobreza que sufre gran parte de los habitantes del país y que se ve agravada por su condición migrante.

La discriminación por nacionalidad ciertamente se refuerza con la condición socioeconómica y migratoria de las familias. Los estereotipos negativos sobre los niños bolivianos o paraguayos son elementos que circundan distintas situaciones, quedando como recurso o forma de cualquier práctica discriminatoria; los niños y niñas argentinos también sufren diversas calificaciones negativas por su condición de pobres. Para la secretaria de una escuela media (secundaria) del partido de Lanús, "no se puede identificar una situación de discriminación por parte de los compañeros respecto a su nacionalidad. Los chicos son crueles y pueden decirle boliviano de mierda a un compañero, así como le pueden decir villero de forma peyorativa a un argentino".

Por otra parte, el peso de la condición socioeconómica se pone en evidencia en el acceso y per-

¹⁵ Cerruti, op. Cit., p. 32.

¹⁶ Cerruti, op. Cit., p. 32.

¹⁷ Como se mencionó en otros capítulos de este informe, la misma Ley de Migraciones (ley 25.871) establece en sus artículos 7 y 8 que, en caso de irregularidad migratoria, los establecimientos educativos así como sus autoridades (consideración que también vale para los centros de salud) deberán brindar orientación y asesoramiento a la persona a fin de que regularice su situación migratoria.

manencia en la escuela secundaria, momento en el que abandona gran parte del alumnado frente a la necesidad imperiosa de trabajar para colaborar económicamente con el hogar o quedarse a cargo de los hermanos durante la jornada laboral de los adultos.¹⁸

No obstante, un profesional de la salud que trabaja para el programa de Dirección General de Escuelas en el partido de Lanús asegura que las niñas y los niños bolivianos y paraguayos "van todos a la escuela, [ya que] estas comunidades dan un valor muy importante a la educación".¹⁹ Los niños y niñas se inscriben sin inconvenientes en las instituciones educativas y, en general, continúan dentro de ellas debido a la importancia que sus familias le dan a la educación. Para este entrevistado "los bolivianos que viven en la villa es porque buscan algo mejor, el argentino que vive en la villa es porque no le queda otra, porque lo mandaron ahí". Según su opinión, la estructura del sistema educativo es relativamente accesible y la inscripción de las niñas y los niños en las escuelas puede realizarse con la presentación del documento provisorio y la constancia de que se está siguiendo el calendario de vacunación.

Sin embargo, otros entrevistados plantean la existencia de una "barrera cultural de accesibilidad". Hay escuelas que son más abiertas y receptivas a la inscripción de alumnas y alumnos bolivianos y paraguayos, y otras que no. Esta diferencia es eminentemente subsidiaria al comportamiento de los directivos a cargo de las instituciones educativas. La variable cultural, aunque no siempre como barrera, es aludida con frecuencia por los trabajadores y profesionales de la educación al momento de describir la situación de los niños migrantes en las escuelas y ha sido analizada en profundidad por la literatura antropológica y sociológica sobre discriminación en el sistema educativo. A pesar de ello, no siempre queda claro el rol de la diferencia cultural en la negación de acceso o a la permanencia de los niños migrantes en las escuelas.

Para entender mejor la situación, o más bien el proceso descripto, debemos dejar de considerar la escuela como un espacio homogéneo y libre de asimetrías, ya que en ella se disputan relaciones de poder y dominación. Frente a estas disputas, los actores involucrados desarrollan mecanismos de homogeneización cultural que favorecen el mantenimiento de la cultura dominante y la preservación de la cultura nacional mediante la formación de sujetos colectivos nacionales. Las niñas y niños migrantes o hijos e hijas de migrantes bolivianos y paraguayos que asisten a las escuelas argentinas son generalmente "etiquetados" por los mismos docentes, directivos y compañeros bajo conceptos tales como "vagos", "lentos", "sucios", "callados", entre otros.

Los estereotipos que circulan dentro del espacio escolar se corresponden fuertemente con la operación de unificar a todo el alumnado bajo las características de la cultura dominante. En esta dinámica, las voces de las niñas y los niños migrantes no suelen ser escuchadas, ya que lo que predomina es la cultura nacional. A veces, sin embargo, los mismos docentes son quienes con frecuencia están interesados en escuchar estas "otras voces", dando lugar a las niñas y los niños para que puedan contar sus

¹⁸ Una de las personas entrevistadas, directiva de una escuela secundaria, plantea que ésta es la problemática más habitual de deserción en el nivel secundario: "los alumnos dejan la escuela porque tienen que salir a trabajar, o trabajan de noche y van cansados al colegio, o porque tienen que cuidar a sus hermanos mientras los padres trabajan". Entrevista a una directora de una escuela media del Partido de Lanús, noviembre de 2009.

¹⁹ Entrevista a un funcionario médico de la Dirección General de Escuelas del Municipio de Lanús, septiembre de 2009.

experiencias y conocimientos dentro del aula. Esta apertura a la voz del otro no constituye una política educativa generalizada, sino que responde a voluntades particulares de los docentes a cargo donde, de todas formas, debe estarse alerta frente al "exotismo" con que se puede llegar a tratar a estos "otros".

En ocasiones, los mismos docentes estigmatizan a los niños bolivianos: "los bolivianos son muy lentos, atrasados; no se puede esperar otra cosa de una cultura milenaria, atrasada (...) es natural que sean así... Vienen con una pobreza cultural". O: "todavía están bajando del cerro, cuando están en 5° grado recién llegan". Los mismos estereotipos, incluso, pueden cumplir una función positiva, como cuando se dice que los niños bolivianos, por ejemplo, suelen ser más aceptados que otros grupos (tales como los gitanos) porque "no molestan, son callados, se respeta la figura del docente. La familia es unida y apoya la tarea escolar".²⁰

Estos estereotipos culturales ocasionan que la capacidad intelectual y, consecuentemente, la esperable conducta escolar del grupo, sean estigmatizadas atribuyendo a las niñas y a los niños migrantes una marca "natural" que se "hereda" de padres a hijos y que difícilmente se pueda revertir. En los hechos, algunos maestros se "asombran" cuando un niño boliviano supera la marca del estigma convirtiéndose en una excepción a la regla (esperada) al incorporar rápidamente la lecto-escritura, el cálculo matemático, etc. Este proceso de herencia de supuestos caracteres que se entienden "naturales" constituye uno de los mecanismos más importantes de reproducción de los estereotipos nacionales -que los nacionales les atribuyen- que deben enfrentar cotidianamente los niños y niñas migrantes, pero también los hijos e hijas argentinos de migrantes. Por su importancia en el proceso de construcción de la identidad, este tema se retoma sobre el final del capítulo.

A lo largo de esta investigación no se han podido identificar programas de capacitación dirigidos a docentes y funcionarios destinados específicamente a la niñez migrante, tanto a nivel municipal como provincial. Estos programas, inscriptos en políticas de capacitación sobre los derechos de niños y niñas migrantes así como de las obligaciones especiales del Estado argentino para con ellos, resultarían de particular importancia para responder a la preocupación genuina del plantel docente por la diferencia cultural, con mayores herramientas analíticas que permitan comprender y dar cuenta de las complejas situaciones de discriminación y exclusión que se generan en el espacio social del aula.

Frente a una imagen idílica con que a veces se plantea el espacio escolar, la escuela pública como institución y el aula como espacio concreto de interacción entre docentes, alumnos y alumnas, están atravesados por estereotipos y prejuicios hacia los migrantes. Funcionarios, directivos y docentes conocen esta realidad y la forma en que se despliega en la práctica, y puede decirse que son muchos los que se esfuerzan por comprenderla y modificarla. Si bien los niños y niñas migrantes son las principales víctimas, la problemática afecta también a las familias, que no siempre pueden elegir otra escuela para sus hijos, y a los docentes, que ven desvalorizado su trabajo y menguados los recursos institucionales. La participación de los padres en el sistema educativo resulta fundamental para construir una relación entre la escuela y el territorio social en el que se inserta.

²⁰ Sinisi, Liliana, «La relación "nosotros-otros" en espacios escolares multiculturales. Estigma, estereotipo y racialización», en *De eso no se habla--: Los usos de la diversidad sociocultural en la escuela*, Buenos Aires: Eudeba, 1999.

En otro orden de ideas, el peso que tiene en la niñez el hecho de ser migrante o hijo de migrantes puede ser variable, pero siempre es significativo. El país de origen aparece siempre como un referente importante, produciendo fuertes tensiones y luchas en torno a la identidad, las cuales se hacen visibles dentro del espacio escolar a través del planteo de temáticas y discusiones ajenas a su identidad presente y pertenecientes, en cambio, al nuevo lugar de residencia.

Si estos niños o niñas plantean en clase (frecuentemente a iniciativa del maestro o profesor) experiencias de su país de origen, con frecuencia son desestimadas por considerarse conocimientos locales e incompletos. Así, los aportes, perspectivas y dilemas de las niñas y los niños migrantes suelen ser invisibilizados dentro del espacio escolar, visibilizándose en cambio sólo sus aspectos negativos, tal como el hecho de que sean "niños silenciosos, demasiado tranquilos y lentos".

A pesar de que la escuela no reproduce de manera mecánica los procesos de discriminación y desigualdad que se encuentran en la base de la sociedad, enmascara y naturaliza estos mismos procesos.²¹ La sucesiva construcción de estereotipos y estigmas en torno a los niños y las familias de diferente procedencia étnica y social naturaliza estas imágenes e incorpora los estereotipos en el imaginario cotidiano. En la actualidad, la escuela queda inserta en el vaivén entre las representaciones estereotipadas y estigmatizantes y las prácticas contradictorias de inclusión/exclusión. Junto a la producción de sentido común por parte de algunos medios de comunicación y sectores neconservadores, este imaginario escolar tiende a reforzar el etnocentrismo, el prejuicio y las concepciones del mundo estereotipadas existentes en la sociedad.

Sin embargo, las identificaciones comunes entre padres e hijos en relación a prácticas y creencias vinculadas a Bolivia y Paraguay los unen en relaciones comunitarias que operan como red de contención, ayuda e interacción cotidiana. Los niños y adolescentes son vistos como la "continuidad" del grupo étnico o, en este caso, de la comunidad migrante a la que pertenecen. Dicho proceso de "marcación étnica" se ve fortalecido cuando la comunidad en la que nacen estos niños/as se caracteriza por la solidaridad comunitaria y la existencia de redes sociales que fomentan la preservación de la identidad nacional.

Los ideales de comunidad promovidos por la "primera generación", no obstante, pueden entrar en contradicción con la experiencia cotidiana de los niños, por ejemplo, en las escuelas. La valoración del grupo incide en las relaciones que se establecen con el "afuera" de la comunidad: si las representaciones del grupo son valorizadas socialmente como positivas, entonces los sujetos de referencia serán "reconocidos" y "legítimos".

Sin embargo, cuando las culturas de los y las migrantes son imaginadas mediante estereotipos negativos, el efecto que provocan es la estigmatización. Tal como relata un hijo de madre boliviana y padre paraguayo:

²¹ *Ibid.*

"Yo, en la escuela, tuve la suerte de tener amigos con otros valores, y a otros chicos también les tocaron tener compañeros que no los tenían y les decían 'bolivianos', cuestiones así. Y yo lo veía como dañino para ellos. A mi prima le pasó. Y como muy agresivo, entonces, creo que este momento también sirve para la reflexión para muchos de aquellos, que por ahí esconden su identidad por temor a esto".²²

Como se ve, los principales afectados por las situaciones de discriminación en las escuelas son en primer lugar los propios niños, pero también alcanza a sus padres y familias, particularmente a las mujeres, quienes generalmente quedan a cargo de las relaciones con maestros y directivos. Tal como relata una mujer peruana, su hijo tuvo una situación de discriminación con una maestra de matemática en la escuela primaria. Según su relato, la maestra "era racista con todos los chicos, al retar a una nena boliviana que se estaba copiando de un nene argentino, le dijo: bastante hicieron en venir a Argentina para que te copies".²³

En términos de acceso a la educación (entendida en un sentido amplio), los docentes entrevistados destacaron como principal obstáculo la falta de documentación, tanto de niños migrantes como de argentinos. La falta de DNI o de la partida de nacimiento no obstruye la inscripción en la escuela, pero posee efectos negativos que se acumulan con el tiempo: "el alumno se puede inscribir y estar cursando, pero no se le puede otorgar el título sin DNI, por eso es una problemática que hay que abordar al ingreso y no cuando se recibió. Si estamos hablando de inclusión total en las escuelas, si viene un papá que llega con un chico que viene de un país limítrofe o que tiene un problema de documentación, obviamente la obligación de la institución es allanar los obstáculos, porque lo que tenemos que lograr es que esté adentro y no afuera por un tema burocrático".²⁴

La falta de documentación es una situación general que afecta tanto a niños argentinos como a niños migrantes: es la situación de numerosos niños que no poseen ningún tipo de documentación porque sus nacimientos no fueron inscriptos. Pero las diferentes actitudes que se generan cuando se está en presencia de hijos e hijas de migrantes que no poseen ningún tipo de documentación, muestra la compleja trama cultural que está en la base de la discriminación. Del análisis de los casos para esta investigación surge que los niños que poseen un familiar o padre migrante se enfrentan a un mayor celo y a otras exigencias referidas a su condición migratoria —algo así como una "presunción de extranjería"— que aquellos niños que no lo poseen, quienes gozan en cambio de una cierta "presunción de argentinos". Esta situación, que estaría indicando una problemática específica de vulneración de los derechos de hijos e hijas de migrantes respecto de los niños migrantes y de los niños argentinos de padres argentinos, extrae su fuente de un contexto mayor de discriminación basado en estereotipos culturales racializados.

Si bien no se constata una situación de vulneración generalizada en el acceso a la educación

²² Entrevista a Víctor, 33 años, vecino de Banfield, agosto de 2009

²³ Entrevista a una mujer migrante, de origen peruano, septiembre de 2009.

²⁴ Entrevista a la directora de una escuela media del distrito de Lanús, noviembre de 2009.

primaria, la situación debe complejizarse con un análisis en términos del desarrollo educativo a lo largo de toda la niñez, incluyendo la adolescencia. La falta de documentación parece no impedir hoy en la mayoría de los establecimientos educativos el acceso al nivel primario, pero la ausencia del DNI puede llegar a tener efectos acumulativos al momento de recibir un título o certificado escolar. En este sentido, es durante la adolescencia donde van a ir confluyendo una serie de procesos —la falta de documentación, la presión por entrar al mercado laboral, el vaivén entre el país de origen de sus padres y la Argentina como referentes en la construcción de la identidad, etc. — que puede llegar a constituirse en una fuerza que empuja a los adolescentes migrantes e hijos de migrantes fuera del espacio de la escuela secundaria.

Se da forma así a una progresiva barrera educativa, principalmente a nivel de la educación secundaria, difícil de prever. No obstante, si bien esta barrera no resulta de un trato desigual manifiesto por parte del Estado, un Estado celoso de sus deberes de protección especial, como debería ser el caso respecto de la adolescencia migrante, debería poner todos sus esfuerzos en pos de su diagnóstico e identificación.

5. NIÑEZ MIGRANTE Y DERECHO A LA SALUD

Diversos análisis incluyen la problemática de la atención en salud a migrantes de países limítrofes en el contexto más general de la atención en salud a los sectores pobres, caracterizada por graves falencias estructurales y falta de recursos, tanto a nivel nacional como en las distintas provincias.²⁵

Uno de los indicadores más claros de este estado estructural de carencia es la "superpoblación" de personas a ser atendidas, que genera tensiones y fricciones entre ella mismas. Este tema ha surgido en varias ocasiones en las entrevistas a personas migrantes, especialmente en jóvenes y adolescentes. En la experiencia personal de los/as migrantes y de los hijos/as de migrantes, no pocas veces han sufrido insultos y discriminación en la sala de espera de un hospital o centro de salud.²⁶ Todos los adolescentes entrevistados, pertenecientes a un Centro Cultural de Danzas de la Colectividad Paraguaya de San Justo, coincidieron en contar que no acuden a los hospitales de la zona por la cantidad de personas que aguardan en sala de espera.²⁷

²⁵ Por ejemplo: E. Jelin y A. Grimson, «¿Servicio? ¿Derecho? ¿Demanda? La llegada de inmigrantes de países limítrofes a los servicios de salud», en *Salud y migración regional: ciudadanía, discriminación y comunicación intercultural*, Buenos Aires: IDES, 2005, pp. 33–46; Caggiano, S., "Que se haga cargo su país": la cultura, los estados y el acceso a la salud de los inmigrantes bolivianos en Jujuy, en C. García Vázquez (comp.), *Hegemonía e interculturalidad. Poblaciones originarias y migrantes*, Buenos Aires: Prometeo, 2008, pp. 243–279.

²⁶ Es el caso de una persona migrante, miembro de la Comisión del Centro Social y Cultural Paraguayo Silvio Morimigo del partido de La Matanza, sede del Ballet Panambi de danzas paraguayas al cual acuden sus tres hijos de entre 14 y 20 años. Al preguntarle si alguna vez se sintió discriminado por ser paraguayo en Argentina, nos contó una experiencia que tuvo en una sala de espera del Hospital Ramos Mejía, donde una paciente mujer argentina increpó a otra mujer que esperaba, de nacionalidad paraguaya, con acusaciones del tipo de "porqué no se vuelve a su país", "los argentinos tenemos prioridad", etc. Cuenta que se sintió con bronca y tristeza, pese a que no le pasó a él directamente sintió la discriminación (Testimonio de Jorge registrado como nota de campo obtenida por el equipo de la UNLa en una visita a la asociación cita en el Barrio Manzanares, en noviembre de 2009).

²⁷ A las entrevistas con psicólogos, las adolescentes fueron al principio acompañadas por sus padres y luego continuaron el tratamiento solas. Una de ellas cuenta haber ido a sólo tres sesiones, ya que "no le gustaba". En cambio, otra contó que en un principio fue obligada, pero que después empezó a gustarle, ya que no podía hablar con nadie, se sentía sola, y asistió durante seis meses. Adolescentes mujeres que concurren al Ballet Panambi, entrevista realizada en noviembre de 2009.

El excesivo número de personas a ser atendidas, junto con la falta de bienes y servicios esenciales en los centros y hospitales de la zona, genera que muchos profesionales y trabajadores de la salud sientan la responsabilidad —frecuentemente motivada en buenas preocupaciones ciudadanas y gremiales— de adoptar un rol de garante del buen uso de esos recursos que se consideran escasos. Al hacerlo, se plantean dilemas éticos de prioridades de casos y pacientes a ser atendidos y, por ende, cuestionamientos a la legitimidad de ciertas personas para demandar asistencia, en lugar de otras que son percibidas con mayor derecho. En estos dilemas, el modo en que son vistos los pacientes migrantes pone generalmente en circulación una consabida serie estereotipos asociados a esta población, lo cual sitúa la problemática en el contexto cultural mayor que regula, discriminando, las prácticas y relaciones cotidianas entre funcionarios, profesionales y trabajadores con las personas migrantes.

En términos generales, en la vida cotidiana de los centros de salud, los migrantes, en especial los de países limítrofes, son con frecuencia calificados con categorías restrictivas que se derivan de distintos factores de interpretación que no siempre coinciden con los criterios formales de la situación migratoria de las personas. Factores como la edad, el sexo o el nivel socio-económico importan, pero principalmente se observa el peso de ciertas imágenes o estereotipos nacionales sobre las comunidades migrantes.

A pesar de su condición de expertos, gran parte de las reflexiones de los profesionales y trabajadores de la salud terminan abrevando en esos estereotipos que suelen basarse en imágenes racistas presentes en buena parte de la sociedad argentina, y en dónde una racialización de la diferencia (basar una diferencia en la "raza" o la nacionalidad) combinada con una concepción del otro en términos de inferioridad, puede invocarse como causa del fracaso tanto del diagnóstico como del sistema de salud en general.

La falta u omisión en la implementación de una política en este sentido puede estar indicando no sólo un estado de complejidad o inercia institucional, sino también determinadas concepciones sobre lo legítimo y lo ilegítimo, sobre quiénes merecen ser atendidos y quiénes no, como en el ejemplo recabado por Abel y Caggiano²⁸ donde, a "propósito de la derivación de los pacientes a la Dirección Nacional de Migraciones, una trabajadora social llegó a quejarse señalando que 'lamentablemente en la mayoría de los casos esto significa el inicio de los trámites para obtener la documentación argentina'".

Según un estudio de Cerruti,²⁹ siempre a igualdad de edad, sexo y condición socioeconómica, la única diferencia significativa entre migrantes de países limítrofes y nativos argentinos —en términos de enfermedad, atención y conductas de riesgo— está dada por la significativa mayor proporción de migrantes que utilizan los servicios públicos de salud, preferentemente hospitales. Este rasgo ha sido explicado en términos de un menor acceso de las personas migrantes a las obras sociales propias de los trabajadores formales. A excepción de este dato, hay pocas diferencias en el comportamiento de nativos y migrantes en términos de uso de los sistemas de salud, a igualdad de sexo, edad y condición socio-económica.

²⁸ Abel, Lidia y Caggiano, Sergio, «Enfermedades de estado(s). Los inmigrantes y el acceso a la salud en una provincia de frontera», en *Salud y migración regional. Ciudadanía, discriminación y comunicación intercultural*, Buenos Aires: IDES, 2006, pp. 57–68. El testimonio de la trabajadora social fue recogido en la provincia de Jujuy.

²⁹ Cerruti, Marcela, «Problemas de salud, utilización de servicios y conductas preventivas de los migrantes limítrofes en la Argentina», en *Salud y migración regional. Ciudadanía, discriminación y comunicación intercultural*, Buenos Aires: IDES, 2006, pp. 15–32.

Ahora bien, si lo analizamos desde la variable "género", nos encontramos con una diferencia en el uso mayor de los servicios de internación en hospitales públicos. Esta tasa mayor de internación en hospitales públicos se debe, muy probablemente, al parto de sus hijos.³⁰ De todas maneras, si se observa la pirámide demográfica de nativos y de migrantes, la proporción de niños entre 0 y 14 años es mucho mayor en la población nativa que en la migrante, fenómeno demográfico coherente con aquellas interpretaciones que señalan las dificultades en las relaciones personales que suelen caracterizar a las personas que han migrado a otro país: dificultad de las parejas, postergación de los hijos, etc.

En relación con los niños y niñas migrantes, siempre siguiendo el estudio antes citado, existe una única diferencia significativa entre migrantes y nativos en el segmento etario de 5 a 14 años: los niños migrantes observan una proporción mayor de atención médica que los niños y niñas nativos, situación que contrasta con la idéntica proporción que se observa en el segmento entre 0 y 4 años. El hecho de que el segmento entre 5 y 14 años coincida con la población de niños y niñas en edad escolar, estaría sugiriendo una relación entre escuela primaria y enfermedad que requeriría una investigación más exhaustiva. En todo caso, esto revelaría que los niños y niñas migrantes de países limítrofes en edad escolar estarían sujetos a un mayor estrés,³¹ reafirmando indirectamente todo aquello que la literatura sobre migración y escuela ha expuesto en torno al peso del estigma, los estereotipos y la discriminación como contexto significativo y preocupante en el espacio del aula. Lamentablemente, el estudio no hace distinción entre niños y niñas migrantes e hijos e hijas de migrantes.

Justamente, el bajo rendimiento de algunos niños y niñas migrantes en el espacio del aula ha sido planteado por psicólogos que atienden en centros de salud comunitarios como una problemática de salud mental de depresión, producto del gran esfuerzo que estos niños y niñas realizan para invisibilizarse, para pasar desapercibidos.³² Aquí la problemática de salud mental estaría indicando la existencia de un estrés o costo de integración en los niños migrantes, quienes realizan un gran esfuerzo no correspondido para alcanzar el reconocimiento de la sociedad receptora. Este costo se manifiesta principalmente en el rendimiento escolar de los niños y afecta especialmente a los hijos argentinos de migrantes de países limítrofes, en particular bolivianos.

Si se aborda la cuestión no ya sobre la proporción en la demanda de migrantes de países limítrofes sino sobre la modalidad de dicho acceso y tratamiento por parte de los profesionales de la salud, se destaca el peso que en estos profesionales tienen ciertas imágenes sobre los migrantes, que operan como categorías o clasificaciones nativas sobre la legitimidad de los usuarios de los servicios de salud, o en otras palabras, sobre quiénes merecen ser atendidos y quiénes no.

El principal obstáculo que les presentan los servicios de salud a las personas migrantes es el

³⁰ Precisamente el parto de mujeres migrantes, en especial de origen coreano, pero también boliviano, constituye una de las circunstancias que pone a prueba el sentido común médico de los profesionales de la salud, como veremos más adelante, según nos cuenta el Ex Jefe de Tocoginecología de un hospital provincial del partido de Lanús (entrevista realizada en marzo de 2010).

³¹ Cerruti (2006), Op. Cit., p. 23

³² Mombello, Laura, «Alternativas de atención en salud basadas en la interculturalidad. La cercanía barrial y la acción institucional», en *Salud y migración regional. Ciudadanía, discriminación y comunicación intercultural*, E. Jelin, Ed. Buenos Aires: IDES, 2005, pp. 103–116, p. 106.

requerimiento del DNI argentino. Esta exigencia puede no estar indicando las reticencias de los profesionales de la salud sino de quienes se desempeñan como personal administrativo, cada vez que exigen DNI argentino, aun cuando la normativa migratoria impide restringir el acceso al derecho a la salud a través de ese requisito. Esto ha dado en llamarse "discriminación de ventanilla", y se produce cuando las personas migrantes se acercan a solicitar turnos médicos.³³

En las entrevistas con profesionales de la salud, tanto las efectuadas en esta investigación como aquellas que conforman la base de otros estudios cualitativos sobre el tema, surge también el mito del "charter" u ómnibus que transportaría personas desde los países limítrofes con el único fin de atenderse en hospitales públicos de Argentina. Este relato se relaciona con la clasificación que efectúan los profesionales de la salud entre migrantes con o sin residencia legal –que tendrían en la práctica los mismos derechos que los argentinos– y aquellos migrantes que vendrían directamente al país para usufructuar el sistema público de salud, o las personas cuya principal causa de la migración es la atención médica.

Paradójicamente, el requerimiento del DNI no ayuda a distinguir entre migrantes con o sin residencia legal y los supuestos "aprovechadores" del sistema de salud, ya que los migrantes en situación irregular y los migrantes por motivos de atención en salud poseen la misma documentación. No obstante, así propuesta, esta distinción es compatible con una percepción generalizada en los medios de comunicación y en la sociedad argentina que sobreestiman el papel de la migración en estos y otros procesos sociales. Las personas migrantes entrevistadas contaron la experiencia de algún maltrato o discriminación por ser migrantes bolivianos o paraguayos o hijos de éstos, aunque no siempre en hospitales públicos, y reconociendo también cambios en los últimos años.³⁴

Con todo, la universalidad en el acceso a la salud no se ve cuestionada en las atenciones de urgencia sino que las objeciones suelen plantearse respecto de las consultas, estudios o intervenciones programadas que requieren una concertación o un tratamiento prolongado.³⁵

³³ Este aspecto, identificado tanto en entrevistas con migrantes como profesionales de la salud, surge con frecuencia en las denuncias que recibe la Clínica Jurídica CAREF-CELS, como se relata en el Anexo 2 de este informe.

³⁴ Una de las adolescentes entrevistadas que concurren al Ballet Panambí de San Justo, se atendió en un hospital público de una apendicitis, donde estuvo internada compartiendo la habitación con más gente. Considera que logró ser operada rápidamente gracias a un conocido de sus padres que trabaja en el hospital, de no ser así hubiera tenido que esperar mucho tiempo hasta lograr un turno (entrevista realizada en noviembre de 2009). Otra de las entrevistadas fue una migrante paraguaya que trabaja desde hace 18 años en una unidad sanitaria en la localidad de Villa Fiorito, partido de Lomas de Zamora. En su opinión, la mayoría de los migrantes paraguayos se atienden en hospitales públicos, especialmente si no trabajan formalmente. Ella paga por un servicio de emergencias para su familia, mientras espera que uno de sus hijos, que trabaja en seguridad, acceda a una obra social. Cuando sus hijos eran chicos los hacía atender en el hospital Allende, pero en un tiempo en que estaban mejor económicamente se atendían en una clínica del barrio, pagando una cuota mensual, hasta que se encareció la cuota y debieron dejar de atenderse ahí. Una de sus hijas debió ser operada y la obra social de ella cubrió todo. Tuvo a dos de sus hijos en el Hospital de Clínicas, del cual tiene un muy buen recuerdo, ya que siempre la atendieron muy bien, pero lamenta el estado actual del mismo. Nunca tuvo problemas en la atención que recibió en los hospitales. Sí ve maltratos donde ella trabaja. Se pide documento a los pacientes que atienden, pero no tiene que ser un documento argentino, puede ser un documento de otro país: "no se le niega la atención a nadie". Sus nietos se atienden con las obras sociales de sus hijos; en el caso de los nietos mayores de 21, o de los que sus padres no tienen obra social, se atienden en la unidad sanitaria donde ella trabaja. Cree que el sistema de salud argentino funciona mal porque no tiene objetivos claros en cuanto a la atención primaria, que es la primer entrada de un individuo al sistema. La gente que está ocupando lugares importantes está desde siempre, se han "aburguesado", ya no les importa lo realmente primordial, como que no haya insumos, etc. Para ella, el recambio de gente sería quizás una forma de ir mejorando el problema (entrevista realizada en septiembre de 2009).

³⁵ Entrevista al responsable médico de un Centro de Salud ubicado en la localidad de Villa Fiorito, partido de Lomas de Zamora, septiembre de 2009. En esta oportunidad, el médico describía las dificultades que se le presentan a las personas que no poseen DNI argentino para acceder a los programas de medicamentos, tanto provinciales como nacionales, lo que ocasiona severas dificultades para el seguimiento del tratamiento.

Por lo general, los migrantes bolivianos —y en particular las mujeres bolivianas— ocupan el extremo en la escala de diferencias culturales percibidas por los médicos. Sin embargo, no todos los médicos otorgan un tratamiento diferenciado al paciente migrante. Algunos de ellos, como es el caso del responsable médico de un Centro de Salud ubicado en la localidad de Villa Fiorito, expresan que no realizan ninguna diferencia en la atención entre pacientes migrantes y pacientes argentinos, y su preocupación mayor pasa por construir una distancia médico-paciente que le trasmite a este último la certeza de estar recibiendo una atención de excelencia, como le ocurriría a cualquier otro paciente que acude a un hospital público en Argentina.³⁶ Estos médicos consideran, de una manera tradicional, que la mejor manera de hacer justicia con los pacientes migrantes y de no discriminarlos es dar igual tratamiento a pacientes migrantes y a pacientes argentinos.

Otros médicos, más atentos a la diversidad cultural presente en la sociedad y a sus consecuencias en el diagnóstico médico,³⁷ consideran que la diferencia cultural puede convertirse en un obstáculo importante en la relación médico-paciente al momento de la atención, y que no contemplarla puede ser fuente de violencia simbólica que afecta la relación. Esa diferencia se acentuaba en el caso, por ejemplo, del parto en cuclillas de mujeres de nacionalidad coreana, que motivó que el hospital comprara una silla de partos.

En este orden de ideas, el principal obstáculo señalado por los médicos respecto de ciertos pacientes migrantes de países limítrofes es la falta de comprensión al momento de la entrevista y diagnóstico, y también el silencio, en general adjudicado a pacientes bolivianos. La falta de comprensión ocasiona una distancia en la relación médico paciente que afecta la confianza recíproca.³⁸

Precisamente, la confianza en los profesionales de la salud es uno de los factores que los usuarios migrantes de los servicios de salud comunitaria y de clínicas privadas fundadas por médicos de las comunidades migrantes destacan positivamente de estas experiencias, dos de las cuales se encuentran en barrios considerados típicos de la comunidad boliviana: Pompeya y Charrúa, en la Ciudad de Buenos Aires. Las experiencias de los migrantes de los servicios de salud atendidos por profesionales de su misma nacionalidad o grupo étnico-cultural son positivas en el sentido de que éstos les despiertan más confianza a los pacientes.

Finalmente, otros profesionales tratan de remontar la incompreensión y adoptan una serie de estrategias para sortearla. Por lo general, quienes se muestran más interesados en aprender y entender el contexto cultural y social de sus pacientes son aquellos profesionales que han tenido una formación en salud comunitaria, paradigma médico que se caracteriza precisamente por una concepción de la salud en la que se destaca un fuerte compromiso social e integrador, y que se encuentra orientada a la prevención y a la atención primaria. En este marco, algunos servicios han adoptado la figura de intérpretes, traductores o facilitadores de la entrevista médica.

³⁶ Entrevista al jefe de un Centro de Salud ubicado en Villa Fiorito, Partido de Lomas de Zamora, septiembre de 2009.

³⁷ Entrevista al ex jefe de Tocoginecología de un hospital del partido de Lanús, 17 de marzo de 2010, quien comenta cómo a lo largo de su trayectoria profesional ha investigado la recurrencia de ciertos diagnósticos médicos de "borders", efectuados por parte de médicos clínicos a pacientes indígenas que hablaban guaraní, calificando con categorías médicas de enfermedad la distancia lingüística y cultural.

³⁸ Para uno de los entrevistados, Jefe de un Centro de Salud ubicado en Villa Fiorito, Partido de Lomas de Zamora (entrevista realizada en septiembre de 2009), la falta de entendimiento y cumplimiento de las indicaciones médicas es un problema de peso. En parte este problema se soluciona con el trabajo de la asistente social en el seguimiento domiciliario del paciente.

II. PROVINCIA DE FORMOSA¹

1. INTRODUCCIÓN

La provincia de Formosa se encuentra ubicada en el noreste de la República Argentina y limita con Paraguay, tanto en su extenso borde Norte de 512 km. como en su extremo Este sobre el margen oriental del río Paraguay. De acuerdo con los datos del Censo Nacional 2010, la población total de Formosa es de 530.162 habitantes, de los cuales 21.120 han nacido en el extranjero, es decir, que la población extranjera representa un 3,98 por ciento del total de la población de la provincia.

Formosa se sitúa en una zona estratégica del país y constituye una importante puerta a la región central de Suramérica. En esta provincia se produce una afluencia diaria de miles de personas provenientes generalmente de Paraguay, que se asientan o circulan de forma permanente "entre los dos países" o que se dirigen a los principales centros urbanos argentinos. En este sentido, es preciso tener presente la idea de "permeabilidad de las fronteras", que remite a la situación concreta de que esta región es, desde sus orígenes y mucho antes de que se dibujara en un mapa la línea divisoria sobre las aguas de los ríos Paraguay y Pilcomayo, un lugar de tránsito permanente entre los dos países. Los niños y niñas de la localidad de Alberdi de Paraguay, por ejemplo, cruzan el río Paraguay en canoas -un viaje que les insume entre 15 y 20 minutos- para cursar sus estudios en escuelas argentinas de la ciudad de Formosa. Asimismo, los niños y niñas que viven en la ciudad de Nanawa de Paraguay, sólo tienen que cruzar un puente de 20 metros para llegar hasta los centros educativos argentinos de Clorinda.

En Formosa el proceso migratorio toma la forma de un "transito vecinal fronterizo" (TVF).² Un caudal importante de personas cruza cotidianamente la frontera, pues las actividades económicas, sociales y culturales se realizan "entre" Paraguay y Argentina; ésta ha sido una práctica habitual desde los orígenes mismos de estas ciudades y cumple una función central para la economía de subsistencia de las localidades paraguayas de Alberdi y Nanawa.

La investigación realizada en esta zona buscó analizar la situación de los derechos de niños y niñas migrantes en dos ciudades formoseñas estratégicas en términos de la concentración de población migrante: la ciudad de Formosa (capital de la provincia), muy cercana a la localidad paraguaya de Alberdi, y la ciudad de Clorinda, ubicada a unos veinte metros de la localidad de Nanawa de Paraguay. Se hizo hincapié en el acceso de los niños y niñas migrantes a la salud, educación e identidad en ambas ciudades. A partir de los principales hallazgos y obstáculos identificados, se proponen algunas recomendaciones tendientes a elevar los niveles de protección de derechos de la niñez migrante en la zona.

Los datos incluidos en este informe se han obtenido, principalmente, de entrevistas realizadas a funcionarios de instituciones públicas de las áreas de salud y educación,³ y de entrevistas realizadas

¹ El presente capítulo fue elaborado por la Asociación Civil El Amanecer, con la participación de Raquel Carmona, Beatriz Cravero y Ana Caligaris.

² Más adelante, en este mismo capítulo, se explica qué es el TVF como forma jurídica.

³ Se realizaron entrevistas a directivos de escuelas primarias y secundarias en las ciudades de Formosa y Clorinda, así como a funcionarios y efectores de la salud que trabajan en hospitales públicos centrales y algunos centros de salud o dispensarios de barrios periféricos.

a las autoridades de la Delegación de Migraciones de la provincia de Formosa y a personal de las fuerzas auxiliares que desempeñan el control migratorio en la frontera.⁴



Puerto Alberdi (Formosa)

Foto tomada por Raquel Carmona,

junio de 2010

2. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES MIGRANTES EN LAS CIUDADES DE FORMOSA Y CLORINDA

Para esta investigación se escogieron dos escuelas primarias y cinco secundarias.

Las dos escuelas de nivel primario seleccionadas para profundizar la investigación, la Escuela N° 31 General Manuel Belgrano y la Escuela N° 21 República del Paraguay, se encuentran localizadas a pocas cuadras de los pasos fronterizos de Formosa y Clorinda, respectivamente. Los requisitos para matriculación son los mismos en ambas escuelas: los padres deben presentar el boletín escolar anterior, un informe pedagógico elaborado por la escuela a la que concurría el niño/a previamente y la fotocopia del documento o cédula de identidad del niño/a; sin estos requisitos, la escuela no puede recibirlos. Dependiendo de la cantidad solicitudes se establecen cupos, los cuales se modifican todos los años.

Durante 2011 ambas escuelas incrementaron el porcentaje de alumnos extranjeros. Por ejemplo, en el caso de la escuela N° 31, en 2010 el 13 por ciento del total de alumnos eran extranjeros, mientras que en 2011 constituyó el 17,45 por ciento. La escuela N° 21 es un caso paradigmático: el 42 por ciento de los alumnos son extranjeros, todos ellos paraguayos.

En las entrevistas realizadas en estas dos escuelas, las autoridades señalaron que "garantizan el derecho a la educación de manera igualitaria" y que es preciso realizar una armonización de los programas educativos, ya que muchos niños y niñas migrantes tienen problemas de adaptación a los contenidos impartidos en las escuelas: por ejemplo, historia paraguaya y guaraní no se enseñan en ninguna de las escuelas de esta frontera.

En los casos de niños y niñas indocumentados, las escuelas orientan a los padres para que inicien los trámites de inscripción. Una vez que éstos presentan el certificado de documento en trámite, ya

⁴ Las fuerzas auxiliares que se desempeñan en la provincia de Formosa son la Prefectura Naval y Gendarmería Nacional. En la ciudad de Formosa, se entrevistó a la Prefectura Naval, ya que el principal paso fronterizo, Puerto Alberdi, se encuentra bajo jurisdicción de esa fuerza. En el caso de Clorinda se entrevistó a personal de la Gendarmería Nacional por tener bajo su jurisdicción la Pasarela de la Amistad y el Puente San Ignacio de Loyola, dos puentes internacionales centrales.

sea el DNI argentino o la cédula paraguaya, la escuela recibe al niño o niña y espera el tiempo que sea necesario hasta que complete la documentación que permita emitir el certificado de título primario. Se advierte en este aspecto una clara contradicción, pues las autoridades consideran que garantizan el derecho a la educación de manera igualitaria, pero "reciben al niño/a una vez que haya presentado el certificado de documento en trámite", lo cual estaría demostrando que la inscripción en la escuela estaría supeditada a la presentación del documento o el certificado de documento en trámite. Se hace evidente, así, la existencia de obstáculos para aquellos niños y niñas que no estén documentados y que no hayan iniciado los trámites de documentación, existentes bajo una interpretación donde el acceso a la educación implica no sólo el derecho a asistir a la escuela sino también el derecho a obtener aquellos certificados que acrediten asistencia, calificaciones y finalización de los estudios.

En este marco, la Escuela N° 21 de la ciudad de Clorinda constituye un caso excepcional: desde el año 1992 cuenta con el padrinazgo del consulado paraguayo de Clorinda. Esto implica que en esta institución se imparten algunas clases de historia paraguaya, se izan las dos banderas, se festejan los días patrios de ambas naciones (aunque sólo los argentinos son feriados) y se realizan numerosos programas de integración con escuelas paraguayas.

A nivel secundario, para analizar el acceso a la educación de niños y niñas migrantes en la zona se entrevistó al personal de las Escuelas N° 54 Gobernador Juan José Silva y del Instituto Santa Isabel, ambos de la ciudad de Formosa. En Clorinda se entrevistó a directivos de las escuelas N° 49 General José de San Martín y N° 65 Barrio 1° de Mayo, así como a los directivos del Instituto Santa Catalina Laboure.

Las tres últimas escuelas mencionadas incluyen la presentación del DNI entre los requisitos para la inscripción; aquellos niños y niñas que no posean la documentación requerida, son informados del procedimiento a cumplir y se los inscribe provisoriamente hasta en tanto completen los requisitos.

Los directores del Instituto Santa Isabel y de la Escuela N° 54 aseguraron no tener ninguna alumna/o de nacionalidad paraguaya; en ambos casos las personas entrevistadas no especificaron más datos. Sin embargo, se puede ver cruzar la aduana a niñas y niños que visten el uniforme de dichas instituciones, lo cual abre una serie de preguntas: ¿se trata de personas nacidas en Argentina que residen con su familia en Paraguay? ¿Se trata de un sub-registro de información?

A lo largo en las entrevistas realizadas en las escuelas de nivel secundario, se pudo observar que los niños y niñas (adolescentes) migrantes que no poseen DNI también encuentran un claro impedimento al momento de tramitar sus certificados de estudios. Se advierte, asimismo, que las escuelas de una misma jurisdicción trabajan con distintos criterios: algunas emiten el título inscribiendo el número de cédula paraguaya del alumno/a, ya que según los datos proporcionados por la Dirección de Educación Secundaria el sistema de títulos está habilitado para ello; otras, en cambio, exigen al alumno/a la tramitación del DNI argentino, esperando el tiempo que sea necesario para que regularice su situación, lo cual implica un grave perjuicio para el alumno/a que se ve imposibilitado de continuar sus estudios. Se ha podido constatar que en la actualidad existe un gran número de alumnos/as que tienen domicilio paraguayo pero presentan DNI argentino.

Muchas de las personas entrevistadas sostuvieron haberse encontrado frente a la situación de estudiantes que en el último año de cursada sólo contaban con cédula y domicilio paraguayos, y que, ante la falta de información sobre el correcto procedimiento, debieron comunicarse (sin éxito) con la Dirección de Educación Secundaria dependiente del Ministerio de Educación de la Provincia de Formosa. En la Dirección obtuvieron distintas respuestas, lo que sugiere un desconocimiento de la normativa vigente, de los procedimientos que deben seguir y una falta de coordinación al interior de este organismo público y entre el organismo y las escuelas. De allí que sea preciso articular acciones de difusión y capacitación de autoridades escolares y funcionarios para que la desinformación no obstaculice el ejercicio del derecho a la educación para la niñez migrante en la zona.⁵

En Argentina la Ley 26.206 de Educación Nacional establece doce años de escolaridad obligatoria. Sobre esta base, las jurisdicciones pueden optar por una estructura que contemple siete años de primario y cinco de secundario, o seis años de primario y seis años de secundario.⁶ En Formosa, su vez, la Ley de Educación Provincial 1470, sancionada el 28 de abril del año 2005, establece en su artículo 14 los niveles de escolaridad: a) Educación Inicial: comprende el jardín de infantes hasta el preescolar, siendo obligatorio a partir de los cinco años de edad; b) la Educación General Básica: de carácter obligatorio a partir de los seis años de edad, organizada en ciclos y años y con una duración de nueve años; y c) educación Polimodal: desarrollada luego del cumplimiento de la educación básica con un mínimo de tres años de duración.⁷

Paraguay, por su parte, en 1998 adoptó la obligatoriedad de nueve años escolares.⁸ En este marco, es preciso tener en cuenta que ambos países forman parte del *Protocolo de integración educativa y reconocimiento de certificados, títulos y estudios de nivel primario y medio no técnico* del MERCOSUR, firmado el 5 de agosto del año 1994 y en vigencia desde el 6 de junio de 1996.⁹ En el capítulo dedicado a la provincia de Misiones se detallan los principales aspectos de este Protocolo, cuyo objetivo es el reconocimiento de estudios de nivel primario y medio no técnico realizados en cualquiera de los países del MERCOSUR, con el fin de lograr la integración educativa y facilitar la continuación de los estudios.

⁵ Las autoridades escolares entrevistadas para esta investigación manifestaron no conocer en profundidad la normativa migratoria y los derechos que ésta consagra.

⁶ Artículo 16 de la Ley de Educación Nacional: "La obligatoriedad escolar en todo el país se extiende desde la edad de CINCO (5) años hasta la finalización del nivel de la Educación Secundaria. El Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología y las autoridades jurisdiccionales competentes asegurarán el cumplimiento de la obligatoriedad escolar a través de alternativas institucionales, pedagógicas y de promoción de derechos, que se ajusten a los requerimientos locales y comunitarios, urbanos y rurales, mediante acciones que permitan alcanzar resultados de calidad equivalente en todo el país y en todas las situaciones sociales".

⁷ Ley Provincial General de Educación 1.470.

⁸ La Ley General de Educación (ley 1.264), sancionada en 1998 establece en su artículo 32: "La educación escolar básica comprende nueve grados y es obligatoria. Será gratuita en las escuelas públicas de gestión oficial, con la inclusión del preescolar...."

⁹ Ley 24.676, sancionada el 10 de septiembre de 1996 en Argentina. Ley 563, sancionada el 25 de abril de 1995 en Paraguay. Para mayor información sobre este Protocolo, ver el capítulo sobre Misiones.

3. EL DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS Y NIÑAS MIGRANTES EN LAS CIUDADES DE FORMOSA Y CLORINDA

El análisis del acceso a la salud de niños y niñas migrantes en las ciudades de Formosa y Clorinda involucró un relevamiento de datos de los hospitales centrales de ambas ciudades: el Hospital de la Madre y el Niño de Formosa, y el Hospital Provincial de la ciudad de Clorinda. También se escogieron dos centros de salud situados en la periferia de ambas localidades. En las entrevistas se consideraron principalmente los siguientes aspectos: los nacimientos, el acceso a la atención básica general y el acceso a planes de salud.

El Hospital de la Madre y el Niño atiende alrededor de diez pacientes (mujeres y niños) extranjeros por día en todas las especialidades, tanto ambulatorias como las que requieren internación.

Con respecto a los nacimientos, la autoridad entrevistada de este hospital no proporcionó el número exacto de nacimientos por día, pero sostuvo que de cada diez mujeres en trabajo de parto, dos o tres son de nacionalidad extranjera; un relato similar se repite en el centro de salud del Barrio 1° de Mayo. En este caso, las personas entrevistadas aseguran que desde la existencia del Plan Nacer (2004) se ha incrementado considerablemente la atención de mujeres paraguayas. Como se ha explicado antes, este plan permite a las mujeres embarazadas realizarse tres ecografías en forma gratuita, acceder a medicamentos y complejos vitamínicos, y también a alimentos y vacunas para el recién nacido, necesidades que no están cubiertas en los planes de salud de Paraguay.

Con respecto a la atención básica general en el Hospital Provincial de Clorinda, el 60 por ciento de los pacientes son de nacionalidad paraguaya. La persona entrevistada aseguró que "no diferencian entre nacionales y extranjeros, brindando a ambos una atención igualitaria". Sin embargo, a partir de la investigación surge que las madres y niños que no presentan DNI argentino no suelen acceder a estudios especiales, prótesis, diálisis ni a remedios oncológicos. Esto demuestra una clara afectación del derecho a la salud, ya que el mismo implica el acceso a todos los niveles de atención en condiciones de igualdad con los nacionales, es decir, acceso a todos los análisis, estudios, prácticas médicas o tratamientos que sean necesarios -de prevención, asistencia o rehabilitación, de alta o baja complejidad, simples o complejos, de urgencia o programados-.

En la entrevista que se le realizó, la directora del Hospital de la Madre y el Niño manifestó que la falta de DNI "no constituye una barrera para la atención de la salud de las personas migrantes", aunque sí reconoció que existen obstáculos al momento de efectuar derivaciones a hospitales de alta complejidad de Buenos Aires (por ejemplo, con pacientes oncológicos). La directora comentó también que en el hospital a su cargo se ha demorado un traslado a un hospital en Buenos Aires debido a la falta de DNI, retrasándose por ello una intervención oportuna y eficiente contra la enfermedad. En estos casos, el servicio social del hospital articula con las autoridades locales los trámites correspondientes a fin de completar la documentación.

A pesar de que las autoridades y profesionales consultados aseguran que el acceso a la salud se garantiza a todas las personas, un caso particular que se conoció en el marco de esta investigación da cuenta de la centralidad que conserva, en particular, la regularidad migratoria en el acceso a

derechos. En una familia compuesta por siete miembros, los cinco niños están indocumentados (no poseen ningún documento que acredite identidad); los tres hijos varones mayores nacieron en Paraguay, igual que sus padres. El menor de ellos necesitaba intervención quirúrgica de urgencia, la cual fue solicitada oportunamente por el personal médico del barrio Villa Lourdes de la ciudad de Formosa. Sin embargo, el Hospital de Alta Complejidad Presidente Juan Domingo Perón negó la asistencia hasta que no se regularizara la situación migratoria y se obtuviera la documentación del niño.

Las dificultades se incrementan cuando las derivaciones deben hacerse a Buenos Aires. La Casa de Formosa, oficina de conexión nacional y provincial con sede en la ciudad de Buenos Aires,¹⁰ no permite la derivación de personas sin documentación argentina, ya que con documentación extranjera no pueden acceder a programas nacionales (por ejemplo, para el tratamiento de las leucemias).

Asimismo, resulta oportuno señalar el obstáculo que encuentran las personas migrantes que no poseen residencia permanente y que se ven imposibilitadas de ser incluidas en la lista de espera para trasplante de órganos del INCUCAI, una cuestión de análisis recurrente en distintos epígrafes de este informe. Sobre este tema, en la entrevista mantenida para esta investigación la Defensora del Pueblo adjunta de la Provincia de Formosa señaló que en febrero del año 2010 interpusieron una medida judicial que se resolvió satisfactoriamente en relación con el siguiente caso.

Un joven de 20 años, de nacionalidad paraguaya, se encontraba en grave estado de salud a raíz de una cardiopatía y requería un trasplante de corazón. El INCUCAI no lo había inscripto en la lista de espera para trasplante de órganos, ya que no cumplía con el requisito de "residencia permanente" que exige la resolución 342/09 del Instituto. A partir de la acción interpuesta por la Defensoría del Pueblo de Formosa, el Juzgado Federal N° 2 de Formosa resolvió hacer lugar a la medida autosatisfactiva planteada y ordenar al INCUCAI que el día siguiente a la notificación inscriba al joven en la lista de espera para la asignación de órganos y/o tejidos cadavéricos, bajo apercibimiento de aplicársele una multa.¹¹

En relación con el acceso de niños y niñas a los planes de salud, sobre todo aquellos destinados a recién nacidos, las personas que trabajan en los hospitales centrales afirman que persiste el impedimento de acceso para aquellos niños y niñas que no poseen DNI o, como en el caso de la Asignación Universal por Hijo, aquellos cuyos padres son extranjeros y no poseen DNI o no cumplen con los años de residencia exigidos en la normativa vigente.

Por último, se observó que ninguna de las personas entrevistadas en el marco de esta investigación conoce la Ley de Migraciones, a excepción del personal del centro de salud del Barrio "Villa Lourdes", quienes tienen conocimiento de manera informal. De allí que sea preciso difundir en los centros de salud y en los hospitales que la atención médica a todas las personas en condiciones de igualdad es un deber del Estado y un derecho de todas las personas.

¹⁰ Más información sobre las funciones de la Casa de Formosa en [En línea <http://www.casadeformosa.gov.ar/>]

¹¹ Sentencia del 28 de octubre de 2010 "Defensor del Pueblo c/ Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI) s/ medida autosatisfactiva" –Expte. No. 432 F°167 – Año 2010. Ver este tema en el anexo 2.

4. DERECHO A LA IDENTIDAD

Muchas personas que viven en las localidades de Alberdi y Clorinda no tienen documentación que acredite su identidad; una cantidad importante nacieron en Paraguay, pero tienen su residencia permanente y desarrollan sus actividades en estas localidades. Según la información proporcionada por la directora del Registro Civil de Clorinda,¹² en muchos casos las personas sienten temor de inscribir a sus hijos: como nacieron en Paraguay y "cruzaron la frontera de manera ilegal", temen ser sancionadas. Por esta razón, a pedido del centro de mujeres Ñande Roga Guazú¹³ del Barrio 1° de Mayo, la responsable del registro realizó una charla informativa a las mujeres que asisten a esa institución. En la medida en que brindan información sobre la normativa vigente y desarticulan temores y prejuicios, estas iniciativas suelen movilizar a algunas personas para regularizar su situación y la de su familia.

El caso que se relata a continuación ilustra la trama de dificultades y carencias que subyacen a la indocumentación y la irregularidad migratoria.

Como consecuencia de la charla en el centro de mujeres, una familia del Barrio 1° de Mayo compuesta por cinco integrantes, todos ellos sin documentación, inició los trámites para la inscripción correspondiente. Los padres aseguran que los tres últimos hijos (de dos, cuatro y ocho años)¹⁴ nacieron en Clorinda. Las autoridades exigen, entre otros requisitos, la presentación de dos testigos que certifiquen que los hijos son suyos y la presentación de un certificado de domicilio.

La familia tuvo que sortear dos obstáculos más. El primero era que carecían de los certificados de nacimiento de sus niños. Según el relato de la madre, este certificado no le fue proporcionado por el hospital donde fue asistida porque no presentó documento o cedula de identidad. A través de la intervención del juzgado de menores se realizó el certificado de edad presunta y, por orden del juzgado de menores al hospital, se emitió el certificado de nacimiento.

El segundo obstáculo fue obtener el certificado de domicilio, el cuál es emitido por las autoridades de la policía acreditando DNI y un impuesto o servicio donde figure la dirección de la persona. Esta familia vive en situación de pobreza extrema -el Barrio 1° de Mayo es uno de los barrios más pobres de la ciudad, constituye lo que se denomina en las grandes ciudades una "villa miseria", y dentro del mismo barrio existe un grupo de casillas a las cuales los mismo vecinos llaman "la villita", indicando un grado de pobreza aun más pronunciado-. Estas personas no tienen título de propiedad de la vivienda, no cuentan con luz eléctrica ni gas, mucho menos con otro tipo de servicios; tampoco pagan impuestos cuyas boletas identifiquen su residencia. Este inconveniente sólo pudo ser subsanado gracias a la buena voluntad del centro Ñande Roga Guazú y de la policía local.¹⁵

¹² En el marco de esta investigación se entrevistó al director del Registro Civil de Formosa y a la directora del Registro civil de la ciudad de Clorinda. Desde finales de 2011, es la DNM, y no el Registro Civil, la autoridad a cargo de tramitar el DNI para extranjeros.

¹³ Ñande Roga Guazú es una casa ubicada en el límite sur oeste del barrio 1° de Mayo, en la Mz 70, parcela 11 y 12, de la ciudad de Clorinda (Formosa). Trabaja desde 1993 con mujeres en situación de violencia familiar, de género, doméstica.

¹⁴ La niña más grande tiene 8 años y vive con la abuela en Paraguay.

¹⁵ Según el relato de las personas entrevistadas "no fue fácil" conseguir la colaboración de la policía local, alegando que el personal policial accedió luego de que tuvieran que explicar varias veces de qué se trataba, para qué, cuál era la situación de la familia, etc. Una vez reunidos todos los requisitos, el Registro Civil inició los trámites de DNI de los niños (la espera es de aproximadamente un año). Al cierre de este informe, los padres aún no habían iniciado los trámites para regularizar su situación.

El Registro Civil, a su vez, tiene serios problemas administrativos que obstaculizan su trabajo. Cuentan con una sola máquina de escribir para un personal compuesto de 22 integrantes. Los registros, las actas y demás formularios son escritos a mano y archivados en libros de papel, que están corroídos, humedecidos y manchados por el paso de los años. Cuando deben enviar la documentación a la ciudad de Formosa, este transporte debe ser costeado por las personas particulares. Una vez que el Registro Civil de Formosa lo autoriza vía oficio, el personal del Registro Civil de Clorinda comienza las averiguaciones dirigidas a acreditar que la persona en cuestión no fue inscripta con anterioridad, lo cual implica, por ejemplo, que si la persona ha nacido en 1990 los empleados del Registro Civil deben revisar, hoja por hoja, todos los libros de inscripción desde ese año hasta la fecha. Por ello, es urgente que las autoridades competentes incorporen este tema entre las prioridades para lograr la modernización de esta institución, ya que su vetusto funcionamiento atenta, además, contra derechos cuya efectiva vigencia depende de la agilidad y eficacia con que se realicen los trámites.

En el marco de esta investigación se entrevistó también al director del Registro Civil de Formosa, Hernán Francia, quien se refirió a los resultados positivos que han observado a partir de la implementación del régimen administrativo de inscripción de nacimientos puesto en marcha por medio del decreto del Poder Ejecutivo Nacional 90/2009¹⁶ -y los decretos que se dictaron en los años siguientes-. En lo pertinente, el decreto establece que "simultáneamente a la inscripción del nacimiento, el oficial público procederá a adjudicar el correspondiente Documento Nacional de Identidad, debiendo asentar el número adjudicado en la partida de nacimiento...".¹⁷

Esto ha permitido que un importante número de niños y niñas nacidos en Argentina, así como los hijos e hijas de migrantes, tramiten su certificado de nacimiento en la ciudad de Formosa. De esta manera, quienes no poseían DNI por falta de inscripción de su nacimiento -porque el parto había ocurrido en el domicilio o por algún inconveniente que habían tenido los padres-, pudieron tramitar el certificado de nacimiento y, en consecuencia, el DNI.

Asimismo, el mencionado funcionario informó que, en el marco del decreto 90/2009, se han realizado 589 inscripciones tardías durante el año 2009 (de las cuales 124 corresponden a Clorinda), en 2010 se llevaron a cabo 439 inscripciones (por aplicación del decreto 92/2010), y al 30 de noviembre de 2011 se habían realizado otras 214 inscripciones tardías.¹⁸

Por último, de acuerdo con lo establecido en el decreto 278/2011, las personas pertenecientes a pueblos originarios pueden tramitar el certificado de nacimiento bajo este régimen de inscripción sin límite de edad, lo cual claramente es muy positivo.¹⁹

¹⁶ La información sobre los decretos que se dictaron desde 2009 sobre este tema se encuentra en la primera parte de este informe.

¹⁷ Artículo 6 del decreto 90/2009 y artículo 6 del decreto 278/2011.

¹⁸ Estos datos corresponden a toda la provincia de Formosa. Al mismo tiempo, compartió el número de inscripciones de nacimiento del Registro Civil de Formosa: en el año 2009, 12.725 y en el año 2010, 12.225. Esta cifra es un total de nacimientos que corresponde a toda la provincia (el Registro Civil posee 70 delegaciones en toda la provincia); son las inscripciones de nacimiento regulares (no incluye las inscripciones tardías), y no está diferenciado qué porcentaje corresponde a hijos/as de migrantes.

¹⁹ En su artículo 12, el decreto 278/2011 establece: "Dispónese por el término de UN (1) año contado a partir de la publicación del presente decreto y con carácter de excepcional, prorrogable por Un (1) año más, la aplicación del régimen administrativo dispuesto por el presente, para la inscripción de los ciudadanos mayores de DOCE (12) años de edad que residan en el ámbito del territorio de la Nación y que acrediten su pertenencia a pueblos indígenas...."

5. LA ACTUACIÓN DE LAS AUTORIDADES MIGRATORIAS EN LA ZONA

La delegación zonal de Dirección Nacional de Migraciones (DNM) tiene la oficina central en la ciudad de Formosa, pero trabaja en los nueve pasos fronterizos con la colaboración y apoyo de Gendarmería Nacional y Prefectura Naval. Las fuerzas auxiliares cumplen funciones migratorias por delegación directa de la DNM.

El Delegado de Migraciones, Gustavo Lagraña, informó que el 95 por ciento de la población migrante que se presenta en dicha Delegación es de nacionalidad paraguaya²⁰. En la Delegación reciben aproximadamente a 200 personas por día, incluyendo aquellas que se acercan con un turno para realizar el trámite de radicación y las que concurren para obtener información sobre el trámite.

Hasta el año 2010, las personas que iniciaban los trámites debían esperar alrededor de seis meses para obtener la disposición de radicación para ser presentada al Registro Civil; esta resolución de radicación era necesaria para comenzar el trámite del DNI. Desde dicha presentación, el tiempo de espera hasta obtener el DNI era de aproximadamente un año. A partir del mes de diciembre de 2010 el DNI para extranjeros pasó a ser expedido por DNM, lo cual ha permitido reducir el tiempo de espera a la mitad.

Por otra parte, la delegación zonal de la DNM cuenta con un área específica que se denomina "control de permanencia", que cada quince días realiza campañas en toda la provincia junto con el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP). Estas iniciativas periódicas tienen por objetivo evitar la explotación laboral de la población migrante. En caso de detectar una persona en situación irregular, se labran las actas correspondientes y se le envía una intimación para que la persona concorra a la oficina de migraciones a regularizar su situación. Esto, más allá de la posible infracción o causa judicial que pueda hacerse a los empleadores.

Al mismo tiempo, desde la Delegación se realizan campañas de información y difusión sobre la Ley de Migraciones.²¹ El Delegado señaló que, antes de la reforma de la ley migratoria, se consideraba "ilegales" a aquellas personas extranjeras que se encontraban trabajando en la Argentina sin la documentación correspondiente, pero que en la actualidad se habla de "irregularidad migratoria" a tono con el giro discursivo de la nueva política migratoria. También reconoce que se han multiplicado las tareas de los funcionarios públicos y se ha avanzado en la gestión (nuevos sistemas informáticos) y la capacitación de las fuerzas auxiliares en 2011.²²

Debido al volumen de tránsito vecinal que posee la provincia de Formosa, durante 2011 la Delegación de Migraciones implementó la Tarjeta Tránsito Vecinal Fronterizo (TVF), que valida una estadía por 72 horas. De acuerdo con lo indicado por el Delegado, hasta principios de noviembre de ese año se registraron entre 600 y 700 personas empadronadas bajo este sistema, utilizado principalmente por quienes cruzan a diario la frontera para ir a la escuela o al trabajo. La tarjeta se implementó en la frontera Clorinda-Managua y se encontraba en proceso de resolución la extensión de la tarjeta TVF

²⁰ Entrevista realizada a Gustavo Lagraña, Delegado de DNM Formosa, el 30 de noviembre de 2011.

²¹ La DNM provee el material que en general versa sobre puntos específicos de la ley 25.871 (en especial, sobre el derecho a la salud, a la educación, al trabajo, etc.).

²² Palabras del Dr. Gustavo Lagraña, delegado zonal de la Dirección Nacional de Migraciones.

a otras fronteras, como la de Clorinda-Pilcomayo. Además, se desarrollaron actividades de información en las escuelas para poner en conocimiento de los padres la importancia de que tramiten la TVF para sus hijos/as.

Teniendo en cuenta que Gendarmería Nacional y Prefectura Naval desempeñan funciones en los pasos fronterizos, en la investigación también se involucró a estos organismos.²³ En relación con Gendarmería, sus integrantes conocen la Ley de Migraciones, ya que la DNM realiza cursos periódicos de capacitación para sus agentes y las fuerzas auxiliares. Aunque puede afirmarse que en general desarrollan sus tareas de control sin mayores dificultades, reconocen que se trata de una ardua tarea debido a que es una frontera de 24 kilómetros con un río angosto fácil de cruzar (en épocas de sequía se puede cruzar a pie).

Algunos de los datos proporcionados por Gendarmería para el año 2010 son los siguientes: el Paso Internacional Pasarela La Fraternidad registró un ingreso de 665.591 personas y un egreso de 633.735, mientras que el Paso Internacional Puerto Falcón registró un ingreso de 233.050 personas y un egreso de 233.889. Teniendo en cuenta estos datos, podemos inferir que solamente alrededor del 4% del tránsito total registrado es de permanencia, mientras que el 96% del tránsito registrado se encontraría en la categoría de tránsito vecinal fronterizo.

Por su parte, Prefectura Naval cumple por delegación las funciones de policía auxiliar migratoria, ejerciendo controles de ingreso y egreso de personas del territorio nacional. El personal desempeña sus actividades aplicando la Ley de Migraciones, de la cual tienen conocimiento y aseguran no encontrar ningún tipo de dificultad para su aplicación. Según los datos proporcionados, por el paso Puerto Formosa (Argentina)-Puerto Alberdi (Paraguay) se registran entre 1000 y 1200 personas diarias.

²³ La Gendarmería Nacional cumple la función como policía auxiliar migratoria en los pasos habilitados; en el caso del Escuadrón N° 16 "Clorinda", lo hace en los pasos internacionales Pasarela La Fraternidad y Clorinda Puerto Falcón.

III. PROVINCIA DE JUJUY¹

1. INTRODUCCIÓN

La investigación realizada tiene como objetivo general examinar la situación de los derechos de niños y niñas migrantes e hijos e hijas de migrantes en la zona de frontera de Argentina – Bolivia, en la provincia de Jujuy, y el cumplimiento de los estándares establecidos en la Ley Nacional 25.871. Para ello se relevó la normativa vigente en la provincia y su grado de adecuación a la normativa nacional e internacional, y se analizó el acceso efectivo a los derechos de educación, salud e identidad de niños y niñas migrantes e hijos e hijas de migrantes en las ciudades de San Salvador de Jujuy, Monterrico, Perico, el Carmen y la Quiaca, localidad limítrofe con la República de Bolivia.

En el marco de esta investigación se realizaron entrevistas semi estructuradas para indagar el grado de conocimiento y cumplimiento de los derechos por parte de operadores públicos de la salud y la educación, empleados/as del registro civil y del poder judicial, así como por parte de los empleadores rurales. Asimismo, se realizaron entrevistas a personas migrantes usuarias de los distintos servicios públicos mencionados. Este conjunto de entrevistas permitió conocer las percepciones de los distintos actores sociales respecto del efectivo cumplimiento de los derechos consagrados en los órdenes normativos vigentes, las críticas referidas a los mecanismos de ingreso al sistema público y distintas sugerencias para remover obstáculos.

Las entrevistas estuvieron estructuradas a partir de tres ejes:

- El "conocimiento acerca de los derechos que asisten a las personas migrantes en general y a los niños y niñas en particular". Se buscó indagar el grado de conocimiento que los actores tenían de la ley 25.871 y de la obligación del Estado de garantizar los distintos derechos a los niños y niñas migrantes, independientemente de su situación migratoria.
- El "empleo de los mecanismos de ingreso a los servicios de salud, educación y programas sociales". En este eje se propuso conocer si los mecanismos o protocolos de procedimiento para el ingreso eran utilizados por las personas entrevistadas o si se tenía conocimiento de experiencias cercanas.
- La "percepción del uso, o no, por parte de la población migrante de los servicios y programas brindados por el Estado", que buscó conocer cuál era la opinión de las personas entrevistadas acerca de la situación en la que se encuentra una persona fuera de su país de origen.

De esta forma se buscó apuntar al conocimiento sobre derechos, uso de mecanismos y programas de acceso y percepción sobre estos. Por lo tanto, además de valerse de las clásicas herramientas de la investigación académica, este capítulo se nutre del intercambio y la construcción participativa de conocimientos y conclusiones sobre la temática que cada una de las personas entrevistadas pudo aportar desde la experiencia personal e institucional.

¹ El presente capítulo fue elaborado por la Fundación Andhes y la Clínica Jurídica de Derechos de Migrantes de la Universidad Católica de Santiago del Estero (UCSE), bajo la coordinación de Andrés Reynoso.

2. ASPECTOS GENERALES DE LA POBLACIÓN MIGRANTE EN LA PROVINCIA DE JUJUY

Según los índices oficiales del Censo 2010, la población de la provincia de Jujuy asciende a 673.307 habitantes, de los cuales 29.571 (poco más del 4% de la población de la provincia) nacieron en el extranjero. Ahora bien, dado que el 94% de esta población extranjera proviene de Bolivia (27.670 personas), ello resulta en que el 4,10 por ciento de la población total de Jujuy es de origen boliviano.² Sin embargo, habría una importante migración no registrada que ubicaría a la población boliviana de la provincia en torno a porcentajes mayores, entre el 13 y el 20 por ciento.³

Entre las causas que generarían esta diferencia en los porcentajes se encuentra la migración "silenciosa" que no es registrada por los organismos migratorios: debido a la amplia extensión de la frontera Argentina-Bolivia, muchas personas ingresan habitualmente al país por lugares no autorizados o sin registrar su ingreso.⁴ En el mismo sentido, también se pueden sumar a las causas de este posible subregistro las temporadas de trabajo agrario en la provincia, que comienzan en el mes de agosto de cada año y receptan una cantidad importante de mano de obra migrante;⁵ muchos de estos trabajadores, cuyas edades oscilan entre los 15 y los 30 años, no ingresan por pasos habilitados porque carecen de la documentación del país de origen, y sólo un porcentaje aproximado del 5 por ciento se establece definitivamente en la provincia.

2.1. Caracterización de la población migrante en la frontera La Quiaca-Villazón

En la zona de frontera se pueden observar las distintas situaciones por las que atraviesan las familias migrantes. La mayoría de las familias trabajadoras, que ingresan al país por el paso fronterizo de La Quiaca-Villazón, pertenece a grupos vulnerables y de muy bajos recursos. Una vez que llegan a la ciudad de La Quiaca, la familia se separa debido a la falta de fuentes de trabajo, continuando el jefe o jefa de hogar su viaje hacia los lugares donde existe demanda de mano de obra para ingresar como jornalero estacional, mientras que el resto de la familia queda asentada en La Quiaca a la espera del envío de remesas y de la posibilidad lograr la reunificación del grupo familiar.

Un número importante de mujeres jóvenes de condiciones muy humildes, sin documentación de su país de origen, ingresa por pasos no habilitados o sin registrarse con el fin de establecerse en

² Censo Nacional (INDEC, 2010).

³ Investigación realizada por la Clínica Jurídica ANDHES-UCSE.

⁴ Investigación realizada por el equipo de Pastoral Migratoria.

⁵ La cantidad de productores tabacaleros activos en la Provincia de Jujuy es de aproximadamente 800 sobre un total 1.200. La temporada de tabaco comienza en el mes de agosto y dura hasta abril del año siguiente. El período de la producción que requiere mayor mano de obra queda comprendido entre los meses de noviembre y febrero. En Jujuy se cultivan entre 18.000 y 25.000 hectáreas por temporada. La última producción fue de 19.600 hectáreas. Para su cultivo y producción, cada hectárea necesita ocho obreros, de los cuales al menos dos son trabajadores migrantes. Esto lleva a un número aproximado de 40.000 migrantes trabajadores, de los cuales el 20 por ciento ingresa con el grupo familiar (la familia tipo está constituida por madre, padre y dos hijos). De este número, el 15 por ciento se establece definitivamente en la Provincia de Jujuy. Otro grupo sigue el circuito de temporadas laborales y se traslada a las provincias de Mendoza, San Juan, San Luis, con la intención final de establecerse en la provincia o la ciudad de Buenos Aires. Estos datos aproximados del número al que asciende la población migrante trabajadora, se refieren específicamente a la población que ingresa para la producción tabacalera (no se está considerando, por ejemplo, la zafra que también demanda un alto número de trabajadores). Fuente: Cámara de Tabacaleros de la Provincia de Jujuy. Investigación de la Clínica Jurídica ANDHES UCSE (entrevistas a grandes productores e integrantes de la Comisión Directiva de la Cámara y Cooperativa de Tabacaleros de Jujuy).

el país en busca de una mejor calidad de vida. En general, se insertan en el mercado laboral trabajando como empleadas domésticas o dedicándose al pastoreo de ganado en el campo o en el interior de la Ciudad de La Quiaca, labores que tienen una retribución económica mínima. Estas personas provienen en general de una de las zonas más pobres de Bolivia: el Norte de Potosí y Cochabamba.⁶

2.2 Niñez y Migración en Jujuy (niños migrantes e hijos de migrantes bolivianos nacidos en Argentina)

Lo más usual es que los niños y niñas bolivianos ingresen al país acompañados por ambos padres o por uno de ellos (autorizado por el otro a través de la autoridad competente, que puede ser el Juez de la Niñez y Adolescencia, Juez de Paz o Escribano Público). Si no está acompañado por ninguno de los progenitores, puede ingresar autorizado por ellos en iguales condiciones, con la individualización de un tercero responsable. Para el ingreso, la cédula de identidad es un requisito necesario.⁷ A partir de los 14 años muchos adolescentes no acompañados ingresan a la Argentina con fines laborales. En general, lo hacen en situación migratoria irregular:⁸ en este punto debe tenerse en cuenta que desde la ley 26.390 la edad mínima de admisión al empleo en Argentina es de 16 años.⁹

Los adolescentes que integran grupos de trabajadores ingresan en su mayoría para trabajar en labores rurales. Debido a su edad y a la falta de documentación del país de origen, no suelen ser registrados de acuerdo con la normativa laboral vigente; esto genera abusos por parte de los empleadores en el resguardo y garantía de los derechos que los asisten.¹⁰ Como veremos más adelante, la investigación realizada da cuenta de la situación precaria en la que se hallan estos trabajadores migrantes en situación irregular, en cuanto al goce y ejercicio de sus derechos humanos en general y los derechos laborales en particular.

3. LA LEY 25.871 Y LOS DERECHOS DE LA INFANCIA EN EL MARCO NORMATIVO PROVINCIAL

Para hacer una evaluación del marco normativo provincial y su adecuación con la norma nacional, esta investigación ha partido del análisis de la Constitución Provincial y de las leyes que regulan la situación de la infancia.

En la enumeración de los derechos y garantías de los que gozan los habitantes de la provincia no se hace, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Nacional, distinción entre los nacionales y extranjeros, por lo que todos los derechos deben interpretarse conforme a los principios contenidos en el preámbulo (art. 14 de la Constitución provincial): se les garantizará a todos los habitantes de la provincia y a los que quieran habitar su suelo la igualdad ante la ley, y en igualdad de condiciones. Sin embargo, el artículo

⁶ Investigación del equipo Pastoral Migratoria de La Quiaca.

⁷ Normativa vigente, según el consulado de Bolivia en Jujuy.

⁸ Investigación de la Clínica Jurídica ANDHES-UCSE (Fuente: Cámara de Tabacaleros de la Provincia de Jujuy, grandes productores, cooperativa de tabacaleros de Jujuy).

⁹ Esta normativa exceptúa del mínimo de edad, admitiendo el trabajo de mayores de 14 años cuando se trate de empresas de su padre, madre o tutor, aunque la jornada de trabajo es sensiblemente más reducida, y debe cumplir con la asistencia a la escuela.

¹⁰ Sobre este aspecto, es preciso tener en cuenta la vigencia de la ley 26.390, sancionada en 2008, que prohíbe el trabajo infantil, protege el trabajo adolescente y eleva la edad mínima de admisión al empleo a 16 años. Véase más detalle sobre esta normativa en la primera parte de este Informe.

35 de la Constitución provincial limita el derecho de circulación y residencia para aquellas personas que se hallen *legalmente en el territorio de la Provincia, con sujeción a la ley*, lo cual podría suponer un obstáculo para el tránsito de migrantes en situación irregular. De todas maneras, las disposiciones de la Ley de Migraciones 25.871 al respecto impedirían que tal circunstancia derivase en la detención de la persona.¹¹

En cuanto a la protección de la niñez y la adolescencia, los artículos 45, 46 y 47 de la misma Constitución provincial contienen disposiciones generales. El primero de ellos establece que "la madre y el niño gozarán de especial y privilegiada protección y asistencia", para lo cual el Estado se obliga a arbitrar los recursos necesarios. El artículo 46, dedicado específicamente a la niñez, dispone que el Estado propenderá a que el niño pueda disfrutar de una vida sana, mitigando los efectos de la miseria, la orfandad o su desamparo material o moral, debiendo "tomar las medidas apropiadas para brindar eficaz protección a los niños privados de un medio familiar normal". Asimismo, obliga a los funcionarios del Ministerio Público de Menores, para los casos de niños que carecieren de padres o representantes legales o cuando éstos no cumplieren con sus obligaciones, a "solicitar la designación de tutores especiales para que gestionen lo que fuere necesario para su adecuada protección material y espiritual, bajo su supervisión". Finalmente, el artículo 47 establece que los jóvenes gozarán de garantías para "la realización efectiva de sus derechos económicos, sociales y culturales, en igualdad de oportunidades", para lo cual obliga al Estado a "desarrollar políticas para la juventud que tengan como objetivo prioritario fomentar su creatividad, responsabilidad y sentido de servicio a la comunidad".

Por su parte, la ley provincial 5.288 de protección integral de la infancia y adolescencia, sancionada en 2001, desarrolla la doctrina de la protección integral de la infancia, reconociendo al niño/a como sujeto titular de derechos. La norma crea el Consejo Provincial de la Infancia como órgano competente para el diseño de las políticas públicas de infancia y la Dirección de Infancia y Familia para la ejecución de esas políticas. Es una norma adecuada a la Convención sobre los Derechos del Niño, aunque no se ha avanzado en su reglamentación y su aplicación todavía es parcial.

Esta ley engloba tres grandes ejes que articula la Convención: 1) la supervivencia, conformado por los derechos a la vida, la salud y a la alimentación; 2) el desarrollo personal y social, contemplando el derecho a la educación, a la cultura, al esparcimiento, al desarrollo y a la profesionalización; y 3) la creación de los órganos que garantizarán el efectivo ejercicio de los derechos contemplados, entre ellos, la figura del Defensor de la Niñez y el Adolescente, el Consejo Provincial de la Niñez y el Adolescente, y una Dirección Provincial de la Niñez y la Adolescencia. Además, en sus primeros artículos la ley define los objetivos de la política de niñez, proponiendo garantizar la protección integral del niño y el adolescente desde el momento de la concepción hasta la mayoría de edad, reconociendo para el pleno ejercicio de sus derechos tanto la Constitución Nacional, tratados internacionales, leyes de la Nación y de la Provincia en todo lo que concierne a su relación con la familia, el Estado y la sociedad en todas sus etapas evolutivas. Estos elementos de la normativa provincial dan contenido al principio

¹¹ De conformidad con lo dispuesto en la Constitución Nacional (art. 31), dicha norma, junto con los tratados internacionales y las leyes nacionales, son la "ley suprema de la Nación" y las provincias tienen obligación de ajustarse a esta supremacía. Ello implicaría que estas disposiciones de la Constitución de la Provincia de Jujuy ceden frente a las disposiciones de la ley 25.871.

de interés superior del niño, medular en la Convención y en la normativa vigente hoy en Argentina.

De esta manera, la ley 5.288 y la 4.722, de protección de la minoridad (sancionada en 1993), son las que mayor adecuación presentan respecto de la ley 25.871 en lo que se refiere a la garantía de los derechos de todas las personas, independientemente de su nacionalidad, condición migratoria o cualquier otra condición social. Sin embargo, como se examinará a continuación, en la práctica se producen situaciones de segregación que repercuten directamente en perjuicio de la población migrante y generan responsabilidad del Estado por el incumplimiento de la normativa vigente.

4. DERECHOS DE NIÑOS/AS MIGRANTES E HIJOS DE MIGRANTES EN JUJUY

En esta sección analizaremos la situación actual relativa a los derechos de la población migrante en la provincia, particularmente de la niñez, así como de los hijos e hijas de migrantes que han nacido en Argentina. El análisis se centrará en los problemas y obstáculos identificados en cuanto al ejercicio efectivo de los derechos que la ley 25.871 reconoce a todas las personas migrantes.

4.1 Derecho a la salud

Caracterización

La familia de migrantes trabajadores se aloja generalmente en las mismas fincas en las que son contratadas. Su alimentación está compuesta principalmente por arroz, fideos, papa, y escasa cantidad de carne y lácteos. No se contempla una dieta diferenciada para los niños. Las tareas se ejecutan en el campo, lejos de la vivienda, y los niños son trasladados con los padres para su cuidado. Esta situación, a la que debe sumarse las horas de trabajo, las altas temperaturas, la exposición prolongada al sol sin protección, los químicos con los que están en permanente contacto, los bajos niveles de higiene, la dificultad para conservar adecuadamente los alimentos para el consumo de los hijos, trae aparejado el deterioro de la salud de todos los miembros del grupo familiar.¹²

En los hospitales cabeceras de departamentos de lugares donde existe fuerte demanda de mano de obra rural, se incrementa la atención a migrantes bolivianos entre los meses de noviembre y febrero. En este período se detectan casos de diarrea, desnutrición y enfermedades directamente relacionadas con la alimentación y las inclemencias del tiempo.

En los hospitales visitados no existe protocolo de intervención para aquellos casos en los cuales los niños ingresan en forma reiterada o no superan las afecciones por, según se señala comúnmente, "negligencia de los padres". Los operadores sanitarios no dan cuenta de esta situación que señalan a los Centros de Atención de la Infancia, Adolescencia y Familia (CAINAF) para que tomen la intervención que les compete y realicen el monitoreo correspondiente. Estos centros, a cargo de los municipios, no realizan tareas de prevención, actuando a partir de la demanda espontánea y no de oficio.¹³

¹² ANDHES-UCSE, entrevistas a productores tabacaleros, miembros de la comisión directiva de la Cooperativa del Tabaco de Jujuy, encargados de fincas, y operadores de salud de los hospitales de El Carmen y Moterrico.

¹³ ANDHES-UCSE, entrevistas a operadores de salud de los hospitales de El Carmen y Monterrico.

Programas

A nivel normativo, se encuentra ampliamente garantizado el derecho de acceso a la salud para todos los niños y niñas que habitan en la Provincia de Jujuy. Sin embargo, con frecuencia las prácticas hospitalarias y el diseño de programas sociales pueden convertirse en métodos de exclusión del sistema para quienes no reúnen algunos requisitos formales considerados indispensables por algunos centros de salud u otros organismos conexos.

A modo de ejemplo, el Plan Nacer (hoy SUMAR) está diseñado para asistir a aquellas personas que carecen de un seguro de salud, garantizándoles la gratuidad de acceso a varios servicios de salud de un alto valor económico. Los beneficiarios directos son los niños menores de seis años, las mujeres embarazadas y las que transitan el puerperio (hasta seis meses después de ocurrido el parto).¹⁴

En los casos en que la madre o el padre tengan obra social y el niño no, queda abierta la opción de buscar un pariente con domicilio en el barrio que cubre el mismo Puesto de Salud, para ser tenido como tutor. Sin embargo, este no es el único obstáculo posible, ya que para acceder a este plan es requisito esencial el DNI del niño,¹⁵ el cual debe ser argentino, puesto que la ficha no permite otro tipo de DNI.¹⁶

Por otra parte, en la provincia existen varios programas alimentarios (dependientes de ella o del gobierno nacional), aunque, por regla, entre los requisitos puede leerse que se solicita DNI (ej. Programa Copa de Leche,¹⁷ Programa de Tarjetas Alimentarias¹⁸). La justificación esbozada por los responsables de la implementación del programa es la imposibilidad de registrar la entrega de estos beneficios a quienes no cuenten con DNI.¹⁹

Migración y salud materna en zonas rurales

Según la información recabada en las entrevistas realizadas a operadores y usuarios y usuarias del servicio de salud, es frecuente que durante el embarazo algunas mujeres no se realicen los controles indicados para el período de gestación y tampoco reciban la visita de los agentes sanitarios en sus domicilios. El trabajo que desempeñan las mujeres migrantes, que por lo general están encargadas del pastoreo de ganado, obligadas a rotar durante las diferentes estaciones del año en busca de los mejores pastos, es uno de los principales impedimentos para su acceso a puestos de salud

¹⁴ Para mayor información sobre las características del Plan Nacer véase la Primera Parte de este Informe.

¹⁵ Este plan está destinado a la población nacional y migrante en situación migratoria regular, por lo cual el DNI es requisito necesario y, anteriormente, excluyente, requisito que entraba en contradicción con el artículo 8 de la ley de migraciones.

¹⁶ Investigación Clínica Jurídica ANDHES-UCSE (Fuente: Entrevistas a operadores de la salud en Puestos de Barrios, en la Ciudad de San Salvador de Jujuy).

¹⁷ Véanse los requisitos en: <http://www.mdsjujuy.gov.ar/wp-content/uploads/2011/04/requisitos-de-Copa-de-Leche.pdf> (Consultado el 20 de mayo de 2013).

¹⁸ Véanse los requisitos del programa en: <http://www.mdsjujuy.gov.ar/planes-y-programas/alimentarios/programa-tarjetas-alimentarias/> (Consultado el 20 de mayo de 2013).

¹⁹ En particular, existe un programa alimenticio que provee leche y que no hace diferencias, en su formulación, entre la población nacional y extranjera. Se trabaja con un sistema de "puntaje" que otorga un asistente social o un médico y determinan si se trata de una "familia crítica" o no, para tenerlos como beneficiarios del programa. Ahora bien, según las entrevistas realizadas a los potenciales usuarios del programa, el ingreso al mismo tiene como requisito insalvable la presentación del DNI de alguno de los padres y del niño/a, sin lo cual no podrá revestir la calidad de beneficiario. ANDHES-UCSE, entrevistas a operadores de la salud en Puestos de Barrios, y dependientes del Ministerio de Salud de la Provincia.

u hospitales. La naturaleza del trabajo dificulta un seguimiento adecuado del embarazo, lo cual se complica si se trata de un embarazo de riesgo.

Las mujeres trabajadoras migrantes que residen en las zonas rurales no reciben atención por diferentes motivos, tales como la naturaleza de las labores de pastoreo que realizan, la "costumbre" del parto domiciliario, así como el diseño y funcionamiento del sistema de salud, que no llega a dar efectiva atención a las personas que se encuentran en la situación descripta.

En los casos en que el nacimiento del niño/a se produzca en el domicilio de la madre, los agentes sanitarios comprueban el estado puerperal y, conforme a los antecedentes del caso, elaboran un informe dando cuenta de esta circunstancia. Una vez que la madre y el recién nacido se presentan en el hospital de cabecera para el control correspondiente, el médico constatará el estado de salud del recién nacido y, posteriormente, si la madre se encuentra dentro del periodo puerperal. Para el caso que se constate que se encuentra dentro de dicho período, se entrega a la madre un certificado que deja constancia del estado, lo que será utilizado como uno de los medios de prueba necesarios para que inicie por la vía judicial una información sumaria tendiente a lograr la inscripción de su hijo/a en el registro civil. Ahora bien, si la primera visita de la madre al centro de salud se concreta una vez finalizado el estado puerperal, los médicos constarán el estado de salud del recién nacido pero sin hacer entrega de ninguna certificación, salvo la referida al registro de vacunación del niño/a. En casos como este, al no contar con documento alguno que certifique que el parto se produjo dentro del país, para las mujeres migrantes es muy difícil acceder a un DNI para sus hijos o hijas, circunstancia que impacta negativamente en el acceso de estos niños a diversos derechos, como se describirá más adelante.²⁰

Migración y salud materna en zonas urbanas

Según la investigación realizada, en las zonas urbanas o en las ciudades cabeceras de los departamentos la situación es diferente. Los controles perinatales se realizan en el puesto de salud que corresponde al barrio donde se domicilia la persona. Son necesarios como mínimo tres controles previos al parto, requisito indispensable para el ingreso e internación en los hospitales públicos donde se realizará el alumbramiento. Sin embargo, en aquellos casos en los cuales las mujeres trabajadoras migrantes embarazadas se acercan al hospital público para iniciar los controles prenatales, se encuentran con otra serie de problemas que dificultan el acceso a los servicios de salud.

En todos los puestos de salud existen carteles indicativos de los requisitos que deben cumplir para ser atendidas: el primer requisito es el DNI o el carnet sanitario, y las entrevistas realizadas en esta investigación permiten concluir que el acceso dependerá de la práctica que aplique cada puesto de salud. Los testimonios de mujeres migrantes indican que no reciben atención si no se presentan el DNI o carnet sanitario —para cuya obtención, a su vez, es necesaria la presentación del DNI—. No obstante, de acuerdo con los dichos del personal dependiente de los puestos de salud, la atención

²⁰ Pastoral Migratoria de La Quiaca. Fuente: intervención en casos concretos y entrevistas a operadores del sistema de salud, del sistema judicial y registro civil.

se brinda aún sin la presentación de estos requisitos, siendo necesario que la paciente tenga fijado el domicilio en el barrio al que pertenece el puesto, lugar que, a su vez, será corroborado por los agentes sanitarios, quienes realizan algunos de los controles perinatales. En este punto los testimonios son contradictorios, ya que los agentes sanitarios manifiestan que las madres "nunca" están en el domicilio denunciado y éstas refieren que los agentes "no van" a realizar los mencionados controles.

Al momento del parto, sólo se permite la internación de la parturienta con la presentación del carnet perinatal con tres controles como mínimo, realizados en el mismo centro hospitalario o bien en el puesto dependiente del nosocomio. Si falta este requisito, o si según la complejidad del embarazo se prevé un parto riesgoso, se la ingresa para luego ser derivada al Hospital Pablo Soria (cabecera de la provincia) con una orden escrita sin la cual el hospital de cabecera no permite el ingreso del paciente. Esta es la situación en la que ingresa la gran mayoría de mujeres migrantes bolivianas cuando carecen de DNI.

Finalmente, cabe destacar que desde la entrada en vigor de la Ley de Migraciones las organizaciones sociales que trabajan en la región han denunciado la negación del derecho a la salud de mujeres migrantes embarazadas en razón de su situación migratoria. Por ello, la Pastoral Migratoria remitió en 2007 una denuncia al Ministerio del Interior de la Nación debido a la falta de atención sanitaria en el Hospital de La Quiaca a las mujeres bolivianas en tales condiciones, así como otras irregularidades (cobro de dinero o exigencia de donación de sangre como requisito para brindarles atención). También se pusieron en conocimiento casos de mujeres que fueron remitidas sin atención de su parto a la ciudad de Villazón (Bolivia).²¹

4.2 Derecho a la Identidad, a un nombre y a una nacionalidad

A partir de esta investigación, puede afirmarse que en la provincia de Jujuy el derecho a la identidad y otros derechos vinculados con la inscripción del nacimiento y la obtención de un documento de identidad se encuentran seriamente restringidos: la obtención del DNI suele verse obstaculizada tanto para los niños migrantes como para los niños argentinos hijos de migrantes. En cada etapa del trámite de obtención del DNI existe una dificultad diferente.

La inscripción del nacimiento es uno de los problemas detectados con mayor frecuencia en caso que los padres sean migrantes, tanto cuando el parto se produce en el domicilio como cuando tiene lugar en el centro de salud.

En casos en los que intervino el equipo de la Pastoral Migratoria de La Quiaca, se pudo corroborar que algunas mujeres trabajadoras migrantes que tuvieron parto domiciliario no iniciaban los trámites para inscribir a sus hijos/as en el Registro Civil de la Provincia; de hecho, sostuvieron que su identidad está relacionada con el reconocimiento que realiza la comunidad a la que pertenecen. Con frecuencia este reconocimiento puede resultar suficiente para la madre y por ello no se efectúa el

²¹ Carta de la Pastoral Migratoria de La Prelatura de Humahuaca al Ministro del Interior, Aníbal Fernández. La Quiaca, 9 de febrero de 2007.

trámite correspondiente en el registro.²²

Para los casos de partos domiciliarios, la inscripción en el Registro Civil por vía judicial lleva implícita la necesidad de que los padres del recién nacido cuenten con los medios probatorios requeridos para acreditar el embarazo y que el nacimiento ocurrió efectivamente en el país. Para ello, es necesario un informe realizado por el equipo de asistentes sociales de algún hospital público, la producción de testimonios de, por lo menos, dos personas, certificados de vacunas y cualquier otro medio de prueba idóneo. A ello se suma el hecho de que el trámite sea judicial: la judicialización de la causa para la inscripción en el Registro Civil es un impedimento difícil de sortear si se tienen en cuenta las resoluciones administrativas que deniegan la inscripción del Registro Civil²³, aunque las disposiciones nacionales establecen que la inscripción debe ser administrativa, ante el Registro y sin judicializar, hasta los 12 años de edad.

Para los casos en que la madre demuestre su situación de pobreza, la acción podrá estar a cargo de los defensores de menores e incapaces quienes, a su vez, tienen su domicilio en la Ciudad de San Salvador de Jujuy, lugar donde se encuentra ubicado el centro judicial que tiene jurisdicción sobre la región de La Quebrada y La Puna: entre San Salvador y la Quiaca hay 320 km; con estas distancias, el traslado de la madre y los testigos puede ser de imposible cumplimiento, postergándose en forma indefinida la inscripción del niño.²⁴

Cuando el parto se realiza en el hospital, a la madre se le otorga el certificado de nacido vivo y la certificación de vacunas; si presenta su DNI, la cédula de identificación o la constancia de una residencia precaria con la planilla prontuarial. Cualquier error material en la consignación de los datos, tanto del bebé como de los padres, es muy difícil de rectificar con posterioridad cuando se trata de mujeres migrantes; errores de estas características son trabas directas para la obtención del DNI del recién nacido.

Por su parte, a las madres que no poseen ninguna documentación no se les entrega el certificado de "nacido vivo" y son derivadas con informes del agente sanitario a las defensorías de "menores" porque, a su vez, la defensoría de pobres y ausentes consideran la posesión de DNI como un requisito excluyente para la representación. Las mujeres bolivianas, en un porcentaje importante, no continúan con el trámite y, como consecuencia de ello, sus niños y niñas quedan indocumentados.

De esta manera, el DNI se convierte en el requisito de acceso a la satisfacción de los derechos tanto de los niños como de los padres, e incluso del acceso a instancias que les permitan garantizar o proteger estos derechos. Si bien existen medios para obviar la presentación del DNI, en la práctica el ingreso al sistema o la exclusión quedará a criterio de los dependientes de las diferentes instituciones administrativas o judiciales. Por ello, la aplicación parcial de la normativa de los derechos del

²² Pastoral Migratoria de La Quiaca. Fuente: intervención en casos concretos.

²³ ANDHES-UCSE, entrevistas a operadores de la justicia y hospitales de la Ciudad de San Salvador de Jujuy y La Quiaca.

²⁴ Una investigación realizada, hace algunos años por la Pastoral Migratoria de La Quiaca detectó más de 250 niños sin DNI en los departamentos de Yavi y Santa Catalina. Pastoral migratoria de La Quiaca, COPENOA- Colectivo Periodístico del NOA, *Niños Invisibles de la Puna*, 2007 <<http://www.copenoa.com.ar/NINOS-INVISIBLES-DE-LA-PUNA.html>> [Consultado en 3 mayo 2012]

niño y su poca difusión generan que situaciones cuya resolución es de competencia exclusiva de los adultos repercutan en detrimento directo de los niños, sin que ello motive la inmediata intervención de los organismos estatales diseñados para garantizar la protección integral y el superior interés de los niños.²⁵

En el caso de padres migrantes con hijos nacidos en Argentina, se identifican muchas barreras al tramitar la inscripción de nacimiento o la solicitud de documentación ante el Registro Civil:

a. Para inscribir al niño nacido en hospitales públicos o clínicas privadas, el registro civil, además del "certificado de nacido vivo", exigirá la presentación de los documentos de ambos padres. Si el padre o la madre son argentinos, las autoridades realizan la inscripción del nacimiento pero no registran en la partida los datos del padre o madre migrante; en este caso las personas migrantes deben tener pasaporte para que sus datos se ingresen en el certificado de nacimiento.

b. Según los datos recolectados por el equipo de la Pastoral, aproximadamente cuatro de cada diez niños nacen en sus domicilios;²⁶ de esta proporción, se estima que un número mínimo accede al DNI. En la mayoría de los casos trabajados desde la Pastoral Migratoria, la tarea de reunir los requisitos exigidos por el Registro Civil suele producir, prácticamente de por sí, el vencimiento del plazo legal de inscripción de 40 días. Vencido este plazo, la vía para la inscripción es la judicial, lo que apareja demoras prolongadas e importantes gastos que en ciertas ocasiones son muy difíciles de solventar por la familia. Por supuesto, en la provincia de Jujuy se advierte la falta de aplicación del decreto N° 90 del Poder Ejecutivo Nacional y disposiciones posteriores concordantes, referido a las inscripciones administrativas hasta los doce años de edad,²⁷ hecho que claramente vulnera los derechos fundamentales de niños y niñas.²⁸

c. Por último, se ha constatado que se impide al padre el derecho de reconocer a su hijo/a si no posee pasaporte de Bolivia, ya que el criterio del funcionario de registro indica que la madre siempre es cierta y sus datos figuran en el certificado de nacido vivo, pero el padre del niño no, lo cual complejiza su demostración de identidad, quedando muchos niños sin que su apellido contenga el de su padre.²⁹

Frente a esta situación, a mediados de 2010 la Pastoral Migratoria denunció el incumplimiento – en casos de hijos de migrantes –, por parte del Registro Civil provincial, del decreto del Poder Ejecutivo Nacional 90/2009 que garantiza la inscripción administrativa del nacimiento de niños/as menores de doce años de edad.³⁰

²⁵ ANDHES-UCSE, entrevistas a operadores de la salud en salas y hospitales, operadores de la Justicia, defensores de "menores" y jueces de la Ciudad de San Salvador de Jujuy.

²⁶ Pastoral Migratoria de La Quiaca. Fuente: intervención en casos concretos y entrevistas a operadores del sistema de salud, sistema judicial y registro civil.

²⁷ El Decreto 90/2009, así como los sucesivos decretos que han sido dictados en los siguientes años (2010 a 2013) por medio de los cuales se implementa la inscripción tardía de nacimientos, han sido analizados en la primera parte de este informe.

²⁸ La normativa nacional sobre el tema fue ampliamente desarrollada en la primera parte de este Informe.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ C.-C. P. del N. Pliego, Manolo, «Niños privados del acceso a su Documento Nacional de Identidad por el Director del Registro Civil», La Hora de Jujuy, Jujuy, 01-sep-2010.

4.3 Derecho a la educación

El derecho a la educación primaria y secundaria para todos los habitantes de la Provincia de Jujuy se encuentra ampliamente contemplado y garantizado según el marco legal vigente.

No obstante, el ingreso al sistema educativo para un niño o niña migrante sin documentos puede encontrar obstáculos que podríamos llamar "subjetivos", generados en muchos casos por los directivos de las diferentes escuelas, tanto primarias como secundarias. Algunos directivos no autorizan la inscripción de los niños/as migrantes que no poseen DNI, fundando su decisión en circulares obsoletas que aplican indefectiblemente desde hace más de 20 años. De acuerdo con la información obtenida en las entrevistas realizadas a personas migrantes bolivianas, se observa que las escuelas priorizan la inscripción de niños argentinos.

Cada año, al inicio del periodo de inscripciones y a pedido de personas migrantes, la Pastoral Migratoria de La Quiaca redacta y envía notas dirigidas a los directores de escuela con el fin de exigir la inscripción de los niños y niñas sin que se considere la situación migratoria, tal como lo establece la Ley de Migraciones; estas notas citan la normativa vigente y aplicable al caso concreto. Una particularidad que se repite en la mayoría de los casos es que funcionarios y empleados de los establecimientos educativos desconocen la validez legal de los documentos públicos emitidos por organismos del Estado, tales como la constancia de residencia precaria que otorga la Dirección Nacional de Migraciones o la constancia del Registro Civil. Esta práctica repercute en perjuicio directo de los niños, ya que además les impide acceder a becas o participar en diferentes actividades curriculares.³¹

La documentación, que forma parte del legajo del estudiante, se integra con fotocopia de la partida o certificado de nacimiento y copia del DNI. Una vez finalizado el ciclo, la documentación es enviada al Ministerio de Educación de la Provincia para la emisión del título de finalización de los estudios primarios.

Los migrantes que poseen documentos de su país de origen son inscriptos con esa documentación y su legajo queda completo una vez que se certifica la identidad del niño/a. Cuando el niño no tiene DNI los docentes realizan un seguimiento a través de un asistente social o gabinete psicopedagógico que se desempeña en la institución. Este agente es el que se encarga de informar a los padres o tutores y solicitar que insten el trámite de regularidad de documentos.

En caso de que el niño no cuente con ninguna documentación que acredite su identidad y edad, el legajo se completará con los datos que proporcionen los padres o su tutor. Al finalizar séptimo grado, la institución envía el legajo con los datos disponibles, con o sin partida de nacimiento, certificado de nacimiento o DNI. Si al finalizar el nivel primario no se regularizó la situación migratoria o no se obtuvo el DNI, el Departamento de Certificación de Títulos del Ministerio de Educación no emite el Título de Finalización del Nivel Primario. Puede emitir una "constancia de finalización" para que el estudiante se inscriba en el Nivel Secundario, pero transcurrido medio año escolar el estudiante deberá presentar el título original, sin el cual quedará fuera de la institución, contrariando, nuevamente, la Ley de Migraciones.

³¹ Pastoral Migratoria de La Quiaca, intervención en casos concretos y entrevistas con responsables de las escuelas de esa ciudad.

Una última consideración está relacionada con una iniciativa llevada adelante en pos del derecho a la recreación: la Fundación del Sector Tabacalero (FUDESTA), en trabajo conjunto con la Provincia de Jujuy, ejecutó el Programa Porvenir³² destinado a la contención de niños/as, hijos/as de trabajadores rurales, con el fin de colaborar en la erradicación del trabajo infantil. Para lograr este objetivo se implementaron colonias de vacaciones que aseguran a estos niños ámbitos de recreación y la posibilidad de tres comidas diarias. Pero hasta donde llega el conocimiento de esta investigación, estos espacios fueron aprovechados en su gran mayoría por niños argentinos hijos de trabajadores argentinos. La condición migratoria irregular de muchos trabajadores y trabajadoras muchas veces impide que sus hijos participen y se relacionen en el marco de estas iniciativas por el temor siempre presente a la expulsión.³³ Otro factor a tener en cuenta es la barrera del idioma, ya que los niños mayores de siete años dominan el quechua y el castellano, pero en general los menores de esa edad sólo hablan quechua, por lo que resulta difícil dejarlos al cuidado de personas que no comprendan su idioma.³⁴

³² Programa Porvenir, tendiente a alejar de las tareas del campo a los niños de las zonas tabacaleras, mediante talleres recreativos los tendrán continuidad durante el año con apoyo escolar.

³³ Para el funcionamiento del mismo, colaboran las Cámaras y Cooperativas de Tabaco de Salta y Jujuy, y empresas del sector. A nivel nacional, cuenta con el apoyo del gobierno provincial y nacional mediante Conaeti, Ministerio de Educación, y de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Unión Argentina de Trabajadores Rurales y Estibadores (Uatre). Por el programa pasan cada año 1400 chicos, en forma directa y este verano hubo tres centros ubicados en las localidades de Monterrico, El Carmen y los Manantiales donde se destacaron los talleres intensivos para padres que trabajan, apoyo escolar y actividades recreativas como olimpiadas y encuentros.

³⁴ ANDHES-UCSE, entrevistas a productores tabacaleros, miembros de la comisión directiva de la Cooperativa del Tabaco de Jujuy, encargados de fincas y operadores de educación.

IV. PROVINCIA DE MISIONES¹

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este capítulo es presentar un diagnóstico sobre la problemática de los derechos humanos de niños y niñas migrantes, a la luz de la Ley 25.871 de Migraciones, en la ciudad fronteriza de Posadas, capital de la provincia de Misiones. También, presentar un panorama sobre la situación particular de los niños y niñas migrantes que viven en la zona denominada de la "Triple Frontera" que conforman las ciudades de Puerto Iguazú (Argentina), Foz do Iguazú (Brasil) y Ciudad del Este (Paraguay).

Misiones se identifica como "provincia fronteriza" porque sus límites lindan casi en un 96 por ciento con las Repúblicas de Paraguay y Brasil, referencia que da cuenta de una circulación permanente de habitantes entre los tres países. Se trata de una *región fronteriza*, de un espacio internacional de interacciones y relacionales múltiples e intensas. La permeabilidad de los límites se encuadra en un proceso histórico que se basa en la *transnacionalidad*, la difusión, el entrecruzamiento de relaciones y rasgos culturales de cuya conjunción surgen rasgos peculiares e identitarios de los pobladores y las poblaciones representativas de la región.

La provincia de Misiones, cuya población total es de 1.101.593 personas de acuerdo con datos del Censo 2010,² se distingue por una composición poblacional pluriétnica actualmente asociada al asentamiento y tránsito de trabajadores estacionales y/o asentamiento de migrantes, principalmente paraguayos y brasileños. Es importante destacar que gran parte de los habitantes fronterizos de la región no se encuentran incluidos en los censos debido a la movilidad permanente determinada por diversas situaciones laborales, políticas y de parentesco.³

El Programa de Normalización Documentaria Migratoria "Patria Grande" y la Ley de Migraciones han representado un reconocimiento importante de la población que circula y se moviliza por la provincia de Misiones en condiciones de vulnerabilidad, así como un signo político de integración al ser Argentina el primer país del MERCOSUR que puso en práctica el Acuerdo de Residencia, firmado por los miembros de este bloque en el año 2002.⁴ Especialmente, se evidencia la intención de salvar la situación de precariedad en la que se encontraban los miles de migrantes paraguayos y bolivianos, entre otros, cuyo principal motivo de migración era el insertarse laboralmente en mejores condiciones que las ofrecidas en sus lugares de origen. De todas maneras, es necesario advertir que la circulación

¹ Este capítulo fue realizado por un equipo de investigación de la Universidad Nacional de Misiones, coordinado por Elena María Krautstofi, y con la participación de César Iván Bondar (co autor), y Romina Elizabeth Hillebrand e Ivanna Kúspita (co-laboradoras). La información relativa a Iguazú y la Triple Frontera fue producida por Cecilia Zsogon.

² Esta cifra corresponde a los datos publicados por el INDEC, en relación al Censo Nacional de Población, Hogares y Vivienda 2010. Cuadro P1-P. Provincia de Misiones. Población total y variación intercensal absoluta y relativa por departamento. Años 2001-2010. Disponible en www.indec.gov.ar

³ En términos generales, la emigración de Paraguay debió sus causas más importantes a la escasez de fuentes de trabajo y también al exilio por razones políticas durante la dictadura de Alfredo Stroessner. En las zonas rurales de la provincia, las actividades desempeñadas -estacionales en la mayoría de los casos- se focalizaban en el proceso de producción de yerba mate o en la deforestación, mientras que en las zonas urbanas los hombres son ocupados en la construcción y las mujeres en el servicio doméstico y comercial. Cabe acotar que la mayoría de los casos se encuadra en el sector informal de trabajo expuesto a relaciones laborales precarias.

⁴ Este acuerdo entró en vigencia recién en julio de 2009, cuando Paraguay hizo su ratificación.

de *trabajadores transfronterizos* en condiciones precarias no ha cesado.

Al reconocer la cantidad de población transfronteriza no registrada en los censos⁵ por los motivos ya señalados, es posible reconstruir un *territorio* en el que se produce la hegemonía de un tipo de relaciones identitarias indisociable de una condición de "exterioridad", resumida en expresiones como "mi casa allá, mi trabajo acá", u otros decires propios del estado en el que se vivencia el transmigrar como "mi casa y mi trabajo allá y acá". Relaciones y prácticas que se distinguen por usos y costumbres indicativos de un estilo de vida que trascienden los límites político-jurídicos en el espacio delimitado entre las ciudades de Posadas y Encarnación.⁶ Este espacio no siempre resulta claramente definido dentro o fuera de sí mismo, porque no obstante necesitar traspasar los puestos de las fuerzas de seguridad de frontera, las prácticas cotidianas individuales y colectivas de trabajadores transfronterizos delimitan *un lugar* en su transitar e imponen un sentido de pertenencia e identidad que trasciende el límite geográfico.

2. NIÑOS Y NIÑAS MIGRANTES EN LA CIUDAD FRONTERIZA DE POSADAS

2.1 Trabajo, circulación y control en región de frontera

Los datos registrados a continuación se obtuvieron en diferentes instituciones públicas, y mercados establecidos y ambulantes;⁷ se realizaron entrevistas para establecer el grado de conocimiento de la Ley de Migraciones vigente y los derechos que amparan a los hijos e hijas de migrantes (especialmente, a la salud y a la educación).⁸ Se pudo observar, a partir de este trabajo, un desconocimiento notorio de la ley 25.871 y de los programas de regularización migratoria implementados a partir de la sanción de la ley tanto en las instituciones públicas del Estado como en el sector de trabajadores transfronterizos, así como de los ciudadanos en general. En las entrevistas fueron recurrentes, a su vez, los discursos xenófobos por parte de algunos funcionarios públicos y efectores de la salud, dejando entrever el enojo y la preocupación que genera la presencia de población migrante en la zona, la cual supuestamente "se instala en la Argentina afectando las posibilidades laborales de los nacionales".

El conocimiento de las leyes que rigen y rigen en la actualidad la cuestión migratoria se concentra en particular en la Delegación Posadas de la Dirección Nacional de Migraciones (DNM) y en ciertas depen-

⁵ Datos del INDEC, EPH de 2003 y ECMI, 2002, registran que la población residente en Posadas, entre migrantes y nacidos en esta ciudad, asciende a 160.000 mujeres y varones de 0 a 65 años y más.

⁶ Ya en el año 1883, Rafael Hernández comentaba en sus Cartas Misioneras "De Villa encarnación pasan diariamente a este lado más de cuarenta mujeres, con cargueros de mandioca, naranjas, miel...", fueron las abastecedoras en la ciudad de Posadas. Ciudad en la que mientras no hubo cura, los bautismos casamientos y defunciones eran registrados en la diócesis encarnacena...". La observación de la autora remite a la dependencia entre ambas ciudades, la que aun, habiéndose mejorado y complejizado sustancialmente las condiciones de vida y de abastecimiento, continua en vigencia acompañando los cambios socio-estructurales y demográficos. (Schiavoni, Lidia, *Pesadas cargas, frágiles pasos: las comerciantes fronterizas de Posadas-Encarnación*, 4/1993 ed. Asunción: Arte, Universidad Nacional de Misiones).

⁷ Estas instituciones fueron: Delegación Nacional de Migraciones Jurisdicción Posadas; Ministerio de Derechos Humanos de la Provincia de Misiones; Instituto Nacional Contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo; Subsecretaría de Relaciones con la Comunidad, dependiente del Ministerio de Gobierno; Parque de la Salud Dr. Ramón Madariaga; Centro de Atención Primaria de la Salud; Ministerio de Desarrollo Social, la Mujer y la Juventud; Subsecretaría de Educación; Municipalidad de Posadas, y escuelas de la ciudad de Posadas (Escuela N° 729 Integración Latinoamericana, Escuela N° 53 Bartolomé Mitre, Escuela N° 4 Fraternidad, Escuela N° 3 Domingo Faustino Sarmiento, Bachillerato Polivalente N° 9). Mercados "La placita" y "La placita del puente".

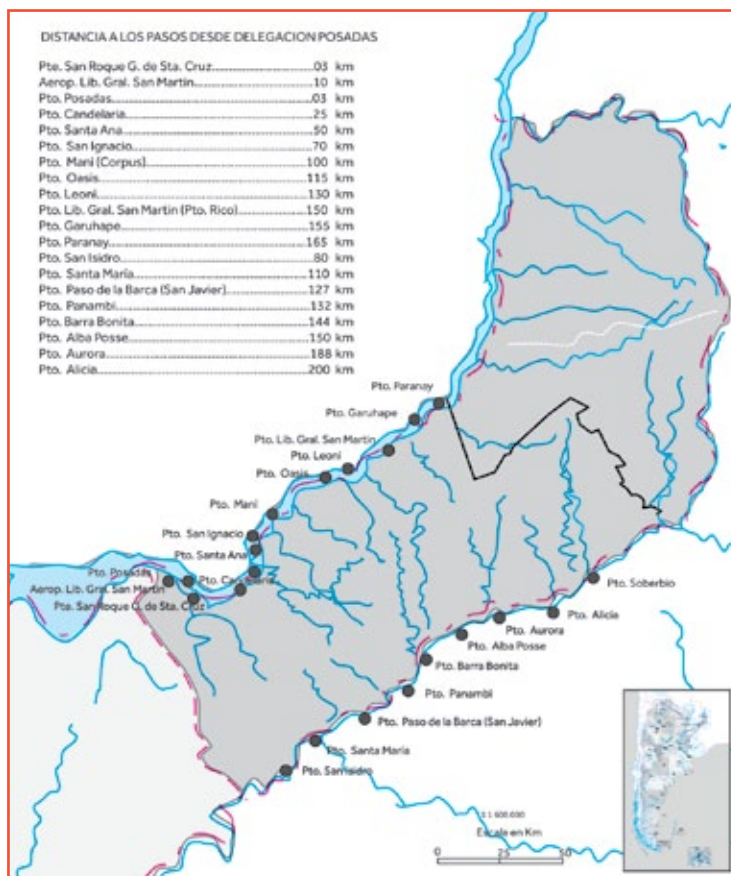
⁸ Funcionarios y otros agentes de las Instituciones mencionadas, encargados de departamentos de las mismas, Delegado del Sindicato de Vendedores Ambulantes, Delegada de la Placita el Puente, directores de escuelas, maestras y madres. Migrantes con radicación temporaria y definitiva, trabajadores transfronterizos: vendedores ambulantes, obreros de la construcción, mujeres ocupadas en el servicio doméstico.

dencias que deben hacer uso de la ley en el marco de sus atribuciones. En este punto, conviene detenerse en el conjunto de gestiones emprendidas por los organismos del Estado que tienen a su cargo la misión de control y capacitación sobre derechos humanos vinculado a las categorías de migrantes y sus hijos/as menores de 18 años. La Delegación Posadas de la DNM cuenta con una planta de 160 trabajadores de los cuales la mayoría se ubica en los "pasos de frontera", mientras que en la oficina central trabajan 32 empleados. Las responsabilidades de la Delegación se distribuyen entre los siguientes sectores: admisión de extranjeros, control de permanencia, sistemas y control migratorio. En estos sectores se realizan los trámites de solicitud de residencia MERCOSUR y EXTRAMERCOSUR, y se gestionan las prórrogas de permanencias en calidad de turistas, residentes temporarios y radicaciones.

Con el fin de regularizar la situación en el país de migrantes en situación irregular, la Delegación Posadas de la DNM, junto con Gendarmería Nacional, Prefectura Naval y las representaciones consulares, realizan operativos de información, control y radicación.

En el siguiente mapa se puede observar los "pasos de frontera" correspondientes a la jurisdicción Posadas de la DNM: se trata de 22 pasos ubicados en las márgenes de los ríos Paraná y Uruguay, donde actúan Gendarmería, Prefectura y la Policía de la Provincia de Misiones. Se observa que por el río Paraná esta jurisdicción tiene alcance desde Posadas hasta el Puerto de Paraná; y por el río Uruguay, desde el Puerto San Isidro hasta el Soberbio. El resto de la provincia pertenece a la Jurisdicción de Iguazú.

MAPA: PASOS DE FRONTERA CORRESPONDIENTES A LA DNM DE LA JURISDICCIÓN DE POSADAS EN LA PROVINCIA DE MISIONES



Fuente: Delegación de Migraciones de Posadas, Misiones, 2011.

Existe una intensa circulación en los diferentes pasos de fronteras señalados en el mapa. De acuerdo con los comentarios de la Jefa de la DNM de la Jurisdicción de Posadas, entre ambas jurisdicciones de la provincia se sobrepasa fácilmente el millón de personas que circula por todo el territorio de Misiones; este número da la pauta de que se sitúa en una *región de frontera*,⁹ cuyas dimensiones de transnacionalidad son percibidas como una asidua práctica de movilidad permanente, que a su vez se traduce en configuraciones de interacciones fluctuantes en cada uno de los pasos de una costa a otra, ya sea entre Paraguay o Brasil.

Los cursos de capacitación dirigidos a las distintas fuerzas de seguridad que participan en conjunto en los puestos de pasos de frontera se realizan con regularidad. Sin embargo, en la práctica no se concretan las transformaciones que estas iniciativas debieran impulsar. Es decir, se advierte que persisten prácticas discriminatorias, pero no por falta de capacitación.

Si bien se hace hincapié en la reestructuración¹⁰ del paso de frontera entre las ciudades de Posadas (Argentina) y Encarnación (Paraguay), el mismo presenta una gran complejidad debido al intenso tránsito y circulación que se produce en el Puente Roque González de Santa Cruz, que da lugar a permanentes anomalías y genera severos problemas para las personas en tránsito. El paisaje del paso fronterizo muestra las extensas filas de autos, colectivos y personas que se ven retrasadas durante horas al momento del cruce.

Entre los problemas más graves que se observan en el lugar de control, se podrían señalar aquellos que se vinculan directamente con los derechos de las personas en tránsito. En este sentido, el trato hacia las personas, cualquiera sea la nacionalidad, no es igualitario: las diferencias están marcadas fundamentalmente por pertenencias y ocupaciones sociales, como la de los *trabajadores transfronterizos* (pasera/os, obreros de la construcción, chipera/os, bagalleros, entre otros).¹¹ Además, se observa una notable arbitrariedad en el control de mercaderías, en algunos casos excesivamente restrictiva y tan laxa en otros que incluso concluye en soborno.¹²

2.2 Problemas específicos de Misiones: trabajo infantil y trata de personas. El control de la Delegación Posadas de la DNM y el Ministerio de Derechos Humanos de la Provincia

Entre las actividades de control que se realizan en la provincia de Misiones se pueden mencionar los operativos que la Delegación Posadas de la DNM realiza conjuntamente con Gendarmería

⁹ Sobre el concepto "región de frontera", cabe destacar el concepto desarrollado por Abinzano, quien afirma que "... la frontera, entendida no como una línea divisoria que separa y/o contacta subsistemas nacionales diferentes, ni como una membrana que selecciona flujos de diversa índole (personas, mercancías, mensajes, etcétera), sino como un espacio de considerables (y muy variables) dimensiones donde los efectos de las fronteras internacionales (límites) se hacen sentir en forma permanente siendo consustanciales con la vida social misma de esas regiones, con las identidades culturales, con las actividades, proyectos y expectativas de la mayoría de la población" (En *Estudios Regionales*, Año 9, Nro. 17, noviembre de 2000).

¹⁰ Para la agilización del tránsito en el Paso Internacional Puente San Roque González de Santa Cruz, en Posadas, se agregaron casillas de ingresos y egresos, un sector exclusivo de micros interurbanos, tres primeras máquinas, equipamiento de computadoras, incorporación de 33 nuevos Inspectores. Entre seis y nueve supervisores, incorporación de un nuevo agente de sistemas, tres a ocho tesoreros (información brindada por autoridades de la DNM).

¹¹ Denominación que remite al término del lunfardo "bagallo": fardo, bulto. En el paso fronterizo se tilda como bagalleros a los que pasan ropa, zapatillas, ojotas, cigarrillos, electrónicos, colchas, electrónicos, etc.

¹² Casos que se vinculan a personal de Aduana cuyo control se restringe a mercaderías, aunque según datos recabados con personal de Migraciones, han reconocido las faltas cometidas por personal de la Delegación en el control de la documentación, aplicando las sanciones prescriptas para estos casos.

Nacional, Prefectura Naval, el Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores (RENATRE) y representaciones consulares en secaderos de yerba mate y en las actividades dedicadas a la forestación. Se trata de controles de “trabajadores estacionales” que son contratados de manera “informal” para la actividad de la *arefa*¹³ de la yerba y otras actividades en la forestación, llevadas a cabo en el interior de la provincia por productores de mediana y pequeña escala. Un número importante de estos trabajadores proviene de Paraguay, y entre ellos hay varones menores de edad. En el marco de distintas entrevistas realizadas a diferentes funcionarios de la Delegación Posadas de la DNM, se han observado discursos muy preocupantes referidos a la migración paraguaya en la zona:

“Nosotros entre las actividades que realizamos en la jurisdicción que nos corresponde salimos a hacer controles de los trabajadores rurales porque justamente muchos de ellos son los denominados como golondrinas que vienen de Paraguay, no tienen permisos de residencia, por lo tanto no podrían trabajar en esas condiciones y menos si hay menores, aunque ellos ni se dan por enterados de la irregularidad...”¹⁴

En el marco de las distintas entrevistas realizadas en el Ministerio de Derechos Humanos de la Provincia de Misiones, se ha comentado:

“Una de las actividades importantes que llevamos a cabo sobre la problemática de los derechos de la niñez, es la del control en la zona rural donde se ubican a niños trabajando junto a su familia en la época de la *arefa*, la mayoría son argentinos entre algunos que vienen especialmente de Paraguay, aunque pueden ser también paraguayos por parte de madre o padre pero que hicieron su radicación para cobrar los planes sociales. Pero debemos tener en cuenta que acá siempre trabajaron los niños junto a los padres en la chacra y eso es difícil que cambie porque los pequeños productores no pueden pagar mano de obra...”¹⁵

De estos fragmentos se desprende que las relaciones y medios laborales descritos trascienden la “informalidad”, ya que se trata de condiciones de irregularidad tanto desde el ámbito de la documentación como del empleo de mano de obra que incluye a niños y niñas. Sin embargo, lo más significativo es que en los discursos de los funcionarios se reconoce con mayor énfasis los “usos y costumbres” de la zona antes que el contenido de la ley 26.390 de Prohibición del Trabajo Infantil y Protección del Trabajo Adolescente. Lejos de pretender resaltar el desconocimiento (aunque en algunos casos es notorio), se ha tratado de ubicar la persistente naturalización de varios hechos involucrados (el trabajo infantil, la situación de irregularidad) incluso desde las altas esferas, situación

¹³ Palabra de origen portugués, refiere a tarea, trabajo. Denominación regional de la cosecha manual de la yerba mate que permite seleccionar las hojas maduras y de pericia para no dañar la planta.

¹⁴ Entrevista a funcionaria de la Delegación de Dirección Nacional de Migraciones de Posadas, Misiones.

¹⁵ Entrevista al Ministro de Derechos Humanos de la Provincia de Misiones.

que genera dilaciones en la puesta en práctica de acciones tendientes a cambiar esta situación.

Al mismo tiempo, las autoridades migratorias informaron que en la terminal de ómnibus de Posadas se realizan controles de viajeros con el fin de detectar irregularidades en la documentación de identidad. Este tipo de registro tiene por objeto la verificación de la documentación regular de los nacionales, así como también el control de la documentación de los migrantes según las categorías de residentes permanentes, temporarios o transitorios.

Dichos operativos también cooperan en el hallazgo de casos de personas que son víctimas del delito de trata, en la mayoría de los casos menores de edad que se trasladan solas o en compañía de entregadoras o *paseras*, como se las denomina en la jerga local. Las niñas y adolescentes pueden ser de origen nacional u oriundas de Paraguay,¹⁶ casos que muestran variantes vinculadas especialmente a la indocumentación o a las documentaciones falsas.

Esta información coincide con informes de la Licenciada en Trabajo Social a cargo del Departamento de Trata de Personas del Ministerio de Derechos Humanos de la provincia, quien en una entrevista comentaba:

“Es complicada la situación de las chicas que vienen de Paraguay. En la mayoría de los casos no tienen documentos cuando su lugar de procedencia es algún pueblito del interior del Paraguay, en esos casos, por ejemplo, no se les puede detectar la edad, cuando se comienza a rastrear a la familia resulta que tampoco tienen documentos, es un problema grave en Paraguay [...] en otros casos vienen con documentos falsos, lo que nos da la pauta de que ya están en medio de una red donde intervienen otros implicados. En el año 2009 fue alto el porcentaje de chicas paraguayas que se detectaron”.¹⁷

En términos generales se podría mencionar que los operativos realizados en las terminales de ómnibus de diferentes localidades de la provincia dan resultados satisfactorios cuando intervienen las fuerzas de seguridad de la Policía y de Gendarmería, porque son numerosos los casos en que miembros de la red de traficantes de personas evaden los puestos de paso de fronteras. La estrategia es la del cruce del río Paraná en canoas, de una costa a la otra; ya en suelo argentino, las mujeres tienen la instrucción de caminar hasta la ruta donde deben tomar un ómnibus que las conducirá hasta “tal” terminal, donde las espera “tal” señora que las conducirá al último destino.

Según un informe de gestión de la Subsecretaría de Igualdad de Oportunidades del Ministerio de Derechos Humanos de la provincia (2008-2010),¹⁸ el 21 por ciento de las chicas rescatadas se corresponde con muchachas de origen paraguayo, mientras que el 79 por ciento son oriundas de

¹⁶ En estos casos se convoca a la psicóloga del Departamento de Trata del Ministerio de Derechos Humanos para la realización de la entrevista. Una vez registrados los casos se sigue la vía correspondiente a través del Consulado de Paraguay en Posadas, desde el cual se efectúa el reenvío de las niñas y adolescentes para la restitución en sus hogares.

¹⁷ Directora de Participación y Liderazgo a cargo del Departamento de Trata y Tráfico de Personal del Ministerio de Derechos Humanos de la Provincia de Misiones.

¹⁸ Subsecretaría de Igualdad de Oportunidades, *Camino a la dignidad. Informe 2008-2010* (Misiones: Ministerio de Derechos Humanos de la Provincia de Misiones, 2010).

la provincia de Misiones. En el mismo informe se detallan diferentes actividades de capacitación y sensibilización sobre la problemática de violencia y discriminación de género, y la ejecución de acciones tendientes al desarrollo del Programa Hambre Cero. Sobre los derechos de las personas migrantes en particular, las tareas desarrolladas han sido principalmente: (i) la articulación de políticas migratorias en la zona norte con sede en la localidad de Puerto Iguazú y en zona sur con sede en la ciudad de Posadas, para abordar la problemática de violación a los derechos humanos (sobre todo el derecho a la identidad) y también para evitar la explotación laboral en el campo del trabajo doméstico, la construcción y en el ámbito rural de manera conjunta con gremios, organizaciones sociales y organizaciones no gubernamentales; (ii) la realización de acciones de contención, albergue, gestiones para extranjeros; y, finalmente, (iii) la coordinación de una "didáctica en derechos humanos" para educadores de nivel medio de la zona de la capital, del cual participaron 120 docentes con el auspicio del Ministerio de Educación de la provincia de Misiones.

Los casos de víctimas menores de edad, involucrados en problemas que van desde violencia, trabajo infantil, víctimas de trata de personas y abuso sexual, entre otros, exigen desde las instituciones a cargo respuestas efectivas y resoluciones sin demoras.

2.3 Acceso a la educación de los niños y niñas migrantes y de hijos e hijas de migrantes

Según los datos estadísticos sobre la cantidad de alumnos extranjeros en la provincia de Misiones, en los 17 departamentos se observa un total de 1.327¹⁹ inscriptos extranjeros, la mayoría provenientes de los países limítrofes (207 brasileños/as y 950 de origen paraguayo).

Los casos de niños y niñas migrantes que asisten a establecimientos educativos de Posadas responden a que las escuelas se hallan próximas a la zona comercial donde se encuentra un número importante de trabajadores transfronterizos, o bien por el asentamiento de asilados de origen laosiano.²⁰

En el marco de esta investigación, se entrevistó a directivos y docentes de distintas escuelas y bachilleratos. Estos diálogos permitieron constatar que la mayoría de los directivos de las diferentes escuelas desconocen el contenido del artículo 7 de la Ley de Migraciones. Ante la pregunta referida a la presencia de alumnos/as migrantes, en muchos casos entendieron que nos referíamos a niños/as de "descendencia europea", acorde a la construcción del *imaginario europeo y pionero* en la provincia.

Cuando se les mostraba a las directoras un cuadernillo sobre la ley utilizado en capacitación, señalaban que nunca habían visto ni habían recibido capacitación alguna, aunque sostenían que llevaban a la práctica algunos de sus contenidos. La mayoría de ellas estaba al tanto de que, por ejemplo, "la traba con los hijos de inmigrantes no es el ingreso sino el egreso, porque no se les puede dar las certificaciones correspondientes si no cuentan con la radicación definitiva".

En la visita realizada a la escuela secundaria Bachillerato Polivalente N° 9, ubicada también en los

¹⁹ Datos del Ministerio de Educación sobre "Alumnos extranjeros por países, localidades y departamentos", del 30 de abril de 2010.

²⁰ Ciudadanos laosianos fueron aceptados en Argentina (decreto 2073/79) durante la última dictadura militar. A Posadas arribaron en marzo de 1980 con el status especial de refugiados de guerra, bajo el auspicio de ACNUR. En 1984 se asentaban 61 familias que sumaban 286 miembros, en la actualidad se registran aproximadamente 120 familias relocalizadas en diversos barrios por la Empresa Binacional Yacypretá.

alrededores de La Placita, uno los mercados modelo, su directora relató que muchos de los alumnos paraguayos son hijos de empleadas domésticas que trabajan en Posadas; éstas viajan todos los días desde Paraguay a sus trabajos y traen consigo a sus hijos para que asistan a la escuela. La entrevistada agregó: "...todos los alumnos paraguayos que concurrieron al establecimiento fueron excelentes alumnos en todas las áreas y tampoco tuvieron problemas en integrarse con sus compañeros [...] Ahora tenemos dos alumnos paraguayos, uno que está tramitando su residencia definitiva y el otro ya tiene su DNI argentino".

Otra de las zona elegidas para este análisis fue el Barrio Yacyretá, ubicado al oeste de la ciudad de Posadas, donde en las instituciones educativas ingresan niño/as migrantes en su mayoría de origen paraguayo y laosiano (estos últimos son en general hijos/as de laosianos/as refugiados/as de la guerra civil de su país). El derecho a la educación no les fue negado a los/las niños/niñas provenientes de Laos, pero una de las directoras recordó que en sus años como maestra en la actual escuela fueron los padres de los/las niños/as misioneros/as los que se opusieron a que sus hijos/as concurrieran a la escuela con niños/as laosianos/as.

Por su parte, la escuela N° 729 Integración Latinoamericana,²¹ también ubicada en el Barrio Yacyretá, actualmente cuenta con dos alumnos paraguayos. Al consultar en esta escuela sobre el ingreso de niños y niñas migrantes, señalaron que aceptaron incluso a alumnos que no contaban con el DNI argentino pero reconocieron que luego tuvieron inconvenientes con el egreso de estos chicos/as, ya que no pueden entregar el certificado de séptimo grado a los alumnos que no tienen el DNI porque "no lo pueden registrar en el sistema".²²

Al indagar sobre el marco legal, se consultó a las máximas instituciones públicas y estatales competentes en el tema: el Consejo Educativo de la Provincia y la Subsecretaría de Educación y, específicamente, a las áreas de supervisión del nivel primario (departamento Posadas) y secundario (escuelas técnicas de la provincia).

Las respuestas obtenidas fueron las siguientes: las normativas educativas en la provincia de Misiones se rigen con la Ley General de Educación de la Provincia, ley 4.026, en el marco de la Constitución Nacional y la Constitución Provincial, la Ley de Educación Nacional 26.206 y la Ley de Educación Superior 24.521. En particular, la ley provincial 4.026 cuenta con disposiciones específicas en lo que respecta al "Área de Frontera" en el artículo 5 del capítulo II y en el artículo 6 del capítulo III sobre "Política Educativa para la Integración Supranacional".²³ Estos capítulos se refieren a la necesidad de contemplar en los contenidos la biodiversidad de la provincia y el respeto hacia las singularidades que ella implica, a saber: "...d) incluir contenidos curriculares que intensifiquen el conocimiento del patrimonio cultural argentino y estimulen la adhesión de los valores que lo sustentan; e) preparando

²¹ Escuela acogida al proyecto de incorporar la lengua guaraní como materia curricular; ya cuentan con idioma portugués y para llevar adelante el proyecto de escuelas del MERCOSUR "deben" incorporar la lengua guaraní, según manifestó su directora.

²² En la Primera Parte de este Informe se refiere el panorama del acceso a certificados y títulos. En la Segunda Parte se reseña el trabajo de las Mesas Interinstitucionales al respecto.

²³ 'Normativa Educativa completa de la Pcia. de Misiones' <<http://www.mcye.misiones.gov.ar/normativa.html>> [Consultado en 3 febrero 2012]

los recursos humanos con formación pluricultural y plurilingüística para un eficiente desempeño en el área;"²⁴ con la participación de organizaciones gubernamentales y no gubernamentales con acciones culturales y educativas que fomenten la integración.²⁵

La provincia de Misiones no cuenta con normativas específicas para niños/as migrantes o hijos/as de migrantes a nivel provincial, sino que se rige por el Protocolo del MERCOSUR, específicamente, por el Mecanismo para la implementación del Protocolo de Integración Educativa y Reconocimiento de Certificados, Títulos y Estudios de Nivel Primario y Medio no Técnico,²⁶ en el que los gobiernos de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay establecieron las pautas para el reconocimiento de equivalencias de lo que respecta al sistema educativo de cada uno, en virtud de los principios y objetivos enunciados en el Tratado de Asunción suscripto el 26/03/1991 (Tratado del Mercosur).

En el Protocolo se establece que para iniciar los trámites del reconocimiento de equivalencias se requiere: a) Documento de acreditación de identidad o Documento Nacional de Identidad o Cédula de Identidad o Pasaporte (con vigencia actualizada) o, excepcionalmente, Certificado de Nacimiento para los menores de edad. Asimismo, el inciso b) del mismo Protocolo dispone que en este marco se adoptarán "criterios flexibles acerca de la documentación de identidad necesaria a los efectos de la continuación de los estudios de educación básica, aceptando la documentación de identidad del país de origen, hasta tanto concluya los trámites relativos a la documentación migratoria".²⁷ Se observa, aquí, un claro obstáculo para los argentinos o extranjeros que no cuentan con el DNI argentino o una identificación en regla de su país de origen.

En las oficinas de la administración visitadas en el marco de esta investigación, la mayoría de los trabajadores entrevistados desconocen la Ley de Migraciones. Algunos encontraron la disposición del artículo 7 como "obvia" e innecesaria, ya que las instituciones educativas nunca han negado la admisión de alumnos sin DNI a los diferentes ciclos lectivos. "En la Constitución Nacional dice que 'todos los habitantes del pueblo argentino tienen derecho a estudiar', entonces cómo nosotros vamos a actuar en forma contraria de lo que establece la ley máxima del país, todos los argentinos y no argentinos que vivan acá tienen el derecho a estudiar...", expresó uno de los supervisores de escuelas técnicas de la provincia.

Es preciso destacar que los directivos de las escuelas visitadas muestran su política y predisposición de no limitar el ingreso a todos aquellas/os niñas/os que no cuenten con el DNI argentino, con la condición de que regularicen su situación durante el año. Sin embargo, no hay que olvidar que el artículo 7 de la Ley de Migraciones garantiza el acceso a la educación a todas las personas extranjeras y en ningún caso se puede condicionar el ingreso a la escuela mediante la obtención del trámite de radicación en ese año.

²⁴ Incisos d y e del Capítulo II, artículo 5 de la ley 4.026.

²⁵ Ver Inciso c del Capítulo III, artículo 6 de la ley 4.026.

²⁶ MERCOSUR/CMC/DEC.N°06/06- Córdoba, 20/07/2006.

²⁷ El Protocolo contiene como Anexo la Tabla de Equivalencias para el Reconocimiento de Certificados, Títulos y Estudios de nivel primario básico fundamental y el medio secundario no técnico.

2.4 El derecho a la salud de niños y niñas migrantes y de hijos e hijas de migrantes: normas y prácticas en el sistema de salud de Posadas

En general, la Ley de Migraciones 25.871 es desconocida por los agentes del Sistema de Salud Pública de la Ciudad de Posadas, aunque la presencia de extranjeros (cualquiera sea su situación migratoria) es parte de la cotidianeidad de la ciudad y la provincia. En el marco de esta investigación se entrevistó a pacientes, profesionales, funcionarios y diversos especialistas del Parque de la Salud,²⁸ institución que centraliza la oferta de atención pública a la salud más compleja y completa de la provincia, en general, y de la ciudad de Posadas en particular.²⁹

Según las personas entrevistadas, los hospitales que reciben más flujo de "población extranjera"³⁰ son el Hospital Escuela de Agudos Dr. Ramón Madariaga, el Hospital de Pediatría Dr. Fernando Barreyro y el Hospital Materno Neonatal. Teniendo en cuenta las demandas de atención, se ha instrumentado una clasificación de la población extranjera que permite no solamente un ordenamiento en la atención, sino además la aplicación de los co-seguros requeridos. Esto se debe a que continúa vigente el decreto provincial 488/2000 que establece en su artículo 1° la implementación de un "Sistema Solidario de Salud para todos los servicios brindados en los establecimientos Asistenciales pertenecientes al Ministerio de Salud Pública...", aclarando en el artículo 2 que:

"...Las Obras Sociales, entidades de medicina prepaga, compañías de seguros, empleadores en general, **extranjeros sin residencia legal en el país** y terceros obligados, abonarán la totalidad de los gastos que demande la prestación. Tales gastos incluyen los honorarios profesionales, gastos sanatoriales y la provisión de insumos médicos, farmacológicos, servicio de enfermería, prácticas específicas y cualquier otro gasto que ocasione la prestación..." .

Se advierte que esta norma es discriminatoria en tanto establece una diferenciación basada en la situación migratoria de la persona, en clara contradicción con el artículo 8 de la Ley de Migraciones y el principio de igualdad dispuesto en el artículo 6 de la misma norma.

No obstante, cabe señalar que la intervención en los casos de personas que residen en ciudades limítrofes, que demandan atención y no poseen los recursos para abonar los co-seguros, ha sido tratada de otro modo, dando lugar, el 20 de abril de 2010, a la firma de un Convenio Marco de Colaboración y Cooperación entre la Gobernación del Departamento de Itapúa (Paraguay) y la provincia de Misiones (Argentina). Este convenio establece el procedimiento para la aceptación de pacientes

²⁸ El Parque de la Salud se ubica entre las Av. López Torres, Av. Domingo Cabred, Av. Mariano Moreno y Av. Marconi.

²⁹ En el año 2010 se sancionó la ley provincial que crea el Parque de la Salud, el cual se encuentra constituido por el Hospital Escuela de Agudos Dr. Ramón Madariaga, el Hospital de Pediatría Dr. Fernando Barreyro, el Hospital Materno Neonatal, el Hospital de Odontología, el Banco de Sangre, Tejidos y Biológicos, el Centro de Terapia Radiante, la Unidad Central de Traslados y Emergencias, la farmacia, el Laboratorio Central, la guardería, una cocina central, Central de Esterilizaciones, Hogar de Tránsito, capilla y la Unidad Académica de Docencia e Investigación.

³⁰ Cuando las personas entrevistadas se refieren a "población extranjera", incluyen bajo esta categoría a personas provenientes de la República del Paraguay y a aquellas que viven en la Argentina pero que no han regularizado su situación migratoria.

en los Hospitales de Nivel III de la Ciudad de Posadas.³¹ Los beneficiarios de este acuerdo son los pacientes de nacionalidad paraguaya pertenecientes al sistema público asistidos en las entidades de salud pública del VII Departamento Itapúa, Paraguay.

Para ser derivadas, las personas internadas en hospitales o centros de salud del Departamento de Itapúa deberán contar con una orden de derivación firmada por la Subsecretaría de Salud de dicho departamento. Si bien el convenio incluye a los 30 distritos del Departamento de Itapúa, el flujo más numeroso proviene del distrito Encarnación, capital del departamento y ciudad limítrofe con la ciudad de Posadas. Los procedimientos para la aceptación de los pacientes que establece el Convenio Marco resultan extremadamente complejos y dificultarían la atención de pacientes que requieren intervenciones de urgencia. Sobre esta temática un informante señalaba:

"...eso es más del deseo, del como debería ser, casi no hay casos, es muy complicado, por eso cuando hay una urgencia los paraguayos se mandan así nomás y acá le terminan cobrando todo...sea quien sea, viejo, mujer, niño, hombre, parturienta...y lo mismo pasa con los que están acá de paso, imaginate lo que es conseguir una derivación del Hospital de Encarnación y tramitar que te reciban acá..." (Enfermero, Parque de la Salud).

Las opiniones sobre la implementación de estas modalidades de atención a extranjeros son variadas. Las entrevistas realizadas entre el plantel de administrativos (principalmente entre aquellos que designan los turnos) dan cuenta de un marcado descontento con la atención a personas que no tienen nacionalidad argentina:

"...pasa que esto es una ¡mina de paraguayos! [gesticula, exclama y baja el tono de la voz], vienen y nos sacan los lugares a los argentinos, mira si allá te van a atender, te cobran todo..." (Personal de atención al público, Parque de la Salud)

"...sí, caminá un poco y vas a ver la cantidad de patentes paraguayas que hay en el estacionamiento, vienen como si fuera su casa..." (Personal de atención al público, Parque de la Salud)

"... el problema no es tanto el médico que a veces ni sabe si el paciente es paraguayo, el tema es con los que atienden al público, ahí está el tema de la discriminación... se escucha siempre "esos paraguayos de m...", y al final al paraguayo, tenga o no, siempre se le cobra..." (Personal de la Unidad Académica de Investigación y Docencia, Parque de la Salud).

"...a veces una mamá argentina se queda sin atención porque vienen muchas paraguayas, pero no podemos dejar de darle el turno, a veces ni documento tienen, vienen con un pariente argentino y eso les salva un poco..." (Personal de atención al público, Parque de la Salud).

³¹ Los Hospitales de Nivel III son Hospitales de Alto Riesgo. En este nivel se incluyen acciones de bajo, mediano y alto riesgo. Entran en esta categoría los siguientes centros de salud: el Hospital Escuela de Agudos Dr. Ramón Madariaga, la Unidad Perinatológica, dependiente del Hospital de Nivel III de Autogestión Dr. Ramón Madariaga, el Hospital Provincial de Pediatría Dr. Fernando Barreyro y el Hospital Regional de la ciudad de Encarnación, Paraguay.

En particular, el servicio de internación en el Hospital Materno Neonatal es muy solicitado: la encargada del Área de Servicio Social señaló que es numerosa la cantidad de mujeres paraguayas que se atienden en este hospital, ya sea para los controles del embarazo, el parto o el seguimiento posterior (cuando refieren a "mujeres paraguayas" aluden a personas que no poseen DNI argentino, sin residencia precaria y que residen principalmente en Posadas, Garupá o Candelaria, o bien en Encarnación). Al respecto, una persona que desarrolla tareas en Servicio Social de esa institución comentaba:

-*"Tenemos muchas mamás paraguayas que vienen a tener sus bebés, acá también ya se les hace el documento a los recién nacidos, se les pide el papel rosado³² y los documentos de los padres, si no tienen documento argentino la constancia del documento en trámite, así los bebés ya salen como argentinos..."*

-[Entrevistador] ¿Y pasan todas las mamás por acá?

-*...Para que te voy a decir que si, en verdad algunas no pasan, le dan el alta y se van... algunas ni compañero tienen..."*

La situación referida por la entrevistada está plasmada en números en la tabla que se presenta a continuación:

TABLA. DISTRIBUCIÓN DE LOS NIÑOS NACIDOS VIVOS DE MADRES PARAGUAYAS* SOBRE EL TOTAL DE NACIMIENTOS REGISTRADOS. ENERO-SEPTIEMBRE DE 2011. INSCRIPCIÓN DELEGACIÓN SECCIÓN 4°

PERIODO 2011	TOTAL DE NACIDOS VIVOS REGISTRADOS	NACIDOS VIVOS DE MADRES PARAGUAYAS SOBRE EL TOTAL DE REGISTRADOS	
	VALOR	VALOR	PORCENTAJE
Enero	37	6	16,2
Febrero	37	7	18,9
Marzo	132	8	6,1
Abril	156	7	4,5
Mayo	148	7	4,7
Junio	137	8	5,8
Julio	161	6	3,7
Agosto	178	8	4,5
Septiembre	184	8	4,3
Totales	1170	65	5,6

**Madres paraguayas: mujeres sin DNI argentino ni residencia precaria, residentes en Argentina (Posadas, Garupá o Candelaria) o en Paraguay.*

³² La denominación técnica del "papel rosado" (nombrado así por su color) se refiere al Certificado Estadístico de Nacido Vivo, un documento donde constan los datos del recién nacido, fecha y hora de nacimiento, kilaje, medidas, impresiones de las huellas de los pies, firma de los médicos que atendieron el parto, dato de los padres, etc.

Si se observan los datos sobre la proporción de mujeres migrantes que se atienden en el hospital, se advierte que este porcentaje no justifica el mito de que la atención a las mujeres argentinas se ve entorpecida por la "oleada de mujeres paraguayas que vienen a tener a sus hijos a la Argentina", discurso que surge reiteradamente en las entrevistas mantenidas a lo largo de esta investigación. Esto claramente muestra una posición discriminatoria y xenófoba que, además, no se sustenta en datos de la realidad.

En la práctica, los niños y niñas nacidos de mujeres argentinas o extranjeras son inscriptos inmediatamente y se les tramita el DNI argentino; el personal debe brindar asesoramiento a los pacientes del Hospital Materno y Neonatal con el objeto de garantizar que cada nacido disponga de su "papel rosado" -que cuenta con la información necesaria para la confección de la partida de nacimiento- y soliciten el DNI de su hijo antes de abandonar el hospital.

Por otra parte, las personas entrevistadas señalaban que, en los casos de hijos/as de mujeres paraguayas, el inicio del trámite para que el recién nacido disponga del DNI argentino no garantiza la residencia en Argentina pero facilita que el niño pueda acceder a determinados derechos:

"...aunque el bebé salga con el documento argentino ellos igual se van a vivir al Paraguay, porque viven allá, vienen unas semanas a la casa de algún pariente y esperan tener [dar a luz] y después se quedan entre acá y el Paraguay, van y vienen... pasa que para los planes tiene que tener documento argentino, si los padres son paraguayos, para algunos planes, le buscamos un tutor argentino, suegra, tío... para que la criatura no pierda algunos beneficios..." (Personal a cargo de la inscripción a los diferentes planes sociales, Parque de la Salud).

En lo que respecta a maternidad y niñez, los planes que suscitan mayores consultas y resultan más requeridos son el Plan Provincial Mamá y el Plan Nacer (SUMAR). El Plan Provincial Mamá involucra acciones orientadas a optimizar la protección integral de la mamá y el bebé (se asigna una ayuda mensual de 200 pesos para el 6º, 7º y 8º mes de embarazo, y de 400 pesos si dentro de los 45 días del nacimiento se presenta fotocopia del DNI del recién nacido y su inscripción en el Plan Nacer). Uno de los objetivos del plan es garantizar la identidad de todos los nacidos vivos en la provincia y proveer de "DNI 0 años" en el ámbito de las maternidades y delegaciones del Registro Provincial de las Personas. Este plan, destinado a mujeres embarazadas con DNI residentes en la provincia, que no tengan cobertura de obra social y que se encuentren inscriptas en el Plan Nacer, lo convierte, por sus requerimientos, en exclusivo para personas que acreditan su identidad con el DNI argentino. En este sentido, algunos agentes sanitarios comentaban:

- "...este plan solo para mamás argentinas, hay mamás que consultan pero no tienen el documento [DNI].

- [Entrevistador] ¿Y esas que no tienen documento, son de por acá o del Paraguay?

- "Sí, no del Paraguay, de acá... ya hace rato viven por acá, pero no son argentinas, tienen do-

cumento paraguayo o ni tienen, viene gente del interior, pobre, y que hace 25 años que no tienen documento, nosotros tratamos de ayudar en lo que podemos acá en la oficina del Registro."

-[Entrevistador] ¿Son muchas las consultas de mujeres indocumentadas paraguayas?

"...medio mucho, más de Candelaria y Garupá que vienen a atenderse por acá, hay mucha gente que viene y se queda en la casa de la suegra, del hermano y ahí ya se quedan en la Argentina, pasa que ellos están mal allá, mucha pobreza, entonces vienen a consultar para atenderse."

-[Entrevistador] Veo que te afecta mucho esa situación. ¿Qué les decís, cómo hacés para ayudarlas?

-Y me toca, soy mujer y mamá. Ahí nomás les mando para dentro a hablar con M..., a la oficina a que pidan su documento, ya algunas con la panza grande..." (Agente sanitaria, Parque de la Salud).

Como se dijo, otro de los planes más requeridos en el marco del Programa Nacional de Salud es el Plan Nacer (hoy SUMAR).³³ Al igual que el plan provincial, este también requiere que la madre, el niño o la niña dispongan de DNI, aunque para la incorporación a este plan se han implementado otras estrategias inclusivas: en caso de que la madre sea indocumentada, se la reemplaza en las fichas de inscripción por la figura de un tutor argentino. Este tutor puede ser un familiar cercano, o bien, como se ha manifestado, el propio agente sanitario del Parque de la Salud. Esta inscripción se realiza en dos modalidades: fija o móvil. La inscripción fija se concreta en cada efector público (centro de salud, hospital, unidad sanitaria). La móvil se produce cuando los promotores de salud visitan los hogares del barrio para buscar embarazadas y niños y niñas menores de seis años que habiten ese domicilio.³⁴ Esta modalidad es más frecuente en las zonas competentes a los Centros de Atención Primaria de la Salud (CAPS).³⁵

En esta investigación se realizaron también entrevistas en uno de los CAPS ubicado en Villa Lanús (Barrio A-3-2 y Loma Poí) de la ciudad de Posadas. Este CAPS, el número 26, se encuentra en un barrio cuya población proviene de otras zonas de la ciudad. En su mayoría, es población relocalizada por la suba de la cota del embalse correspondiente a la Represa Hidroeléctrica Yacyretá. Los/as profesionales y el personal administrativo que trabaja en este CAPS señalan que la población demandante de atención ha crecido significativamente en los últimos tiempos, especialmente en lo que respecta a mujeres y niños. Este crecimiento torna limitados los recursos disponibles (la deman-

³³ En la Municipalidad de Posadas, en el Departamento de Asuntos Barriales, se obtuvieron datos sobre el Plan Nacer. Allí se constató que se hace visible la presencia de niños y niñas nacidos en nuestro país, con DNI argentino, pero con padres de nacionalidad paraguaya, y varios casos en los que la madre es argentina pero con residencia en Paraguay. Casos que no son excluidos del programa, siempre y cuando presenten el último control médico realizado en la ciudad de Posadas, aunque se encuentran en situación de irregularidad migratoria residiendo en Argentina, o en su país de origen.

³⁴ Los Promotores de Salud actualmente realizan la búsqueda de la demanda. Mediante la visita a cada uno de los hogares que se encuentren dentro de su recorrido, los promotores registran, a través de las planillas del Plan Nacer, a la población objetivo. Cada beneficiario obtiene un carnet con el que es identificado. Información disponible en la página web: 'Gobierno de la Provincia de Misiones- Ministerio de Salud Pública - MODALIDAD DE INSCRIPCIÓN' http://www.salud.misiones.gov.ar/index.php?option=com_content&task=view&id=3627&Itemid=152

³⁵ El objetivo de los CAPS es preservar y restablecer la salud del individuo, la familia y la comunidad mediante acciones de promoción, prevención, curación y rehabilitación, reforzando la capacidad resolutoria de unidades de primer nivel de atención.

da de métodos anticonceptivos, por ejemplo, ha aumentado en un 100 por ciento).

De acuerdo con los datos obtenidos en el marco de esta investigación, este incremento se debería no solamente al crecimiento vegetativo sino también a una mayor demanda de atención y asistencia de parte de población paraguaya. En este sentido, algunas personas entrevistadas afirman que los extranjeros "...suelen llegar en *combis* o camionetas llenas, se atienden y luego regresan al Paraguay". Estas afirmaciones claramente dan cuenta de los discursos discriminatorios y xenófobos que asocian la migración a la utilización espuria de los "recursos propios". Son discursos que, no obstante registrarse con asiduidad en esta zona, se reproducen en otras localidades e incluso en otros países que reciben flujos migratorios importantes, aunque sin estadísticas u otros datos que los respalden.

Las condiciones de vida y de acceso a servicios en el Barrio Ñu Porá, según exponen los promotores de salud, son muy precarias. Se producen además distintas situaciones de violencia, maltrato, violaciones, venta y consumo de drogas y alcohol. En base a la experiencia que poseen en el barrio, afirman que se encuentran varios grupos familiares del Paraguay, mujeres y niños "indocumentados" (incluyendo de manera genérica a quienes no tienen ninguna documentación o sólo no tienen DNI argentino) que alternan su residencia entre Argentina y Paraguay, y que "...se atiende a todos por igual...", aunque en el CAPS se desconozca el contenido de la Ley de Migraciones.

3. LA SITUACIÓN PARTICULAR DE NIÑOS Y NIÑAS MIGRANTES EN LA ZONA DE LA TRIPLE FRONTERA³⁶

La ciudad de Puerto Iguazú se encuentra ubicada al norte del Departamento de Iguazú, provincia de Misiones. De acuerdo con los datos relevados en el Censo Nacional 2010, la población total de este departamento es de 82.227 habitantes, de los cuales 6.276 han nacido en el extranjero; esto representa un 7,63 por ciento del total de la población nacida en dicha jurisdicción (de esas 6.276 personas extranjeras, 5.461 han nacido en países limítrofes, y de ellas, 4.413 en el Paraguay, lo cual representa 70,31 por ciento).³⁷

La actividad económica de esta zona está centrada en el turismo que se desarrolla en las Cataratas del Iguazú, ubicadas a 23 kilómetros de la ciudad de Puerto Iguazú. Otras importantes actividades económicas tienen que ver con el comercio internacional, ya que Puerto Iguazú se conecta con la ciudad brasileña de Foz do Iguazú a través del puente internacional Tancredo Neves.³⁸ El turismo, la hotelería y el comercio son las principales fuentes de trabajo. Otro dato que cabe resaltar es que el paso entre Puerto Iguazú y Foz de Iguazú es el segundo más transitado en nuestro país, después del

³⁶ Los datos señalados en el presente apartado fueron obtenidos por Cecilia Zsogón, licenciada en sociología, Universidad Nacional de Cuyo.

³⁷ Esta información se encuentra disponible en la página web de INDEC (www.indec.gov.ar), Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas 2010. Cuadro P6-D. Provincia de Misiones, departamento de Iguazú. Población total nacida en el extranjero por lugar de nacimiento, según sexo y grupo de edad. Año 2010.

³⁸ El puente internacional Tancredo Neves es la vía de acceso a Brasil y desde allí a Ciudad del Este, en Paraguay.

aeropuerto internacional de Ezeiza.³⁹

El Puente de la Amistad que une Paraguay y Brasil es atravesado a diario por unos 18 mil vehículos y 20 mil peatones, movimiento que corresponde más al de un puente interurbano que al de uno internacional. Ahora bien, en términos de comerciantes, empleados, vendedores, compradores, transportistas e intereses comerciales, las interrelaciones entre ambos márgenes son tantas que el límite internacional puede parecer una abstracción en un espacio urbano continuo. Sin embargo, puede señalarse que es justamente debido a la presencia de dicho límite que tales interacciones ocurren: en otras palabras, es por el hecho de que cada ciudad pertenece a un Estado diferente (y por lo tanto a un espacio económico diferente) que los comerciantes venden, los compradores compran y miles de personas cruzan a diario la frontera.

Estas tres ciudades -Puerto Iguazú (Misiones, Argentina), Foz do Iguazú (Brasil) y Ciudad del Este (Paraguay)-conforman lo que se conoce como "Triple Frontera",⁴⁰ zona que se consolidó a fines de la década de 1950 con la fundación de Puerto Stroessner, actual Ciudad del Este. La triple frontera constituye una región interconectada, caracterizada por la diversidad cultural a raíz de la presencia de personas de distintos orígenes, articulada transnacionalmente y movida por una economía comercial basada en flujos de productos y personas. Esta zona fronteriza vive principalmente del turismo y de un intenso comercio. Tiene una población "flotante" de alrededor de 50.000 trabajadores, que se trasladan a diario desde las respectivas ciudades aledañas.

En la ciudad de Puerto Iguazú se entrevistó a la directora del Hospital SAMIC para relevar información sobre el acceso a la salud de niños y niñas migrantes en la zona. La directora informó que la población migrante que se atiende en este hospital constituye aproximadamente el 30 por ciento del total, sumando la población que vive en Puerto Iguazú y aquellas personas que viajan especialmente para atenderse allí. En el área de internaciones, un 20 por ciento de los pacientes son migrantes, es decir, entre diez y quince personas por mes. Asimismo, la directora del hospital señaló que muchas mujeres embarazadas acuden desde Paraguay ("más que nada de Paraguay, de Brasil vienen muy poco"), alrededor de entre siete u ocho por mes. El hospital cuenta también con una oficina del Registro Civil para los recién nacidos. Las autoridades del hospital manifestaron que, en muchos casos, las pacientes provenientes del Paraguay asisten con sus familiares que viven en Puerto Iguazú.

Al indagar sobre el acceso a los planes de salud pública como el Plan Nacer, las autoridades del hospital SAMIC destacaron que los niños y niñas migrantes pueden acceder siempre que posean domicilio en la República Argentina; de allí que las madres paraguayas den el domicilio de algún pariente que habita en el municipio. También la directora comentó que, a partir de la implementación del Plan Nacer, aumentó en forma exponencial la cantidad de madres que llevan a sus hijos a los controles médicos y chequeos de rigor. En ese sentido considera que su implementación ha sido "muy positiva". Cabe

³⁹ Según datos de la DNM, la cantidad de personas que ingresó y egresó en el año 2010 por los tres pasos más transitados fue de: Aeropuerto Ezeiza Ministro Pistarini: 8.449.505; Puerto Iguazú - Foz de Iguazú: 7.612.903; Posadas - Encarnación: 6.975.049.

⁴⁰ La Triple Frontera es la zona donde el Río Iguazú confluye con el Paraná, delimitando así los bordes entre Brasil, Paraguay y Argentina.

destacar que la atención hospitalaria en esta zona se encuentra sujeta al sistema de arancelamiento.

En el área de educación se entrevistó a la directora de la Escuela Normal N° 8 de Puerto Iguazú (escuela secundaria), quien informó que el porcentaje de alumnos extranjeros que asisten actualmente a la escuela es bajo: aproximadamente cinco alumnos de un total de 700 (teniendo en cuenta que la matrícula "sube y baja" cada año). Estos adolescentes viven en el municipio, es decir que no se trasladan desde sus países de origen sino que la mayoría de las veces habitan en Puerto Iguazú. Al abordar específicamente la situación de los adolescentes migrantes, la directora señaló que en muchos casos tienen serios problemas con la elaboración de los boletines y especialmente con los "pases",⁴¹ porque a los alumnos les resulta muy dificultosa la realización de los trámites en el Ministerio de Educación en Paraguay, en el Consulado, así como afrontar los costos económicos de estos trámites. En este sentido, la directora informó que tienen inconvenientes para inscribir a los alumnos en la escuela si no presentan el "pase" proveniente de la escuela en la que ha cursado los estudios previos. En principio esto indicaría un grave problema en el acceso a la educación de los y las adolescentes migrantes.

Se observa, pues, que es necesario profundizar la investigación sobre este aspecto y, en base a ello, pensar distintas acciones de incidencia con el fin de asegurar el pleno ejercicio del derecho a la educación por parte de los niños y adolescentes migrantes en la zona. En este sentido, es muy importante fortalecer los mecanismos de difusión de la Ley de Migraciones en las escuelas, ya que en ningún caso la irregularidad migratoria puede constituir un obstáculo para el acceso a la educación, y proponer mecanismos alternativos de inscripción en los establecimientos educativos para lograr que en ningún caso un niño, niña o adolescente se vea excluido de asistir a la escuela debido a la falta de documentación. Del mismo modo, debe contemplarse la distinta situación en que se encuentran estos adolescentes migrantes a los que se les dificulta, por su misma movilidad y situación económica, obtener la documentación necesaria para acceder a la educación.

Finalmente, es fundamental la articulación de iniciativas de trabajo dirigidas a la difusión de derechos en los hospitales, a los fines de asegurar el efectivo acceso a derechos en la zona, en condiciones de igualdad, tal como establece la Ley de Migraciones.

⁴¹ Se refiere al certificado que expide la entidad educativa donde el adolescente cursó sus estudios anteriores, y que lo habilita a ingresar a otra escuela a continuar sus estudios.

V. PROVINCIAS DE RÍO NEGRO Y NEUQUÉN ¹

1. INTRODUCCIÓN

Las particularidades de las provincias de Río Negro y Neuquén (Región Comahue, Patagonia), tanto en lo específicamente migratorio como en lo referido a los derechos de la niñez y adolescencia, requieren ser encuadradas en un marco general para facilitar la comprensión del escenario actual de los derechos de la niñez y adolescencia en situación de migración.

En primer lugar, es importante señalar que no se conocen estudios de estas características en la Patagonia argentina y que, de hecho, ni siquiera se ha evaluado el impacto de la Ley de Migraciones en general ni, menos aún, su impacto en la niñez. A su vez, las provincias de Río Negro y Neuquén, como la Patagonia entera, constituyen una enorme zona de frontera con Chile y la presencia de "chilenos" en este territorio es preexistente a la instauración de los Estados nacionales.

Esta última circunstancia es central para explicar el modo en que se ha configurado el fenómeno migratorio en la zona. En este sentido, Pablo Lacoste sostiene que:

"Muchos historiadores argentinos y chilenos enseñan a los niños y a los jóvenes que el vecino es un país expansionista y sustractor de territorios. [...] para los chilenos, la Argentina ha despojado a Chile de la Patagonia, que jurídicamente le correspondía; para los argentinos, Chile ha sido siempre un país expansionista del cual es preciso desconfiar. En resumidas cuentas, a pesar del discurso oficial de los últimos años y del trabajo de las cancillerías, los historiadores, profesores, editoriales y publicistas que se dedican a la historia de las relaciones entre Argentina y Chile siguen construyendo un discurso chauvinista y xenófobo". ²

El discurso hostil hacia el país vecino ha sido y es, entonces, el discurso oficial que circula en cada recinto educativo y en los textos escolares de diferentes niveles. Hasta 1984, los innumerables y permanentes conflictos limítrofes binacionales por estos territorios sureños impregnaron de características particulares las relaciones sociales de estas comunidades que, incluso hasta hoy, continúan estando fuertemente marcadas por la hostilidad. Así, la legislación de "seguridad en las fronteras" continúa teniendo un peso significativo; por demás, la legislación de "frontera", en algunos casos, abarca la totalidad de los territorios de Río Negro y Neuquén. ³

Este rasgo histórico y socio-cultural descrito sintéticamente, hace que las resistencias subjeti-

¹ El presente capítulo fue realizado por la Clínica de Migración y Derechos Humanos, y la Cátedra Libre Don Jaime de Nevares, de la Universidad Nacional del Comahue; y la Pastoral Migratoria del Obispado de Neuquén. El equipo estuvo compuesto por Verónica Barros, Franco Bussi, Georgina Gonzales y Jorge Muñoz Villagrán.

² Lacoste es Historiador, Doctorado en Estudios Americanos-Facultad de Humanidades, Instituto de Estudios Avanzados, Universidad de Santiago de Chile. Argentino, radicado en la actualidad en Chile. (Lacoste, Pablo (2003): *La imagen del otro en las relaciones de la Argentina y Chile (1535-2000)*, Fondo de Cultura Económica y Universidad de Santiago de Chile, Argentina)

³ J. L. M. Muñoz Villagrán, *Los «Chilenos» en Neuquén, Argentina-- Idas y Venidas*. Neuquén: Educo, Editorial de la Universidad Nacional del Comahue, 2005.

vas a una legislación migratoria garantista en materia de derechos humanos tengan características y resistencias particularmente complejas.

Por otra parte, la ausencia de registros que den cuenta de las situaciones migratorias en general y de niñez en contextos de migración en particular, dificulta la realización de estudios más sistemáticos y de mayor profundidad específica. Por ello, para la elaboración de este trabajo se recurrió a "informantes claves", en su mayoría pertenecientes a instituciones estatales y de la sociedad civil con amplia trayectoria en la atención del fenómeno migratorio en la zona; todas ellas están caracterizadas por el alto compromiso público con la defensa y promoción de los derechos humanos, incluida la Delegación Neuquén de la Dirección Nacional de Migraciones, en el periodo 1984–2010.

En este capítulo, entonces, se describirán percepciones acerca del impacto de la Ley Nacional 25.871 de Migraciones y se analizará su (escaso) correlato en algunas normativas locales. Será necesario detenerse con algún nivel de detalle en el esfuerzo que significa, aún hoy, el acceso de una persona migrante a la residencia legal, y prestar atención al proceso de regularización migratoria en las provincias de Río Negro y Neuquén, ya que difiere considerablemente de las posibilidades de acceso que tiene el migrante que decide residir en la Ciudad de Buenos Aires o sus alrededores. Asimismo, se hará un breve repaso sobre la legislación local en materia de derechos de niñez, sobre todo en tres ámbitos específicos: salud, educación y reunificación familiar.

La información utilizada para la elaboración de este trabajo proviene de la información con que cuenta la Pastoral Migratoria y la que surge de las consultas y entrevistas realizadas para analizar los principales aspectos que hacen a la vigencia de los derechos de las personas migrantes, en particular de los niños y niñas, en las provincias de Neuquén y Río Negro. El principal aporte estará dado por la mirada de las personas migrantes, de las organizaciones que trabajan con migrantes (desde la sociedad civil y organismos gubernamentales) y, en particular, desde la Pastoral de Migraciones de Neuquén.⁴ La presencia de personas migrantes en la Pastoral Migratoria facilita que este capítulo se haya elaborado en y desde la perspectiva del migrante, con la riqueza que esto conlleva.

Finalmente, es preciso destacar que para la elaboración de este informe sobre la región se ha consultado a una veintena de organismos vinculados, de distintas formas y por diversas razones, al fenómeno migratorio.⁵ Sólo a modo introductorio se citarán a continuación algunas de las respuestas que los funcionarios encargados de estos organismos dieron al ser consultados sobre el tema de los derechos de las personas migrantes, y en particular de los niños y niñas:

⁴ El director de la Pastoral de Migraciones de Neuquén, Jorge Muñoz Villagrán, es de nacionalidad chilena, radicado en Neuquén, y Licenciado en Trabajo Social.

⁵ La referencia es a la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Neuquén y de la Provincia de Río Negro, las subsecretaría de derechos humanos de las provincias de Neuquén y Río Negro, la Secretaría de Derechos Humanos de la Municipalidad de Neuquén, la Defensoría del Niño y el Adolescente de Neuquén, la Oficina Municipal de Migración y Desarrollo de Neuquén, la Delegación Neuquén de la Secretaría de Derechos Humanos de Nación, la Delegación Neuquén de la Dirección Nacional de Migraciones, la Pastoral de Migraciones del Alto Valle de Río Negro, de Viedma y Bariloche Centro de Residentes Chilenos en Neuquén, el Centro de Residentes Bolivianos en Neuquén, la Asociación de Trabajadores de la Educación de Neuquén (ATEN), la Central de Trabajadores en Argentina (CTA), la Vocalía Gremial del Consejo Provincial de Educación de Neuquén, la Asociación de Profesionales del Hospital Regional "Castro Rendón", la Subsecretaría de Salud Pública de Neuquén, Área de Epidemiología, la Delegación Neuquén del Ministerio de Trabajo de Nación y la Dirección Provincial de Registro Civil.

- "Sólo tenemos apreciaciones generales sobre el fenómeno migratorio".
- "Tenemos algún caso atendido pero no fue registrado suficientemente ni está sistematizada la información que podríamos tener".
- "Nunca hemos abordado el tema de los Derechos de niños migrantes específicamente y tampoco el de migrantes en general".
- "No guardamos registro ordenado de las atenciones a migrantes y es dificultoso el acceso a esa información".

Asimismo, ningún organismo estatal posee áreas dedicadas al tema migraciones y, por lo tanto, el personal que aborda tangencialmente el tema lo hace solo para dar respuesta ante una demanda puntual; de hecho, es muy reciente la iniciativa de cinco municipios que han abierto áreas de migración. Finalmente, todos los organismos afirman asesorarse, apoyarse o derivar los casos a la Pastoral de Migraciones del Obispado de Neuquén.

2. CARACTERÍSTICAS DE LA POBLACIÓN MIGRANTE EN LA PATAGONIA Y PARTICULARMENTE EN NEUQUÉN

Río Negro y Neuquén son las provincias que ocupan el primero y segundo lugar, respectivamente, en cuanto al total de población de las provincias de la Patagonia argentina. La mayor densidad poblacional de Neuquén, tanto en el ámbito provincial como en la capital, no se podría atribuir a la presencia de la migración chilena pero tampoco se podría negar su influencia en esta particularidad poblacional, o desconocer el lugar gravitante que ocupa en la conformación socio-demográfica de este territorio.

Según el Censo 2010, el 6,29% del total de la población de la provincia de Neuquén nació en otro país; para Río Negro, el porcentaje de población extranjera sube al 7,40% sobre el total de población de la provincia. Con estos datos, ambas superan el promedio nacional (menos del 5% de la población argentina total es extranjera). En ambas provincias, más del 80% de la población extranjera censada en 2010 está conformada por personas chilenas.

2.1. La población chilena en la Patagonia

En el caso de los chilenos que viven en territorio argentino, la comunidad más numerosa está precisamente en Neuquén. La distribución de la población total en la provincia por departamentos, y de la chilena en particular, sería la siguiente: el 65 por ciento de la población de la provincia, según el Censo 2010, se concentra alrededor de la capital provincial, en el Departamento de Confluencia; de ella, poco más del 7% son personas extranjeras y de ellas, el 88% son chilenos/as. Las principales razones de esta concentración son las oportunidades laborales que presenta la zona, especialmente en los rubros de la industria del petróleo y del gas, la construcción, el comercio, la fruticultura, los servicios y el trabajo doméstico, en orden de prioridad. Otra razón, particularmente para los chilenos, es la centralización en la ciudad de Neuquén Capital de todos los organismos involucrados en el trámite de residencia (Dirección de Migraciones, Consulado de Chile, Registro Civil, tribunales, hospital

y Obispado). El restante 35 por ciento se reparte en quince departamentos, en las zonas "Central" y "Fronteriza del Sur" de la provincia, siempre en las ciudades más importantes y sus alrededores.

Sin embargo, para referirse a la población chilena en Neuquén es preciso incluir a los que viven en el territorio vecino del Alto Valle del Río Negro. Primero porque en él viven la mayoría de los chilenos que habitan en esa provincia. Segundo, porque para múltiples efectos estos chilenos dependen de Neuquén y, en la práctica, se suman a una misma "concentración", sub-región o "comarca" que conocemos como el Alto Valle de Río Negro y Neuquén.



Como puede verse en el mapa, toda esta zona aledaña que conforma esta sub-región concentra a un total de 90 mil personas nacidas en Chile. Por otra parte, podría estimarse que cada migrante chileno estableció vínculos estrechos e indisolubles con un promedio de cuatro personas durante su permanencia en Argentina, por lo que la cifra de los miembros de la comunidad chilena en Argentina sería considerablemente superior.⁶

⁶ Muñoz Villagrán, Op. Cit.

2.2 La migración boliviana en la Patagonia

La presencia de bolivianos en la Patagonia argentina comenzó con un número estimado de cien familias que llegan a la zona en la década de 1960 y formaron parte de un número mayor que vino para la construcción de tres grandes represas hidroeléctricas y otras obras públicas de esa época. Aunque en cantidades pequeñas e imperceptibles públicamente, fueron llegando escalonadamente; la incidencia relativa de la migración boliviana es claramente palpable en las diferencias de las cifras arrojadas por los censos nacionales de 2001 y 2010 (duplicándose, prácticamente, el número de migrantes bolivianos de un censo al otro).⁷

En la actualidad, la migración boliviana representa, tanto en el caso de Neuquén como en el de Río Negro, alrededor del 10 por ciento de la población extranjera de la región, frente al 8 por ciento conformado por personas chilenas. El Consulado de Bolivia en Viedma, con jurisdicción en toda la Patagonia Argentina, estima que son 120 mil los bolivianos en la Patagonia, y 42 mil están repartidos entre las provincias de Río Negro y Neuquén. Estas estimaciones tienen el valor de provenir de una experiencia única en materia de representación diplomática, porque no se conoce otra experiencia de Consulado Itinerante Permanente.⁸

Un rasgo distintivo de la migración boliviana, al menos en Argentina, es su movilidad interna dentro del territorio nacional: un porcentaje muy alto de las personas bolivianas que iniciaron trámites de regularización en el marco del Plan de Regularización Migratoria para ciudadanos MERCOSUR Patria Grande —que funcionó desde 2007 en cumplimiento de la ley 25.871— ha tenido dificultades para finalizar el proceso; según los investigadores que llevaron adelante este capítulo, el origen de estas dificultades estaría en que el Plan establecía que los trámites se realizaran en su totalidad en el mismo lugar donde se iniciaban.⁹ Así, dado que un alto porcentaje de la migración boliviana se desplaza por el país de acuerdo a las posibilidades de trabajo que ofrecen diferentes regiones en distintas fechas, es probable que el trámite de radicación se vea abandonado. Esta migración “golondrina” arriba a la zona del Alto Valle de Río Negro y Neuquén entre los meses de octubre a marzo atraída por las actividades de horticultura y por la industria ladrillera.

El arraigo definitivo, entonces, es una cuestión compleja en la migración boliviana en particular y en la Patagonia; esta dinámica movilidad humana ocasiona algunas dificultades muy particulares para el ejercicio de derechos a los niños y niñas, fenómeno que se intentará describir en los apartados sobre educación, salud y reunificación familiar.

⁷ La migración de origen boliviano creció un 47% entre 2001 y 2010 (fechas del anteúltimo y último censo nacional, respectivamente). Sin embargo, no es su mayor crecimiento porcentual: entre 1980 y 1991 el crecimiento registrado fue del 62%. Fuente: censos del INDEC.

⁸ Esta representación diplomática boliviana con sede en la ciudad de Viedma, Río Negro, cuenta con un cónsul y un vicecónsul; su particularidad es que uno de los dos debe estar siempre visitando a sus connacionales en algún punto geográfico físico del resto de la Patagonia. En apenas dos años de existencia, el consulado de Bolivia en la Patagonia Argentina ha visitado numerosas localidades.

⁹ Entre las 25 comunidades nacionales mayoritarias que se beneficiaron con el otorgamiento de la residencia legal en el período 2004/2009, la comunidad boliviana ocupa el primer lugar. Los inmigrantes bolivianos recibieron el 32,19 por ciento del total de las radicaciones permanentes y el 28,83 por ciento de las radicaciones temporarias. La comunidad boliviana es superada por la paraguaya en la obtención de radicaciones temporarias, pero no así en las permanentes. La baja de los bolivianos en la obtención de temporarias se podría deber a la dinámica movilidad de esta comunidad dentro del país, que implicó una dificultad al momento de finalizar el trámite que se realizaba en el marco del Programa Patria Grande, y este no permitía el cambio de domicilio.

Respecto de esta nueva migración boliviana a la Patagonia argentina, cabe señalar que ha llegado vinculada a actividades económico-laborales muy específicas, y en todas ellas se desempeñan, casi en su totalidad, como "cuentapropistas"; con frecuencia este término es un eufemismo con el que las estadísticas conceptualizan la precariedad "laboral" en que se desenvuelven aquellos que se las arreglan como pueden bajo la autogestión, lo cual representa otra dificultad destacable al momento de intentar ejercer derechos sociales. Lo cierto es que esta forma de auto sustento impacta considerablemente, como se verá, en la situación de la niñez en contextos de migración.

3. LOS PRIMEROS AÑOS DE LA LEY DE MIGRACIONES: SU IMPACTO EN LAS PROVINCIAS DE RÍO NEGRO Y NEUQUÉN

La difusión e implementación de la Ley de Migraciones son los dos grandes desafíos pendientes que tiene la norma.¹⁰ El desconocimiento de la legislación migratoria y sus efectos se podrían analizar en tres ámbitos separados, y estimar consecuencias por cada uno de ellos y para el conjunto: (i) el ámbito estrictamente estatal en sus variados niveles, (ii) el ámbito de las organizaciones de la sociedad civil y (iii) el ámbito de las propias comunidades de migrantes residentes en Argentina.

En cuando al sector estatal, las consecuencias más perjudiciales del desconocimiento de la ley se verifican en las áreas de salud y educación: en los niveles municipal, provincial y nacional se registran prácticas que continúan aferradas a la normativa dictatorial y que resultan contrarias al marco legal vigente. El desconocimiento de la normativa por parte de los empleados públicos de todos los niveles convierte al Estado, que debería garantizar estos derechos, en el principal responsable de su vulneración. La ausencia de mecanismos jurídicos, sociales e institucionales que viabilicen la exigibilidad de los derechos que garantiza la ley hace que en la práctica cotidiana no se perciban los cambios que con tanta contundencia marca el espíritu y la letra de la normativa. Por demás, el hecho de que en la Patagonia no se detecte un número significativo de demandas por violación a los derechos humanos de los migrantes tiene que ver con otras cuestiones histórico-sociales, pero de ninguna manera significa que no sucedan cotidianamente.

En las organizaciones de la sociedad civil, y especialmente en aquellas que tienen mayor contacto con las comunidades migrantes, una de las consecuencias más graves del desconocimiento de la legislación migratoria es que siguen orientando a los migrantes de acuerdo a la "cultura policíaca" que sembró en la sociedad la histórica política migratoria restrictiva y represiva, cuya máxima expresión fue la ley que dictó la dictadura militar y que ordenaba a todo ciudadano denunciar a las personas migrantes en situación irregular. Este desconocimiento que muestran algunas organizaciones sociales lamentablemente les impide orientar al migrante en el acceso y ejercicio de sus derechos.

Esto es particularmente grave en el caso de las propias organizaciones de migrantes: al desconocer el sustancial cambio en la legislación, se siguen comportando como organizaciones marginales y

¹⁰ La Delegación Neuquén de la Dirección Nacional de Migraciones apoyó una primera edición de dos mil ejemplares de la ley realizados por la Pastoral de Migraciones del Obispado de Neuquén en el año 2004. Sin embargo, el desconocimiento de la legislación todavía se observa de manera extendida. Varios de los organismos que participaron en este trabajo son parte de la red interinstitucional que impulsó esta nueva legislación y la derogación de la originada en la dictadura.

con un accionar muy acotado, principalmente porque las políticas restrictivas las han “impregnado” de un sentimiento de autocensura, limitando su accionar a mantener vivas algunas expresiones artísticas de sus culturas originarias pero nunca a sentirse llamados a acciones reivindicativas de sus derechos. La falta de información sobre los derechos que la ley les garantiza y la cultura migratoria imperante les impide asumirse como *sujetos de derechos*.

En cuanto a la adecuación de las normas provinciales, si bien en las provincias de Neuquén y Río Negro no se producen situaciones de flagrante hostilidad hacia la población migrante (en gran medida porque son ellos los que garantizan ciertas actividades económicas relevantes e imprescindibles en algunas zona), los dirigentes sociales y políticos, y las instituciones a las que pertenecen, no han sido capaces de generar avances normativos concordantes con la ley 25.871.

Por caso, en ninguna de las dos provincias se avanzó en la revisión de las normativas locales y su concordancia con la normativa migratoria nacional: hasta el momento, por ejemplo, no se ha brindado un tratamiento adecuado a las iniciativas que la Pastoral de Migraciones ha elevado a las máximas autoridades provinciales de salud y educación, solicitándoles que dicten una norma específica que difunda en todo el sistema provincial los artículos específicos de la ley 25.871 para su cumplimiento, especialmente de sus artículos 7 y 8. Tampoco se ha producido una revisión crítica de las normativas provinciales y locales que claramente contradicen la legislación migratoria actual y las convenciones internacionales en que se sustenta, como se verá más adelante en este mismo capítulo.

Esta ausencia de revisión del marco jurídico, entonces, supone un obstáculo importante para el acceso efectivo a los derechos, que se profundiza con la falta de difusión del contenido de la ley, tal como se ha señalado en el punto anterior.

4. MARCO GENERAL DE DERECHOS HUMANOS SOBRE NIÑEZ Y MIGRACIÓN EN LAS PROVINCIAS DE RÍO NEGRO Y NEUQUÉN

Las provincias de Río Negro y Neuquén legislaron acerca de derechos de niñez, y ambas provincias cuentan con normativas específicas: en Río Negro la ley provincial 4.109, de Protección Integral de los Derechos de Niñas y Niños rige desde 2006; en Neuquén, la ley provincial 2.302 de Protección Integral de los Derechos de Niñez y Adolescencia, rige desde 1999. En ellas, además de establecer la garantía de todos los derechos, se establecen los organismos responsables y programas que se implementarán para garantizarlos.

En este marco, revisar las normativas provinciales y locales buscando la existencia de citas específicas referidas a la situación particular de las personas migrantes ha sido una tarea decepcionante y frustrante. Desde la perspectiva del migrante se constata una absoluta lejanía respecto del marco normativo internacional, nacional y provincial; por si fuera poco, las personas migrantes no perciben en sus vidas cotidianas el cumplimiento de estas normas y ante violaciones sistemáticas no encuentran canales accesibles y eficaces a través de los cuales demandar y exigir sus derechos.

A modo de ejemplo, se podría mencionar un caso que se encuentra siendo atendido por la Pastoral de Migraciones: un matrimonio boliviano que tiene un hijo nativo argentino con discapacidad y

que requiere acompañante (depende totalmente de sus padres) para desplazarse porque su discapacidad es mental y física; en dos años no se ha logrado conseguir la "credencial" que el municipio otorga en estos casos para eximirlos del pago en el transporte público como acompañante de la persona con discapacidad.

5. LA SITUACIÓN DE ALGUNOS DERECHOS EN PARTICULAR

5.1 El derecho a la educación

Tomando como punto de partida el artículo 7 de la ley 25.871 (en cuanto dispone que en "ningún caso la irregularidad migratoria de un extranjero impedirá su admisión como alumno en un establecimiento educativo"), para su cumplimiento aún existen dificultades que tienen variadas razones. Una larga tradición de normas y políticas restrictivas ha dejado profundas e invisibles huellas xenófobas en la sociedad y, de alguna manera, la población "nacional" ha naturalizado el maltrato al extranjero. Los agravantes que se agregan por tratarse de una "zona de frontera" caben para todas las personas migrantes, adultos o niños/as, a pesar de la contundencia de la legislación específica en materia de derechos de la niñez y derecho a la educación.

Así, se constata que en la región la mayor dificultad para ejercer el derecho a la educación por parte de la población migrante es el enorme y complejo andamiaje administrativo–burocrático montado por los propios Estados Nacionales, tanto de origen como de destino, de los migrantes. La "paradoja" (que da cuenta de la necesidad de articular organismos y políticas al interior del Estado argentino) es que el mismo Estado que debería garantizar el pleno e igualitario ejercicio de este derecho para todo ser humano sin ningún tipo de discriminación, es al mismo tiempo quien impide su ejercicio a través de prácticas y normas administrativas: cuando se trata de extranjeros, siempre aparecen contradicciones y requisitos adicionales. La cantidad y complejidad de requisitos que se han acumulado para el tratamiento de los extranjeros es lo que hoy atenta grave y cotidianamente contra la universalidad de los derechos, ampliamente consensuados internacionalmente, pero que se pone nuevamente en discusión cuando el tema aparece confrontado con el fenómeno de las migraciones. De hecho, pareciera que en particular fuera la migración boliviana la que interpelara más acabadamente el fenómeno de "lo nacional".

En tanto instrumento sistemático de construcción de esa única identidad nacional y medio predilecto de transmisión de una supuesta cultura homogénea, la "escuela" argentina enfrenta serias dificultades al momento de recibir en sus aulas y rutinas a personas provenientes de culturas diversas.

Ante las experiencias observadas en la escuela para esta investigación (principalmente en escuelas de nivel primario, donde concurren muchos niños bolivianos), una conclusión posible es que al conjunto de la comunidad educativa le significa un esfuerzo acordar una postura receptiva adecuada. En general pasa un tiempo importante, de dos a tres años, de tensiones y discusiones al interior de las comunidades educativas, con posturas de las más disímiles. Alcanzado, en el mejor de los casos, un consenso acerca de la "aceptación" de este nuevo y "raro" grupo de niños extranjeros, la comunidad educativa nativa se predispone a iniciar un proceso de *integración*. El logro de este consenso de

"aceptación", huelga decir, tiene bastante que ver con el comportamiento observado en los niños/as bolivianos/as en torno al desempeño escolar: aprueban con éxito las curiosas "evaluaciones" a las que les sujeta la comunidad educativa, obtienen altas calificaciones en su rendimiento académico y, en la mayoría de los casos, pasan a ser los estudiantes con promedios más altos de la escuela.

En los procesos de integración que implementan las escuelas se observa un supuesto bastante generalizado y explícito, y es que la integración tiene como condición que los niños se parezcan cada vez más al común de la población estudiantil nativa: que incorporen lenguaje, actitudes, modos, valores y emblemas nacionales argentinos. La escuela, salvo excepciones, no se encuentra generando espacios para la revalorización de las expresiones culturales originarias de los niños migrantes y, menos aun, que estas expresiones sean socializadas con el resto de la comunidad educativa, favoreciendo el enriquecimiento del conjunto con la presencia de la diversidad. En definitiva, se implementa un proceso más cercano a la "asimilación" que a una integración multidimensional de culturas diferentes.

En una pequeña escuela primaria en la provincia de Río Negro, a la que asiste un grupo importante de niños/as bolivianos/as e hijos/as de bolivianos/as pertenecientes a una comunidad de bolivianos residentes productores de ladrillos, se ha desarrollado una experiencia diferente. En esta escuela, el 60 por ciento de los niños proviene de la comunidad ladrillera y las autoridades escolares, después de algunos años, adoptaron una decidida actitud receptiva. Esta actitud permitió un trabajo conjunto con la Pastoral de Migraciones, el Municipio, la Delegación de la Dirección Nacional de Migraciones y el Registro Civil, que redundó en poco tiempo en la total regularización documentaria de todos los niños y niñas, así como de sus familias. El proceso de regularización permitió el inicio de otros procesos de inserción social e intercambio cultural entre niños y familiares de ambos grupos, nativos y migrantes.

Alrededor de esta escuela se desarrollan actividades interculturales que han generado un clima de convivencia que permitió el inicio de otros tantos proyectos de desarrollo social y económico en la localidad. En esta experiencia se encuentran en pleno proceso de implementación varios proyectos de distinta envergadura, que incluyen a la población nativa y migrante sin distinción, propiciando que cada uno aporte a los demás sus saberes particulares.¹¹

En otro orden de ideas, la falta de DNI o residencia regular, sigue presentándose como un obstáculo para el acceso o permanencia en el sistema educativo en la región. Entre estos obstáculos, cabe mencionar: la negación al acceso con base en la falta de DNI; la imposibilidad de realizar equivalencias, reválidas y nivelaciones de contenidos académicos; restricciones para el paso de un nivel a otro (primaria a secundaria) en razón de la situación migratoria; ingreso en cursos más bajos del que correspondería según el nivel alcanzado en el país de origen. Las restricciones en el acceso a la educación de niños y niñas migrantes implican la violación, para el caso de personas chilenas, de un convenio bilateral específico con Chile en materia de educación y vigente en ambos países firmado en 1975.

Un tema mencionado en forma recurrente por los informantes clave es la negación, a los niños/

¹¹ Entre otros, un proyecto de aumento y mejoramiento de la producción hortícola con la Subsecretaría de Desarrollo Rural y Agricultura Familiar de Nación; y otro, de Aumento y Mejoramiento de la Cantidad y Calidad de Agua con el Ministerio de Desarrollo Social de Nación.

as migrantes, de la posibilidad de ser los/as abanderados/as de su curso en caso de cumplir con los requisitos académicos exigidos. En tal sentido, la condición de extranjería ha sido en diversas ocasiones invocada para negar a niños y niñas esta posibilidad, contradiciendo no sólo la igualdad de trato sino también los componentes básicos de los programas de integración.

Otro problema que pudo registrarse se encuentra asociado a la monoculturalidad del sistema educativo argentino, el cual resulta discriminatorio no sólo frente a las personas migrantes sino también frente a la población indígena nacida en Argentina o los países vecinos. En muchas ocasiones no se contempla la multiculturalidad, lo que redundó, entre otras consecuencias, en la imposición de una única historia, un único idioma, etc., tanto en los contenidos como en la modalidad educativa.

5.2 El derecho a la salud

Como ya se ha mencionado anteriormente, la Ley de Migraciones dedica también un artículo particular al derecho a la salud, el N° 8, que dispone que no se podrá negar o restringir en ningún caso el acceso al derecho a la salud, a la asistencia social o a la atención sanitaria a los extranjeros que lo requieran, cualquiera sea su situación migratoria. Aunque la redacción de la disposición citada comienza ordenando que *no podrá negársele* el derecho a la salud al migrante, y a pesar de que lo usual en un instrumento normativo es que esta afirmación fuese suficiente para que quedara claro el mandato del legislador, pareciera que para las migraciones fuera necesario prever cuidadosamente algunas prácticas "culturales" y "naturalizadas" de los operadores y empleados de salud que, en muchos casos y sin necesidad de la existencia de norma alguna, coartan derechos a las personas extranjeras por el sólo hecho de ser tales.¹²

Entre Chile y Argentina, por ejemplo, existe un convenio específico de cooperación en materia de salud firmado por ambos países el 26 de abril de 1996:¹³ aunque es relativamente reciente, se trata de uno de los menos conocidos. Su firma originó algunas iniciativas de difusión altamente pertinentes e implementadas en lugares estratégicos para las relaciones binacionales en esta materia; en diversas ciudades de la Patagonia argentina se realizaron las "Jornadas de Difusión de los Convenios Bilaterales", por iniciativa del Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (CARI), que contó con el respaldo y participación de diferentes áreas de los Gobiernos de ambos países y también de los respectivos gobiernos provinciales de Argentina. Además de difundir el convenio de salud, se debatieron también los convenios de trabajo y el de seguridad social.

Por último, el convenio establece un amplio marco de cooperación en materia de salud; incluye promoción, protección, recuperación, intercambio de tecnología, capacitación de recursos humanos

¹² Esto hizo que al párrafo citado se le agregue que, además de no negar el derecho, tampoco se le podrá restringir. Pero al parecer tampoco era suficiente esclarecer esta sutil diferencia, y se consideró necesario cerrar la idea con una expresión extrañamente utilizada en textos de este tipo: en ningún caso. A pesar de haber sido muy concluyente le parece conveniente –al legislador– aclarar una vez más que el derecho incluye a todos los extranjeros que lo requieran. Inmediatamente después, efectúa una aclaración directamente dirigida a subsanar las restricciones impuestas por la legislación anterior y por prácticas arbitrarias: cualquiera sea su condición migratoria.

¹³ *Convenio de Cooperación en materia de salud entre el gobierno de la República Argentina y el gobierno de la República de Chile*, suscripto en Buenos Aires el 26 de abril de 1996. Aprobado por ley nacional argentina N° 25.130.

y una especial atención al tema de "poblaciones fronterizas", como así también la elaboración de programas conjuntos en prevención, vigilancia epidemiológica, pasantías, colaboración de otras áreas de gobierno, prevención de catástrofes, urgencias y emergencias. Incluso, la cuestión de las realidades fronterizas ocupa un lugar destacado en el convenio y establece explícitamente su prioridad.

En este marco, sin embargo, las dificultades concretas que tienen los y las migrantes en Patagonia norte para ejercer el derecho a salud tienen que ver con los tratamientos denominados de alta complejidad y/o internaciones prolongadas en establecimientos públicos estatales, para los cuales se requiere como requisito administrativo ineludible el DNI argentino. La razón que se esgrime en todos los casos por parte de los funcionarios públicos responsables es que cuando no poseen DNI no es posible justificar administrativamente los gastos que ocasionaría la atención del paciente.

Todos los casos atendidos por los organismos, cuyos responsables fueron entrevistados para este trabajo, y también por Pastoral de Migraciones de Neuquén, se resolvieron con la modalidad de intervención directa de algún representante de otro organismo, acompañando al demandante personalmente y planteando la contradicción de la negación con normativas superiores que ordenan al Estado en su conjunto prestar el servicio demandado. Aunque no se tiene conocimiento directo de casos que quedaran sin atención, es preciso llamar la atención sobre las prácticas y disposiciones administrativas que respaldan al funcionario estatal interviniente, en su mayoría dependientes de los Estados provinciales o municipales.

En el caso de niños/as migrantes, podría afirmarse que las dificultades de acceso a la salud son menores en comparación con las dificultades de los adultos. Los únicos casos en los que se advierten claras restricciones es cuando se trata de un niño o niña con discapacidad; justamente, los casos aun sin resolver y en los cuales es muy difícil hacer valer el principio de igualdad y no discriminación son aquellos en los que se requiere una pensión por discapacidad. La normativa existente en la materia, a pesar de ser de menor rango porque se trata de decretos del Poder Ejecutivo o resoluciones de organismos especializados, imponen como requisito, además del DNI, 20 años de residencia en el país, algo que en la mayoría de los casos no se llega a reunir precisamente por tratarse de niños, tal como se ha explicado con mayor detalle en la primera parte de este informe.

6. DERECHO A LA VIDA FAMILIAR

Hemos decidido plantear por separado en este breve apartado la cuestión del derecho a la vida familiar porque para las zonas de frontera es altamente complejo y, en ocasiones, de muy difícil cumplimiento.

Una cuestión que puede señalarse como origen de los desafíos de la vida familiar es que en las zonas de frontera son numerosos los matrimonios entre nativos y migrantes o entre migrantes. El problema, especialmente para los niños/as, comienza cuando estos matrimonios deciden separarse, de hecho o legalmente, después de haber tenido hijos: consumada la separación, el cónyuge migrante (o uno de ellos, en el caso de matrimonio de migrantes) con frecuencia decide volver a su país de origen y pretende llevar consigo a uno o varios de los hijos en común, cuestión que muchas veces

se concreta "por fuera" de las normas que le impedirían sacarlo del país sin autorización del cónyuge o ex cónyuge. En múltiples casos el cónyuge migrante se lleva a los niños/as con la autorización del otro, pero pasado un tiempo y por distintas razones —por ejemplo, porque su ex se unió a una nueva pareja y no ve conveniente que sus hijos convivan con esta persona— el autorizante se arrepiente.

En este marco, los hijos menores de edad comienzan, así, a ser disputados y muchas veces son trasladados de un país a otro sin que ningún "árbitro" judicial fiscalice si se está respetando la voluntad o el bienestar de los niños. Sin embargo, la intervención judicial suele ser otro objeto de disputa: cuando un matrimonio en situaciones de este tipo decide separarse legalmente y tramita su divorcio vincular, los problemas posteriores por la tenencia de los hijos/as son mayores que si se hubieran manejado extrajudicialmente; la razón fundamental de esto es que su disputa por los hijos está sujeta a dictamen judicial, y revertirla para que responda a nuevas realidades, en la práctica, suele resultar muy dificultoso, especialmente cuando deben intervenir los Poderes Judiciales de ambos países involucrando como mínimo a dos cancillerías, ya que existen escasos canales de comunicación formal.¹⁴

A ello se suma que Argentina sostiene un sistema federal de gobierno, que se diferencia de casi la totalidad de los países vecinos con quienes comparte miles de kilómetros de frontera, centenares de pasos no habilitados y enormes "zonas de frontera". Para los países vecinos de tradición y cultura unitaria es incomprensible el funcionamiento político-institucional-administrativo de la Argentina: suele ser difícil hacer entender que cada provincia tiene su propio poder judicial y que éste debe hacer cumplir las leyes que emanan de su propio poder legislativo. Las diferencias entre normativas provinciales y entre éstas y las nacionales suman complejidad para el cumplimiento de los derechos de los niños, como el derecho a la vida familiar.

7. EL ROL DE LOS ORGANISMOS PÚBLICOS DE DERECHOS HUMANOS Y LAS ORGANIZACIONES DE LA SOCIEDAD CIVIL

Las provincias de Río Negro y Neuquén han avanzado en la creación de organismos estatales para monitorear el cumplimiento de los derechos humanos: ambas poseen subsecretarías provinciales de derechos humanos, defensorías del pueblo o del vecino en las municipalidades y, en el caso del Municipio de Neuquén Capital, se cuenta con una Secretaría de Derechos Humanos, además de la Defensoría del Pueblo. Las dos provincias tienen delegaciones de organismos nacionales de Derechos Humanos, tal es el caso del Instituto Nacional contra la Discriminación, el Racismo y la Xenofobia (INADI) y la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación. Al mismo tiempo, los poderes legislativos de ambas provincias cuentan con comisiones especiales de derechos humanos, y el poder judicial debería velar por el cumplimiento de cada derecho para cada persona.

A pesar de este significativo avance institucional, en diálogo con los organismos involucrados se constata que ninguno de ellos ha desarrollado un seguimiento acabado de los casos de vulneración de derechos de migrantes que les han sido puestos en conocimiento: prácticamente todos los

¹⁴ El único medio existente de comunicación formal entre juzgados de los países involucrados son las respectivas cancillerías, lo que multiplica la complejidad y lentitud de la respuesta judicial.

casos presentados ante estas instituciones gubernamentales, o bien ante organizaciones sociales, se resolvieron parcialmente por intervenciones directas y personales de algún representante de los organismos de derechos humanos en la institución que impedía el ejercicio del derecho.

En los casos de salud, la intervención directa se realizó acompañando personalmente al migrante ante el centro de salud u hospital y entrevistándose con las autoridades del mismo; en el caso de educación en general medió la misma modalidad, pero usualmente no queda registro de la resolución de los casos. Esta "metodología", que tiene las ventajas de rápida resolución, tiene la desventaja de impedir la institucionalización del derecho y de ser extensiva al conjunto de potenciales afectados y, al mismo tiempo, impide contar con registros que faciliten la implementación de políticas públicas direccionadas a superar las restricciones existentes para el ejercicio de derechos por parte de la población migrante.

En términos de respuestas de organismos públicos ante la Ley de Migraciones y la obligación de promover y proteger los derechos de las personas migrantes, cabe destacar una importante experiencia que se viene desarrollando y ampliando en la región. En efecto, la promulgación de la Ley de Migraciones ha permitido a la Pastoral de Migraciones de Neuquén promover, a partir de procesos de diálogo con autoridades municipales, la creación de Oficinas Municipales de Migración en las provincias de Río Negro y Neuquén,¹⁵ cuya finalidad central es que los estados municipales asuman un rol más protagónico en política migratoria, teniendo en cuenta que conforman el nivel estatal más cercano a la población. Entre las iniciativas centrales que han desarrollado las oficinas, que no tienen precedentes en el país, se cuenta la promoción de actividades que sensibilicen sobre la necesidad y conveniencia de avanzar en los derechos políticos de los migrantes, tema escasamente abordado en la ley 25.871.¹⁶

La Oficina Municipal de Migración y Desarrollo de Neuquén incorpora desde su nombre el concepto de Desarrollo para destacar positivamente el impacto de las migraciones al desarrollo local, sosteniendo desde su creación cuatro postulados básicos: 1. "Somos un municipio *Intercultural* y no nos reconocemos como tal; 2. La migración no es un problema social, es una oportunidad de Desarrollo Social; 3. Somos poseedores de una enorme riqueza en diversidad cultural por los inmigrantes, cuyanos, cordobeses, porteños, chilenos, bolivianos, paraguayos y muchos otros; 4. El ejercicio ciudadano en y desde la diferencia enriquece y fortalece nuestra democracia y la hace gobernable".

La Oficina Municipal de Migraciones de la Municipalidad de Cervantes, Río Negro, además de prestar diariamente servicios de asesoramiento y trámites de radicación, en los últimos años ha organizado las Jornadas Interprovinciales *El Migrante en el Alto Valle de Río Negro y Neuquén*. Esta mis-

¹⁵ Se han puesto en marcha seis oficinas, en las comunas de Cervantes, Zapala, San Martín de los Andes, Cutral Co, Centenario y Neuquén. Se prevé inaugurar oficinas también en municipios de Allen, Cinco Saltos, Vista Alegre, Plottier y Cipolletti. Para las próximas oficinas se prevé el establecimiento de convenios de cooperación entre la Oficina Municipal, la Clínica de Migración y Derechos Humanos de la Universidad Nacional del Comahue (UNCo) y el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). Se plantea ampliar este tipo de convenios a otras organizaciones con sólidas trayectorias en el abordaje del fenómeno migratorio, como el caso de la Comisión de Apoyo al Refugiado (CAREF).

¹⁶ En este sentido, la Oficina Municipal de Migración y Desarrollo de Neuquén presentó un proyecto de ordenanza en el Concejo Deliberante para que pasen automáticamente al Padrón Electoral General todos los inmigrantes con radicación permanente y documento nacional de identidad argentino en regla. Este proyecto, que lamentablemente no fue aprobado, incorporaba a la vida política de la ciudad a cerca de 40 mil inmigrantes actualmente excluidos por falta de legislación local que reglamente de manera favorable la participación del inmigrante en la localidad.

ma oficina promovió en la legislatura provincial un proyecto de ley que amplía el derecho a voto de los extranjeros a nivel provincial.

Asimismo, desde la Oficina Municipal de Migración y Desarrollo de Neuquén en 2010 se organizó un Curso-Taller de Capacitación Migratoria para la Asociación de Municipios de la Confluencia, que agrupa a trece municipios del Alto Valle de Río Negro y Neuquén. A través de la Clínica de Migración y Derechos Humanos de la UNCo, la Oficina de Neuquén contó para esta capacitación con la participación como formadores de especialistas del CELS, CAREF y el CDH/UNLa. Previamente, la Universidad Nacional del Comahue, que abarca las provincias de Río Negro y Neuquén, había creado en el año 2005 la Clínica de Migración y Derechos Humanos, iniciativa que lleva adelante en convenio con la Pastoral de Migraciones de Neuquén. Este espacio tiene básicamente tres finalidades: contribuir a la formación de profesionales de algunas carreras en materia de derechos de migrantes en particular y derechos humanos en general, prestar un servicio de asesoramiento y asistencia a los inmigrantes para garantizarles el acceso a derechos, e incidir en políticas públicas destinadas al respeto de los derechos humanos de las personas migrantes.¹⁷

Precisamente la creación de esta clínica parece haber aumentado progresivamente el interés por el fenómeno migratorio en diferentes ámbitos dentro de la Universidad Nacional del Comahue y, también, en términos políticos y sociales, generando acciones que exceden la formación académica tradicional y comprometen a estudiantes, docentes y autoridades universitarias en proyectos concretos de desarrollo económico y social con migrantes por fuera de la universidad. En lo estrictamente académico y hacia el interior de la universidad, en el último año se han incorporado carreras novedosas para este tipo de temas y prácticas como son las carreras de Economía, Agronomía y Turismo. En particular, puede afirmarse que la existencia de la Clínica ha generado la modificación de normativas y prácticas internas que eran discriminatorias hacia los inmigrantes que permitían acceder, permanecer o recibirse en la universidad.¹⁸

La Pastoral de Migraciones de Neuquén, por su parte, se encuentra implementando un programa de cursos-talleres de difusión de la ley 25.871 en toda la Patagonia Argentina, con una duración de dos años y la financiación de la Fundación AVINA, de origen empresarial. El proyecto tiene previsto la realización de cursos-talleres en, al menos, ocho lugares cabeceras, posibilitando la participación de representantes de alrededor de 60 localidades de la Patagonia argentina. Este mismo programa le ha permitido la edición de 6.000 ejemplares populares de la Ley de Migraciones, para los cuales ha conseguido también sumar el aporte de la Municipalidad de Neuquén y la Universidad Nacional del

¹⁷ Esta clínica, por su parte, trabaja en Red con otras Clínicas del país, como la Clínica de Derechos de Migrantes y Refugiados (CELS-CAREF-UBA) de Buenos Aires, la Clínica creada por ANDHES con la Universidad Católica de Santiago del Estero, ubicada en San Salvador de Jujuy y que trabaja en coordinación con la Pastoral de Migraciones de La Quiaca, y la recientemente creada Clínica de derechos de inmigrantes de la Universidad Nacional del Litoral. Estas entidades, compartiendo finalidades, se ocupan del seguimiento a las políticas migratorias en el país, la difusión de la nueva legislación migratoria y formación en materia de Derechos de Migrantes a organizaciones de la sociedad civil y personal estatal de diferentes estamentos, a través de la realización de cursos, talleres, conferencias y publicaciones diversas.

¹⁸ Además, desde la Clínica, creada en la universidad pública, se han iniciado los acuerdos para que participen estudiantes y docentes de la carrera de abogacía de una universidad privada. Las finalidades compartidas son el interés por ampliar y mejorar la formación de los estudiantes, el interés por el fenómeno migratorio y la incidencia pública.

Comahue. El mismo proyecto posibilitó el diseño y publicación de un manual guía para los talleristas, con el objetivo de que puedan continuar desarrollándose de manera autogestionaria.

Por último, se cuenta con una amplia gama de organizaciones no estatales abocadas al tema derechos humanos: la CTA y los principales sindicatos cuentan con secretarías de derechos humanos; la Universidad Nacional del Comahue creó, a fines de 2009, el Observatorio de Derechos Humanos. El "movimiento" de derechos humanos que data del último periodo dictatorial en Argentina se mantiene muy activo en Neuquén, y hasta han aparecido nuevas organizaciones de este tipo.¹⁹

¹⁹ Entre las históricas existen las Madres de Plaza de Mayo, la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (APDH), el Movimiento Ecueménico por los Derechos Humanos (MEDH), el Servicio de Paz y Justicia y Familiares de Detenidos-Desaparecidos. Entre otros más recientes se encuentran la Corriente de Militantes por los Derechos Humanos y el Centro de Profesionales por los Derechos Humanos (CEPRODH). De todos modos, estas instituciones, entre otras, así como en el caso de algunos organismos públicos de derechos humanos, sólo han tomado el tema de migrantes a través de casos individuales, pero no —al menos hasta el momento— como un tema relevante para abordarlo de manera más sistemática, dedicándose con mayor especificidad a otros temas y problemas graves de derechos humanos en la región.

VI. PROVINCIAS DE SALTA Y TUCUMÁN¹

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo fundamental de este estudio es aportar al diseño y aplicación de políticas públicas integrales nuevos principios transversales para el efectivo cumplimiento de los derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes con base en la ley 25.871 y los tratados internacionales concernientes al tema. Para ello es indispensable identificar las barreras legales o prácticas que imposibilitan el ejercicio pleno del conjunto de derechos (sociales, civiles, económicos, culturales y políticos) de las personas migrantes en las provincias de Salta y Tucumán.

Según los datos del censo nacional realizado en el año 2010, la Provincia de Salta tiene una población total de 1.214.441 habitantes. La población migrante representa el 2,31 por ciento de la población total de Salta, ascendiendo a 28.132 personas (13.280 varones y 14.852 mujeres). Más del 80 por ciento tiene a Bolivia como país de origen (22.516 personas, de las cuales 10.393 son varones y 12.123 mujeres). Los migrantes provenientes de la República de Chile (1240, 593 varones y 647 mujeres) y de España (732, 368 varones y 364 mujeres) representan un porcentaje mucho menor.²

En la provincia de Tucumán, el total de la población asciende a 1.448.188 habitantes, de los cuales 8.193 son migrantes (4.149 varones y 4.044 mujeres) provenientes principalmente de Bolivia (2.992 en total, varones 1.493 y mujeres 1.499), de Perú (1.013 personas, 593 varones y 420 mujeres) y España (736 personas, 338 varones y 398 mujeres). La población migrante representa el 0,57 por ciento de la población total de Tucumán.³

El relevamiento de datos estuvo enfocado prioritariamente en las instituciones de salud, educación y migración que pudieran tener injerencia directa en los asuntos relacionados con la efectiva garantía de los derechos de la comunidad migrante. Se optó por un enfoque cualitativo, desplegado a través de entrevistas, registros, visitas a lugares específicos y distintas actividades que hicieran posible la validación de lo relatado en el informe; las entrevistas y visitas fueron realizadas entre mayo y agosto de 2011.

El enfoque y las entrevistas se utilizaron con el objeto de conocer las estructuras, los conceptos, las prácticas, la existencia o no de prejuicios, y las experiencias que guían a los funcionarios a cargo de ciertas agencias de protección o diseño de políticas: INADI, Secretaría de Infancia, dependencias de migraciones, secretarías de derechos humanos. Estas entrevistas se llevaron a cabo tanto en Sal-

¹ El presente capítulo fue elaborado por la Fundación Andhes y la Clínica Jurídica de Derechos de Migrantes de la Universidad Católica de Santiago del Estero (UCSE), bajo la coordinación de Andrés Reynoso.

² Censo 2010 Argentina [En línea <<http://www.censo2010.indec.gov.ar/resultadosdefinitivos.asp>>] (Accedido el 7 de diciembre 2011)

³ *Ibid.*

ta⁴ como en Tucumán.⁵

La selección de tales agencias así como la identificación de las principales líneas de indagación se basaron en el relevamiento sobre la provincia de Jujuy realizado para este mismo Informe. Se hicieron entrevistas estructuradas y semi-estructuradas, telefónicas y presenciales en los establecimientos de ambas provincias.⁶ Los datos recabados se complementaron con información periodística, testimonios de migrantes y distintos materiales secundarios.

Por último, el trabajo de campo demandó atención en el contexto sociopolítico de las provincias bajo estudio y un especial hincapié en el aumento del delito de trata de personas en los últimos años, lo que sitúa a los operadores en una íntima relación entre la migración y el delito de trata.⁷

2. LA CUESTIÓN MIGRATORIA EN SALTA Y TUCUMÁN

Como se ha dicho, según el último censo de 2010 el 2,32 por ciento (poco más de 28 mil personas) de la población censada en Salta es extranjera; este porcentaje es aún menor para la provincia de Tucumán, donde sólo el 0,57 por ciento de la población censada es extranjera (algo más de 8 mil personas). Para aquella primera provincia, el 80 por ciento de la población no nacida en el país lo ha hecho en Bolivia (algo más de 22 mil personas), ubicándose en un segundo y lejano lugar las personas nacida en Chile (4 por ciento) y en España (2,60 por ciento). Para Tucumán, el 36 por ciento de la población no nacida en Argentina es de Bolivia (casi 3 mil personas); en segundo lugar Perú (12 por ciento) y, en tercer lugar, nuevamente España.⁸

En este marco, en el Municipio de la Ciudad de Salta en particular y con el declarado objetivo de lograr la integración de las personas migrantes, en 2003 se creó la Dirección General de Asuntos Extranjeros, institución que identificó a mujeres y niños/as en situación migratoria irregular como

⁴ Organismos entrevistados en Salta: 1) DIRECCION GENERAL DE ASUNTOS EXTRANJEROS. Entrevista realizada a la Directora Gral. : Guadalupe Núñez Gómez; 2) INADI DELEGACION SALTA. Entrevista realizada a la Asesora Legal: María Laura Vásquez.; 3) DIRECCIÓN DE NIVEL INICIAL Y NIVEL PRIMARIO. Entrevista realizada al Director del Nivel Inicial y Primario: Martín Gutiérrez; 4) REGISTRO CIVIL. Entrevista realizada a la Directora Adjunta del Registro Civil: Dra. Teresita Ocaña; 5) MINISTERIO DE SALUD "PROGRAMA DE MATERNIDAD E INFANCIA". PROGRAMA MATERNIDAD E INFANCIA – PROGRAMA DE SALUD REPRODUCCIÓN Y SALUD SEXUAL. Entrevista realizada al Dr. Zinieti; 6) SECRETARIA DE DERECHOS HUMANOS. Entrevista realizada a la Dra. Flavia Salim.

⁵ ORGANISMOS ENTREVISTADOS EN TUCUMAN: 1) SECRETARIA DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA. DEPARTAMENTO DE ATENCION INTEGRAL SOCIAL, entrevista realizada a Estela Sotola. 2) MINISTERIO DE EDUCACIÓN, ASUNTOS JURÍDICOS. Entrevistado: DR. MARCELO GALAGA. PROGRAMA PROMER. Entrevistados: Gabriela Cruz (coordinadora); Mario Quinteros (CEAPI. Consejo educativo autónomo de pueblos indígenas); Marta Vázquez (referente ruralidad de Promer); 3) DIVISIÓN DE TRATA DE PERSONAS. Entrevistado: subcomisario Julio Fernández encargado de la división desde el 2007; 4) INADI DELEGACIÓN TUCUMÁN.

⁶ Las entrevistas fueron confeccionadas por los/as docentes en base a los trabajos anteriores y ejecutadas por los/as estudiantes de la Clínica Jurídica con supervisión de los mismos docentes. Las entrevistas, si bien no tuvieron un fin estadístico, tuvieron por objeto identificar un muestreo que haga manifiestas las políticas y prácticas más comunes y permita problematizar e interrogar la integración real, en términos de acceso a derechos, de la población migrante en ambas provincias.

⁷ Diario Judicial, 'Se duplicaron las pesquisas por trata', 3 enero 2012, 3130 edición <<http://www.diariojudicial.com.ar/noticias/Se-duplicaron-las-pesquisas-por-trata-20120102-0006.html>>

⁸ Sin embargo, la Dirección de Asuntos Extranjeros (que se mencionará a continuación) da cuenta de una población de aproximadamente 80 mil bolivianos/as y 135 mil migrantes provenientes de otros países.

grupos vulnerables.⁹ Esta Dirección cumple la función de contención para todas las comunidades extranjeras que existen en Salta, tanto europeas como Latinoamericanas, por lo que a través de ella las comunidades expresan sus necesidades, festejan sus Independencias y organizan actividades culturales, como ser exposiciones de cuadros, cursos de idiomas, huertas comunitarias, encuentros gastronómicos y actividades para instalar bibliotecas, con los cuales todas las comunidades trabajan mancomunadamente con el apoyo de la Municipalidad de Salta.¹⁰ Actualmente están implementando un programa denominado ARGENTINOS EN EL MUNDO, a fin de proporcionar un intercambio de experiencias con argentinos que se encuentran en otros países, a través de un aula virtual en la Universidad Católica de Salta o en la Universidad Nacional de Salta. Además, trabajan en un convenio con el Consulado Francés a fin de que se proporcione un conocimiento básico del idioma a los taxistas y así favorecer el turismo.

Entre los obstáculos más recurrentes se identificaron las trabas en el acceso a la educación, la salud y el trabajo. En esta región, una de las personas entrevistadas destaca la convivencia de "ciudadanos migrantes de más de cuarenta países"¹¹ que se convierten paulatinamente en residentes permanentes, cuestión que requiere modificar el enfoque de migración ocasional al de población residente y pensar políticas de integración poblacional.

Si bien la presencia de migrantes en ambas provincias es evidente y sostenida, no existen organismos o políticas orientadas a abordar las problemáticas que aquejan en particular a las familias migrantes. Los niños/as sujetos a los movimientos migratorios son quienes sufren las mayores consecuencias negativas que se presentan en los procesos de integración y garantía de derechos. Las grandes dificultades se relacionan con el reconocimiento del derecho a la identidad, la integración a los circuitos educativos y el acceso a la salud.

Según los datos relevados, el trabajo rural representa la principal causa de la migración temporal

⁹ La Dirección de Asuntos Extranjeros se creó durante la Intendencia de Miguel Ángel Isa, hace aproximadamente nueve años: tras un relevamiento de la situación por la que atravesaba la Población del Municipio, realizada en el año 2004, se observó la gran afluencia de personas migrantes y se detectaron problemas en tres áreas específicas: salud, educación y trabajo, sobre todo en niños y mujeres:

- 1) En las mujeres migrantes se detectó analfabetismo y falta de control ginecológico. Esto afectaba a la mayoría pero en especial a la población de Bolivia, Perú y en menor cantidad de Chile.
- 2) En los niños migrantes se observó un alto grado de desnutrición, casos de maltratos y situaciones de niños que vivían con sus abuelas.

¹⁰ Entre sus funciones podemos contar las siguientes: Integrar todas las comunidades a la dirección del Extranjero de la Municipalidad de Salta; garantizar la difusión masiva de las reuniones y las actividades que realicen las comunidades extranjeras radicadas en Salta, conjuntamente con la Dirección; promover la elaboración de proyectos relacionados al área social, cultural y deportiva; coordinar con todas Las Comunidades Talleres con salida laboral para mujeres extranjeras; asesorar y dar asistencia técnica y humana a las comunidades; llevar un registro de personas extranjeras con su respectivo grupo familiar, documentadas e indocumentadas y que iniciaron el Programa de Patria Grande; asesorar a todas las personas extranjeras para la inscripción en el padrón del extranjero del registro civil para ejercer el su derecho a voto; mantener un contacto permanente con todas las embajadas para lograr de forma eficiente la radicación de la población migrante, y agilizar la obtención de los documentos; favorecer la comunicación con las familias de las personas migrantes cuando éstos se encontraran detenidos.

¹¹ Literalmente, la entrevistada daba cuenta de que: "Actualmente tenemos ciudadanos migrantes de 42 países en la ciudad. Entre ellos se consideran una gran familia, se tratan como paisanos, esto incluye varones y mujeres, todos se unen por el sólo hecho de ser extranjeros. Cuando se realizan invitaciones a algún evento, las mismas deben estar dirigidas a todos, porque si no se invitan a todos se ofenden. Por eso, los eventos que realiza la Dirección siempre son grandes". Entrevista realizada a la Directora de la Dirección de Asuntos Extranjeros de la Municipalidad de Salta.

en las provincias de Salta y Tucumán, aunque no la única. Otras actividades, como la construcción, el trabajo doméstico etc., contribuyen asimismo a explicar la movilidad. Tratándose de trabajos estacionales o coincidentes con las temporadas agrícolas, muchas de estas personas no “regularizan” su situación migratoria sobre todo porque, hasta donde puede concluirse a partir de esta investigación, los beneficios de un trámite burocrático tal son mucho menores al tiempo y dedicación que requiere.

En contraposición a lo normado en el país y en las provincias relevadas, quienes mayores obstáculos encuentran en la satisfacción de derechos son los niños/as y adolescentes. Los estados provinciales trasladan a los hijos los inconvenientes surgidos en torno a los padres (como por ejemplo la documentación), a quienes se les vulnera, en principio, el derecho a la identidad juntamente con el derecho a la nacionalidad, por aplicación del principio *ius soli*.¹² Los funcionarios y operadores conceptualizan a las personas migrantes como temporales, ya que siguen vinculados de distintas formas a su lugar de origen.¹³ Si bien la cuestión de los vínculos económicos, culturales, financieros y sociales que mantienen los migrantes con sus países de origen no pudo ser validada en lo cuantitativo, se tomó como un elemento más que determina el contexto y los prejuicios de los agentes operadores.

Las comunidades de migrantes en Salta y Tucumán están compuestas en su mayoría por unidades domésticas, aliadas a partir de los lazos generados por el lugar geográfico de procedencia. La organización de estas alianzas obedece principalmente a fines laborales, económicos, ahorrativos, etc. No se evidencian fines políticos partidarios, o el reclamo por la autonomía del grupo o colectividad. Por el contrario, aparece con frecuencia la debilidad de los lazos internos de organización. Luego las dificultades en el acceso a los servicios públicos, la no garantía de los derechos reconocidos a los migrantes, no se visualizan a partir de presiones colectivas o reclamos de derechos colectivos, sino a partir de reclamos judiciales o administrativos particulares, en algunos casos acompañados por organizaciones no gubernamentales que trabajan con los grupos.

De acuerdo con los datos relevados, es posible afirmar que la unidad doméstica que migra a estas provincias es aquella que busca mejorar su calidad de vida en comparación con la que tiene en su lugar de origen. La evaluación de las particularidades económicas, sociales, culturales del lugar de destino son elementos considerados por las familias migrantes, aunque no llegan a ser determinantes para migrar ya que, aun conociendo las dificultades que enfrentan los grupos ya establecidos para el disfrute de sus derechos, la movilidad se produce de igual modo.

El mercado de trabajo en destino aparece como el factor más importante para la migración a estas provincias. Por el mismo motivo, los sectores en los que se asientan estos grupos por lo general coinciden con los lugares de siembra o trabajo rural en el interior de ambas provincias, quedando un grupo reducido en las capitales, en su mayoría las personas que realizan trabajo de construcción (en particular la albañilería).

¹² *Ius soli* es una expresión jurídica cuya traducción es “derecho al suelo”; es el criterio jurídico para determinar la nacionalidad de una persona, de acuerdo al lugar donde ésta nació.

¹³ Entrevistas a los funcionarios en Salta, Secretaría de Derechos Humanos, Registro Civil, INADI, y en Tucumán Secretaría de Infancia, INADI, Migraciones.

Conforme a las entrevistas realizadas a distintos operadores tanto en Salta como en Tucumán, existe un número importante de migrantes temporarios o estacionales que manifiestan no tener voluntad de integrarse a la cultura de la sociedad receptora. Los dichos, que se corresponden con hábitos de los grupos, podrían evaluarse a partir de tres posibles formas de política estatal hacia los migrantes: una política asimilacionista, una que es simplemente tolerante de grupos de migrantes o una tercera, que se propone proteccionista de las diferencias. En este panorama, Salta y Tucumán son estados provinciales simplemente tolerantes de la migración, lo cual plantea un apartamiento de la normativa vigente a nivel nacional, que es proteccionista y posee caracteres de integralidad. Esta opción propone a su vez una práctica que ubica al migrante en situación de vulnerabilidad, como persona sospechosa, peligrosa, etc.

La relación entre marginalidad, exclusión social y bajo nivel económico a la que se ven sometidos los grupos de migrantes en las provincias relevadas, no alcanza a ser un impulso suficiente para que los estados provinciales revean las políticas y prácticas generadoras de estas situaciones, por lo que la vulnerabilidad de los grupos se perpetúa y retroalimenta. En el presente informe, y teniendo en cuenta el efectivo cumplimiento de los derechos de las personas migrantes, se entiende la vulnerabilidad como la limitada capacidad de respuesta que los integrantes del grupo tienen frente a riesgos, situaciones peligrosas o urgentes que, en ciertas sociedades, pueden colaborar con el empeoramiento de las circunstancias o la calidad de vida de la unidad doméstica o de sus miembros. Esta situación de vulnerabilidad se debe analizar en directa relación con la estructura de oportunidades vigentes, la que puede estar conformada por políticas sociales, económicas y laborales específicas para ser utilizadas por el grupo, y que no se visualizan en las provincias relevadas.

Varias de las personas migrantes entrevistadas manifestaron que en el mercado laboral sufren situaciones de discriminación, en particular al momento de ser contratados principalmente en trabajos de menor remuneración. Esto les impide la incorporación a los sistemas de seguridad social, lo cual trae aparejado un perjuicio directo en los hijos menores de edad de la unidad doméstica.

Los factores analizados, relacionados con ciertas preguntas guías del informe¹⁴, repercuten en la persistencia y reproducción de las situaciones de vulneración en las que se ubican los grupos de migrantes temporales o aquellos que se encuentran con una situación migratoria irregular.

Todos estos aspectos ponen en evidencia la necesidad de diseñar y aplicar estrategias institucionales orientadas a implementar y controlar las prácticas de los operadores a fin de lograr su adecuación a la normativa vigente y, por esta vía, el respeto de los derechos fundamentales de las personas migrantes. Para ello es necesario iniciar un proceso de diálogo y construcción colectiva entre los distintos actores intervinientes en la temática, propiciando consensos que aporten a la igualdad en el acceso a las oportunidades y a la igualdad en las garantías para la efectivización progresiva de los derechos sociales.

¹⁴ Estas preguntas apuntaban a los motivos principales de la migración, a la estructura jurídico social de las provincias y su aptitud para garantizar derechos básicos de las personas migrantes, a la existencia de mecanismos o estructuras específicas para efectivizar los derechos de las personas en Salta y Tucumán, etc.

3. MARCO NORMATIVO EN LA PROVINCIA DE SALTA

3.1 La Constitución provincial

Si bien no existe una normativa específica que contemple la situación de los niños, niñas y adolescentes migrantes en la Provincia de Salta, de la interpretación conjunta de diferentes normas surge que el marco normativo vigente a nivel provincial es adecuado para garantizar el derecho a la salud, educación y otros derechos económicos y sociales, máxime teniendo en cuenta el contenido de las leyes vigentes en el ámbito nacional.¹⁵

El principio general de igualdad lo contempla el artículo 13 de la Constitución de Salta. Por su parte, en el artículo 33 se asegura la protección de la infancia y se establece como una de las obligaciones del Estado la cobertura de necesidades efectivas, ambientales, de educación, salud, alimentación y recreación de los niños/as y adolescentes que habitan en la provincia.¹⁶ Además, el derecho a la educación para todos los habitantes de la provincia aparece como regla general en el artículo 24 de la Constitución provincial,¹⁷ ampliándose en otros artículos respecto de los principios básicos y los fines buscados.¹⁸ De esta manera, en el plano normativo el ingreso de los niños y niñas migrantes al sistema educativo aparece como adecuado con los principios de la Ley de Migraciones.

El derecho a la salud está contemplado en el artículo 41 de la Constitución provincial, que lo define como un derecho humano de primera generación, inherente a la vida, y como un bien social. Dispone que el Estado será responsable del cuidado de la salud física, mental y social de las personas, y deberá asegurar a todos la igualdad de prestaciones ante idénticas necesidades.¹⁹

La Constitución provincial garantiza el efectivo cumplimiento de los derechos enumerados para todos los habitantes de la provincia de Salta; frente a ello, si tenemos en cuenta que el artículo 27 destinado a garantizar el derecho de tránsito junto con el artículo 29 sobre admisibilidad en los empleos realizan especificaciones respecto de la situación migratoria, entonces se podría afirmar que la ausencia de diferenciación en los demás artículos se basa en una voluntad del legislador de garantizar los derechos mencionados independientemente de la situación migratoria.²⁰

¹⁵ En este sentido, el Preámbulo de la Constitución de la provincia dice, en consonancia con el texto de la Constitución Nacional: "Nos, los representantes del pueblo de la Provincia de Salta, reunidos en Convención Constituyente, con el fin de exaltar y garantizar la vida, la libertad, la igualdad, la justicia y los demás derechos humanos; ratificar los inalterables valores de la solidaridad, la paz y la cultura nacional; proteger la familia, la salud, el medio ambiente y los recursos naturales; asegurar el acceso a la educación y a la cultura; establecer el derecho y el deber al trabajo, su justa retribución y dignificación ... en una democracia participativa y pluralista, adecuada a las exigencias de la justicia social, para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo de la Provincia (...)".

¹⁶ Artículo 33: "De la infancia. El Estado asegura la protección de la infancia, cubriendo sus necesidades afectivas, ambientales, de educación, salud, alimentación y recreación".

¹⁷ Artículo 24: "Esta Constitución garantiza a todos los habitantes el derecho de enseñar y aprender".

¹⁸ Artículo 47: "Derecho a la educación. La educación es un derecho de la persona y un deber de la familia y de la sociedad, a la que asiste el Estado como función social prioritaria, primordial e insoslayable". Artículo 48: "Fin de la educación. El fin de la educación es el desarrollo integral, armonioso y permanente de la persona en la formación de un hombre capacitado para convivir en una sociedad democrática participativa basada en la libertad y la justicia social".

¹⁹ Artículo 41: "Derecho a la salud. La salud es un derecho inherente a la vida y su preservación es un deber de cada persona. Es un bien social. Compete al Estado el cuidado de la salud física, mental y social de las personas, y asegurar a todos la igualdad de prestaciones ante idénticas necesidades".

²⁰ Artículo 27, Derecho de tránsito: "Todos los habitantes que se encuentren legalmente en el territorio de la Nación tienen el derecho de entrar, permanecer, transitar y salir de la Provincia, llevando sus bienes y sin perjuicio del derecho de terceros". Artículo 29, Admisibilidad en el empleo público: "Todos los habitantes de la Provincia son admisibles en los empleos públicos sin otra condición que la idoneidad. La ley determina los casos en que se requiera la ciudadanía".

3.2 Ley provincial de protección integral de niñez y la adolescencia

A través de la Ley de Protección de la Niñez y la Adolescencia (ley provincial 7.039²¹) sancionada en el año 1999, se garantiza la protección integral de todas las personas desde el momento de su concepción y hasta la mayoría de edad, en el ejercicio y goce de los derechos reconocidos en la Constitución Nacional, tratados internacionales, leyes de la Nación y leyes provinciales. Determina que es responsabilidad del Estado garantizar el interés superior de los niños/as y adolescentes. El primer artículo de la ley contiene el principio de igualdad y la prohibición de discriminar,²² y garantiza específicamente el derecho a la educación, salud, nacionalidad y a la unificación familiar. Si bien la norma es del año 1999, se adecua a la Ley de Migraciones en cuanto a la garantía de hacer efectivos los derechos económicos sociales y culturales, como así también respecto del derecho a la unificación familiar de los niños, niñas y adolescentes (artículos 5, 6, 7, 8 y 14 de la ley 7039).

3.3 Ley provincial de educación

La ley provincial 7.546, Ley de Educación de la Provincia, fue sancionada en el año 2008. La norma no contiene expresamente una cláusula de igualdad y no discriminación como en la Ley de Protección Integral y los artículos de la Constitución provincial, aunque estos principios se deducen claramente de la interpretación conjunta de los artículos 1, 2, 5, 7 (inciso c), 8 (inciso h) y 110.²³

El artículo 1 de la ley dispone la adecuación y aplicación específica de la Constitución Nacional y los tratados internacionales al momento de efectivizar el derecho de enseñar y aprender en la Provincia de Salta.

4. MARCO NORMATIVO EN LA PROVINCIA DE TUCUMÁN

4.1 La Constitución provincial

La Constitución de la provincia de Tucumán fue modificada en el año 2006. El artículo 5²⁴ contiene una cláusula de igualdad ante la ley y el respeto de los derechos fundamentales, realizando una especificación respecto de los derechos de los extranjeros en los artículos 10 —“Los extranjeros son admisibles a todos los puestos públicos, con excepción de los casos en que la Constitución exija la ciudadanía o la nacionalidad”— y 23 —“No se dará en la Provincia ley o reglamento que haga inferior la condición del extranjero a la del ciudadano, ni que obligue a aquéllos a pagar mayores contribuciones que las aportadas por los nacionales o inversamente”—.

²¹ Ley 7.039, Ley de Protección de la Niñez y la Adolescencia, Salta, Argentina.

²² Artículo 1, ley 7.039: “La presente ley tiene por objeto garantizar la protección integral de todas las personas desde el momento de su concepción y hasta la mayoría de edad, en el ejercicio y goce de los derechos reconocidos en (...) con relación a su familia, a la sociedad y al Estado, en todas y cada una de las necesidades que corresponden a sus etapas evolutivas. En caso de duda se presumirá la minoría de edad, hasta tanto se acredite fehacientemente lo contrario. El Estado garantizará el interés superior del niño y el adolescente, brindándole las oportunidades y facilidades para el desarrollo físico, psíquico y social, sin discriminación de ninguna naturaleza, como por ejemplo de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, cultura, nacionalidad y opinión política”.

²³ Ley 7.546, Ley de Educación de la Provincia, Salta, Argentina.

²⁴ Art. 5. “El pueblo tucumano se identifica con los inviolables e inalienables derechos del hombre, como fundamento de la convivencia política, de la paz, de la solidaridad, de la justicia social y del bien común. Toda autoridad pública tiene la obligación de respetar, hacer respetar y proteger la dignidad de la persona, y está sujeta a la Constitución y al orden jurídico. El Estado garantizará la educación pública y gratuita, con trece años de escolaridad obligatoria. Los derechos y garantías establecidos en esta Constitución son de aplicación operativa, salvo cuando sea imprescindible su reglamentación”.

Por su parte, el artículo 24 coloca en un plano de igualdad a los habitantes de la Nación Argentina con los de la provincia de Tucumán como titulares de los derechos reconocidos en la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos a ella incorporados, facultando al Estado provincial a dictar las medidas positivas integrales necesarias para efectivizar el pleno ejercicio de estos derechos, especialmente los de niños/as, los jóvenes y las mujeres. La Constitución provincial dispone en el artículo 10 que excepcionalmente se requerirá nacionalidad para la admisibilidad en los cargos públicos, a partir de lo cual una correcta interpretación indicaría que el efectivo ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos en esta Constitución es para todos los habitantes, independientemente de su situación migratoria.

El derecho a la salud se encuentra normado en el artículo 146 de la Constitución provincial y es concebido como una obligación que recae en el Estado, el cual debe garantizar la gratuidad y el acceso irrestricto de todos los habitantes al derecho, incluyendo la provisión de medicamentos y la contratación a costa del Estado de los servicios que resulten necesarios para los casos en los que la persona no cuente con los medios económicos para solventar los tratamientos de salud que no se encuentran disponibles en los hospitales públicos.²⁵

Por otro lado, el artículo 5 de la Constitución provincial garantiza la educación pública y gratuita con una escolaridad obligatoria de trece años. Se establece como una de las obligaciones del Poder Ejecutivo la de asegurar y financiar la educación estatal pública y gratuita en todos los niveles y modalidades, garantizando la igualdad de oportunidades y posibilidades, sin discriminación alguna y con carácter obligatorio. La cláusula de igualdad y acceso irrestricto se encuentra contemplada concretamente en el artículo 101, y en el artículo 144 se especifican los lineamientos generales así como también los fines de la educación en la provincia.

4.2 Ley de Protección Integral de la Infancia

La Ley 8.293 de Protección Integral de la Infancia fue dictada en el año 2010. En su artículo 1 determina que su objeto principal es la protección integral de la familia y los niños, niñas y adolescentes. Se incorpora el concepto de niño, niña y adolescente como sujeto de derecho capaz de ejercer plena y efectivamente los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales de los que la Nación sea parte. También otorga acción para la exigibilidad de los mismos, con base en el principio del interés superior del niño, manifestando que éstos son de orden pú-

²⁵Artículo 146: "El Estado reconoce la salud como derecho fundamental de la persona. Le compete el cuidado de la salud física, mental y social de las personas. Es su obligación ineludible garantizar el derecho a la salud integral pública y gratuita a todos sus habitantes, sin distinción alguna, mediante la adopción de medidas preventivas, sanitarias y sociales adecuadas. La Provincia reserva para sí la potestad del poder de policía en materia de legislación y administración de salud. Todas las personas tienen derecho a recibir atención médica en los hospitales y establecimientos públicos de salud. Si al momento de requerir el servicio, el ciudadano careciera de medios y no existiera capacidad asistencial por parte del Estado, éste deberá derivarlo a otros efectores sanitarios a costa del Estado provincial. Se dará especial protección a las personas con discapacidad y se asegurará la prestación de atención médica, de servicios de rehabilitación y de apoyo. Se deberán diseñar programas de protección integral de los discapacitados, para que el entorno físico sea accesible y para asegurar su plena integración e igualdad de oportunidades. El medicamento es considerado un bien social básico, siendo obligación del Estado arbitrar los mecanismos que garanticen su accesibilidad para todos los habitantes de la Provincia, así como fiscalizar su procedencia y calidad. El Estado garantizará el derecho a la vida desde la concepción".

blico y, por ello, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles. Finalmente, garantiza el pleno goce y ejercicio de los derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la ley nacional 26.061. En este punto, debe señalarse un elemento que podría aparecer como una contradicción a la naturaleza de esta ley, al colocar en cabeza de todo "ciudadano" la facultad de interponer acciones rápidas y expeditas en aquellos casos que fuera necesario restaurar el ejercicio y goce de los derechos reconocidos. Por el contrario, en la Constitución provincial el término utilizado es el de "habitante", recurriendo al de ciudadano para la regulación específica de derechos políticos o de sufragio.

A diferencia de la Constitución provincial, la Ley de Protección regula el derecho a la identidad y a la nacionalidad. La cláusula de igualdad y prohibición de discriminación se encuentra en el artículo 19, por lo que aparece como refuerzo normativo a las garantías contempladas en la Carta Magna respecto del derecho a la salud, educación, a la asistencia legal en todos aquellos casos en los que se encuentren involucrados sus derechos, etc.

5. EL ROL DE LOS OPERADORES Y LAS PRÁCTICAS CONCRETAS

Salta y Tucumán poseen una normativa adecuada para garantizar los derechos de las personas migrantes a partir de la vigencia de la Ley de Migraciones 25.871, y los derechos de los niños, niñas y adolescentes con las leyes 7.039 (Salta) y 8.293 (Tucumán) y demás normativas analizadas. Ahora bien, dentro de las instituciones relevadas existen intervenciones improvisadas, faltas de especificidad para el abordaje de las situaciones concretas por las que atraviesan las personas migrantes, especialmente los niños/as y adolescentes, por ejemplo en lo que se refiere a derechos de acceso a la salud, educación, identidad, o a la inclusión de esta población en programas de asistencia.

De las entrevistas realizadas surge un conocimiento parcializado de la normativa específica por parte de los funcionarios. Así, por ejemplo, manifiestan que necesitan órdenes jerárquicas superiores para hacer efectivo un derecho dado (a la salud, a la educación, a la identidad) en aquellos casos en los que los niños/as, o sus padres, carecen de documento nacional de identidad: para inscribirlos en las escuelas, para ingresarlos a los servicios asistenciales de salud, para programas sociales, para el reconocimiento filiatorio.

Al momento de intentar dar solución a situaciones particulares, los operadores de ambas provincias suelen apartarse de la normativa vigente generando procedimientos o protocolos improvisados e informales (usualmente basados en algunas prácticas administrativas pergeñadas bajo la anterior normativa migratoria) para proceder luego, en la mayoría de los casos, a la negativa efectuada frente al requerimiento hecho por una persona que se encuentra en situación migratoria irregular, independientemente de su edad.²⁶ Se identifica entonces una brecha importante entre lo normado por las leyes específicas, tanto de migración como de protección integral de la infancia, y lo que ocurre en concreto. Esta situación pone de manifiesto que existen cuestiones que escapan a lo legal, es decir a la formulación normativa, para su tratamiento satisfactorio, más aún cuando en escenarios como

²⁶ Entrevista a Ministerio de Educación, Secretaría de Infancia, Dirección de Nivel Primario y Secundario.

las provincias limítrofes puede observarse la convivencia de diferentes culturas sin que los estados provinciales generen lineamientos estándares suficientes para el respeto a la diversidad.

En las sociedades mencionadas desempeñan roles determinantes los operadores de instituciones o agencias de protección, quienes mantienen un contacto directo con los solicitantes de servicios específicos. En las entrevistas realizadas, incluso en los medios de comunicación relevados, es factible identificar el prejuicio hacia las personas migrantes como un elemento transversal a la práctica estatal. El discurso de los operadores y de los medios muestra un convencimiento de la legitimidad de la subsistencia de brechas interétnicas, la pobreza de las comunidades migrantes temporales o en situación migratoria irregular, y la dificultad para avanzar en la vigencia efectiva de sus derechos elementales. Ante esta situación, los Estados provinciales deberían implementar políticas más integrales a fin de reducir el empobrecimiento y la exclusión social de comunidades o unidades domésticas migrantes, utilizando los estándares internacionales de derechos humanos como guía para la adecuación definitiva en lo normativo.

Las líneas de acción que se plantean a partir del informe son múltiples, y por tratarse de la creación y/o modificación de importantes instituciones, requieren voluntad política para hacer frente a los diversos desafíos que apareja la migración.

Las políticas de protección integral y promoción social afirmativa o integral van a cumplir un rol determinante si contemporáneamente se modifican las prácticas existentes de modo que garanticen efectivamente estándares mínimos de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

EXCURSO

**LA SITUACIÓN DE LOS HIJOS E HIJAS
DE MUJERES MIGRANTES DETENIDAS
EN LAS CÁRCELES FEDERALES
DE ARGENTINA**



EXCURSO

LA SITUACIÓN DE LOS HIJOS E HIJAS DE MUJERES MIGRANTES DETENIDAS EN LAS CÁRCELES FEDERALES DE ARGENTINA¹

1. INTRODUCCIÓN

La mayoría de las sociedades permiten que los niños pequeños acompañen a sus madres si éstas se encuentran presas. Las diferencias entre los países radican en la edad límite hasta la cual los niños/as pueden permanecer en la prisión.² Aún cuando la Argentina ha implementado opciones alternativas al encarcelamiento para mujeres con hijos o hijas menores de cinco años,³ las mujeres migrantes encuentran obstáculos adicionales para el acceso a la prisión domiciliaria.

Por ello mismo, es relevante profundizar el estudio sobre la situación de niñas y niños que viven en prisión con sus progenitoras, mujeres migrantes en particular. En nuestro país, si no se accede a dichas alternativas, una mujer que se encuentra encarcelada podrá estar con sus hijos en prisión hasta que éstos cumplan los cuatro años de edad⁴. Después de cumplida la edad prefijada, si los progenitores no estuviesen en condiciones de hacerse cargo del niño, la administración penitenciaria dará intervención a la autoridad judicial o administrativa que corresponda.

La información disponible a comienzos del 2010 muestra que, en ese momento, aproximadamente 150 niños vivían junto a sus madres en prisiones federales y bonaerenses de Argentina. Para 2012, sólo en las cárceles federales se contaban 48 madres y 56 hijos: de estos niños y niñas, 40 tenían menos de dos años.⁵

El Sistema Penitenciario Federal (SPF) contabiliza que más de la mitad del total de las mujeres encarceladas son extranjeras, y en su mayoría provenientes de países limítrofes. Por lo tanto, se podría pensar que alrededor de la mitad o más de estos niños que se encuentran viviendo en prisiones argentinas con sus madres son una consecuencia de la migración, transitoria o permanente, de sus progenitoras.

Dada esta articulación entre el ejercicio de la maternidad durante el encierro y la calidad de vida

¹ La presente sección fue realizada por Constanza Tabbush, del Instituto Interdisciplinario de Estudios de Género de la Universidad de Buenos Aires

² Molero, María Naredo, «Reclusas con hijos en la cárcel. La punta del iceberg de la 'sinrazón' penitenciaria», en *La cárcel en España en el fin del milenio*, Rivera Baires, Inés, Ed. Barcelona: M.S. Basch, 1999.

³ Sobre el particular, la Ley 26.472 sancionada el 17 de diciembre de 2008 y promulgada el 12 de enero de 2009, que modifica la Ley de Ejecución Penal 24.660, el Código Penal y Código Procesal Penal, establece que se podrá disponer la prisión domiciliaria de las mujeres embarazadas, madres de niños menores de 5 años y madres de niños con capacidades especiales. Ley 26.472, Artículo 1: "Modifíquese el artículo 32 de la Ley 26.660, el que quedará redactado de la siguiente manera: El juez de ejecución, o juez competente, podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria: (...) e) A la mujer embarazada; f) A la madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad, a su cargo". En situación de encierro, sólo se permite la permanencia de los niños y niñas hasta los cuatro (4) años.

⁴ Ley 24.660. Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad, 19 de junio de 1996, <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/35000-39999/37872/texact.htm>

⁵ Respuesta del Servicio Penitenciario Federal al pedido de información pública efectuado desde el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), información al 31 de octubre de 2012.

de los niños pequeños, vale la pena preguntarse por las condiciones en que viven en prisión los niños y niñas provenientes de otros países. Sin embargo, acercarse a esta problemática desde la exclusiva perspectiva de los niños que residen en el penal esconde una serie de problemáticas que hacen referencia a la interacción entre los derechos de las mujeres encarceladas y los de los niños/as, a la complejidad de los vínculos entre los hogares y el penal y, por último, a las vulnerabilidades sociales que se producen como resultado del encierro. Esta perspectiva se distancia de aquellos estudios que se centran en la problemática de los/as niños/as y que suelen preguntarse “el encierro que están sufriendo estos menores ¿perjudicará su desarrollo?”⁶

Es evidente que las condiciones de detención de las mujeres no son las apropiadas para los niños y que transcurrir los primeros años de vida en una situación de encierro puede traer consecuencias negativas en el desarrollo humano y social de la infancia. Ahora bien, estas preguntas ponen el acento exclusivamente en las necesidades e intereses de los niños y niñas durante su estadía en prisión. En consecuencia, dejan fuera del foco de análisis tanto a la situación de la infancia después de la edad establecida (hayan o no vivido en encierro con sus madres), a la mayoría de los niños y niñas menores de 4 años que han quedado fuera del penal como a las necesidades e intereses de las propias mujeres encarceladas. Como consecuencia de estas omisiones, los derechos de los niños y niñas que viven en el penal se sitúan artificialmente en contraposición con los derechos de las mujeres encarceladas.

Contra esta visión dicotómica, este capítulo considera las interacciones entre los miembros de la unidad familiar y sostiene que “el interés de los niños está en estrecha conexión con el interés de la madre, ya que ambos confluyen en lo que se puede denominar el derecho de los individuos a una vida familiar digna”.

Así, procurando desarticular la presunta oposición entre los intereses de las mujeres y los de los niños y niñas, este trabajo se propone analizar cuatro dimensiones: 1) las concepciones implícitas en la legislación que acentúan los aspectos biológicos y sociales de la relación materno-filial respectivamente, 2) el contexto socio-político de ascenso del encarcelamiento de mujeres provenientes de países limítrofes, 3) las vulnerabilidades silenciadas de los hogares de las mujeres extranjeras, y 4) las condiciones de detención de los niños y niñas migrantes que se encuentran con sus madres en penales federales. Se utiliza como fuente principal de información la investigación sobre las condiciones de vida de las mujeres en el Sistema Penitenciario Federal realizada por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), la Defensoría General de la Nación (DGN) y la Procuración Penitenciaria de la Nación (PPN) publicada en 2011.⁷

Antes de comenzar es necesario formular algunas aclaraciones sobre la información estadística disponible sobre los migrantes privados de libertad. Una particularidad de la información cuantitativa disponible es que no permite distinguir entre las personas extranjeras que residían en su país de ori-

⁶ Varela, Patricio, «Madres, niños y cárcel», en *Mujeres privadas de libertad. Limitaciones al encarcelamiento de las mujeres embarazadas o con hijas/os menores de edad*, Buenos Aires: UNICEF – Defensoría General de la Nación, 2009, pp. 69–95.

⁷ CELS, DGN, PPN, *Mujeres en Prisión. Los alcances del castigo, Siglo XXI*, Buenos Aires, 2011.

gen antes de su detención, de aquellas que residían en la Argentina cuando fueron detenidas.⁸ Los datos de investigaciones anteriores que analizaremos a la luz de las problemáticas de las personas migrantes en prisión toman en cuenta el último lugar de residencia y la distancia del hogar del penal para realizar una aproximación a dicha diferenciación. Sin embargo, para mantener coherencia con los datos existentes, en adelante se hablará de mujeres extranjeras.

2. ANTAGONISMOS IMPLÍCITOS EN LA DEFINICIÓN JURÍDICA DE “BIENESTAR DEL NIÑO”

Este apartado pone de manifiesto algunas concepciones implícitas del marco legal sobre la relación de estas mujeres y sus hijos e hijas. Como indica Molero⁹ para el caso español, existe una idea rectora “que enfrenta los derechos de las reclusas y los de los niños, y que niega los intereses de las primeras en pro del beneficio de los segundos, dejando entrever una serie de cuestiones de índole moral”. Cuando se les pregunta a las mujeres privadas de libertad que viven con sus hijos sobre sus propias perspectivas acerca de la permanencia de los niños y niñas en la cárcel, sus respuestas delinean las paradojas de la vida de la infancia en el penal. Las respuestas más frecuentes denotan dos premisas que, dadas las condiciones de encierro de las madres, en sí mismas son excluyentes. Por un lado, las mujeres señalan que la prisión no es un lugar adecuado para criar a sus hijos e hijas. Por el otro, indican que para ellas es fundamental preservar el vínculo. Los siguientes relatos producidos en el contexto de la investigación realizada en el 2008-2009 por el CELS, la DGN y la PPN permiten vislumbrar estas oposiciones:

¿Qué opinas de que los niños estén en prisión con sus madres?

“Al cariño y la atención de la madre no lo reemplaza nadie. El penal no es un lugar lindo para los niños, pero creo que prevalece mantener el vínculo” (testimonio de una mujer de nacionalidad peruana)

“No me gusta que mi hijo se crió en una cárcel pero me da tranquilidad tenerlo conmigo, creo que lo voy a poder cuidar mejor” (testimonio de una mujer de nacionalidad argentina).

Las perspectivas de las mujeres reproducen la ambivalencia jurídica respecto de la importancia relativa del vínculo biológico y el contexto de socialización en el caso de los hijos de mujeres privadas de libertad. Es justamente la normativa vigente la que divide a los hijos de estas mujeres en dos grupos etarios,¹⁰ proponiendo visiones antagónicas del interés superior del niño.

La primera visión se circunscribe a los cuatro años de edad y privilegia el vínculo biológico entre madres e hijos en detrimento del ambiente de socialización del niño, en este caso, la cárcel. En tal sentido, se considera el cuidado materno en términos biológicos como prioritario para el desarrollo del niño, con independencia de las condiciones sociales y materiales del encierro en las que se desarrolla. Cabe mencionar que no existen equivalentes consideraciones legales para ambos progenito-

⁸ Pacceca, María Inés, «Personas extranjeras en cárceles federales. Vulnerabilidad y discriminación». ADC, 2010.

⁹ Molero, op. Cit., 1999, p. 298.

¹⁰ Varela, op. Cit., 2009.

res y que en el caso de ser encarcelados los varones no tienen la posibilidad de llevar consigo a sus hijos e hijas pequeños. Dada esta disparidad entre madres y padres de niños pequeños, se puede hipotetizar que esta disposición parte de una perspectiva que naturaliza el desarrollo madurativo y el cuidado en la primera infancia como una responsabilidad intrínsecamente femenina. Sin embargo, este argumento biologicista sólo es considerado válido durante la socialización primaria. Y la lógica de la normativa se invierte al inicio de la socialización secundaria de los niños en el caso de los mayores de cuatro años.

Cuando los niños ya pueden moverse libremente, hablar y tienen la capacidad de comprender y aprender, es decir, cuando comienza la escolarización, el costo-oportunidad entre lazos biológicos y sociales se invierte. Esta segunda perspectiva prioriza el ambiente de socialización. Entonces, desde este punto de vista el bienestar del niño consiste en salir del recinto carcelario. Como indican algunos estudios europeos, "superada esa edad, no ha de considerarse la estancia de los niños y niñas junto a sus madres como un derecho de éstas, sino que debe razonarse en términos del beneficio o de mal menor para el niño, en orden a su desarrollo y educación integral".¹¹

De los pesos relativos identificados en estas visiones se derivan dos consecuencias. En un plano más abstracto, pareciera que el posicionamiento adjudicado a los derechos de las mujeres presas es instrumental a los intereses de la infancia, tanto en la primera perspectiva biológica como en la segunda visión que acentúa el ambiente de socialización de los niños. En segundo lugar, las disposiciones legales limitan de manera arbitraria la estancia de los niños en prisión. Como veremos más adelante, se vuelve complejo sostener que el resultado de estas normativas es el bienestar de los niños y niñas, especialmente en el caso de los migrantes.

Como se verá en los siguientes apartados, las investigaciones más recientes sobre el ejercicio de la maternidad dentro de los penales federales muestran que, teniendo otras opciones, las mujeres no suelen elegir vivir con sus hijos en el penal; los niños y niñas permanecen con sus madres cuando éstas carecen de estrategias alternativas. Los hijos e hijas de mujeres extranjeras en prisión evidencian una falta de contacto y de lazos sociales con el mundo exterior. Es decir, sus vidas cotidianas se restringen a muros adentro, ya que tienen contadas oportunidades de salir de la cárcel.¹² En consecuencia, las investigaciones subrayan que la experiencia de los niños hasta sus cuatro años se basa principalmente en los lazos de control y poder y en la cultura autoritaria propia de un penal.¹³ A su vez, de las mujeres presas entrevistadas para la investigación conjunta entre el CELS, la PPN y la DGN, que tenían condenas que se extendían más allá de los cuatro años de sus hijos, la mitad no tenía conocimiento de dónde ni con quién iba a residir su hija o hijo cuando fuera retirado del penal.¹⁴

Es paradójico que, pasados los cuatro años de edad, se priorice el ambiente social y no se consi-

¹¹ Molero, Op.cit, p. 205.

¹² CELS, Ministerio Público de la Defensa, y Procuración Penitenciaria de la Nación, *Mujeres en prisión. Los alcances del castigo*, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores Argentina, 2011, pp. 43–64. [Capítulo «El archipiélago carcelario de las mujeres»]

¹³ Varela, op. Cit., 2009.

¹⁴ CELS, Ministerio Público de la Defensa, y Procuración Penitenciaria de la Nación, ob. Cit., 2011, pp. 151–190. [Capítulo «La maternidad entre rejas»].

deren relevantes ni se alienten estos lazos sociales que se extienden y vinculan a los niños que viven en prisión con la realidad fuera del penal. La posibilidad de mantener una relación fluida entre la vida cotidiana de los niños y niñas y el mundo social y sus redes por fuera de los muros carcelarios, podría ser un elemento positivo para aquellos al momento en que tienen que salir de la cárcel, un efecto que será seguramente más importante en el caso de los niños migrantes en tanto ellos suelen evidenciar un aislamiento más pronunciado, dado que su familia y sistema de relaciones suelen haber quedado en sus lugares de origen.

La respuesta a este dilema en términos de políticas públicas consiste en la implementación de opciones alternativas al encarcelamiento, alternativas que han sido tratadas en Argentina al contemplar la prisión domiciliaria para mujeres con hijos menores de cinco años; esta propuesta fue apoyada por organismos nacionales e internacionales. Aún cuando la introducción de la prisión domiciliaria para mujeres con niños menores de cinco años de edad apunte a desarticular estas oposiciones, aun no es posible evaluar sus impactos ya que se trata de una normativa recientemente aprobada — como se mencionó, la ley 26.472¹⁵ modifica la ley de ejecución penal 24.660-, que además depende de los jueces de ejecución. Incluso, cabe notar que las mujeres extranjeras, especialmente aquellas sin residencia en el país, encuentran obstáculos adicionales para el acceso a la prisión domiciliaria.

En conclusión, estas dos perspectivas que valoran una dimensión biologicista en la primera infancia y el ambiente de socialización al cumplir los cuatro años de edad —pero sin tomar en consideración la relación entre la cárcel y el hogar, entre la institución y el afuera—, contraponen los derechos de los integrantes del hogar que forman las mujeres y los niños y niñas en prisión. Así, ante las pocas alternativas que se les presentan, las mujeres extranjeras terminan llevando consigo a sus hijos pequeños a la prisión. Por lo cual, las investigaciones actuales subrayan que estos niños y niñas no tienen conocimiento ni contacto continuo con el mundo externo ni con las personas que probablemente queden a su cargo al salir del recinto carcelario.

Luego, el aparato estatal sólo interviene directamente en el bienestar de los niños mayores de cuatro años cuando los progenitores no se pueden hacer cargo de ellos. Esta intervención suele consistir en su institucionalización o en la localización de una familia substituta.¹⁶

Las visiones dicotómicas presentes en la normativa actual no permiten realizar un acompañamiento de la infancia antes de los cuatro años y luego de cumplida esa edad para proveer las condiciones para una relación más fluida entre su mundo social fuera y dentro de la cárcel.

3. INCREMENTO DE LAS MUJERES EXTRANJERAS ENCARCELADAS

El caso de los niños/as migrantes que viven en prisión constituye un ejemplo paradigmático del incremento de la población de mujeres extranjeras encarceladas. Investigaciones recientes sobre la situación de las personas extranjeras encarceladas sintetizan este panorama al indicar que aún

¹⁵ Ley 26.472 Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad. Modificaciones a la Ley N° 24.660, al Código Penal y al Código Procesal Penal. Sancionada: Diciembre 17 de 2008.

¹⁶ CELS, DGN y PPN, op. Cit., 2011, pp. 151-186.

cuando disminuye la población total de personas encarceladas en el sistema federal, la población extranjera aumenta. En términos absolutos, estos incrementos corresponden a personas procedentes de países limítrofes (Bolivia, Brasil, Paraguay) y Perú. Por su parte, las mujeres extranjeras en prisión aumentan tanto en valores absolutos como en proporción al total de mujeres en cárceles federales y al conjunto de personas extranjeras privadas de libertad. Las mujeres provenientes de otros países, en su mayoría de países limítrofes, pasan a constituir casi la mitad de la población femenina en las cárceles federales.¹⁷ A su vez, para la mayoría de estas mujeres es la primera vez que se encuentran presas. Existe entonces una población nueva y en aumento en el sistema carcelario argentino.

El incremento de las mujeres extranjeras en cárceles argentinas fue paralelo a la creciente criminalización de los delitos vinculados a la Ley de Estupefacientes (ley 23.737) o al contrabando. En la actualidad, los distintos estudios consultados sobre el tema identifican que la gran mayoría de las mujeres extranjeras detenidas en cárceles federales (80 por ciento) están siendo procesadas o acusadas de algún delito relacionado con las redes de tráfico de drogas.¹⁸

A su vez, más de la mitad de las mujeres extranjeras privadas de la libertad (52,1 por ciento) están procesadas sin tener una condena firme,¹⁹ situación que también se refleja en la investigación citada en el grupo de extranjeras con niños y niñas en prisión. Ellos se encuentran allí a la espera de la sentencia de sus respectivas madres.

CUADRO 1: EDADES DE LOS NIÑOS QUE VIVEN EN PRISIÓN EN EL SISTEMA PENITENCIARIO FEDERAL POR EDAD DEL NIÑO

Edad de los Niños	Total de niños
Menor de 1 año	19
Hasta 2 años	19
de 2 a 3 años	9
de 3 a 4 años	2
Total de niños	49

Fuente: SPF, Síntesis de la población penal femenina alojada al 05 de marzo de 2010.

Los datos relevados a partir de la investigación realizada en conjunto por el CELS, la DGN y la PPN proveen información general sobre los niños y sus madres en prisión. Dicha fuente indica que más de la mitad de los menores de edad que residen en las cárceles federales son niñas, de una edad promedio de 17 meses —es decir, alrededor de un año y medio—. A su vez, han pasado en promedio casi un año

¹⁷ Pacceca, Op.cit.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Ibid.

en prisión (11,4 meses). En otras palabras, la mayor parte de sus vidas transcurrió tras las rejas.

Las mujeres entrevistadas fueron 148 en total, de las cuales 71 eran extranjeras. De las 14 mujeres entrevistadas que vivían con sus hijos e hijas en el penal, 9 eran extranjeras —5 procedentes de países latinoamericanos y 4 de Europa—. Más de la mitad de estas mujeres se encontraban procesadas sin condena firme y casi todas vivían anteriormente a más de 100 kilómetros del penal en el que estaban detenidas en ese momento.

En relación con su vida en prisión, un tercio de las mujeres entrevistadas realizaba actividades laborales dentro del penal y, cabe destacar, más del 50 por ciento nunca había recibido visitas de familiares o amigos, reduciendo así el contacto con su vida extramuros. A su vez, alrededor del 60 por ciento se consideraba el principal sostén económico de sus hogares al momento de su detención y por ello un tercio continuaba aportando dinero al hogar desde el penal.

Esta breve descripción aporta un marco general para el análisis desde una perspectiva sociológica de las vulnerabilidades sociales creadas por la criminalización de las mujeres extranjeras, como se analizará en el apartado siguiente.

4. VULNERABILIDADES EN LOS VÍNCULOS ENTRE LA CÁRCEL Y EL HOGAR

Aún cuando a primera vista las cárceles parecen "mundos totales" o "espacios puertas adentro", poner la lupa en la articulación entre la cárcel y el hogar permite apreciar un conjunto de vulnerabilidades que atraviesan a la población de niñas y niños (migrantes o argentinos) que viven en las cárceles.

Uno de los aportes de la investigación que se ha tomado como referencia para este capítulo consistió en la construcción de indicadores sobre los hogares de las mujeres encarceladas y los efectos del encarcelamiento en los integrantes de esos hogares. Los resultados de ese trabajo revelan que, al momento de la detención, los hogares de las mujeres encarceladas tenían en promedio cinco miembros, tres de los cuales eran niños/as. A su vez, muchas de las mujeres entrevistadas se consideraban el principal sostén económico de sus hogares, cifra que alcanza un 70,4 por ciento en el caso de las extranjeras.²⁰ Dado el rol que las mujeres extranjeras dicen cumplir en el hogar, la investigación identifica una serie de consecuencias negativas que tiene para sus hogares el ingreso de las mujeres a la cárcel.

Por ejemplo, en el 77,5 por ciento de los hogares extranjeros el encarcelamiento trajo consecuencias negativas en la subsistencia o mantenimiento del hogar (la cifra es del 73 por ciento para las presas de nacionalidad argentina). En este sentido, el encarcelamiento conlleva no solamente el posible ingreso de los niños menores de cuatro años a la cárcel junto con sus madres, sino que también incide sobre la vida cotidiana de los niños que anteriormente convivían con ellas.

En orden de importancia, la investigación destaca cuatro efectos principales.²¹

El más relevante es el aumento de la vulnerabilidad económica de los hogares ya que, como se ha señalado, las mujeres son una de las principales fuentes de ingresos (en el 61,8 por ciento de las respuestas obtenidas). Otros estudios indican que la cárcel impone gastos extras a los hogares o in-

²⁰ CELS, Ministerio Público de la Defensa, y Procuración Penitenciaria de la Nación, Op.cit., p. 3.

²¹ *Ibid.*, pp. 7-9.

dividuos que quedan al cuidado de los niños (costos de visita, llamadas telefónicas y cartas, honorarios de los abogados), al tiempo que los despoja del ingreso de uno de sus miembros y, en ocasiones, también los deja sin apoyo gubernamental.²²

El segundo efecto es la disminución de la cohesión y/o de la salud de los miembros de ese hogar (en el 21,8 por ciento de las respuestas obtenidas). Este indicador subraya cierta inestabilidad en los hogares después de la detención, y suele indicar fluctuaciones en las personas responsables del cuidado de la infancia. Cabe destacarse que en dicha investigación el 60 por ciento de las entrevistadas respondió que los niños y niñas que anteriormente estaban a su cargo no continuaron viviendo juntos después de su detención.²³ Como indica Robertson, "los nuevos arreglos de vida" suelen ser "temporales".²⁴ La investigación realizada por CELS, DGN y PPN provee un relato que ilumina este proceso:

"El papá lo iba a buscar los fines de semana, un día se lo llevó y no volvió más. Un día apareció el tío a pedir los documentos del nene y se los llevó y creo que le cambiaron el apellido. Cuando el padre cayó detenido, el nene quedó a cargo del tío. Ahora mi mamá lo puede ver los fines de semana".²⁵

Por último, las mujeres en prisión destacan la modificación de las actividades laborales y/o educativas de los integrantes del hogar (en el 16,4 por ciento de las respuestas).²⁶ La inestabilidad de los arreglos de cuidado implica que la infancia que queda fuera del penal puede sufrir vulnerabilidades particulares. Éstas pueden consistir en sucesivos cambios de residencia o en su institucionalización. Dichas trayectorias pueden configurar momentos de vulnerabilidad material y emocional, así como cambios de escuela y requerimientos de rápidas readaptaciones a contextos familiares diversos.

A estos cuatro puntos que subrayan la totalidad de las mujeres entrevistadas para la investigación realizada por el CELS, la PPN y la DGN, se le suman especificidades vinculadas con las consecuencias de la migración.

Por un lado, distintos estudios señalan que, en general, los hijos e hijas de personas encarceladas pueden ser por ello discriminados y estigmatizados.²⁷ A su vez, los niños y niñas de grupos minoritarios pueden correr el riesgo de una doble estigmatización: por el encarcelamiento de sus padres y por su nacionalidad o cultura. En algunas circunstancias incluso se ha identificado que también pueden ser marginados por sus propias comunidades, quedando con muy pocos recursos y redes dis-

²² Robertson, Oliver, *El impacto que el encarcelamiento de un(a) progenitor(a) tiene sobre sus hijos*. Geneva, Suiza: Quaker United Nations Office, 2007. <http://www.quno.org/geneva/pdf/humanrights/women-in-prison/ImpactParentalImprisonment-200704-Spanish.pdf>

²³ CELS, Ministerio Público de la Defensa, y Procuración Penitenciaria de la Nación, Op.cit., p. 4.

²⁴ Robertson, Op.cit., p. 36.

²⁵ CELS, Ministerio Público de la Defensa, y Procuración Penitenciaria de la Nación, Op.cit., p. 4.

²⁶ *Ibid.*, p. 8. La investigación de Robertson (2007) indica que los cuidadores pueden que tengan que abandonar su trabajo remunerado para cuidar de los niños y niñas que quedaron por fuera del penal.

²⁷ Cunningham, Ann, «Forgotten families – The impacts of imprisonment», *Family matters*, Diciembre 2001.

ponibles que les provean contención, ayuda y apoyo.

Por otro lado, se ha observado que, por lo general, las mujeres extranjeras suelen exhibir un mayor desconocimiento sobre el paradero de sus hijos: algunas no saben lo que sucedió con ellos o con quién están. El estudio CELS, la DGN y la PPN refleja esta situación a partir del relato de una de las mujeres entrevistadas, procedente de Bolivia: "No sé si mis hijos están en un hogar para adopción, no sé nada. No sé si mi marido me espera, ni si voy a recuperar a mis hijos".²⁸

Ahora bien, a la luz de los datos aquí presentados se podría retomar el argumento del primer apartado: enfocar el análisis exclusivamente en las condiciones de vida de los niños y niñas que viven en prisión con sus madres invisibiliza las vulnerabilidades aquí descritas que experimentan aquellos niños que continúan sus vidas por fuera del penal. Además, deja de lado el hecho de que en el momento en que las mujeres son detenidas, un importante porcentaje de niños y niñas de cuatro años continúan sus vidas sin pisar junto a sus madres el interior de un penal. Los resultados obtenidos por la investigación citada informan que, si cuentan con las redes sociales necesarias, la mitad de las mujeres con niños menores de cuatro años optan por no llevarlos con ellas tras los muros carcelarios.²⁹ Es importante destacar que es justamente por la falta de alternativas que la mayoría de los niños y niñas extranjeros son albergados en los penales federales.

Entonces se puede argumentar que, más que representar una decisión de las mujeres, la estancia de los niños y niñas en prisión simboliza las pocas opciones que tienen. Pareciera que a diferencia de "otros contextos de pérdida como son la muerte o la enfermedad, la pérdida de un familiar porque ha sido encarcelado rara vez despierta la compasión y el apoyo de otros".³⁰ Los siguientes relatos proveen un panorama de las dimensiones que valoran los actores en la toma de decisiones al momento en que las mujeres de diversas nacionalidades ingresan al penal.

"Hay gente que puede tener sus hijos en la calle, pero yo no puedo tener a este en la calle con nadie" (Mujer de nacionalidad argentina).

"Le dije a mi pareja que se quedara con los chicos y él me dijo que no. El gobierno tomó a mis hijos, ni me consultó" (Mujer de nacionalidad europea).

"Cuando quedé detenida, todos mis conocidos se borraron, no tuve muchas opciones" (Mujer de nacionalidad peruana).

En esta sección se ha ofrecido un panorama sobre las características de los hogares de las mujeres encarceladas y de las plausibles consecuencias del encarcelamiento. Se ha visto que la mitad de los niños y niñas con la edad correspondiente no habitan en el penal con sus madres; sólo lo hacen aquellos que no contaban con redes familiares o sociales para su cuidado, motivo por el cual hay numerosos niños/as extranjeros/as en prisión. A su vez, los hogares se transforman a partir del

²⁸ CELS, Ministerio Público de la Defensa, y Procuración Penitenciaria de la Nación, Eds., Op.cit., p. 5.

²⁹ *Ibid.*, p. 21.

³⁰ Robertson, Oliver, Op. Cit.

encarcelamiento en arreglos que suelen ser temporarios, trayendo como consecuencia cambios en la escolaridad y el contexto social de los niños o niñas.

Por último, cabe destacar la alta vulnerabilidad de aquellos niños y niñas que quedan solos en el extranjero. La pérdida de información sobre sus familias es mayor en el caso de mujeres que residían en sus países de origen. En algunos casos señalan que no saben ni donde están sus hijos, ni a cargo de quién. Teniendo en cuenta estas articulaciones entre los hogares y el penal, el próximo apartado explora la vida de los niños y niñas menores de cuatro años que viven en prisión con sus madres.

5. CONDICIONES DE DETENCIÓN DE MUJERES, NIÑAS Y NIÑOS

La información más actualizada al cierre de este capítulo dice que los niños se encuentran viviendo en su mayoría en el Centro Federal de Detención de Mujeres (Unidad N° 31 situado en Ezeiza) y en menor medida en la Cárcel Federal de Jujuy (Unidad N° 22):

CUADRO 2: NÚMERO DE EMBARAZADAS Y MUJERES CON NIÑOS EN CÁRCELES FEDERALES

	U.3	U.13	U.22	U.23	U.31	Total
Embarazadas	0	0	1	0	16	17
Madres	0	0	9	0	36	45
Hijos	0	0	9	0	40	49

Fuente: Sistema Penitenciario Federal (SPF) Síntesis de la población penal femenina alojada al 13 de mayo de 2010.

Como la vida cotidiana de estos niños y niñas transcurre en las mismas condiciones de detención de sus madres, vale la pena resaltar algunos aspectos generales antes de abordar las problemáticas específicas de la infancia.

El estudio del CELS, la DGN y la PPN subraya ciertas características de la infraestructura carcelaria que pueden traer consecuencias en la calidad de vida de los niños y niñas que allí se alojan. Casi la totalidad de las mujeres que viven con sus hijos e hijas en prisión considera que las instalaciones no son apropiadas para los niños (92,9 por ciento).

En primer lugar, estas mujeres señalan las malas condiciones de infraestructura (64,3 por ciento). Al respecto, los informes recabados sobre las diferentes unidades del SPF destacan que en ambas unidades (31 y 22) las mujeres que viven con niños en el penal cuentan con celdas del mismo (reducido) tamaño que las demás mujeres. En la U...nidad 31 hay patios, pero el establecimiento penitenciario del norte del país no cuenta con espacios comunes.

En segundo lugar, la mitad de las mujeres con niños y niñas en prisión considera las instalaciones poco apropiadas debido al encierro en el que se encuentran. La vida cotidiana de la infancia transcurre signada por la lógica de control de los espacios y los cuerpos propia del recinto carcelario

y, como se analizará más adelante, los niños y niñas de mujeres extranjeras tienen muy pocas oportunidades de salir del penal.

El tercer factor que considera inapropiado un tercio de las mujeres es la inexistencia de espacios específicos para las actividades de los niños y niñas.

En relación con las condiciones generales de limpieza y alimentación de las cárceles federales, uno de los informes más recientes realizado por la PPN indica que el 71 por ciento del total de mujeres que habitan en la cárcel dice que es muy frecuente la presencia de distintas plagas en el lugar de alojamiento, tales como cucarachas, ratas y pulgas. Sumado a esto, la mayoría del total de mujeres encuestadas (el 76,4 por ciento) califica como mala la entrega por parte del SPF de elementos de limpieza para su alojamiento. Por esta razón, un cuarto de las entrevistadas se compran ellas mismas los productos (23,3 por ciento).³¹

Respecto de la situación de la alimentación y la provisión de productos básicos para la infancia, el estudio mencionado en el párrafo anterior indica que para el cuidado de los niños el penal les provee a las mujeres una cuna o cama, pañales y leche en cantidades insuficientes, y que no les ofrece vestimenta infantil. La alimentación para los niños es considerada mala o muy mala por la mitad de las mujeres que viven con sus hijos en el penal. Sostienen, además, que la comida es de mala calidad o está rebajada, y que son cantidades pequeñas para cada niño.³² Estas insuficiencias explican que los elementos indispensables para la crianza de niños y niñas se intenten conseguir por medio de familiares, otras internas o instituciones religiosas.

El momento de expansión de los hogares es un punto crítico que requiere de mayores recursos económicos para solventar sus gastos adicionales. Dentro de la cárcel, los dos mecanismos más utilizados para acceder a recursos económicos consisten en las pequeñas remuneraciones que reciben las mujeres en los talleres laborales dentro del penal, denominadas peculio, y los bienes que pueden proveer las visitas de familiares o amigos.

Sin embargo, el estudio identifica obstáculos específicos del grupo de mujeres extranjeras con niños y niñas en el penal para acceder a estas dos fuentes de bienes y recursos. De la población encuestada en el 2008, el 70,9 por ciento participa de algún taller o actividad laboral.³³ Sin embargo, uno de los mayores porcentajes de mujeres que no realizan ninguna actividad laboral (31,4%) se concentran en la Unidad 31, donde viven, como muestra el Cuadro 2, la mayoría de las mujeres con niños y niñas. De las mujeres que conviven con sus hijos en prisión, más de la mitad no realiza actividades laborales o educativas. Los principales obstáculos identificados se refieren a la ausencia en estas actividades de una estructura para el cuidado de los niños pequeños y a que, debido a su condición de extranjeras, no cuentan con la documentación necesaria para desarrollar tales actividades (en general CUIL o DNI).³⁴

Además de ser magros los ingresos obtenidos por las mujeres extranjeras por su trabajo en el penal, se destaca el menor contacto que tienen con redes sociales externas al mundo carcelario.

³¹ CELS, Ministerio Público de la Defensa, y Procuración Penitenciaria de la Nación, Op. Cit., 2011, pp. 65–104, pp. 14–15.

³² *Ibid.*, p. 15.

³³ CELS, DGN, PPN, Op. Cit., pág. 72.

³⁴ *Ibid.*, p. 8.

Las mujeres extranjeras reciben menor proporción de visitas, hecho observado tanto por la investigación que se ha citado en este excurso como por otros estudios sobre migrantes privadas de la libertad.³⁵ A su vez, las migrantes que no residían en la Argentina antes de su detención, viven un distanciamiento más radical del mundo social por fuera del penal. El informe destaca que el 74,4 por ciento de las mujeres entrevistadas de este grupo nunca recibió ninguna visita, y el 93 por ciento no recibe visitas habitualmente. Así, se subraya que la última dimensión que conforma el aislamiento de las mujeres extranjeras sin residencia en la Argentina consiste en su aislamiento institucional, ya que el 35 por ciento de ellas nunca fueron visitadas por su consulado o embajada.³⁶

El distanciamiento de la realidad extra carcelaria que experimenta el grupo de mujeres extranjeras va a repercutir en la vida cotidiana de los niños y niñas de dos maneras interrelacionadas. En primer lugar, las extranjeras con niños y niñas en prisión reciben menos visitas y suelen acceder en menor proporción a los talleres laborales (y por consiguiente al cobro del peculio), razón por la cual dispondrán de menos recursos y bienes para solventar la calidad de vida de sus hijos e hijas en el penal.³⁷ Este acceso limitado a ingresos se refleja en que sólo un reducido número de mujeres con hijos en prisión complementa las provisiones del SPF por medio de compras en la proveeduría. En suma, la conjunción de falta de acceso a ingresos por medio del trabajo y a bienes por medio de redes sociales, es lo que caracteriza las posibilidades más restringidas de cuidado de los niños y las niñas que viven con las mujeres extranjeras.

En una lógica perversa, a su vez, los lazos con el mundo social externo, tan relevantes para las mujeres presas con sus hijos, constituyen uno de los principales objetos de sanción del servicio penitenciario. El capítulo del estudio que se refiere a las dinámicas de violencia en las cárceles federales de mujeres³⁸ muestra que, comparando la Unidad 31 con el resto de las del sistema federal, las sanciones más aplicadas son las que implican la suspensión de los vínculos con el exterior. Las sanciones se focalizan en el ejercicio de la maternidad por fuera del penal y pretenden impedirles a las mujeres mantener el contacto con sus hijos e hijas a través de los llamados telefónicos o de las visitas (ya que son los hijos aquellos a los que más llaman por teléfono y quienes más visitan a las mujeres de esta unidad).

Este estudio señala que las formas de castigo dirigidas a las extranjeras con niños y niñas en prisión suelen referirse al incremento del aislamiento social e institucional.³⁹ Aún cuando estas sanciones se aplican a las mujeres, repercuten en el poco contacto que cultivan los niños y niñas que habitan con ellas en prisión con sus familiares que están afuera. Paradójicamente, van a ser justamente estas personas que viven por fuera del mundo carcelario las que se harán cargo de su cuidado cuando los niños y niñas cumplan cuatro años.

³⁵ Pacecca, Op.Cit.

³⁶ CELS, Ministerio Público de la Defensa, y Procuración Penitenciaria de la Nación, Op.cit., p. 27.

³⁷ Bienes como alimentos, vestimenta, y artículos de higiene que, como destaca el informe, debido al insuficiente suministro de la administración penitenciaria, deben conseguirse por otra vía para mejorar la vida cotidiana dentro del penal. *Ibid.*

³⁸ CELS, Procuración Penitenciaria de la Nación, y Defensoría General de la Nación, Eds., «La economía política de la violencia en cárceles federales de mujeres». 2009.

³⁹ *Ibid.*, p. 27.

En resumen, las investigaciones aquí citadas indican que la vulnerabilidad de este grupo de mujeres y sus hijos e hijas se vincula con su aislamiento de redes sociales por estar lejos de sus lugares de origen, su escaso anclaje institucional con consulados o embajadas, y los mecanismos de castigo utilizados en los penales con pabellones de madres que tienden a coartar los vínculos familiares de las detenidas. Esta dinámica del tratamiento carcelario que reciben las mujeres extranjeras trae consecuencias directas en la vida de la infancia que se encuentran allí. Por un lado, las mujeres extranjeras cuentan con menores recursos económicos para solventar los gastos de la unidad familiar y, por otro, carecen de las redes sociales e institucionales que puedan incidir positivamente sobre la calidad de vida de los niños. Lo que trae como secuela, por consiguiente, la reclusión constante de los niños y niñas migrantes dentro del penal o de hijos e hijas de mujeres extranjeras.

Uno de los datos más contundentes que aporta la investigación citada es que de las catorce mujeres con niños entrevistadas que habitaban la Unidad 31 del SPF, diez informaron que habitualmente sus hijos no salen de la cárcel, y muchos de ellos conocen el mundo exterior solamente a través de los traslados de sus madres al juzgado.⁴⁰ Dados los pocos vínculos externos que pueden cultivar, la mayoría de estas mujeres simplemente no cuenta con alguien que pueda sacar de paseo a sus hijos fuera de la unidad. Así lo relata una mujer de nacionalidad peruana que reside en la Unidad 31:

“Si tuviera otra oportunidad mi hija no estaría encerrada conmigo. Mi hija no sabe mucho de la calle. Sólo conoce las calles por los traslados al juzgado. Cuando llegó al penal tenía un año y cuatro meses, y la semana que viene cumple cuatro años”.⁴¹

Ahora bien, se pueden vincular estos datos sobre el aislamiento social e institucional de los niños y niñas extranjeros con las nociones implícitas sobre las relaciones materno-filiales descriptas en el apartado 1. La perspectiva biologicista que acentúa exclusivamente el vínculo biológico entre la madre y sus hijos e hijas, conlleva el aislamiento social e institucional de quienes viven su primera infancia en prisión.

Dicho esto, del pequeño grupo de niños y niñas que salen del penal, algunos suelen hacerlo con su progenitor o la pareja de su madre, y otros, generalmente niños procedentes de otras nacionalidades, lo hacen acompañados de individuos desconocidos por sus madres y pertenecientes a organizaciones religiosas.⁴² El accionar de grupos religiosos en relación a los niños, y especialmente a las niñas que viven en prisión, constituye un punto poco explorado en la literatura existente. Aún con poca frecuencia, éstos son mencionados en momentos pivotaes o bisagra de la vida de estos niños, como pueden ser las posibilidades de darlos a familias sustitutas durante la restricción de la libertad de la madre, o las salidas al exterior sin control del SPF o de las detenidas,⁴³ tema que ha provocado protestas en la Unidad 31.

⁴⁰ CELS, Procuración Penitenciaria de la Nación, y Defensoría General de la Nación, *Op.cit.*, p. 22.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Ibid.*

El trabajo realizado por organizaciones religiosas en el penal (especialmente en la Unidad 31) aparece vinculado en algunos testimonios con las propuestas que recibieron algunas mujeres extranjeras de dar a sus hijos en adopción. La investigación referida al ejercicio de la maternidad en prisión muestra que de las catorce mujeres entrevistadas viviendo con niños en prisión, solamente dos relataron situaciones en donde organizaciones evangelistas se ofrecieron a sacar a pasear a los niños que no tienen posibilidades de salir del penal y también a brindarles familias sustitutas.⁴⁴ Los relatos de las mujeres extranjeras dicen lo siguiente:

"Unas 'hermanitas' que creo que son testigos de Jehová me lo sugirieron, pero no confío que cuando salga me la van a dar a mi hija nuevamente" (Mujer de nacionalidad peruana).
 "Me sugirieron dar a la nena en adopción durante el tiempo que estaba detenida 'por el bien de ustedes'. Me sugirieron que se quede con una familia evangelista" (Mujer de nacionalidad española).

Cabe destacar que, por lo general, las mujeres no conocen a las personas pertenecientes a organizaciones religiosas que se llevan a sus hijos a realizar "paseos", y estas salidas carecen de control estatal,⁴⁵ hecho que en ciertas ocasiones ha producido tensiones y protestas colectivas. Este punto releva una contradicción institucional respecto del ejercicio del control carcelario. Mientras que el SPF regula y limita toda interacción entre el afuera y el adentro en el caso de la población de mujeres encarceladas, estos niños que salen del penal con organizaciones religiosas lo hacen bajo poca o ninguna regulación o supervisión por parte de los agentes estatales.

La falta de recursos y bienes provistos por redes sociales no solamente afecta la estancia de los niños durante su vida en el penal, sino que constituye una fuente de vulnerabilidad a la hora de salir del penal sin que sus madres hayan terminado su condena. Es así que el informe indica que casi la mitad de las mujeres entrevistadas con hijos no saben con quién ni dónde irán a parar esos niños cuando cumplan cuatro años sin que ellas hayan recuperado la libertad.⁴⁶ También se destaca que ninguna de estas mujeres recibió asesoramiento institucional respecto de esta situación.

El aislamiento social de los niños y niñas que habitan en cárceles está aparejado a la vulnerabilidad de los niños mayores de cuatro años. Para este segundo grupo, su expulsión de la cárcel constituye la primera salida extendida que realizan por fuera de su mundo cotidiano intramuros. Al respecto, es necesario recordar que en el apartado anterior se subrayó un incremento de la institucionalización de los hijos de las personas encarceladas.

Retomando las dos perspectivas presentes en la normativa, ya se había mencionado que la visión biologicista tiene como consecuencia en su implementación el aislamiento social e institucional de los niños menores de 4 años que habitan las cárceles. Debido a su aislamiento, dichos niños se

⁴⁴ *Ibid.*, p. 10.

⁴⁵ CELS, DGN, PPN, *Op. Cit.*, p. 186.

⁴⁶ *Ibid.*, pp. 186, 158-161.

encuentran en una situación de desamparo al ser mayores de 4 años. La concepción normativa que acentúa el ambiente de socialización después de los cuatro años en detrimento del vínculo con la madre, trae como consecuencia la indefensión de los niños que no imaginan ni conocen un mundo social por fuera de la realidad carcelaria.

Este escenario se complejiza aún más para el caso de las mujeres extranjeras con niños. La Ley de Migraciones 25.871 posibilita la expulsión de las extranjeras no residentes en el país al cumplir la mitad de la condena (artículo 64), dándose de ese modo por cumplida la pena impuesta originariamente por el tribunal competente.⁴⁷ Sin embargo, suele señalarse que “para una persona extranjera con residencia en Argentina, la orden de expulsión, con su consiguiente prohibición de reingreso, puede significar el desmembramiento de su vida social o familiar. Inversamente, para un extranjero sin residencia previa la orden de expulsión puede significar el fin del aislamiento”.⁴⁸

Ahora bien, como la pena y expulsión de las mujeres y la situación de los niños se tratan como temáticas independientes, los tiempos de las expulsiones pueden no coincidir con la salida de los niños del penal, situación que explica una detenida peruana entrevistada para la investigación realizada por el CELS, la PPN y la DGN:

“Mi hija cumple los cuatro años un tiempo antes [de su expulsión]. Me deberían dejar a mi hija hasta el 20 de agosto de 2008 que es cuando me voy a Perú por Ley de Migraciones [trámite de expulsión]”.

Al no concebir a las dos personas involucradas como una unidad familiar u hogar, no se considera la situación de ambas en conjunto, lo cual puede dar lugar a que la mujer sea expulsada de la Argentina pero su hija permanezca sola por fuera de la institución carcelaria y a continuación sea institucionalizada debido a la falta de progenitores que puedan hacerse cargo de ella.

Distintos estudios explican que la expulsión da básicamente dos alternativas a los niños que crecieron en el país donde su madre es encarcelada —tanto a quienes habitan dentro del penal como a los que continuaron sus vidas extra muros—. Una posibilidad es la de mudarse al país de procedencia de su madre recién deportada y aprender a vivir en una sociedad nueva al tiempo que se adaptan a tener una madre de tiempo completo. La segunda es permanecer en su país de residencia asumiendo una separación prolongada o permanente de su progenitora anteriormente encarcelada.⁴⁹ En ambos casos es central insistir en el derecho a la vida familiar tanto de las madres como de los niños y niñas en el contexto de la migración y de la privación de la libertad.

Ya que este trabajo intenta problematizar las oposiciones entre los intereses de las mujeres en prisión y la de los niños y niñas que con ellas residen, es relevante para el argumento relatar un último punto. A partir de la obstaculización del acceso al trabajo y de los vínculos con el mundo externo, la

47 Pacecca, Op.Cit.

48 *Ibid.*, p. 9.

49 Robertson, Op.Cit., p. 44.

lógica penitenciaria reduce a las mujeres con hijos al exclusivo ejercicio de la maternidad dentro del penal. Como corolario, reciben un trato diferenciado que se manifiesta tanto en las formas de castigo como en las expectativas sobre su conducta y accionar.

Las mujeres encarceladas relatan que a las mujeres con hijos pequeños se las trata con más respeto y que se ejerce menos violencia física directa sobre sus cuerpos. Al mismo tiempo, realizan menos actividades tanto laborales como educativas, tienen menor contacto con el mundo exterior al penal y las sanciones que reciben buscan potenciar este menor contacto y, a su vez, comparten sus reducidas celdas con sus hijos. En este sentido, las mujeres extranjeras son limitadas a ser "madres de tiempo completo". Madres pero solas, sin el capital social e institucional necesario para el sostén de dicho vínculo. Esta visión biologicista posiciona a las mujeres extranjeras como "madres de tiempo completo" y conlleva el progresivo aislamiento de los niños pequeños: en este esquema, supuestos sujetos privilegiados. Así, los niños se desarrollan en un ambiente en donde casi no hay varones, con escasos lazos con sus padres, hermanos o hermanas y otros familiares que posiblemente los acojan cumplidos sus cuatro años.⁵⁰

Dadas estas condiciones generales en que transcurre la vida de los niños en prisión, a continuación se subrayan algunos puntos sobre los servicios diseñados para ellos.

6. EDUCACIÓN Y SALUD PARA NIÑAS Y NIÑOS EN EL ENCIERRO

La Unidad 31 es la única cárcel federal que cuenta con un jardín maternal, servicio que no existe en la Unidad 22 del norte del país. Se acentúa, en este último caso, el hacinamiento y la falta de estímulos para el desarrollo de los niños que allí habitan.

Con respecto a la salud, el informe del CELS, la DGN y la PPN subraya que las mujeres con hijos entrevistadas afirman que los niños y niñas reciben controles médicos y que en las oportunidades en que las solicitan asistencia suelen recibirla, tanto dentro como fuera del penal; esto último sólo en caso de ser necesario debido a alguna complejidad, ya que el servicio de salud dentro del penal es básico. A pesar de ello, sólo un tercio de las mujeres ha calificado esa atención como buena. En este sentido, algunas investigaciones revelan que durante el año 2008 las mujeres alojadas en la Unidad 31 llevaron a cabo medidas de protestas colectiva (huelgas de hambre y presentaciones judiciales) para denunciar la falta de asistencia médica para la población en general y para las/os niñas/os en particular.⁵¹

Ahora bien, el análisis de las lógicas de violencia dentro de las cárceles federales para mujeres pone de manifiesto que la atención de la salud de los niños está supeditada a las condiciones de detención que incluyen, en las cárceles de la zona metropolitana del Gran Buenos Aires, lógicas violentas. En estas circunstancias, la presencia de los niños en prisión puede articularse con procesos de violencia institucional. Dicha interacción, relata el informe,⁵² es propia de la Unidad 31, que comparte con las unidades de la zona metropolitana niveles más elevados de violencia física y, a su vez, es el

⁵⁰ Varela, Op.cit.

⁵¹ CELS, Procuración Penitenciaria de la Nación, y Defensoría General de la Nación, Op.cit., pp. 16-17.

⁵² *Ibíd.*

principal espacio que aloja a niños menores de cuatro años con sus madres. El caso más paradigmático y actual que se menciona en dicho informe ocurrió durante el año 2009 y combina el ya mencionado accionar de organizaciones religiosas que proveen visitas y paseos a los niños que viven en prisión, con una protesta de las detenidas y el ejercicio de la violencia física por parte del SPF.

Según la denuncia presentada por la Procuración Penitenciaria de la Nación (PPN), el día 2 de noviembre de 2009 las detenidas en la Unidad 31 realizaron una protesta colectiva para solicitar la revisión médica externa de una niña migrante/boliviana presuntamente abusada sexualmente en su paseo por fuera del penal junto a ciertas organizaciones religiosas. A continuación se transcribe textualmente la sección correspondiente del informe referido:

"Este caso tuvo lugar mientras las detenidas en la Unidad N° 31 realizaban una protesta colectiva para solicitar la revisión médica externa de una niña que se sospechaba había sido abusada sexualmente durante un paseo con organizaciones religiosas. Frente a esta protesta, las mujeres alojadas en la planta de madres de la unidad fueron reprimidas de manera brutal por el cuerpo de requisa del penal, compuesto en su mayoría –para esa ocasión– por varones. Ingresaron con palos, escudos y manguera hidrante, pateando y empujando a las detenidas, arrastrándolas por el piso a ellas y a sus hijos. Algunas estaban junto a sus hijos cuando fueron golpeadas y empujadas, y una de las niñas resultó lastimada. Cabe resaltar que después de estos hechos durante varios días se denegó el acceso a las instancias de control, en este caso, a la Procuración Penitenciaria de la Nación"⁵³.

7. CULTURA "TUMBERA" Y POSIBILIDADES DE DENUNCIA

Una mujer peruana detenida en la Unidad 31, entrevistada para la investigación del CELS, la PPN y la DGN ya citada, afirmó: "Si tuviera otra oportunidad mi hija no estaría encerrada conmigo. Mi hija no sabe mucho de la calle. Sólo conoce las calles por los traslados al juzgado. Cuando llegó al penal tenía 1 año y 4 meses, y la semana que viene cumple 4 años". Como se identificó en los apartados anteriores, los niños tienen un contacto casi nulo con el mundo social por fuera del penal. El ambiente de su socialización primaria va a estar principalmente constituido por los pabellones carcelarios.

El encierro aparece, desde su mirada, como la única forma de organización de la vida social. Como expresa una de las mujeres extranjeras entrevistadas procedente de América Latina, "el daño psicológico de las rejas nunca más sale de la cabeza de ellos. La palabra 'celadora' se les graba".⁵⁴ Es en esos espacios cerrados a ojos de quienes suscriben este informe, donde estos niños pequeños aprenden los códigos, conductas, roles y expectativas de la vida social que ellos asocian exclusiva-

⁵³ Información parte de la denuncia realizada por la PPN en 9 de noviembre de 2009 en el Primer Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional de Lomas de Zamora. También citado en Tabbush y Gentile (2013, pág 14 y 15) "Emotions Behind Bar: Regulating Mothering in Argentine Jails", *Signs Journal of Women in Culture and Society*, Vol 39, No 1 (en prensa).

⁵⁴ CELS, Procuración Penitenciaria de la Nación, y Defensoría General de la Nación, Op.cit., p. 21.

mente con el recinto carcelario. Por ello, algunos autores los denominan “niños institucionalizados”,⁵⁵ o en palabras de las propias mujeres entrevistadas, “hijos tumberos”.

Estos niños son sometidos diariamente a las reglas y rutinas particulares de los penales. Se encuentran confinados a los pequeños espacios que habitan con sus madres, con poco lugar de juego o recreación, y además tienen que vestirse con ropas apropiadas al penal. Las rutinas carcelarias se extienden sometiendo también a los niños —por ejemplo, en la investigación se relatan los cinco casos de mujeres que han denunciado que sus hijos son requisados en el penal, en general por médicos del establecimiento carcelario—. Por ello mismo, muchos de sus juegos infantiles imitan los procedimientos de la custodia de sus madres, como por ejemplo los juegos de la requisa o la visita.⁵⁶ A modo de ejemplo, Varela (2009) reproduce el testimonio de una mujer de la Unidad 31 que relata como su “hija juega a contar internas, eso lo aprendió de la celadora que hace el recuento diario”.⁵⁷

Más aún, dadas las características verticalistas de las relaciones sociales al interior del penal y los momentos de dinámicas o procedimientos violentos, no es posible pensar que este medio social tendrá un efecto positivo en los niños. Una entrevistada para la investigación realizada por el CELS, la PPN y la DGN compara de la siguiente manera cómo afectó a uno de sus hijos, en comparación con los otros, el hecho de haber crecido en la cárcel:

“Mi hijo de 8 años nació en la Unidad y actualmente recuerda detalles de la detención. Recuerda que su madre era arrastrada y golpeada por el SPF. ‘Sufrió mucho’, sobre todo la separación. Le cuesta olvidarse de las ‘injusticias’. Mi hijo vio cuando dos internas se apuñalaron... Se nota que mi hijo es ‘tumbero’, es distinto del resto de mis hijos. Cuando viene a visitarme quiere quedarse con su mamá, no quiere estar en la calle. Parece un nene de 20 años, se expresa como un adulto, es más adulto que mis otros 2 hijos. Odia a la policía. ‘Duele su manera de hablar’ porque habla ‘frío’; pero conmigo es muy dulce, sólo conmigo”.

En relación con las posibilidades de denuncia, al ser posicionadas como ‘madres de tiempo completo’ la maternidad provee a las mujeres en prisión una de los anclajes de legitimación de sus denuncias y protestas. Por ejemplo, tomando en cuenta las condiciones de detención ya descritas, el informe de la PPN indica que un alto porcentaje de las denuncias ligadas a la salud y alimentación se concentran en la Unidad 31, donde están alojados la mayor cantidad de niñas y niños. Por su parte, la gran mayoría de las mujeres con hijos en prisión ha realizado pedidos o reclamos a la institución penal. Por ejemplo, en la Unidad 31 la mala alimentación constituye uno de los ejes principales de los reclamos colectivos de las mujeres, por “no ser acordes con las necesidades básicas de los niños y niñas” que se alojan allí.⁵⁸

⁵⁵ Varela, Op.Cit, p. 69.

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ CELS, Procuración Penitenciaria de la Nación, y Defensoría General de la Nación, Op.cit. p. 15.

Sin embargo, como pone en evidencia el caso de la protesta colectiva en torno al abuso de una niña boliviana, las mujeres extranjeras muestran menores niveles y posibilidades de reclamo y protesta. La mayoría de estas mujeres casi no tiene experiencia carcelaria previa, mantiene poco contacto con sus consulados y no residía en Argentina antes de ser detenida. Debido a estos factores, se observa un desconocimiento mayor de los reglamentos y sus posibilidades de acción para mejorar sus condiciones dentro del penal.

En resumen, existe un extenso debate en torno a si niños y niñas deben o no permanecer en la cárcel, y de ser así, a qué edad deberían marcharse. En lo que sí existe consenso es que, mientras permanezcan junto a las mujeres en prisión, sus vidas deberán asemejarse lo más posible a lo que serían en el mundo social externo a la cárcel. Por ello, ciertos autores resaltan que no deberían estar sometidos a las restricciones de libertad que se impone a otros residentes de la cárcel.⁵⁹ No obstante, aquí se observa que tanto los servicios diseñados para la educación y salud como la vida cotidiana de estos niños están atravesados por el ambiente carcelario, por sus vigilancias, sus formas particulares de castigo y sus relaciones asimétricas de poder. En estas circunstancias, es inevitable que el ambiente autoritario en el que se desarrollan estos niños tenga una incidencia negativa en el desarrollo de su persona y su futuro.⁶⁰

8. CONCLUSIÓN

A modo de cierre, el aporte realizado por este capítulo consiste en visibilizar las concepciones implícitas de la normativa que llevan a oponer los derechos de la infancia a los de las mujeres encarceladas. Estas concepciones tienden a promover ciertas vulnerabilidades que experimentan los niños, ya sean menores o mayores de cuatro años. Así, se puede observar que la visión biologicista del vínculo materno-filial posiciona a las mujeres extranjeras como 'madres de tiempo completo' y estimula el aislamiento social e institucional de los niños pequeños que habitan las cárceles argentinas. Luego del aislamiento, y cumplidos los cuatro años, se prioriza el ambiente de lo social y así, bajo una lógica nuevamente perversa, se divorcia a niñas y niños pequeños del único ambiente de socialización que han conocido. Al no haber cultivado los lazos sociales entre el adentro y el afuera, ni los contactos institucionales, estos niños que comienzan sus vidas fuera de la cárcel lo hacen en una situación de indefensión y exposición total.

Con el objetivo de desarticular la colusión planteada entre los intereses de las mujeres encarceladas y los de sus hijos, este trabajo se propuso analizar las concepciones normativas implícitas sobre la relación materno-filial, el contexto socio-político en el que se inscribe la vida de los niños migrantes en prisión, las vulnerabilidades silenciadas en la relación entre los hogares y la cárcel, y las condiciones de detención de los niños migrantes que se encuentran con sus madres en penales federales.

⁵⁹ Robertson, Op.Cit., p. 33.

⁶⁰ Varela, Op.Cit.

La normativa concibe el bienestar de los niños en un doble sentido. Primero, se priorizan los lazos biológicos con sus madres (no así con otros progenitores o familiares) en detrimento de los efectos (nocivos) del contexto carcelario. Esta visión posiciona a las mujeres extranjeras como 'madres de tiempo completo' y conlleva el progresivo aislamiento de los niños pequeños. En contraste, en un segundo momento privilegia un ambiente de socialización fuera del penal. Dicha acentuación del ambiente de desarrollo de los niños se realiza a expensas del vínculo primario que, paradójicamente, la normativa cultivó exclusivamente con su madre biológica. Es así que esta doble visión del bienestar de los niños tiene consecuencias directas en calidad de vida de los niños migrantes.

En paralelo, los hogares de las mujeres extranjeras sufren un shock en sus ingresos por la falta de su principal aporte económico y, para adaptarse a la nueva situación, es posible que se desarticulen en búsqueda de nuevos arreglos sociales para su supervivencia. Los niños migrantes que continúan sus vidas en la sociedad externa al penal lo hacen en varias ocasiones en arreglos de cuidado temporales, lo que acarrea una serie de vulnerabilidades en términos de cambios de escuela, de grupos familiares y de área geográfica.

De esta manera, la puesta en práctica de la concepción biologicista del vínculo de mujeres y niños presente en la visión normativa sobre el bienestar de los niños de mujeres encarceladas termina extendiendo a los niños el castigo que se aplica a las mujeres encarceladas. En las palabras de una de las extranjeras entrevistadas para la investigación realizada por el CELS, PPN, DGN: "el bebé se va a quedar 2 años y 3 meses en prisión... Me están castigando a mí y al bebé también (nacionalidad europea)".

Entonces, la perspectiva individualista, que pone la lupa ya sea en los intereses de las mujeres o en los de los niños, se traduce en antagonismos e imposibilita vislumbrar las interconexiones entre ambos intereses. Un ejemplo paradigmático consiste en el tratamiento paralelo de la posibilidad de retorno de las extranjeras a sus países de origen, y la edad límite hasta la cual pueden vivir sus hijos con ellas en prisión. La falta de una visión del hogar y, en especial, del principio de interés superior del niño en el análisis de las interdependencias de los miembros de la familia, puede conllevar que los niños migrantes queden institucionalizados en la Argentina mientras sus madres son expulsadas a sus lugares de procedencia.

RECOMENDACIONES



RECOMENDACIONES

La investigación desarrollada en el marco de este proyecto permite delinear una serie de recomendaciones dirigidas a profundizar la protección de los derechos de la niñez en el contexto de la migración en Argentina. Estas recomendaciones están organizadas en torno a algunas temáticas generales y están dirigidas a los organismos públicos, tanto a nivel nacional como provincial y municipal, como a instituciones de la sociedad civil. Estos temas son: (i) coordinación Interinstitucional, (ii) difusión de la ley 25.871 y los derechos de la niñez migrante, (iii) adecuación normativa, (iv) acceso a derechos, y (v) integración social y prevención de la xenofobia.

1. COORDINACIÓN INTERINSTITUCIONAL

La implementación efectiva de la Ley de Migraciones y en particular de los derechos de las personas migrantes y de la infancia y adolescencia en el contexto de la migración, requiere, en primer lugar, del diseño de políticas adecuadas de implementación así como de la modificación de prácticas enraizadas al interior de diversos organismos y sus operadores. En ocasiones se trata de normas inferiores a la Ley de Migraciones (resoluciones, disposiciones, decretos), que sustentan prácticas contrarias a los derechos reconocidos en aquella; en otras, son prácticas de los distintos operadores (apoyadas, con frecuencia, en prejuicios y mitos ampliamente extendidos) sin fundamento empírico o normativo alguno. Por lo tanto, es fundamental inaugurar un espacio de diálogo e interacción permanente entre una amplia gama de organismos públicos en distintos niveles.

En este sentido, es oportuno efectuar las siguientes recomendaciones:

- Al Estado Nacional, la promoción de iniciativas dirigidas a asegurar que todas las provincias recepten, implementen y cumplan la ley 25.871.
 - Al Estado Nacional, que impulse, en ámbitos bilaterales, regionales y multilaterales, iniciativas para que los Estados de origen de los y las migrantes faciliten el acceso a la documentación de identidad de sus nacionales que habitan o deseen habitar en Argentina, así como a otra documentación necesaria para el ejercicio de sus derechos.
 - Al Estado Nacional, que promueva de la gestión de la documentación de identidad argentina de los niños y niñas migrantes y/o de su padres/madres migrantes a fin de que no encuentren obstáculo alguno en las prácticas institucionales, para de ese modo acceder a todos los derechos sociales que la legislación argentina les reconoce.
 - A los Estados provinciales, que diseñen mecanismos para asegurar que la Ley de Migraciones permee las distintas instancias públicas y privadas en toda su jurisdicción.
- Asimismo, se invita a los Estados provinciales a replicar la experiencia de trabajo de las Mesas Interinstitucionales.
- A los organismos públicos de áreas claves para el acceso a derechos (ministerios de salud, educación, desarrollo social, registro civil, etc.), se recomienda la coordinación de diversas ini-

ciativas entre sus referentes nacionales, provinciales y municipales, a fin de difundir y garantizar los derechos de migrantes, así como capacitar a los efectores. En particular, deberían pensarse protocolos de actuación conjunta que permitiera la intervención de organismos especializados en la protección de la niñez.

- A los organismos competentes de los poderes ejecutivos (a nivel nacional, especialmente el Ministerio del Interior; a nivel provincial, desde las propias gobernaciones), en coordinación con otros, que diseñen propuestas dirigidas a los poderes legislativos a fin de trabajar los cambios normativos necesarios para adecuar las distintas normativas que contradicen la Ley de Migraciones y tratados de derechos humanos, como la *Convención sobre los Derechos del Niño* y la *Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*.

2. DIFUSIÓN Y CAPACITACIÓN EN TORNO A LA LEY 25.871 Y DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ MIGRANTE EN EL CONTEXTO DE LA MIGRACIÓN

Este Informe muestra, entre las varias cuestiones presentadas, la ausencia de políticas públicas dirigidas a difundir el contenido de la Ley de Migraciones y a capacitar y sensibilizar a los organismos encargados de aplicarla. Esto, en muchas ocasiones, se traduce en prácticas que restringen o deniegan el acceso a derechos.

Las siguientes recomendaciones constituyen, por tanto, no sólo un objetivo en sí mismas, sino que debieran hibridar el resto de las propuestas que se incluyen en este epígrafe:

- Al Estado Nacional, la elaboración de una amplia política dirigida a difundir el contenido de la Ley de Migraciones, particularmente los derechos de las personas migrantes y las obligaciones de los organismos públicos al respecto.
- A los Estados provinciales, por su parte, difundir el contenido de la ley y los derechos de las personas migrantes, tanto en coordinación con el Estado nacional como a través de iniciativas propias.

En esta difusión, se recomienda tener particularmente en cuenta que:

- Estas campañas de difusión deberían estar dirigidas a los organismos públicos del Estado nacional, provincias y municipios, a la sociedad en general y a las comunidades migrantes en particular.
- Los medios de comunicación masivos y comunitarios, así como los diferentes canales de información pública y de organizaciones de la sociedad civil, deberían estar incorporados a la planificación de estas campañas.
- Los derechos de la infancia y la adolescencia en el contexto de la migración, que emanan tanto de la Ley de Migraciones como de otras normas vigentes, nacionales y supranacionales, deberían estar específicamente incluidos en las iniciativas de difusión.
- Diferentes organismos públicos (Dirección Nacional de Migraciones y delegaciones, ministerios de salud, educación y trabajo, autoridades de infancia y adolescencia, entre otros), así como organizaciones sociales (incluidas, organizaciones de migrantes) deberían participar activamente en el diseño de estas campañas y en su implementación.

De igual manera, se recomienda al Estado (nacional, provincial y municipal):

- El diseño de programas de capacitación de funcionarios y empleados públicos de diferentes áreas en temas de derechos humanos y de migrantes y niñez, comenzando primeramente por una estrategia de sensibilización. Especialmente, la capacitación y formación debería incluir:

- ministerios de salud (y sus respectivas áreas y programas), hospitales, centros de salud (profesionales, autoridades, personal administrativo);
- ministerios de educación (y sus respectivas áreas y programas), escuelas públicas, universidades;
- ministerios y secretarías de acción / desarrollo social, así como sus respectivos organismos dependientes (ej., Comisión Nacional de Pensiones Asistenciales); autoridades (ministerio, secretarías, etc.) del trabajo;
- Registro Civil y sus dependencias en todo el país;
- Dirección Nacional de Migraciones, en todas sus dependencias del país;
- Registro Nacional de las Personas;
- fuerzas de seguridad, en particular las integrantes de la policía migratoria auxiliar;
- poder judicial, a nivel federal, provincial y local;
- poderes legislativos, a nivel nacional, provincial y municipal;

En particular en el ámbito de la salud, las campañas de difusión y capacitación deberían desarrollarse mediante acciones a corto, mediano y largo plazo para prevenir violaciones a este derecho en lo inmediato, pero también para asegurar la formación de profesionales y empleados debidamente informados, capacitados y sensibilizados sobre los derechos de las personas migrantes y en particular de la niñez.

- Estas acciones podrían incluir, entre otras, la incorporación de la temática de migraciones y derechos humanos en la formación de operadores de distintos niveles (profesionales, administrativos, etc.) de la salud y de la educación.
- La participación de personas migrantes en el diseño e implementación de políticas y programas sanitarios, no sólo como profesionales de la salud sino también, por ejemplo, como intérpretes lingüísticos y culturales (facilitadores interculturales), pueden propiciar no sólo un acceso equitativo a la salud sino también un accionar intercultural.
- En el ámbito de la educación, a su vez, es necesaria una amplia política de difusión de la Ley de Migraciones así como sobre las migraciones en general y de los derechos de las personas migrantes en particular, y la incorporación de estos temas en los contenidos de las currículas de formación de docentes y los estudiantes.
- Es importante que se realicen campañas sobre los efectos del trabajo infantil en articulación con las comunidades migrantes.
- Los Estados y las organizaciones de la sociedad civil vinculados a la temática de la infancia y adolescencia, deberían promover estudios más sistemáticos sobre la migración en Argentina y sobre la situación particular de la infancia migrante e hijos/as de migrantes. Sería importante, en este punto, que se impulsaran estudios y se produjera información destinada a conocer (y

deconstruir) las bases en que se sustentan diversos mitos: el "turismo de transplante", los "ómnibus", "onco-tours" que traería personas extranjeras para atenderse en salud, etc.

3. ADECUACIÓN NORMATIVA

Pese al cambio de enfoque y de política que supuso la sanción de la Ley de Migraciones, resta una importante actividad de adecuación de normas (leyes, decretos, resoluciones) que, en contradicción a la ley 25.871, establecen restricciones ilegítimas a los derechos de las personas migrantes, tanto en razón de su nacionalidad como de su condición migratoria. Por ello, resulta esencial promover la adecuación de estas normas a la ley 25.871 y a otras que resulten aplicables, a fin de dar coherencia al marco jurídico vigente.

En este sentido, se recomienda:

- Un examen de la Ley de Migraciones, de su reglamentación y de las disposiciones y resoluciones inferiores que la aplican, así como un examen de toda su implementación a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño y de la ley N°. 20.061 (*Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes*) a fin de asegurar una perspectiva de niñez en las políticas migratorias. Entre otras cuestiones, debería garantizarse expresamente la aplicación del principio de interés superior del niño en todos los casos sobre niñez migrante, así como el respeto del principio de no detención de niños/as por su estatus migratorio o el de sus padres, y asegurar la no expulsión de niños migrantes a través de medidas de naturaleza punitiva. En particular, debería protegerse muy especialmente el rechazo en frontera de niños, niñas y adolescentes no acompañados.
- Al Estado, a nivel nacional, provincial y municipal se recomienda el examen de la legislación vigente en una diversidad de materias, en particular aquellas que legislan el reconocimiento y acceso a derechos, a fin de verificar que no haya restricciones a derechos reconocidos en la Ley de Migraciones y en los tratados de derechos humanos.
- De igual manera, los poderes ejecutivos deberían revisar la reglamentación vigente en sus respectivas esferas (decretos, disposiciones, resoluciones) a fin de dejar sin efecto las normas que contradigan los derechos reconocidos en la Ley de Migraciones. A modo de ejemplo, se recomienda al Estado nacional la revisión y adecuación de los decretos que reglamentan el acceso a pensiones no contributivas, así como las resoluciones emitidas por el INCUCAI en torno a los requisitos para personas extranjeras.
- En estos procesos de evaluación y reforma del marco jurídico, debería garantizarse la participación de organizaciones de la sociedad civil y, particularmente, la de aquellas representativas de las comunidades migrantes.
- Finalmente, se recomienda al Estado cumplir los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia y otros tribunales que han declarado la inconstitucionalidad de leyes o decretos que niegan o restringen de manera ilegítima los derechos de las personas migrantes (por ejemplo, la sentencia en el caso "R. A., D. c/Estado Nacional", 04/09/2007), y diseñar estrategias de difusión colectiva para evitar el dispendio de actividad (administrativa, judicial) para cada caso concreto, que redundan en demoras en el acceso a derechos básicos de poblaciones en situación de vulnerabilidad.

4. ACCESO A DERECHOS

Este informe describe prácticas que, contra lo que establece la Ley de Migraciones, suponen una restricción irrazonable o ilegítima a los derechos de las personas migrantes. Esta circunstancia requiere la definición de políticas destinadas a asegurar la implementación de prácticas respetuosas del marco de derechos humanos vigente. En este sentido, se recomienda:

- Al Estado nacional y a las provincias, adoptar las medidas correspondientes para asegurar la efectiva y plena aplicación de la ley en todos y cada uno de los organismos de la administración pública; en particular, la obligación de brindar orientación y asesoramiento respecto de los trámites para regularizar la situación migratoria.
- En igual sentido, las máximas autoridades judiciales de cada jurisdicción deberían adoptar las medidas pertinentes a fin de que los tribunales de justicia conozcan la ley y velen por su cumplimiento en clave de derechos humanos de las personas migrantes. Una capacitación en este sentido o instancia de formación en el marco de las escuelas judiciales y otras instituciones de formación se perfila como prioritaria.
- En el diseño, implementación y evaluación de las políticas públicas que impactan en los derechos de la población migrante (políticas migratorias, de infancia, salud, educación, etc.), se recomienda a los organismos competentes a nivel nacional, provincial y municipal la promoción y facilitación de la participación de las organizaciones de la sociedad civil, entre ellas, organizaciones de migrantes, organismos de derechos humanos, instituciones de apoyo y asistencia a la población migrante, centros académicos, organismos internacionales, etc.
- Asimismo, debería promoverse la atención específica (o profundizar la existente, en su caso) de la cuestión de los derechos de las personas migrantes por parte de organismos públicos dedicados a la promoción y protección de los derechos humanos (defensorías del pueblo, secretarías de derechos humanos, etc.).

4.1. Acceso a derechos sociales y culturales en particular

Se recomienda:

- A los Ministerios de Salud y Educación, el diseño e implementación de mecanismos dirigidos a garantizar los derechos contenidos en los artículos 7 y 8 de la Ley de Migraciones y su reglamento (que establece esta obligación a cargo de los mencionados organismos) y, por ende, asegurar el acceso en igualdad de condiciones a esos derechos para todas las personas migrantes. Estas medidas deberían incluir:
 - La elaboración de normas y disposiciones que se ajusten a la normativa migratoria.
 - El diseño de mecanismos de monitoreo y sanción para el caso de incumplimiento en las obligaciones que emanen de aquellas normas y disposiciones.
 - Iniciativas de difusión, capacitación y sensibilización.
- A las autoridades en materia de desarrollo social, un reexamen de las prácticas y disposiciones que regulan el acceso a planes y políticas sociales, en particular de la seguridad social, a fin de

evitar requisitos discriminatorios basados en la nacionalidad o situación migratoria de la persona.

- Al Estado nacional y a las provincias, se recomienda la promoción e implementación activa de políticas y programas de integración social, entre migrantes y nacionales, concebidos desde un enfoque de derechos humanos que contemple una perspectiva de diversidad, interculturalidad, niñez y género. Las currículas escolares, en este sentido, deberían incluir una visión pluricultural respetuosa de las diversas historias nacionales y culturales que puedan estar representadas en el espacio del aula.
- Al Estado nacional, el desarrollo, junto con los gobiernos provinciales y locales, de políticas públicas destinadas al ejercicio de los derechos culturales de niños, niñas y adolescentes sin discriminación alguna, en especial iniciativas recreativas, deportivas y culturales dirigidas a adolescentes migrantes, que se desarrollen en los barrios donde residen y que cuenten con el apoyo insustituible de las organizaciones territoriales de migrantes.

4.2. Garantías de debido proceso y derecho a la vida familiar

Se recomienda:

- A las autoridades migratorias, en concordancia con otras competentes, el diseño de protocolos de actuación para aplicar en todos los casos que involucren a niños, niñas o adolescentes migrantes e hijos de migrantes, a fin de asegurar la debida atención al interés superior del niño al momento de decidir el ingreso, permanencia, o eventual expulsión de una persona.
- Los derechos de la niñez, entre otros, a ser oído, al debido proceso y a la vida familiar, deben ser tenidos especialmente en cuenta en todos los procedimientos migratorios, incluidos aquellos que versen sobre sus padres.
- Al Estado nacional, las provincias y los municipios, promover la creación de nuevos patrocinios jurídicos gratuitos debidamente capacitados en derechos de migrantes, y particularmente de niños, niñas y adolescentes migrantes.
- Al Estado (en todas sus jurisdicciones y niveles), promover la gratuidad de las tramitaciones administrativas, especialmente la derogación del pago de la tasa que se cobra para interponer recursos administrativos en la órbita de la Dirección Nacional de Migraciones. Entretanto, el Estado debería implementar iniciativas que favorezcan la difusión de los mecanismos previstos para exonerar a aquellas personas que no pueden afrontar los pagos referidos.
- A la Dirección Nacional de Migraciones se recomienda el análisis, en cada caso de expulsión, de la situación familiar, contemplando especialmente si la expulsión afecta la unidad familiar de la persona expulsada y, junto con ella, los derechos de los hijos e hijas. En este sentido, debe tener en cuenta que la mera suspensión de la orden de expulsión no resuelve ni garantiza, de fondo, el derecho a la vida familiar ni el interés superior del niño/a.
- A la Dirección Nacional de Migraciones y a los poderes judiciales competentes: se debe garantizar a las personas que son expulsadas (y a los niños y niñas cuyos padres estén sujetos a una orden de expulsión) el derecho a ser oído y otros derechos del debido proceso, que permitan

conocer su opinión respecto de la afectación de la medida de expulsión sobre la unidad familiar.

A la Dirección Nacional de Migraciones: elaborar claras directivas, públicas (y capacitar en consecuencia), dirigidas al personal en frontera para el abordaje en clave de derechos de la infancia y la adolescencia migrante. En este aspecto, debe tener particularmente en cuenta el caso de niños, niñas o adolescentes solicitantes de asilo o posibles beneficiarios de criterios de radicación humanitaria.

- A los tribunales de justicia y las áreas competentes del poder ejecutivo: se recomienda que deberían ser debidamente capacitadas sobre los derechos de la niñez en el contexto de separaciones entre cónyuges (de hecho y de derecho) que pudieran afectar a sus hijos/as en el caso de traslado del padre o la madre a otro país. Asimismo, debería avanzarse en la implementación de canales de comunicación formales y ágiles entre las instancias que, desde distintos países, debieran intervenir en estos casos.

En este sentido y para todas las recomendaciones, deberían diseñarse mecanismos que obliguen a considerar el interés superior del niño/a.

4.3 Inscripción del nacimiento y radicación de niños/as

Se recomienda:

- A las autoridades nacionales, en particular del Registro Civil, la adopción de las medidas necesarias (entre ellas, difusión de información, mecanismos de control, medidas sancionatorias a sus funcionarios y empleados) para garantizar que todas sus dependencias del país cumplan de manera plena con el derecho de todo/a niño/a a la inscripción del nacimiento, a un nombre y una nacionalidad, con independencia de la nacionalidad y condición migratoria de sus padres.

En este sentido, la articulación entre Estado nacional, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires resulta esencial para garantizar el cumplimiento de estas obligaciones.

5. PROTECCIÓN DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA FRENTE AL TRABAJO

Amén de todo lo dicho, se recomienda en particular:

- Profundizar, a través de inspecciones en lugares de trabajo, los controles y monitoreos para detectar situaciones de trabajo infantil y especialmente la utilización de niños y niñas migrantes, por debajo de la edad mínima permitida, en empleos y otras actividades que no respeten la normativa sobre prohibición de trabajo infantil.
- Diseñar estrategias de protección para los niños, niñas y adolescentes migrantes que realizan actividades informales como estrategias de supervivencia personal o familiar, a través de la intervención de los organismos de protección de derechos. Estas intervenciones debieran permitir a la familia reemplazar el ingreso generado por dicha actividad, y a los niño/as restituirles los derechos que les son vulnerados.
- Profundizar las estrategias de investigación de los delitos de trata y cualquier otra forma de explotación de los niños, niñas y adolescentes migrantes y/o sus familias.
- Desarrollar políticas de asistencia y protección para víctimas de cualquier forma de explota-

ción, especialmente contemplando la perspectiva de género y de niñez, así como el respeto a la diversidad cultural de los/as migrantes.

6. MADRES MIGRANTES PRIVADAS DE LA LIBERTAD

- En el caso de las mujeres migrantes recluidas junto con sus hijos menores de cuatro años, se debería considerar especialmente la articulación entre la madre privada de libertad y el hogar. El aislamiento de las madres respecto de sus familias y redes sociales fuera de la cárcel puede derivar indefectiblemente en la institucionalización del niño o niña una vez cumplidos los cuatro años.
- Las medidas estatales de asistencia social deben estar orientadas a fortalecer el entorno familiar de las personas privadas de libertad, y se deben utilizar todos los esfuerzos necesarios para promover el desarrollo del entorno familiar en beneficio del interés superior del niño.
- Se deberían promover y garantizar salidas y paseos fuera de los establecimientos carcelarios de aquellos niños y niñas que viven con sus madres, en especial de aquellos cuyas madres migrantes carecen de todo vínculo estable extramuros.
- Los establecimientos carcelarios deberían asegurar que las mujeres migrantes que desempeñan actividades laborales dentro del penal cobren efectivamente el peculio que les corresponde en garantía de sus derechos laborales, sin demoras excesivas y aún luego de la expulsión del país.
- La justicia debe considerar el interés superior del niño en los procesos de expulsión de la madre migrante, teniendo en cuenta especialmente el lugar de residencia anterior (en Argentina o en el extranjero) de la madre.

7. INTEGRACIÓN SOCIAL Y PREVENCIÓN DE LA XENOFOBIA

El acceso efectivo a derechos por parte de todas las personas migrantes, incluidos los niños, niñas y adolescentes migrantes e hijos de migrantes, requiere también medidas a largo plazo que promuevan la integración social y la igualdad de derechos entre todos los habitantes del país.

En este sentido, cabe efectuar las siguientes recomendaciones:

- A las autoridades educativas a nivel nacional, provincial y en la Ciudad de Buenos Aires, asegurar que en la currícula educativa esté incorporado, desde una perspectiva intercultural y de derechos, el tratamiento del fenómeno de las migraciones en nuestro país, sus derechos y los efectos positivos que tiene en el desarrollo de la sociedad y el país en general la recepción de personas migrantes.
 - En particular, a los sistemas educativos de provincias que se encuentren en áreas de fronteras se les recomienda utilizar información demográfica básica sobre migración, que permita la desmitificación de la idea de "invasión", "rapacidad" y similares de la población migrante sobre los recursos "propios", para así propender a la desarticulación de prejuicios migratorios.
 - En zonas transfronterizas, donde las personas desarrollan su vida "entre" dos países, es fundamental promover la integración de las dos adscripciones nacionales a través de padrinazgos (de escuelas y de centros de salud) por parte de los consulados, de la armonización de pro-

gramas educativos, de la transferencia mutua de recursos que promuevan una responsabilidad "compartida" y de la creación de "tarjetas" o "pases" de tránsito vecinal fronterizo (por nombrar sólo algunas de las políticas posibles).

- Deben diseñarse iniciativas de sensibilización sobre diversidad cultural, migraciones y derechos humanos, destinadas al personal de organismos públicos y a la sociedad en general.
- A la nación, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se les recomienda la profundización de las acciones destinadas a la prevención de la xenofobia y el racismo contra las poblaciones extranjeras que habitan en nuestro país.
- Debe asegurarse el acceso a la justicia de las víctimas de actos xenófobos, así como el juzgamiento y la sanción de quienes resulten responsables por estos hechos.
- Finalmente, los medios de comunicación tienen un rol primordial como formadores de opinión y difusores de ideas, y por lo tanto es necesario diseñar estrategias (de sensibilización, prevención de la xenofobia, monitoreo, etc.) dirigidas a ellos.

ANEXOS

**ANEXO I
ESTADÍSTICAS**

**ANEXO II
ANÁLISIS DE SITUACIONES
DE VULNERACIÓN DE LOS
DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y
ADOLESCENTES MIGRANTES
EN ARGENTINA**

ANEXO I

ESTADÍSTICAS

ESTADÍSTICAS SOBRE LA POBLACIÓN MIGRANTE EN ARGENTINA

CUADRO 1. POBLACIÓN NACIDA EN EL EXTRANJERO Y POBLACIÓN NACIDA EN PAÍSES NO LIMÍTROFES EN DIFERENTES FECHAS CENSALES. TOTAL PAÍS. 1869-2010

AÑO	POBLACIÓN TOTAL	POBLACIÓN EXTRANJERA	% DE EXTRANJEROS SOBRE POBLACIÓN TOTAL	POBLACIÓN EXTRANJERA NO LIMÍTROFE	% DE NACIDOS EN PAÍSES NO LIMÍTROFES SOBRE POBLACIÓN TOTAL	POBLACIÓN EXTRANJERA LIMÍTROFE	% DE NACIDOS EN PAÍSES LIMÍTROFE SOBRE POBLACIÓN TOTAL
1869	1.737.076	210.189	12,1	168.970	9,7	41.360	2,4
1895	3.954.911	1.004.527	25,2	890.946	22,3	115.892	2,9
1914	7.885.237	2.357.952	29,9	2.184.469	27,3	206.701	2,6
1947	15.893.827	2.435.927	15,3	2.122.663	13,3	313.264	2,0
1960	20.010.539	2.604.447	13,0	2.137.187	10,7	467.260	2,3
1970	23.390.050	2.210.400	9,5	1.676.550	7,2	533.850	2,3
1980	27.947.447	1.912.217	6,8	1.149.731	4,1	753.428	2,7
1991	32.615.528	1.628.210	5,0	811.032	2,4	817.428	2,6
2001	36.260.130	1.531.940	4,2	608.695	1,6	923.215	2,6
2010	40.117.096	1.805.957	4,5	560.903	1,4	1.245.054	3,1

Fuente: INDEC, Censo Nacional de Población, www.indec.mecon.gov.ar

CUADRO 2. POBLACIÓN NACIDA EN EL EXTRANJERO Y POBLACIÓN NACIDA EN PAÍSES LIMÍTROFES EN DIFERENTES FECHAS CENSALES (%). TOTAL DEL PAÍS. AÑOS 1869-2010

AÑO	% DE NACIDOS EN EL EXTRANJERO SOBRE POBLACIÓN TOTAL	% DE NACIDOS EN PAÍSES LIMÍTROFES SOBRE POBLACIÓN TOTAL
1869	12,1	2,4
1895	25,4	2,9
1914	29,9	2,6
1947	15,3	2,0
1960	13,0	2,3
1970	9,5	2,3
1980	6,8	2,7
1991	5,0	2,6
2001	4,2	2,6
2010	4,5	3,1

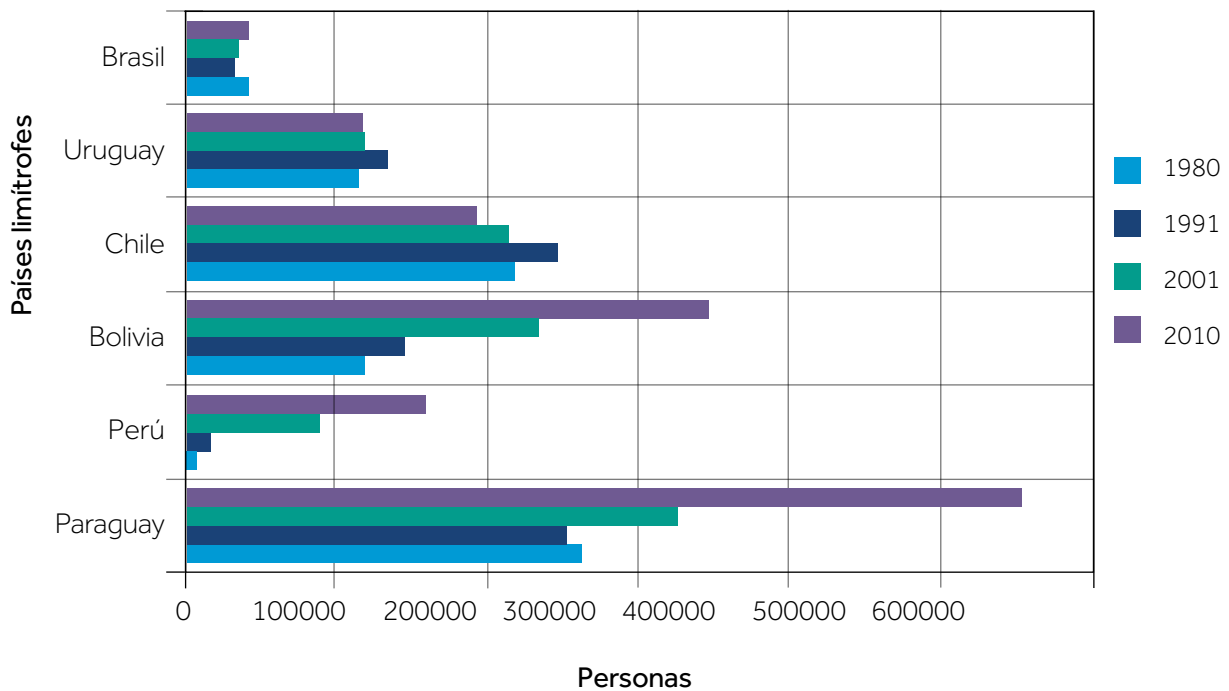
Fuente: INDEC, Censo Nacional de Población

CUADRO 3. EVOLUCIÓN TOTAL DE EXTRANJEROS DE PAÍSES LÍMITROFES EN ARGENTINA. AÑOS 1980, 1991, 2001 Y 2010.

PAÍS	1980	1991	2001	2010
Paraguay	262.799	250.450	325.046	550.713
Perú	8.561	15.939	88.260	157.514
Bolivia	118.141	143.569	233.464	345.272
Chile	215.623	244.410	212.429	191.147
Uruguay	114.108	133.453	117.564	116.592
Brasil	42.757	33.476	34.712	41.330

Fuente: INDEC, Censos Nacionales de Población y Vivienda 1980, 1991, 2001 y 2010.

CUADRO 3.1. EVOLUCIÓN TOTAL DE EXTRANJEROS DE PAÍSES LÍMITROFES EN ARGENTINA. AÑOS 1980, 1991, 2001 Y 2010



Fuente: INDEC, Censos Nacionales de Población y Vivienda 1980, 1991, 2001 y 2010.

CUADRO 4. INMIGRANTES DE BOLIVIA Y PARAGUAY CLASIFICADOS POR MOTIVO DE LA MIGRACIÓN, SEXO Y AÑO DE LLEGADA A LA ARGENTINA. 2002-2003

ORIGEN Y PRINCIPAL MOTIVO DE LA MIGRACIÓN	VARONES ANTE DE 1990	VARONES 1990 EN ADELANTE	MUJERES ANTES DE 1990	MUJERES 1990 EN ADELANTE
Bolivia				
Era menor y la persona a cargo decidió irse	28,9	9,9	26,9	10,5
Por falta o problemas de trabajo	45,1	59,2	33,1	49,5
Para reencontrarse con su familia	6,9	12,1	14,8	21,4
Por problemas políticos	0,5	0,5	0,3	0,0
Otros	18,6	18,4	24,8	18,6
Sin información	0,0	0,0	0,0	0,0
Total	100	100	100	100
Paraguay				
Era menor y la persona a cargo decidió irse	31,3	3,2	28,9	4,5
Por falta o problemas de trabajo	50,3	79,1	40,6	63,8
Para reencontrarse con su familia	3,5	10,9	8,4	10,1
Por problemas políticos	2,2	0,1	1,0	0,0
Otros	12,7	6,7	21,1	21,6
Sin información	0,0	0,0	0,0	0,0
Total	100	100	100	100

Fuente: INDEC, ECMI2002-2003; Elaborado por DNP, 2009

ESTADÍSTICAS SOBRE PERSONAS MIGRANTES RADICADAS Y REGULARIZADAS EN ARGENTINA DESDE 2004, DESAGREGADAS POR NACIONALIDAD, SEXO Y EDAD
CUADRO 1. PERSONAS MIGRANTES DE PAÍSES LIMÍTROFES Y NO LIMÍTROFES RADICADAS DE MODO PERMANENTE EN ARGENTINA. AÑO 2004-2011

RADICACIONES PERMANENTES RESUELTAS									
PERMANENTE MERCOSUR	Año2004	Año2005	Año2006	Año2007	Año2008	Año2009	Año	Año2011	TOTAL
BOLIVIANA	2.013	5.447	8.578	18.434	29.005	28.980	27.531	36.331	156.319
BRASILEÑA	570	486	694	804	1.382	1.789	2.517	3.675	11.917
CHILENA	698	567	1.023	1.353	2.095	2.330	2.078	1.990	12.134
COLOMBIANA	235	173	308	662	685	1.221	1.676	2.733	7.693
ECUATORIANA	82	65	176	394	336	517	533	514	2.617
PARAGUAYA	5.002	6.377	4.310	9.488	26.009	33.867	37.808	57.034	179.895
PERUANA	4.245	2.368	4.883	10.877	13.931	12.382	14.949	17.284	80.919
URUGUAYA	967	752	884	1.087	2.101	1.962	1.604	1.809	11.166
VENEZOLANA	102	74	113	194	271	462	436	500	2.152
Total MERCOSUR PERMANENTE	13.914	16.309	20.969	43.293	75.815	83.510	89.132	121.870	464.812
Total EXTRAMERCOSUR PERMANENTE	3.873	3.064	3.971	6.429	4.559	11.509	5.683	6452	45.540
Total PERMANENTE	17.787	19.373	24.940	49.722	80.374	95.019	94.815	128.322	510.352

Nota: Datos del año 2011 corresponden a Enero / Diciembre

Fuente: Registros del aplicativo SAdEx de la DNM; incluye los trámites ordinarios y Patria Grande

CUADRO 2. PERSONAS MIGRANTES DE PAÍSES LIMÍTROFES Y NO LIMÍTROFES RADICADAS DE MODO TEMPORARIO EN ARGENTINA. AÑO 2004-2011

RADICACIONES TEMPORARIAS RESUELTAS									
TEMPORARIA MERCOSUR	Año 2004	Año 2005	Año 2006	Año 2007	Año 2008	Año 2009	Año 2010	Año 2011	TOTAL
BOLIVIANA	485	9.185	9.687	26.136	38.861	29.455	17.174	31.471	162.454
BRASILEÑA	157	279	676	1.953	3.003	2.378	1.303	855	10.604
CHILENA	86	176	817	2.335	2.832	2.566	2.348	2.662	13.822
COLOMBIANA	51	372	629	2.957	4.205	5.276	4.730	7.568	25.788
ECUATORIANA	28	216	288	1.122	1.417	1.050	1.001	1.336	6.458
PARAGUAYA	883	1.805	4.387	27.952	60.169	51.378	34.567	54.775	235.916
PERUANA	486	7.501	5.384	12.481	22.814	17.283	13.205	20.734	99.888
URUGUAYA	160	290	897	1.893	2.544	1.747	1.106	1.443	10.080
VENEZOLANA	23	95	175	797	779	565	695	1.010	4.139
Total MERCOSUR TEMPORARIA	2.359	19.919	22.940	77.626	136.624	111.698	76.129	121.854	569.149
Total EXTRAMERCOSUR TEMPORARIA	619	12.134	1.120	2.555	3.623	3.476	3.701	5.010	32.238
Total TEMPORARIA	2.978	32.053	24.060	80.181	140.247	115.174	79.830	126.864	601.387

Nota: Datos del año 2011 corresponden a Enero/ Diciembre

Fuente: Registros del aplicativo SAdEx de la DNM; incluye los trámites ordinarios y Patria Grande

CUADRO 3. PERSONAS RADICADAS EN ARGENTINA A PARTIR DEL PROGRAMA PATRIA GRANDE, DESAGREGADAS POR EDAD Y TOTAL. AÑO 2004-2010

Rango: Menos a 1 – 18 años de edad

EDAD	CANTIDAD
<1	611
2	1469
3	2569
4	3739
5	4757
6	5739
7	5786
8	4714
9	4771
10	4989
11	5054
12	5777
13	6045
14	5841
15	6042
16	6296
17	7018
18	8392
TOTAL	89.609

Fuente: Dirección Nacional de Migraciones- Ministerio del Interior

b) Total

EDAD	CANTIDAD
<1->90	634.379

Fuente: Dirección Nacional de Migraciones-Ministerio del Interior

ESTADÍSTICAS SOBRE PERSONAS MIGRANTES EN PROVINCIA DE BUENOS AIRES

CUADRO 1. PARTICIPACIÓN DE LA POBLACIÓN EXTRANJERA EN LA POBLACIÓN TOTAL. TOTAL PAÍS Y PROVINCIA DE BUENOS AIRES. AÑOS CENSALES, 1869-2010

AÑO CENSAL	PAÍS			PROVINCIA DE BUENOSAIRES		
	POBLACIÓN TOTAL	EXTRANJEROS	%	POBLACIÓN TOTAL	EXTRANJEROS	%
1869	1.830.214	210.330	11,5	307.761	59.078	19,2
1895	4.044.911	1.006.838	24,9	921.168	284.108	30,8
1914	7.903.662	2.391.171	30,3	2.066.948	703.265	34,0
1947	15.893.827	2.435.927	15,3	4.272.337	775.414	18,1
1960	20.013.793	2.604.447	13,0	6.766.108	1.104.661	16,3
1970	23.364.341	2.210.400	9,5	8.774.529	1.031.050	11,8
1980	27.949.480	1.903.159	6,8	10.865.408	941.798	8,7
1991	32.615.528	1.615.473	5,0	12.594.974	799.977	6,4
2001	36.260.130	1.531.940	4,2	13.827.203	758.640	5,5
2010	40.117.096	1.805.957	4,5	15.625.084	941.941	6,0

Fuente: Censos Nacionales de Población. Elaborado por Dirección Provincial de Estadística.

CUADRO COMPARATIVO SOBRE LA POBLACIÓN EXTRANJERA DE CADA UNA DE LAS REGIONES ANALIZADAS EN EL INFORME

REGIONES	POBLACIÓN TOTAL	POBLACIÓN NACIDA EN EL EXTRANJERO	PORCENTAJE DE POBLACIÓN NACIDA EN EL EXTRANJERO	POBLACIÓN PROVENIENTE DE PAÍSES LÍMITROFES	PORCENTAJE DE EXTRANJEROS NACIDOS EN PAÍSES LÍMITROFES*
Gran Buenos Aires	9.916.715	742.859	7,49%	535.160	72,4%
Provincia de Misiones	1.101.593	44.012	3,99%	40.660	92,38%
Provincia de Formosa	530.162	21.120	3,98%	20.662	97,83%
Provincia de Neuquén	551.266	34.655	6,28%	31.680	91,41%
Provincia de Río Negro	638.645	47.254	7,39%	41.444	87,70%
Provincia de Jujuy	673.307	29.571	4,39%	28.422	96,11%
Provincia de Salta	1.214.441	28.132	2,31%	24.848	82,32%
Provincia de Tucumán	1.448.188	8.193	0,56%	4.452	54,33%

Fuente: Elaboración propia de acuerdo a los datos del Censo 2010, publicados por el INDEC

ESTADÍSTICAS SOBRE MUJERES MIGRANTES DETENIDAS EN PRISIONES FEDERALES QUE TENGAN HIJO/AS MENORES DE 4 AÑOS

CUADRO 1. EDADES DE LOS NIÑOS QUE VIVEN EN PRISIÓN

EDAD DE LOS NIÑOS	TOTAL DE NIÑOS
Menor de 1 año	19
Hasta 2 años	19
de 2 a 3 años	9
de 3 a 4 años	2
Total de niños	49

Fuente: SPF. Síntesis de la población penal femenina alojada al 05/03/2010.

Nota: al 31 de octubre de 2012, la cantidad total de niños era 56.

CUADRO 2. NÚMERO DE EMBARAZADAS Y MUJERES CON NIÑOS EN CÁRCELES FEDERALES

	U.3	U.13	U.22	U.23	U.31	TOTAL
Embarazadas	0	0	1	0	16	17
Madres	0	0	9	0	36	45
Hijos	0	0	9	0	40	49

Fuente: SPF. Síntesis de la población penal femenina alojada al 05/03/2010.

ANEXO II

ANÁLISIS DE SITUACIONES DE VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES MIGRANTES EN ARGENTINA¹

1. PRESENTACIÓN

En este anexo presentamos un relevamiento de las situaciones más graves y de las acciones desarrolladas desde la Clínica UBA/CELS/CAREF para procurar solucionarlas. La Clínica Jurídica UBA/CAREF/CELS² recibe desde hace diez años a personas migrantes, solicitantes de asilo y refugiadas que necesitan realizar consultas, solicitar asistencia jurídica y, en algunos casos, patrocinio letrado. En relación con los niños, niñas y adolescentes migrantes o hijos/as de migrantes, algunas consultas ponen de manifiesto serias afectaciones a los derechos consagrados en las distintas normas que se examinaron en la primera parte de este informe.

Las consultas recibidas en la Clínica se refieren principalmente a trámites de residencia, inscripción de nacimientos, salud, educación, seguridad social, trabajo, vivienda y expulsiones dictadas por la Dirección Nacional de Migraciones (DNM), entre muchos otros temas. Sin perjuicio de la labor de asesoramiento que suscita cada consulta, actualmente el trabajo de la Clínica está centrado en el patrocinio jurídico de casos en los cuales se identifique una clara situación de discriminación en el acceso a derechos de la población migrante en general, con el fin de incidir a través de estos "casos testigo" en la búsqueda de soluciones colectivas que trasciendan el mero caso en concreto.

La elaboración de este anexo implicó la sistematización y posterior análisis de las consultas recibidas en las entrevistas individuales que se mantuvieron en la Clínica durante los últimos seis años y medio, así como de los casos administrativos y/o judiciales que se tramitaron como consecuencia de esas consultas.

2. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES Y EL DERECHO A LA VIDA FAMILIAR

Como ya se ha mencionado, en 2005 se sancionó la ley 26.061 de *Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes* que instauró el paradigma basado en la CDN, cuyos pilares fundamentales son el principio del interés superior del niño y la concepción de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho. Desde este enfoque se identifican cuatro tipos de problemas en materia migratoria: (i) las dificultades para la regularización migratoria de los niños, niñas y adolescentes; (ii) la expulsión de personas que tienen a su cargo niños, niñas migrantes o hijos e hijas de migrantes; (iii) las restricciones al derecho a la reunificación familiar; y (iv) las restricciones al acceso a derechos sociales en razón de su situación migratoria o la de sus padres.

¹ Este capítulo fue elaborado por Pablo Asa, Bárbara Basile, Mariano Nicolás Lanziano, y fue actualizado por el CDH/UNLa.

² La Clínica comenzó a funcionar en agosto de 2002, a partir de la firma de un convenio entre la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA), el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y el Servicio Ecuménico de Apoyo y Orientación a Refugiados e Inmigrantes (CAREF). En general, las personas toman conocimiento de la existencia de la Clínica a través de derivaciones realizadas por organizaciones no gubernamentales, organismos públicos o bien por información de otras personas.

2.1 La regularización migratoria de niños, niñas y adolescentes

Hasta el año 2010, numerosos niños y niñas migrantes se encontraban imposibilitados para regularizar su situación migratoria debido a que no contaban con la autorización o permiso de uno de sus padres. Como hasta entonces la DNM permitía la autorización de uno solo de los padres, eso ocurría sólo para en el caso en que se encontrase acreditado el vínculo matrimonial. De no poder acreditarse el vínculo -ya fuera porque nunca habían contraído matrimonio o porque éste se encontraba disuelto-, se exigía la autorización de ambos progenitores. De esta manera, un padre o una madre concurrían a la autoridad de aplicación para regularizar la permanencia de su hijo/a en el país cumpliendo con todos los requisitos establecidos en la ley 25.871, pero no se les otorgaba la regularización por carecer del consentimiento del otro progenitor.

El decreto 616/2010, reglamentario de la Ley Nacional de Migraciones 25.871, permitió revertir esta situación al establecer que "cuando se solicite la residencia de personas menores de edad, bastará la presentación y autorización de uno de los progenitores o del tutor legalmente instituido, en los términos que prevea la Dirección Nacional de Migraciones".³ Desde entonces la Clínica no ha recibido casos de niños/as que encontraran dificultades para regularizar su situación migratoria debido a esta cuestión.

Es importante tener en cuenta, en relación con los problemas que subsisten en materia de regularización de las personas migrantes en general, que la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires dictó en 2011 la resolución 3075⁴ que condensa las diversas irregularidades detectadas en los procesos de regularización migratoria y en la emisión de Documento Nacional de Identidad (DNI), con el objeto de ponerlas en conocimiento de los organismos de aplicación de la normativa migratoria y contribuir al mejoramiento de los mecanismos procesales y al fortalecimiento de las instituciones.⁵

2.2 Expulsión de padres/madres migrantes de niños, niñas o adolescentes nacionales o no nacionales

La ley 25.871 establece en su artículo 29 las causas consideradas como "impedientes" del ingreso y permanencia de migrantes al territorio nacional. El último párrafo de este artículo, en consonancia con el artículo 10,⁶ establece que previa intervención del Ministerio del Interior, la DNM tiene la facultad de admitir en el país, excepcionalmente por razones humanitarias o de reunificación familiar, en las categorías de residentes permanentes o temporarios, a los y las migrantes que se encuentren

³ Artículo 9 inciso g), segundo párrafo de su Anexo II, Título I, Capítulo II.

⁴ Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, resolución 3075/2011 [En línea <http://www.defensoria.org.ar/institucional/resoluciones11.php>] En general la Clínica deriva a la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires las consultas vinculadas a trámites migratorios.

⁵ La Defensoría destaca que la complejidad de los casos expuestos en la resolución (solicitud de residencia migratoria y obtención de DNI) no amerita la demora excesiva de la Administración y que esta demora provoca una seria afectación en la situación jurídica de la persona migrante que desea residir de modo regular. Concluye aseverando que el reconocimiento por parte del Estado de la migración como derecho humano acarrea un conjunto de obligaciones destinadas a hacerlo efectivo, que requieren la existencia de mecanismos de garantía y protección que faciliten el cumplimiento de derechos reconocidos, por la normativa local, nacional e internacional.

⁶ Ley 25.871, Artículo 29: "(...)La Dirección Nacional de Migraciones, previa intervención del Ministerio del Interior, podrá admitir, excepcionalmente, por razones humanitarias o de reunificación familiar, en el país en las categorías de residentes permanentes o temporarios, mediante resolución fundada en cada caso particular, a los extranjeros comprendidos en el presente artículo."

afectados/as por alguno de los impedimentos. No obstante, la Clínica ha recibido numerosos casos en los que la DNM considera que una persona posee uno de los impedimentos establecidos en la ley, declara irregular su permanencia en el territorio nacional y ordena su inmediata expulsión sin tomar en consideración distintos aspectos relativos a la vida familiar y, sobre todo, la existencia de uno o más hijos/as viviendo actualmente en el país, incluso argentinos/as.

En este punto, la propia ley es cuestionable, ya que da lugar a la discrecionalidad de la autoridad de aplicación al inscribir la garantía del derecho a la vida familiar como una situación de "excepcionalidad", sujeta a la voluntad del Ministerio y la DNM. Incluso en los casos en que la legislación lo expresa de manera mandatoria (diciendo que la autoridad "deberá" contemplar la vida familiar)⁷, tanto DNM como otras autoridades suelen ser bastante discrecionales en la aplicación de tal obligación.⁸

Según surge de los casos relevados, en diversas ocasiones la DNM se limita a comprobar la existencia efectiva del impedimento legal sin realizar un análisis particular de cada caso para establecer si la expulsión afecta de alguna manera la unidad familiar de la persona migrante que será expulsada y, junto con ella, los derechos de los niños/as que pueden verse afectados por la medida.

De este modo, el ejercicio de los derechos de los hijos del afectado sólo se ven efectivizados en tanto la persona plantee los recursos establecidos en la ley alegando la situación familiar ante la DNM; aún así, lo que ocurre con frecuencia es que sólo se "suspende" la orden de expulsión.

En el análisis de estos casos debe considerarse, por supuesto, no sólo la Ley de Migraciones sino también otros instrumentos jurídicos aplicables. Por el contrario, la ley se interpreta y aplica de manera aislada respecto del resto de disposiciones legislativas, constitucionales y de tratados internacionales que deberían utilizarse con igual o incluso mayor preeminencia. Así, en la mayoría de los casos relevados por la Clínica, cuando se trata de migrantes afectados por el impedimento consistente en haber sido condenados o estar cumpliendo condena en el país o en el exterior, por delito que merezca para la legislación argentina pena privativa de la libertad de tres años o más, la unidad familiar y el derecho de los hijos e hijas se subordinan a dicho impedimento y la DNM, casi por regla, declara la expulsión del país de la persona migrante.⁹

⁷ Por ejemplo, en el artículo 70 de la ley de migraciones, en cuanto dispone que la retención de una persona extranjera, "cuando el extranjero retenido alegara ser padre, hijo o cónyuge de argentino nativo...la DNM deberá suspender la expulsión y constatar la existencia del vínculo alegado en un plazo de 48 horas hábiles". Una vez acreditado el vínculo, el extranjero "recuperará" (nuevamente, un contenido obligatorio y no discrecional) su libertad y "se habilitará" respecto de él un procedimiento sumario de regularización migratoria. (García, L. (2013), *Nueva política migratoria argentina y derechos de la movilidad. Implementación y desafíos de una política basada en derechos humanos a través de las acciones ante el Poder Judicial (2004-2010)*, Tesis doctoral, mimeo, 2013).

⁸ Por ejemplo, en el caso de personas expulsadas por tener antecedentes o condena penal, aún cuando existan hijos menores argentinos, DNM entiende que el hecho de ser madre o padre de argentinos "no purga" la causa de expulsión (García, L., op. Cit.).

⁹ La Clínica Jurídica presentó ante la justicia el caso de A. E., de nacionalidad peruana. La DNM decretó su expulsión del país, con una prohibición de reingreso de cinco años, en aplicación del artículo 29, inciso "c" de la ley 25.871, por haber sido condenado a dos años y cuatro meses en suspenso por tenencia de estupefacientes con fines de comercialización. Al momento de decretar la expulsión, la DNM omitió considerar que A.E había cumplido la condena penal en su totalidad y, sobre todo, que tenía tres hijos argentinos menores de edad. En consecuencia, la Clínica promovió la revisión judicial de la disposición de DNM que decretaba su expulsión por ser violatoria al derecho a la reunificación familiar, a los derechos del niño y a la garantía del *non bis in idem*. Al cierre de este informe la causa judicial se encontraba en etapa de prueba.

2.3 Restricciones al derecho a la reunificación familiar

La Ley de Migraciones es clara en cuanto establece, en su artículo 10, que "el Estado garantizará el derecho de reunificación familiar de los inmigrantes con sus padres, cónyuges, hijos solteros menores o hijos mayores con capacidades diferentes". Sin embargo, distintas disposiciones administrativas restringen este derecho al fijar requisitos que terminan impidiendo la reagrupación familiar.

Bajo esta previsión es pertinente comentar el caso de una señora de nacionalidad haitiana, B. P., quien solicitó asistencia en la Clínica en noviembre de 2011. B.P. ingresó a la Argentina y poco después dio a luz a su cuarto hijo. Luego del terremoto que asoló a su país a comienzos de 2010, la infraestructura sanitaria, entre otros servicios básicos, estaban en condiciones inaccesibles. Sus tres hijos y su marido permanecieron en Haití. Una vez nacido su cuarto hijo, B. P. obtuvo su residencia permanente por criterio "hijo argentino" y solicitó ante la DNM el permiso de ingreso de sus otros hijos y su marido, por ser familiares del recién nacido argentino y de ella, radicada permanentemente en el país. La DNM negó este permiso alegando que B. P. no podía aportar la documentación que acreditara "solvencia económica",¹⁰ exigencia que no está prevista en ninguna norma, al menos en ninguna que haya sido publicada formalmente.¹¹

En este marco, se presentó una acción de amparo contra la DNM con el patrocinio de la Clínica, solicitando se declare la inconstitucionalidad del requisito referido por ser una clara violación al derecho a la reunificación familiar y a los derechos de sus hijos. Asimismo, se interpuso una medida cautelar, solicitando que se permita de forma inmediata el ingreso de los hijos y el marido de B.P, instando a su pronta reunificación familiar. Ello permitiría, entre otras cosas, que el niño recién nacido pueda conocer y ser reconocido por su padre, garantizando su derecho a la identidad.¹²

3. ACCESO A DERECHOS SOCIALES

3.1 El derecho a la educación y a las actividades recreativas

La Ley Migraciones, en consonancia con lo prescripto por la Constitución Nacional y por los principales instrumentos internacionales, en su artículo 6 recepta el derecho a la educación, garantizándolo sobre la base de un acceso igualitario. En este sentido, se establece que en ningún caso la irregularidad migratoria de un extranjero impedirá su admisión como alumno/a en un establecimiento educativo, ya sea público o privado, nacional, provincial o municipal, primario, secundario, terciario o universitario (art. 7). De encontrarse la persona migrante en una condición migratoria irregular, las

¹⁰ Un documento incluido en la página web de la DNM detalla la documentación que debe presentarse en los casos de reunificación familiar. Entre otros requisitos, se exige: "Documentación que acredite solvencia económica del llamante: últimos tres (3) recibos de haberes en caso de trabajar en relación de dependencia; certificación contable de ingresos y egresos correspondiente a los últimos tres meses legalizada por el Consejo Profesional de Ciencias Económicas y toda otra documentación que acredite sus ingresos en caso de ser trabajador autónomo o monotributista". [En línea http://www.migraciones.gov.ar/accesible/?tramitacion_permanente] [Accedido el 27 de mayo de 2013].

¹¹ Ni la Ley de Migraciones, ni su decreto reglamentario, ni una resolución de la DNM aparecen como fuente específicamente de esta restricción. En caso que lo hubiera hecho alguna disposición interna de la DNM (que por cierto, no ha sido publicada), cabe agregar, estaríamos ante una exigencia que excede arbitrariamente el marco fijado por la ley y su reglamentación, por lo que debería catalogarse como arbitraria.

¹² Al cierre de este anexo (junio 2012), la medida cautelar no se había resuelto. En relación con el amparo, ni siquiera se había ordenado el traslado de la demanda a la DNM.

autoridades de los establecimientos educativos deberán brindar orientación y asesoramiento respecto de los trámites correspondientes a los efectos de subsanar dicha situación.

A pesar del claro reconocimiento de este derecho, la Clínica ha recibido, en especial desde mediados de 2007, numerosos casos en los cuales los establecimientos educativos, con fundamento en la situación de irregularidad migratoria en la que se encuentra el niño, niña o adolescente, niegan la inscripción a cualquier nivel de estudio, la posibilidad de rendir exámenes -en calidad de libres o de alumnos regulares-, de efectuar cambios en los turnos o de solicitar los certificados que acrediten la finalización de estudios primarios, secundarios, o incluso universitarios.

El problema aquí no pareciera ser una deficiencia a nivel normativo (ej. alguna disposición inferior) sino más bien una falencia en la difusión y conocimiento de éstas entre quienes se encuentran a cargo de los distintos establecimientos educativos. Esto permitiría explicar las dificultades para su aplicación efectiva y la diversidad de prácticas a las que recurren los establecimientos educativos, generando además un generalizado estado de incertidumbre.

Por caso, algunos establecimientos educativos niegan lisa y llanamente la posibilidad de inscribir al niño o niña en razón de su situación migratoria. Otros permiten la inscripción de manera provisoria, negándosele posteriormente la expedición del título o certificado obtenido en cualquiera de sus niveles hasta tanto el niño/a no tenga regularizada su situación migratoria, sin aportar ningún tipo de información que permita subsanar dicha irregularidad. A su vez, en ciertas ocasiones no sólo se niega el acceso al derecho a la educación sino que además se vulnera lo establecido en el último párrafo del artículo 7, en tanto las autoridades de los establecimiento educativos tienen el deber de brindar información a la persona a fin de que regularice su situación migratoria.¹³

Las estrategias adoptadas por la Clínica en estos casos son diversas:

- Cuando la persona posee únicamente documentación de identidad de su país de origen, la solución más efectiva es pura y exclusivamente de carácter informativo. Esto es, basta con aportar formalmente la información concerniente a la vigencia de los principios establecidos en la ley 25.871, a fin de que el establecimiento educativo proceda a inscribir a la persona o expedirle el título conforme a la documentación que posee. Sin embargo, esta solución no resulta suficiente para prevenir casos similares a futuro, ya que esta actuación no queda registrada en ningún "protocolo" del establecimiento.
- Una situación diferente es la del niño, niña o adolescente que pretende acceder al derecho a la educación y carece de todo tipo de documentación. Este es el caso de los niños/as que, independientemente de su nacionalidad, no han sido inscriptos al nacer: carecen por ello de la correspondiente partida de nacimiento y, por lo tanto, de un documento o cédula de identidad. Si bien dicha situación excede el ámbito de aplicación de la Ley de Migraciones porque afecta también a nacionales argentinos, son mayores las dificultades que se presentan a los niños/

¹³ Es pertinente recordar que el decreto 616/2010, reglamentario de la ley 25.871, dispone en el artículo 7 que: "El Ministerio de Educación dictará las normas y dispondrá las medidas necesarias para garantizar a los extranjeros, aún en situación de irregularidad migratoria, el acceso a los distintos niveles educativos con el alcance previsto en la Ley N° 26.206."

as familiares de migrantes para acceder a la educación. De los testimonios de los consultantes surge la diferencia de trato que reciben los padres migrantes al intentar inscribir en el establecimiento educativo a sus hijos/as, cuando por el hecho de carecer de partida de nacimiento y documentación se presume la condición de migrante en situación irregular del niño/a, exigiendo por ello recaudos que no se adecuan a los requisitos legales para la inscripción.¹⁴

Ahora bien, esta carencia de documentación que acredite identidad y la irregularidad migratoria no se alega únicamente para restringir el acceso a establecimientos educativos. Otras instituciones sociales incurrir en idénticas prácticas, afectando el derecho de niños/as al descanso, al esparcimiento, al juego, a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes. Esta situación es corroborada en distintas situaciones que comparten los consultantes de la Clínica, donde los niños, niñas y adolescentes que se ven envueltos en las situaciones mencionadas en los párrafos precedentes se ven excluidos además de su barrio de residencia, ya que no se les permite participar, por ejemplo, del club de deportes, porque le exigen el DNI como requisito para la inscripción, y de esta manera quedan excluidos de actividades recreativas que ayudan al niño a crecer e interactuar socialmente con otros niños.

3.2 El derecho a la salud

Como ya se ha analizado en capítulos anteriores, en el artículo 6 la Ley de Migraciones recepta el derecho a la salud sobre la base del acceso igualitario, estableciendo a su vez, en el artículo 8, que la irregularidad migratoria de una persona en ningún caso impedirá el acceso a la salud, la asistencia social o atención sanitaria. Pese a este reconocimiento tan amplio y contundente, en la práctica se verifican diversas situaciones, fácticas o normativas, que contradicen lo regulado en la ley.

Falta de instrucción del personal de atención al público en los centros de salud

En la mayoría de los casos relevados por la Clínica, la vulneración del derecho a la salud se ampara en los mismos argumentos con los que se suele restringir el acceso a la educación: la irregularidad migratoria y exigencia (ilegal) de documentación, en particular del DNI. Desde 2007, la Clínica ha recibido denuncias sobre la negativa de ciertos establecimientos sanitarios de la Ciudad de Buenos Aires a brindar atención a niños, niñas y adolescentes en situación migratoria irregular.

Según los datos relevados, en la mayoría de los casos la vulneración del derecho se produce al momento de pedir turno en "ventanilla". Este no es un dato menor, ya que a primera vista la falencia estaría vinculada a la falta de información del personal encargado de recibir a las personas en los es-

¹⁴ A lo largo de estos diez años de existencia, la Clínica Jurídica ha patrocinado numerosos casos en los que se encuentra en trámite la inscripción judicial del nacimiento de niños/as argentinos, hijos/as de migrantes. En estos casos los establecimientos educativos se han negado a inscribirlos, y a partir de la intervención de la Clínica cada escuela accedió a hacerlo de manera provisoria hasta finalizar los trámites de inscripción de nacimiento, condición para luego regularizar su situación escolar. Dicha inscripción provisoria es deficiente en relación con el acceso igualitario a la educación: estos niños/as tienen derecho a estudiar, finalizar sus estudios y obtener el título que certifique dicha circunstancia, sin ningún tipo de condicionamiento.

tablecimientos sanitarios, fenómeno que es conocido como "discriminación de ventanilla". Contra esta práctica la intervención más efectiva es suministrar formalmente información sobre la vigencia de los principios establecidos en la ley 25.871 al personal de ventanilla, a fin de que el establecimiento sanitario brinde la atención médica que la persona requiere.

Además de negársele la atención al niño, niña o sus padres, tampoco se da cumplimiento al último párrafo de los artículos 7 y 8 de la ley, de acuerdo con el cual las autoridades tienen el deber de brindar información a la persona para que regularice su situación migratoria.

Restricción en la inscripción a las listas de espera para trasplante¹⁵

La resolución 342/2009 del Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI) estableció los requerimientos para la inscripción de extranjeros en lista de espera para la asignación de órganos provenientes de donantes cadavéricos. Según sus fundamentos, los requisitos allí establecidos tienen por fin evitar el denominado "turismo de trasplante" o "sanitario", definido entre los fundamentos utilizados por el INCUCAI como el ingreso de extranjeros al territorio nacional "al solo efecto" de recibir el trasplante de un órgano. Es así que se dispone que "únicamente podrán ser inscriptos en las listas de espera para la asignación de órganos y/o tejidos cadavéricos, aquellos extranjeros que revistan el carácter de 'residentes permanentes', formalmente otorgado por la Dirección Nacional de Migraciones".

En este marco corresponde comentar el caso de D. C., un niño de once años, de nacionalidad paraguaya, que reside en la Argentina desde 2005 junto con su padre y hermana.¹⁶ El padre del niño se presentó en la Fundación Comisión Católica Argentina de Migraciones (FCCAM) para solicitar asistencia, ya que su hijo padece una grave enfermedad renal por la cual desde hace varios años se encuentra bajo tratamiento de hemodiálisis trisemanal, hasta tanto pueda ser trasplantado.¹⁷ El padre de D.C. solicitó asistencia debido a que su hijo no pudo ser inscripto en la lista de espera para trasplantes de órganos cadavéricos del INCUCAI por no poseer una residencia permanente.¹⁸

A pesar de las distintas gestiones que emprendió la FCCAM, no se logró la inscripción del niño en

¹⁵ Para un análisis detallado de la normativa aplicable a este tema y sus vicisitudes, véase la primera parte de este informe.

¹⁶ Este caso fue presentado por la Fundación Comisión Católica Argentina de Migraciones en la mesa de trabajo interinstitucional sobre salud, niñez y migración, cuyas intervenciones se describen en la segunda parte de este informe. Las instituciones que conforman este espacio pusieron a disposición sus recursos para ayudar a esta familia. En este marco, se logró la reincorporación del niño en un establecimiento educativo con cuidados especiales y transporte. A través de la Secretaría Nacional de la Niñez, Adolescencia y Familia (SENAF), organismo que participa de la mesa intersectorial, se logró la entrega a este grupo familiar de un subsidio de 500 pesos.

¹⁷ Conforme al resumen de historia clínica firmado por la jefa de sección de diálisis del Hospital de Niños Ricardo Gutiérrez, el diagnóstico específico es Insuficiencia renal crónica terminal, en tratamiento de hemodiálisis trisemanal, desnutrición y raquitismo.

¹⁸ A pesar de que los profesionales del Hospital de Niños Ricardo Gutiérrez reiteraron las solicitudes de inscripción, la falta de residencia permanente determina el rechazo automático de la presentación por parte de las autoridades del INCUCAI. El caso se torna aun más complejo por la situación socio-ambiental del solicitante: el grupo familiar habita en una zona cercana a un basural -lo cual potencia el riesgo de infección para el niño- y, siendo el padre el único miembro adulto del grupo familiar, desde hace siete años la mayor parte de la semana acompaña a su hijo al hospital a continuar con el tratamiento, situación que le impide obtener un empleo que le permita sostener las necesidades de su familia. Asimismo, el hecho de que el padre del niño carezca de DNI ha obstaculizado el acceso a programas de protección social, tales como Asignación Universal por Hijo, pensiones por discapacidad, entre otros.

la lista de espera para trasplantes cadavéricos del INCUCAI, ni la excepción ante DNM para el otorgamiento de la residencia permanente. Al mismo tiempo, tras diversas entrevistas que mantuvo la FCCAM con los profesionales del Hospital de Niños Ricardo Gutiérrez, se advirtió que cerca del 50 por ciento de la población pediátrica que se encuentra bajo tratamiento de diálisis serían niños y niñas migrantes o hijos/as de migrantes no regularizados: a diferencia de los niños y niñas nacionales o residentes permanentes, el tratamiento de aquellos deviene crónico debido a la imposibilidad de acceder a un trasplante, lo que supone también un deterioro constante de su salud.

Teniendo en cuenta que la FCCAM otorga asesoría jurídica pero no patrocina a los consultantes, el padre de D.C. inició las acciones correspondientes con el patrocinio y asistencia de la Clínica Jurídica UBA/CAREF/CELS. La primera acción fue la solicitud de una medida cautelar que permita la pronta inscripción del niño en la lista de espera del INCUCAI, fundada en la denuncia de inconstitucionalidad de la resolución 342/2009. Se alegó que la resolución establece un límite al derecho a la salud respecto a aquellas personas que no cuentan con una residencia permanente, es decir, que realiza una clara distinción entre nacionales y extranjeros.¹⁹

El acceso a la seguridad social. Las pensiones no contributivas²⁰

Las normas que regulan las pensiones no contributivas otorgadas por la Comisión Nacional de Pensiones Asistenciales dependiente del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación exigen para su otorgamiento a las personas migrantes un plazo de residencia regular en la Argentina. Como ya se ha mencionado en el cuerpo principal de este informe, para las pensiones por invalidez se exigen 20 años de residencia regular en el país, 40 años para las pensiones por vejez y 15 años para la pensión que se otorga a las madres de siete o más hijos.

En el marco de la tarea realizada por la Clínica, en el año 2003 se conoció el caso de R.A.D.,²¹ una niña de nacionalidad boliviana de doce años, tetrapléjica y con ausencia completa de lenguaje verbal. Sus condiciones de salud (incapacidad del 100%) y socio-económicas eran las que precisamente contempla el régimen de pensiones no contributivas por discapacidad. R.A.D. nació en 1989 y reside en la República Argentina junto a su familia desde el año 1999 con residencia permanente. Al solicitar una pensión para la niña a la Comisión Nacional de Pensiones Asistenciales, las autoridades administrativas denegaron el inicio del trámite, argumentando que ella no cumplía con el requisito de 20 años de residencia mínima en el país.

La Clínica Jurídica inició entonces una acción de amparo por ser esta la vía más rápida e idónea para lograr el cese de la vulneración de los derechos humanos por parte del Estado²². Por un lado, el amparo pretendía obtener de manera inmediata el otorgamiento de la pensión no contributiva, pero además solicitaba que se declarase la inconstitucionalidad del artículo 1.e (el que establecía el plazo)

¹⁹ Al cierre de este anexo (junio 2012) otra de las estrategias judiciales que se evalúan desde la clínica es la posibilidad de iniciar un amparo colectivo, ya que D. C. no es el único caso: numerosos niños y niñas migrantes no pueden ser incluidos en la lista de espera del INCUCAI y continúan bajo tratamiento de diálisis.

²⁰ Para un análisis detallado de la normativa aplicable a este tema, véase la primera parte de este informe.

²¹ Se hace reserva de la identidad del consultante por razones de secreto profesional.

²² Esta vía se encuentra consagrada en el artículo 43 de la Constitución Nacional.

por vulnerar los derechos a la igualdad y a la seguridad social, así como los derechos del niño consagrados en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales con jerarquía constitucional.

No obstante estos argumentos, la jueza de primera instancia resolvió no hacer lugar a la acción de amparo, resolución que fue confirmada por la Sala I de la Cámara Federal de la Seguridad Social.²³

La Clínica Jurídica interpuso entonces recurso extraordinario (para así llegar a la Corte Suprema de Justicia, CSJN) y, al ser denegado por la Sala I de la Cámara Federal de la Seguridad Social, presentó recurso de queja directamente ante la CSJN. El 4 de septiembre de 2007 el máximo tribunal hizo lugar al recurso y declaró la inconstitucionalidad del art. 1.e del anexo I del decreto 432/97. La Corte sostuvo, expresamente, que la pensión por invalidez fue establecida "...para cubrir contingencias sociales absolutamente extremas, vale decir, situaciones que ponen en juego, de manera palpable y potente, la subsistencia misma de la persona humana, de una persona carente de recursos o amparo, por usar vocablos del propio decreto 432/97...".²⁴ Siguiendo esta línea, la Corte manifestó que

"...por mayor que fuese el margen de apreciación que corresponda dispensar al legislador o reglamentador en la presente materia, no cabe duda alguna que sumar a dichos críticos requerimientos un lapso de residencia, en el caso, de 20 años aun cuando también rigiera en igual medida para los argentinos, incluso nativos, implica, puesto que la subsistencia no puede esperar, un liso y llano desconocimiento del derecho a la seguridad social, [...], en grado tal que compromete el derecho a la vida, [...] y cuya garantía, mediante acciones positivas, resulta una obligación impostergable de las autoridades públicas..."²⁵

Concluye, así, que "el recaudo de residencia establecido en el art. 1.e del decreto 432/97 (texto originario) resulta inaplicable, por inconstitucional, en los casos en que se encuentren reunidos todos y cada uno de los restantes requisitos para acceder a la prestación por invalidez exigidos por dicho cuerpo legal."²⁶

Poco tiempo después de iniciar las acciones en el caso de R.A.D., una situación de similares características llegó a conocimiento de la Clínica: V.D.C.A., un niño de quince años de nacionalidad peruana que padece una incapacidad total y permanente.²⁷ A causa de esta incapacidad, el niño requiere también un delicado y continuo tratamiento que su familia no podía solventar por carecer

²³ La Cámara sostuvo que "...la facultad de otorgar pensiones que concede al Congreso de la Nación el art. 75.20 de la Constitución Nacional está sometida a la total prudencia y discreción de aquél, resultando los requisitos que establezca un acto de política legislativa no justiciable. Agregó, que la norma impugnada, al contemplar distintos requisitos según se trate de argentinos o extranjeros, no implicaba una discriminación en razón de la nacionalidad, pues no viola el art. 16 de la Constitución Nacional que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes, en tanto no incurra en arbitrariedad o en una ilegítima persecución de personas o grupos." "R. A., D. c/Estado Nacional", 04/09/2007 (T. 330, P. 3853).

²⁴ *Ídem*

²⁵ *Ídem*

²⁶ *Ídem*

²⁷ Esta incapacidad es consecuencia de una encefalopatía crónica no evolutiva pos meningo encefalitis purulenta, con hidrocefalia evolutiva a los diez meses de vida, parálisis cerebral severa, epilepsia sintomática, retraso global de desarrollo grave con espasticidad.

de las condiciones económicas adecuadas.

Por esta razón, la familia decidió tramitar una pensión por invalidez ante la Comisión Nacional de Pensiones Asistenciales. La intención era obtener no sólo un ingreso estable, sino también la inclusión del niño en el Programa Federal de Salud (ProFe) a través del cual se solventaría el tratamiento continuo que necesitaba. La Comisión denegó la petición, nuevamente, sobre la base del requisito de 20 años de residencia en el país, el único que V.D.C.A. no podía cumplir.

Desde la Clínica se decidió nuevamente utilizar la vía del amparo. Sin embargo, teniendo en cuenta la experiencia adquirida en el caso anterior y ante las posibilidades ciertas de que su tratamiento continuo se viera suspendido causándole un daño irreversible, se decidió peticionar antes una medida cautelar²⁸ para que se arbitren los medios necesarios a fin de incluir provisoriamente a V.D.C.A. en el ProFe.: la incorporación al programa le permitiría acceder a la escolarización y tratamiento de rehabilitación adecuados a su discapacidad.²⁹

Luego, en mayo de 2012 la Clínica recibió el caso de una señora de nacionalidad paraguaya, madre de diez hijos (tres paraguayos y siete argentinos), que vive hace 20 años en Argentina. Al momento de tramitar la pensión asistencial, le informaron que como poseía el DNI desde hacía sólo dos años, "no cumple con el requisito de los quince años de residencia que exige el decreto reglamentario No. 2360/90".³⁰

Como puede observarse, a pesar de la decisión adoptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso R.A.D., el Ministerio de Desarrollo Social continúa con la práctica de exigir los años de residencia como condición al otorgamiento de pensiones no contributivas, y no se han presentado propuestas para la reforma y derogación de estas exigencias ilegítimas.

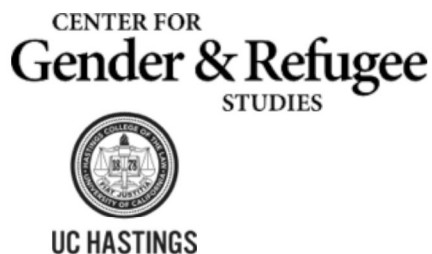
²⁸ Código Procesal Civil y Comercial, artículo 232: "Fuera de los casos previstos en los artículos precedentes, quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiere sufrir un perjuicio inminente o irreparable podrá solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia".

²⁹ La medida cautelar fue concedida pero al cierre de este anexo el fondo de la cuestión todavía no ha sido resuelto.

³⁰ Al cierre de este informe, la Clínica preparaba las presentaciones administrativas y/o judiciales a fin de impugnar esta resolución discriminatoria y excluyente, que incumple con la igualdad establecida en la Ley de Migraciones, entre otras normas.

Niñez y migración en Centro y Norte América: causas, políticas, prácticas y desafíos

febrero de 2015



Niñez y migración en Centro y Norte América: causas, políticas, prácticas y desafíos

Derechos de Autor © 2015

Coordinado y editado por

Karen Musalo, Director
Lisa Frydman, Associate Director
Center for Gender & Refugee Studies
University of California Hastings College
of the Law
200 McAllister Street
San Francisco, CA 94102
cgrs.uchastings.edu
001-415-565-4877

Pablo Ceriani Cernadas, Coordinador
Programa Migración y Asilo
Centro de Justicia y Derechos Humanos
Universidad Nacional de Lanús, Argentina
29 de Septiembre 3901 CP (1826)
Remedios de Escalada, Lanús
Buenos Aires, Argentina
011-54-11-5533-5600

Contenido

Agradecimientos

Resumen

Prólogo

Introducción

Capítulo 1 Niños en fuga: Niños no acompañados que huyen de El Salvador, Guatemala, Honduras y México y la necesidad de protección internacional

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados

Niños en el contexto de la migración en el Triángulo Norte de Centroamérica

Capítulo 2 Honduras

Casa Alianza

Capítulo 3 Guatemala

Asociación Pop No'j y Pastoral de la Movilidad Humana

Capítulo 4 El Salvador

Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”

Capítulo 5 Introducción a los capítulos sobre niños en el contexto de la migración en México – dos fronteras: una sola niñez

Centro de Derechos Humanos Fray Matías de Córdova

Capítulo 6 México: frontera sur

Centro de Derechos Humanos Fray Matías de Córdova

Capítulo 7 México: frontera norte

Programa de Defensa e Incidencia Binacional: Casas YMCA de Menores Migrantes and Coalición Pro-Defensa del Migrante, A.C.

Capítulo 8 Introducción a los capítulos sobre niños en el contexto de la migración en Estados Unidos

*Centro de Estudios sobre Género y Refugiados
Facultad de Derecho de la Universidad de California Hastings*

Capítulo 9 Detención y trato de niños migrantes no acompañados en la frontera de Estados Unidos y México

Women's Refugee Commission

Capítulo 10 Recursos de inmigración y derechos procesales de los niños y los adolescentes migrantes

*Centro de Estudios sobre Género y Refugiados
Facultad de Derecho de la Universidad de California Hastings*

Capítulo 11 Separación de familias como consecuencia de las políticas de inmigración en Estados Unidos

Women's Refugee Commission

Capítulo 12 Repatriación y reintegración de niños migrantes

Kids in Need of Defense

Capítulo 13 Niñez, migración y derechos humanos en los acuerdos regionales y bilaterales en Centro y Norte América

*Programa Migración y Asilo
Centro de Justicia y Derechos Humanos
Universidad Nacional de Lanús, Argentina*

Recomendaciones

Agradecimientos

Este estudio fue posible gracias al liderazgo y el generoso apoyo financiero de la MacArthur Foundation. Las contribuciones de la Ford Foundation también fueron esenciales para lograr completar este proyecto.

Lisa Frydman y Karen Musalo, del Centro de Estudios sobre Género y Refugiados (CGRS) de la Facultad de Derecho de la Universidad de California en Hastings quieren dar las gracias a sus colegas Blaine Bookey, Moira Duvernay, Julia Epstein, Eunice Lee y Misha Seay por su contribuciones, que incluyen incontables horas dedicadas a la coordinación general del proyecto, la edición y la corrección de pruebas de este libro. También agradecemos a Emily Higgs y Sarah Adams, del equipo del CGRS, por su asistencia inestimable a la hora de hacer todo lo necesario a lo largo del proyecto. Además, estamos agradecidas a los múltiples voluntarios, pasantes y consultores que desempeñaron una función vital para hacer posible este proyecto: Hailey McAllister, William Castillo Guardado, Alla Holmes, Stephen Liebb, Felipe Navarro, Kayla Rothman-Zecher y Martha Ruch. El CGRS también quiere reconocer las contribuciones de Nikki Márquez y Finella Murphy.

Pablo Ceriani Cernadas del Centro de Justicia y Derechos Humanos de la Universidad de Lanús, Argentina (CDHUNLa) agradece la colaboración de Agostina Hernández Bologna, Laura Gottero, Andrea Stilman y Leticia Virosta en la revisión y la edición de este libro.

El CGRS y el CDHUNLa se sienten en deuda con Alejandro Morlchetti por sus importantes contribuciones a la redacción y la edición de este libro.

La publicación de la versión íntegra de este libro en inglés y en español no habría sido posible sin la paciencia y la habilidad de los siguientes traductores: J. Alberto Fernández, Madeline Newman Ríos, Kathy Ogle, Charlie Roberts, Julian Roberts y Sheila Wilkin. Estamos especialmente agradecidas a Juan Luis Guillén, que tuvo la amabilidad de asumir una parte desproporcionada de la tarea de traducción y nunca dejó de entregar el trabajo a tiempo.

Con el apoyo de

MacArthur
Foundation



FORD
FOUNDATION

Introducción

Pablo Ceriani Cernadas
Programa Migración y Asilo
Centro de Justicia y Derechos Humanos
Universidad Nacional de Lanús, Argentina

A lo largo de la última década, en varios países y regiones del mundo, la cuestión de los niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA)¹ en el contexto de la migración internacional ha tenido progresivamente mayor atención y visibilidad. Un amplio y diverso número de instituciones gubernamentales, organismos internacionales y organizaciones de la sociedad civil han destacado la profunda relevancia y complejidad del tema, subrayando de manera particular la necesidad de analizarlo, explicarlo y buscar soluciones desde una perspectiva de derechos humanos.

El estudio que aquí se presenta parte de la comprensión y el convencimiento de que esta compleja temática debe ser abordada sobre la base de los principios internacionales que rigen los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, así como las normas complementarias del derecho internacional humanitario y el derecho internacional en materia de refugiados. A su vez, este abordaje requiere, de manera indispensable, tener un enfoque comprensivo y regional, es decir, debe contemplar una respuesta coordinada de los Estados que incluya todos los temas que subyacen a este fenómeno y que se asiente sobre el enfoque de los derechos de la niñez, incluyendo el derecho humano al desarrollo y el derecho humano a asilo.

En cuanto a las diversas iniciativas desarrolladas sobre esta temática, es importante destacar en el ámbito gubernamental las decisiones y/o declaraciones adoptadas por la Organización de Estados Americanos (OEA);² la Conferencia Regional sobre Migración,³ y el MERCOSUR;⁴ sin perjuicio de los pronunciamientos hechos por diversos Estados en particular.⁵ Entre los organismos internacionales de derechos humanos, la reciente Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) sin dudas constituye un hito a resaltar.⁶

¹ En este libro hacemos referencia a niños, niñas y adolescentes en tanto grupos y categorías que están incluidos en el concepto de “niño” de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, es decir, toda persona menor de 18 años de edad.

² Declaration on Central American Unaccompanied Child Migrants, Organization of American States. Dec. S-008/14 (2014, July 23). Véase también International Conference on Migration, Childhood and Family, 2014, July 16-17, *Speech of the Secretary General of the Organization of American States*.

³ Regional Conference on Migration. (2014, June 26-27). *Managua Extraordinary Declaration*.

⁴ MERCOSUR. (2014, 29 de julio). Comunicado sobre derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes. Disponible en <http://www.ippdh.mercosur.int/comunicado-mercosur-sobre-derechos-de-ninos-ninas-y-adolescentes-migrantes/>. (Solicitando de opinión consultiva ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre los derechos de niños y niñas migrantes.)

⁵ Véase, por ejemplo, Deutsche Presse-Agentur (DPA). (2014, 28 de junio). Presidentes de SICA piden a EU respetar derechos niños migrantes. *Vanguardia*. Disponible en <http://www.vanguardia.com.mx/presidentesdesicapideaeurespetarderechosninosmigrantes-2100771.html>.

⁶ Rights and Guarantees of Children in the Context of Migration and/or in Need of International Protection, Advisory Opinion OC-21/14, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. A) No. 21, ¶¶ 127-128 (2014, August 19). Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_eng.pdf.

Asimismo, cabe mencionar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH);⁷ la Relatoría de Naciones Unidas sobre Derechos de Migrantes;⁸ el Comité de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño;⁹ y, entre otros, el Comité para la Protección de los Derechos de Trabajadores Migratorios y sus Familiares.¹⁰

Por su parte, diversas agencias internacionales especializadas, como el Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF);¹¹ el Alto Comisionado de la ONU para los Refugiados (ACNUR);¹² la Organización Internacional para las Migraciones (OIM);¹³ y el Alto Comisionado

⁷ Véase, por ejemplo, Inter-American Commission on Human Rights, Organization of American States (IACHR). (2014, October 2). Press Release: IACHR Wraps Up Visit to the United States of America. Disponible en http://www.oas.org/en/iachr/media_center/PReleases/2014/110.asp; IACHR. (2013, December 30). Human Rights of Migrants and Other Persons in the Context of Human Mobility in Mexico. Disponible en <http://www.oas.org/en/iachr/migrants/docs/pdf/Report-Migrants-Mexico-2013.pdf>; IACHR. (2013, December 30). Report on Immigration in the United States: Detention and Due Process. Disponible en <http://cidh.org/countryrep/USImmigration/TOC.htm>.

⁸ Véase Rep. of the Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants, Human Rights Council, 11th Sess., 2009, May 14, ¶¶ 26-33, U.N. Doc. A/HRC/11/7 (2009), disponible en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/132/23/PDF/G0913223.pdf?OpenElement>; Rep. of the Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants, Human Rights Council, 17th Sess., 2011, March 21, ¶¶ 26-33, U.N. Doc. A/HRC/17/33 (2011), disponible en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/121/83/PDF/G1112183.pdf?OpenElement>; Rep. of the Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants, Human Rights Council, 20th Sess., 2012, April 2, ¶¶ 38-41, 72.h, U.N. Doc. A/HRC/20/24 (2012), disponible en http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session20/A-HRC-20-24_en.pdf; Rep. of the Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants, Human Rights Council, 26th Sess., 2014, April 3, ¶¶ 55-56, 95, U.N. Doc. A/HRC/26/35 (2014), disponible en <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/SRMigrants/A.HRC.26.35.pdf>.

⁹ U.N. Comm. on the Rights of the Child, *Human Rights of All Children in the Context of International Migration Background Paper*, 2012, Sept. 28 (2012, Sept. 28), disponible en <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRC/Discussions/2012/2012DGDBackgroundPaper.pdf>. Véase también, Comm. on the Rights of the Child, *General Comment No. 6 (2005), Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin*, 39th Sess., 2005, May 17 – June 3, U.N. Doc. CRC/GC/2005/6 (2005, Sept. 1), disponible en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/438/05/PDF/G0543805.pdf?OpenElement>.

¹⁰ OHCHR. (2014, July 3). Statement by Chair of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families (CMW) on Ending Immigration Detention of Children, disponible en <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=14825&LangID=E>.

¹¹ Véase, por ejemplo, UNICEF Guatemala. (2009, agosto). *Camino al norte*, Reseña sobre la niñez migrante en Guatemala. Disponible en http://www.unicef.org/guatemala/spanish/recursos_20207.htm; UNICEF Mexico. (2011, noviembre). *La travesía, Migración e infancia*. Disponible en http://www.unicef.org/mexico/spanish/Unicef_Migracion_web%282%29.pdf; UNICEF Oficina Regional para América Latina y el Caribe & Universidad Nacional de Lanús (UNLA). (2009, diciembre). Estudios sobre los estándares jurídicos básicos aplicables a niños y niñas migrantes en situación migratoria irregular en América Latina y el Caribe. Disponible en http://www.unicef.org/lac/UNICEF_MIGRACION_NINOS.pdf.

¹² U. N. High Commissioner for Refugees (UNHCR). (2014). *Children on the Run: Unaccompanied Children Leaving Central America and Mexico and the Need for International Protection*. Disponible en http://www.unhcrwashington.org/sites/default/files/UAC_UNHCR_Children%20on%20the%20Run_Full%20Report_ver2.pdf.

¹³ Organización Internacional para las Migraciones (OIM) Oficina Regional, UNICEF) oficina para Costa Rica, & la Organización Internatiocional del Trabajo (OIT) oficina para Centroamérica, Haití, Panamá y República Dominicana. (2013, enero). *Niños, niñas y adolescentes migrantes América Central y México*. Disponible en http://costarica.iom.int/public/pdf/ninez_america_latina.pdf.

para los Derechos Humanos (ACNUDH)¹⁴ han elaborado diversos informes sobre la materia. Por el lado de la sociedad civil, son numerosos los reportes que a lo largo de los últimos años se han referido a los desafíos en materia de derechos humanos de la niñez en el actual escenario de movilidad internacional, incluyendo varios dedicados de manera específica a la realidad centro y norteamericana.¹⁵

La niñez en el contexto de la migración es un fenómeno que involucra directa e indirectamente a decenas de millones de personas menores de 18 años de edad, en particular a NNA migrantes no acompañados; NNA que migran con sus familiares; NNA nacidos en países de destino, cuyos padres son migrantes; NNA en países de origen, cuyos padres han migrado, o bien NNA que retornan a sus países de origen, sea de manera voluntaria o forzada. El fenómeno de la niñez en el contexto de la migración destaca al menos por diez características:

- Es un fenómeno complejo y multidimensional, es decir, determinado por una amplia variedad de aspectos sociales, políticos, culturales, económicos y familiares, entre otros, que están intrínsecamente entrelazados y se verifican en todas sus facetas—en especial, en sus causas y consecuencias.
- El número de NNA que migran, ya sea solos o de manera acompañada, ha crecido de manera constante en la última década, tanto a nivel global como en determinadas regiones en particular.
- Sin perjuicio que los NNA que migran son mayoritariamente adolescentes, se verifica año tras año un número creciente de niños y niñas migrantes menores de 12 años, tanto no acompañados como junto a sus familiares.

¹⁴ OHCHR. *Study on 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*, U.N. Doc. A/HRC/15/29 (2010, July 5). Disponible en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/151/41/PDF/G1015141.pdf?OpenElement>.

¹⁵ Véase Center for Gender and Refugee Studies & Kids in Need of Defense. (2014). *A Treacherous Journey: Child Migrants Navigating the U.S. Immigration System* (hereinafter “Treacherous Journey”). Disponible en http://www.uchastings.edu/centers/cgrs-docs/treacherous_journey_cgrs_kind_report.pdf; Celesia, A., Morlchetti, A., & Luna, M. por Red Latinoamericana de Acogimiento Familiar (RELAF), Save the Children, & UNICEF. (2014, septiembre). *Manual sobre estándares internacionales de derechos humanos aplicables a los niños, niñas y adolescentes migrantes*. Disponible en http://www.unicef.org/lac/Manual_estandares_DDHH_NNA_migrantes.pdf; Ceriani Cernadas, P. (coord.). (2013). *Niñez detenida: los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes en la frontera México-Guatemala*. Mexico City: Distribuciones Fontamara; Universidad Centroamericana José Simeón Cañas (UCA). (2012). *Atrapados en la tela de araña: Migración irregular de niñas y niños salvadoreños hacia los Estados Unidos*; Casa Alianza Honduras. (2012, junio). *Análisis de la situación de Derechos de la Infancia Migrante No Acompañada en el marco de los procedimientos de deportación y retorno a Honduras*. Disponible en <http://www.casa-alianza.org.hn/images/documentos/Informes.Especiales/Inf.2012/2.%20informe%20infancia%20migrante%202012.pdf>; Women’s Refugee Commission. (2012). *Forced From Home: The Lost Boys and Girls of Central America* (hereinafter “Forced From Home”). Disponible en <http://womensrefugeecommission.org/forced-from-home-press-kit>; Cavendish, B., and Cortazar, M. (2011). *Children at the Border: The Screening, Protection and Repatriation of Unaccompanied Mexican Minors*. Disponible en <http://appleseednetwork.org/wp-content/uploads/2012/05/Children-At-The-Border1.pdf>; Catholic Relief Services. (2010, January). *Child Migration: The Detention and Repatriation of Unaccompanied Central American Children from Mexico*. Disponible en <http://www.crsprogramquality.org/storage/pubs/peacebuilding/LACRO%20Migration-final.pdf>.

- La niñez afectada por la migración incluye a NNA que migran solos o con sus padres, así como también a quienes son hijos o hijas de migrantes.
- Las circunstancias y condiciones de vida de la mayoría de los niños, niñas o adolescentes que se ven afectados por su migración o la de sus padres, así como por las políticas que regulan dicha movilidad, es de altos niveles de vulnerabilidad.
- Esa vulnerabilidad está determinada principalmente por la diversidad de desafíos y abusos a sus derechos humanos básicos que se manifiestan, por un lado, a través de los factores que los conducen a migrar; y por el otro, a lo largo de todo el ciclo migratorio—partida, tránsito, destino, retorno.
- A estas características se le deben añadir aspectos y retos específicos, al observar el fenómeno desde una perspectiva de género, o teniendo en cuenta el origen étnico de cada persona y, entre otros factores, la edad de cada niño o niña.
- Debido a una serie de factores que se analizan en este libro, es un fenómeno que se da mayoritariamente en procesos de migratoria irregular (salida, tránsito, destino), lo cual sin dudas coadyuva a incrementar los niveles de vulnerabilidad.
- Las respuestas de los Estados a la irregularidad migratoria refuerzan esa vulnerabilidad al restringir su acceso a procedimientos justos para obtener beneficios – algo a lo que tiene derecho todo niño; o negar erróneamente derechos sustantivos y garantías que deben asegurarse a todo NNA que cualifique para ello, incluyendo el derecho humano al asilo.
- Las políticas y prácticas que impactan en la niñez en el contexto de la migración revelan en su gran mayoría una considerable invisibilidad y/o falta de protección de las necesidades y derechos específicos de los NNA.

Una de las regiones donde este fenómeno—y cada una de las características señaladas—se manifiesta con particular intensidad, tanto en términos cuantitativos como cualitativos, es la de Centro y Norte América, especialmente en los países de Honduras, Guatemala, El Salvador, México y Estados Unidos.

Es en esta área en la que se ha desarrollado, entre enero de 2013 y octubre de 2014, la investigación “*Los derechos humanos, los niños y la migración en América del Norte y América Central: causas, políticas, prácticas y retos.*” Coordinada por el Centro de Estudios sobre Género y Refugiados (*Center for Gender and Refugee Studies, CGRS*), de la Facultad de Derecho de la Universidad de California Hastings, y el Centro de Justicia y Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús, esta iniciativa contó con la participación de las siguientes instituciones: Casa Alianza (Honduras), la Universidad Centroamericana “Jose Simeon Canas” (El Salvador), Pastoral de la Movilidad Humana y Asociación Pop No’j (Guatemala); Centro de Derechos Humanos Fray Matías de Córdova y el Programa de Defensa e Incidencia Binacional—incluyendo Casas YMCA de Menores Migrantes y Coalición Pro-Defensa del Migrante, A.C. (México); y Niños en Necesidad de Defensa (*Kids in Need of Defense, KIND*) y

Comisión de Mujeres Refugiadas (Estados Unidos). Este proyecto fue posible gracias a los apoyos recibidos por parte de la Fundación John D. and Catherine T. MacArthur y la Fundación Ford.

I. La investigación realizada

El objetivo principal de esta iniciativa fue el de identificar los principales avances, retrocesos y desafíos en materia de derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes en el contexto de la migración en Centro y Norte América. Es decir, investigar sobre cómo la migración en sí misma, sus causas, así como las políticas y prácticas que los países implementan al respecto, afectan directa o indirectamente los derechos humanos y las garantías de diferentes categorías de NNA que migran solos o acompañados, así como de los hijos e hijas de migrantes. Otro objetivo medular consistió en examinar estas políticas, procesos y sus retos, desde un enfoque regional.

Al hacer referencia a las diferentes categorías de NNA afectados por la migración, estamos aludiendo a: (1) NNA que migran con sus padres u otros adultos formalmente responsables; (2) NNA que migran de manera no acompañada; (3) NNA que se quedan en sus países de origen, cuyos padres han migrado a otro país de la región; (4) NNA nacidos en países de destino, hijos o hijas de migrantes; (5) NNA migrantes que retornan, de manera voluntaria o forzada, al país de origen.

A partir de la recolección y análisis de datos por parte de todos los socios del proyecto, se ha elaborado un Informe que intenta reflejar, por un lado, la situación concreta en la temática en cada uno de los países evaluados. Y por el otro, los diferentes vínculos entre esas realidades, esto es, cómo las circunstancias y las políticas vigentes en cada país afectan la situación de los demás y viceversa. Esta indagación también contempla cómo esos países han respondido al fenómeno de la niñez migrante a través de acuerdos bilaterales y regionales.

Los capítulos de El Salvador, Guatemala y Honduras (2-4) han examinado cuestiones como las siguientes: las diferentes causas que llevan a la migración de NNA y/o sus padres hacia México o Estados Unidos; las condiciones para los NNA en cada uno de estos países, la situación de los NNA cuyos padres han migrado; los desafíos en materia de retorno de NNA a sus países y su reintegración social; los NNA migrantes de otros países que transitan por, o residen en, su territorio. En cada una de ellas, se han realizado entrevistas con NNA y, en varios casos, con otros actores sociales y políticos claves, a fin de evaluar el marco normativo y el marco jurídico, las políticas públicas y las prácticas implementadas en cada caso, el organigrama institucional desarrollado para responder a este fenómeno, y, en particular, la realidad concreta en la que se encuentran estas diferentes categorías de NNA.

Los dos capítulos referidos a México (6 y 7) son precedidos por una introducción general sobre la niñez y la migración a nivel nacional, tanto a nivel normativo (en particular, leyes sobre niñez y adolescencia, sobre migración, así como la de refugiados y protección complementaria), las instituciones a cargo del tema, las causas de la migración de NNA mexicanos, las políticas y programas concretos que se han implementado en los últimos años, así como algunas estadísticas sobre la situación de la infancia en el país. Luego, cada uno de estos capítulos aborda de manera específica la situación en el contexto de las dos fronteras (sur y norte) de México.

El caso de Chiapas refleja con nitidez tanto la diversidad de situaciones que afectan a diferentes categorías de NNA como la magnitud de los desafíos en torno a sus derechos. Con un foco particular en la región del Soconusco (y dentro de ésta, la ciudad de Tapachula) el capítulo (6) analiza los problemas y retos en cuanto a los derechos de NNA migrantes e hijos/as de migrantes que viven en esta subregión, NNA chiapanecos que migran hacia Estados Unidos o retornan de allí, así como los NNA migrantes (solos o con sus familias) que son detenidos en la Estación Migratoria Siglo XXI luego de ser interceptados en alguna parte del territorio mexicano, para luego—en la casi totalidad de los casos—ser repatriados a sus país de origen.

El otro capítulo (7) también da cuenta de las diferentes categorías de NNA que son afectados por la migración, particularmente de niños o niñas que atraviesan los estados del norte de México con el objetivo de cruzar hacia Estados Unidos, los que son devueltos por las autoridades estadounidenses al ser detenidos en el ámbito fronterizo, así como los llamados niños de circuito. El contexto de violencia, y por ende de extrema vulnerabilidad de las circunstancias en que están estos NNA, ha sido objeto de particular atención, junto a los programas y prácticas de reintegración aplicados por las instituciones mexicanas.

Los cuatro capítulos dedicados a la situación en Estados Unidos (9-12) intentan reflejar un panorama comprehensivo sobre los diferentes problemas y desafíos que impactan en los derechos de los NNA migrantes y los hijos e hijas de migrantes en este país. Un aspecto central está dedicado a cómo los mecanismos de control migratorio afectan los derechos de estos NNA, principalmente en el contexto del control fronterizo, las medidas de detención y las deportaciones—de niños, niñas y/o de sus padres, incluyendo a políticas relativas a la separación familiar como resultado de mecanismos del control migratorio. Las políticas de repatriación de los Estados Unidos, y los programas de reintegración son otros temas que se analizan. Los diferentes procedimientos diseñados para resolver los casos de NNA no acompañados, los recursos legales disponibles para migrantes, solicitantes de asilo, víctimas de trata, entre otros, y los obstáculos en cuanto al acceso a dichos recursos, son analizados de manera pormenorizada.

A través de un capítulo específico (13), el libro contiene un análisis sobre las decisiones adoptadas por los países de la región, en materia de NNA y familias migrantes, en el marco de acuerdos y procesos bilaterales y regionales. El objetivo consistió, por un lado, en evaluar en qué medida los derechos de los niños, niñas y adolescentes fueron contemplados en esta clase de iniciativas, tanto en caso de acuerdos referidos exclusivamente a la niñez migrante como en aquellos generales sobre cuestiones migratorias. Por el otro, se examinó sucintamente otra clase de convenios firmados entre estos países—por ejemplo en la esfera económica y comercial—que directa o indirectamente pudieran tener impacto en los movimientos migratorios en la región, incluyendo a los de los NNA y sus padres.

Finalmente, esta publicación incluye un capítulo elaborado por la Oficina en Washington del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (1). Este trabajo, que constituye una síntesis del informe publicado por el ACNUR a inicios de 2014, analiza—sobre la base de entrevistas realizadas en la frontera sur de Estados Unidos—las causas que motivan a NNA centroamericanos y mexicanos a salir de sus países de origen de manera no acompañada.

II. Crisis de derechos humanos, humanitaria, de desarrollo humano y de refugiados: una cuádruple crisis que exige una respuesta integral y regional

A mediados de 2014, el gobierno de Estados Unidos recurrió al concepto de “crisis” para describir el incremento en el número de NNA no acompañados que arribaron al país en 2014. Aunque inicialmente es término parecía aludir a las condiciones de los NNA y sus necesidades de protección, rápidamente pasó a interpretarse para hacer referencia a las preocupaciones sobre los posibles efectos que dicho aumento supuestamente generaría en el sistema migratorio estadounidense. Algunos tomadores de decisión, por ejemplo, aludieron a la falta de refugios o centros de atención para esos niños, a la sobrepoblación de las estaciones de la Patrulla Fronteriza, y la necesidad de fondos para responder a esta situación. Y de ahí la cuestión se centró, tal como se ve en algunos capítulos de este informe, en cómo detener y devolver lo antes posible a estos NNA.

A diferencia de ello, los autores de este Informe haremos referencia al concepto de crisis en su verdadero sentido, no sólo en términos literales sino respecto de la realidad que describe el fenómeno de la niñez en el contexto de la migración en la región. En efecto, estamos ante una profunda crisis que afecta a todos los países de la región y con particular intensidad a El Salvador, Guatemala, Honduras y México. Es una crisis iniciada unas décadas atrás pero que ha adquirido una magnitud dramática en los últimos años. Por sobre todas las cosas, se trata de una crisis marcada por la violación sistemática de los derechos humanos de niños, niñas y en toda la región, tanto en el origen de la migración, a lo largo de todo el tránsito, y también en los países de destino.

En efecto, el análisis realizado a lo largo de esta investigación, en cada uno de sus capítulos y en la interacción entre ellos, da cuenta de un panorama profundamente complejo y crítico en materia de derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes en el contexto de la migración en Centro y Norte América. Asimismo, se trata de un escenario que puede ser clasificado como de crisis humanitaria, en razón del contexto de las variadas formas de violencia que afectan la vida y la integridad física de estos NNA. A su vez, las respuestas de los Estados a las necesidades de protección de miles de niños y niñas, están poniendo en crisis aspectos básicos del derecho internacional de refugiados.

Por último, si tenemos en cuenta la situación actual de todas las categorías de NNA afectados por la migración en la región, resulta apropiado afirmar que estamos ante una verdadera emergencia en materia de desarrollo humano, de derechos humanos, y de refugiados de cientos de miles de niños y niñas. Esta crisis está determinada tanto por las causas que llevan a salir de su país a NNA y familias, las condiciones en que viven los NNA cuyos padres han migrado, como por los desafíos que enfrentan en el tránsito, en el país en el cual residen o, en su caso, al ser devueltos al lugar de origen.

Tal como lo han señalado otros informes referidos a uno u otro de los temas aquí examinados, o a una u otra área de la región objeto de investigación, la situación en su conjunto conforma un escenario que se caracteriza por la afectación de prácticamente todos los derechos de la niñez internacionalmente reconocidos a todas las personas menores de 18 años de edad. Estos derechos, es importante resaltar, deben ser respetados, protegidos y garantizados en todos los

casos, sin perjuicio de su nacionalidad, origen étnico, status migratorio (de NNA y/o sus padres), sexo y cualquier otra condición prohibida por el principio de no discriminación—considerado una norma *jus cogens* o regla imperativa del derecho internacional.¹⁶

En efecto, el derecho de los NNA a la vida, a la integridad física, a la vivienda, la educación y la salud, a la vida familiar, a un nivel de vida adecuado, a acceder a la justicia, el derecho a ser oído, entre muchos otros, se encuentran en diferentes situaciones de riesgo, amenaza o directamente, de vulneración, en el contexto de la migración en la región. Esto se debe a las situaciones en sus países de origen y destino que los llevan a migrar, así como al trato que se le brinda a NNA migrantes y solicitantes de asilo—y/o a sus padres—en los países de tránsito y destino, o incluso al regresar.

En pocas palabras, lo que está en juego es uno de los derechos/principios rectores de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN): el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, receptado en su artículo 6, aunque es interdependiente y está interrelacionado con los demás preceptos de la Convención. Este derecho, por un lado, significa el derecho al desarrollo físico, mental, emocional, espiritual, moral y social. Por el otro, incluye el acceso a derechos sociales fundamentales para garantizar determinadas condiciones mínimas, como es la educación, la salud, la vivienda, la alimentación, el derecho a no ser explotado, la prohibición del trabajo infantil, entre otros. Pero también contiene el derecho a no ser detenido arbitrariamente, a no ser devuelto a un país donde corra riesgo su vida e integridad, etc.

El desarrollo de NNA está profundamente entrelazado con sus vínculos familiares (y los derechos/deberes de cada integrante de una familia, en particular los padres, tutores u otros representantes legales), tal como se desprende de los artículos 9, 10, 16, 18 y 27 de la Convención. Por ello, el derecho al desarrollo de los niños y niñas en el contexto de la migración se ve también impactado por diferentes afectaciones al derecho a la vida familiar. Intromisiones arbitrarias o desproporcionadas en el derecho a la unidad familiar (debido a una situación migratoria irregular), así como la falta de mecanismos de protección de la vida familiar en países de origen y destino, repercuten negativamente en la vida de los NNA, particularmente en su derecho al desarrollo—en el cual los padres pueden y deben jugar un rol fundamental, con el apoyo del Estado, tal como lo establece la CDN.

Por otra parte, satisfacer, y sobretodo proteger, todos estos elementos que confluyen en el derecho al desarrollo debe necesariamente contemplar a las garantías de debido proceso (y el acceso a la justicia) en cualquier procedimiento que pueda afectar directa o indirectamente esos derechos, adecuados a la edad y madurez de cada niño o niña. Particularmente, *el derecho a ser oído*, el cual constituye otro de los pilares de la Convención sobre Derechos del Niño. Los procedimientos migratorios y de asilo, así como prácticas de control fronterizo, tienen severas

¹⁶ La Corte Interamericana de Derechos Humanos, precisamente en una Opinión Consultiva sobre Derechos de Migrantes Indocumentados, reafirmó este carácter inalienable y universal del principio de no discriminación. *Véase* Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants. Advisory Opinion OC-18/03, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. A) No. 18 (2003, Septiembre 17). Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_ing.pdf. La Corte refrendando esta posición en su reciente decisión sobre niños, niñas y adolescentes migrantes. *Véase* Rights and Guarantees of Children in the Context of Migration and/or in Need of International Protection, Advisory Opinion OC-21/14, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. A) No. 21, ¶¶ 127-128 (2014, August 19). Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_eng.pdf.

limitaciones a la participación y el derecho a ser oído de los NNA—de acuerdo a su edad y madurez, con base en el principio de autonomía progresiva del art. 5, CDN. Tampoco se tiene en cuenta en el diseño, implementación y evaluación de las políticas y programas que tanto en origen como en tránsito y destino impactan en los derechos de NNA en el contexto de la migración.

Finalmente, la manera de interpretar, regular, aplicar y asegurar estos derechos esenciales para garantizar la vida, supervivencia y desarrollo integral de todos los NNA (es decir, todos sus derechos), debe garantizar—en lo formal y en sustancia—los otros principios medulares de la Convención: *el interés superior del niño*, y la *no discriminación*. Según el Comité de Derechos del Niño, el principio del interés superior del niño tiene 3 características entrelazadas: se trata de un derecho, un principio y una norma de procedimiento.¹⁷

Sin embargo, veremos cómo en el escenario de la migración en Centro y Norte América este principio no es tenido en cuenta como tal, ni como derecho ni como pauta que debe guiar un procedimiento que pueda impactar en los derechos de NNA. Decisiones como el rechazo en frontera, la repatriación, la privación de la libertad, la deportación de los padres, los obstáculos formales o prácticos a la reunificación familiar, la falta de mecanismos de protección de la vida e integridad física en origen y en el tránsito, así como la privación de derechos básicos en el país de origen, da cuenta que, tanto por acción como por omisión, las políticas y las prácticas de los Estados no están determinadas por el interés superior del niño.

En el mismo sentido, el principio de no discriminación, eje no sólo de la protección de la niñez, sino de todo el Derecho Internacional de Derechos Humanos, se encuentra severamente afectado en el contexto de la migración. Estándares consolidados en materia de no detención de NNA, el derecho a ser oído y la protección de la vida familiar, son omitidos en razón de la nacionalidad o el estatus migratorio del niño o sus padres. De igual manera, diferentes mecanismos de discriminación directa e indirecta están detrás de las principales causas de la migración, así como de restricciones indebidas a derechos sociales de niños migrantes e hijos de migrantes.

En otro orden de cosas, la multiplicidad de factores estructurales y ligados entre sí que conforman las causas de la migración de los NNA y/o sus padres, representa un panorama desolador en materia de derechos humanos y desarrollo humano integral. Y este contexto está a su vez conectado con la diversidad y magnitud de desafíos en materia de derechos que los NNA y sus familias enfrentan a lo largo de la ruta migratoria así como en el país en el cual residen de manera temporal o definitiva, e incluso al retornar, o ser devueltos, a sus países de origen. Esta realidad, profundamente compleja, requiere una amplia batería de respuestas—en términos de políticas públicas, normativas, prácticas—que, por un lado, deben estar apoyadas en un enfoque integral y complementario de derechos humanos —incluyendo el derecho humano al desarrollo, derecho humanitario y derecho internacional de refugiados. Por el otro, deben contemplar, inexcusablemente, los siguientes elementos:

¹⁷ U.N. Comm. on the Rights of the Child (CRC), *General Comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1)*, U.N. Doc. CRC /C/GC/14 (2013, May 29). Disponible en <http://www.refworld.org/docid/51a84b5e4.html>.

- Un abordaje comprehensivo que incluya los diferentes aspectos que determinan las causas de la movilidad, las formas en que se da esa movilidad, la protección de los NNA en el tránsito, el acceso a los derechos en países de destino y en países de origen, entre muchos otros factores.
- Una mirada que contemple perspectivas, y por ende, objetivos y medidas concretas, de corto, mediano y largo plazo.
- Un enfoque que abarque de forma interconectada el nivel local, el nacional, bilateral y, en particular, el regional.
- Respuestas basadas en información fiable producida, la cual debe asegurar la integralidad de las diferentes aristas que suponen un plan de desarrollo humano centrado en los derechos de la infancia y la adolescencia.

A continuación, se describen y examinan brevemente los principales hallazgos de la investigación, estructurados en torno a los temas siguientes: (1) las causas de la migración; (2) los derechos de NNA en tránsito; (3) los derechos de NNA en los países de destino; (4) el derecho a la protección consular; y (5) las políticas de retorno y reintegración de NNA en los países de origen.

III. Las Causas de la migración: un problema estructural, multidimensional y regional

El análisis de las causas que motivan la migración de niños, niñas y adolescentes, ya sean solos o acompañados, así como la migración de adultos—dejando a sus hijos en el país de origen—evidencia en primer lugar la complejidad del fenómeno, la profundidad de los problemas que subyacen a la migración en la región, y por ende, la necesidad de atenderlas de manera adecuada, oportuna y eficaz. La situación de la niñez en los tres países del triángulo norte de Centro América (El Salvador, Guatemala y Honduras), así como en México, da cuenta de un estado de cosas marcado por un déficit considerable en las políticas de protección integral de la infancia y otras políticas conexas.

Se trata de un profundo y sistémico incumplimiento de un deber primordial como Estados parte de la Convención sobre Derechos del Niño, que se enmarca en un importante déficit en términos de democracia y Estado de derecho, e incluye aspectos como los siguientes: lagunas normativas o su falta de aplicación; debilidad e inadecuación institucional; falta de recursos o existencia de otras prioridades presupuestarias; deficiencias de implementación de políticas públicas; prácticas arbitrarias y/o asistencialistas contrarias a un enfoque de derechos; discriminación; corrupción extendida; y, entre otros, altos niveles de impunidad.

En ese contexto, los datos estadísticos en materia de pobreza, analfabetismo, deserción escolar, falta de oportunidades, desempleo de adolescentes y jóvenes, formas variadas y crecientes de violencia (social, institucional, crimen organizado, violencia de género y violencia doméstica); impunidad frente a esos hechos de violencia; trabas en el acceso a la justicia; altos índices de corrupción; connivencia entre organismos públicos y actores vinculados al crimen organizado; políticas de institucionalización de NNA en situación de vulnerabilidad; sistemas de bienestar

infantil disfuncionales y asistencialistas; separación de los padres, déficits habitacionales y sanitarios; desigualdad de género y con base en el origen étnico (población indígena); explotación y trabajo infantil; trata de personas, entre otros indicadores, revelan un nivel considerablemente preocupante de privación de derechos básicos de la niñez.

Mientras que El Salvador, Guatemala y Honduras ocupan los lugares 115°, 125° y 129° respectivamente del Índice global de Desarrollo Humano,¹⁸ los indicadores ligados a las principales causas de la migración (pobreza, violencia, exclusión social, reunificación familiar, entre otras) dan cuenta de cómo se ven afectados de manera particular—cuantitativa y cualitativamente—los niños, niñas y adolescentes.

En Guatemala, uno de los países con mayores niveles de desigualdad en el mundo, UNICEF estimaba para 2013 cerca de 15.4 millones de habitantes, de los cuales casi la mitad son niños, niñas y adolescentes, y más del 17%, menores de 5 años. Según la Encuesta Nacional de Condiciones de Vida 2011 (Encovi 2011), el 53.7% de la población vive en condiciones de pobreza, mientras que un 13.3% vive en condiciones de pobreza extrema. Las últimas estadísticas para 2012 revelan que 19% de los niños y niñas comprendidos entre los 7 y 14 años de edad se desempeñan en el mercado laboral, en donde la mayor tasa de ocupación se registra en el área rural.¹⁹ Asimismo, según el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), mientras que el 49.8% de los niños menores de 5 años sufren desnutrición crónica, el promedio de escolaridad de los NNA es solamente de 4 años.²⁰ Así como sucede con la mayoría de indicadores sociales, las estadísticas de desnutrición infantil en el caso de población indígena son significativamente más elevadas, llegando a un 65.9%.²¹

En el caso de El Salvador, la mayoría de la población salvadoreña es joven, con un 63.7% de personas menores de 30 años de edad.²² Las estadísticas indican que en el 2011 el acceso institucional a centros de educación inicial entre los menores de 3 años era inferior al 2%; el acceso a la educación parvularia era del 54.2% y de sólo poco más de un tercio en bachillerato (UNICEF, 2013a con base en datos de MINED, Censo Escolar, y EHPM, 2011). Por su parte, mientras la matrícula neta en educación básica equivale al 93.7% de los niños y niñas, la de media alcanza solo el 35.4%.²³ En la actualidad el porcentaje de niñas, niños y adolescentes con desnutrición global es de 5.5%, y el de desnutrición crónica es de 19%. Por ejemplo, entre NNA

¹⁸ United Nations Development Programme (UNDP). (2014). Human Development Index, disponible en <http://hdr.undp.org/en/data>.

¹⁹ Instituto Centroamericano de Estudios Fiscales (ICEFI), Suecia, & UNICEF. (2012, diciembre). Análisis del Presupuesto General del Estado de Guatemala aprobado para 2013, Enfocado en la niñez y adolescencia y en seguridad alimentaria y nutricional. *Serie de documentos de análisis ¡CONTAMOS! 12*. Disponible en http://www.unicef.org.gt/1_recursos_unicefgua/publicaciones/2012/Contamos12%20Presupuesto2013.pdf.

²⁰ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo en El Salvador (PNUD). *El Salvador en Breve*. Disponible en http://www.sv.undp.org/content/el_salvador/es/home/countryinfo/.

²¹ Instituto Centroamericano de Estudios Fiscales (ICEFI) & UNICEF. (2011, septiembre). Protegiendo la nueva cosecha, Un análisis del costo de erradicar el hambre en Guatemala, 2012-2021. *Serie de documentos de análisis ¡CONTAMOS! 4*. Disponible en http://www.unicef.org.gt/1_recursos_unicefgua/publicaciones/contamos_4.pdf.

²² PNUD. *El Salvador en Breve*. Disponible en http://www.sv.undp.org/content/el_salvador/es/home/countryinfo/.

²³ UNDP. (2013). Human Development Report 2013, El Salvador. Disponible en <http://hdr.undp.org/sites/default/files/Country-Profiles/SLV.pdf>. Véase también PNUD. (2013). Informe sobre Desarrollo Humano El Salvador 2013, Imaginar un nuevo país. Hacerlo posible, Diagnóstico y propuesta, p. 4. Disponible en http://www.sv.undp.org/content/dam/el_salvador/docs/povred/UNDP_SV_IDHES-2013.pdf.

de madres sin educación, la desnutrición global aumenta a 15.7 y la desnutrición crónica a 36.6%.²⁴

Honduras se encuentra entre los países de menores ingresos de América Latina y el Caribe, con una incidencia de pobreza por hogares, según el Instituto Nacional de Estadísticas (INE) que de un 59.9% en 2006 se mantuvo prácticamente igual con un 60.0% en 2011. El fenómeno de pobreza se acentúa en el área rural, siendo estas las áreas que presentan mayores limitaciones en cuanto a cobertura y calidad de los servicios sociales. La población rural que representa alrededor de 53% de la población del país tiene niveles de pobreza que al 2010, alcanza al 65.4% de sus habitantes.²⁵ La desnutrición aguda afecta a más de la mitad de las niñas y niños de 1 a 5 años, y el promedio de años de estudio escolar de la población de Honduras llega apenas a 4,3 en las regiones rurales y a 7 años en las zonas urbanas.²⁶

En México, un estudio elaborado por UNICEF y el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL), indica que un 53.8 por ciento de la población de 0 a 17 años se encontraba en situación de pobreza en México, es decir, 21.2 millones de niñas, niños y adolescentes, y un 12.1% en condiciones de pobreza extrema.²⁷ Esta situación, como en el caso de Guatemala, se agrava en caso de la población indígena, cuya población de 0 a 17 años en situación de pobreza se eleva a un 78.5%, estando un 33.4% por ciento en situación de pobreza extrema.

Estas cifras representan solamente una muestra, ya que el libro explica con más detalles la grave situación en la que se encuentra la niñez y la adolescencia en estos cuatro países. Sin lugar a dudas, se trata de un contexto en el cual aspectos claves y básicos del desarrollo humano de millones de NNA no están siendo garantizados. A este escenario, desde los períodos de los conflictos armados en Centroamérica, y en el caso mexicano con especial intensidad en la última década, se le ha ido agregando de manera dramáticamente creciente variadas formas de violencia que impactan de manera directa en la vida, la integridad física y el desarrollo adecuado de cientos de miles de niños, niñas y adolescentes en sus comunidades de origen.

El derecho al desarrollo no está únicamente integrado por sus componentes materiales (o mejor dicho, los derechos económicos y sociales), sino también por elementos que determinen que ese desarrollo—material, espiritual, emocional y psíquico, como establece la CDN—se realice de manera libres de toda forma de violencia. Los datos recogidos a través de diferentes fuentes de información—entrevistas a NNA y otros actores claves, informes gubernamentales de agencias internacionales, universidades y organizaciones sociales—evidencian un contexto en el cual el desarrollo de NNA está impregnado de un modo cotidiano y generalizado de múltiples formas de violencia: los datos recogidos dan cuenta del impacto en la niñez de la violencia y los abusos

²⁴ Informe sobre Desarrollo Humano El Salvador 2013, Imaginar un nuevo país. Hacerlo posible, Diagnóstico y propuesta, p. 130. Disponible en http://www.sv.undp.org/content/dam/el_salvador/docs/povred/UNDP_SV_IDHES-2013.pdf.

²⁵ PNUD. *Reducción de la Pobreza*. Disponible en <http://www.hn.undp.org/content/honduras/es/home/library/poverty/>.

²⁶ UNICEF Honduras. *Contexto de país*. Disponible en http://www.UNICEF.org/honduras/14241_16946.htm.

²⁷ Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL) & UNICEF. (2013, abril). *Pobreza y derechos sociales de niñas, niños y adolescentes en México, 2010-2012*. Disponible en http://www.unicef.org/mexico/spanish/UN_BriefPobreza_web.pdf.

contra NNA en el ámbito doméstico; la violencia basada en el género, particularmente contra niñas y adolescentes; la violencia con base en el origen étnico y en la orientación sexual; la violencia social relacionada con pandillas y, progresivamente, de diversas redes de crimen organizado; y la violencia institucional—por parte de fuerzas de seguridad.

En este sentido, mientras que en América del Sur se registra una significativa disminución de la tasa de homicidios (de 26.1 por cada 100.000 habitantes en 2000 a 21.1 por cada 100.000 habitantes en 2010), a la inversa, en Centroamérica se produce un notorio aumento y casi se duplica en una década: de 26.6 a 43.3. A su vez, a nivel mundial, el 42% de los homicidios cometidos en el mundo en 2010 se realizó con un arma de fuego. Sin embargo, en el continente americano esta cifra fue mucho más alta y alcanzó un promedio del 75%. En Guatemala y Honduras, la proporción de homicidios cometidos con arma de fuego (como proporción del total de homicidios) era bastante más alta: 84% y 83% respectivamente.²⁸

Este contexto de violencia afecta de manera particular a NNA. Diversos estudios subrayan, por su parte, la presencia creciente de estas amenazas en el contexto escolar, al punto que se ha destacado que la efectividad del ámbito educativo como ámbito crucial para el desarrollo de las capacidades de niños, niñas y adolescentes está siendo mermada por las pandillas. Al respecto, el PNUD ha señalado que la evidencia indica que el control territorial que ejercen en los entornos de las zonas escolares es motivo importante de deserción escolar y que la escuela pública ya no es percibida como un espacio de protección, sino como uno de riesgo.²⁹

En la última década, la situación de violencia ha sido cada vez más alarmante, así como su impacto tanto en la migración—como causa— como en la población migrante—como víctimas directas de diferentes formas de violencia, entre las cuales los NNA se ven particularmente afectados. En este contexto, las estadísticas indican que en México, a lo largo del último sexenio más de 60,000 personas fueron asesinadas y unas 150,000 personas fueron desplazadas como resultado de la violencia asociada con la droga—por parte de carteles, pandillas, en connivencia con organismos y/o funcionarios públicos.³⁰

Las problemáticas de la violencia doméstica, los feminicidios y femicidios, así como la violencia sexual, y la impunidad de estos delitos—en términos de acceso a la justicia, pero también de protección de las víctimas—afectan de manera específica a la NNA en los países centroamericanos y en México, particularmente a las niñas y adolescentes. La Relatora Especial de Naciones Unidas sobre violencia contra las mujeres, en el informe relativo a su visita a Honduras, destacó el nivel elevado de este tipo de delitos, llamando la atención sobre el incremento de un 263% de las muertes violentas de mujeres entre 2005 y 2013.³¹ De la misma manera, con posterioridad a la visita de la Relatora a El Salvador, señaló que los NNA, en

²⁸ Economic Commission for Latin America and the Caribbean (ECLAC). (2013, December). Social Panorama of Latin America 2013. Disponible en <http://www.cepal.org/en/publications/social-panorama-latin-america-2013>.

²⁹ UNDP. (2013). Human Development Report 2013, El Salvador, p. 14. Disponible en <http://hdr.undp.org/sites/default/files/Country-Profiles/SLV.pdf>.

³⁰ Amnesty International. (2013, May). Annual Report: Mexico 2013. Disponible en <http://www.amnestyusa.org/research/reports/annual-report-mexico-2013?page=show>.

³¹ OHCHR. (2014, July 7). Special Rapporteur on Violence against Women Finalizes Country Mission to Honduras and Calls for Urgent Action to Address the Culture of Impunity for Crimes against Women and Girls. Disponible en <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=14833&LangID=E%20URL>.

especial las niñas, están especialmente expuestas a situaciones de violencia doméstica.³² En México, país que ocupa el puesto 16 a nivel global en materia de homicidios contra las mujeres, los índices revelan un crecimiento estable desde 2007.³³

Una serie de factores explican los niveles actuales de violencia en América Central. Uno de estos factores está relacionado con la historia de la política exterior estadounidense en la región. La intervención de Estados Unidos en la región se remonta a 1954, cuando el Gobierno de EEUU—en concreto la Agencia Central de Inteligencia (CIA)—orquestó el derrocamiento del presidente guatemalteco Jacobo Arbenz, que había sido elegido legalmente. Los planes del Presidente Arbenz de reforma agraria se enfrentaron a la oposición de la United Fruit Company, una empresa estadounidense que poseía la mayoría de las tierras cultivables y las infraestructuras de Guatemala. El derrocamiento del gobierno de Arbenz destruyó la democracia en Guatemala y sentó las bases de una sangrienta guerra civil que se cobró al menos 200.000 vidas de civiles, especialmente de indígenas guatemaltecos. El golpe de 1954 marcó el comienzo de una inestabilidad en toda la región que duraría varias décadas.³⁴

Durante la década de 1980, el Gobierno de EEUU, bajo la presidencia de Ronald Reagan, que consideraba las guerras civiles en América Central como “escenarios de la Guerra Fría”, apoyó activamente a los regímenes represivos de El Salvador y Guatemala, a la vez que intentaba debilitar al gobierno socialista sandinista de Nicaragua mediante el respaldo a la Contra.³⁵ Mientras las guerras civiles causaban estragos en El Salvador y Guatemala, EEUU también financió las actividades contrainsurgentes en Honduras, que sirvió de base de operaciones para la Contra.³⁶

Además de la política exterior estadounidense, las leyes y las políticas migratorias de EEUU contribuyeron a la propagación de la violencia de las pandillas en la región:

Dado que carecían de condición legal y no veían un futuro en EEUU, muchos jóvenes en situación irregular encontraron consuelo y apoyo en las pandillas. La más infame de ellas, la Mara Salvatrucha (MS-13), fue fundada por salvadoreños en el barrio Pico-Union de Los Ángeles a mediados de la década de 1980. Cuando se aprehendió y deportó a mareros en situación irregular, la violencia de las maras

³² Rep. of the Special Rapporteur on Violence against Women, its Causes and Consequences, Addendum, Human Rights Council, 17th Sess., 2011, February 14, U.N. Doc. A/HRC/17/26/Add.2 (2011), disponible en <http://daccess-dds.ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/112/37/PDF/G1111237.pdf?OpenElement>.

³³ Católicas por el Derecho a Decidir & Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos A.C. (2012, July 17). Femicide and Impunity in Mexico: A context of structural and generalized violence. Disponible en http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/docs/ngos/CDDandCMDPDH_forthesession_Mexico_CEDAW52.pdf. (Presentado ante el Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, CEDAW.)

³⁴ Grim, R. (2014, July 18). Here’s How The U.S. Sparked A Refugee Crisis On The Border, In 8 Simple Steps. *Huffington Post*. Disponible en http://www.huffingtonpost.com/2014/07/18/refugee-crisis-border_n_5596125.html. Véase también Schlesinger, S. (2011, June 3). Ghosts of Guatemala’s Past. *The New York Times*. Disponible en http://www.nytimes.com/2011/06/04/opinion/04schlesinger.html?_r=0.

³⁵ Véase Gzesh, S. (2006, April 1). Central Americans and Asylum Policy in the Reagan Era. Disponible en <http://www.migrationpolicy.org/article/central-americans-and-asylum-policy-reagan-era>.

³⁶ Grim, Here’s How The U.S. Sparked A Refugee Crisis On The Border, In 8 Simple Steps.

se exportó a El Salvador. Las redes transnacionales de las pandillas se asentaron en el país.³⁷

Durante la década de 1990, EEUU emprendió una oleada de devoluciones de pandilleros a América Central. Después de cumplir sus condenas penales en EEUU, los mareros deportados llegaron a sus países y se hicieron con el dominio de un entorno en el que prosperaba la cultura de las maras³⁸

En resumen, tanto la información recogida a lo largo de esta investigación, como las conclusiones de numerosos análisis y estudios por diversos actores sociales y académicos, indican, por un lado, que son estas circunstancias de violencia y de desprotección de condiciones básicas de vida a los NNA las que llevan a la migración de los niños, niñas y adolescentes, solos o con sus padres. Por el otro, dan cuenta que esos factores son, en la amplia mayoría de los casos, inseparables entre sí, y este aspecto es fundamental a la hora de diseñar respuestas adecuadas, integrales, eficaces, tanto a nivel local como nacional y regional. En este sentido, sin perjuicio de que en cada caso la decisión de migrar ha respondido más a uno que otro, lo cierto es que todos estos factores se encuentran presentes en prácticamente la totalidad de los casos, ya que no sólo constituyen causas estructurales de la migración en la región, sino que también es estructural la íntima vinculación entre ellas.

Es imprescindible destacar que en los países de destino también se verifican causas que contribuyen no sólo a que la migración de NNA se incremente, sino también a que ella se haga de manera irregular. Uno de estos factores es el de la presencia del trabajo infantil en áreas menos protegidas del mercado de trabajo. En tanto fenómeno global que asocia a la migración con el trabajo infantil en países de destino,³⁹ en Estados Unidos este fenómeno está presente en los ámbitos con mayor inserción de la migración irregular, como el trabajo doméstico, o la agricultura.⁴⁰ De manera complementaria, es importante señalar, como lo describe este libro, que algunas iniciativas bilaterales o regionales (como el NAFTA), han impactado también en un incremento de la migración, tanto de adultos como de familias o de NNA solos, especialmente de adolescentes y jóvenes.

En íntima relación con la situación en el país de destino—en particular, Estados Unidos—pero también con las circunstancias de vulnerabilidad en la comunidad de origen antes descrita, otro factor que complementa las causas de migración de miles de niños, niñas adolescentes mexicanos y centroamericanos, es el de la reunificación familiar. En efecto, tal como lo acreditan las entrevistas realizadas con NNA en los cinco países estudiados, así como las propias estadísticas de diversas instituciones públicas (por ejemplo, la Oficina de Reasentamiento para

³⁷ Massey, D. Children of Central American Turmoil and the U.S. Reform Impasse. Disponible en <http://www.scholarsstrategynetwork.org/page/children-central-american-turmoil-and-us-reform-impasse>.

³⁸ Grim, Here's How The U.S. Sparked A Refugee Crisis On The Border, In 8 Simple Steps.

³⁹ Véase van de Glind, H. for International Programme on the Elimination of Child Labour, International Labour Organization (2010, September). Migration and child labour - Exploring child migrant vulnerabilities and those of children left behind.

⁴⁰ Véase Human Rights Watch (HRW). (2010, May 5). Fields of Peril, Child Labor in US Agriculture. Disponible en http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/crd0510webwcover_1.pdf. Véase también HRW. (2014, May 14). Tobacco's Hidden Children, Hazardous Child Labor in United States Tobacco Farming. Disponible en http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/us0514_UploadNew.pdf.

Refugiados en Estados Unidos, o la Secretaría de Bienestar Social en Guatemala) y sin perjuicio de las lagunas y deficiencias de los datos oficiales, un porcentaje importante de los NNA que salen de sus países lo hacen por una combinación de causas asociadas a la privación de derechos sociales básicos, situaciones de violencia y abusos, y la necesidad de reencontrarse en Estados Unidos con sus padres—o uno de ellos—luego de una separación de pocos o varios años (la ausencia de los padres, a su vez, puede contribuir a que los NNA estén más expuestos a diferentes formas de violencia).

La ausencia de programas de regularización migratoria en Estados Unidos, la imposibilidad de que trabajadores y trabajadoras vean reconocido formalmente su trabajo, su presencia y sus múltiples contribuciones a la sociedad de destino, ha imposibilitado que miles de NNA puedan migrar de manera regular para reunirse con sus padres. Incluso en los casos de quienes ya tienen un permiso de residencia, las demoras, restricciones y trabas de los trámites de reunificación familiar,⁴¹ han afectado este derecho a un nivel que en muchos casos ha llevado a la decisión de que el niño o niña migre de manera irregular.

En relación con todas estas causas de la migración en la región, se ha destacado, con base en la evidencia recolectada en El Salvador, por ejemplo, que la violencia, la extrema pobreza y la reunificación familiar son los factores que tienen un rol central en las causas que llevan a los NNA a dejar sus países de origen. En particular, se subraya que la criminalidad, las amenazas de pandillas y otras formas de violencia están entre los determinantes más fuertes (llegando a más de un 60%), sin perjuicio de que en algunas áreas es la extrema pobreza la que tiene un papel medular.⁴² El informe de ACNUR (2014) también evidencia el elevado y creciente impacto de diversas formas de violencia como motor de la migración de NNA no acompañados en la región, sin perjuicio de subrayar que se trata de un fenómeno que responde a un escenario complejo y causas diversas interrelacionadas entre sí. En igual sentido, mientras se sostiene que las cuestiones de violencia, persecución, pobreza, reunificación familiar y búsqueda de trabajo, son las principales causas de la migración de NNA, se ha puntualizado que la mayoría de ellos seguramente lo hace por una combinación de esos motivos.⁴³

Es importante notar que estos factores no sólo han contribuido al incremento de la migración de NNA—solos o en familia—sino también a que un elevado porcentaje de esos flujos se produzcan de manera irregular. Frente a la búsqueda de la realización del derecho al desarrollo, a la supervivencia, a la vida y a la unidad familiar, en tanto estrategia de supervivencia frente a la vulneración de derechos fundamentales, los canales para la migración regular se han visto progresivamente limitados, como se verá más adelante discutiendo en los capítulos sobre México y los Estados Unidos. Los factores que han forzado este incremento de la migración irregular han puesto a los NNA en circunstancias cada vez más riesgosas, en las cuales han proliferado y se han fortalecido paulatinamente las redes encargadas tanto del tráfico de personas como también de trata con fines de explotación laboral o sexual.

⁴¹ Hwang, M. C. and Salazar Parreñas, R. (2010). Not Every Family: Selective Reunification in Contemporary US Immigration Laws. *International Labor and Working-Class History*, 78(01), pp. 100-109.

⁴² Kennedy, E. (2014, July). No Childhood Here: Why Central American Children are Fleeing their Homes. Disponible en

http://www.immigrationpolicy.org/sites/default/files/docs/no_childhood_here_why_central_american_children_are_fleeing_their_homes_final.pdf.

⁴³ Bhabha, J. (2014). *Child Migration & Human Rights in a Global Age*. Princeton: Princeton University Press.

En igual sentido, como ya se señaló, el estatus migratorio irregular de los padres, los obstáculos formales y/o prácticos para que obtengan una residencia, determina que para miles de NNA la unidad familiar sólo se alcance enfrentándose a crecientes retos para su vida y su integridad física y psíquica a lo largo del camino, así como a prácticas de privación de la libertad, detenciones o expulsiones arbitrarias al no tomar en consideración el interés superior del niño, entre otros. De esta manera, las situaciones de nuevas, agravadas y crecientes formas de violencia contra NNA en el tránsito, viene a complejizar aún más la situación de muchos niños y niñas que migran entre los países de la región. Así, en este contexto de privación de derechos básicos, de amenazas y abusos al derecho de los NNA a la vida, el desarrollo y la supervivencia, la alternativa de protección y ejercicio de derechos debe superar previamente no sólo la violencia creciente en el tránsito, sino también los mecanismos de persecución y sanción a la migración irregular desarrollados por los mismos Estados que contribuyen—por acción u omisión—a la creación de estas causas.

Por último, tratándose de las causas de la migración, es importante hacer mención de otra problemática que se da en los países de origen. Nos referimos a los niños, niñas y adolescentes cuyos padres han migrado a otros países de la región. Algunos capítulos de este informe dan cuenta sobre la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran muchos de estos NNA, la cual se manifiesta en términos de problemas psicológicos y otras afectaciones producto de la separación familiar, así como de abusos sufridos por parte de adultos a cargo de ellos.

Estos problemas se agravan por la ausencia o debilidad de políticas de protección adecuada y específica en los países de origen. En este contexto, caracterizado por privaciones de derechos, amenazas a su integridad física y desprotección estatal, la reunificación familiar adquiere un valor especial, aún si la migración puede acarrear nuevos riesgos a lo largo del tránsito debido a que sólo puede materializarse a través de una migración irregular cada vez más peligrosa. Como veremos en las secciones siguientes, la falta de consideración adecuada de los derechos humanos de los NNA en los contextos de países de tránsito y recepción, no hace más que agravar esta situación y contribuir a que se reproduzca día a día, afectando cada vez a más niños y niñas, y profundizando el contexto de violencia que acompaña la ruta migratoria desde sus causas hasta el camino hacia el destino.

IV. Los DDHH de NNA migrantes en países de tránsito

El creciente número de NNA que migran entre los países de la Centro y Norte América, ha ido convirtiendo progresivamente a la región en una zona de tránsito para los niños, niñas y adolescentes que, como consecuencia de las causas señaladas en la sección anterior, se ven forzados a dejar sus países de origen. Si bien es México el país de tránsito por excelencia (además de país de origen y, como luego veremos, de destino), en razón tanto de la cantidad de NNA centroamericanos como de mexicanos que atraviesan su territorio con destino a Estados Unidos, es importante notar que muchos niños y niñas también cruzan por Honduras, El Salvador y/o Guatemala a lo largo de su trayecto.

Esta migración se caracteriza por su carácter irregular, debido a los factores señalados—obstáculos a la migración regular; falta de información y sensibilización; rol creciente de las

redes de tráfico y trata de personas; factores de atracción en destino; entre otros. La vulnerabilidad en la que viven miles de niños y niñas en sus países contribuye a que este fenómeno se haya agudizado en los últimos años, y los diferentes riesgos que enfrentan los NNA en el camino en manos de diversos actores—agentes migratorios, fuerzas de seguridad, pero también de terceros, como el crimen organizado—no ha hecho más que agravar esa vulnerabilidad. Entre otros peligros, cabe mencionar cuestiones como la violencia sexual—que afecta particularmente a las niñas—a ser víctimas de trata, secuestro, robo y otros delitos; a ser detenidos y deportados arbitrariamente; a sufrir hambre, problemas serios de salud y graves accidentes en el tren—incluyendo amputaciones de sus piernas, como lo atestigua el capítulo dedicado a los NNA migrantes hondureños y muchos otros informes, notas y documentales sobre el tránsito por México.

Los capítulos referidos a la situación en México, particularmente el dedicado a su frontera con Guatemala, permite observar la función clave en materia de control de la migración que cumple el país en el contexto de la migración sur-norte. Tal como lo señalan otros informes sobre esta temática, la respuesta principal de México al fenómeno de la niñez migrante, tanto de NNA no acompañados como de quienes migran junto a sus familias, se caracteriza por la detención y devolución casi automática, en lugar de otra que ponga el énfasis en la protección de la infancia desde una perspectiva integral y centrada en los derechos de los niños, niñas y adolescentes. En la amplísima mayoría de los miles de niños o niñas que transitan por el país o incluso viven en él sin permiso de residencia (como lo evidencia el cuadro estadístico), la privación de su libertad en Estaciones Migratorias y la posterior repatriación al país de origen constituye el principio general. Estas decisiones, a su vez, se adoptan en procedimientos que no contemplan las garantías más básicas de debido proceso, incluyendo el derecho a ser oído.⁴⁴

Año	NNA detenidos	NNA deportados	Porcentual de NNA detenidos/deportados
2014	23096	18169	78.66%
2013	9893	8350	84.40%
2012	6107	5966	97.70%
2011	4160	4129	99.30%

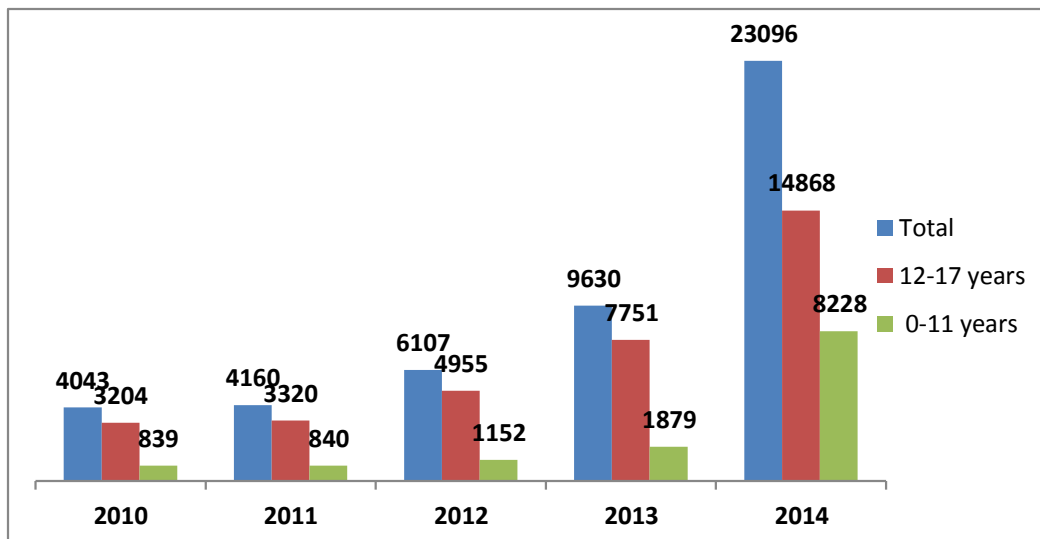
Relación entre NNA detenidos y deportados desde México hacia El Salvador, Guatemala y Honduras

Fuente: elaboración propia con base en las estadísticas oficiales
Instituto Nacional de Migración, México

Las estadísticas no solamente revelan la primacía de la detención y la repatriación como mecanismo central de la política pública de México frente al fenómeno de la niñez migrante, acompañada y no acompañada. Los datos atestiguan otros tres aspectos importantes: por un lado, el alto grado de ineficacia de esa respuesta como solución a la migración irregular de NNA en la

⁴⁴ Ceriani Cernadas, P. (coord.). (2013). *Niñez detenida: los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes en la frontera México-Guatemala*. Mexico City: Distribuciones Fontamara.

región. Segundo, el incremento notable de las prácticas de privación de la libertad de niños y niñas año tras año, y de manera destacada, con el transcurrir de los meses de 2014, lo cual permite afirmar que frente a la mayor visibilidad de la situación de la niñez migrante en Estados Unidos, la reacción estuvo—lamentablemente—en el reforzamiento de prácticas que no contribuyen a identificar soluciones sino—en algunos aspectos—han contribuido al escenario de vulnerabilidad, violencia y desprotección de derechos que hemos examinado. Y tercero, como se puede ver en el siguiente cuadro, otro dato que da cuenta de la gravedad de la situación: la edad progresivamente más temprana en que NNA emprenden el proceso migratorio. Mientras que en 2010 los NNA menores de 12 años eran 839, en 2014 la cifra alcanzó los 8.228 niños.



Fuente: Secretaría de Gobernación. Unidad de Política Migratoria.
Menores (*sic*) Migrantes.
Resumen Estadístico Mensual. Agosto 2014

De esta manera, a pesar de la reforma migratoria adoptada en mayo de 2011, tal como se explica en capítulo 6 dedicado a la frontera México-Guatemala, los NNA siguen siendo detenidos sin que se cumpla el deber de canalización a un albergue del DIF (Desarrollo Integral de la Familia), y luego repatriados arbitrariamente ya que aún no ha sido implementado un Procedimiento de Determinación del Interés Superior del Niño (DIS) que exige el artículo 74 de la ley. Algunas iniciativas normativas y operativas se han diseñado para la elaboración de un Procedimiento DIS, pero hasta la fecha de cierre de este informe—noviembre de 2014—no se había alcanzado la voluntad política y el consenso institucional necesario para su aprobación.

Los NNA solicitantes de asilo, por su parte, también se enfrentan a esta práctica generalizada de detención, así como a un procedimiento para el cual no cuentan con asesoramiento jurídico, asistencia psicológica y otros servicios que coadyuven a garantizar su derecho humano al asilo. Por ello, así como sucede con NNA víctimas de trata u otros delitos en el tránsito, el contexto de detención y ausencia de programas de protección adecuados, lleva a un alto número de repatriaciones, que puede redundar en una serie de consecuencias graves, bien por los riesgos que podrían encontrar en su país de origen, bien porque ello precisamente los conduce a volver a salir con rumbo al norte en búsqueda de una protección apropiada.

Sin perjuicio del impacto negativo que ello tiene en todos los y las migrantes y solicitantes de asilo que transitan por territorio mexicano—en especial en sus derechos, incluyendo su vida e integridad física—cuando se trata de NNA la mirada prioritaria que se centra en la seguridad y el control migratorio tiene una repercusión aún más profunda y grave, en tanto contribuye a un escenario en el cual los riesgos del tránsito se elevan. El incremento anual de la cantidad de NNA que transitan por México, así como los reiterados intentos migratorios que realizan miles de NNA con posterioridad a su repatriación, no sólo acreditan la limitada eficacia de una respuesta que no toma en cuenta aspectos estructurales que llevan a la migración. También repercute en que, por un lado, los NNA y familias recurran más a las redes de tráfico de personas con el objetivo de sortear los controles migratorios. Y por el otro, a que el tránsito se realice en contextos más peligrosos, debido a las condiciones climáticas, a la precariedad del transporte y, sobretodo, al control de ciertas regiones por parte del crimen organizado.

Por otra parte, como señalábamos, aunque México es el principal país de tránsito, los NNA también atraviesan en muchos casos el territorio de Guatemala, Honduras y El Salvador. Incluir temas como la detención, la deportación, los procedimientos arbitrarios, la falta de garantías, la invisibilidad del tema, la ausencia de información cuantitativa y cualitativa, en especial desde una perspectiva de DDHH. Los capítulos referidos a los países centroamericanos dan cuenta de una importante y preocupante invisibilidad de esta situación, la cual repercute en la ausencia de normas y programas específicos para proteger a los NNA que transitan por sus territorios.

Entre las pocas medidas que los Estados de la región han llevado adelante al respecto, y particularmente en los últimos años—con especial intensidad desde mediados de 2014—cabe mencionar los programas dirigidos a alertar a los NNA y las familias sobre los riesgos en el tránsito. Sin perjuicio de que pudieran contribuir de alguna manera a prevenir ciertas situaciones, esta clase de iniciativas están lejos de atender adecuada e integralmente los factores que llevan a los NNA a salir de sus comunidades. El contexto generalizado antes descrito—múltiples formas de violencia, exclusión social, pobreza, discriminación por diversos motivos—conforma un escenario en el cual los peligros de la ruta migratoria son un escollo a sortear en la migración como estrategia de supervivencia.

Numerosas entrevistas a NNA y sus padres realizadas en el marco de ésta y otras iniciativas dan cuenta de este dilema, es decir, de asumir los riesgos en el tránsito-irregular, debido a los factores antes señalados—ante la inminencia de un peligro más cercano, palpable y conocido que se presenta en la vida cotidiana de muchos niños y niñas en sus hogares, barrios, comunidades, escuelas y otros ámbitos.⁴⁵ De ahí que—además de las obligaciones concretas de cada país (México en especial) en materia de derechos de los NNA—la situación verificada en el tránsito lleva nuevamente a la necesidad imperiosa de un abordaje regional, estructural e integral, y por ende a comprender que el reforzamiento del control migratorio y la sanción a la irregularidad no parece ser una solución adecuada a este complejo y multidimensional fenómeno.

⁴⁵ Véase *Forced From Home*, p. 7.

V. Violaciones a los derechos de NNA en países de destino

En la región, Estados Unidos es, indudablemente, el principal país de destino de los NNA migrantes no acompañados, de los que migran con sus familias, así como de sus padres—cuando migran solos. De todas maneras, es importante destacar que México es también un país receptor de migración tanto de adultos como NNA, principalmente de Guatemala, como se describe en capítulo 6 relativo a la frontera sur mexicana. Asimismo, tanto Honduras, como El Salvador y Guatemala, son también países receptores de población migrante. Por ello, sin perjuicio que aquí nos detendremos especialmente en la situación existente en Estados Unidos, y en menor medida en México, algunas referencias son válidas para todos los países en tanto destino de migrantes, y en el informe completo pueden examinarse con mayor detalle los desafíos que están presentes en cada uno de los países.

A. Estados Unidos

Las estadísticas existentes en Estados Unidos sobre los NNA en el contexto de la migración evidencian la relevancia del tema y su impacto en la vida—y los derechos—de millones de familias y/o de NNA migrantes en diferentes categorías. Uno de esos datos indica el crecimiento del número de niños y niñas que han migrado al país de manera no acompañada.

País	2009	2010	2011	2012	2013	2014*
El Salvador	1.221	1.910	1.394	3,314	5.990	16.404
Guatemala	1.115	1.517	1.565	3,835	8.068	17.057
Honduras	968	1.017	974	2,997	6.747	18.244
México	16.114	13.724	11.768	13,974	17.240	15.634

* Hasta el mes de septiembre de 2014

NNA no acompañados, según año fiscal y nacionalidad (2009-2014)

Fuente: Departamento de Seguridad Nacional (DHS);

<http://www.cbp.gov/newsroom/stats/southwest-border-unaccompanied-children>

En cuanto a los diferentes desafíos en materia de derechos humanos de los NNA en el contexto de la migración en Estados Unidos que han sido identificados en el marco de esta investigación, se destacan aquellos vinculados a: (1) las prácticas de deportación de NNA no acompañados, de las familias o bien de los padres de niños nacidos en el país; (2) la detención de NNA y/o familias; (3) las garantías procesales que rigen en cada caso—tanto en los procesos sancionatorios como en los que se resuelve el otorgamiento o no de un status regular; y (4) los procedimientos de reunificación familiar. Por ello, se hará una descripción breve de cada uno de estos retos, desagregando el análisis, cuando corresponda, según la categoría de NNA involucrada.

1. Devoluciones, repatriaciones, deportaciones

En esta materia, las principales preocupaciones—evaluadas de manera detallada en los diferentes capítulos referidos a la situación en Estados Unidos—se podrían sintetizar en: las relativas a los NNA no acompañados de nacionalidad mexicana; las vinculadas a los NNA migrantes—mayoritariamente centroamericanos—que son expulsados en caso de no lograr ganar su caso a través de uno de los mecanismos previstos en la legislación; y los referidos a los NNA de nacionalidad estadounidense cuyos padres son deportados.

Además de la repatriación desde la frontera o el interior del territorio, Estados Unidos ha contribuido a la formación y el fortalecimiento de las fuerzas de seguridad de México a fin de que detengan la migración antes de poder cruzar esa frontera. Lo mismo ha hecho en Honduras y otros países, con el objetivo de detener la migración. Esta clase de respuestas no tienen ningún impacto en las causas que motivan la migración de los NNA, y de ahí su ineficacia. Al contrario, pueden exacerbar las condiciones de peligro en el que están esos NNA, en particular a lo largo del tránsito, así como exponerlos a situaciones en las que se les vulnera el principio de no devolución.

Respecto de NNA no acompañados, un problema generalizado está en las prácticas de devolución de los NNA de nacionalidad mexicana. Antes del año 2008, la gran mayoría de los niños mexicanos no acompañados que eran detenidos al tratar de entrar a los Estados Unidos eran repatriados directamente a México desde la frontera, sin que existiera un mecanismo de seguridad que evitara el retorno de estos niños con necesidades de protección internacional.⁴⁶ En el año 2008, el Congreso de los Estados Unidos aprobó la reautorización de la Ley para la Protección de Víctimas de la Trata Humana (*Trafficking Victims Protection Reauthorization Act* o TVPRA). La TVPRA, entre otras disposiciones, creó un sistema de selección destinado a detener la repatriación inmediata de los niños mexicanos no acompañados que corren riesgo de convertirse en víctimas de trata de personas o de persecución, así como de aquellos niños cuya edad aún no les permite tomar una decisión independiente en cuanto a su regreso a México.

Sin embargo, a pesar del mecanismo de seguridad creado por la TVPRA para los niños mexicanos no acompañados, la gran mayoría de ellos siguen siendo objeto de repatriación inmediata con base en la presunción de que no necesitan protección internacional. En el año fiscal 2013, la Oficina de Aduanas y Protección de Fronteras (CBP, por sus siglas en inglés) detuvo a 17.240 niños mexicanos no acompañados; sin embargo, solo evaluó y colocó en custodia federal a 740 de ellos.⁴⁷

Las cifras expresan con claridad lo que los defensores y defensoras vienen argumentando desde hace varios años: los funcionarios de la Oficina de Aduanas y Protección de Fronteras no tienen la experiencia, la formación ni tampoco el mandato institucional para llevar adelante un

⁴⁶ Thompson, A. (2008, September 1). A Child Alone and Without Papers, A report on the return and repatriation of unaccompanied undocumented children by the United States, p. 25. Disponible en http://www.aecf.org/m/resourcedoc/CPPP-A_Child_Alone_and_Without_Papers-2008.pdf.

⁴⁷ Las estadísticas de la Oficina de Reubicación del Refugiado muestran que en el año fiscal 2013, de los 24, 668 niños no acompañados bajo su custodia, solo 3% (740) eran de nacionalidad mexicana. Véase Office of Refugee Resettlement, Unaccompanied Children's Services. General Statistics about UAC. Disponible en https://www.acf.hhs.gov/sites/default/files/orr/uac_statistics.pdf.

procedimiento y adoptar decisiones sobre la base de la protección de NNA. Por ello, la distinción que efectúa la legislación respecto de los NNA mexicanos—que permiten la repatriación en la frontera—imposibilita la identificación de los niños que—con base en la TVPRA—no deberían ser repatriados directamente desde la frontera, y no se puede adoptar una decisión independiente para rechazar sus aplicaciones para ingresar. Ello sin dudas afecta el derecho a una adecuada evaluación y, por ende, a una determinación del interés superior del niño.⁴⁸

La deficiente puesta en práctica de las disposiciones de la de la ley TVPRA de los Estados Unidos en cuanto a los niños mexicanos genera preocupaciones graves, dada su impacto en los derechos de estos NNA, incluyendo su derecho a la vida y a la integridad física, la protección contra la explotación y la trata de personas, etc. Los niños mexicanos no acompañados que son repatriados desde la frontera no tienen la oportunidad de hablar con un juez de inmigración, ni tienen acceso a un debido proceso legal a fin de determinar si reúnen o no los requisitos para alguna clase de permiso temporal o definitivo (“alivio migratorio”), o si tienen necesidades de protección internacional. Por otra parte, estos niños no tienen derecho a un abogado mientras los funcionarios de la CBP realizan el proceso de selección, aun cuando sus respuestas a las preguntas realizadas por los mismos determinará si se les evaluará en los Estados Unidos, si se les transferirá a la Oficina de Reasentamiento para Refugiados (*Office of Refugee Resettlement* o ORR) para ser parte de un proceso legal donde puedan pedir algún status migratorio regular, o si se les regresará inmediatamente a México.

Los NNA no acompañados provenientes de México y América Central bajo custodia de la ORR también confrontan el peligro potencial de ser enviados de vuelta a sus países de origen. Ya sea que se encuentren en custodia federal, o que se sean canalizados a su familia, es necesario que los niños no acompañados puedan defenderse adecuadamente contra los cargos de entrada irregular a los Estados Unidos y eviten ser considerados “expulsables”. Una vez iniciado el proceso de expulsión, es posible que se les ofrezca ayuda de inmigración, suspensión temporal de su expulsión, orden de expulsión, o el regreso voluntario a sus países sin una futura multa de inmigración.

En estos casos, Estados Unidos no toman en cuenta los aspectos de reunificación familiar. Incluso los niños que se reunifican con su familia, al ser canalizados desde el ORR; algunas veces después de años de separación, se enfrentan a una separación potencial dependiendo del resultado de sus casos de inmigración. Un juez de inmigración puede ordenar que se expulse a un niño y el Departamento de Seguridad Nacional (DHS, por sus siglas en inglés) puede ejecutar dicha expulsión, sin tener en cuenta si esta orden puede traer consigo la separación de sus padres (una segunda separación, con el efecto traumático que ello podría tener). El DHS tiene autoridad para suspender dicha expulsión y en algunos casos acuerda no expulsar a un niño cuyos padres viven en los Estados Unidos.

⁴⁸ Véase *Forced From Home*, pp. 22-23. Véase también, United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR). (2014, June). Findings and Recommendations Relating to the 2012 – 2013 Missions to Monitor the Protection Screening of Mexican Unaccompanied Children Along the U.S.-Mexico Border, p. 5. Disponible en http://americanimmigrationcouncil.org/sites/default/files/UNHCR_UAC_Monitoring_Report_Final_June_2014.pdf. (Se planteando que los funcionarios de la Oficina de Aduanas y Protección de Fronteras continúan suponiendo la “ausencia de las necesidades de protección” de los niños mejicanos no acompañados, en lugar de “imponer” las necesidades de protección como exige la ley.)

Sin embargo, esta decisión queda a la absoluta discreción del DHS. No existe el *derecho* o la *garantía* de que se pueda quedar con su familia y el hecho de tener familia en los Estados Unidos, por sí mismo, no facilita una vía hacia el estatus regular. Los padres pueden presentar una petición a favor de sus hijos solamente si los mismos tienen el tipo de estatus migratorio que les permita hacerlo.⁴⁹ Estas serias limitaciones están vinculadas con un problema de fondo: la ausencia de un Procedimiento de Determinación del Interés Superior del Niño, el cual debería aplicarse a todos los casos de NNA no acompañados que llegan a territorio estadounidense, así como evaluaciones del interés superior en todo procedimiento migratorio que pudiera afectar los derechos de NNA migrantes e hijos/as de migrantes.

Finalmente, con relación a los NNA estadounidenses cuyos padres son migrantes, el principal problema está en las separaciones familiares como consecuencia de las decisiones de deportación de los padres, sin tener en consideración los derechos—como el derecho a la unidad familiar—de sus hijos nacidos en el país—y por ende, de nacionalidad estadounidense. En este contexto, es importante señalar que el problema no está solamente en que la decisión sobre la deportación de un padre no toma en cuenta adecuadamente los derechos de NNA que puedan estar en juego en el caso. Tampoco se prevé la participación de esos NNA en el procedimiento, negando así uno de los principios medulares en la materia: el derecho a ser oído. Como se explica detalladamente en capítulo 11 referido a la separación familiar (elaborado por Women's Refugee Commission), cuando se toman decisiones en cuanto a detener o deportar a los padres, los jueces de inmigración y los funcionarios del DHS no tienen en cuenta el bienestar del niño. Numerosos informes y artículos han resaltado el efecto devastador de la aplicación de las leyes de inmigración en niños con ciudadanía estadounidense, cuyos padres han sido detenidos y/o deportados. Cuando los padres son deportados, los niños pueden sufrir problemas de salud mental, de inestabilidad financiera y pueden tener un bajo rendimiento escolar.⁵⁰

Las estadísticas existentes revelan la extensión y por ende, el impacto, de este tipo de prácticas. Cada año, aproximadamente 152,000 niños con ciudadanía estadounidense pierden uno de los padres porque son deportados.⁵¹ Aún más, una cifra estimada de 4.5 millones de niños estadounidenses viven con un padre indocumentado, lo que les coloca en riesgo de perder a sus padres por motivo de deportación.⁵² En el 2013 solamente, el DHS deportó 368,644 individuos⁵³; de acuerdo con el DHS, 72,410 de ellos eran padres de niños con ciudadanía estadounidense.⁵⁴ Miles de niños que pierden a sus padres por motivo de deportación ingresan al sistema de

⁴⁹ Véase Treacherous Journey, pp. 54, 56.

⁵⁰ Véase Dreby, J. (2012, January). How Today's Immigration Enforcement Policies Impact Children, Families, and Communities: A View from the Ground, pp. 9-14. Disponible en <http://cdn.americanprogress.org/wp-content/uploads/2012/08/DrebyImmigrationFamiliesFINAL.pdf>.

⁵¹ Cervantes, W., & Gonzales, R. (2013, October 17). The Cost of Inaction, Why Children Can't Wait for Immigration Reform, p. 2. Disponible en <http://firstfocus.org/resources/report/cost-inaction/>.

⁵² Passel, J., & Cohn, D. (2011, February 1). Unauthorized Immigrant Population: National and State Trends, 2010. Disponible en <http://www.pewhispanic.org/2011/02/01/unauthorized-immigrant-population-national-and-state-trends-2010/>.

⁵³ Véase Immigration and Customs Enforcement. (2013, December 19). ICE announces FY 2013 removal numbers. Disponible en <http://www.ice.gov/news/releases/ice-announces-fy-2013-removal-numbers>.

⁵⁴ Véase Foley, E. (2014, June 25). Deportation Separated Thousands of U.S.-Born Children from Parents in 2013. *Huffington Post*. Disponible en http://www.huffingtonpost.com/2014/06/25/parents-deportation_n_5531552.html?utm_hp_ref=tw.

adopción temporal de los Estados Unidos, a pesar de que tienen padres u otros miembros de la familia dispuestos a cuidar de ellos.

2. Detenciones y medidas alternativas

Cuando la CBP detiene a los niños, los coloca bajo detención a corto plazo a los efectos de su procesamiento y análisis. Las condiciones de detención de la CBP en lo que se refiere a los niños se encuentra por debajo de lo que requiere ley federal y sin dudas contradice los estándares internacionales que prohíben la privación de la libertad de NNA por razones de índole migratoria. Esta afectación del derecho a la libertad se ve agravada en ocasiones debido a prácticas arbitrarias relativas a las condiciones de detención, tales como privarlos de agua, comida y la atención médica necesaria.⁵⁵ Además, algunos funcionarios de la CBP abusan verbal, física o sexualmente de los niños, en violación flagrante de la ley y los derechos fundamentales de NNA.⁵⁶

Los NNA no acompañados centroamericanos y, en pocos casos, los mexicanos que no sean repatriados desde la frontera, son canalizados por CBP a la custodia de la ORR del Departamento de Salud y Servicios Humanos, que es la entidad de bienestar infantil federal. La ORR no detiene a los niños por razones punitivas, sino más bien que actúa como el proveedor de atención a los niños no acompañados hasta que puedan reunirse con sus familias u otras personas de acogida apropiadas. Existe la disponibilidad de atención a largo plazo para aquellos niños que no tengan familia en los Estados Unidos u otra posible persona de acogida. Sin embargo, luego de un período de tiempo corto, la ORR devuelve el 90% de los niños bajo su custodia a familiares en los Estados Unidos.⁵⁷

La ORR ha mejorado significativamente el tratamiento y las condiciones de los niños no acompañados, como es por ejemplo el incremento del uso de hogares de acogida temporal y otros servicios. No obstante, la ORR continúa ubicando algunas de sus instalaciones en lugares remotos, lejos de servicios legales. En este punto, es importante recordar que aún cuando sean canalizados a sus familias, el procedimiento que podría derivar en su deportación continúa, y de ahí la necesidad de acceder a esta clase de servicios. La ORR también aboga por el uso de instalaciones grandes que tienden a una lógica de institucionalización inapropiada. Asimismo, como se analiza con profundidad en el libro, la ORR no cuenta con un sistema de control independiente para verificar las condiciones y el tratamiento de los niños en estas instalaciones.

CBP también detiene a niños y niñas que llegan con sus familias y coloca a muchas de estas familias en centros de detención. Desde el 2009, EEUU prácticamente ya no estaba deteniendo a

⁵⁵ Véase *Forced From Home*, p. 21; Office of the Inspector General, Department of Homeland Security. (2010, September). CBP's Handling of Unaccompanied Alien Children (hereinafter "OIG Report"), pp. 21-24. Disponible en http://www.oig.dhs.gov/assets/Mgmt/OIG_10-117_Sep10.pdf.

⁵⁶ Véase ACLU Border Litigation Project, Americans for Immigrant Justice, Esperanza Immigrant Rights Project, Florence Immigrant and Refugee Rights Project, & National Immigrant Justice Center. (2014, June 11). *Complaint Regarding the Systemic Abuse of Unaccompanied Immigrant Children by U.S. Customs and Border Protection*. Disponible en <http://www.acluaz.org/sites/default/files/documents/DHS%20Complaint%20re%20CBP%20Abuse%20of%20UICs.pdf>.

⁵⁷ Véase *Treacherous Journey*, p. 76.

familias en resultado a la incidencia sostenida de las organizaciones de sociedad civil y presión al tema de parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que visibilizaron las necesidades de las familias y las horribles condiciones en las que se encontraban detenidas. No obstante, cuando se vio un aumento de 11,000 a 60,000 familias percibidas en el 2013, el DHS volvió a implementar la detención de familias en centros grandes de detención, encarcelando hasta 2,500 individuos a la vez. La falta de servicios médicos, psicosociales, alimentos que enferman a los niños y las familias, el abuso verbal por parte del personal del centro de detención, y las normas inhumanas, como por ejemplo, el no dejar que un bebé gatee, dan cuenta de las arbitrariedades y vulneraciones de derechos que caracterizan a estos centros de detención.

EEUU no solo detiene a familias, si no también acelera los procesos de deportación de estas familias detenidas. Los niños, las niñas, y sus familias reciben una orden de deportación directamente de los centros de detención, a veces si haberse presentado ante un juez de inmigración. Adicionalmente, EEUU generalmente no entrevista por separado a los NNA que viajan con sus familias a fin de evaluar si tienen necesidad de protección, lo cual puede conllevar el riesgo a que el niño o la niña regresen a una situación de persecución, tortura, o grave daño, en violación al derecho a la no devolución (*non-refoulement*).

En definitiva, como se describe con mayor detalle en este informe, las existentes alternativas a la detención de NNA y familias no sólo han sido insuficientes para evitar la privación de la libertad de miles de NNA y familias en manos del CBP. También, como se ha verificado desde mediados de 2014, existen medidas regresivas que afectan de manera particular el derecho a la libertad de NNA y familias migrantes y solicitantes de asilo.

3. Remedios de inmigración y garantías de debido proceso en los procedimientos referidos a NNA

Los NNA migrantes no cuentan con leyes sustantivas significativas en el sistema de inmigración de los Estados Unidos.⁵⁸ Tampoco existe una norma que establezca un Procedimiento de Interés Superior del Niño, y por lo tanto, en los procesos las autoridades no se ven obligadas a adoptar decisiones con base en ese principio. Igualmente, sin perjuicio de la firma pero no ratificación de la Convención sobre Derechos del Niño por parte de EEUU, es importante destacar que tanto el gobierno federal como todos los Estados han aceptado la necesidad de determinar el interés superior del niño en las decisiones que los afectan, particularmente a través de los tribunales.⁵⁹

A pesar de que la ORR designa defensores de los derechos de la infancia a un número mayor de casos de niños no acompañados, los NNA migrantes (acompañados o no) no tienen derecho a un abogado ni a un tutor que vele por sus intereses, necesidades. Las garantías y derechos en los procedimientos para los NNA migrantes que *sí* existen en el sistema de inmigración son totalmente insuficientes.

⁵⁸ Véase Treacherous Journey, pp. 72-79.

⁵⁹ Child Welfare Information Gateway (U.S. Department of Health & Human Services & Administration for Children & Families). (2012, November). Determining the Best Interests of the Child. Disponible en https://www.childwelfare.gov/pubPDFs/best_interest.pdf.

A modo de ejemplo, se debería permitir que todos los NNA migrantes solicitaran asilo en un ambiente no adverso fuera de los tribunales, pero en estos momentos únicamente los niños no acompañados pueden hacerlo. Los NNA migrantes deberían tener derecho a procedimientos que se adecuaran a sus condiciones y necesidades como niños. La “orientación” o lineamientos no obligatorios para los jueces en cuanto a la colocación de los niños no acompañados en los procesos de expulsión, y para los funcionarios de inmigración sobre la importancia de entrevistar a los niños adecuadamente, no son aplicables. Los que los niños necesitan son normas obligatorias para proteger sus derechos en cada etapa del proceso, sobre la base de los principios y derechos de la niñez, tal como se describe en capítulo 10 sobre Alivio de Inmigración y Derechos Procedimentales de Niños, Niñas y Adolescentes Migrantes).

Las opciones vigentes para obtener alguna clase de permiso (“alivio inmigratorio”) para los niños migrantes no son suficientes, y exigen que se cumplan una serie de requisitos. En particular, los niños pueden reunir los criterios para asilo según el Estatus Especial para Jóvenes Inmigrantes (*Special Immigrant Juvenile Status*, SIJS), una visa T para víctimas de trata de personas, o una visa U para víctimas de algunos delitos que ayuden en la aplicación de la ley y en la investigación o procesamiento del delito.

Sin embargo, tanto para los niños como para los adultos de América Central ha sido considerablemente difícil obtener asilo. A partir de la crisis de los refugiados de la década de 1980, EEUU se ha resistido a reconocer la condición de refugiados de los centroamericanos. Se estima que entre 1981 y 1990, un millón de salvadoreños y guatemaltecos emprendieron el peligroso viaje a través de México para llegar a EEUU con el fin de ponerse a salvo de la violencia y la represión de la guerra civil y la inestabilidad.⁶⁰ Sin embargo, el gobierno de Reagan se negó a reconocer la violencia que estaba teniendo lugar en América Central. El Departamento de Estado de EEUU intervino activamente en los casos de asilo de centroamericanos, negó masacres bien documentadas en El Salvador y restó importancia al genocidio de la población indígena en Guatemala.⁶¹ El hecho de que el Gobierno calificara a estos refugiados de “migrantes económicos”⁶² influyó en la decisión de los jueces de inmigración de negarles el asilo.⁶³

⁶⁰ Véase Gzesh, S. (2006, April 1).

⁶¹ Lastra, P. (2014, August 11). Who Counts as a Refugee in US Immigration Policy—and Who Doesn't. *The Nation*. Disponible en <http://www.thenation.com/article/180929/who-counts-refugee-us-immigration-policy-and-who-doesnt>.

⁶² La pobreza por sí misma no es un factor para otorgar la condición de refugiado, ya que la definición de refugiado requiere un temor a la persecución por motivos específicos—raza, religión, nacionalidad, opinión política o pertenencia a determinado grupo social. EEUU ha empleado el término “migrante económico” para distinguir entre los refugiados de buena fe, que merecen la protección para refugiados, y las personas que intentan inmigrar para mejorar su calidad de vida, quienes, de acuerdo con las leyes vigentes, no tienen derecho a protección si entran al país por medios irregulares. No obstante, esta distinción es engañosa debido a las múltiples razones para la migración que se entremezclan con frecuencia—como la violencia, la pobreza, la exclusión social y otras razones que se analizan en esta introducción y a lo largo de este libro. En el caso de los niños, la exclusión social—especialmente respecto a la privación de educación, atención sanitaria, alimentos u otros aspectos de los derechos del niño a la integridad y el desarrollo físicos—pueden fundamentar una solicitud de la condición de refugiados y deben tenerse en cuenta para respetar el derecho a la no devolución. Véase Comm. on the Rights of the Child, *General Comment No. 6 (2005), Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin*, 39th Sess., 2005, May 17 – June 3, U.N. Doc. CRC/GC/2005/6 (2005, Sept. 1), disponible en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/438/05/PDF/G0543805.pdf?OpenElement>. Calificar de migrantes económicos a los centroamericanos que huyeron de la violencia despiadada de las guerras civiles y la represión de la

Los agentes de la patrulla fronteriza también trataron a los refugiados centroamericanos como refugiados económicos. Los funcionarios de inmigración los hacinaron en centros de detención y—en lugar de darles la oportunidad de recibir asesoramiento legal o informarles de la posibilidad de solicitar la condición de refugiados—les presionaron para que aceptar “regresar voluntariamente” a sus países de origen.⁶⁴ Al final, hizo falta una demanda colectiva nacional, *American Baptist Churches v. Thornburgh*,⁶⁵ para obligar al Servicio de Inmigración y Naturalización a cambiar su estrategia con los solicitantes de asilo centroamericanos, reconsiderar solicitudes de asilo político denegadas y permitir solicitudes fuera de plazo de personas que habían tenido miedo de presentarlas. En el texto del acuerdo judicial de 1991 se afirmó que las consideraciones sobre política exterior y control de fronteras no constituyen factores adecuados para determinar la elegibilidad legal para recibir asilo.⁶⁶ Aunque el acuerdo ofreció una segunda oportunidad a algunos, la mayoría de los salvadoreños y guatemaltecos se quedaron en situación irregular porque las políticas estadounidenses con respecto a ellos “oscilaban entre el control agresivo y la adaptación humanitaria, [lo que los dejó por lo tanto] sin ningún tipo de reconciliación permanente”.⁶⁷ En lo que respecta a la oleada actual de migrantes centroamericanos, a pesar de su contribución a la propagación de la violencia de las pandillas en la región, EEUU continúa resistiéndose a reconocer a los centroamericanos como refugiados, especialmente como solicitantes de asilo por temor a la violencia de las pandillas.

Sin embargo, sólo una forma de ayuda de inmigración—SIJS—exige que el tribunal tenga en cuenta el interés del niño. Otras formas de ayuda de inmigración, en especial el asilo, se interpretan o aplican en un sentido restrictivo, negando así la protección y el tratamiento debido a los NNA. Además, la interpretación de la definición de refugiado es inconsistente con la definición internacional. Por otra parte, algunos niños podrían no ser considerados para recibir protección, pero aún así podrían correr peligro de sufrir daños u otros abusos si se les regresa a sus países, y esto debería tomarse en cuenta tanto en la normativa como en los procedimientos.⁶⁸ Estos NNA se encuentran en riesgo de expulsión hacia las mismas circunstancias peligrosas de las cuales huyeron, agravando nuevamente la vulnerabilidad a la que se hacía alusión al comienzo de esta introducción.

década de 1980 y principios de la década de 1990 y a los que escaparon de la violencia que sufrían en sus hogares o a manos de las pandillas malinterpreta claramente las condiciones en la región y se ha usado para justificar el uso de medidas punitivas de control migratorio en respuesta a la migración irregular.

⁶³ En 1984, por ejemplo, se concedió asilo a menos del 3% de los salvadoreños y guatemaltecos que lo solicitaron.

“Ese mismo año, la tasa de aprobación para los iraníes fue del 60%, del 40% para los afganos que huían de la invasión soviética y del 32% para los polacos”. Véase Gzesh, S. (2006, April 1).

⁶⁴ Gzesh, S. (2006, April 1).

⁶⁵ *American Baptist Churches, et al., v. Richard Thornburgh, et al.*, 760 F. Supp. 796 (N.D.Cal. 1991).

⁶⁶ Blum, C., (1991). The Settlement of *American Baptist Churches v. Thornburgh*: Landmark Victory for Central American Asylum-Seekers. *International Journal of Refugee Law*, 3(2). Véase también, Gzesh, S. (2006, April 1).

⁶⁷ Meade, E. (2014, July 25). Lessons from the Last Central American Refugee Crisis. *Times of San Diego*.

Disponible en <http://timesofsandiego.com/opinion/2014/07/25/lessons-last-central-american-refugee-crisis/>.

⁶⁸ Véase Treacherous Journey, pp. 56-59.

4. El derecho a la vida familiar

Existen límites importantes para la reunificación familiar a través del sistema de inmigración familiar vigente. En primer lugar, los padres de Centroamérica cuentan con opciones limitadas en cuanto a obtener una visa de empleo para ellos mismos y para sus familias. Ello se debe a prejuicios de las leyes de inmigración de los Estados Unidos hacia diversas categorías de trabajadores (tales como trabajadores domésticos, trabajadores de la industria de servicios, trabajadores agrícolas) y a favor de trabajadores llamados “altamente cualificados” o de las industrias técnicas.

En segundo lugar, el mismo sistema de inmigración tiene restricciones con respecto a quién puede conferir estatus a quién y en cuanto al límite sobre las solicitudes residencia que los Estados Unidos otorgará por país. Los nacionales estadounidenses que tengan 21 años de edad pueden presentar la solicitud a favor de sus padres y hermanos, pero los estadounidenses que sean menores de edad no pueden hacerlo. Los estadounidenses y los padres con residencia legal permanente pueden presentar la solicitud en favor de sus hijos, pero algunos solicitantes tienen que esperar años debido al límite que existe por país en cuanto al número de solicitudes de residencia permanente que se otorga cada año. Esta limitación da cuenta que el derecho a la vida familiar no tiene la misma protección cuando se trata de personas extranjeras, incluso si los que hacen la solicitud tienen residencia permanente o han adquirido la nacionalidad. Ello constituye no sólo una práctica discriminatoria sino también un factor que contribuye al incremento de la migración irregular y peligrosa de NNA en busca de reunirse con sus padres.

A su vez, es importante notar que los Estados Unidos no ha autorizado un programa a gran escala de regularización de inmigración desde 1986. El Programa de Legalización puesto en práctica conforme a la Ley de Reforma y Control de la Inmigración de 1986 no brindaba una vía para la regularización de los familiares inmediatos de individuos que reunían los requisitos para ser incluidos en el programa si los propios miembros de la familia no los reunían. Lo anterior conllevó a un estatus de inmigración mixto entre los miembros de la familia, lo cual se ha convertido en un problema creciente a lo largo de los años. Cuando los Estados Unidos establecieron un proceso dirigido a los familiares inmediatos que no reunían los requisitos conforme a la Ley de 1986 para regularizar su estatus, se generó un retraso considerable. Ambos problemas persisten hoy en día.⁶⁹

Sobre esta última cuestión, es importante destacar que el derecho de los NNA a no ser separado de sus padres encuentra severas limitaciones en el contexto estadounidense, si alguno de ellos está en una situación migratoria irregular. La respuesta punitiva a una infracción administrativa es considerada prioritaria al derecho a la vida familiar de un niño o niña. Este criterio se mantiene aún si el NNA es de nacionalidad estadounidense ya que, a diferencia de los demás países americanos, esa situación no es considerada suficiente para recocerles a los padres un permiso de residencia sobre la base de la unidad familiar. Si bien la reciente decisión de la administración solucionaría temporalmente el temor de expulsión de muchas familias, ello tiene tres serias limitaciones: es temporal y no les ofrece una avenida para nacionalizarse; no incluye el reingreso de quienes ya fueron deportados, separando las familias; y sigue sin considerarse un

⁶⁹ Véase Cooper, B., & O’Neil, K. (2005, August). Lessons from the Immigration Reform and Control Act of 1986, Policy Brief. Disponible en <http://migrationpolicy.org/research/lessons-immigration-reform-and-control-act-1986>.

derecho, sino una mera concesión discrecional. Ello, sin perjuicio de la posibilidad que esta limitada reforma sea posteriormente bloqueada por el Congreso, o suspendida por la próxima administración.

B. México y Centroamérica

Anteriormente se han descrito las prácticas de detención y repatriación de NNA que realiza de manera sistemática y automática México. Por ello, aquí nos centraremos en otros aspectos que afectan los derechos de NNA migrantes e hijos de migrantes, considerando a México y Centro América como zonas que también son destino de NNA y familias migrantes.

Como bien se desarrolla en los capítulos del informe dedicados a México, en particular el dedicado a la situación en el Estado de Chiapas, un número significativo de NNA migrantes e hijos de migrantes reside en México, muchos de ellos sin permiso de residencia. El Censo Nacional 2010 revela un crecimiento de casi un 100% de personas extranjeras que habitan en México. Es importante notar que de acuerdo al último Censo, de toda la población centroamericana que vive en México, casi un 80% lo hace en la ciudad de Tapachula, Región del Soconusco, Chiapas.

Uno de los problemas que afectan sus derechos son los mismos identificados en la sección de México como país de tránsito, ya que los NNA que habitan en el país de manera irregular también son sometidos a los mecanismos de detención y repatriación antes comentados. La ausencia de un Procedimiento DIS no permite dar cuenta de esa situación de forma tal de evaluar si la medida de repatriación es la más adecuada. De todas maneras, la circunstancia que el NNA sea llevado a una Estación Migratoria, luego de un control en un lugar de trabajo o en una carretera, evidencia una serie de problemas y lagunas previas en las políticas y programas existentes para la protección de los derechos de migrantes en el país, y puntualmente de los NNA.

Tal como lo describe capítulo 6 elaborado por el CDH Fray Matías de Córdova, numerosos niños y niñas migrantes se encuentran en situación de trabajo completamente inadecuadas. Por un lado, porque, según la edad de cada niño, en muchas ocasiones se trata de trabajo infantil prohibido por la legislación nacional e internacional. Por el otro, porque en todos los casos son tareas que se caracterizan por la precariedad, la informalidad y la desprotección de sus derechos. También se ha intensificado en los últimos años la problemática de la trata de personas en la región, tanto con fines de explotación laboral como sexual.

En síntesis, entre los principales retos, problemas y avances, cabe señalar los siguientes:

- Obstáculos para la regularización migratoria que afectan a los NNA migrantes con sus familias, a los hijos e hijas de migrantes, y con especial intensidad a los NNA no acompañados en situación de alta vulnerabilidad.
- Restricciones al acceso a los servicios de salud. Desde 2010, la “Cartilla de Salud del Migrante” intenta cubrir las necesidades sanitarias de los y las migrantes en el Estado de Chiapas. Sin perjuicio de ello, obstáculos prácticos, y en particular en casos de situación

migratoria irregular, la imposibilidad de afiliarse al Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) o al Seguro Popular, repercute en las limitaciones de este derecho que afectan de manera especial a NNA migrantes o hijas e hijos de migrantes.

- Casos de explotación laboral, condiciones laborales completamente inapropiadas para adolescente, situaciones de abusos, malos tratos, etc.
- Numerosos NNA migrantes están en situación de calle, dedicados a la venta ambulante y otras actividades en un contexto de altísima vulnerabilidad.
- Sin perjuicio de la asistencia social que brindan algunos organismos (como el DIF Tapachula a través de su Albergue de día), hay una profunda invisibilidad de la niñez migrante en los programas de protección integral de la infancia, en particular de aquellos en situación migratoria irregular.
- Niñas y adolescentes migrantes en situación de explotación sexual, particularmente en las localidades aledañas a la frontera con Guatemala.
- Ha habido varios avances para terminar con las trabas al registro de nacimiento de NNA hijos de migrantes sin permiso de residencia, que afectaban su derecho a la identidad, a un nombre y una nacionalidad. El marco jurídico federal y estatal se ha adecuado a las obligaciones internacionales, aunque se siguen presentado algunos problemas en la práctica.
- Ausencia de información cualitativa y cuantitativa sobre los NNA migrantes, sus necesidades, condiciones de vida, etc., como base para una política dirigida a proteger sus derechos.

Finalmente, es importante destacar también la importante invisibilidad de la NNA migrante así como de hijos e hijas de migrantes que viven en los países centroamericanos analizados. La situación, por ejemplo, de los NNA de origen hondureño o nicaragüense en áreas rurales de El Salvador, revela la limitadísima información existente al respecto, y, por ende, la ausencia de políticas públicas adecuadas e integrales para asegurar sus derechos.

A su vez, el análisis de la normativa y las prácticas existentes en los tres países, no indican que se hayan puesto en funcionamiento mecanismos para abstenerse de privar de la libertad a NNA migrantes en razón de su situación migratoria, así como para determinar el interés superior del niño en casos de NNA no acompañados, identificar los riesgos y vulnerabilidades de cada caso, prevenir y sancionar las situaciones de NNA migrantes víctimas de trata de personas, etc.

VI. Debilidades y limitaciones de las políticas de protección consular

Las investigaciones realizadas en los tres países centroamericanos y en México, pero también en Estados Unidos, relevan una serie de déficits importantes en lo relativo a una función central que pueden, y deben, cumplir, los países de origen de la NNA migrante y/o sus padres. Sin perjuicio de las diferencias entre cada uno de esos países, las limitaciones están dadas, por un lado, en la ausencia de una política pública con todos los elementos debidos—marco normativo, presupuesto, metas, recursos humanos capacitados debidamente, etc. Y por el otro, consecuentemente, en prácticas poco adecuadas para la protección efectiva de los derechos de NNA en el contexto de la migración en el tránsito y destino, o más precisamente, en México y Estados Unidos.

En el caso de Guatemala si bien existe una red consular importante en México (10 consulados) y en Estados Unidos (11 consulados), estas brindan sólo el servicio tradicional consular pero no existe asesoramiento ni programas para la protección de los derechos de las personas migrantes ni protocolos para la comunicación con las autoridades del país de destino en caso de violación de derechos. Lo más preocupante en estas situaciones es que las representaciones consulares de Guatemala únicamente brindan acompañamiento consular, pero no cuentan con abogados que brinden información jurídica a los connacionales en el exterior—por ejemplo, sobre los servicios de asistencia jurídica disponibles en el país, sobre los derechos que tienen, etc.—o que coadyuven a cuestionar prácticas que puedan afectar derechos de NNA—como podría ser una privación de la libertad en una Estación Migratoria de México.

En el caso de El Salvador, durante mucho tiempo las oficinas consulares salvadoreñas se dedicaron, casi exclusivamente, a proporcionar servicios consulares “tradicionales”. Es decir proporcionar documentos de identidad (pasaportes, documentos únicos de identidad y otros), procesar el registro del estado familiar (registrar los cambios familiares de los salvadoreños en el exterior) y hacer las veces de notario para oficializar documentos personales ante las autoridades del país de origen y destino de los migrantes. Desde la masacre de 72 migrantes en Tamaulipas en 2010 se inició un proceso de cambio para una atención consular comprometida con la protección de los derechos de los migrantes. En este nuevo modelo consular, la protección y de defensa de los derechos de los migrantes constituye el centro del trabajo. Sin embargo, todavía existen muchos desafíos para la aplicación práctica de este enfoque de derechos en las acciones consulares, incluyendo cuestiones como una mayor formación y sensibilización de los agentes consulares, un mecanismo de recolección de información desde una perspectiva de derechos, y un presupuesto adecuado.

La asistencia consular a NNA por parte de autoridades de Honduras, como lo revelan algunos de los capítulos del informe, presenta serios problemas. A los déficits que presentan otros países en materia de formación en derechos humanos, elaboración e implementación de una política dirigida a la protección de los y las migrantes en tránsito y destino, aquí se suman una serie de limitaciones más generales: problemas vinculados a cuestiones de presupuesto, infraestructura, tamaño del equipo de trabajo, entre otras, obstruyen de manera considerable la realización de acciones de protección consular destinada a los derechos humanos de los NNA migrantes.

El caso de asistencia consular de México es más complejo y heterogéneo. La amplia red consular desplegada progresivamente en el territorio estadounidense, así como acciones y programas específicos de protección y promoción de los derechos de sus nacionales, indican ciertas prácticas a destacar. Cabe destacar también que, a mediados de 2014, la Secretaría de Relaciones Exteriores de México, con la cooperación de UNICEF, comenzó una iniciativa que podría ir en ese sentido, sobre la base de un Protocolo dedicado a la protección consular de NNA no acompañados en Estados Unidos. Resta ver si, como en los otros países, esos protocolos están secundados en un marco normativo y de política pública que le asegure efectivo cumplimiento y una clara perspectiva de derechos.

Las prácticas generalizadas de detención y repatriación de NNA y familias en México, así como las devoluciones arbitrarias de NNA mexicanos desde la frontera con Estados Unidos—previa detención en establecimientos del DHS—o las separaciones de cientos de miles de familias debido a la deportación, entre otras situaciones, no han repercutido debidamente en la reformulación de las prácticas y estrategias de asistencia consular. Estas prácticas revelan las limitaciones que aún existen en la comprensión de los derechos de NNA que están en juego en el contexto de la migración.

A este contexto se suman los propios acuerdos bilaterales de repatriación de NNA aprobados entre los países de la región—como se explica en capítulo 13 elaborado por la UNLA—cuyas lagunas en materia de derechos y garantías contribuyen a que los consulados tengan una función administrativa que en muchas ocasiones se limita a ser un gestor de una repatriación decidida. Las acciones de los Consulados no toman adecuadamente en consideración los derechos de los NNA que están en juego en cada caso, y no informan—sobre la base de información producida por organismos de protección social y de NNA en origen—de eventuales riesgos en caso que se quiera repatriar al NNA, de modo de abogar por una solución alternativa más acorde al interés superior del niño, según las circunstancias de cada caso.

Otros aspectos claves en este tema son, entre otros: (1) el rol del consulado como articulador y facilitador de redes de apoyo y la organización política de las comunidades ayudando a sus nacionales a participar y organizarse para la defensa de sus propios derechos; (2) la producción de información consular como base de sus acciones y estrategias (incluyendo su periódica evaluación y reformulación), complementando la información que deben producir otros organismos en el país de origen (los encargados de la protección de la niñez; el poder judicial, entre otros); (3) la articulación con organismos competentes en el país de origen, en particular con los encargados de la protección de la niñez, ya que las acciones consulares en el marco de un procedimiento de repatriación, o en caso que lo hubiere, de un procedimiento DIS, debe estar basada en la información producida por las agencias estatales a cargo de los derechos de NNA.

En definitiva, en este modelo consular, la protección y de defensa de los derechos de los migrantes constituye el centro del trabajo. Para ello, el diseño y construcción de instrumentos de gestión (protocolos, manuales, sistemas de base de datos, directrices, etc.) resultan claves para que el trabajo sea más eficiente. Desde ya, las políticas migratorias de los Estados de origen deben regular este rol de los consulados, a través de una legislación de protección consular adecuada y otros elementos que hacen a una política pública de garantía de derechos de NNA migrantes a través de las representaciones consulares. Ello, evidentemente, sin perjuicio de la

responsabilidad primordial que tiene en materia de derechos de NNA el Estado en cuyo territorio está el niño o la niña.

Para finalizar, es pertinente recordar la reciente decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde afirmó lo siguiente:

. . . debido a la especial vulnerabilidad de las niñas o niños que se encuentran fuera de su país de origen y, en especial, de aquellos no acompañados o separados, el acceso a la comunicación y asistencia consular se convierte en un derecho que cobra una especial relevancia y que debe ser garantizado y tratado de manera prioritaria por todos los Estados, en especial por las implicancias que puede tener en el proceso de recabar información y documentación en el país de origen, así como para velar por que la repatriación voluntaria únicamente sea dispuesta si así lo recomienda el resultado de un procedimiento de determinación del interés superior de la niña o del niño, de conformidad con las debidas garantías, y una vez que se haya verificado que la misma puede realizarse en condiciones seguras, de modo tal que la niña o niño recibirá atención y cuidado a su regreso.⁷⁰

VII. Ausencias y deficiencias de las políticas de retorno y reintegración adecuada

Los capítulos referidos a los países centroamericanos, así como el dedicado a la frontera norte de México, revelan una serie de problemas serios que profundizan las observaciones realizadas a las prácticas de repatriación, devolución y deportación desde México y Estados Unidos. Nos referimos a las serias deficiencias—desde una perspectiva de derechos humanos—pero también en términos de eficacia—e los programas de recepción y reintegración de los NNA migrantes no acompañados, una vez que regresan (generalmente, de manera forzada) a sus comunidades de origen.

Los principales problemas identificados podrían resumirse en los siguientes aspectos:

- Los países de origen no tienen políticas de retorno y reintegración adecuada, en especial desde una perspectiva de derechos.
- No existen políticas dirigidas a vincular las acciones de recepción y reintegración n con las políticas públicas que deben revertir las causas estructurales que llevan a migrar a los NNA, familias y/o los padres.
- No hay mecanismos adecuados para prevenir situaciones de violencia que pudieran afectar la vida e integridad física de los NNA que son retornados, proteger a NNA que hayan sido víctimas de la violencia y otros delitos conexos, así como evitar que vuelvan a migrar o cruzar la frontera—lo que usualmente sucede en circunstancias más vulnerables y riesgosas que la vez anterior.

⁷⁰ Rights and Guarantees of Children in the Context of Migration and/or in Need of International Protection, Advisory Opinion OC-21/14, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. A) No. 21, ¶¶ 127-128 (2014, August 19). Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_eng.pdf.

- Varias iniciativas desarrolladas se han limitado a gestionar la recepción de NNA y, hasta cierto alcance, a su entrega a familiares, pero en la casi totalidad de los casos, sin políticas, programas y acciones posteriores que acompañen un real proceso de reintegración social como solución inmediata y duradera.
- Existe un importante déficit de articulación entre los organismos públicos—desde los consulados en otros países, a los organismos de protección social y otros en origen—que deberían estar a cargo de una política integral de reintegración en casos de devolución de NNA sobre la base del interés superior del niño.
- Hay una considerable carencia de políticas de producción periódica de información fiable que permita diseñar y/o reformular programas de reintegración adecuados, en el contexto de una política más amplia que atienda las causas de la migración de NNA.
- Los países carecen de programas específicos suficientes para el seguimiento de NNA que ya han migrado y que han sido devueltos, a fin de apoyarlos social y psicológicamente.
- Algunas iniciativas interesantes en materia de reintegración de los NNA devueltos están en manos de organizaciones de la sociedad civil, como lo describe capítulo 12 elaborado por KIND; pero estas iniciativas no están planteadas adecuadamente, o no son lo suficientemente abarcadoras, como para abordar las necesidades de todos los menores repatriados a un país en particular country, y no se han replicado en la región.
- Pese a que la entrega de los NNA a sus familiares es una parte importante de los programas de reintegración, los países no han diseñado respuestas a los miles de casos en los que los padres de esos NNA viven en Estados Unidos de manera irregular, factor que incide en muchos casos a que los NNA vuelvan a migrar luego de ser entregados a otros familiares.
- Los Programas de retorno y reintegración requieren una más sólida base normativa, que garantice un enfoque de derechos, un presupuesto adecuado, organismos responsables y su respectiva articulación, organismos públicos de derechos humanos a cargo del monitoreo de su implementación, entre otros.

En México, El Salvador y Guatemala existen ciertos niveles de articulación y de apoyo para el momento de la entrega de NNA migrantes deportados, pero todavía no se tiene una estrategia desarrollada y es clara la falta de medidas efectivas que aseguren su reasentamiento y reintegración duradera en sus países de origen. Los países deben desarrollar una propuesta de política respecto de las personas migrantes que han sido o van a ser deportadas desde los países de destino para fortalecer la posibilidad de que esa reintegración en la sociedad contemple opciones de soluciones duraderas, en particular para los NNA, lo cual debe necesariamente contemplar incluir a los NNA migrantes como un grupo en situación de especial vulnerabilidad y que por lo tanto requiere de medidas específicas y de restablecimiento de derechos. Esto.

La reintegración de los NNA a los países de origen no puede consistir en una gestión del traslado, la recepción y, a veces, entrega a familiares. Desde una perspectiva integral y de derechos, la reintegración es el retorno a una vida de ejercicio efectivo de derechos, de oportunidad de desarrollo adecuado, sin discriminación por motivo alguno, sin violencia que afecte sus vidas. La ausencia de políticas en este sentido, con este alcance y enfoque, es lo que hace verdaderamente grave la falta de Procedimientos de Determinación del Interés Superior del Niño en países como México y Estados Unidos. Esta ausencia, junto a un accionar consular severamente limitado, y, ya en origen, los déficits en cuestiones de reintegración—y detrás de ello, de atención a las causas de la migración—conforman el panorama que está detrás de las principales afectaciones a los derechos de NNA en el contexto de la migración (en particular los que se quedan al migrar sus padres, así como quienes migran solos o en familia).

VIII. Iniciativas bilaterales y regionales: enfoques limitados y sin perspectiva de derechos

Al comenzar esta introducción hemos planteado que el fenómeno de la niñez en el contexto de la migración en Centro y Norte América es, por esencia, un tema de índole regional. De ahí que cualquier abordaje que pretenda identificar las respuestas adecuadas, eficaces y legítimas, debe contener de manera imprescindible un enfoque regional. Es decir, de asegurar el involucramiento individual, colectivo y entrelazado de los cinco países más afectados. Es por esta razón capítulo 13 de este informe está dedicado a evaluar lo que han hecho los Estados a nivel internacional, en especial en los planos bilateral y regional. Y el diagnóstico es igual de preocupante que a nivel nacional.

Los acuerdos bilaterales y regionales que hasta el momento han aprobado en la región en el ámbito migratorio (incluyendo en el ámbito de la Conferencia Regional de la Migración), han omitido compromisos y temas esenciales para un abordaje adecuado e integral al fenómeno de la niñez y la migración, sobretodo desde un enfoque de derechos humanos. Por un lado, como ya se señaló, no incluye obligaciones concretas para los países de tránsito y destino en materia de derechos y garantías de los NNA en el marco de procedimientos migratorios. Los acuerdos no incluyen ni la prohibición de detención, ni garantías fundamentales de debido proceso, ni el deber de un procedimiento de determinación del interés superior. Por el otro, estos acuerdos no han fijado el compromiso de los países de origen a diseñar e implementar políticas de reintegración adecuada, en coordinación con los demás países. A ello se le suma el hecho que los convenios firmados, además de sus limitaciones de contenido de derechos, carecen de mecanismo de seguimiento y exigibilidad.

La mayoría de estos acuerdos consisten en iniciativas que han priorizado aspectos de gestión y logística de la repatriación, en lugar de una protección sustantiva de derechos, y por ende la búsqueda de soluciones de fondo. Aun así, es importante notar que algunos de los capítulos, como el de Honduras o el de la frontera norte de México, dan cuenta que en muchas ocasiones no se cumplen siquiera esos aspectos logísticos—como los referidos al horario y otras formalidades a satisfacer en las repatriaciones de NNA—lo cual redundará aún más en el nivel de vulnerabilidad de los niños y niñas a la afectación de sus derechos.

Por otra parte, una serie de acuerdos de naturaleza diferente, impactan en el fenómeno de la migración, de adultos y NNA. En efecto, capítulo 13 también analiza convenios e iniciativas

Capítulo 13 Niñez, migración y derechos humanos en los acuerdos regionales y bilaterales en Centro y Norte América

Pablo Ceriani Cernadas
Marinka Leticia Virosta
Programa Migración y Asilo
Centro de Justicia y Derechos Humanos
Universidad Nacional de Lanús, Argentina

I. Introducción

Existe un creciente reconocimiento que el fenómeno multidimensional, transnacional de la migración internacional requiere un tratamiento amplio que trascienda la política pública específica en el nivel local o nacional.¹ Una coordinación internacional seria y a largo plazo entre países con relación a los derechos humanos, al desarrollo humano y al impacto humanitario de la migración internacional, es esencial para responder apropiadamente a los múltiples desafíos de la movilidad humana.²

En un informe anterior hemos resaltado que la migración de niños, niñas y adolescentes (NNA) centroamericanos a través de la frontera mexicana hacia Norteamérica es un fenómeno que se entiende más allá del alcance nacional y político de cualquier país y requiere una respuesta integral que necesariamente incluya un enfoque de derechos humanos.³

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.

Cada enfoque para la cooperación representa una estrategia distinta para lidiar con la migración; por lo tanto cada uno impactará diferenciadamente en los derechos de los migrantes y sus familias, como también en las causas de la migración y las condiciones de vida de aquellos que pueden decidir volver a su país de origen. Como fue descrito ampliamente en la introducción de este libro, no sólo el número de NNA afectados por la migración ha crecido anualmente. También se han incrementado, diversificado, las políticas, las prácticas y los actores que impactan negativamente en sus derechos y condiciones de vida.

¹ De Lucas, J. (2004, Octubre). Globalización, migraciones y derechos humanos: la inmigración como res política. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, 10. Disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1031377>. Véase también Velasco, J. (2010). Dejando atrás las fronteras. Las políticas migratorias ante las exigencias de la justicia global. *ARBOR Ciencia, Pensamiento y Cultura*, 186(744), 585-601. doi: 10.3989.

² Alto Comisionado de DDHH de las Naciones Unidas. (2013). *Improving Human Rights-Based Governance of International Migration*. Ginebra, 2013.

³ Ceriani Cernadas, P. (Coord.). (2013). *Niñez detenida: los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes en la frontera México-Guatemala*. Ciudad de México: Distribuciones Fontamara.

Este capítulo está dedicado a examinar el contenido de diferentes acuerdos bilaterales y regionales realizados en la región, que directamente o indirectamente, impactan en los derechos humanos de los NNA en el contexto de la migración. En particular, nos interesa examinar, por un lado, la dinámica de la Conferencia Regional sobre Migración (CRM)—el principal foro para el dialogo regional estratégico en la temática de migración. Allí nos detendremos a observar algunos de sus resultados, decisiones, políticas y directrices, así como también el éxito de este modelo en la acción regional y sus limitaciones. Todo ello, con especial referencia a la niñez y sus derechos.

Por otra parte, realizaremos un escrutinio de los acuerdos sobre migración que han sido adoptados por varios países de Centro América, los Estados Unidos y México. En cada uno de ellos, analizaremos el alcance y los déficits desde una perspectiva de derechos humanos, y en particular desde el punto de vista de los NNA migrantes, tanto acompañados como no acompañados, así como las familias.

Intentaremos identificar las prioridades que surgen de estos convenios y de este modo evaluar en que medida los derechos humanos—y principios como el Interés Superior del Niño y su derecho a ser oído—han sido tenidos en cuenta. Se dará especial atención a los acuerdos que involucran ingreso, repatriación o deportación, reunificación familiar, residencia en países de destino como también la repatriación y reintegración a los países de origen.

Finalmente, consideraremos cómo estos acuerdos bilaterales y regionales se complementan, contradicen o yuxtaponen con otros intereses y prioridades para la cooperación regional. En particular, examinaremos el impacto de otra serie de acuerdos realizados entre los países de la región en cuestiones como las causas estructurales de la migración o en la protección de NNA y adultos migrantes durante el tránsito.

Nos referimos, por un lado, a acuerdos de libre comercio y su posible incidencia en las causas que han contribuido al aumento de la migración en la región. Y por el otro, a los acuerdos en materia de seguridad, en tanto iniciativas que, antes que mejorar la protección de la población, pueden haber elevado los riesgos que enfrentan los NNA migrantes y sus familias a lo largo de la ruta migratoria, incluyendo en las fronteras. También pueden haber profundizado los factores que agravaron la situación de violencia en México y Centro América y, por ende, las causas de la migración de NNA y jóvenes.

II. La niñez en la Conferencia Regional sobre Migración: visibilidad, ausencia de un enfoque de derechos y falta de mecanismos de cumplimiento

La Conferencia Regional sobre Migración, también conocida como el Proceso Puebla, es un foro regional multilateral en el cual los países miembros y aquellos con estatus de observador se reúnen voluntariamente a discutir un número de asuntos relacionados a la migración con un particular foco en Centroamérica, Norteamérica y el Caribe.⁴ La secretaria técnica de la CRM la

⁴ Los países miembros de la Conferencia Regional sobre Migración (CRM) son: Belice, Canadá, Costa Rica, República Dominicana, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá y Estados Unidos. Países observadores son: Argentina, Colombia, Ecuador, Jamaica y Perú. Las organizaciones internacionales y los mecanismos de derechos humanos, tales como el Alto Comisionado para los Refugiados (ACNUR), la Organización

describe como un foro regional intergubernamental de migración en el cual los países con realidades migratorias distintas buscan una base común. El objetivo primario es el intercambio continuo de información, experiencias y buenas prácticas y la promoción de la cooperación regional sobre migración.⁵

El modelo de cooperación regional presenta muchos desafíos en términos de coordinación y organización. Entre las prioridades se encuentra la de establecer el diálogo continuo y significativo con participantes y representantes que son versados en estos asuntos y están autorizados a negociar. Pese a que la participación nacional de la CRM es permanente, es decir, los estados están siempre presentes, los representantes cambian año a año. Además, la agencia encargada de los asuntos de la CRM puede cambiar mediante una directiva nacional. Los gobernantes pueden enviar sus representantes de agencias con diferentes mandatos y funciones y con una orientación política distinta.

Otra cuestión es la rotación del país anfitrión en la determinación de la agenda de reuniones. Mientras que la rotación asegura a cada país una oportunidad de expresar y discutir sus intereses y problemas, la agenda para una conferencia particular puede responder, en ocasiones, a las necesidades coyunturales locales. Además, el problema puede estar compuesto por una variedad de compromisos de funcionarios como delegados en el proceso. Muchos de ellos responden a intereses eleccionarios a corto plazo, mientras que otros ven a la participación en el CRM como una mera puesta política y no como una oportunidad para un diálogo significativo.

Pese a que los Derechos Humanos han estado en la agenda de la CRM por algún tiempo, los principales puntos en discusión no incluyeron asuntos de derechos sino hasta hace poco (la primera iniciativa ocurrió en el año 1999, tiempo después de que las políticas migratorias habían sido ya implementadas).⁶ Aportar el enfoque de derechos humanos a la discusión cae generalmente en la responsabilidad de los observadores internacionales en conjunto con las organizaciones de sociedad civil.

Internacional para las Migraciones (OIM), el Relator Especial de la ONU sobre Derechos Humanos de los Migrantes, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe de las Naciones Unidas / Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CEPAL / CELADE), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), el Secretario general de la Conferencia Iberoamericana (SEGIB), el Sistema de Integración Centroamericana (SICA), la Fondo de las Naciones Unidas para la Población (UNFPA) y el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), también tienen la condición de observador. Información disponible en <http://www.rcmys.org/Descripcion.htm>.

⁵ CRM. (2004, octubre). Notas para la presentación del coordinador de la secretaría técnica de la conferencia regional sobre migración (CRM) para la sesión especial del grupo de trabajo celebrada los días 30 de septiembre y 1 de octubre de 2004. *Véase también* The Regional Conference on Migration (CRM) or Puebla Process. (2010). The Regional Conference on Migration (RCM) or Puebla Process. Disponible en https://www.iom.int/jahia/webdav/shared/shared/mainsite/microsites/rcps/puebla_process_brochure2010.pdf. (Modificando “buscar puntos en común” para “discutir las cuestiones migratorias de interés regional.”)

⁶ Véase CRM. (2009, November). Historical Plan of Action (en lo sucesivo “Plan de acción”). Disponible en <http://www.rcmys.org/PlanAccion/Plan%20de%20Acci%F3n%20Hist%F3rico%20-%20Revisado%20Nov%202009%20-%20Eng.pdf>.

Actualmente tres temas y un plan de acción marcan la agenda general de la CRM:⁷ (1) Políticas migratorias y gestión; (2) Derechos Humanos; (3) Migración y Desarrollo.⁸ Para cada uno de estos temas, la CRM crea un plan estratégico para cumplir los objetivos determinados de manera común a través de la implementación de acciones, actividades y un cronograma. Entre los objetivos actuales relacionados con las políticas migratorias y de gestión, encontramos que están focalizados en intereses pragmáticos de la migración y hay un fuerte énfasis en la seguridad y control fronterizo, incluyendo la erradicación del tráfico y la trata de personas (estos dos delitos están mencionados juntos, pese a las sustanciales diferencias entre ellos, en especial en cuanto a sus víctimas).⁹

Estos objetivos incluyen la coordinación en: procesos de retorno de los migrantes con estatus migratorio irregular; desarrollo, revisión e implementación de las políticas migratorias basadas en intereses nacionales (más que regionales); y la cooperación técnica necesaria para facilitar esos objetivos, principalmente el retorno. Este tipo de metas refleja fuertemente el enfoque basado en seguridad hacia la política migratoria en los países de destino y de tránsito, como Canadá, República Dominicana, México o los EEUU. Mientras que los derechos de los migrantes están mencionados en los objetivos—limitados a una referencia genérica a su seguridad o dignidad—la prioridad claramente recae en el fortalecimiento de los mecanismos de control de frontera y en el aseguramiento de la repatriación de los migrantes a su país de origen.

Por contraste, el plan estratégico de objetivos en Derechos Humanos incluye un compromiso político amplio de “respetar los compromisos existentes en derechos humanos de los migrantes, sin importar su estatus migratorio, como es definido en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y otros instrumentos internacionales relevantes”. Estos objetivos también se enfocan en los refugiados, e incluye una referencia específica a la niñez migrante: “Para fortalecer el respeto por los derechos humanos de todos los migrantes, sin importar su estatus migratorio, con especial foco en los grupos vulnerables como las mujeres, niños y niñas”.¹⁰

Las actividades que han sido implementadas por la CRM se enfocan en la capacitación y visibilización mediante seminarios, talleres y campañas; además de la creación de redes consulares de trabajo. Mientras que la declaración mencionada releva el compromiso político en el marco internacional de los derechos humanos, es importante resaltar que los objetivos no especifican una lista amplia de los instrumentos de derechos humanos que conformarían el marco legal ni, como luego veremos aquí y tal como se analiza en otros capítulos de este libro, no incluyen mecanismos para hacer operativos esos derechos.

⁷ Como una manera de fortalecer el diálogo entre la CRM y la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales (ONG) formaron la “Red Regional de Organizaciones Civiles para las Migraciones” (RROCM), que funciona como el principal interlocutor en nombre de las organizaciones de la sociedad civil de la región que trabajan en temas de inmigración. Véase el sitio oficial de la CRM (Regional Conference on Migration): <http://www.rcmvs.org/Descripcion.htm>.

⁸ Véase Regional Conference on Migration. (2009, November). Historical Plan of Action. Disponible en <http://www.rcmvs.org/PlanAccion/Plan%20de%20Acci%F3n%20Hist%F3rico%20-%20Revisado%20Nov%202009%20-%20Eng.pdf>.

⁹ La trata de personas tiene como víctimas a las personas—en especial NNA y mujeres—mientras que en el tráfico el bien jurídico afectado es la política de un Estado en materia de ingreso a su territorio (ello, sin perjuicio que las personas migrantes y solicitantes de asilo pueden ser víctimas de otros delitos, como el secuestro o la violación).

¹⁰ CRM, Plan de acción.

Finalmente, el tercer tema, el nexo entre migración y desarrollo, adopta unos objetivos más amplios. Estos incluyen, por ejemplo: promover el mejor entendimiento del fenómeno regional de migración mediante una aproximación más objetiva y a largo plazo contemplando el origen, sus manifestaciones e impactos de la migración en la región; fomentar el intercambio de estadísticas relevantes sobre trabajadores migrantes temporarios y otras corrientes migratorias vinculada a la contribución positiva de los migrantes tanto en su país de origen como de destino; y llevar adelante actividades en las áreas de integración e inserción de los migrantes.¹¹

Cabe destacar que el enfoque dado a este último punto refleja el compromiso con las políticas neoliberales, lo cual no resulta sorprendente: advirtiendo los beneficios de la migración apoyados por un consenso político en el marco complejo de las economías globalizadas, dichas políticas buscan crear un mercado global integrado mediante el cual los costos de producción son disminuidos mediante estrategias de localización de varios segmentos de la producción y los mercados son creados para estos bienes producidos. La teoría fue mostrada como beneficiosa para todas las partes involucradas. Esto se ve reflejado en la postura de la CRM a través de las contribuciones positivas de los migrantes al desarrollo y crecimiento en los países de origen mediante las remesas.

En la práctica, mientras que los y las migrantes—en particular aquellos en situación migratoria irregular—han ido crecientemente ocupando los trabajos más informales y precarios de la economía estadounidense, las causas de la migración se han incrementado. Ello, junto al fenómeno de deslocalización de empresas y la proliferación de las llamadas maquilas, acredita un interés prioritario por un modelo de desarrollo económico que beneficia a pocos, y no el desarrollo humano de todos los países—sobre todo desde una perspectiva de derechos.

Estas diferencias entre los tres temas revelan la complejidad de la iniciativa que acoge la CRM. Más aun, hay una gran brecha entre los puntos ideológicos de la CRM (bosquejados en su espacio colaborativo de trabajo) y las prácticas políticas adoptadas y deseadas por sus Estados Miembros cuando se enfrenta a la realidad migratoria. A la fecha, el progreso más concreto ha sido en este primer tema—la coordinación y seguridad—mientras que se ha avanzado muy poco en la agenda de derechos humanos y la de desarrollo (humano).

Como veremos, el compromiso retórico con los derechos humanos no puede prosperar a menos que sea acompañado por la creación de otra clase de mecanismos, y la reversión profunda del enfoque adoptado en los otros dos ejes. Es más, el apoyo retórico en los valores de derechos humanos en el contexto de la CRM tiene poca correlación con los países que individualmente adoptan políticas basadas en derechos humanos y las prácticas en su legislación interna; como el caso de México, que aparece legislativamente como un ferviente defensor de los derechos humanos pero los abusos y las graves violaciones de derechos hacia NNA migrantes, no han cesado de crecer en los últimos años.¹²

Como ejemplo de la creación de una política basada en la CRM que falla en su implementación, está precisamente la situación de los NNA migrantes no acompañados que son devueltos a

¹¹ CRM, Plan de acción.

¹² Véase capítulos cinco, seis, y siete sobre México para detalles sobre las violaciones de derechos.

Honduras y Guatemala desde México o los EEUU. Las directrices específicas establecen que estos NNA no pueden ser dejados sin protección en la frontera. Sin embargo, estos casos son los más frecuentes ya que los niños, niñas y adolescentes no son asistidos por los servicios sociales o no se contacta y/o busca a los familiares para asegurar el retorno seguro.¹³ Estas dificultades en la implementación de la política debido a que se carece de mecanismos de aplicación y salvaguarda refleja las limitaciones de la CRM como un foro pragmático para enfrentar estos desafíos en asegurar los derechos de los migrantes y los intereses de los países miembros.

Las organizaciones de la sociedad civil han señalado estas contradicciones. Hace una década, se llamó la atención sobre la necesidad de reducir el abismo entre la retórica de los Estados sobre la voluntad política de atender a los derechos de los migrantes y la realidad que enfrentan los migrantes.¹⁴ Este diagnóstico, desde entonces, no ha hecho más que agravarse.

El Plan de Acción de la CRM se volvió parte de la esfera de instrumentos internacionales en varios niveles mediante resoluciones y acuerdos discutidos y formalizados. Las limitaciones de este marco de cooperación voluntaria son evidentes en tanto las resoluciones adoptadas en la CRM, pese a que emergen del diálogo y la cooperación, no son vinculantes. Sin embargo, los documentos de la CRM son acuerdos multilaterales y por ende expresiones de su voluntad. En este sentido, si bien no serían formalmente instrumentos obligatorios de derecho internacional, pueden ser considerados expresiones sustantivas de cooperación y consenso; derecho consuetudinario. Es decir, pueden ser consideradas declaraciones o acciones que pueden tener fuerza por el contexto en el que fueron hechas aunque no haya un mecanismo de cumplimiento.¹⁵

En las siguientes secciones, se describirá las acciones principales y acuerdos hechos dentro del marco de la CRM, que directa o indirectamente, se refieren a la niñez migrante. La mayoría de esos casos revela un déficit doble: (1) la falta de cumplimiento, responsabilidad y mecanismos de seguimiento; y (2) un enfoque limitado en derechos humanos, específicamente un importante abismo en términos de salvaguardias sustantivas y procedimentales de derechos humanos.

A. El estudio conjunto de México y Canadá sobre los derechos humanos de los NNA migrantes

En el cumplimiento parcial del plan de acción en Derechos Humanos, la CRM ha tomado repetidamente los temas de los NNA y las mujeres migrantes, la familia en el contexto de la migración y la protección de estos grupos en situación de vulnerabilidad. Después de la reunión de la CRM sobre Niñez y Mujeres migrantes en Febrero del 2000 en San Salvador, Canadá y México realizaron un estudio conjunto para analizar los derechos humanos de la infancia migrante en el contexto de la CRM.

¹³ Véase capítulos dos y tres de Honduras y Guatemala.

¹⁴ Red de la Sociedad Civil para las Migraciones (RRCOM). (2004, Mayo). Declaración de la Red de la Sociedad Civil para las Migraciones (RRCOM) ante la IX Conferencia Regional sobre Migración. Disponible en <http://www.uca.edu.sv/publica/idhuca/migracion.html#declaracion>.

¹⁵ Comisión Pastoral de Movilidad Humana Conferencia Episcopal de Guatemala, Asociación Misioneros de San Carlos Scalabrinianos, & UNICEF. (2013, Junio). Sistematización y análisis de los instrumentos generados en el seno de la Conferencia Regional sobre Migración (CRM), en material de atención y protección a niños, niñas y adolescentes migrantes. Ciudad de Guatemala, p. 7.

El informe (de octubre del 2002) incluye el análisis de la situación y una serie de recomendaciones a la propia CRM, a los Estados miembros a nivel nacional y otras partes involucradas.¹⁶ En particular, se recomienda a la CRM *alentar a los países de la región a establecer un marco legal que pueda realmente proteger a los niños migrantes basados en tratados internacionales en especial en la Convención de los Derechos del Niño y las reglas de Beijing.*

Además, el informe recomendó que la CRM debe promover el permanente monitoreo de las condiciones bajo las cuales los NNA migrantes son atrapados, expulsados o repatriados, se encuentran detenidos, incluyendo monitoreos especializados e independientes sobre las condiciones de detención. También, que la CRM debe desarrollar programas de formación multiregionales para capacitar a los oficiales consulares en los países de la región sobre las técnicas para entrevistar a los niños, niña y adolescentes migrantes y para sensibilizar y entrenar a los agentes de frontera sobre la vulnerabilidad de los NNA migrantes y los métodos de investigación y entrevista de estos niños.¹⁷ Recapitulando, el estudio convoca a (1) diseño de un marco legal sensible a los derechos de NNA; (2) Monitoreo permanente, en particular en procedimientos de detención y repatriación; y (3) Programas de capacitación y sensibilización a funcionarios clave, en temas de derechos de NNA.

El informe analiza en detalle los riesgos que atraviesa un NNA migrante y los procedimientos que deberían asegurar su bienestar. Entre los asuntos mencionados, se destaca la violación de los derechos humanos involucrados en la detención de niños, niñas y adolescentes. El informe explica que la detención nunca será en el interés superior del niño, citando casos de abuso físico y sexual, casos de negligencia, falta de acceso a derechos y personal no capacitado. Las violaciones a los derechos humanos de los NNA se profundizan mediante las restricciones a los derechos a recibir educación, salud y servicios. Además el informe resalta el particular trauma de la deportación de los niños, niñas y adolescentes migrantes.

El informe documenta los maltratos propiciados por las autoridades durante el proceso de detención y deportación, incluyendo el manoseo o la violencia verbal. También se documenta el débil estado físico y emocional de los NNA, que padecen insomnio, ansiedad y estrés emocional. Además, citando el estudio de Human Rights Watch del 2007, se señala que a diferencia de los adultos, que pueden ser liberados bajo fianza, los NNA carecen de autonomía para implementar esta libertad condicional, ya que no tienen acceso a abogados o desconocen sus derechos.¹⁸

El informe documenta casos en los cuales los NNA han sido usados como carnada para atrapar a otros miembros de la familia; así la familia entera puede ser sujeto de deportación. Concluye con una encuesta a los países participantes sobre varios aspectos de la situación tal cual era en el 2002.

¹⁶ Action Canada for Population and Development & the Colegio de Michoacán for the Governments of Canada and México. (2002, octubre). Migrant Children: Human Rights, Protection and Services in the Member Countries of the Regional Conference on Migration, The Mexico-Canada Joint Study on Migrant Children in the Region (en lo sucesivo “Migrant Children”). Disponible en http://www.rcmys.org/documentos/investigacion/pagina_investigacion.htm.

¹⁷ Action Canada for Population and Development, Migrant Children, pp. 6-7.

¹⁸ Action Canada for Population and Development, Migrant Children, p. 19. (Notando que este debido proceso persiste tanto en México como los Estados Unidos de América.)

Los informes más recientes registran idénticos problemas, revelando la continuidad de prácticas contrarias a la normativa internacional, a las declaraciones de la CRM, y por ende su ineficacia. En el 2011 el informe “Niños en la Frontera” realizado por Appleaseed, así como el Informe “Niñez Detenida” realizado por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús en conjunto con el Centro de Derechos Humanos Fray Matías de Córdova (Tapachula, Chiapas), llegan a las mismas conclusiones. Entre algunos problemas, estos informes revelan los serios problemas en derechos humanos que surgen por la ausencia de un enfoque coordinado e integrado a nivel nacional e internacional en los asuntos que involucran los derechos de los NNA en contexto de migración. También evidencian la prioridad en los objetivos de control migratorio por sobre la protección de los derechos de los NNA así como las deficiencias en las políticas de protección de infancia.

De manera similar, todas las investigaciones recopiladas en este libro reportan las mismas conclusiones. En muchos aspectos, puede decirse que los riesgos y los desafíos que enfrenta la niñez migrante y adolescente se han ido incrementando drásticamente. Mientras han crecido los niveles de violencia en alza en los países de origen como también en los de tránsito, también se fortalecieron los mecanismos de detención y repatriación de NNA, sus padres y/o familias, sin siquiera brindar los derechos y garantías para la protección de los derechos en juego en esos procedimientos.

El curso de las políticas migratorias y propuestas hasta ahora tomadas no han encontrado una solución efectiva desde la perspectiva de derechos a las crisis humanitarias y de desarrollo humano que caracterizan los procesos migratorios: desde condiciones inviables de vida y la violencia en los países de origen hasta los peligros en los países de tránsito, sumado a la creciente recepción hostil en los países de destino—incluyendo la detención arbitraria y la deportación—hasta la resistencia a la protección de refugiados. En este contexto se deben intensificar los esfuerzos para una solución regional que analice y comprenda todas las fases de la migración en la región—y no solo la deportación y los procesos de retorno, sobre los cuales la cooperación regional ha estado centrada en los últimos años.

B. Las directrices sobre repatriación y los más recientes protocolos

Desde el 2003 la CRM ha adoptado dos tipos distintos de directrices sobre migración: (1) Directrices para los acuerdos multi y/o bilaterales entre los países miembros de la CRM sobre repatriación de migrantes regionales por tierra (2003); (2) Las directrices regionales para la asistencia de los niños no acompañados en casos de repatriación (2009).

1. Lineamientos para el establecimiento de mecanismos multi y/o bilaterales entre los países miembros de la CRM en materia de retorno migrantes regionales por vía terrestre

Estos lineamientos surgen del foco en las políticas migratorias y de gestión, que como se mencionó anteriormente, reflejan los intereses pragmáticos. Este documento fue adoptado en las conclusiones del seminario de la CRM sobre “Migración, Retorno y Reinserción” en Mayo de 1999 que tuvo lugar en Honduras, y en la reunión en Antigua (Mayo 2002) en el cual las partes

acordaron “Reforzar la labor de coordinación entre los gobiernos y con los organismos internacionales, en los procesos de retorno de migrantes en situación irregular, y . . . Desarrollar una estrategia y enfoque regional para facilitar el retorno de migrantes en situación irregular . . . ”.¹⁹ Los lineamientos que fueron formulados durante esta conferencia revelan que la prioridad para los Estados es encontrar una forma de balancear los mecanismos para repatriar a los migrantes “no deseados” de sus territorios, con un sistema que provea un cuidado básico para la atención de salud de las personas involucradas.

Los lineamientos consisten en siete artículos: El primero aporta los antecedentes e incluye una definición de la “población objetivo” y el “marco legal internacional”. Esta invocación del marco legal internacional es muy abstracta: empieza por los derechos, obligaciones y responsabilidades de los estados miembros con respecto al derecho internacional, al derecho humanitario y a las normas de derecho humanitario (incluyendo la Convención de Ginebra de 1951 sobre refugiados y su Protocolo de 1967 y el principio de no devolución).

También recuerda a los países signatarios la Convención sobre Protección de los Derechos de los Trabajadores migrantes y sus familias ya que deben prestar especial atención a las observaciones realizadas por dicha Convención. Sin embargo, Estados Unidos no es signatario de esta Convención, por consiguiente está exento de garantizar las previsiones adoptadas por la misma. De todas maneras, muchos de esos estándares están incorporados en otros instrumentos internacionales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y de la ONU que sí obligan jurídicamente a EEUU. Sin perjuicio de ello, en tanto el compromiso y la relevancia dada por cada Estado a las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos varía significativamente, dichas referencias en el marco de la CRM se ven afectadas por ese contexto.

Los artículos restantes están dedicados a los aspectos logísticos y operativos de los procesos de retorno, como puntos de transporte, horarios, etc.; refugios y centros de atención, sistemas de información, fortalecimiento institucional, financiamiento, coordinación técnica internacional, y monitoreo y mecanismo de evaluación. Se focaliza en cuestiones como la ubicación, horarios, e información acerca de las identidades de los migrantes indocumentados.

En general, el tono de los lineamientos es una recomendación más que una obligación. Quizás lo más importante para nuestro propósito, es el lenguaje que rodea a la atención diferenciada en la sección 2.2.8 ya que es contundente en varios países, “deberían” es usado en vez de reforzar el principio de la unidad familiar. La repatriación de los migrantes regionales debe tomar lugar en cumplimiento del principio de unidad familiar. El país expulsor debe evitar separar a los miembros de la misma familia durante los procedimientos de detención, y deben asegurar que todos los miembros de la familia sean repatriados en el mismo grupo, durante las horas del día.

Pese al tono enfático de la sección, presenta varios problemas. Mientras que el principio de unidad familiar está expresado retóricamente, el contenido significativo de protección de los derechos humanos comprendido en el concepto de unidad familiar está reducido a una interpretación superficial y simplista sobre el deber de transportar conjuntamente a los miembros

¹⁹ CRM. (2003, Diciembre). Lineamientos para el Establecimiento de Mecanismos Multi y/o Bilaterales entre los Países Miembros de la Conferencia Regional sobre Migración (CRM) en Materia de Retorno de Migrantes Regionales por Vía Terrestre, pp. 2-3. Véase <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7351.pdf?view=1>.

de la misma familia. El verdadero concepto de unidad familiar, interpretado correctamente, debe ser mucho más fuerte, protectorio e inclusivo. Comprende una serie de deberes que deben ser respetados por los Estados, incluyendo obligaciones negativas y positivas, i como adoptar medidas que garanticen la reunificación familiar, protejan la unidad familiar y eviten su separación por medio de, por ejemplo, la deportación de un miembro de la familia.

Otro serio problema en estos lineamientos es el lenguaje que da un margen de discrecionalidad a los Estados tanto en los temas de “refugios” como en los centros de detención transitoria. De igual modo, sobre el fortalecimiento de capacidades, declara que los países *pueden* establecer programas de capacitaciones para agentes migratorios y representantes de otras agencias relacionadas y que dicho entrenamiento *puede* cubrir aspectos relevantes sobre derechos humanos, atención a migrantes en tránsito, en especial a personas en situación de vulnerabilidad, etc.

Como podemos ver, dicho acercamiento no enfático a los derechos humanos de los migrantes y de hecho a la completa ausencia de derechos del NNA revela que estos derechos son al menos secundarios comparado con las metas explícitas de las directrices. Estos lineamientos fueron adoptados en el 2003, y pese a que ya en 2002 se había publicado el informe México-Canadá sobre NNA migrantes, sus conclusiones y recomendaciones no fueron debidamente tomadas en cuenta al tiempo de la adopción de estos lineamientos.

C. Lineamientos regionales para la atención de niños, niñas, y adolescentes migrantes no acompañados en casos de repatriación

El 9 de julio de 2009, un nuevo grupo de lineamientos fue adoptado específicamente relacionado a NNA migrantes. Sin embargo, estos lineamientos no se dirigen a los niños y niñas en general en el contexto de migración, sino a NNA no acompañados que están siendo repatriados. Estas directrices de repatriación para NNA no acompañados, contienen ciertas cláusulas específicas para la protección de los derechos de los NNA en el contexto específico de la migración comparado con los lineamientos de 2003. Sin embargo, su texto carece de un enfoque más sustancial de derechos, en especial en cuanto a los problemas y desafíos más complejos en el contexto de la migración en la región.

Los lineamientos constan de una introducción y seis secciones con varios artículos. En la introducción se establece que los países que forman la CRM “darán prioridad a las medidas necesarias para brindar la atención requerida durante el proceso de repatriación para garantizar que ésta sea de manera legal, ágil, digna, segura y ordenada respetando sus derechos humanos, tomando en cuenta siempre su interés superior, edad, género, etnia, religión, origen socio-económico y cultural”. Esta declaración ya introduce nuestra observación más importante a este acuerdo. Por un lado se hace alusión al interés superior del niño, pero por el otro se establece que la prioridad es la repatriación, cuando es el interés superior el que determinará en cada caso cuáles deberían ser las medidas a adoptar, las que pueden incluir o no la repatriación.

Los lineamientos continúan enunciando los protocolos de derechos humanos relacionados a los derechos de NNA y el marco legal de los instrumentos internacionales de los cuales la mayoría

de los estados son parte.²⁰ Estas directrices explícitamente reconocen y dan voz a dos principios fundamentales que sostienen la implementación de los lineamientos incluyendo “el interés superior del niño no acompañado, la reunificación familiar, y el respeto a los derechos humanos”. Estas directrices también definen “niño” como cualquier persona menor de 18 años en línea con la definición especificada en la CDN.

La sección I trata asuntos generales, en la declaración de objetivos de las directrices la declaración de DDHH es reiterada una vez más y esta vez los principios tienen un alcance mayor en cuanto a su aplicación. El objetivo establece que los derechos humanos y el interés superior del niño deben ser siempre salvaguardados “desde el momento de su detección hasta su repatriación”. Esto parecería significar que los derechos humanos del NNA no son aplicables de una manera únicamente procedimental, sino que estos principios que lo sostienen son inherentes y continuos en la interacción estatal con el niño en cada nivel y en cada momento.

La sección II es la concerniente a la atención a los NNA no acompañados. El Artículo 4 toma en cuenta que cada país debe cumplir con su legislación interna en los asuntos específicos y las directrices establecen que los NNA no acompañados deben ser tratados con dignidad y respeto en todos los casos, incluyendo medidas como: “ubicación segura y apropiada”, “información sobre los derechos y medidas de aseguramiento física y psicológica”, “autoridades capacitadas y asistencia para el bienestar físico y psicológico”. Además, los lineamientos destacan que el principio de reunificación familiar se garantizará sólo si se trata de una decisión con base al artículo 5 relativa al interés superior del niño.

La sección III concierne a la “protección para la Repatriación de los niños no acompañados considerando el Interés Superior del Niño”. Una vez más, el texto resalta la necesidad de mantener la centralidad del principio. El tono de la enunciación es prescriptiva, al señalar que la atención *debe* incluir: alojamiento que sea adecuado para la seguridad y el respeto a los derechos humanos, alimentación, acceso a la salud, recreación, educación, respeto a la confidencialidad, el derecho a ser informado, incluyendo el derecho a un traductor en un lenguaje que sea comprensible y acorde a su edad y nivel de madurez.

Las secciones IV y V mencionan el contacto a las autoridades relevantes y la adopción de procedimientos que aseguren el bienestar de los NNA, incluyendo la comunicación por los canales diplomáticos correspondientes, la asistencia consular y la protección, la comunicación entre instituciones que intervienen en la repatriación y la consideración de las alternativas de repatriación cuando la seguridad del niño no acompañado está en riesgo.

Los lineamientos estipulan un proceso de repatriación, incluyendo procedimiento, horarios, y ubicación para su realización. Estas directrices son generales; y no especifican información o agentes, como se detalla en los anexos o en los protocolos específicos. Esto requiere la

²⁰ Se incluye, entre otros: la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) y su Protocolo Facultativo Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía; el Convenio 182 de la Organización Internacional del Trabajo sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil; la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores; el Protocolo para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños; el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por tierra, mar y aire; y la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

designación de medidas que aseguren la protección del NNA en los procedimientos de traslado. Establecen que el viaje debe ser adecuado, seguro, y expedito, y que las necesidades básicas del NNA deben estar atendidas durante la realización del viaje. También debe haber una notificación para asegurar la correcta recepción del NNA en el país de recepción. Finalmente, en la sección VI, se recomienda que los oficiales públicos no deben estar uniformados y se debe considerar la cooperación estadística y la asistencia técnica.

Aún cuando los lineamientos establecen el compromiso de proteger a los NNA no acompañados, presentan cuatro serios problemas. Primeramente, que se tratan únicamente de lineamientos, dejando así un amplio margen de discrecionalidad a los Estados en cuanto a su implementación. Tampoco se prevé, consecuentemente, un mecanismo de monitoreo y control de su cumplimiento.

En segundo lugar, durante el procedimiento de repatriación, los protocolos específicos para asegurar el bienestar de los niños, niñas y adolescentes durante el retorno son dejados a acuerdos locales entre estados. La ausencia de directrices específicas a tal fin, junto a la discrecionalidad antes señalada, dificulta aún más su cumplimiento.

En tercer lugar, la falta de referencia a los NNA general—ya que sólo se refiere a NNA no acompañadas deja afuera a otros niños y niñas migrantes. Mientras que no hay duda de los NNA no acompañados están en una situación de especial vulnerabilidad, tanto durante la migración como en el proceso de repatriación—y de ahí la necesidad crítica de proteger sus derechos—ello no excusa la falta de consideración de otros NNA migrantes cuyos derechos pueden ser afectados y que pueden tener necesidades distintas de sus adultos cuidadores.²¹

El tercer problema con las directrices son su objetivo. Éste se limita a algunos aspectos del proceso de repatriación, más que asegurar el interés superior del niño mediante una serie de mecanismos y soluciones. El mensaje detrás de estos lineamientos es el de una seria limitación en cuanto al enfoque de derechos de NNA. Mientras que retóricamente invocan un número de principios de derechos humanos e incluyen medidas especiales de protección durante el proceso de repatriación, estos carecen de garantías procedimentales y sustantivas que se adecuen al marco protectorio de los derechos de NNA tanto a corto como a largo plazo.

El asunto clave no es sólo cómo, cuándo, o con quien el NNA es repatriado, sino porqué. El centro de la discusión debe incluir si el NNA debe ser repatriado o si se debe adoptarse otra clase de decisión en el marco de un proceso más amplio y profundo, y, en especial, con otro objetivo: nos referimos a un Procedimiento de Determinación del Interés Superior del niño (DIS).

En orden de tomar una decisión con base en el interés superior del niño, debe existir un proceso dirigido a asegurar de manera integral los derechos del NNA en juego en cada caso, según los estándares internacionales aplicables. Esto es precisamente de lo que carecen los lineamientos y por ende su principal falencia, cuyos graves efectos se pueden observar de manera detallada en casi todos los capítulos de este estudio en los que se describen las violaciones a derechos y

²¹ El problema de dejar de lado los derechos generales de los niños en cada etapa, también se refleja en el nivel de la legislación interna, como la ley de migración mexicana que fue aprobada en 2011, tal como se describe en otros capítulos cinco, seis, y siete de este estudio.

garantías fundamentales de los NNA migrantes que son repatriados desde México y Estados Unidos.

D. Las recientes iniciativas de la CRM sobre NNA no acompañados

Desde el comienzo de esta década, la temática de los niños, niñas y adolescentes en contexto de migración en la región ha teniendo mayor lugar en las iniciativas de la CRM, en un escenario más que propicio por las siguientes razones: (1) el crecimiento significativo de los NNA—tanto no acompañados como los que migran con su familia—desde Centro América y México hacia los EEUU; (2) el incremento de otra categoría de NNA afectados por las políticas migratorias, incluyendo aquellos que son separados de su familia debido a la detención y medidas de deportación, y aquellos que son dejados atrás por sus padres que migran; y (3) el dramático aumento de los riesgos que afectan a esos NNA en origen, en el tránsito, el destino y, en su caso, si son retornados. Sin embargo este contexto variado donde diferentes grupos de NNA están involucrados, las conferencias de la CRM han estado enfocadas a la situación de los niños no acompañados.

En este sentido, una de las recientes iniciativas ha sido un Plan para un protocolo Binacional entre México y Guatemala para atender a los niños y adolescentes migrantes no acompañados, donde se destaca que no deben ser devueltos en frontera sin haber sido recepcionados debidamente por los agentes de protección o sin un protocolo que asegure debidamente que los NNA retornen de manera segura a sus hogares/familias. El protocolo está basado en un campo de trabajo en ambos países e intenta abarcar un número de tareas y responsabilidades a diferentes niveles. Pese a que los países ya han desarrollado acciones para formalizar el protocolo, no ha sido firmado por los Estados.²²

A esto se suma, que durante el seminario de la CRM sobre Infancia y migración,²³ se elaboró una propuesta de protocolo general para la atención de los niños y adolescentes migrantes no acompañados. Establece una base relevante en el marco de protección de los derechos humanos para estos migrantes en orden de garantizar sus derechos. Cuando dichos protocolos sean adoptados formalmente como resultado de la CRM, se habrá avanzado al menos algunos pasos en asegurar los derechos de los niños y adolescentes migrantes en América Central y Norteamérica.

En el 2013, la CRM también ha producido un informe sistematizando y analizando los instrumentos generados por la CRM en la atención y protección de los niños y adolescentes migrantes. El propósito principal del informe es reunir y evaluar todos los diferentes documentos, acuerdos, directrices y materiales de difusión adoptados en el marco de la CRM hasta la fecha sobre la infancia migrante.

Este libro actualizado con los resultados y recomendaciones del informe del informe del 2002 y la emisión de nuevos incluyen los siguientes puntos: (1) un registro regional de estadísticas sobre NNA migrantes no acompañados en orden a contribuir al mejor diseño de las políticas; (2) la necesidad de conducir mejor las entrevistas a NNA migrantes deportados que se extienda más

²² Comisión Pastoral de Movilidad Humana Conferencia Episcopal de Guatemala. (2013), p. 18.

²³ Celebrado en Antigua, Guatemala (2013, agosto).

allá de la identificación de la información personal y el país de origen, como la creación de materiales para la entrevista adecuados a la diversidad y complejidad de la infancia migrante en la región; (3) un análisis extenso sobre las entrevistas para dar voz a los intereses y necesidades de estos NNA durante sus experiencias durante el proceso de deportación y repatriación; 4) necesidad de reducir el número de entrevistas a las que los NNA son sujeto y la tentativa de reestructurar este proceso mediante la coordinación entre países; (5) más énfasis en la inclusión del principio de interés superior del niño y el principio de no re victimización en el desarrollo de los documentos e instrumentos; (6) mayor consideración en el interés superior del niño y simultáneamente en el análisis independiente de las necesidades de sus padres; (7) más participación de la sociedad civil en la formulación y bosquejo de documentos e instrumentos; y (8) la formulación de protocolos binacionales de tratamiento, acompañamiento y recepción de NNA no acompañados en orden a una mayor atención y protección.²⁴

A mediados del 2014, en el contexto de la mal llamada “crisis humanitaria” de los niños no acompañados, la CRM adoptó un número de decisiones en la materia. En la Declaración Extraordinaria de Managua, adoptada el 25 de Junio de 2014,²⁵ los Viceministros y las cabezas de delegaciones de los Estados Miembros, reconociendo la corresponsabilidad regional y la inmediata necesidad de implementar medidas comprensivas y medidas articuladas, acordaron lo siguiente:

1. Asegurar el Interés Superior de Niño, reafirmando que el interés superior del niño, y la unidad familiar, deben guiar las respuestas regionales, bilaterales y nacionales.
2. La creación y reuniones de un grupo ad hoc sobre niñez migrante.
3. Proveer información exacta y compromiso en la comunicación.
4. Combatir el crimen organizado de Tráfico humano y fortalecer la cooperación en la implementación de las respectivas leyes nacionales.
5. Gestión migratoria en coordinación para detectar a los traficantes, contrabandistas y crímenes relacionados para desalentar las corrientes migratorias irregulares.
6. Desarrollo: compromiso a trabajar juntos para atender las causas estructurales del movimiento irregular de los niños migrantes no acompañados y trabajar en la erradicación de dichas causas, como el diseño de programas de desarrollo social y económico en los países de origen.
7. Fortalecer la protección consular, en particular la asistencia a niños no acompañados.
8. Repatriación y reintegración: apoyando la creación de leyes, en esas instancias en las cuales los niños son retornados con sus familias a sus países de origen en acuerdo con el debido proceso, y cooperando para dedicar recursos suficientes a la implementación de programas de reintegración a los países de origen.

²⁴ Comisión Pastoral de Movilidad Humana Conferencia Episcopal de Guatemala. (2013), pp. 77-80.

²⁵ Véase CRM. (2014, junio). Declaración Extraordinaria. En http://www.crmsv.org/ReunionesCRM_GRCM.htm.

9. Protección internacional, reconociendo que algunos niños no acompañados deben ser protegidos con el estatus de refugiado o una protección similar.
10. Aceptar la cooperación de organizaciones internacionales, sociedad civil y organizaciones no gubernamentales que involucran a la protección de migrantes.
11. Intercambio técnico y capacitación en buenas prácticas.

Mientras esta Declaración, así como las recomendaciones de Informe 2013, pueden implicar alguna mejora en términos de cooperación regional y acuerdos basados en derechos, así como el reconocimiento de las causas estructurales, es importante tomar en cuenta tres asuntos: (1) no hay mecanismos coercitivos o de seguimiento para asegurar su implementación; (2) algunos asuntos claves de DDHH están ausentes, como evitar la detención de NNA migrantes y asegurar la determinación del interés superior del niño en el caso a caso; y (3) un enfoque crítico es puesto en la responsabilidad de los padres, sin tomar en cuenta otras políticas que contribuyen a la separación familiar—por ejemplo la falta de programas de regularización o procedimientos de reunificación familiar.

Estos asuntos se vuelven cada vez más serios a la luz de las medidas concretas que los gobiernos han venido implementando desde la fecha de la declaración. Como evidencia de este libro, el número de NNA detenidos y repatriados desde México a América central, así como el lamentable resurgimiento de las prácticas de detención familiar en los EEUU, son claros ejemplos de las respuestas totalmente inadecuadas para la crisis regional de derechos humanos, desarrollo humano, humanitaria y de refugiados que está detrás del fenómeno de la niñez en el contexto de la migración en Centro y Norte América.

III. Acuerdos regionales y bilaterales sobre migración

Hay varios tipos de acuerdos sobre migración que se han firmado por los países de la región, tanto a nivel bilateral como multilateral. La mayoría de ellos han sido recientemente llevados a cabo en conformidad con los planes de acción de la CRM examinados anteriormente. Debido a que México es un país de origen, tránsito y destino, ha sido el firmante del número más amplio de acuerdos y con el mayor número de estados individuales, después de haber firmado acuerdos bilaterales con los Estados Unidos, Nicaragua, El Salvador y Guatemala. Los cuatro países centroamericanos son partes en un Acuerdo Multilateral de Entendimiento o MOU (por sus siglas en inglés de *Memorandum of Understanding*) firmado sobre la base de los lineamientos de la CRM antes mencionados sobre la repatriación segura; y los acuerdos bilaterales firmados por cada uno de ellos se ha implementado, de vez en cuando con carácter retroactivo, como anexo a este MOU multilateral.

Estados Unidos no ha firmado ningún acuerdo multilateral sobre cuestiones de migración, mientras que por el contrario ha promovido y firmado acuerdos comerciales multilaterales y acuerdos de seguridad que, de hecho, afectan de forma oblicua los patrones del fenómeno migratorio, sus causas subyacentes e incluso sus consecuencias. Por otra parte, los Acuerdos de repatriación de Estados Unidos con México son de tres niveles: existen acuerdos bilaterales

amplios a nivel nacional; acuerdos generales a nivel regional; y acuerdos de repatriación específicos a nivel local.

A. México, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua: los MOU y anexos

Sobre la base de los lineamientos de la CRM en acuerdos multilaterales y bilaterales sobre el retorno de los migrantes, México, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua firmaron un Memorando multilateral de entendimiento sobre la repatriación digna, ordenada rápida y segura de Centroamérica migrantes americanos por tierra, firmado en San Salvador el 5 de mayo de 2006.²⁶ El tono y la naturaleza de este MOU son coherentes con las directrices establecidas anteriormente por la CRM y previeron la inclusión de anexos que se establecen los detalles técnicos de la aplicación del memorando a través de acuerdos bilaterales entre México y cada uno de los demás países. Mientras que todos estos acuerdos fueron redactados en similar línea, vale la pena señalar varias cuestiones específicas.

El MOU 2006 es un acuerdo multilateral firmado por todas las partes, excepto los Estados Unidos; hace referencia a las cuestiones de los derechos humanos y a los niños migrantes, pero no analiza profundamente o define las condiciones de tratamiento para asegurar las obligaciones que cada Estado tiene en materia de derechos humanos, o con especial énfasis en la niñez. El acuerdo multilateral hace referencia a tres tipos de migrantes: los migrantes irregulares, los que constituyen parte de un grupo en situación de vulnerabilidad, y los acusados haber cometido un delito o una infracción administrativa distinta al ingreso irregular al país.

Los NNA son parte del segundo grupo, que también incluye a las mujeres embarazadas, las personas con discapacidad, personas de edad por encima de los sesenta años de edad, y las víctimas del delito de trata de personas. El único principio que se menciona es el de unidad familiar, aunque no define a la familia ni mecanismos concretos para su protección. La consideración a los NNA migrantes está solamente en el contexto de las condiciones físicas de repatriación: los grupos en situación de vulnerabilidad, incluidos los NNA debe involucrar a la notificación consular de los procedimientos de repatriación y, en caso de transporte aéreo regional (en lugares alejados de la frontera sur) debe ser proporcionado.

Tabla 1: Acuerdos bi/multilaterales sobre migración, firmados en el marco de la CRM ²⁷

Nombre	Fecha	Tipo	Nivel	Propósito	Países Involucrados
Acuerdo entre Estados Unidos Mexicanos y la República de El Salvador sobre la repatriación ordenada, rápida y segura de migrantes salvadoreños vía terrestre desde territorio	17/05/2005	Acuerdo	Bi	Establecer referencias para la repatriación ordenada y segura de nacionales salvadoreños	M –El S.

²⁶ Véase la versión completa del texto del acuerdo en el siguiente sitio web:

<http://www.estudiosdemigracion.org/inedim2013/documentosypub/basededatos/legislacionnacional/acuerdosbilaterales/memorandumrepatriacion.pdf>.

²⁷ Comisión Pastoral de Movilidad Humana Conferencia Episcopal de Guatemala. (2014), pp. 22-29.

mexicano					
Memorándum de entendimiento entre los gobiernos de los Estados Unidos Mexicanos y El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua sobre la repatriación digna, ordenada, rápida y segura de nacionales centroamericanos por tierra	05/05/2006	Memorándum de entendimiento	Multi	Mecanismos para la cooperación regional en materia de repatriación	M – EIS- G- H-N
Anexo al Memorándum de entendimiento entre los gobiernos de los Estados Unidos Mexicanos y la República de El Salvador, República de Guatemala, República de Honduras y la República de Nicaragua sobre la repatriación digna, ordenada, rápida y segura de nacionales centroamericanos por tierra	21/11/06	Anexo	Bi	Detalles de los aspectos operacionales del Memorándum de entendimiento	M-H
	25/04/07	Anexo	Bi	Detalles de los aspectos operacionales del Memorándum de entendimiento	M-N
	—	Anexo	Bi	Detalles de los aspectos operacionales del Memorándum de entendimiento	M-G
	07/09/09	Anexo	Bi	Detalles de los aspectos operacionales del Memorándum de entendimiento	M-G-H- El S
Manual de Procedimientos para la digna, ordenada y segura repatriación de nacionales centroamericanos de El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua que están bajo la custodia de las agencias de inmigración mexicanas	15/11/11	Manual	Multi	Facilitar el funcionamiento del memorandum de entendimiento por medio de la cooperación de México en la repatriación	

Los primeros países que tienen acuerdos bilaterales con México fueron El Salvador y Guatemala (17 de mayo de 2005 y 28 de junio 2005, respectivamente) firmado antes de la firma del acuerdo multilateral; éstos fueron adoptados retroactivamente como anexos. Coincidentemente, estos también resultan ser los países más cercanos a la frontera con México, pero lo más importante, es que estos anexos contienen los puntos más sustantivos en relación con el tratamiento de las personas en condiciones de vulnerabilidad, y los NNA en particular.

El acuerdo bilateral que contiene una menor protección sustantiva a los NNA migrantes o a los principios de derechos humanos, es Honduras, cuyo acuerdo bilateral fue ratificado en el año 2009 y contiene escasa provisión para salvaguardar los derechos de los y las migrantes hondureños. Todos los acuerdos establecen disposiciones básicas alrededor de la ubicación y horarios de los procedimientos de repatriación, los reglamentos acerca de la protección consular y el derecho a solicitar la condición de refugiado, acreditar la situación regular, o acuerdo de ser repatriados, sin perjuicio de la futura readmisión posible a México. Los capítulos 2 y 4 de este libro que describen la situación en Honduras y El Salvador ofrecen muchas evidencias acerca de la aplicación irregular de este acuerdo por todos los gobiernos involucrados, incluyendo la falta de cumplimiento de los compromisos más básicos en torno a la logística de la repatriación de NNA.

El acuerdo con Guatemala contiene una descripción de los procedimientos de repatriación. Los grupos en condiciones de vulnerabilidad se definen en el acuerdo e incluyen a los NNA no acompañados (definidos como las personas menores de dieciocho años de edad que viajan solas), para quienes se establece un protocolo específico a seguir, con acciones tales como: la notificación de la autoridad consular de la situación de Guatemala, así como el inicio del proceso de repatriación; la necesidad de reconocimiento de la nacionalidad por el consulado guatemalteco un mínimo de un día antes de los procedimientos de repatriación; la entrega del nacional de Guatemala en las autoridades consulares de acuerdo con las reglas establecidas por el acuerdo. A su vez, las autoridades guatemaltecas se comprometen a respetar los derechos humanos de las personas a ser repatriadas a otros países de América Central a medida que atraviesan el territorio guatemalteco.

Los otros dos acuerdos firmados con México, El Salvador y Nicaragua revelan posturas que se ubican entre el enfoque de Guatemala y el compromiso débil del caso de Honduras. El acuerdo con El Salvador añade algunos elementos nuevos a las garantías, expresando que las obligaciones asumidas por las partes no afectan a otras obligaciones internacionales que poseen—si estas obligaciones son las obligaciones de derechos humanos u otras cuestiones generales (artículo 3). Las directrices incluyen una sección separada sobre el tratamiento de los grupos en situación de vulnerabilidad, los NNA entre ellos, que se tratan por separado del resto de la población.

Las repatriaciones también están sujetas al principio de la unidad familiar y por ende a la prueba de parentesco (artículo 7); también en este caso, el principio se invoca, pero no existe una especificación de la definición de miembro de la familia, o el tipo de prueba que se requieren a fin de invocar este principio.

Tabla 2: Acuerdos de Centro América aprobados y ratificados²⁸

Documento	Legislación Nacional	Interés superior de NNA no acompañados	Notificación Consular	Custodia durante el procedimiento	Trata de Personas
Memorándum de entendimiento: M-G en la protección de las mujeres y los niños víctimas de la trata	n/a	n/a	n/a	n/a	Si
Acuerdo: M-El S sobre seguridad de repatriación terrestre	En conformida d con leyes nacionales	n/a	Sí, con el fin de verificar la edad y la nacionalidad	n/a	Si, en un informe separado
Memorándum de entendimiento: M, El S., G, H, N sobre digna y segura repatriación terrestre	En conformida d con leyes nacionales	n/a	Sí, si el sujeto pertenece a una clase en situación de vulnerabilidad	n/a	Reciben especial atención por ser grupos en situación de vulnerabilidad
Anexo M-H sobre repatriación terrestre	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a
Anexo M-N sobre repatriación de centro americanos por vía terrestre	n/a	n/a	Si	n/a	Reciben especial atención por ser grupos en situación de vulnerabilidad
Anexo M-N-El S-G-H sobre repatriación de centro americanos por vía terrestre	n/a	n/a	Si, en NNA no acompañados	Custodia otorgada desde México a la autoridades de Guatemala	Reciben especial atención por ser grupos en situación de vulnerabilidad

En general, a pesar de las salvaguardas y protecciones otorgadas entre los diversos acuerdos bilaterales, está claro que ningún de los acuerdos es un instrumento adecuado de protección de los derechos de los NNA migrantes. Las referencias a los niños y otros grupos en situación de vulnerabilidad es en mayor o menor medida, sólo el cumplimiento mínimo de las obligaciones internacionales de derechos humanos en un nivel meramente nominal. Desde un punto de vista práctico, este cumplimiento pudo ser suficiente para hacer formalmente aceptables los acuerdos

²⁸ Comisión Pastoral de Movilidad Humana Conferencia Episcopal de Guatemala. (2013), pp. 56-61.

bilaterales para los planes de la CRM sobre políticas y gestión de la migración; dentro del ámbito de sus pronunciamientos y lineamientos.

Por otra parte, además de los MOU y sus anexos, se redactaron en 2010 y 2011 manuales de procedimiento para todos los estados miembros. El del 2010 es más general y el más detallado es del 2011; ambos tienen como propósito la regulación de la repatriación de los centroamericanos desde México. Estos fueron creados dentro de la CRM a través de los grupos de trabajo regionales. El manual de procedimiento de 2011 hace algunos avances en la protección de los derechos humanos de los NNA migrantes, incorporando la noción de la preservación del interés superior del niño en el protocolo, que facilita la comunicación consular al proporcionar información de contacto más específico y en el apartado de los migrantes salvadoreños que distingue entre los procedimientos a seguir en los casos de niños y adolescentes acompañados y no acompañados.²⁹

B. El Salvador y los Estados Unidos

Como parte de una legislación general contra la trata infantil, los Estados Unidos mediante la Ley de Reautorización de Protecciones a las Víctimas de la Trata (TVPPRA) ha establecido los requisitos para la repatriación “segura” y “sostenible” de los NNA no acompañados. Esta ley incluye la sección 1232 (a)(5)(A), lo que requiere el Departamento de Estado en relación con la Salud y Servicios Humanos y Seguridad Nacional y las ONG para crear un “programa piloto” para los mejores prácticas y la repatriación sostenible seguro de no acompañado niños extranjeros a su país de nacionalidad o de residencia habitual. El programa, diseñado como un proyecto piloto de 18 meses, fue desarrollado en 2010 y administrado conjuntamente entre la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) y el Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia (ISNA).³⁰

El programa tenía como objetivo la protección de los derechos de los NNA no acompañados a través de la repatriación y posterior reunificación familiar, acompañando su reintegración en la familia y las comunidades a través de la provisión de apoyo en cuestiones como la educación, capacitación laboral, así como servicios de salud física y mental. El programa también tenía un componente de investigación y monitoreo.

Según la OIM, la fase inicial del proyecto benefició a 52 regresaron los niños no acompañados a fin de garantizar su reintegración y recepción adecuada en El Salvador proveyendo asistencia escolar, formación laboral y otros servicios. Luego de la primera fase, los organismos locales y nacionales en El Salvador debían asumir la responsabilidad del proyecto. La OIM ha señalado que la iniciativa está en su segunda fase y se espera que se asista a unos 10 NNA. Sin embargo, no ha sido difundida información sobre si efectivamente se está implementando el programa a través de dichos organismos, no siendo claro cuál sería la institución responsable. Además, los resultados del seguimiento de las fases I y II aún no están aún disponibles.

²⁹ Comisión Pastoral de Movilidad Humana Conferencia Episcopal de Guatemala. (2013), pp. 14-15.

³⁰ Cavendish, B., y Cortazar, M. (2011). *Children at the Border: The Screening, Protection and Repatriation of Unaccompanied Mexican Minors* (hereinafter “Children at the Border”), p. 24. Disponible en <http://appleseednetwork.org/wp-content/uploads/2012/05/Children-At-The-Border1.pdf>.

En cualquier caso, lo más importante es que el número de NNA que se han “beneficiado” hasta ahora revela el impacto extremadamente limitado de una iniciativa de esta naturaleza. Es decir, en tanto no se aborden de manera integral los aspectos más estructurales, por parte de todos los actores responsables, en particular los cinco estados directamente involucrados en este fenómeno regional. Además, veremos en los capítulos 8 y 4 de este libro sobre Estados Unidos y El Salvador cómo las obligaciones en materia de derechos de los NNA no son tomadas en cuenta de manera apropiada, en especial en términos de la reunificación familiar, el debido proceso, y el interés superior como el derecho al desarrollo del niño en el mediano y largo plazo.

C. México y Estados Unidos

La situación en los Estados Unidos respecto a la repatriación de nacionales mexicanos ha sido objeto recientemente de un cambio significativo en la medida en que los temas de inmigración que había sido anteriormente tratados a nivel local, se han vuelto cada vez más consolidados bajo el lema general del Departamento de Seguridad Nacional (DHS) y de Inmigración y Control de Aduanas (ICE) a raíz de los hechos del 11 de septiembre de 2001. A pesar de esta consolidación, todavía hay un poco de variación regional dentro de los Estados Unidos en términos de la protección ofrecida a los migrantes, y los NNA en particular, en especial mientras se encuentran bajo custodia de las autoridades locales.

Entre los años 1996 y 2012 cuatro acuerdos bilaterales nacionales pertinentes se han firmado entre Estados Unidos y México. El más reciente, de 2004, consiste en un memorando de entendimiento entre el Departamento de Seguridad Nacional y la Secretaría de Gobernación y la Secretaría de Relaciones Exteriores de los Estados Unidos Mexicanos, relativo a la repatriación de nacionales mexicanos.

1. Los acuerdos bilaterales en el ámbito nacional

El primero de esos acuerdos es un Memorando de Entendimiento sobre Protección Consular de los Estados Unidos y los nacionales mexicanos (entró en vigor el 07.05.1996).³¹ En este documento los Estados Partes afirman su compromiso de respetar “los derechos humanos de todas las personas dentro de sus respectivos territorio”, y afirman su deseo de cooperar de buena voluntad manifiesta y mantener buenas relaciones en términos de la Convención de Viena (1963).

El documento también afirma el mutuo deseo de promover la protección de los derechos humanos a través de los mecanismos fronterizos de consulta y actividades de Inmigración y Naturalización, así como la protección consular; y fomentar la participación de las autoridades locales en estas entidades. Además estos instrumentos obligan a funciones consulares de salvaguarda de los intereses de los NNA, en línea con la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. Los NNA no acompañados mexicanos por lo tanto tienen derecho a comunicarse con los funcionarios consulares mexicanos, a que se notifique al consulado cuando se los tiene en

³¹ Véase Memorandum de Entendimiento Sobre Protección Consular de Nacionales de México y de Estados Unidos, EEUU-México. (1996, 7 de mayo). Disponible en <http://www.sre.gob.mx/images/stories/docnormateca/dgpme/memo/memoentendimiento.pdf>.

custodia, a ser informados de este derecho a la notificación consular, y a recibir la visita de un funcionario consular durante su detención.³²

La situación de los NNA en los procedimientos migratorios se plantea en relación con el compromiso de ambos países a “asegurar que la notificación específica a los representantes consulares se dan en los casos relacionados con la detención de niños, mujeres embarazadas y personas en situación de riesgo”. Además, este instrumento asegura la presencia consular y protección en “ensayos o actuaciones judiciales en relación con sus respectivos nacionales incluidos los procedimientos legales relacionados con niños”. Las prácticas y los procedimientos descritos en los capítulos 8 y 7 de este libro referidos a los Estados Unidos y la frontera norte de México dan cuenta del incumplimiento generalizado de estos preceptos.

El segundo acuerdo bilateral fue firmado el 11.06.1998, y se trata de un memorando de entendimiento sobre Mecanismos de Consulta de la Comisión de Inmigración y Naturalización y aquellos a cargo de funciones de servicio y Protección Consular.³³ En términos de derechos humanos, se limita una vez más al respeto de los derechos humanos de migrantes a través de su objetivo de brindar protección consular a migrantes mexicanos en custodia, a regular la conducta de los funcionarios del INS, entre otros aspectos.

Finalmente, en el 2004 se firmaron otros dos acuerdos bilaterales: el Plan de Acción de México-Estados Unidos para la Cooperación y Seguridad Fronteriza, el cual no hace mención alguna de los NNA o en materia de derechos humanos, y vendría a reforzar iniciativas similares desarrolladas luego de los atentados del 11 de septiembre de 2001.³⁴ El documento más importante que regula las relaciones bilaterales en materia de migración entre la Secretaría de Gobernación y la Secretaría de Relaciones Exteriores de los Estados Unidos Mexicanos y el Departamento de Seguridad Interna de los Estados Unidos, es el Memorando de Entendimiento sobre la Repatriación Segura, Repatriación ordenada, Digna y Humana de Nacionales Mexicanos.³⁵ Este MOU se encuentra actualmente en vigor en virtud del Acuerdo Bilateral de abril de 2009, ejecutado por 30 acuerdos locales para la Repatriación de nacionales mexicanos.³⁶

Este documento representa un cambio en la trayectoria de los acuerdos bilaterales nacionales firmados por Estados Unidos con respecto a las normas de derechos humanos más amplios y aplicables a la migración en general, y a la repatriación de nacionales específicamente. La primera diferencia es que este Memorando afirma el “reconocimiento de los derechos humanos,

³² Cavendish, B., *Children at the Border*, p. 25.

³³ Véase Memorandum de Entendimiento Sobre los Mecanismos de Consulta Sobre Funciones del Servicio de Inmigración y Naturalización y Protección Consular, EEUU-México. (1998, 11 de junio). Disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Publicaciones/CDs2010/CDConsular/pdf/T52BIS.pdf>.

³⁴ Véase Velázquez Flores, R. y Schiavon, J. (2008). El 11 de septiembre y la relación México-Estados Unidos: ¿hacia la securitización de la agenda? *Revista Enfoques*, VI(8). Disponible en <http://www.redalyc.org/pdf/960/96060805.pdf>.

³⁵ Véase Memorandum de Entendimiento entre la Secretaría de Gobernación y la Secretaria de Relaciones Exteriores de Seguridad Interna de los Estados Unidos de America Sobre la Repatriacion Segura, Ordenada, Digna y Humana de Nacionales Mexicanos, EEUU-México. Disponible en http://www.sre.gob.mx/images/stories/dgpmc/acuerdos/mou_repatriaciones.pdf.

³⁶ U.S. Department of Homeland Security. (2009, Abril). Secretaries Napolitano and Espinosa Announce Agreement on Mexican Repatriation. Disponible en <http://www.dhs.gov/news/2009/04/03/agreement-mexican-repatriation-announced>.

independientemente de la condición migratoria” y, además, que el proceso de repatriación sea coherente con los principios de derechos humanos.

El objeto de este Memorando es establecer un marco de referencia para las acciones bilaterales específicas y procedimientos transparentes para la repatriación segura y ordenada de nacionales mexicanos y proporcionar un marco general. El Artículo 18 establece criterios y principios básicos que subyacen a la formación de acuerdos para los procedimientos locales de repatriación.

El Artículo 3 establece los principios y criterios para la repatriación, que incluyen principios de derechos humanos, tales como: (a) que la repatriación sea compatible con el respeto de los derechos humanos y la dignidad de los ciudadanos mexicanos “que se encuentran en los Estados Unidos en violación de la ley de inmigración”; (e) el establecimiento de la unidad familiar es un principio básico (f) reconoce las necesidades especiales y la línea de base más elevados que debe aplicarse a los NNA no acompañados.

La agencia mexicana debe hacer todo lo posible para que los representantes adecuados de bienestar familiar reciben estas personas en caso de repatriación de los Estados Unidos. El documento no especifica los mecanismos particulares para la protección del bienestar de la familia, o para asegurar que un niño repatriado solo sea devuelto con seguridad y desde un enfoque de derechos.

Disposiciones generales del MOU 2004

Las repatriaciones deben llevarse a cabo de manera compatible con el respeto a los derechos humanos y la dignidad de los ciudadanos mexicanos que se encuentran en los Estados Unidos en violación de la ley de inmigración
Todos los mexicanos detenidos tienen derecho a la notificación por el Departamento de Seguridad nacional de su derecho a comunicarse con un funcionario consular mexicano y reunirse en privado con dicho funcionario
<i>Puntos de repatriación</i> deben establecerse de una manera consistente con las horas programadas de funcionamiento y la disponibilidad de personal. Todo esfuerzo debe ser tomado por México para asegurar que los puntos mutuamente designadas de recepción con personal capacitado y adecuado nivel de acceso a la salud, el bienestar y la seguridad de los ciudadanos mexicanos.
<i>Puntos de contacto</i> deben ser identificados para recibir y / o transmitir información sobre los casos de denuncias de malos tratos o problemas potenciales de derechos humanos.
<i>Los niños no acompañados</i> y otras personas en situación de vulnerabilidad deben ser repatriados durante las horas del día para garantizar su seguridad. Agencias participantes mexicanos deben hacer todo lo posible para que los representantes de bienestar familiar apropiados disponibles para recibir a estas personas sobre la repatriación de los Estados Unidos.

Notificación especial oportuna y la información debe ser proporcionada por las autoridades del Departamento de Seguridad nacional para los casos en que se requiere una preparación adicional para recibir niños no acompañados o una persona con necesidades especiales médicas, mentales o de otro tipo.

Tales pronunciamientos suponen cierto marco de protección de derechos humanos y las necesidades especiales de los NNA en el contexto de la migración. Aunque esto no es lo ideal, es un punto de partida, ya que puede considerarse como una mejora sobre el tipo de los pronunciamientos que se han hecho en los anteriores acuerdos a nivel nacional. Sin embargo, primero hay que añadir que la aplicación del Memorando de Entendimiento 2004 ha tenido lugar en el ámbito local y regional de manera desigual.

Los treinta acuerdos locales se han puesto en marcha para atender a los requisitos de repatriación de nacionales mexicanos en todo el territorio de Estados Unidos. Tales acuerdos locales interpretan la protección del NNA dentro del contexto de los derechos humanos de diferentes maneras, algunas de las cuales pueden conducir a graves violaciones de los derechos.

Por otra parte, este MOU carecerá de las mismas normas sustantivas de derechos humanos que cinco años más tarde se omitirán—de igual manera—en el marco de la CRM. A pesar de que algunos de los principios generales de derechos humanos son retóricamente incluidos en el texto, en términos prácticos, sólo las medidas básicas de protección de logística se abordan específicamente en el MOU. Por ejemplo, la protección de la unidad familiar debe extenderse mucho más allá de evitar la separación familiar “durante la repatriación”. Del mismo modo, la protección del NNA debe implicar significativamente mucho más que la repatriación durante las horas del día.

El capítulo de este libro, capítulo 9, relativo a los NNA no acompañados en la frontera de Estados Unidos proporciona evidencia de prácticas destinadas a devolver rápidamente los NNA mexicano no acompañados, sin ser trasladado a las instalaciones de la Oficina de Reasentamiento de refugiados (ORR). Estas prácticas ponen en claro la falta de herramientas sustantivas para la protección de los derechos, y al contrario, la existencia de mecanismos que faciliten el regreso de los NNA sin tener sus derechos y necesidades, incluyendo las de protección internacional bajo la Convención de Ginebra en materia de refugiados.

2. *Acuerdos locales que implementan el MOU 2004*³⁷

Con el fin de observar las similitudes y diferencias entre los acuerdos firmados por los gobiernos locales, comparemos el acuerdo de repatriación local que usan Atlanta, Georgia y Raleigh, Carolina del Norte (este acuerdo idéntico a varios otros acuerdos locales, como la de Nuevo México) con el acuerdo local de El Paso, Texas.

Mientras los acuerdos afirman los principios básicos atestiguados en el memorando de entendimiento nacional, surgen diferencias, por ejemplo, en temas específicos, tales como el

³⁷ Los acuerdos locales están generalmente disponibles en la base de datos de la biblioteca FOIA / ICE en virtud de acuerdos de repatriación. Disponible en <http://www.ice.gov/foia/library/>.

principio de la unidad familiar. A los efectos del acuerdo local entre Georgia y Carolina del Norte la unidad de la familia contempla a los cónyuges (incluidas las parejas de hecho), hijos, hermanos (hermanos y hermanas), padres, abuelos, tías y tíos. Por el contrario, el acuerdo local de El Paso define a la familia como los cónyuges (incluidas las parejas de hecho), hijos, hermanos (hermanos y hermanas), padres y abuelos.

Un NNA envuelto en un procedimiento de repatriación en El Paso, podría encontrarse en una situación en la que el tutor de su caso podría ser un completo desconocido en lugar de una tía o un tío con el que se sentiría cómodo y protegido, simplemente porque la definición de la unidad familiar que se utiliza en El Paso. Por el contrario, el mismo NNA sometido a un procedimiento en Georgia-Carolina del Norte, el parentesco sería reconocido y el problema sería evitado. Si bien esto puede parecer menor, sus implicaciones pueden de hecho tener grandes consecuencias para el bienestar psicológico y físico del niño en cuestión. Por otro lado, el acuerdo de El Paso contiene disposiciones especiales que fortalecen los derechos humanos de los niños, exigiendo entrevistas consulares con los niños tres veces al día.

En cualquier caso, las deficiencias de los acuerdos que siguen el MOU son evidentes: los acuerdos, incluso con buenas intenciones no se pueden aplicar de manera uniforme a menos que se lleven a cabo los mecanismos para garantizar de forma homogénea los derechos de los migrantes y los niños migrantes a nivel nacional en los Estados Unidos de América. En este sentido, es fundamental tener en cuenta una vez más que ninguno de estos acuerdos locales incluyen las garantías de derechos humanos sustantivas y de procedimiento sobre la base del interés superior del niño.

3. Un enfoque de derechos humanos para los acuerdos locales en temas de protección consular y bienestar del niño

En general se observa que la mayor parte de los acuerdos locales de aplicación del MOU 2004 revelan algunas de las graves deficiencias de la cooperación internacional en relación con los derechos de los NNA en el contexto de la migración, centrándose en el mejor de los casos en algunas medidas de protección durante la repatriación. Sin embargo, se han firmado otros acuerdos que no están relacionados con cuestiones de control de la inmigración en los Estados Unidos y no han sido firmados como consecuencia del Memorando de Entendimiento 2004 se discutió anteriormente.

Se trata de acuerdos locales con Consulados específicos de México que, en cierta medida, buscan proteger los derechos de los NNA a través del involucramiento de servicios locales de protección infantil. Es importante examinar estos acuerdos, ya que, no sólo implican la protección de los derechos de los NNA en el contexto de la migración, sino también revelan qué tipo de protección se puede poner en funcionamiento cuando el enfoque de los acuerdos es una de protección en lugar de control y expulsión.

Estos acuerdos entran en el ámbito general de la protección de los NNA potenciales víctimas del delito de trata de personas. Ellos son extensiones del Acuerdo de Solución del caso Flores, de 1997. Este acuerdo surgió de una demanda colectiva presentada en nombre de Lisette Flores en la Corte Federal de Distrito para el Distrito Central de California. En conjunto con las líneas de

base establecidas en Flores, la TVPRA (2008) requiere que el control de la migración también debe respetar una línea de base mínima de los derechos humanos en el tratamiento de niños.

Una serie de MOU se han firmado entre consulados mexicanos particulares y los departamentos de servicios sociales o de bienestar infantil de algunos condados. En este sentido, su existencia refleja problemas en la regulación, ni siquiera en un nivel federal, sino más bien local, de las cuestiones relacionadas con el bienestar de los NNA. A diferencia de los acuerdos de repatriación, estos memorandos de entendimiento se extienden a cuestiones relativas a la atención y el bienestar de los NNA mientras están bajo la custodia de las instituciones de los Estados Unidos. La repatriación es un resultado posible de procedimientos para estos NNA, pero a diferencia de los acuerdos de repatriación, las autoridades locales tienen más libertad de acción para perseguir fines independientes bajo los principios específicos de derechos humanos.

Los memorandos de entendimiento incluyen principios de derechos humanos, tales como: “El compromiso con la seguridad y el bienestar de los niños mexicanos en la custodia de la Seguridad Social, la obligación de proteger los derechos de los nacionales mexicanos y sus hijos dentro de la circunscripción consular, la prevención de situaciones que puedan poner en riesgo la seguridad, la dignidad y los derechos humanos de los niños mexicanos que participan en los procesos judiciales, y el interés compartido en” protocolos y procedimientos para proporcionar y compartir información, prestar servicios y resolver problemas a nivel local sobre las cuestiones de protección de niños.³⁸

Estos MOU buscan una mayor cooperación interna y la aplicación de protocolos de bienestar infantil establecidos en el manual de servicios sociales para niños y Agencia de Servicios Familiares existentes, con la ayuda y cooperación de este personal consular mexicana en los procedimientos de repatriación. En el marco de estos procesos, el interés superior del niño juega un papel destacado en la determinación del tipo de procedimiento para aplicar. El principio de unidad familiar en estas circunstancias va mucho más allá de la división de familias entre autobuses en la repatriación, y puede ser un factor fundamental para determinar el bienestar del niño.

A pesar de sus muchas limitaciones, este tipo de memorandos de entendimiento representan una visión más acertada sobre las posibilidades de incorporar la perspectiva de derechos humanos en los acuerdos bilaterales locales entre los Estados Unidos y México. Estos avances se suceden precisamente porque estos memorandos de entendimiento no son herramientas de migración o de política de repatriación. Se dirigen a estas cuestiones sólo como parte de un contexto más amplio de bienestar infantil tanto para los nacionales y no nacionales que residen en los condados en que se han firmado.

³⁸ Estas son citas directas son del memorando de entendimiento entre el condado de Orange, en California, y el Consulado de México en Santa Ana, California.

4. *Las preocupaciones acerca de los memorandos de entendimiento locales relacionadas con la protección consular y el bienestar del niño*

En todos los casos que los memorandos de entendimiento han sido firmados, invariablemente se producen en el contexto del derecho internacional a la protección consular en virtud de la Convención de Viena y la Convención Consular entre Estados Unidos y México. Este último es interpretado por el—arriba mencionado—Memorando de Entendimiento sobre Protección Consular de Estados Unidos y nacionales mexicanos, firmado en 1996.

El acuerdo incluye algunos principios y objetivos de la protección: (1) para proporcionar a un individuo detenido por las autoridades de migración sus derechos y opciones legales, incluido el derecho a ponerse en contacto con sus representantes consulares, y para facilitar la comunicación entre los representantes consulares y sus nacionales y asegurar que la notificación específica a los representantes consulares se den en casos relacionados con la detención de niños, mujeres embarazadas y personas en riesgo; (2) para permitir y facilitar que los funcionarios consulares estén presentes en todo momento en los juicios o procedimientos judiciales en relación con sus respectivos nacionales, incluidos los procedimientos relativos a niños; (3) promover la sensibilidad intercultural y el entendimiento en relación con la protección de los derechos humanos a través de los Mecanismos de Enlace Fronterizo de Inmigración y Naturalización de las Actividades de Servicios y Consular Protección y fomentar la participación de las autoridades locales en estas entidades.

Sin embargo, para todos los elementos positivos que se describen en la Convención, su aplicación en la serie de memorandos de entendimiento local de la prestación de asistencia consular tiene algunas severas limitaciones. Se trata de acuerdos locales, los mecanismos de salida para ninguna de las partes se adoptan con facilidad, y, por supuesto, están sujetas a la continuidad de las políticas y principios de la Agencia de Servicios Sociales en cuestión.

Según el informe “Familias destrozadas”, este MOU particular se cita por un trabajador del consulado como ejemplo de una relación satisfactoria entre los Servicios de Protección de NNA y el consulado: “Nosotros [el Consulado de México] tenemos un Memorando de Entendimiento, pero en realidad no dice mucho. Lo único que dice es que trabajarán juntos para intercambiar información, y eso es todo. No dice en qué medida el trabajador social tiene que tener contacto con nosotros. Este ha sido un agujero negro para nosotros”.³⁹

En el caso de estos memorandos de entendimiento, no existe una legislación nacional de control que regula la aplicación en cualquier nivel. Tampoco hay ningún requisito de que acuerdos se negociarán o serán adoptados. Muchos consulados mexicanos que no han firmado memorandos de entendimiento local y por lo tanto hay muchos de los condados de Estados Unidos en el que los NNA nacionales mexicanos no gozan de la misma protección. Sin embargo, incluso cuando las protecciones varían en cada MOU, en todos los casos los NNA están mejor protegidos en los condados donde se han formalizado los acuerdos.⁴⁰

³⁹ Race Forward: The Center for Racial Justice Innovation. (2011 November). Shattered Families: The Perilous Intersection of Immigration Enforcement and the Child Welfare System, p. 50. Disponible en <https://www.raceforward.org/research/reports/shattered-families>.

⁴⁰ Shattered Families, p. 47.

Además, la edad y otros sesgos pueden ser factores que impiden a los adolescentes indocumentados de adherirse al sistema de bienestar; también puede haber insuficiencia de fondos dentro de estos sistemas para satisfacer las necesidades de los jóvenes indocumentados. Algunas jurisdicciones limitan las protecciones Consulares explícitas contenidas en el memorando de entendimiento para privativas cuestiones en procedimientos de dependencia, mientras que otros, como el memorando de entendimiento firmado por Nuevos Servicios Sociales México abarca explícitamente los procedimientos penales de NNA. Un memorando de entendimiento, el de la Corte Juvenil en Los Ángeles, se firmó directamente por el presidente del tribunal con el Consulado de México en Los Ángeles.

Estos memorandos revelan las complejidades de un problema muy específico para la inmigración indocumentada en los Estados Unidos: la precariedad de la unidad familiar bajo un sistema en el que la custodia del niño puede ser determinada por los tribunales y un sistema que tiende a ser muy sospechoso de la capacidad e integridad de las personas indocumentadas para la crianza de los hijos. Cuando las familias se involucran con los Servicios Sociales o niños han sido retirados de la custodia de los padres y se hacen bajo la tutela del Estado o algún otro tutor, el proceso de reunificación de la familia está supeditada a la prueba con éxito su idoneidad de los padres.

Los MOU tienen diferentes grados de protección, beneficios y asistencia económica / estratégico para los padres (y en muchos casos otros miembros de la familia) que les ayudan en participar en los procedimientos relacionados con los NNA. En algunos casos, a los padres se les concede explícitamente un abogado designado por la corte para representarlos, incluso en casos de indigencia o que residen fuera del país.

En otros MOU, se ofrece asistencia a los padres en audiencias, incluso si se encuentran en México, como comunicación telefónica o videoconferencia. Algunos memorandos de entendimiento contemplan facilitar reuniones familiares en los cruces fronterizos. En algunos casos, los acuerdos contemplan los costos y dificultades en la adquisición de las traducciones de los materiales de la corte. Mientras que algunos memorandos de entendimiento contemplan expresar una preferencia a la colocación de niños bajo custodia de parientes, incluso si residen en México, otro MOU incluye explícitamente el interés de otros miembros de la familia en el caso, y otros limitan esto a los padres. En algunos casos, la notificación de los padres es requerida por el Memorando de Entendimiento y en otros es opcional.

Finalmente, cabe señalar que algunos memorandos de entendimiento no contemplan explícitamente la participación del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF) en los procedimientos relacionados con el niño. Otros limitan el alcance de la participación del DIF a la prestación de un estudio en el hogar socioeconómico de posibles tutores en México. Otros MOU contemplan una participación mucho más amplia y continua por el DIF en el proceso de reasignación de la custodia del niño.

IV. Los otros acuerdos regionales que impactan en la migración: libre comercio y seguridad

Hemos examinado un número de acuerdos e iniciativas bilaterales y regionales que se focalizan específicamente en migración, así como en qué medida cada uno de ellos aborda, y cómo lo hace, la cuestión de los derechos humanos de la niñez en dicho contexto. Sin embargo, en muchos capítulos de este estudio—como el escrito en capítulo uno por el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados—la migración de NNA y familias en la región ha aumentado debido principalmente a la interrelación entre pobreza, discriminación, diversas formas de violencia, falta de oportunidades y la reunificación familiar. Todo ello afecta los derechos humanos más básicos de una parte considerable de la población, impactando de manera particular en los niños, niñas y adolescentes.

La realidad de la situación en América Central y México revela el contexto multidimensional, estructural en los niveles nacionales, regionales e internacionales que induce a migrar a cientos de miles de personas cada año, incluyendo a NNA en un número cada vez mayor—y a una edad cada vez más temprana. La Introducción de este libro, así como los capítulos referidos a esos países, dan cuenta de manera detallada sobre estas causas, sus modalidades y magnitud, y su impacto específico en la niñez y la adolescencia—que, a su vez, conforman un elevado porcentaje dentro de la población. Factores existentes en los países de destino, principalmente Estados Unidos, como la informalidad de ciertas áreas del mercado de trabajo o la presencia de padres de NNA dejados en el país de origen, contribuye a formar este escenario complejo y estructural.

Tal como señalábamos al inicio de este capítulo, la migración—sus motivos, modalidades, su aspecto cuantitativo, su impacto en las personas, las familias y las sociedades de origen y destino—es un fenómeno que excede el marco de los Estados-nación. Su carácter internacional y/o regional no está dado únicamente porque las personas van de un país a otro, sino precisamente porque la mayoría de los elementos que caracterizan a este fenómeno multidimensional también lo reflejan. De igual manera, las respuestas a la migración y su complejidad precisan un enfoque que, por un lado, va más allá de las capacidades e intereses de un país; y por el otro, que incluya a nivel regional los factores que subyacen a esta movilidad.

Por estos motivos, resulta importante observar en qué medida los Estados de la región han impulsado iniciativas o acuerdos que impactan de una u otra manera en la migración. El interés reside en examinar si esos convenios permite atender de manera adecuada e integral los desafíos existentes; o si, en cambio, contribuyen a profundizarlos. En particular, nos centraremos en dos tipos de acuerdos / iniciativas: las relativas a impulsar el libre comercio en la región; y aquellas diseñadas en la órbita de la seguridad nacional, regional o hemisférica.

A. Migración, niñez y tratados de libre comercio en Centro y Norte América (TLCAN y TLC-RD). El Plan Puebla-Panamá

Al examinar los vínculos entre la migración—y los derechos de los y las migrantes—y los acuerdos de libre comercio promovidos y adoptados por los países de la región, es importante observar al menos dos cuestiones: por un lado, si el contenido de dichos convenios incluye explícitamente la temática migratoria, y en tal caso, cómo lo hace. Por el otro, si entre los efectos de esos acuerdos se puede verificar un cambio en los patrones y/o las modalidades de la migración entre los Estados parte.

Los principales convenios firmados en la región son el acuerdo de Libre Comercio de Norteamérica (TLCAN, en inglés, North American Free Trade Agreement o NAFTA), que data de 1994, y el Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos y Centroamérica más República Dominicana (TLC-RD, en inglés, the Dominican Republic-Central America-United States Free Trade Agreement o CAFTA-DR), de 2004—aunque ratificado por los Estados parte entre 2005 y 2009. De estos convenios hay algunos vínculos directos y explícitos, así como otros tácitos, con la migración y con los trabajadores migrantes, aunque acotados a determinados trabajadores. Su contenido, a su vez, tiene pocas referencias—o a veces ninguna—a las familias y a los NNA, y en particular a sus derechos.

El TLCAN tiene como principal objetivo el establecer ciertas reglas comunes sobre comercio e inversiones entre Canadá, Estados Unidos y México. La inclusión de la cuestión migratoria, y concretamente de la movilidad de personas, es no sólo muy discreta sino que está limitada a determinadas categorías de trabajadores temporales. En concreto, el capítulo 16 del TLCAN permite el tránsito transfronterizo temporal de personas de negocios en la región, pudiendo solicitar la entrada temporal de un país a otro en una de las siguientes cuatro categorías: visitantes de negocios, comerciantes e inversionistas, transferencias de personal dentro de una empresa y profesionales.

Resulta claro que el Acuerdo sólo favorece o permite la movilidad temporal de ciertos actores sociales y profesionales identificados con sectores más bien privilegiados, o al menos no con quienes se encuentran en la situación más precaria o en las escalas más bajas de los indicadores socio-económicos. Ello, junto a otros elementos, no sólo indica a quiénes busca beneficiar el TLCAN, sino que también es un dato que también incidirá—como luego veremos—en el incremento de la migración indocumentada o irregular desde México.

Quienes pueden ejercer esta movilidad temporal desde México a Estados Unidos—a través de la Visa TN—pueden a su vez beneficiar a sus cónyuges e hijos. Sin perjuicio de ello, es importante destacar que su status será de no-inmigrante, y por ende no tienen permiso para trabajar. A su vez, aunque los trabajadores migrantes son sujetos de derechos laborales de una manera general, no hay un compromiso sustantivo con su bienestar o los derechos humanos y, menos aún, con el derecho a la vida familiar y los derechos de los NNA.

Por su parte, el TLC-RD (DR-CAFTA) establece de manera explícita que ninguna disposición del Acuerdo se interpretará en el sentido de imponer obligación alguna a las Partes respecto a sus

medidas migratorias. El acuerdo no tiene ninguna disposición sobre migración y deja de lado los derechos de los trabajadores sin contemplar ninguna concesión de visados temporales.

En su origen estos acuerdos comerciales, la integración económica en una economía de libre mercado, se promocionan como una panacea: beneficiando a las economías de los países de envío y recepción en “una fuente inagotable de crecimiento económico y el bienestar social”, al tiempo que reduce los costos de los productos y mercancías generales en el que todas las partes interesadas se beneficiaron, incluyendo los propios países de origen. Sin embargo, el balance sobre el TLCAN, a 20 años de su adopción, y el TLC-RD, a 10 años, parecen indicar lo contrario, con un particular efecto en la migración regional.

Un estudio reciente sobre el impacto del TLCAN en México da cuenta de una serie de efectos nocivos en diferentes áreas sociales—muchas de ellas vinculadas a las causas estructurales de la migración, como se describe en varios capítulos de este libro. El estudio señala, entre otros, los siguientes hallazgos:⁴¹

- México ocupa el lugar 18 de 20 países de América Latina en cuanto al crecimiento del PIB real per cápita.
- Mientras que entre 1960 y 1980 el PIB de México por persona casi se duplicó, a lo largo de los 20 años de vigencia del TLCAN, ha crecido sólo un 18,6 por ciento, el cual a su vez representa aproximadamente la mitad del crecimiento obtenido en el resto de América Latina.
- La tasa de pobreza de México, de 52,3 por ciento en 2012, es casi idéntica a la tasa de pobreza de 1994, lo que implica que en 2012 haya 14,3 millones más de mexicanos que vivían por debajo del umbral de la pobreza.
- Si se recurren a las estadísticas de la CEPAL (Comisión Económica para América Latina), se deduce que aunque en México la pobreza se habría reducido en 8 puntos (45,1 a 37,1), el promedio de dicha caída de América Latina fue de más de dos veces y media mayor que la de México: 20 puntos porcentuales (de 46 al 26 por ciento).
- Mientras que el desempleo en México fue de 3,1% entre 1990 y 1994, llegando a un 2,2 en 2002, en la actualidad es de 5,0%.
- Entre 1991 y 2007, hubo 4,9 millones de familias de agricultores mexicanos desplazados; mientras que el trabajo estacional en las industrias de agroexportación se incrementó en cerca de 3 millones, lo que significó una pérdida neta de 1,9 millones de puestos de trabajo.

En cierto sentido, estas políticas económicas generan Estados ausentes (para amplios sectores de la sociedad, que no pueden ejercer sus derechos humanos más básicos), aunque presentes para

⁴¹ Weisbrot, M., Lefebvre, S., & Sammut, J. por Center for Economic and Policy Research. (2014, Febrero). ¿El TLCAN ayudó a México? Una valoración tras 20 años. Disponible en <http://www.cepr.net/documents/NAFTA-20-years-2014-02-ESPA%C3%91OL.pdf>.

garantizar los beneficios en favor de un sector minúsculo así como a otros actores externos. Esto ocurre cuando el empleo, los servicios sociales, la protección de la infancia, las economías rurales y de las redes familiares en la comunidad, entre otros, son socavados, precarizados, subsumidos a otros intereses. En consecuencia, como señalan Márquez Covarrubias y Delgado Wise, las “redes de protección social en salud, educación, vivienda, empleo, alimentación, servicios públicos como el suministro de agua potable, recolección de basura, la construcción de la infraestructura, el transporte público se desmantela el Estado a la vez, o poco a poco, con el fin de ceder estos bienes al capital privado y por lo tanto satisface su sed de lucro”.⁴²

Los salarios mexicanos no se elevaron para cumplir con el nivel de los salarios de los Estados Unidos y los productores simultáneamente mexicanos fueron socavados por la invasión de productos extranjeros más baratos de otras economías. El alivio monetario de las consecuencias de la crisis económica no se ofreció en los términos del acuerdo comercial, o incluso por el gobierno de México, sino que llegó en forma de remesas enviadas por los miembros de la familia que habían migrado hacia Estados Unidos, precisamente por factores estructurales que fueron profundizados por el impacto del TLCAN.

Como se adelantó, entre los resultados del TLCAN que también fueron evidenciados se encuentra el aumento de la inmigración indocumentada desde México a los Estados Unidos en los años posteriores a la ratificación del acuerdo. En este sentido, se ha afirmado que “a juzgar por los resultados, México terminó exportando no solo más bienes, sino también más personas. En 1990, unos años antes de que entrara en vigor el TLCAN, se estimaba que había en Estados Unidos alrededor de 4.4 millones de personas nacidas en México. Para 2011, el número de personas en Estados Unidos nacidas en México superaba los 11.7 millones . . . hubo un crecimiento de más de 150% en poco más de dos décadas . . . la promesa de reducir la migración también ha quedado lejos de cumplirse”.⁴³

Al respecto, se ha afirmado que si el TLCAN hubiese tenido éxito restableciendo la tasa de crecimiento de México en los años anteriores a 1980 México hoy sería un país de ingresos relativamente altos. Ello habría cambiado significativamente el escenario migratorio de la región, ya que serían relativamente pocos los mexicanos que tratarían de cruzar la frontera hacia Estados Unidos.

En este contexto, y si bien sería necesario profundizar el análisis del impacto específico sobre los NNA, puede sostenerse que en este contexto en el que la migración creció exponencialmente en estas últimas dos décadas, la niñez y la adolescencia se vio afectada de diversas formas. Por un lado, debido al creciente número de jóvenes y adultos mexicanos que migraron dejando a sus niños en el país de origen. Por el otro, porque el incremento de NNA mexicanos que han migrado hacia EEUU en los últimos años está vinculado con la reunificación con los padres, el escenario de privación de derechos y oportunidades y las diversas formas de violencia de la que son víctimas de manera creciente año tras año.

⁴² Márquez Covarrubias, H. y Delgado Wise, R. (2011). Una perspectiva del sur sobre capital global, migración forzada y desarrollo alternativo. *Migración y Desarrollo*, 9(16), 18. Disponible en <http://redalyc.org/articulo.oa?id=66021591001>.

⁴³ Esquivel, G. (2014, Diciembre). El TLCAN: 20 años de claroscuros. *Foreign Affairs Latinoamérica*, 14 (2). Disponible en <http://revistafal.com/el-tlcan-20-anos-de-claroscuros-2/>.

En relación con el TLC-RD (DR-CAFTA), el análisis que se ha venido haciendo desde su entrada en vigor para los países del triángulo norte de Centro América, da cuenta de su panorama similar al de México: por un lado, efectos negativos en cuestiones sociales como el empleo, la precarización laboral, la pérdida del derecho a la tierra y al desarrollo humano de comunidades campesinas y pueblos indígenas, y la creciente falta de oportunidades. En ese contexto, se perciben otros dos fenómenos paralelos entrelazados entre ellos y con esas problemáticas: el incremento notable de la violencia que afecta especialmente a niños, niñas y adolescentes; y el aumento de la migración hacia el norte, tanto de adultos como, cada vez más, de NNA.

Entre los múltiples efectos sobre la entrada en vigor del TLC, hace unos años se estimaba que este convenio profundizaría y consolidaría la vulneración y precarización de los derechos laborales—en especial de las mujeres—en el marco del crecimiento y diversificación de sectores productivos del sistema de maquilas.⁴⁴ Más recientemente, se destacó que el CAFTA ha exacerbado la desigualdad y exclusión social iniciados en la región años atrás en el marco de las políticas económicas de corte neoliberal, al crear un contexto en el cual los campesinos ya no pueden competir con los precios subsidiados de Estados Unidos. A su vez, en un marco de empeoramiento de las inequidades sociales y económicas, adolescentes y jóvenes están más vulnerables a identificar a las pandillas como una estrategia de supervivencia.⁴⁵

Para complementar esta clase de iniciativas, cabe mencionar que en 2001 se comenzó con un plan de integración regional denominado Plan Puebla-Panamá (PPP), dirigido a “mejorar la calidad de vida de los habitantes de la región territorial comprendida en la región Sur Sureste de México y los países de Centroamérica”. Sus ejes de trabajo están divididos en (1) desarrollo humano y su entorno y (2) desarrollo económico y competitividad. Sin perjuicio de los objetivos invocados, el cuestionamiento a este proceso—desde sus inicios—es que en realidad se trataba de alcanzar determinados objetivos en materia económica, comercial y de inversión extranjera que beneficiaba únicamente a determinados actores—los mismos favorecidos por los tratados de libre comercio, y perjudicando a la mayoría de la población con el apoyo a megaproyectos y otras iniciativas.⁴⁶

El PPP pasó a denominarse, desde 2008, Proyecto de Integración y Desarrollo de Mesoamérica o Proyecto Mesoamérica, con base en la Declaración de Villa Hermosa.⁴⁷ En este documento, sin perjuicio de las invocaciones a determinados programas o proyectos de índole social y a los objetivos de integración regional, se incluyeron tres aspectos a destacar: por un lado, el apoyo a

⁴⁴ Centro de Derechos de Mujeres (CDM) y Coalición Hondureña de Acción Ciudadana (CHAAC). (2009, julio). Impacto del libre comercio en los derechos laborales de las obreras de la maquila textil en Honduras. Disponible en http://derechosdelamujer.org/tl_files/documentos/maquila/doc_maquila_2.pdf.

⁴⁵ Abrego, L. (2014, Agosto). Intervention and Displacement, How U.S. involvement in Central America pushes children and families to migrate. Disponible en <http://stanfordpress.typepad.com/blog/2014/08/migration-from-central-america.html>.

⁴⁶ Sandoval Palacios, J. M., Álvarez de Flores, R., y Fernández Moreno, S. Y. (Coord.). (2011, Noviembre). Planes geoestratégicos, desplazamientos y migraciones forzadas en el área del proyecto de desarrollo e integración de Mesoamérica (en lo sucesivo “Planes geoestratégicos”). Disponible en http://www.academia.edu/7454005/PLANES_GEOESTRAT%C3%89GICOS_DESPLAZAMIENTOS_Y_MIGRACIONES_FORZADAS_EN_EL_%C3%81REA_DEL_PROYECTO_DE_DESARROLLO_E_INTEGRACI%C3%93N_DE_MESOAM%C3%89RICA.

⁴⁷ Declaración de Villa Hermosa. (2008, Junio) en <http://www10.iadb.org/intal/intalcdi/PE/2008/01647.pdf>.

los tratados de libre comercio y la necesidad y voluntad de profundizar su implementación; por otro lado, la invocación retórica de abordar el tema migratorio contemplando sus causas y asegurando los derechos de los y las migrantes; y finalmente, la vinculación entre este proceso y las iniciativas regionales en materia de seguridad pública, seguridad regional y lucha contra el crimen organizado.⁴⁸

En buena medida, al observar los puntos más salientes de la Declaración en lo que hace a temas migratorios—atención a las causas y respeto a derechos, promover una migración ordenada y segura, y lucha contra la trata y el tráfico—se evidencia un programa, un enfoque y unas prioridades que están en línea con el análisis que efectuamos acerca de la CRM. Es decir, a una mirada centrada en la regulación de los flujos a través de dispositivos de control fronterizo y en los territorios de tránsito; la asociación de la trata y el tráfico de personas como el único factor que conduciría a los riesgos de la migración; y la vinculación entre migración y seguridad, pero no desde el punto de vista de la seguridad de las personas (antes, durante o después de migrar) sino más bien desde una visión de seguridad pública sesgada que, como ya se señaló, busca proteger los intereses y privilegios de ciertos actores sociales, políticos y económicos. Sobre este último punto veremos a continuación una serie de iniciativas regionales dirigidas a reforzar objetivos securitarios en la región.

B. Acuerdos regionales sobre seguridad

Tal como hemos descrito, los convenios en el ámbito migratorio y en el plano comercial no están dirigidos a enfrentar esos retos y garantizar derechos y condiciones de vida dignas a la población, en particular a NNA. En igual sentido, una serie de acuerdos e iniciativas bilaterales y regionales en materia de seguridad, han contribuido a profundizar el contexto de amenazas a los derechos, a la vida y la integridad física que afecta cada vez a más NNA en sus países de origen y, en caso que migren, a lo largo del tránsito, así como en caso que sean retornados debido a su status migratorio irregular. Los vínculos entre migración y seguridad nacional, presentes en la mayoría de los países americanos desde hace varias décadas, fueron complementándose progresivamente con iniciativas regionales sobre seguridad que asociaron la movilidad de personas en la región con una serie de delitos como el terrorismo, el tráfico de drogas, el lavado de dinero y la trata de personas.

Esta tendencia cobra un impulso especial a partir del 11 de septiembre de 2001, tal como lo han destacado varios especialistas.⁴⁹ Al respecto, Campos subraya que los “actos terroristas de septiembre de 2001 determinaron la definición de una política de seguridad fronteriza por parte de Estados Unidos que ha influido en la relación con México, porque aumentaron particularmente las medidas de seguridad en los principales cruces fronterizos. Tres han sido las

⁴⁸ Sandoval, Planes geoestratégicos.

⁴⁹ Véase Artola, J. (2006). Las relaciones entre migración y seguridad y su impacto en los flujos migratorios en México. En González Gutiérrez, C. (Coord.), *Relaciones Estado-diáspora: la perspectiva de América Latina y el Caribe, Tomo II* (pp. 191-213). Ciudad de México: Porrúa. Disponible en http://estudiosdeldesarrollo.net/coleccion_america_latina/relaciones-estado2/RelacionesEstado2_6lasrelaciones.pdf. Véase también Benitez Manaut, R. (2011). México, Centroamérica y Estados Unidos: migración y seguridad (en lo sucesivo “México, Centroamérica y Estados Unidos”). En Amigjo Canto, N. (Ed.), *Migración y seguridad: nuevo desafío en México* (pp. 172-92). Ciudad de México: Colectivo de Análisis de la Seguridad con Democracia A.C. Disponible en <http://www.seguridadcondemocracia.org/mys/cap10.pdf>.

propuestas fundamentales: la Iniciativa de la Sociedad para la Prosperidad (2002); la Alianza para la Seguridad y Prosperidad en América del Norte (ASPAN) (2005); y la Iniciativa Mérida (2007)”.⁵⁰

Por otra parte, EEUU promovió a escala regional (OEA) y subregional (Norteamérica y Centro América) una serie de iniciativas que fueron asociando de manera cada vez más estrecha el tema migratorio con diversas problemáticas en materia de seguridad. Una de ellas consistió en el acuerdo bilateral entre México y EEUU sobre “fronteras inteligentes” (*Smart Border Agreements*), de marzo de 2002, que también incluían uno entre Estados Unidos y Canadá. Asimismo, los presidentes de México, Canadá y Estados Unidos firmaron en 2005 la Alianza para la Prosperidad y la Seguridad de América del Norte (ASPAN).

Desde 2001 hasta la actualidad, la vinculación entre migración y seguridad en la región se ha ido reafirmando y profundizando a través de estas y otras iniciativas: algunas han estado directamente dirigidas al reforzamiento del control de algunas fronteras, en especial las que separan México de Estados Unidos y de Guatemala, así como el control migratorio hacia adentro de los territorios. Incluso recientemente, en el contexto del incremento de la migración de NNA no acompañados, algunas de las decisiones consensuadas entre los gobiernos han consistido en una mayor militarización de las fronteras en Mesoamérica, tal como se detalla en los capítulos 2 y 6 sobre Honduras y sobre la frontera sur de México, con el apoyo económico de los Estados Unidos.

Otras iniciativas, presentadas como políticas bilaterales o regionales para el combate de ciertos delitos de carácter transnacional, han contribuido también al reforzamiento del control de la movilidad generando al menos tres efectos que se han profundizado desde entonces: por un lado, la formalización legislativa e institucional—en especial, en México y EEUU—de la política migratoria como una cuestión de seguridad nacional y regional; por otro lado, la criminalización de la migración irregular, al incluir y asociar a incorrectamente—aunque no azarosamente—este fenómeno multidimensional generado por una serie de causas estructurales, con una serie de delitos de gravedad. Y finalmente, la combinación de este enfoque securitario a nivel nacional, bilateral y regional, constituye un elemento relevante entre las causas que han creado y/o profundizado año tras año las condiciones que llevan a migrar a miles de NNA, y han elevado los niveles de vulnerabilidad en que se realiza ese proceso migratorio.

La Iniciativa Mérida, iniciada en 2008, es uno de los principales ejemplos de cooperación regional que vincula seguridad, delitos internacionales y migración. La iniciativa se describe un esquema de cooperación y asistencia internacional diseñado con el fin de combatir el narcotráfico, la delincuencia organizada transnacional y el blanqueo de dinero. Tal como lo explica Benítez Manaut, esta Iniciativa tiene cuatro objetivos estratégicos: (1) fortalecer todos los organismos que integran el sistema de seguridad del Estado mexicano (fuerzas armadas, Policía Federal, organismos de inteligencia); (2) reforzar el control de la frontera México-

⁵⁰ Ramos, J. M. (2011, Marzo). Gestión de la seguridad en la frontera norte e Iniciativa Mérida: antecedentes y desafíos, p. 81. En Amigjo Canto, N. (Ed.), *Migración y seguridad: nuevo desafío en México* (pp. 73-90). Ciudad de México: Colectivo de Análisis de la Seguridad con Democracia A.C. Disponible en <http://www.seguridadcondemocracia.org/mys/cap4.pdf>.

Estados Unidos a través de la tecnología; (3) mejorar la capacidad de los sistemas de justicia penal; y (4) controlar las actividades de las pandillas asociadas al tráfico de drogas.⁵¹

En palabras de Caballeros, el Plan Mérida constituyó un esfuerzo de la anterior y la actual administración estadounidense en materia de seguridad estratégica, en tanto pieza clave en la relación de Estados Unidos con México y América Central. Caracterizado como un nuevo paradigma regional en materia de seguridad, el Plan Mérida “pone de manifiesto la relación estratégica entre narcotráfico y crimen organizado, denominado desde el norte como tráfico de personas, en un contexto determinado por los cierres fronterizos, muros, xenofobia y persecución a lo largo y ancho del corredor migratorio sur norte (Centro América y México)”.⁵²

En el informe preliminar del Comité de Relaciones Exteriores para la Iniciativa Mérida preparado para el Congreso de los Estados Unidos en 2007 titulado “armas, drogas y amigos”,⁵³ la cuestión de los niños y los jóvenes en América Central aparece de forma explícita en relación con los delitos violentos y la falta de oportunidades económicas. El ejemplo dado en el informe es el de los niños guatemaltecos se involucren en la actividad relacionada con las pandillas de tan sólo ocho años de edad. Estos niños se describen en el informe como “jóvenes en riesgo”.⁵⁴

A partir de 2010, las iniciativas sobre seguridad para Centroamérica en el marco de la Iniciativa Mérida fueron concentradas en un plan separado conocido como la Iniciativa de Seguridad de América Central Regional (CARSI). Al igual que la Iniciativa Mérida, CARSI tiene como propósito detener el flujo de drogas, armas y dinero generado por la venta de drogas, y hacer frente a las pandillas y otras organizaciones delictivas. En palabras del Departamento de Estado de Estados Unidos, el objetivo de CARSI es “producir una región más segura donde las organizaciones delictivas ya no tengan el poder de desestabilizar a los gobiernos o de amenazar la seguridad pública, así como impedir la entrada y propagación de drogas ilícitas, violencia y amenazas transnacionales a los países de la región y a Estados Unidos”.⁵⁵

Desde el año 2008 la financiación de Estados Unidos en Centroamérica en el contexto de CARSI se ha estimado en 803,6 millones.⁵⁶ Según el Departamento de Estado, los fondos destinados están dirigidos, entre otros objetivos, a la “asistencia a las fuerzas del orden público y fuerzas de seguridad para hacer frente a los narcóticos y el tráfico de armas, las pandillas, la delincuencia

⁵¹ Benítez Manaut, México, Centroamérica y Estados Unidos, p. 189.

⁵² Caballeros, A. (2009, Junio). Migración y seguridad: una relación perversa (en lo sucesivo “Migración y seguridad”). *Serie Insyde en la Sociedad Civil*, 17. Disponible en <http://torresllamas.com/insyde/wp-content/uploads/2013/08/17.pdf>.

⁵³ Senado de Estados Unidos, Comisión de Relaciones Exteriores, The Merida Initiative: “Guns, Drugs and Friends”: A Report to Members of the Committee on Foreign Relations, S. Doc. No. 110-35 (1st Sess. 2007). Disponible en <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CPRT-110SPRT39644/pdf/CPRT-110SPRT39644.pdf>.

⁵⁴ Senado de Estados Unidos, Comisión de Relaciones Exteriores, The Merida Initiative: “Guns, Drugs and Friends”: A Report to Members of the Committee on Foreign Relations, S. Doc. No. 110-35 (1st Sess. 2007). Disponible en <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CPRT-110SPRT39644/pdf/CPRT-110SPRT39644.pdf>.

⁵⁵ Véase Departamento de Estado de Estados Unidos. (2011, 14 de marzo). Initiative Regional de Seguridad para América Central (CARSI): Una alianza solidaria. Disponible en <http://www.state.gov/documents/organization/179055.pdf>.

⁵⁶ Eguizábal, C. (2014, Octubre). La Iniciativa Regional de Seguridad para América Central: Pieza clave de la asistencia de Estados Unidos a El Salvador en materia de seguridad, pero no la única. Disponible en http://www.wilsoncenter.org/publication/CARSI-El_Salvador_Cristina_Eguizabal.

organizada, las deficiencias de seguridad las fronteras, así como para desbaratar la infraestructura criminal”.⁵⁷

Esta clase de iniciativas ha tenido impactos sin dudas limitados en cuanto a los objetivos planteados. Los datos reunidos y analizados en los capítulos 2-4 de este libro sobre Honduras, Guatemala y El Salvador, dan cuenta sobradamente de ello. A estas limitaciones en las medidas que están dirigidas específicamente a cuestiones de índole securitaria, se debe agregar el impacto de estas iniciativas en la población en general. Nos estamos refiriendo al incremento de la militarización en los países de origen—las comunidades, los barrios—así como a lo largo de toda la ruta migratoria. Ello no es cuestionado solamente por la ausencia de una mirada más integral, sino también por la misma participación de las fuerzas de seguridad en las redes del crimen organizado, o incluso, como sucede en Honduras, en tanto responsable de la violencia institucional que impacta especialmente en NNA en situación de vulnerabilidad.

Esta situación debe interpretarse conjuntamente con lo que señalamos en relación con los tratados de libre comercio y políticas similares a nivel nacional que afectan las condiciones de vida. En este contexto, como destaca Abrego (2014), la implementación combinada del TLC-RD y la iniciativa CARSI han aún más a los adolescentes y jóvenes hacia las pandillas como única opción de supervivencia, lo cual a su vez deriva en que la migración sea cada vez más una alternativa, tanto para adultos como, de manera creciente, para NNA.

El nivel de violencia, exclusión social y vulnerabilidad de los NNA se agudiza cuando las fuerzas de seguridad militarizadas son llevadas para contener la violencia dentro de las comunidades. En estos casos, las comunidades están, literalmente, convirtiéndose en campos de batalla en el que las guerras se juegan entre la actividad criminal y las fuerzas de seguridad. En este contexto, los acuerdos de seguridad que institucionalizan o fortalecen la presencia policial y militar dentro de estos países contribuyen al crecimiento del espiral de violencia.

Antes que a brindar protección a la población local, los acuerdos regionales sobre seguridad se dirigen a consolidar o ampliar las brechas sociales existentes en cada país y las asimetrías entre ellos; a prevenir o contener la reacción ante esa situación—como puede ser la migración en búsqueda de oportunidades o escapando de la violencia—o incluso a proteger las inversiones económicas extranjeras u otros intereses económicos y políticos afines. Por estas razones, los tratados y acuerdos de seguridad firmados en forma aislada, sin tener el carácter complejo y frágil de las sociedades y comunidades en las que se implementan pueden causar mayores daños crecientes niveles de violencia sin resolver las causas subyacentes.

Asimismo, estas iniciativas han contribuido a aumentar los peligros para los NNA migrantes durante el tránsito, en tanto tienen que recurrir cada vez más a rutas más peligrosas y con costos más altos (monetarios y humanos). Por ejemplo, los y las migrantes centroamericanos que antes viajaban la frontera relativamente segura de Chiapas en México, debido al aumento de patrullaje y vigilancia destinada a disuadir el tráfico de drogas, ahora los migrantes se desplazan en territorios cada vez más peligrosas, como el norte de Chiapas, Tabasco y Campeche. Las violaciones de los derechos humanos de los migrantes han aumentado así como la vulnerabilidad

⁵⁷ Véase Departamento de Estado de Estados Unidos. (2011, Marzo). Iniciativa Regional de Seguridad para América Central (CARSI): Una alianza solidaria. Disponible en <http://www.state.gov/documents/organization/179055.pdf>.

de los niños y adolescentes migrantes se ha agudizado como consecuencia del mayor enfoque en la seguridad y los controles fronterizos.

A mayor control migratorio los riesgos se elevan considerablemente. Se ha constatado repetidamente la intrínseca relación entre el incremento de los controles migratorios y el de los accidentes y/o abusos, así como la vulnerabilidad a delitos cometidos por terceros (en particular, en México). El discurso que criminaliza tanto a la migración como a los migrantes, provoca que estos grupos de población en movimiento se conviertan en blanco fácil para personas e instituciones que, al verlos “desnudos de derechos” bajo el amparo de la impunidad, el anonimato y la ausencia de mecanismos para acceder a la justicia.⁵⁸ Esto está en buena medida legitimado por políticas nacionales, bilaterales y regionales que despojan a los NNA migrantes de derechos básicos, vinculando migración e inseguridad y por ende respondiendo desde una perspectiva estrecha y equivocada.

V. Reflexiones finales

En este capítulo examinamos diferentes acuerdos celebrados entre los países de la región—multilaterales y bilaterales—que se vinculan o impactan directa o indirectamente en la migración. El común denominador entre ellos—incluyendo los relacionados específicamente a la migración—es la lamentable falta de atención al bienestar y las necesidades de los NNA migrantes y otras categorías de niños afectados por la migración, especialmente desde una perspectiva de derechos humanos. La ausencia de compromisos serios y firmes revela la persistencia de muchos obstáculos, vinculados a factores económicos y securitarios (y por ende, políticos), que continúan siendo prioritarios para los Estados de la región.

El resto de los capítulos de este libro evidencia ampliamente las deficiencias a nivel local y nacional en materia de derechos humanos de la niñez en el contexto de la migración, incluyendo el incumplimiento de aquellos acuerdos que fijan compromisos básicos en torno a la repatriación de NNA. Es decir, que no sólo estas iniciativas carecen de estándares claves de derechos humanos y mecanismos concretos para su efectiva protección, sino que su implementación revela que hasta los aspectos logísticos relativos al retorno de NNA no son respetadas.

Estas falencias a nivel nacional se ven complementadas por las iniciativas bilaterales y regionales. Los acuerdos y planes que han promovido los países de la región son débiles e incompletos en términos de derechos de NNA, o incluso contradictorios con las obligaciones de derechos humanos que surgen del marco jurídico nacional e internacional vigente en cada país. Los acuerdos bilaterales y regionales entre los países de América Central y América del Norte fallan en ocuparse suficiente y adecuadamente de la temática de niñez migrante y de otra categoría de niños afectados por la migración, o mejor dicho, en proteger, respetar y garantizar sus derechos.

Las recientes iniciativas sobre migración firmados en el contexto del marco de trabajo de la CRM han ido enfocándose progresivamente en la problemática de la niñez, en particular de NNA no acompañados. Sin embargo, al hecho de dejar afuera otras categorías de NNA afectados por

⁵⁸ Caballeros, Migración y seguridad.

la migración, debe agregarse que esas iniciativas no están dirigidas prioritariamente a garantizar la protección de estos NNA y asegurar sus derechos en el corto y largo plazo.

Cuando los acuerdos generales sobre migración incluyen el tema de los niños en contexto de migración, esta referencia es simplemente superficial, y los NNA no son percibidos como sujetos en estos acuerdos. Su presencia en los acuerdos es simplemente incidental, en tanto “apéndices” de sus familias. Por otra parte, los lineamientos regionales y los acuerdos bilaterales que sí se refieren exclusivamente a NNA (no acompañados), se limitan a cuestiones prácticas y logísticas dirigidas a asegurar su repatriación al país de origen.

Mientras que diversos acuerdos y directrices han ido incluyendo progresivamente un lenguaje de derechos humanos, y concretamente de derechos del niño, dicha inclusión ha sido mayormente retórica. Los dispositivos de índole operativa están enfocadas casi exclusivamente en la repatriación, pese a que un adecuado enfoque de derechos—que busque realizar los principios allí mencionados—habría llevado a otra clase de procedimientos. Nos referimos, por ejemplo, a la Determinación del Interés Superior del Niño, y a las garantías procesales (tutor, asistencia jurídica, etc.) que se deben asegurar en cada procedimiento (migratorio, de asilo, de protección de NNA) en los cuales estén en juego los derechos de los niños y niñas.

Otro conjunto de acuerdos firmados por varios consulados mexicanos y agencias locales de bienestar de infancia en los Estados Unidos incluyen una aproximación más amplia apuntando a la protección del bienestar de los niños mexicanos. Sin embargo, las limitaciones de fondo que presenta el MOU a nivel nacional celebrado entre EEUU y México, así como las prioridades de las políticas migratorias de ambos, suponen un obstáculo severo para que los acuerdos locales más integrales puedan constituir herramientas de protección adecuada y eficaz de los derechos de los NNA migrantes.

Estos problemas están aún más exacerbados por el hecho que no sólo los acuerdos específicos sobre migración han fallado en tratar adecuadamente la situación. Los acuerdos comerciales regionales y una agenda económica regional más amplia no tienen en consideración los contextos sociales, políticos y económicos en los cuales son implementados y los impactos a corto y largo plazo en la vida de los niños y sus familias afectadas por estos acuerdos. Al contrario, la instalación del modelo de globalización neoliberal en la región no ha hecho otra cosa que ampliar la brecha entre los países. En efecto, acuerdos como el TLCAN, el TLC-RD o el PPP, contribuyen a dar forma a condiciones de vulnerabilidad que determinan las migraciones en la región, incluyendo el número creciente de NNA solos o acompañados.

Además, el creciente nivel de la variedad de formas de violencia en esos países es también explicado, por un lado, por este contexto de empobrecimiento de las condiciones de vida, la creciente corrupción, inestabilidad, y las instituciones democráticas débiles, la falta de transparencia y los mecanismos de responsabilidad, así como también las serias limitaciones para acceder a la justicia por parte de las víctimas y otros abusos de derechos humanos.

Por el otro, los acuerdos bilaterales y regionales y las iniciativas en el tema de seguridad (nacional, regional y del hemisferio) han contribuido considerablemente a un contexto en el cual las personas migrantes (adultos, niños, familias) se han convertido progresivamente en víctimas

de violencia y amenazas. Las iniciativas regionales en materia de seguridad, en conjunto con las políticas migratorias crecientemente securitarias, pueden ser incluidas sin dudas entre los factores que impactan el nivel de vulnerabilidad de la migración en diferentes maneras, como la reducción de los canales para la migración regular, el fortalecimiento de los controles de frontera, incluyendo la militarización y, en este contexto, el refuerzo de las redes de crimen organizado a través de la región.

Por lo tanto, mientras las iniciativas bilaterales y regionales han contribuido no sólo a enraizar las causas que han llevado a la migración en la región, sino también al incremento de la vulnerabilidad de esos migrantes, en especial a los niños, huyendo de sus países en condiciones extremadamente duras. Los diálogos y acuerdos que estos mismos países han estado desarrollando en el tema de la migración particularmente relacionada a NNA, está muy lejos de dirigirse a temas cruciales como las causas estructurales de base y asegurar sus derechos humanos.

Pese a que últimamente ha aumentado la voz de preocupación de los gobiernos y otros actores con relación al incremento de la migración de NNA y su situación de vulnerabilidad, las declaraciones no han llevado a una medida concreta que garantice sus derechos de una manera amplia e integral. Al contrario, alguno de los acuerdos han fortalecido los mecanismos que buscan satisfacer los objetivos de control migratorio, los cuales, como hemos visto en éste y otros capítulos del libro, profundizan la vulnerabilidad de los NNA y pueden contribuir a incrementar los riesgos y la violencia en origen y el tránsito. También ponen en evidencia las serias limitaciones de las iniciativas nacionales, bilaterales y regionales que priorizan la repatriación como solución simplista un fenómeno complejo, multidimensional, estructural y, sin dudas, regional.

Todas las recomendaciones están incluidas al final de este libro. Para ver la versión completa de las recomendaciones, puede consultar <http://cgrs.uchastings.edu/Ninez-Migracion-DerechosHumanos>.

Abstract

Los derechos humanos de la niñez en el contexto de la migración internacional (*The Human Rights of Children in the Context of International Migration*)

Este artículo examina y actualiza diversos desarrollos conceptuales en materia de derechos humanos de niños, niñas y adolescentes (NNA) en el contexto de la migración internacional. A fin de presentar esta temática, el artículo presenta las categorías de NNA afectados por la migración, describiendo cada una de ellas, para luego examinar los principales y características de cada una de ellas. Luego, el trabajo examina de manera específica la cuestión de las causas de la migración de niños, niñas y adolescentes, visibilizando así el carácter estructural de diversos factores que están detrás de este creciente flujo migratorio en diversas regiones.

La sección siguiente está centrada en examinar los estándares y principios centrales que emanan del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en materia de niñez y migración. De esta manera, el trabajo pretende realizar aportes teóricos críticos que buscan informar los debates teóricos y de políticas públicas en esta temática. De esta manera, una vez descriptos los pilares de la Convención sobre Derechos del Niño y sobre cómo podrían interpretarse y aplicarse en el contexto de la migración, el artículo examina con mayor atención algunas problemáticas concretas que impactan en los derechos de NNA migrantes y de hijos e hijas de migrantes.

En este sentido, una sección de este trabajo examina a partir de un desarrollo conceptual, pero también con información práctica, el contenido de ciertos principios interpretativos novedosos, como es el caso del principio de no detención de NNA, el principio de no expulsión y el llamado procedimiento de determinación del interés superior del niño. También se hacen algunos desarrollos conceptuales con relación a las diferentes aristas que describen el impacto de la migración y las políticas migratorias en el derecho a la vida familiar. Finalmente, la cuestión de los derechos sociales de los NNA y sus familias, es examinada desde una óptica que intenta abordar conjuntamente elementos de derechos humanos, en materia de desarrollo humano, todo ello como presupuesto de políticas de integración en países de destino de migrantes.



ROUTLEDGE
INTERNATIONAL



Routledge International Handbook of Children's Rights Studies

Edited by Wouter Vandenhole, Ellen Desmet,
Didier Reynaert, and Sara Lembrechts

First published 2015
by Routledge
2 Park Square, Milton Park, Abingdon, Oxon, OX14 4RN
and by Routledge
711 Third Avenue, New York, NY 10017

Routledge is an imprint of the Taylor & Francis Group, an informa business

© 2015 selection of editorial material, Wouter Vandenhole, Ellen Desmet, Didier Reynaert and Sara Lembrechts; individual chapters, the contributors

The right of Wouter Vandenhole, Ellen Desmet, Didier Reynaert and Sara Lembrechts to be identified as editors of this work has been asserted by them in accordance with sections 77 and 78 of the Copyright, Designs and Patents Act 1988.

All rights reserved. No part of this book may be reprinted or reproduced or utilised in any form or by any electronic, mechanical, or other means, now known or hereafter invented, including photocopying and recording, or in any information storage or retrieval system, without permission in writing from the publishers.

Trademark notice: Product or corporate names may be trademarks or registered trademarks, and are used only for identification and explanation without intent to infringe.

British Library Cataloguing in Publication Data

A catalogue record for this book is available from the British Library

Library of Congress Catalogue-in-Publication Data

Routledge international handbook of children's rights studies / Edited by Wouter Vandenhole, Ellen Desmet, Didier Reynaert, and Sara Lembrechts.

p. cm.

ISBN 978-1-138-02370-3 (hardback) — ISBN 978-1-315-76953-0 (ebk)

I. Children's rights. 2. Children—Legal status, laws, etc. I. Vandenhole, Wouter, editor.

K639.R68 2015

323.352—dc23

2014037888

ISBN: 978-1-138-02370-3 (hbk)

ISBN: 978-1-315-76953-0 (ebk)

Typeset in Bembo
by FISH Books Ltd, Enfield

Printed and bound in the United States of America by Publishers Graphics, LLC on sustainably sourced paper.

Contents

<i>Contributors</i>	viii
<i>Preface</i>	xv
1 Introduction: A critical approach to children's rights <i>Didier Reynaert, Ellen Desmet, Sara Lembrechts and Wouter Vandenhole</i>	1
PART I	
Disciplinary perspectives	25
2 Children's rights from a legal perspective: Children's rights law <i>Wouter Vandenhole</i>	27
3 The Convention on the Rights of the Child: Reflections from a historical, social policy and educational perspective <i>Eugene Verhellen</i>	43
4 Children's rights and childhood studies: From living apart together towards a happy marriage <i>Bruno Vanobbergen</i>	60
5 The sociology of childhood and children's rights <i>Berry Mayall</i>	77
6 Children's rights from a social work perspective: Towards a lifeworld orientation <i>Didier Reynaert and Rudi Roose</i>	94
7 Anthropologists, ethnographers and children's rights: Critiques, resistance and powers <i>Géraldine André</i>	112

Contents	Contents
8 Children's rights: A critical geographic perspective <i>Stuart C. Aitken</i>	357
9 Children's rights from a gender studies perspective: Gender, intersectionality and the ethics of care <i>Katrien De Graeve</i>	371
10 Children's rights and citizenship studies: Re-theorising child citizenship through transdisciplinarity from the local to the global <i>Richard Mitchell</i>	387
PART II	
Selected themes at the intersection of the global and the local 183	
11 Children and young people's participation: A critical consideration of Article 12 <i>E. Kay M. Tisdall</i>	412
12 Education and children's rights <i>Ann Quennerstedt</i>	430
13 Health and children's rights <i>Ursula Kilckelly</i>	
14 Juvenile justice from an international children's rights perspective <i>Ton Liefaard</i>	
15 The human rights of children in the context of formal alternative care <i>Nigel Cantwell</i>	
16 Violence against children <i>Gertrud Lenzner</i>	
17 Female genital mutilation in Europe from a children's rights perspective <i>Els Leye and Annemarie Middelburg</i>	
18 Child labour, working children and children's rights <i>Karl Hanson, Diana Volonakis and Mohammed Al-Rozzi</i>	
19 The human rights of children in the context of international migration <i>Pablo Ceriani Cernadas</i>	
20 Child poverty in the context of global social development <i>Françine Mestrum</i>	
21 Indigenous children's rights: Opportunities in appropriation and transformation <i>Natasha Blanchet-Cohen</i>	
22 Natural resource exploitation and children's rights <i>Ellen Desmet and José Aylwin</i>	
23 Conclusions: Towards a field of critical children's rights studies <i>Ellen Desmet, Sara Lembrechts, Didier Reynaert and Wouter Vandenhole</i>	
<i>Index</i>	

- 'children's voice'. In M. Lavellette (ed.), *A Thing of the Past? Child Labour in Britain in the Nineteenth and Twentieth Centuries*. Liverpool: Liverpool University Press.
- Lavellette, M. (ed.) (1999b). *A Thing of the Past? Child Labour in Britain in the Nineteenth and Twentieth Centuries*. Liverpool: Liverpool University Press.
- Leonard, M. (2003). Children's attitudes to parents', teachers' and employees' perceptions of term-time employment. *Children and Society*, 17(5), 349–360.
- Levine, S. (2011). The race of nimble fingers: Changing patterns of children's work in post-apartheid South Africa. *Childhood*, 18(2), 261–273.
- Liebel, M. (2004). *A Will of Their Own: Cross-cultural Perspectives on Working Children*. London: Zed Books.
- Liebel, M. (2012). *Children's Rights from Below: Cross-cultural Perspectives*. Basingstoke, UK: Palgrave Macmillan.
- Liebel, M. (2013). Do children have a right to work? Working children's movements in the struggle for social justice. In K. Hanson and O. Nieuwenhuys (eds), *Reconceptualizing Children's Rights in International Development: Living Rights, Social Justice, Translations* (pp. 225–249). Cambridge: University Press.
- Mayall, B. and Morrow, V. (2011) *You Can Help Your Country: English Children's Work during the Second World War*. London: Institute of Education, University of London.
- McKechnie, J., Hobbs, S. and Anderson, S. (2009). Can child employment legislation work? *Youth and Policy*, 10(1), 43–53.
- McKechnie, J., Lavellette, M. and Hobbs, S. (2000). Notes and issues: Child employment research in Britain. *Work, Employment and Society*, 14(3), 573–580.
- Mendels, EE (1972). Proto-industrialization: The first phase of the industrialization process. *The Journal of Economic History*, 32(1), 241–261.
- Merry, S.E. (2006). *Human Rights and Gender Violence: Translating International Law into Local Justice*. Chicago: University of Chicago Press.
- Mizen, P., Bolton, A. and Pole, C. (1999). School age workers: The paid employment of children in Britain. *Work, Employment and Society*, 13(3), 423–438.
- Morrow, V. (2010). Should the world really be free of child labour? Some reflections. *Childhood*, 17(4), 435–440.
- Myers, W. (1999). Considering child labour: Changing terms, issues and actors at the international level. *Childhood*, 6(1), 13–26.
- Nardelli, C. (1990). *Child Labor and the Industrial Revolution*. Bloomington: Indiana University Press.
- Nieuwenhuys, O. (1994). *Children's Lifestyles: Gender, Welfare, and Labour in the Developing World*. London: Routledge.
- Nieuwenhuys, O. (2005). The wealth of children: Reconsidering the child labour debate. In J. Qvortrup (ed.), *Studies in Modern Childhood*. New York: Palgrave Macmillan.
- Nieuwenhuys, O. (2007). Embedding the global womb: Global child labour and the new policy agenda. *Children's Geographies*, 5(1–2), 149–163.
- Nieuwenhuys, O. (2009). From child labour to working children's movement. In J. Qvortrup, W. A. Corsaro and M.-S. Honig (eds) *The Palgrave Handbook of Childhood Studies*. London: Palgrave Macmillan.
- Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (2007). Article 32 (Economic exploitation, including child labour). In *Legislative History of the Convention on the Rights of the Child, Vol. II* (pp. 693–708). New York/Geneva: United Nations.
- Omokhodion, F. O., Omokhodion, S. I. and Oduose, T. O. (2006). Perceptions of child labour among working children in Ibadan, Nigeria. *Child Care Health and Development*, 32(3), 281–286.
- Qvortrup, J. (2001). Children's schoolwork: Useful and necessary. *Food and Rozem*, 6(4), 145–162.
- Qvortrup, J., Corsaro, W. A. and Honig, M.-S. (eds) (2009). *The Palgrave Handbook of Childhood Studies*. London: Palgrave Macmillan.
- Reynaert, D., Bouverne-De Bie, M. and Vandeveldt, S. (2009). A review of children's rights literature since the adoption of the United Nations Convention on the Rights of the Child. *Childhood*, 16(4), 518–534.
- Reynolds, P. (1991). *Dance, Civet Cat: Child Labour in the Zambesi Valley*. London: Zed Books.
- Stammers, N. (2009). *Human Rights and Social Movements*. London: Pluto Press.
- White, B. (1994). Children, work and 'child labour': Changing responses to the employment of children. *Development and Change*, 25(4), 849–878.
- White, B. (1999). Defining the intolerable: Child work, global standards and cultural relativism. *Childhood*, 6(1), 133–144.
- Woodhead, M. (1999). Combatting child labour: Listen to what the children say. *Childhood* 6(1), 27–49.

The human rights of children in the context of international migration

Pablo Ceriani Cernadas

1. Introduction

Children and adolescents are increasingly migrating in search of family reunification, survival, security, improved standards of living, education, or protection from abuse and violence. Millions of children and young people are on the move, both within and between regions, accompanied by their families or on their own.¹ Also when not migrating themselves, they are affected, because migrating parents often leave them behind or because they are born to migrant parents in destination countries.

However, until very recently children in the context of international migration remained largely invisible in several aspects (policy making, legislation, research,² among others). For this reason, no proper attention has been given to the particularities of child migrants, whether with parents or unaccompanied, or to other categories of children whose lives are impacted by their parents' migration. This invisibility has been particularly prevalent in the field of public policy (Bhabha, 2008; UNL/UNICEF, 2009), and has in many cases led to ineffective, inadequate, or illegal responses from a human rights perspective.

The Convention on the Rights of the Child (CRC) is the most comprehensive international legal instrument for the protection of the human rights of all children under a State's jurisdiction. As it establishes in Article 2, states must respect and ensure these rights without discrimination of any kind, irrespective of the child's, child's parents' or legal guardian's race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national, ethnic or social origin, property, disability, birth or other status.

1 Although comprehensive and comparable data is lacking, it has largely been shown that youth and child migration are important phenomena. While available data indicates that developing countries host a higher proportion of young migrants overall, the percentage of children and young migrants is considerably higher in less developed regions, where 26 percent of international migrants are under the age of 20. This is double the percentage found in the more developed regions (Cortina and Hovy, 2009).

2 A key publication on human rights and migration is Chetail and Bauloz (2014). It does not explicitly focus on children.

In addition, in General Comment No. 6, on unaccompanied and separated children, the Committee on the Rights of the Child (CRC Committee) asserted that "the enjoyment of rights stipulated in the Convention is not limited to children who are nationals of a State Party and must therefore, if not explicitly stated otherwise in the Convention, also be available to all children – including asylum-seeking, refugee and migrant children – irrespective of their nationality, immigration status or statelessness." (CRC Committee, 2005: §12).

Following the rapid approval and ratification of the CRC by most states – currently there are 195 member states – most countries have developed a set of policies, legislation, programmes, and practices aimed at ensuring the rights of children under their jurisdiction. Of course, the extent to which each state actually fulfils these obligations differs, and in all countries, many challenges remain regarding the effective realization of all the rights enshrined in the Convention.

When it comes to the rights of children in the context of migration, the tasks ahead are far-reaching. As will be argued in this chapter, the many issues currently pending reveal to what extent changes are still needed to apply children's rights principles and standards to migration policies and other related policies that impact the rights of child migrants and children affected by migration.

A child rights-based perspective is generally absent from migration laws and policies in countries of origin, transit and destination. The Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants (2009), as well as other literature (Bhabha, 2008; UNICEF-UNLa, 2010), has argued that there is a general absence of an "age" approach in migration policies. Migration has been mainly discussed in terms of adult male movement, and children have been considered dependents: passive, vulnerable and exploited (Touzennis, 2008). A lack of distinction between adults and children in migration policies may lead to the denial or arbitrary restriction of migrant children's rights.

Additionally, the youth policies of many countries (as well as related public policies in key areas such as education, health care and employment) do not take the implications for and connections to migration into account. In host countries, this absence leads to failed integration policies, or to practices so restrictive that they might contribute to the social exclusion of child migrants and children born to migrant parents. In countries of origin, failure and deficiency of such policies may impact on the decision to migrate of children and/or their parents. This chapter aims to depict some of the key international principles and standards on the human rights of children in the context of migration, with the objective of developing from a critical perspective alternative ideas and proposals on children's rights. It will also describe some of the main challenges and gaps between the CRC and migration policies and practices, especially in the field of migration control mechanisms such as detention and deportation. In addition, it will point out how other public policies, e.g. education or health care, may negatively impact child migrants' rights, particularly, but not exclusively, when they are undocumented.

First, this chapter will identify the categories of children affected by migration in order to reveal the variety of situations in which children's rights are linked to international migration (policies). Next, a brief section will be devoted to reflecting on some of the root causes of child migration in the current context of globalization. Thereinafter, the analysis focuses on the main aspects of international human rights standards both with regard to the root causes of migration and the deficiencies of and challenges to children's rights in the context of migration. In particular, it is based on the four guiding principles of the Convention on the Rights of the Child: best interests of the child, right to participation, right to survival and development, and non-discrimination.

2. Categories of children in the context of migration

Children are impacted by migration in at least two ways: 1) by migration itself: migration of children or migration of their parents or other relatives is a fact that may substantially impact children's lives, and 2) by migration policies: state responses to migration, and particularly the level of recognition and granting of migrants' rights, might be essential to either reducing or increasing the vulnerability of these children.

Various categories of children and adolescents affected by migration can be distinguished. It is important to note that in all these categories, the impact of both migration and policies will vary considerably according to the immigration status of children and/or their parents. While this condition will differ depending on the region and country, it has been widely evidenced that the degree of vulnerability of children in the context of migration – their capability to effectively exercise their human rights – is conditioned by their immigration status and whether states consider this status as a relevant condition for restricting or denying their rights (Rafferty 2007: 408).

Migrants become irregular in a number of ways: by irregularly entering the country of destination, by staying in the country after a rejected asylum application or after the expiration of a temporary status, by having residence documents arbitrarily confiscated by employers, or by losing their job. Some people decide to migrate irregularly because of a lack of lawful options, but others find themselves in an irregular situation due to administrative barriers or a lack of information (IOM, 2010). Actually, legal entry followed by overstaying the terms of entry is one of the main paths into irregularity. Irregular entry, on the other hand, occurs least frequently and is the exception rather than the norm (Düvell, 2011).

2.1. Unaccompanied and separated children

Unaccompanied children are children who have been separated from both parents and other relatives and are not being cared for by an adult who, by law or custom, is responsible for their welfare. Separated children have been separated from both parents or from their previous legal or customary primary caregiver, but not necessarily from other relatives. Both separated and unaccompanied children are in a particularly vulnerable situation and face a number of protection deficits. Their migrations occur for a number of reasons including family reunification, domestic violence, and a number of forms of persecution of the child. They may also leave their country due to international conflict and civil war; discrimination based on ethnic origin, sexual orientation and other prohibited grounds; trafficking in various contexts and forms; and the search for economic opportunities unavailable in countries of origin – namely, access to key social rights.

In 2005, the Committee on the Rights of the Child adopted General Comment No. 6, which describes a set of principles and standards that states must respect in order to ensure and protect the rights of unaccompanied and separated children outside their countries of origin (CRC Committee 2005). At regional level, for instance, the Parliamentary Assembly of the Council of Europe adopted a resolution setting out a number of guidelines on this issue (Council of Europe, 2011). In addition, MERCOSUR³ member states have recently requested

3 MERCOSUR, created in 1991, is an economic and political integration mechanism among Argentina, Bolivia, Brazil, Paraguay, Uruguay and – since 2012 – Venezuela to promote the free movement of goods, services and people among member states. The MERCOSUR associated states are Bolivia, Chile, Colombia and Ecuador.

an Inter-American Court of Human Rights Advisory Opinion on children and migration. This opinion was adopted in August 2014 and will contribute to underpinning a number of regional human rights standards on the treatment of child migrants, including some guiding principles on unaccompanied and separated children (Inter-American Court of Human Rights, 2014).⁴

2.2. Children who migrate with their families

During the last decades, there has been an increase in the number of adults who migrate with all or some of their children, both regularly and irregularly. Children's migration status usually depends on that of their parents. While in some cases these children are likely to be deported if the entire family is in an irregular status, in other situations, they may be able to regularize the family's status or their own one, based on grounds such as studies or length of residence in the country.⁵

2.3. Children left behind by migrant parents

Many migrant parents leave their children in the country of origin. In several situations, legal restrictions in destination countries impede migration with the entire family. Often, countries of origin do not properly take into account the particular vulnerabilities and needs of children left behind. If their parents do not have a regular migration status, the children left behind may lack financial and emotional support, impacting their development and often placing them at risk of losing substantial access to social protection. Under such residence status, children are not entitled to family reunification in their parents' host country. Moreover, parents are not likely to regularly visit their children in the country of origin, due to the fear of being unable to return to the host country. These circumstances may increase the vulnerable situation of the children, prolong family disruption and, in many cases, push children and adolescents seeking to reunite with their parents into irregular migration.

2.4. Children born to migrant parents in host countries

This category concerns children born to parents who have migrated to the host country. Parents may have migrated through either regular or irregular channels. They may have a residence permit, have entered irregularly, or may have overstayed a residence authorization in the destination country. Even if they possess regular status, in some countries the parents may not have a work permit, or they may face restrictions regarding the freedom of seeking and choosing a job. In this case, as in the case of children that migrate with their parents, the migration and labour status of parents, as well as migrants' own opportunities in the labour market tend to considerably impact children's development and living conditions. The irregular status of parents may result in family separation due to deportation measures enacted against them.

4 The original request made by MERCOSUR Member States, as well as the information and *Amicus Curiae* sent by several American states, international UN agencies, universities and non governmental organizations are available on the official website of the Inter-American Court of Human Rights, www.corteidh.or.cr/solloc.cfm.

5 One example of this is the US Government's decision aimed at regularizing the migration status of hundreds of thousands of young migrants who had arrived in the country years before and had studied in the US (see Gonzales and Bautista-Chavez, 2014).

Moreover, according to nationality regulations in each host country, children born to migrant parents could be recognized as nationals (*ius soli*) or not (*ius sanguinis*). Restrictive, arbitrary practices at registration offices may lead to a stateless condition for children.

2.5. Returned and deported children

Children who are returned, repatriated or deported to their country of origin (the terminology may vary according to the regulation of each country or the legal nature of the decision) could be in a particularly vulnerable condition, especially those who had migrated unaccompanied.

Several factors could have a critical impact on the living conditions of the children after their return to their countries of origin. Among others, the following can be mentioned: their experiences in transit and their stay in host countries, the existence of a Best Interest Determination Procedure in the country that decided the repatriation or a lack thereof, the extent of rights-based policies in the countries of origin and destination aimed at ensuring these children's reintegration in both the short and long term.

These categories are not mutually exclusive, and children may fit into different ones at various times. For instance, unaccompanied children may start out as children left behind and, if successful in their migration project for family reunification, they may end up with their parents in the host country. They can also move between regular and irregular situations.

If estimating the overall number of irregular migrants around the world is a challenge, it is even more difficult to estimate the percentage of children living without lawful residence or migrating through irregular channels in both transit and destination countries. It is equally problematic to identify the number of children left behind by irregular migrant parents and those born to parents with no regular status in host countries, even if some of those children are nationals of the countries where they are born.

Some national and regional studies try to estimate the percentage of children within the overall number of migrants in an irregular situation based on data obtained through border detentions.⁶ However, data on border detention or data on deportation procedures in general, underestimate the number of migrant children in an irregular situation, given that they may not take into account those who successfully cross the border. In addition, it does not take into account those children whose administrative situation becomes irregular once they are in receiving countries, although they had originally entered in a regular way. Finally, there are no statistics for children born to migrant parents and nationals of host countries who are themselves in an irregular migration status. In these cases, again, data only become available to the extent that they relate to deportation measures taken against the parents (Applied Research Center, 2011; Beckles Flores, 2011).

Both individual and objective circumstances of each case, along with some characteristics of migration policies and regulations in receiving countries, are critical for shaping the experience and outcome of migration. In particular, these determine whether a migrant enters or stays in a host country regularly or irregularly.

6 *Ius soli* (Latin: right of the soil) is the right of anyone born in the territory of a state to nationality.

7 *Ius sanguinis* (Latin: right of blood) is a principle of nationality law by which nationality is not determined by place of birth but by having one or both parents who are nationals of the state.

8 See ICMPPD (2001–2011). See also Mexico National Migration Institute statistics, on www.inm.gob.mx, and INM-CEM (2011).

In the case of children, there are a number of factors that drive children to migrate through irregular channels, such as: increasingly restrictive migration policies in host countries, absence of family reunification programmes, or bureaucratic, illegitimate conditions for family reunification, the growth of informal and unregulated labour markets, which demand an adolescent and young labour force, unprotected jobs for adolescent and young girls based on gender inequity, the growth of smuggling networks that take advantage of this context, and, last but not least, trafficking of persons. Trafficking is an issue that especially impacts children and women; it is exacerbated by, amongst other factors, restrictive migration policies, social exclusion and misinformation to victims in origin countries, and sexual and labour exploitation practices in host countries.

Irregular migration of unaccompanied and separated children, many of whom have been left behind by their parents, has increased in part due to the obstacles for access to a legal residence in countries of destination and the restrictions to family reunification. In many countries unaccompanied children are not authorized to enter if they do not have a formal permit given by their parents; this practice attests to the absence of policies driven by a child protection approach. Also, the phenomenon of circular migration programmes is another closely related problem. Many low-skilled temporary labour programmes do not permit migrants to bring relatives with them, leading to irregular migration, mainly by children, for the purpose of family reunification.

In addition, the absence of regularization policies – either extraordinary programmes or permanent channels – has led millions of migrants to stay in the destination country permanently, even though their plan had originally been temporary migration. As they might stay irregularly for a long period of time, the impossibility of even occasionally visiting the children left behind, may contribute to aggravating family separation and pushing families into the irregular unaccompanied migration of children (Kuhner, 2010).

Irregularity impacts children in many other ways. While several countries provide a residence permit to adults whose children are born in their territory, on the grounds of family unity, others do not embrace programmes that grant regular status to irregular migrant parents of child nationals, despite the fact that the right to family protection is widely enshrined in several core international human rights treaties.

3. Children's rights and root causes of migration: Ensuring the right to development in a globalized world

A comprehensive rights-based approach to the phenomenon of children in the context of migration should address the entire process of migration, starting with the root causes in the country of origin. The latter constitute one of the cornerstone issues that must be addressed in order to achieve effective, long-term, and legitimate responses to the existing challenges. In this regard, the Human Rights Council (2009) has stated that policies and initiatives on migration “should promote holistic approaches that take into account the causes and consequences and challenges and opportunities of the phenomenon and full respect for the human rights and fundamental freedoms of migrants, with due regard for the specific needs of children in vulnerable situations, such as unaccompanied children, girls, children with disabilities and those who may be in need of international refugee protection.”

Individuals decide to migrate for many different reasons, whether through regular or irregular channels. Root causes of adult migration are not necessarily different from those that drive child migration. Moreover, root causes of irregular migration generally do not differ greatly from the determinants of regular migration. These include poverty, a lack of opportunities,

Table 19.1 Determining factors that influence children's irregular migration status

Crossing borders (through irregular channels)	In destination countries (becoming irregular)
<ul style="list-style-type: none"> Limited and overly-selective possible categories for regular migration (visas, departure/entry regulations worldwide) Demand for irregular migration by informal areas of the labour market Deprivation of social rights in origin, social exclusion, and vulnerable conditions Lack of long-term opportunities and family migration within circular/temporal migration programs Absence of information and awareness campaigns in countries of origin 	<ul style="list-style-type: none"> Absence of regularization policies, both extraordinary plans and permanent avenues Absence of regularization avenues for workers in informal and precarious jobs Loss of employment or termination of a labour contract Omission of the right to family unit as sufficient grounds for granting regular status to irregular migrant parents of child nationals Increased severity of detention, deportation and criminalization policies leading to invisibility, and non-regularization Unaccompanied children facing a lack of special procedures for access to regular status, based on child protection approach Unaccompanied children with regular status becoming irregular upon reaching 18 years of age.
<ul style="list-style-type: none"> Obstacles or lack of policies for family reunification, irregular migration of unaccompanied children Rise of smuggling networks in the above mentioned context. Gender stereotypes and discrimination against women in the labour market. Increase of trafficking networks in the aforementioned context. 	

Source: UNICEF-UNLa, 2011.

socio-economic inequality, regional disparities, political instability, gender inequity, discrimination, effects of climate change, armed conflict, labour market demands (including informal economy and unprotected jobs, amongst others). Addressing the root causes of migration requires engagement with the social, economic, and political patterns that drive migration, in both origin and host countries. This necessarily leads to facing structural causes such as poverty and inequality between and within countries and regions. It implies examining and addressing the factors that currently impede millions of people from enjoying the right to human development.

Human development, root causes of migration, and migration are inseparably linked, as has been acknowledged for almost two decades. Indeed, this issue was raised during the Programme of Action of the 1994 International Conference on Population and Development: “International economic imbalances, poverty and environmental degradation, combined with the absence of peace and security, human rights violations and the varying degrees of development of judicial and democratic institutions are all factors affecting international migration ... The long-term manageability of international migration hinges on making the option to remain in one's country a viable one for all people. Sustainable economic growth with equity and development strategies consistent with this aim are a necessary means to that end” (ICPD, 1994: §10.1). More recently, the Global Commission for International Migration affirmed that the world's most prosperous states need to acknowledge the impact of their policies on the

ethnic origin or sexual orientation, amongst others, may force them to migrate. The same result might be produced by the absence or failure of childhood policies and mechanisms aimed at ensuring children's right to participate in policies and programmes that affect them. And, in many countries, the omission of the best interests principle as a guiding rule for every policy, practice, and decision impacting the rights of children, is behind most children's decisions to migrate.¹¹

4. The rights of children in the context of migration: International standards and key challenges

4.1. The primacy of children's rights: Implementing CRC principles in migration policies

The implementation of CRC obligations and principles in the context of migration is supported by an underlying principle: that the standards set out by the CRC should have primacy over any other aspect or policy involved. As was asserted by the CRC Committee and other stakeholders, childhood policies and legislation take precedence in a normative and policy migration framework (CRC Committee, 2012; Mercosur Member States, 2011; UNICEF, 2012, §27). This statement has many implications.

For one, children's rights should never be subjected to migration goals defined by a state. In other words, children must be treated first and foremost as children, rather than migrants. Despite the discretionary margin that states have traditionally held in regulating and managing migration and although the ends sought through migration policies by a particular state may be considered legitimate, the rights of children potentially affected by such policies and practices must be a primary consideration. In other words, children's rights (including principles and standards that guide the effective realization of these rights) should be explicitly included in any migration policy, piece of legislation, and decision that might impact them. The Office of the High Commissioner for Human Rights has argued that all authorities and institutions in contact with children in the context of migration should be required to assess whether their actions unequivocally protect the interests of each individual child. This principle should override all others, and be decisive in cases when conflicting provisions of migration policy arise (OHCHR, 2010: §24).

In reality, there are major gaps between migration policies and legislation, on the one hand, and the principles and obligations enshrined in the CRC, on the other. Therefore, one of the key challenges today is widely and correctly introducing all the CRC provisions into every migration policy and programme as well as related areas that may impact the rights of child migrants and other categories of children affected by migration. Clearly, this objective must also take into account the core principles of the Convention mentioned above.

First, all policies, programmes, decisions, practices on migration and related matters, both at the general level and on a case-by-case basis, must apply "the best interests of the child" principle. For instance, policies on detention, deportation of migrants (children and/or their parents), decisions aimed at addressing parents' irregular status, practices on access to health care and education in host countries, social, intercultural integration policies, and family reunification programmes, among other issues, should be guided by the best interest principle. As was stated by the CRC Committee, non rights-based arguments, such as those relating to general

11. For an in-depth analysis of the Best Interest Principle, see UN CRC Committee (2013).

dynamics of international migration, for instance through trade reform that would give developing countries better and fair access to global markets (GCIM, 2005).

From a human rights perspective, Skogly has pointed out that if states are to take seriously their responsibility to the right to development, they will need to pay attention to the human rights effects of their development cooperation, the consequences of international trade rules and the results in the international community of their behaviour in intergovernmental institutions (Skogly, 2002). Similarly, reflecting on states' obligations on the right to development, Salomon asserts that the gross inequality that characterizes world poverty today, the power differential that accompanies it, and the reality of global economic interdependence, should lead to a principle of shared responsibility. This means that developed states should contribute to fulfilling basic rights – for example, to food, water, and health – of people elsewhere, beyond international cooperation (Salomon, 2008).

Despite the fact that these root causes may apply to all kinds of current migration flows, it is important to note that there are root causes that specifically drive the regular and irregular migration of children, such as family reunification,⁹ improved education and labour opportunities, escaping from family, social, or institutional violence and abuse, or in some contexts, social violence impacting adolescents (UNHCR, 2014). Addressing both the rights of children in origin and destination countries and the causes that generate migration – not only regular, but mainly irregular – is critical for comprehensively coping with the challenges linked to migration in the short and long term. The duty to ensure the right to development for everyone, which entails the full realization of all human rights, and the commitment to ensuring sustainable development, with its three pillars of economic development, social development and environmental protection, are principles that should be fully incorporated into a comprehensive approach aimed at effectively addressing the needs and vulnerabilities of children within the migration-development nexus (Abramovich *et al.*, 2011).

One of the four general principles of the CRC is children's right to life, survival and development (as textually reflected in Art. 6 CRC). This right relates to a continuum of well-being that begins at maximum survival and progresses to an endpoint represented by children's optimum development, ensuring the conditions that enable them to develop to their full potential. In addition, this right informs the interpretation of the Convention, as it is intrinsically linked with the effective exercise of all the rights laid down in the CRC (Dutschke and Abrahams, 2006). The denial of this core right is one of the major root causes of migration for children, adolescents or their parents. Therefore, every aspect that undermines child survival and development in countries of origin must be taken into account in any analysis, discussion and initiative aimed at addressing the causes of migration, its characteristics (regular/irregular), and its consequences and impact on children, families, receiving and sending societies, as well as public policies meant to respond to this phenomenon.

Similarly, the violation of the other CRC general principles – best interests of the child, non-discrimination, and the right to participation – is always associated with factors that impact child migration. For instance, discriminatory practices that affect children on grounds such as

9. It is important to bear in mind the definition of the right to development given by the 1986 United Nations Declaration on the Right to Development: "States have the right and the duty to formulate appropriate national development policies that aim at the constant improvement of the well-being of the entire population and of all individuals".

10. Many children are left behind by parents that migrate alone due to increasing restrictions to family migration. After few or many years, those children seek to reunite with their parents in destination countries.

migration control, cannot override a child's best interests consideration (CRC Committee, 2005, §86).

Below we explain how this principle should be applied to particular issues, including through the so-called Best Interests Determination Procedure (BID) in the case of unaccompanied children. Of course, as the UN Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR) noted, the meaning of what constitutes "best interest" will necessarily change in different contexts, depending on the situation of the individual child. This makes it necessary to ensure that the individual circumstances (including his or her nationality, upbringing, cultural and linguistic background, vulnerability and particular protection needs) of the child be taken into account when determining what is in his or her best interests (OHCHR, 2010: §25).

Second, the principle of non-discrimination (*a jus cogens* principle, according to the Inter-American Court of Human Rights, 2003) forbids arbitrary distinctions based on grounds such as nationality or migration status of children or their parents when it comes to the entitlement and effective realization of any right enshrined in the Convention.¹² In issues such as undocumented migrants' access to social rights – either by children or their parents – access to justice, child birth registration, ensuring due process of law, or getting a residence permit, amongst others, the non-discrimination principle can play a key role in ensuring the rights of children in the context of migration. The European Court of Human Rights (ECtHR) has accepted, however, that differential treatment on the basis of immigration status may be justified under certain conditions, in particular with regard to public services (ECtHR 27 September 2011, *Bah v. the United Kingdom*, §§ 38–52).

Third, regarding the right to participation, it is important to note that there are a number of programmes and procedures directly or indirectly related to migration that should provide effective mechanisms for children's participation. In the specific area of migration, it is evident that children should be entitled to participate in procedures that may have consequences to them, such as: entering a country, applying for a residence permit, repatriation, and detention and deportation of their parents. The extent and mode of this participation might vary in each case due to various factors, including the principle of progressive autonomy of the child (IIN, 2010).

Additionally, the right to participation of these child migrants and children born to migrant parents in host countries could also include: participation in designing and implementing integration policies as well as in inter-cultural programmes at the educational system, initiatives on labour opportunities for adolescents, plans aimed at preventing xenophobia, and, of course, discussions on migration policy and legislative reform. In countries of origin, some examples would be: child participation in defining child-sensitive consular assistance policies, in evaluating processes on the impact of reintegration mechanisms for repatriated children, in designing and implementing child development policies meant to ensure adequate standards of living aimed at the prevention of migration due to necessity, and in drawing bilateral and regional strategies directed at upholding more regular avenues for migration, including fairly accessible family reunification programmes.

The previous section addressed children's rights to survival and development and their intrinsic relationship with key current discussions on migration. It is also important to note that these rights are also at stake when host countries regulate migrants' access to other basic rights.

12 For a thorough analysis of non-discrimination and children's rights, see inter alia Abramson (2008). For an analysis of discrimination in migration, see Vandenhoe (2013).

Restrictions on the rights to health care, education, or social security based on grounds such as nationality or migration status often have direct consequences for child migrants and children born to migrant parents, or even for those children left behind. For instance, parents' access to labour rights and opportunities under conditions equal to those available to nationals is a key factor for social integration, and hence for child development in the broader sense, as emphasized above. The right to development for children in migrant families might also be positively or negatively affected according to whether or not regularization programmes exist, and if so, whether as extraordinary measures or permanent mechanisms.

Finally, it is worth remembering that other core principles of international human rights law should be explicitly taken into account for any policy or decision that may impact children in the context of migration. The principle of *Pro Persona (pro homine)*, entailing an obligation to apply the regulation most favourable for the child's rights or best interest, as reflected for example in Art. 41 CRC,¹³ is essential for policy and legislative interpretation on a case-by-case basis. Similarly, the principle of progressiveness¹⁴ should lead to in-depth discussions on the approach of current migration policies and their impact on children's rights and welfare. In a climate of increased vulnerability of migrants, particularly children, are policies being designed from a rights-based perspective? Are they aimed at ensuring child protection? Or are these policies rather dominated by preventive and punitive considerations that regressively affect basic rights?

The principle of dynamism requires that, since human rights treaties are "living instruments", they should be implemented according to present-day challenges. Therefore, to what extent are states currently adequately responding to migration? And how is human rights law being enforced in this context? Is it being applied – by different stakeholders – in a way that ensures all migrants' rights, or by contrast, is it interpreted in a restrictive sense in order to justify migrants' rights constraints?¹⁵ Finally, yet of great importance, although international standards require that vulnerable social groups be protected by special measures, migrants – especially undocumented children, the weakest of this group – are being subjected to several restrictions of their most basic rights, such as education, health care and the right to family.

The following sections will explore how the interpretation and implementation of the abovementioned principles and provisions are leading towards the establishment of a number of international human rights standards about the rights of children in the context of migration. These standards, as will be explained, are related to some of the most pressing problems and challenges that these children are currently facing.

4.2. Children's rights within migration control policies

One area that conspicuously lacks a children's rights perspective within migration policies is that of immigration control policies and practices. As a traditional manifestation of state

13 Article 41 CRC provides that

Nothing in the present Convention shall affect any provisions which are more conducive to the realization of the rights of the child and which may be contained in:

- (a) The law of a State party; or
- (b) International law in force for that State.

14 The principle of progressiveness means that States must adopt measures aimed at continuously improving the level of realization of all human rights to every individual under their jurisdiction.

15 For instance, the European Court of Human Rights has adopted a narrow interpretation of Article 8 of the European Convention on Human Rights, on the right to family life, when it comes to issues related to migrants' rights (see Ceriani Cernadas, 2009).

sovereignty, immigration control has long been detached from the strides made in human rights protection. Only very recently, some key human rights obligations have been progressively incorporated in immigration control in many countries to prevent rights restrictions due to the enforcement of border control mechanisms, deportation measures, etc. As will be explained next, this progress, though, remains inadequate because a number of serious challenges remains, and when it comes to the protection of children's rights, the deficiencies are considerably greater. Some of the most acute violations of rights occur in the detention and deportation of children and/or their parents.

In particular with regard to unaccompanied or separated undocumented children, the CRC Committee has stated that "at any of these stages, a best interests determination must be documented in preparation of any decision fundamentally impacting on the unaccompanied or separated child's life" (CRC Committee, 2005: §19). The Best Interest Determination (BID) Procedure, originally envisaged for addressing asylum seeker cases (see UNHCR, 2008), is the most important tool for ensuring the respect, protection and fulfilment of the rights of unaccompanied migrant children, by means of a uniform process at the national and international level to determine what constitutes the best interests of the child on a case-by-case basis.

The BID Procedure entails the adoption of a public policy that includes a focus on the holistic protection of children in the responses of states towards the migration of unaccompanied children. Therefore, its effective implementation requires a series of factors to be accompanied, such as human and budgetary resources, training in children's rights, and inter-institutional coordination (UNICEF, 2012: §48).

In practice, details about conformity and implementation (including which governmental agencies can or should take part in the BID Procedure) should be specifically tailored to each country. Aspects such as structure and institutional organization, the impact of the phenomenon of unaccompanied child migration and institutional capabilities, among others, determine the concrete measures in each place. Nevertheless, the principles and objectives that guide the BID Procedure and its specific application in each case must not vary from country to country.

Moreover, in order to be able to duly satisfy the fundamental principles that characterize the BID Procedure, other core requirements must also be fulfilled. Among these are the guarantees of due process, including the children's right to be heard and right to participate, which should be gradually implemented according to the age and maturity of the child. Another section of this chapter is dedicated to the indispensable rights to legal assistance and a guardian. Additionally, the right to be permanently informed, the right to an interpreter, if necessary, as well as a right to an effective remedy and access to the justice system must also all be guaranteed.

The guarantee of consular assistance may also be greatly relevant in many cases. This guarantee and other elements of BID Procedures should include specific duties for the country of origin, as will be analysed further on. The consular action should, in turn, be part of effective cooperation between the country of origin and the destination (or transit) country in which the unaccompanied child is found. The information that the authorities in the country of origin can provide may be essential for effectively determining the best interests of the child, by revealing whether the family, social, or community conditions are adequate for the return and reintegration of the child.

4.2.1. *The principle of non-deportation of children*

Adapting migration policies so that they conform to the CRC involves revising all the mechanisms that can affect the rights of children. One of the issues that require a significant

reformulation is that of the treatment of irregular migration, namely, the question of deporting a child, or not, under circumstances of migratory non-compliance, i.e. illegal entry, remaining after the period of stay or residence in the country expires, etc.

Deportation is a measure that emphasizes the infraction, implicitly assigns blame, and on this basis imposes a penalty. It has a legal nature and has motivations very different from the rights-related goals described above. Worse yet, in the majority of cases, deportation re-victimizes the child or even replicates the possible threat to his/her life, freedom, or physical health. Different semantics – "deportation", "expulsion", "return", "repatriation" – do not alter the effect; rather, what is pertinent is the type of procedure applied, the ends that such a decision seeks, and the means that are used to achieve this goal.

Many agree that children should not face deportation as a punitive measure (Human Rights Council, 2009; Special Rapporteur, 2009; OHCHR, 2010; Abramovich *et al.*, 2011). The principle of non-deportation states that the proper response to irregular migration is not found among traditional measures provided by immigration policies, such as expulsion or deportation. On the contrary, the response to irregular migration must be consonant with the spirit, principles, and guidelines that derive from the CRC. A focus on holistic protection and key principles, such as the best interests of the child, the right to participation along with the principle of progressive autonomy and the principle of non-discrimination are core components for reaching a decision in every case.

The principle of non-deportation applies to all categories of migrant children, i.e. unaccompanied children, those separated from their parents, and children that migrated together with their families and happen to be in circumstances of irregular migration. This last situation is one which, in various countries, may lead to expulsion (as a disciplinary measure) for the entire family. Nevertheless, this decision does not conform to the precepts of the CRC. If the state determines that the adult parents should be expelled due to an immigration infraction that they have committed, the expulsion of their children should not automatically follow; rather, their fate must derive from principles that underlie the rights of children.

For example, a child will leave the country with her parents not because she or he is being expelled, but rather because the interests of the child (among other rights, like the right to life and family unity) is best served by maintaining the family unit intact. This also implies that any penalty that usually accompanies expulsion, such as prohibition of re-entry for a specified time, should not be applied to the child. Such a change of perspective is not only based on the fact that the response should be directed towards the rights of child – rather than the criteria of immigration control – but also on the fact that children should never be held responsible for the irregular migration.

When families migrate irregularly or when they fall into an irregular status in the host country, the irregularity might be the result of a mix of factors, such as: the increasing number of obstacles and permits for regular family migration, for access to a residence, or for renewing a regular residence; the loss of the job by their parents (when residence permit is tied to a particular job); the denial of an asylum application; among many others. It is a combination of objective factors (in origin and destination) and subjective decisions taken by the parents. In these cases, in general, children are in a vulnerable, passive position, and they face a number of challenges in many aspects of the daily life in origin, transit and the host countries.

Therefore, when the status of the family is addressed, the particular treatment of the child should be done through a child-protection lens. As it was noted, even if the ultimate decision is the deportation of the parents due to their migration status, the individual resolution in the case of the children shouldn't have a punitive approach. Then, a repatriation decision would be based in family unit and best interest principles. On the contrary, issuing them a deportation

measure – which also usually includes a prohibition of entry for a period of time – seems a disproportionate, unreasonable response that prioritizes migration control over child protection.

Respecting the rights of children may also lead to the conclusion that no family member should be expelled. As UNICEF has observed, a holistic interpretation of the CRC may result in abstaining from ordering the expulsion of a migrant family based on the irregular migration status of the parents or children. On many occasions, children have migrated with their parents in early childhood or been born in destination countries that do not recognize the principle of *ius soli*. In these circumstances or similar ones (like that of adolescents completely integrated into the destination country), the expulsion can severely affect the rights and development of a child (UNICEF, 2012: §156). The ECtHR has been willing to more or less equate a long-term immigrant who has lawfully spent all or the major part of his or her childhood and youth in the host country with a national (ECtHR, 23 June 2008, *Maslov v. Austria*, §75).

It might be more appropriate that in order to ensure the holistic protection of children, alternative responses to expulsion be sought for administrative infractions such as irregular migration, for example, the regularization of the children's status in the destination country, and by extension, through the principle of family unity, regularization of the parents' status as well (UNICEF, 2012: §157).

The principle of non-deportation should also prevail in the case of unaccompanied and separated children. Beyond the general obligation to protect all children, unaccompanied children should be given greater protection in light of their particularly vulnerable circumstances (compare the ECtHR, who has argued that the vulnerability of an irregular child may take precedence over her migration status, ECtHR, 12 October 2006, *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium*, §55).

First, this is necessary because frequently these children have migrated in an irregular way or without adequate documentation for migration. Second, because both the causes that drove their migration, as well as the conditions of the route, reveal a context of extreme vulnerability due to a number of rights deprivations and abuses. Third, the mere fact that they turn up alone at a border or outside of their country of origin reveals that the situation requires special measures: protection, repatriation of rights that have been violated, and of course, mechanisms that will permit these children the dignified and adequate exercise of all of their rights in the short and long term.

The Best Interest Determination (BID) Procedure, originally envisaged for addressing asylum seekers' cases (see UNHCR, 2008), is the most important tool for ensuring the respect, protection and fulfilment of the rights of unaccompanied migrant children. The information to be gathered in each case within the framework of the BID Procedure from different sources – including the testimony of the child – can shed light on the existence of risks and opportunities that would decide the case, for example, if there are sufficient rights-based reasons for returning the child. This information could, among other things, indicate whether the child has escaped from abuse or family violence, or from institutional or social violence, or abandonment, or whether the child seeks reunification of the family in the country in which he/she has been found or in some other country; it could also uncover a wide range of other circumstances that must be duly considered in order to arrive at the decision that will be most consonant with the best interests of the child.

A BID Procedure must fully respect the core international principle of *non-refoulement*. This means that under no circumstance should the return of a child be contemplated in the case where he or she would be sent to a country where there are substantial grounds for fearing real risk of irreparable harm. Moreover, the CRC Committee has pointed out that the assessment

of the risk of such serious violations should be conducted in an age and gender-sensitive manner and should, for example, take into account the particularly grave consequences of inadequate food or health services (CRC Committee, 2005: §26–28, 58, 82, 84). Where children are at these kinds of risks, both short- and long-term alternatives suited to their best interests should be sought within the BID Procedure.

In this sense, if the causes that led to the unaccompanied migration are not sufficiently considered, it is very probable that the child will shortly migrate again, as has recently been documented.¹⁶ This is the case, for example, when repatriation is determined on the simple basis of family unity, but without a larger analysis of the individual, family and social circumstances.

Lasting solutions should be determined based on an individual assessment within the BID Procedure. Thus, according to the specific circumstances of each case, what constitutes a durable solution can vary substantially. Some of the options are: family reunification in the country of origin (immediate or delayed), family reunification and integration in the country of transit or destination,¹⁷ integration in the country of transit or destination (either independently, with foster family or child-care institutions¹⁸), and resettlement in a third country.

4.2.2. The principle of non-detention of child migrants

The non-detention of migrant children found in a country without authorization for residence, is another of the essential principles that derive from an adequate adjustment of migration policies to a standard based on the rights of the child. As noted by UNICEF (2012: §92), in such cases, even Article 37.b of the CRC, which allows for depriving children of their liberty “in conformity with the law and only as a measure of last resort...” could not be applied appropriately. For Article 37.b was conceived to be applied to cases in which children have committed criminal offences, not infractions of an administrative nature, such as irregular migration. The CRC Committee has been very clear on this point:

International law provides that the detention of children, including children in the context of migration, should be avoided (Article 37 CRC). Article 37(b) of the CRC allows the detention of children in the context of juvenile justice, exclusively as a last resort and for the shortest appropriate period of time. However, the detention of children on the sole basis of migration status is not in accordance with the CRC. (CRC Committee, 2012: 22)

UNICEF (2012: §93) echoes that the principle of non-detention of child migrants is an essential standard for all cases which require, conversely, the adoption of special protective measures according to the sensitive position in which these children are found.

This principle is valid for both unaccompanied children and child migrants who are with (one of) their parents. In the latter case, it has been erroneously argued that for reasons of

¹⁶ A couple of examples are the cases of Moroccan children repatriated from Spain and Central American children from Honduras, Guatemala and El Salvador repatriated from the United States and Mexico. On the case of Mexico, see Ceriani Cernadas (2013).

¹⁷ Both the CRC Committee (2005: §83) and the UN Special Rapporteur (2009: §58) stated that the possibility of reunification in the country of destination should also be considered, and if in child's best interest, should be implemented, as per Articles 9 and 10 CRC.

¹⁸ On this, see the UN General Assembly (2010) *Guidelines for the Alternative Care of Children*.

family unity, children could be detained along with their parents. Nonetheless, a correct reading of the CRC and its principles – best interests, family unity, and non-detention (except as last resort in the case of juvenile justice) among others – must lead to releasing the entire family unit, and, if necessary, housing it in social protection centres, whose purpose is to ensure the protection of the child and its family; these centres, plainly, are not locked facilities (UNICEF 2012, OHCHR, 2010, Special Rapporteur, 2009, 2012).

Having observed the impact of detention on children, the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) considers that the deprivation of liberty of an irregular migrant child is rarely justified and can certainly not be motivated merely by a lack of resident status (CPT, 2009). The CRC Committee has stated that “detention cannot be justified solely on the basis of the child being unaccompanied or separated, or on their migratory or residence status, or lack thereof,” and that “all efforts, including acceleration of relevant processes, should be made to allow for the immediate release of unaccompanied or separated children from detention and their placement in other forms of appropriate accommodation” (CRC Committee, 2005: §61). Somewhat more cautiously, the ECHR has argued that detention of children for reasons of migration control can only be justified if deprivation of liberty can be shown to be *necessary*. So far, it has not accepted that the necessity standard was ever met (see, e.g., ECtHR 19 January 2010, *Muskhadzizhiyeva e.a. v. Belgium*, §74).

In the exceptional case that children are located in a facility for families or unaccompanied children, it should be designed (and additional safeguards put in place) in order to cater to the specific needs of children (CPT, 2009: §97; ECHR, 13 December 2011, *Kanagaratham et alii v. Belgium*, §§61–69). The placement of migrant children in detention should be addressed from the approach of child protection, rather than a punitive or disciplinary approach. Authorities in charge of facilities should not be security guards or immigration authorities, but inter-institutional agencies, trained in children’s rights and with a specific mandate for child protection, rather than migration control.

Moreover, it has been shown that when children are detained with their families, trauma is caused to the child by the violent circumstances intrinsic to the process of detention (American Psychological Association, 2013). It is traumatizing for a child to observe authority transferred from a parent to a security official, thus rendering the role of the father and/or mother weakened. In this way, detention also undermines the primacy of the family, in that family dynamics change due to the state interference.

Nevertheless, currently, many countries, such as the United States, detain both unaccompanied children and migrant families. Sometimes, family unity is mistakenly invoked. In others, like Mexico, it has been argued that detention is a protective measure for the children in vulnerable circumstances (Ceriani Cernadas, 2013). Arguments of this kind apply traditional pre-CRC policies in which the child is an object of assistance rather than being a subject of rights. Such policies were, and in many countries continue to be, an amalgam of welfare programmes and mechanisms of social control – in this case, of border control. In a number of countries, the situation is even more serious, since detention can be resorted to without any justification and can thus be directly utilized to meet the objectives of immigration control and the supposed interests of national and international security.

The principle of non-detention leads to the design of alternative measures, guided by the principles and obligations of the CRC, rather than the objectives of migration control. This entails the inclusion of alternative measures in legislation, and requirement from the competent authorities to implement these alternative measures effectively and to ensure mechanisms for permanent and independent monitoring for compliance. Ultimately, in the case of unaccompanied children, if policies are to be oriented towards determining the best interests

of the child, then it is essential that the child be sheltered in a place that has adequate conditions for carrying out this purpose.

4.2.3. Due process of law guarantees in detention and deportation procedures

As long as a migration procedure may lead to a repatriation or deportation measure against a child and/or his or her parents, it is essential to ensure as the very minimum an entire series of guarantees of due process. Correspondingly, if a detention measure is ordered for an unaccompanied child or a family (based upon the migration circumstances or even by way of an alternative measure applied in lieu of detention, the decision should be adopted within the framework of legal due process).

Therefore, due process of law should be guaranteed to migrant children both *de jure* and *de facto* in all decisions – border admission, deportation or repatriation, detention or alternative measures, etc. The set of guarantees includes, firstly, *the right to be heard and participate*, critical in every procedure, particularly those involving unaccompanied children. In this regard, the OHCHR (2010) has stated that with respect to border control, orders for return, or access to social services, decisions should not be reached without consulting the affected children. Migrant children should also be able to be heard in a variety of judicial or administrative settings including in all aspects of immigration and asylum proceedings. The irregular status of children should not limit their right to participation. On the contrary, in order to fully guarantee and implement a Best Interest Determination process, children’s opinions and voices must be considered.

Other key guarantees that all child migrants should effectively be able to exercise are: the right to be informed of all matters concerning their rights, migration procedures and safeguards; the right to an interpreter, critical for ensuring children’s right to be heard; the right to access justice and effective remedies, in both administrative and judicial procedures; and the right to consular assistance.

In the case of unaccompanied children – whether there is a BID Procedure or not – two additional essential guarantees are the right to a legal representative and a guardian. In order to effectively secure the rights provided, migrant children must be granted adequate, prompt, and free legal assistance, including the assignment of a guardian or legal representative to defend their rights, interests and secure their welfare (CRC Committee, 2005: §21, 33–37). Children should have access to legal aid services that specifically deal with migration issues and the rights of migrants. Even so, these guarantees should also be taken into account in the framework of other procedures, especially those determining the most adequate option for the case. It is equally important that legal advisers be properly trained in children’s rights and that they work with professionals from other disciplines, including child psychologists.

In addition, in order to give substance to the right to be heard and to participate, it is vital that all relevant personnel are adequately trained in applying a child-sensitive, rights-based approach to their tasks. This includes the figure of the guardian, who should be an independent advocate for the child’s best interest both when the process takes place and in any decision to be adopted.

4.2.4. Children’s rights and parents’ detention and deportation

Detention and deportation of migrant parents greatly impacts children’s lives and their human rights. Parents caught up in immigration enforcement processes are separated from their young children and often disappear into the detention system. If no relative is identified who can take

the children, at the time of an immigrant parent's apprehension, these children may be placed in state custody or foster homes, abruptly unable to communicate with their parents or even to know where their parents are living. If parents choose to accept deportation (often at the encouragement of immigration officials), they run the risk of being forever separated from their children, given that in all likelihood these children will be unable to accompany them as long as they remain in state custody.

Recent reports have shown how the enforcement of immigration control policies – detention and deportation of parents – without consideration of the child's best interest, has led to thousands of shattered families and a correspondingly dramatic impact on children's rights and welfare. These reports also describe the lack of policies facilitating family reunification between child nationals born in destination countries and their deported parents, not only in the countries where parents have been removed, but also in their countries of origin (Applied Research Center, 2011; University of Arizona, 2011), and reveal the strong impact on child development and family bonds (Beckles Flores, 2011).

In these situations, a children's rights perspective implies that alternative measures for parents must be developed in order to protect children. In this regard, when analysing parents' status, authorities must fully consider the right to family life and the situation of the child, especially if ties to the host country have been developed or if the child was born in the country contemplating a deportation measure. A more comprehensive response considering the overall interests of the child and the future of the whole family is preferred. A child's best interests requires the adoption of alternative policies addressing the migration status of the parents, including alternatives to detention and mechanisms protecting the family unit and child development, mental health etc., through regularization rather than deportation.

Ultimately, as has already been mentioned, the best interests of the child in conjunction with other rights at play, can lead to a situation in which the state grants residence to a migrant family in an irregular situation rather than imposing a punishment of expulsion. The development of the child in the destination country, her personality, identity, social and community relationships, among others factors, will be seriously affected by an expulsion, impacting her mental and emotional health as well. In these circumstances, it does not appear that the mere state goal of punishing (administrative) infractions is serious enough to justify meddling in the lives of these children. Neither, of course, does it justify separating the family through the expulsion of the parents.

4.3. Children's right to family life

In the previous section we have seen how the right to family life should be taken into account by immigration control mechanisms. This right is recognized in numerous international and regional human rights treaties.¹⁹ Nevertheless, in the domain of immigration policies and practices, or even in the decisions of international tribunals regarding migration (such as the European Court of Human Rights: Ceriani Cernadas, 2009),²⁰ it seems that this right carries less weight.

19 Articles 8, 9, 10, 16, 20 and 22 of the Convention on the Rights of the Child; Article 10, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights; and Articles 17 and 23, International Covenant on Civil and Political Rights; Article 8, European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms; Article 17, American Convention on Human Rights.

20 More recently, the European Court of Human Rights has acknowledged that the right to respect for family life may be violated by detaining children accompanying their parents (ECtHR, 19 January 2012, *Popov v. France*, §§116–117).

An important aspect of the right to family life in the context of migration is family reunification. The procedures on family reunification can be decisive for achieving a regular migration process under dignified and appropriate conditions for the child. By contrast, the inexistence of such mechanisms or the imposition of unreasonable restrictions may lead to the weakening of rights and other risks.

For instance, the principle of family unity has an important protective function for children in the context of migration, particularly in the case of irregular migrant children. However, increasing restrictions on the right to family reunification in destination countries have led to the irregular migration of children and adolescents seeking to reunite with their parents.

Moreover, children's right to family life has been increasingly impacted by policies that prioritize migration control goals over the protection of children's rights. In the United States, more than 70,000 migrants that were removed from the country in 2013, alleged they had one or more US-born children.²¹ An estimated 4.5 million US citizen children have at least one parent who is undocumented (Human Impact Partners, 2013).

Parents' irregular migration status at destination, along with restrictive regularization mechanisms (and absence of regularization programmes) may present long-term obstacles for family reunification. This situation can prolong or augment the social exclusion of migrant families, may impact on child development, and lead to family disruption. In this regard, it is important to stress that other migrants' rights issues, such as access to a regular residence, access to social rights regardless of residence status, the extension of migration control mechanisms at work, at social services and other public spaces, may considerably impact the right to family life and other related children's rights enshrined in the CRC of child migrants and children born to migrant parents. Addressing such issues could be critical for ensuring that parents are able to fulfil their responsibilities for child development (UNICEF, 2012).

4.4. Social rights of migrants: A key for child development and social integration

The CRC recognizes social rights²² for all persons less than 18 years of age on the basis of the principles of universality, non-discrimination, and best interests (among others, in Articles 23–32). The exercise of these rights is indispensable, in turn, for the right to survival and development, and the right to an adequate standard of living. The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights also recognizes these rights, which may not be subjected to any kind of discrimination, including nationality or immigration status (ESCR Committee, 2009).

However, migrants, particularly those with irregular migration status, often work in precarious and dangerous jobs; they are excluded from health, education, and other social welfare institutions, or else their access to these systems is subject to additional conditions compared to nationals and they are often victims of exploitation in the housing market (Special Rapporteur, 2010; Cuadra, 2011). In countries of transit and destination, children who hold irregular immigration status are often discriminated against; they face restrictions in accessing basic rights and services such as education, housing, health care, and social security.

Unaccompanied children who migrate irregularly often live in precarious situations and are especially vulnerable to discrimination and difficulties when accessing basic social services.

21 www.huffingtonpost.com/2014/06/25/parents-deportation_n_5531552.html.

22 Social rights include a range of human rights such as the right to health, education, social security, and the right to an adequate standard of living.

Without documented status, in many countries they face difficulties acquiring education and health care, and risk facing hunger, homelessness, and sexual or labour exploitation. Moreover, they may end up living with poor or undocumented migrant caregivers, living and working on the streets, or becoming domestic or seasonal farm or mine workers.

Even when countries have laws providing rights and protection to undocumented migrant children and adolescents, there are often huge discrepancies between policy and practice that prevent these groups from enjoying their rights. These barriers, include, *inter alia*, administrative obstacles, linguistic hurdles, the complexity of the administrative, judicial, and other systems, discrimination, lack of information, fear of being reported, etc. For instance, the law may guarantee universal access to primary education, but schools may request documents prior to enrolling students (see also Vandenhole *et al.*, 2011 on education).

The rights and development of children in the context of migration are often tied to the condition of their migrant parents. The situation and safeguards provided to their parents may critically impact children's lives. Children born to irregular migrant parents in host countries are at risk of being denied legal status. There are countries – such as the Dominican Republic – in which children of undocumented workers and refugees are automatically classified as undocumented by virtue of the irregular status of their parents, a situation that may lead to the statelessness of children.

Removing these policies in host countries will assist in the effort to fulfil the economic and social rights of undocumented migrant adults, including the right to work; this right not only has a critical impact on other human rights, but is also paramount for ensuring the right to development and the right to an adequate standard of living for the migrants' children, who may have migrated regularly or irregularly, may have been left behind, or may be nationals of host countries. In addition, the lack of regularization programmes to benefit parents could negatively impact their children's rights and undermine their opportunities for improving their socio-economic conditions.

Moreover, it is important to note that the social rights of migrants can also be directly or indirectly affected by the mechanisms of immigration control. Some States have laws and policies that impose a duty on public officials and also on private actors – e.g. health care and education workers, and landlords, among others – to report undocumented migrants to immigration authorities (HUMA Network, 2009; UNICEF-UNLA, 2010). Such policies deter irregular migrants, including children, from accessing fundamental social rights. These constraints negatively impact children's right to development and right to an adequate standard of living, and contribute to the social exclusion and marginalization of migrant families.

These practices are difficult to reconcile with international standards. First, it is completely unjustifiable and discriminatory, explicitly or implicitly, to consider an irregular migration status (an administrative infraction) as a ground for denying access to social services. Second, this distinction based on migration status – much like the restrictions on the social rights of migrants in general – is yet more evidence not only of discriminatory treatment, but also of the absence of a child's rights-based perspective. The impact on the life and rights of children, whose basic rights are already severely limited, can be decisive to their physical and mental health, and appropriate and worthwhile development in the short and long terms. These restrictions on social rights are usually populist devices to send messages to the host society, suggesting on the one hand, that these measures will improve the living conditions of the national population, and on the other, that they will lower the cost of social services. In this regard, it should be noted that affecting the social rights of children may impede the process of social integration and increase the rates of social conflict and segregation – effectively mortgaging the future of the whole society and increasing the overall (monetary and non-monetary) toll on the society.

Ensuring access to basic social rights of migrants is a *sine qua non* condition for social integration and cohesion in host societies, thus facilitating the contribution of migrants to the human development of destination countries and countries of origin, and preventing social exclusion, poverty, and economic disparities (Mahal and Marks, 2007: 36). As to the costs-based argument, trustworthy data do not only prove this reduction of layout, but they also point to the contrary: the abridgement of social rights – for example, the right to health – tends to have a negative impact in the middle and long term, including in terms of “economic profitability”. For instance, granting undocumented migrants access to only emergency health services, could lead to higher costs of these services due to the treatment of illness that could have been easily prevented if all migrants could have access to preventive health services.

To sum up, in light of the impact of denying social rights and of migration control mechanisms on social services, it is appropriate to highlight the key functions that migration regularization can fulfil. This refers not only to extraordinary regularization plans, but rather, especially, the permanent mechanisms for accessing a regular status, including those that prevent the transition to irregular status by those persons who already have residence. The recognition of labour connections, roots in society, family ties, or concretely, the state of vulnerability of child migrants and children of migrants, should lead to the granting of residence, as does indeed occur in some South-South destination countries (such as Argentina), rather than expulsion from the country or the denial of social rights.

For these reasons, it is appropriate to focus on several positive effects that these regularization mechanisms can have for migrants, states, and the societies of both origin and destination countries.

(a) *Benefits for migrants*: the family unit is ensured and family reunification is permitted, migrant workers are entitled to work and improve their families' socio-economic conditions; children may not face risks and limitations at schools, and adolescents can apply for education, training, and employment opportunities under equal conditions; migrants are in a better position to challenge abuses; it becomes easier to integrate migrants into society; migrants can access public services, including services to protect children at risk; migrants also can obtain fair wages.

(b) *Benefits for host societies*: governments are able to better record the number and circumstances of migrants in their territory; they can better promote formal, protected employment and prevent exploitation and human trafficking; they can meet public security goals; they can improve tax revenues and fiscal gains; they can benefit through the increased contribution of migrants to human and economic development; they can strengthen family protection and migrants' integration, reducing attrition rates within the education system; they can benefit from qualified adolescents and their contribution to future generations; they can improve salaries and labour conditions through migrants' empowerment and the exercise of labour and union rights.

(c) *Benefits to countries of origin* include: regularized migrants can increase their remittances positively affecting their families' living conditions and hence their consumption levels and contributions to society; similarly, migrants' willingness and capability to contribute to the development of their country of origin will improve; family reunification will be facilitated and family ties and communication maintained; conditions will be promoted for migrants to return to their country with new, improved skills (UNICEF-UNLA, 2011).

4.5. Children's rights and the duties of countries of origin

The countries of origin should be responsible for different types of necessary action in ensuring children's human rights in the context of migration. This section will briefly point out some measures that these states should develop or strengthen.

First, of course, countries of origin have an essential role to play in guaranteeing the rights of the child in order to prevent migration arising from necessity, the deprivation of basic rights, or the absence of public policies for children. The social programmes that protect the rights of children (either directly, or by ensuring parents' rights through facilitating and monitoring compliance of parental obligations) require a series of public policies; for instance, the state must be the primary guarantor of the rights of the persons within its jurisdiction, regardless of the obligations of other more developed states or the international community in general, as was seen in the analysis of the root causes of migration.

Regarding the children left behind, the countries of origin should, on the one hand, design public policies that take into account their needs and vulnerabilities that are direct consequences of the migration of their parents. On the other hand, these states should adopt measures to facilitate – if that is the wish of the family and/or in the best interests of the child – the regularization of the entire family or eventually familial reunification in the destination country. Unquestionably, the latter requires bilateral, regional, and global foreign policy initiatives.

In transit and destination countries, countries of origin must comply with the pivotal duty of consular assistance, which, like all public policy must have a human rights-based focus, including a children's rights perspective; this requires having a legal framework, budget, and personnel trained in children's rights. Consular assistance is also a strategic tool for enabling origin countries to compile and systematize the information necessary for constructing public policies that address children's rights in the context of migration. Key information about the causes of migration emerges from consular protections and their link to child migrants (accompanied or not), especially with regard to abuses in the origin, transit, or destination country, human trafficking networks, policy shortcomings in the destination country, etc.

It is important to note that consular protection may be necessary for avoiding the arbitrary detention and deportation of unaccompanied children or migrant families, or familial separation as a consequence of the deportation of the parents. As such, it performs a central function in the BID Procedure. In effect, in order to ensure the rights of unaccompanied children within these procedures, origin countries should not only guarantee consular assistance, but also design policies and practices that allow the compiling of necessary information in every case, so that agencies in the destination countries are able to determine best interests in light of all possible factors, thereby avoiding risks and securing the adoption of appropriate short- and long-term decisions.

Finally, though this is by no means an exhaustive list, the obligation of designing policies ensuring the return of unaccompanied children must be mentioned. This should be the beginning of a process of social reintegration within a context of effective exercise of rights, one that allows children to enjoy the right to development and an adequate standard of living.²³

5. Final thoughts and issues for discussion

The situation of children in the context of migration has been increasingly included in the agenda of a number of key stakeholders: states, international organizations, civil society, academic institutions and media, among others. This chapter has sought to analyse some of the

basic characteristics of the children and migration nexus, paying special attention to how children's rights should be taken into account in migration, childhood and other related policies that affect the life and rights of migrants and their families. Some of the main challenges and threats to the effective exercise of these rights have been pointed out.

There is a paramount challenge on how to address the different aspects of the current situation of children affected by migration. A comprehensive and rights-based approach is critical for properly coping with such challenges in the short and long term. Introducing the human rights of children to the field of migration policy entails a paradigm shift, which, among other factors, replaces the traditional machinery of the immigration agencies with children's protection bodies and services, complemented by other social policies aimed at ensuring human rights to all individuals.

There are many social, economic, cultural and political challenges to achieving this paradigm change; it requires the creation of opportunities for dialogue and debate among the different sectors: states, civil organisms, academic factions, international agencies, and, of course, the participation of children. It also needs the adoption of policies and measures at local, national, regional and global level by the countries of origin, transit and destination. Addressing the root causes of migration is essential not only regarding poverty, unemployment and other causes in origin countries, but also in host countries, such as demographic necessities and the increasing demand of informal, unprotected sectors of the labour market. Inequalities within and between countries must also be addressed in depth.

In destination countries, public policies should fulfil human rights to every person regardless of their nationality and residence status. These duties would imply a shift of the paradigm that reigns in the field of migration policies. In this regard, a comprehensive approach should lead to reducing the migration control focus and replace it by a rights-based lens, including a children's rights perspective.

Questions for debate and discussion

- What could or would be the implications of an age approach or child rights-based approach to migration? In your view, would it lead to a paradigm shift in migration policies, as this chapter has argued?
- Does the children's rights framework contain all the necessary elements (principles, standards, mechanisms) to provoke a paradigm change in migration policies? Are there gaps, if any, in the children's rights framework, or in the CRC in particular?
- Which principles or standards of the children's rights framework hold most potential to lead to a paradigm shift in migration policies? How could a plea for regularization policies be underpinned by a children's rights argument?
- Which image of childhood prevails in a children's rights approach to migration policies? Do you see a need for changing that? Why or why not?
- Should children and adults be treated differently in migration? Should different human rights principles and norms apply to both groups?

References

- Abramovich, V. and Ceriani P. Morlachetti (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*, UNICEF Social and Economic Policy Working Paper, New York.
- Abramson, Bruce (2008), "Article 2: The Right of Non-Discrimination" in Alen, A., Vande Lanotte, J.,

23 Regarding the deficiencies of reintegration processes, such as the shortcomings of current policies of consular protection in some Central American countries, see Ceriani Cernadas (2013) and Casa Alianza Honduras (2012).

- Verhellen, E., Ang, E., Berghmans, E., and Verheyde, M. (eds), *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff, Leiden.
- American Physiological Association (2013), *The Psychosocial Impact of Detention and Deportation on U.S. Migrant Children and Families*, A Report for the Inter-American Human Rights Court, August, 2013.
- Applied Research Center (2011), *Shattered Families: The Perilous Intersection of Immigration Enforcement and the Child Welfare System*, Publisher of Colorlines.com, November 2011.
- Beckles Flores, Erika (2011), *Waiting for your return: A phenomenological study on parental deportation and the impact on the family and the parent child attachment bond*, Marriage and Family Therapy, Dissertations and Theses, Paper 42. Available at http://surface.syr.edu/mft_etd/42.
- Bhabha, Jaqueline (2008), *Independent Children, Inconsistent Adults: Child migration and the legal framework*, UNICEF Innocenti Research Centre Discussion Paper, IDP No. 2008-02.
- Casa Alianza Honduras (2012), *Análisis de la situación de Derechos de la Infancia Migrante No Acompañada en el marco de los procedimientos de deportación y retorno a Honduras*, Tegucigalpa, junio de 2012.
- Ceriani Cernadas, Pablo (ed.) (2013), *Niñez Detenido. Los derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes en la frontera México-Guatemala* [Detained Childhood. The Human Rights of Migrant Children and Adolescents in the Mexican-Guatemalan Border], Fontamara, Distrito Federal, México.
- Ceriani Cernadas, Pablo (2009), *Los derechos de migrantes sin residencia legal en la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: un balance complejo ante la realidad y los retos de la inmigración en la región*, in Cheail, Vincent and Bauloz, Céline (eds) (2014), *Research Handbook on International Law and Migration*, Cheltenham, Edward Elgar.
- Cortina, Jerónimo, and Hovy, Bela (2009), *Boosting Cooperation: UNICEF, UNDESA and SU/SSC Joint Studies on Migration*, in South-South in Action, Summer 2009, Media Global, Voice of the Global South, United Nations Secretariat, New York.
- Council of Europe, Parliamentary Assembly (2011), *Unaccompanied children in Europe: issues of arrival, stay and return*, Report Committee on Migration, Refugees and Population, Doc. 12539, 21 March 2011.
- CPT (European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment) (2009), *20 years of combating torture, 19th General Report*, 1 August 2008–31 July 2009.
- CRS Committee (UN Committee on the Rights of the Child) (2013), General comment No. 14, *On the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration* (Art. 3, para. 1), CRC/C/GC/14, 29 May.
- CRS Committee (UN Committee on the Rights of the Child) (2012), *The Rights of All Children in the Context of International Migration*, 2012 Day of General Discussion Background Paper, Geneva, August 2012.
- CRS Committee (UN Committee on the Rights of the Child) (2005), General Comment No. 6, *Treatment of Unaccompanied or Separated Children outside their Country of Origin*, CRC/GC/2005/6, 1 September.
- Cuadra, Carin Björngren (2011), *Right of access to health care for undocumented migrants in EU: a comparative study of national policies*, The European Journal of Public Health Advance Access. Oxford University Press, June 9.
- Dutschke, Mira, and Abrahams, Kashifa (2006), *Children's Right to Maximum Survival and Development*, Children's Institute, University of Cape Town, August 2006, Cape Town.
- Düvell, Franck (2011), *Paths into Irregularity: The Legal and Political Construction of Irregular Migration*, *European Journal of Migration and Law*, 13, 275–295.
- Düvell, Franck (2008), *Clandestine migration in Europe. Social Science Information*, 47(4), 479–497.
- ESCR Committee (UN Committee on Economic, Social, and Cultural Rights) (2009), *Non-discrimination in economic, social and cultural rights (Art. 2, para. 2, of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*, General Comment No. 20, E/C.12/GC/20, 2 July 2009.
- GCIM (Global Commission on International Migration) (2005), *Migration in an Interconnected World: New Directions for Action*, Report of the Global Commission on International Migration, Geneva. Available at www.gcim.org/en/finalreport.html
- Gonzales Roberto G. and Angie M. Baurista-Chavez (2014), *Two Years and Counting: Assessing the growing Power of DACA*, American Immigration Council, June 2014.
- HUMA Network (2009), *Access to Health Care for Undocumented Migrants and Asylum Seekers in 11 EU countries*, September 2009.
- Human Impact Partners (2013), *Family Unity, Family Health. How Family-Focused Immigration Reform Will Mean Better Health for Children and Families*, Oakland, June 2013.
- Human Rights Council (2009), *Human rights of migrants: migration and the human rights of the child*, Session 12, A/HRC/12/L.16.
- ICMPD, International Centre for Migration Policy Development (2001–2011), *Annual Yearbook on Illegal Migration, Human Smuggling and Trafficking in Central and Eastern Europe*, Vienna.
- ICPD, International Conference on Population and Development (1994), *Program of Action*, Cairo.
- IIN, Inter-American Children's Institute (2010), *Menu of Indicators and Monitoring System for Children's Right to Participation*, Organization of American States, Montevideo, October 2010.
- INM-CEM, Instituto Nacional de Migración – Centro de Estudios Migratorios (2011), *Migración centroamericana de tránsito irregular por México. Estimaciones y características generales*, in *Apuntes sobre migración* [Survey on migration at the southern border of Mexico. 2008. Historic Series 2004–2008], No. 1, July 2011.
- Inter-American Court of Human Rights (2003), *Advisory Opinion OC-18/03, Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants*, San José, 17 September 2003.
- Inter-American Court of Human Rights (2014), *Advisory Opinion OC-21/14, Rights and Guarantees of Children in the Context of Migration and/or in Need of International Protection*, 19 August 2014.
- IOM, International Organization for Migration (2010), *The Future of Migration. Building Capacities for Change*, World Migration Report, Geneva.
- Kubner, Gretchen (2010), *El impacto de la migración irregular en la familia. Mujeres y Niños, Niños y Adolescentes (NNA) en tránsito por México: Un reto regional* [Irregular migration and its impact on families. Women, children and adolescents in transit through Mexico: a regional challenge], presentación realizada en la XV Conferencia Regional sobre Migración (CRM), Seminario Regional sobre Migración y Familia, Colegio de la Frontera Norte, Tijuana, 21–23 abril de 2010.
- Mahal, Ajay, and Stephen Marks (2007), *Goals and Instruments of Poverty Reduction: Economic and human rights perspectives on children's rights and development strategies*. Cambridge, MA: University of Harvard.
- Mercosur Member States (2011), *Request for Advisory Opinion on Migrant Children before the Inter-American Court of Human Rights*, Buenos Aires, April 2011.
- OHCHR, UN Office of the High Commissioner for Human Rights (2010), *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*, submitted to the Human Rights Council, A/HRC/15/29, 5 July 2010, Geneva.
- Rafferty, Yvonne (2007), *Children for Sale: Child Trafficking in Southeast Asia*. *Child Abuse Review*, 16, 401–422.
- Salomon, Margot (2008), "Legal Cosmopolitanism and the Normative Contribution of the Right to Development", in Marks, Stephen E. (editor), *Implementing the Right to Development: the role of International Law*, FriedrichEbert-Stiftung, Geneva.
- Skogly, Sigrun (2002), *The Human Rights Obligations of the World Bank and the International Monetary Fund*, Cavendish Publishing Limited, London.
- Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants (2012), *Report of the Special Rapporteur on the situation on the Human Rights of Migrants*, A/HRC/20/24, 2 April 2012.
- Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants (2009), *Report of the Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants*, submitted to the Human Rights Council, A/HRC/11/7, Geneva, 14 May 2009.
- Touzenis, Katerina (2008), *Human Rights of Migrant Children*, edited by the International Organization for Migration, Geneva.
- UN General Assembly (2010), *Guidelines for the Alternative Care of Children: resolution / adopted by the General Assembly*, 24 February 2010, A/RES/64/142. Available at www.refworld.org/docid/4c3acd162.html
- UNHCR, UN High Commissioner for Refugees (2014), *Children on the Run. Unaccompanied children leaving Central America and Mexico and the Need for International Protection*, Washington, DC: Author.
- UNHCR, UN High Commissioner for Refugees (2008), *UNHCR Guidelines on Determining the Best Interests of the Child*, Geneva: Author.
- UNICEF (2012), *Amicus Curiae submitted by UNICEF Latin American Regional Office before the Inter-American Court of Human Rights*, San José, Costa Rica, 17 February 2012. Available at www.corredh.or.cr/soloc.cfm (in Spanish).
- UNICEF-UNLA (2011), *Children and Adolescents in the Context of Irregular Migration*, Working Paper (In Progress), Draft, November 2011, New York-Lantz.
- UNICEF-UNLA (2010), *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, Panamá.

UNLa/UNICEF (2009). Estudio sobre los estándares jurídicos básicos aplicables a niños y niñas migrantes en situación migratoria irregular en América Latina y el Caribe. Available at www.unla.edu.ar/rectorado/centros/cdh/index.php

University of Arizona (2011). *Disappearing Parents: A Report on Immigration Enforcement and the Child Welfare System*, Southwest Institute for Research on Women and the James E. Rogers College of Law University of Arizona, May 2011.

Vandenholle, Wouter, Carton de Wiart, Estelle, Marie-Lou de Clerck, Helene, Mahieu, Paul, Ryngaert, Julie, Timmerman, Christiane, and Verhoeven, Marie (2011). The right to education of undocumented children: illusory right or empowering lever? *International Journal of Children's Rights*, 19(4), 613–639.

Vandenholle, Wouter (2014). "Migration and Discrimination: Non-Discrimination as Guardian against Arbitrariness or Driver of Integration?" In V. Chetail and C. Bauloz (ed.), *Research Handbook on International Law and Migration*, Cheltenham, UK: Edward Elgar, 216–238.

Child poverty in the context of global social development

Francine Mestrum

Specific actions against child poverty are most welcome. However, they should be framed within a broader context that looks beyond poverty and beyond age-determined groups. From a sociological point of view, poverty is a social relationship that cannot be de-linked from the societal context in which it originates and exists. The new focus of international organisations on universal social protection instead of on 'poverty reduction' may help to achieve this. Working exclusively at the level of child poverty entails a serious risk of ignoring or neglecting its broader causes and consequences. Reducing child poverty cannot be a solution when poverty in general and impoverishment processes continue to exist.

According to UNICEF, the United Nations (UN) Children's Fund, 1.4 million young people between 10 and 19 years old die every year because of accidents, suicides, criminality and aids. Around 50,000 young women under 19 die during pregnancy or while giving birth. One fourth of girls between 15 and 19 in developing countries are married. For young children under 10, the main causes of death in developing countries are diarrhea and measles. A quarter of young children are not getting enough nutrients to grow properly. Three hundred of them die every hour because of malnutrition. In many families children have to skip school to help their parents at work. Over the past five years, the price of food has soared across the globe, due to extreme weather conditions, diverting farmland to grow bio-fuels, speculative trading of food commodities and the global financial crisis (UNICEF, 2012; FAO, 2013).

This list is endless. We can complete it with the number of children at work – more than 200 million – children in forced labour – more than one million – and high percentages of youth unemployment – up to or more than 55 percent in rich countries like Greece and Spain, or even more than 50 percent in some municipalities of the rich region of Brussels (ILO, 2012a; European Commission, 2013; Irisnet, 2013).

At the June 2012 UN Conference Rio+20 on sustainable development, the focus was on solidarity with future generations, and rightly so. But it is clear there should be no hope for this as long as we do not succeed in organising intra-generational solidarity and care for the generations that are with us already, the world's children.

While the Bretton Woods institutions – World Bank and International Monetary Fund (IMF) – continue to stress the importance of poverty reduction and the progress that has been

Conclusiones

Uno de los propósitos de este apartado final de la tesis, es recapitular cuestiones presentadas en la Introducción y luego fueron profundizadas a través de los textos seleccionados y que componen el cuerpo principal de esta tesis doctoral. El objetivo es explicitar las líneas de producción y difusión a través de iniciativas y estrategias que se han ido complementando de forma tal que dan cuenta de un desarrollo continuado y articulado en la temática. El otro propósito es el de describir brevemente los resultados obtenidos a partir de estas publicaciones, las diferentes discusiones que han promovido y, en general, su impacto, no sólo en términos académicos sino también en el ámbito de las políticas públicas y del desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) a escala regional y global.

En consecuencia, la sección de Conclusiones se encuentra dividida en tres partes. En la primera, se realiza un breve comentario que enlaza todos los trabajos que componen el desarrollo de la tesis, con relación a los ejes conceptuales presentados en la Introducción y abordados en la sección anterior (compendio de publicaciones). En segundo lugar, la labor emprendida durante estos años de formación de posgrado también implicó la conformación de un acervo de discusiones, conceptos y resultados de trabajo de campo que fueron retomados en los trabajos de otros investigadores, instituciones públicas y sociales, e incluso en organismos internacionales. De esta manera, se describirán todas las actividades de incidencia, investigación y docencia que, de manera complementaria, enriquecieron mi trayectoria durante el periodo de realización de tesis, al mismo tiempo que contribuyeron a ampliar el impacto y los resultados de estos trabajos.

Finalmente, la tercera parte de este capítulo aborda muy brevemente los modos de continuación de esta tesis doctoral, teniendo en cuenta que algunos de estos caminos ya están en curso. Así, lo que se reseñan brevemente son las preguntas que han surgido durante la investigación, los desafíos que se presentan para el futuro y las vertientes nuevas que se han abierto a partir del trabajo realizado. Seguidamente, en un anexo, se citan las presentaciones sobre la misma temática en diferentes eventos, lo cual también da cuenta de la difusión de esas producciones. El segundo anexo contiene el conjunto complementario

de publicaciones que, sin formar parte de la selección de trabajos que componen esta tesis doctoral, representan una parte importante de mi producción científica durante este periodo.

1. Aportes conceptuales de los trabajos realizados

La compilación de publicaciones que conforman el cuerpo central de la tesis permite observar la construcción paulatina, en profundidad, de un andamiaje conceptual que aborda la niñez y la migración desde una óptica complejizada basada en un enfoque de derechos humanos. Estos desarrollos pretenden aportar insumos teórico-prácticos, con base en los principios de progresividad y dinamismo del DIDH, a las respuestas que distintos actores deben brindar a un fenómeno crecientemente complejo. Los aportes conceptuales que se presentan a continuación resumen los puntos centrales de ese esquema analítico y argumentativo, y se trata de procesos abiertos de construcción teórica que intentan analizar una realidad que, de forma paralela a esta etapa de formación y producción, ha ido adquiriendo una dimensión cuantitativa y cualitativa sin precedentes en todo el mundo.

1.1. Los NNA en el contexto de la migración

Un aspecto que ha sido revisitado en prácticamente todos los trabajos es el referido a lo que he llamado “las categorías de NNA en el contexto de la migración”. En primer lugar, de una primera indagación que hacía referencia a niños migrantes, la distinción, entre niños migrantes y niños en el contexto de la migración fue algo que surgió de manera paulatina a medida que avanzaban los trabajos de campo y las reflexiones teóricas. Por eso, a partir de una idea preliminar de NNA migrantes fue necesario efectuar dos formas de ampliación en el foco conceptual y en el objeto de investigación.

Por un lado, había que precisar que no se trataba sólo de NNA migrantes, sino de NNA que podían no haber migrado pero sí verse impactados por la migración en sí misma (por ejemplo, de sus padres) así como por las políticas migratorias y otras que inciden en las condiciones de vida de la población migrante (si los NNA pueden reunificarse o no con sus padres en países de destino, entre otras cuestiones). De esta manera aparece la construcción

de categorías como los NNA cuyos padres han migrado, o los NNA que han nacido en países al que han migrado sus padres (por ende, los NNA no son migrantes propiamente dichos). A partir de la observación de realidades como la de NNA centroamericanos deportados desde México, surge otra categoría que enfrenta dificultades específicas: la de NNA retornados forzosamente a sus países de origen.

Esta construcción conceptual no es una mera cuestión teórica. Visibilizar estas categorías implica, por una parte, dar cuenta de una serie de factores que llevan a la situación de particular vulnerabilidad en que se encuentran determinados niños y niñas. Por otra parte, conduce a identificar las respuestas que, en términos de políticas públicas, deben ser desarrolladas para responder a esa situación de una manera eficaz y legítima desde una perspectiva de derechos. Otro corolario de ello es que facilita la visibilidad de los vínculos recíprocos entre países de origen y destino, en tanto las políticas adoptadas en uno impactan en los NNA en el otro, y viceversa.

Por otro lado, el hecho de referirse a NNA, y no solamente a niños, permite destacar que estamos hablando de niños, niñas y adolescentes. La idea detrás de la construcción de la sigla es que, sin perjuicio que a todos se les aplica el marco jurídico que nace con la CDN —por ser personas menores de 18 años de edad—, en el campo migratorio (como en otros, seguramente) es importante subrayar que los niños y las niñas, o los y las adolescentes, pueden enfrentar desafíos, o amenazas a sus derechos, específicos, diferenciados. Sólo a modo de ejemplo, la cuestión de la violencia y los abusos sexuales en diversas rutas migratorias, es una problemática que afecta de manera casi exclusiva a niñas y mujeres adolescentes. Lo mismo en cuanto a la explotación laboral en el ámbito del trabajo doméstico.

1.2. Los pilares de la CDN, en clave migratoria

Algunos de los trabajos, y en particular aquellos más orientados a la construcción de líneas argumentativas teóricas, antes que a una investigación en terreno, fueron elaborando una serie de reflexiones que tenían un acercamiento poco explorado hasta entonces. Se trató de tomar los llamados 4 pilares de la Convención sobre Derechos del Niño (Interés superior

del niño; principio de no discriminación; derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo; y derecho a ser oído), para trasladar y aplicar cada uno al ámbito de las migraciones.

Aunque consistió en un ejercicio de reflexión que parecía elemental, lo cierto es que el estado del arte era sin dudas limitado en esta materia. Por ello, ya en los primeros trabajos más teóricos —como el realizado para UNICEF con Abramovich y Morlachetti— se dedicó una sección a indagar cómo cada uno de esos pilares de la CDN debían ser traducidos y aplicados al ámbito de las migraciones. De esas reflexiones salieron inmediatamente una cantidad considerable de interrogantes. Por ejemplo, sólo para citar unos pocos: ¿cómo aplicar el principio de interés superior en el marco de medidas de deportación de NNA y/o sus padres? ¿En qué medida el derecho al desarrollo es viable en un contexto de irregularidad migratoria de largo plazo por ausencia de mecanismos de regularización

Esta clase de reflexiones permitió, sin dudas, aportar insumos sustanciales a los trabajos posteriores. En efecto, es posible señalar que buena parte de los argumentos que dieron mayor solidez a las recomendaciones y propuestas desarrolladas en el marco de trabajos de campo, partieron de la base teórica de esas reflexiones. Las discusiones sobre las garantías de debido proceso (el derecho a ser oído) o sobre el Procedimiento de Determinación del Interés Superior del Niño, en el contexto mexicano, o las iniciativas de reformas en Argentina en aplicación del principio de no discriminación, son algunos ejemplos de ello.

1.3. Principio de no expulsión

A partir del desarrollo analítico y conceptual planteado en los trabajos que componen esta tesis, puede observarse el surgimiento así como un progresivo refuerzo argumentativo sobre la idea del *principio de no expulsión*. Es en el proceso de redacción de la publicación realizada a fines de 2008 para la Oficina regional de UNICEF, en la cual planteo si una aplicación coherente de los derechos y principios de la CDN no debería conducir a que un NNA no pueda ser deportado, en caso alguno, con base en su situación migratoria. De ahí surge la postulación del principio de no expulsión.

Se desarrollan así un conjunto de razones que postulan que NNA no puede ser enviado en ningún caso a su país de origen a través de una medida sancionatoria, es decir, de manera forzada. Estos motivos se resumen en la recomendación de la primacía ineludible

del enfoque de protección a la niñez en todos los casos donde la autoridad migratoria deba intervenir y su decisión pueda impactar en la vida y los derechos de un niño o niña. Si se trata de un niño no acompañado, y la vulnerabilidad que dicha situación conlleva, la forma de responder a esa situación por parte del Estado en el que se encuentra, debe ser indudablemente a través del prisma de la protección, y no por medio de una de las formas en que se reacciona en diversos países a la irregularidad migratoria. Se trata que en esas circunstancias se vea a un niño o niña con necesidad de –y derecho a la- protección y no a un infractor que merece una sanción.

En el caso de los NNA que están junto a sus padres, todos ellos en situación migratoria irregular, el desarrollo conceptual permitió postular, por un lado, que en caso de expulsión de los padres, era necesario una decisión individualizada respecto de los hijos, que no tuviera naturaleza punitiva, sino de protección de la unidad familiar. Por el otro, se argumentó también que en algunos casos, la protección de los NNA podría llevar al otorgamiento de un permiso de residencia a toda la familia, antes que a la salida del país del grupo familiar.

Como se puede ver en otros trabajos teóricos y realizados en terreno, de esta primera construcción del principio de no expulsión, se deriva todo el desarrollo teórico del Procedimiento de Determinación del Interés Superior del Niño (el cual se alimenta, por su puesto, de producciones que paralelamente hacían otros actores, como UNICEF y ACNUR)¹. De manera complementaria a estos abordajes, el procedimiento de determinación de interés superior se va configurando con modalidades e interpretaciones propias en esta tesis doctoral, que surgen de la observación en territorio de casos como el mexicano.

En este sentido, de acuerdo con las investigaciones efectuadas, mientras que diferentes especialistas e instituciones destacan que dicho procedimiento sólo debe regir cuando los niños y niñas se encuentran en procedimiento de asilo o se les concede el estatus de refugiados. Muy por el contrario, en la línea argumentativa desarrollada en los trabajos que he realizado, la determinación de interés superior debe contemplarse en todos los casos

¹ Ver, por ejemplo, el trabajo realizado por ACNUR en 2008, *UNHCR Guidelines on Determining the Best Interests of the Child*. Disponible en línea en: <http://www.unhcr.org/4566b16b2.pdf>.

de niños y niñas no acompañadas, sin excepción. Así, este mecanismo obliga a que se identifique cualquier necesidad de protección de derechos —no sólo las relativas a la protección de refugiados—, como también la solución más adecuada a las circunstancias, necesidades y derechos de cada niño y niña.

1.4. El principio de no detención

Otro ejercicio teórico que se va puliendo y desarrollando a través del refinamiento de la argumentación y de las tareas que generan incidencia en actores institucionales y procedimientos internacionales es el principio de no detención de NNA por razones migratorias. De este modo, el trayecto realizado durante el período de producción científica que viene a dar forma a esta tesis doctoral, permitió la construcción de fundamentaciones acerca de por qué el artículo 37.2 de la Convención de los Derechos del Niño no es aplicable al tema de niñez migrante.

En un primer momento, al examinar la cuestión de los derechos de NNA migrantes en el contexto latinoamericano y caribeño, se indicó que la privación de la libertad de niños y niñas migrantes sólo podría ser una medida de último recurso, tal como regula el derecho a la libertad el citado artículo de la Convención. Sin embargo, en ejercicios de reflexión posteriores, sobre la base de una profundización del análisis de esta problemática, abandoné esa posición para postular que la detención de NNA (solos o con sus padres) sobre la base de una irregularidad migratoria, no podía ser válida en ninguna circunstancia. En otras palabras, que había una contradicción insalvable entre esa privación de la libertad y el principio del interés superior del niño.

Se precisó que el art. 37.2 CDN regulaba situaciones en que NNA hubieran cometido una infracción de índole penal (un delito) por lo cual, en casos de irregularidades administrativas en materia de ingreso o residencia en el país, no podía regir el mismo criterio. De ahí que, en conjunción con los demás pilares de la Convención, se subrayó la prohibición de detención. Este postulado es válido para NNA no acompañados como para el caso de familias. En el último caso, se elaboraron argumentos dirigidos a desarmar la corriente que indicaba que los NNA podían ser detenidos con sus padres en razón de la

unidad familiar. Al contrario, el derecho a la vida familiar, en línea coherente con el interés superior del niño y el derecho a la libertad, indicaban de manera complementaria y coherente que la respuesta era la libertad para toda la familia, y no el encierro.

Ligado al principio de no detención, a modo de corolario, tanto en el trabajo realizado para UNICEF en 2008 como en iniciativas posteriores –como en el libro *Niñez Detenida-*, se hace hincapié en la creación de centros específicos de albergue para niños y niñas. Es decir, en ocasiones en que para su protección los NNA precisen ser estar alojados en algún lugar, ello implicaba la necesidad de desarrollar centros específicos para tal fin, y por ende establecimientos con una naturaleza radicalmente diferente por la cual se conciben los centros de detención migratoria (más allá de la gravedad que supone su mera existencia, y del error de su diseño con el modelo de los establecimientos penitenciarios). Un adecuado acercamiento desde una perspectiva de derechos de infancia, debería conducir a un diseño específico y coherente en lo institucional y normativo, sus objetivos de corto y largo plazo, la infraestructura, las actividades a realizar, los organismos gubernamentales y sociales involucrados, etcétera.

1.5. El derecho a la vida familiar

Las publicaciones compendiadas permiten observar cómo se fueron construyendo de manera progresiva una serie de argumentos teóricos cada vez más profundos en materia del derecho a la vida familiar. Si bien se trata de un derecho particular y ampliamente protegido en los tratados que conforman el DIDH, en el ámbito de las migraciones es posible identificar una variada gama de prácticas que afectan este derecho fundamental. Por esta razón, la mayoría de los trabajos contienen diversas reflexiones dirigidas a aportar insumos conceptuales que revitalicen la garantía de este derecho en el contexto migratorio.

Estos aportes teóricos comienzan con los dos elementos más clásicos en materia derechos de NNA y el derecho a la vida familiar en el marco de políticas migratorias. Esto es, por un lado, la protección del NNA contra las separaciones familiares arbitrarias, particularmente a través de medidas de expulsión o deportación de padres en situación migratoria irregular. Aquí, con base en el artículo 9 de la CDN, es donde tal vez se

encuentre la bibliografía más profusa sobre el tema, o incluso el desarrollo jurisprudencial más prolífico por parte de tribunales nacionales así como de organismos internacionales de derechos humanos, como la Comisión Interamericana (CIDH) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

La segunda derivación que ha tenido mayor atención en esta temática, aunque bastante menos que la primera, es la referida a la reunificación familiar, contemplada en el art. 10 CDN. Si bien en algunos contextos —como el caso de la Unión Europea— esta cuestión ha llegado incluso al desarrollo de una Directiva dedicada exclusivamente a ello (2003/86/CE), en otras regiones se trata de un derecho que tiene un abordaje más reciente. Algunos trabajos aquí comentados han puesto el énfasis en el impacto en la niñez de la existencia o no de Procedimientos de reunificación familiar que les permita migrar de manera regular para vivir con sus padres que migraron antes dejando a sus hijos en origen. En estas ocasiones, yendo un poco más allá en la construcción conceptual, se ha indagado sobre la cuestión de la irregularidad migratoria —y los obstáculos para la regularización— como un elemento que acaba denegando el derecho a la vida familiar, y en casos extremos, incrementando las riesgosas vías de migración irregular de niños y niñas.

En uno de los trabajos realizados desde la UNLa para la Oficina central de UNICEF (Nueva York) se pudo hacer un análisis más profundo sobre las múltiples aristas del derecho a la vida familiar en el contexto de la migración. En esa iniciativa, que luego derivó en una publicación realizada con colegas de la Universidad, se incorporaron novedosas reflexiones —con base en otros artículos de la CDN— dirigidas a fortalecer conceptualmente este importante derecho.

Entre otras cuestiones introducidas, cabe destacar la restricción a derechos sociales —entre ellos, derechos laborales— a los padres, con base en su nacionalidad y/o condición migratoria, y sus consecuencias en la satisfacción de sus obligaciones en el marco de la Convención para garantizar el desarrollo material, emocional, psicológico —en fin, integral— de sus hijos. Las trabas a la regularización migratoria y el tratamiento desigual en materia de derechos sociales no sólo constituyen factores que redundan en la mayor vulnerabilidad de la población migrante en países de destino, sino también en que la vida

familiar que busca proteger la Convención esté vaciada de una serie de elementos esenciales.

1.6. Derechos de NNA migrantes y la obligación de protección consular

Otro aporte conceptual novedoso que surgieron de algunas investigaciones que he coordinado y de publicaciones que he realizado de manera individual o colectiva —como coordinador de un equipo—, estuvo en torno a lo que podría denominar la construcción de un nuevo paradigma de protección consular —enfocado en los derechos de NNA. Se plantea en esos trabajos la necesidad de redefinir este derecho a la protección consular, incluido en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (de 1963), a partir de dos elementos.

El primero, de carácter general, en el sentido que la política consular, como cualquier otra política pública, debe estar permeada por las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos, en este caso con el deber adicional de protección consular que surge de varios artículos de la citada Convención. Al observar en el terreno la asistencia consular a NNA en el contexto de la migración, se pudo detectar la diversidad de problemas y desafíos en cuanto a los derechos de NNA migrantes, precisamente como consecuencia del vacío de un prisma de derechos en el propio diseño de la política consular, y por ende de los equipos consulares, las actividades que desarrolla, sus prioridades, etc.

La carencia de una perspectiva de derechos de NNA en las acciones de asistencia y protección consular —a pesar de que el art. 5 de la Convención de Viena impone deberes específicos respecto de la atención a niños y niñas—, redundando en una serie de problemas y desafíos de particular complejidad. En casos en que esos niños se ven privados de la libertad con base en su condición migratoria —como pude comprobar en los trabajos realizados en México—, la persistencia de un régimen consular que oscila entre la diplomacia y el carácter meramente asistencialista, coadyuva a la legitimación de prácticas que de forma sistemática afecta derechos esenciales de miles de niños y niñas que están en una situación de extrema vulnerabilidad. De ahí la importancia de visitar la base teórica y el alcance de ese derecho, a fin de nutrir debates que se traduzcan en reformas de políticas públicas y prácticas concretas.

2. Resultados e impacto de las publicaciones y su difusión

Este acápite está dedicado a describir de manera sintética los principales resultados de las publicaciones que se compendian en esta tesis. Estos resultados están estructurados con base en cuatro variables o ámbitos. Por un lado, se hace referencia a una serie de iniciativas en las que he participado en la misma temática abordada en la tesis, precisamente como consecuencia de la difusión y el impacto que han tenido las publicaciones que se presentan en el cuerpo central de la tesis doctoral. En segundo lugar, haré mención de algunos de los impactos más destacados de estos trabajos en el ámbito de la política pública, es decir, a la incidencia a nivel local o nacional en cuanto a la discusión, diseño y evaluación de políticas, normativas y prácticas desarrolladas por los Estados en materia de niñez y migración.

En tercer lugar, se describe sucintamente cómo estos trabajos influyeron de una u otra manera en iniciativas y procesos que se han dado en el contexto de los sistemas interamericano y universal de derechos humanos, contribuyendo así al progresivo desarrollo del DIDH. Seguidamente, se hace hincapié en el impacto y la divulgación de estas investigaciones y publicaciones a partir de mi labor docente, en la formación y consolidación de un equipo de investigación, en la participación en numerosos eventos internacionales, así como por medio de la producción científica de otros investigadores/as de esta temática o temas afines.

2.1. Publicaciones complementarias a la compilación de tesis doctoral

En líneas generales, en materia de producción científica, los trabajos que se enmarcan exclusivamente en la temática tratada en mi tesis de doctorado, en los cuales he sido el único o el principal autor, o el coordinador y/o editor, componen el cuerpo central de dicha tesis. No obstante, resulta preciso efectuar dos agregados en esta sección en cuanto a las publicaciones, dado que en buena medida acredita la incidencia de los trabajos reseñados en las líneas de acción de una amplia diversidad de actores e instituciones sociales, políticas y académicas.

Por un lado, es pertinente subrayar que en este mismo período he participado en otros trabajos de investigación o difusión en la misma temática, en co-autoría con otras personas especializadas. Por el otro, cabe destacar que en el marco de la mayoría de otra serie de artículos que he escrito en este tiempo, el tema de la niñez en el contexto de la migración está de una u otra forma presente, de manera transversal, al ser analizadas diversas problemáticas sobre derechos humanos de las personas migrantes. El listado de estas últimas se puede consultar en el Anexo I que acompaña a esta Tesis. Las demás, referidas a niñez y migración, serán comentadas brevemente a continuación.

El trabajo realizado desde 2008 con la Oficina regional de UNICEF, y desde 2009 con su Oficina en Argentina, permitió también iniciar una vinculación con su representación central en Nueva York. En el capítulo introductorio ya se describieron algunos trabajos realizados en el contexto de esta colaboración. Aquí resta agregar que en ese marco he podido coordinar otras investigaciones y producciones conceptuales que dieron lugar a documentos que luego fueron editados y publicados por UNICEF. En particular, entre otros, es importante mencionar un documento de trabajo sobre derechos económicos, sociales y culturales de NNA migrantes y NNA de padres migrantes, en 2010.²

De la misma manera, en el marco de la colaboración entre el CJDHUNLa y la oficina regional de UNICEF, coordiné la elaboración de tres documentos de trabajo —que constituyeron un producto de meses de investigación en cada caso— dirigidos a fortalecer el trabajo de esta agencia en materia de niñez migrante. Por un lado, entre 2011 y 2012 se elaboró una herramienta de *Indicadores de Derechos Humanos Aplicables a Niños, Niñas y Adolescentes Migrantes en América Latina y el Caribe*. Por el otro, entre 2012 y 2013, se produjo un *Manual para la Protección y Promoción de los Derechos de la Niñez en el Contexto de la Migración*, dirigido a las oficinas de UNICEF en la región. En 2014, finalmente, se hizo un mapeo que describe los principales *Centros de Excelencia para la Protección de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes en América Latina y el Caribe*, el cual incluye una sección específica sobre aquellos centros especializados en temas de niñez y migración.

² El trabajo completo, difundido en inglés, puede hallarse en línea en el siguiente sitio de UNICEF: http://www.unicef.org/spanish/socialpolicy/files/Economic_Social_and_Cultural_Rights_of_Migrant_Children.pdf.

Asimismo, las oficinas de Argentina y América Latina de UNICEF me contactaron en mi carácter de Coordinador del Programa Migración y Asilo del CJDHUNLa, en el marco del proceso iniciado por los Estados del Mercosur, al solicitar una Opinión Consultiva a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de niñez y migración (más abajo vuelvo sobre el tema para señalar la incidencia de las publicaciones compendiadas en este proceso). El motivo de ello fue el de solicitarnos un apoyo técnico para la realización de un escrito –*Amicus Curiae*– que UNICEF presentaría ante la Corte IDH.

De esta manera, junto a Alejandro Morlchetti, elaboramos el borrador de lo que fue la presentación oficial de UNICEF ante la Corte en el año 2013, luego de algunos cambios y agregados como resultado de un proceso de consultas con especialistas de UNICEF en la región.³ Este trabajo daba cuenta por entonces del valioso trabajo que se había realizado previamente para esas oficinas de UNICEF.

Por otra parte, particularmente como consecuencia del trabajo realizado sobre niñez y migración en el contexto mexicano, desde el consorcio *CAMMINA* (integrado por *Open SocietyInstitute*, *Fundación Avina*, *Fundación Ford*) me invitaron a realizar una consultoría. El objetivo consistió en la elaboración de un Mapeo de Organizaciones de la Sociedad Civil que trabajan la temática de niñez y migración en Centro y Norte América, desarrollado durante 2013. Este trabajo, para el cual armé un equipo de investigación integrado por 5 especialistas de la región, fue importante a efectos de que *CAMMINA* pudiera apoyar desde entonces el trabajo que numerosas instituciones académicas y sociales realizan en esta temática en el complejo contexto de la región.

En 2014, me contactaron de la Revista *Migration Studies*, que forma parte de las publicaciones de *Oxford Journals*, con el fin de solicitarme la redacción de una reseña sobre el nuevo libro de una de las personas más reconocidas a nivel internacional en la temática de niñez y migración: la Profesora estadounidense Jacqueline Bhabha

³ El *Amicus Curiae* presentado por UNICEF ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, puede consultarse en línea en: http://www.unicef.org/argentina/spanish/Amicus_Curiae_COMPLETO.pdf

(Universidad de Harvard), cuya obra se titulaba precisamente *Child Migration & Human Rights in a Global Age*, y fue publicada por Princeton University Press.⁴

Es oportuno señalar también que fui invitado a ser co-autor de uno de los capítulos del libro titulado *Migration & Youth. Challenges and Opportunities*, bajo la coordinación de UNICEF (en representación de las agencias internacionales que conforman el Global Migration Group, GMG). El capítulo elaborado, en el cual participaron especialistas como Patrick Taran (Presidente de Global Migration Policy Associates) y François Crépeau (Relator de la ONU sobre Derechos de Migrantes), se publicó como *Human Rights of Adolescents and Young Migrants, particularly those in Irregular Situations*.

Más recientemente, presenté una breve ponencia en el marco de un Seminario internacional organizado por la Secretaría de Relaciones Exteriores de México, en julio de 2015. El tema central del encuentro era de la migración de jóvenes y adolescentes –en el contexto de la entonces discusión de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, luego aprobados por la Asamblea General de la ONU-. En esa oportunidad, mi exposición oral, así como la ponencia presentada por escrito, estuvo dirigida a enfatizar el rol central de los derechos humanos para un abordaje adecuado, eficaz e integral a la relación entre juventud, migración y desarrollo humano en Centro y Norte América.⁵

Por último, cabe destacar que diferentes organizaciones no gubernamentales de la región latinoamericana, me han invitado a realizar contribuciones escritas a sus herramientas de difusión. De esta manera, escribí una nota en 2011 sobre Niñez, Migración y Derechos Humanos para el Boletín *Entre Tierras* (publicación de Ecuador y la región andina),⁶ y otra en 2015 sobre la detención de NNA migrantes en México, para el Boletín *Derribando Muros*, editado por el CDH Fray Matías de Córdova.⁷

⁴ La reseña que he escrito fue publicada en marzo de 2015, y puede consultarse en la siguiente dirección en línea: <http://migration.oxfordjournals.org/content/early/2015/03/16/migration.mnv001.extract>.

⁵ La ponencia presentada, publicada en la Revista México Social –de agosto de 2015-, puede consultarse en: <http://www.mexicosocial.org/index.php/secciones/especial/item/834-la-importancia-de-los-derechos-humanos>.

⁶ Boletín Entre Tierras, Quito, Diciembre de 2011; la nota llevó como título el siguiente: *Niños, niñas y adolescentes migrantes y derechos humanos: La opinión consultiva del MERCOSUR ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*.

⁷ Boletín Derribando Muros, No. 2, abril de 2015. Ver la nota completa, *Niñez migrante en México*, en [http://www.observatoriodemigracion.org.mx/media/files/Derribando-Muros-15-Abril-2015%20\(1\).pdf](http://www.observatoriodemigracion.org.mx/media/files/Derribando-Muros-15-Abril-2015%20(1).pdf).

En síntesis, esta breve descripción de otras actividades de producción y divulgación acerca de la misma temática, da cuenta de la relevancia que han tenido los diferentes trabajos de investigación que se presentan en esta tesis. Estas otras iniciativas en las que he participado, así como las acciones que se describen a continuación, permiten resaltar la amplia difusión y atención que han tenido esas publicaciones.

2.2. Impacto y resultados en el ámbito de las políticas públicas

En esta sección, se presentan los principales resultados que las publicaciones —en particular, algunas de ellas— han tenido en materia de políticas públicas. Esto es, en la generación de discusiones y procesos de diálogo de diferentes organismos públicos a nivel local, nacional y regional; en el surgimiento de iniciativas normativas; o, al menos, en la aportación de reflexiones y propuestas a diferentes ámbitos de diseño o evaluación de políticas públicas, en materias directa o indirectamente vinculadas a los temas migratorios y/o de protección de la niñez.

En este sentido, en las investigaciones que se han llevado a cabo en terreno —en Argentina y México— los resultados de esas acciones (las publicaciones) han posibilitado oportunidades especialmente valiosas para la difusión y el impacto de los hallazgos y las recomendaciones allí incluidas. Al respecto, puede afirmarse que la difusión del libro *Niñez Detenida*, de la que fui coordinador general, editor y principal autor, generó una serie de impactos en materia de discusión y elaboración de políticas públicas en el contexto mexicano, e incluso regional. Esas recomendaciones y reflexiones revelaron una gran capacidad de impacto y de alcance en términos de acciones concretas. Entre sus consecuencias positivas más destacadas, se cuenta la creciente visibilidad que va cobrando la temática tratada en el ámbito mexicano y en la región, en tanto actores gubernamentales, académicos como la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), y organizaciones no gubernamentales empezaron a prestar atención a los problemas señalados en el informe.

A modo de ejemplo, en febrero del 2013 se realizó un encuentro de presentación de esta publicación en el Senado de la República (México), donde participaron legisladores

nacionales de los que, asimismo, muchos de ellos pertenecen a la Comisión legislativa de Derechos de la Niñez y otras comisiones parlamentarias.⁸ Al año siguiente, un grupo de senadoras mexicanas presentaron un proyecto de ley con el objetivo de reformar la ley de migración e introducir allí una serie de disposiciones en materia de derechos de NNA. Como puede evidenciarse en los argumentos de la iniciativa, la publicación *Niñez Detenida* estuvo entre las principales fuentes de información⁹. De igual manera, en septiembre del 2014, el diputado Adán Ruiz Gutiérrez presentó un proyecto de ley sobre la readecuación de presupuesto para municipios transfronterizos donde se refiere a la situación de personas migrantes en la región citando la misma publicación.¹⁰

En el contexto del trabajo en Argentina, como resultado de la primera publicación sobre niñez y migraciones y en cooperación con la oficina local de UNICEF, en 2011 se crearon tres espacios inter-institucionales de discusión sobre esta temática, coordinados por el CJDHUNLa: uno de ellos estuvo centrado en el derecho a la educación de NNA migrantes y de hijos e hijas de migrantes; otro, en el derecho a la salud; y el tercero sobre adecuación normativa y prevención de la xenofobia.

De esta manera, a lo largo de más de dos años, representantes de diversas instituciones gubernamentales (Ministerios del nivel nacional, organismos locales), organizaciones sociales y especialistas académicos, se reunieron periódicamente con el fin de promover medidas que coadyuvasen en una mejor protección de los derechos de NNA en el contexto de la migración en Argentina. De esas Mesas de Trabajo salieron numerosas iniciativas concretas que profundizaron cambios positivos en políticas públicas en el ámbito de las migraciones, los derechos de la niñez y protección social.

Sin perjuicio de las iniciativas aquí mencionadas, y otras que se omiten por razones de brevedad, es importante hacer notar otras formas por las cuales las publicaciones pudieron generar incidencia indirecta en políticas públicas. Una de ellas, como veremos a

⁸ Una noticia de este evento puede leerse en <http://prd.senado.gob.mx/wp/?p=38313> (fecha de consulta: 19/8/2015).

⁹ Ver <http://www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/62/2/2014-04-03-1/assets/documentos/migrantes.pdf> (visto en línea el día 15/09/2015).

¹⁰ El proyecto de ley, presentado por el diputado Adán Ruiz Gutiérrez, puede consultarse en línea en el sitio: <http://circulorojomx.com/CirculoRojo/public/public/assets/iniciativas/402iniciativa2687.pdf> (fecha de consulta: 19/8/2015).

continuación, es a través de los mecanismos internacionales de derechos humanos. Otra, como se puede verificar en el Anexo II, es por medio de la participación como invitado en diferentes eventos organizados por áreas gubernamentales de distintos países de la región, en los que tuve la posibilidad de difundir los trabajos aquí compendiados.

2.3. Impacto en el desarrollo del Derecho Internacional de Derechos Humanos

Algunos de los trabajos realizados en estos últimos ocho años, que dan forma a esta tesis, han tenido un especial impacto en los denominados mecanismos internacionales de derechos humanos. Es decir, en el trabajo de organismos creados por los Sistemas de derechos humanos a nivel Regional (Interamericano) o Universal (Naciones Unidas).

En este sentido, es importante notar en primer lugar la relevante influencia que tuvo la primera investigación elaborada en cooperación con la Oficina regional de UNICEF para América Latina y el Caribe. En efecto, más allá de otros impactos ya comentados, esa publicación sirvió de base para la Solicitud que hicieron los entonces Estados miembros del Mercosur, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a fin de que ésta emitiera una Opinión Consultiva sobre los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes Migrantes en el contexto de la Migración Internacional.¹¹ Es decir, lo que podría denominarse un hito en el desarrollo de obligaciones y estándares internacionales en materia de niñez y migración, la Opinión Consultiva Nro. 21 de la Corte IDH¹² tuvo en su origen la publicación mencionada entre los principales puntos de referencia.

Por otra parte, es oportuno mencionar que, a propuesta de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), ejercí tareas de perito en dos casos judiciales sometidos por la CIDH ante la Corte Interamericana (Corte IDH). Allí tuve la posibilidad no sólo de

¹¹ Ver al respecto la nota al pie 3 del Escrito de Solicitud de los Estados del Mercosur a la Corte IDH, donde se lee lo siguiente: “En el análisis de la temática migratoria realizado en este documento, se tomó como base la investigación ‘Estudio sobre los estándares jurídicos básicos aplicables a niños y niñas migrantes en situación migratoria irregular y algunas líneas de acción para su protección’, Universidad Nacional de Lanús –Centro de Derechos Humanos- y Oficina Regional de UNICEF para América Latina y el Caribe”.

¹² Corte IDH, Opinión Consultiva OC-21/14, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, del 19 de agosto de 2014.

difundir algunos de los trabajos realizados en el tema, sino también de profundizar ciertas líneas de argumentación.

En el caso *Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia*, elaboré y presenté un peritaje escrito sobre estándares de derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes en el marco de procedimientos de solicitud de asilo y procesos migratorios (marzo de 2013). Luego, en el caso *Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas v. República Dominicana*, realicé un peritaje de manera oral en torno a los estándares internacionales de derechos humanos de las personas migrantes, incluyendo derechos de NNA (octubre de 2014). En ambos casos, algunos de los argumentos presentados en los peritajes fueron expresa o implícitamente considerados por la Corte Interamericana.¹³

Otro de los espacios claves del DIDH donde se puede constatar el impacto del trabajo que he estado realizando en el tema niñez y migración, es en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas, particularmente en diferentes organismos especializados en derechos humanos. Al respecto, ya se ha hecho referencia sobre las diferentes iniciativas que se han llevado adelante con una de las instituciones claves en este tema, UNICEF. A ello cabe agregar, por un lado, algunas consultorías que he realizado para otras agencias del sistema de Naciones Unidas. En ese entonces, también fui invitado a una de las reuniones de consulta organizadas por el Alto Comisionado para los Derechos Humanos, en el marco de lo que luego fuera un Informe especial de este organismo en materia de derechos de la niñez en el contexto de la migración.¹⁴

En 2013, fui contratado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) para evaluar a través de un Mapeo la labor realizada por esta institución en la temática de migraciones laborales y derechos de trabajadores migrantes y sus familias, incluyendo niños y niñas. Como corolario del Informe que elaboré en el marco de esa consultoría, a mediados de 2015 inicié otra propuesta de la OIT dirigida a elaborar un Plan de Acción que esta organización debería implementar en la región en el período 2016-2019 en la temática de migraciones laborales y protección de las personas migrantes trabajadoras y sus familias.

¹³ Corte IDH, Caso *Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana*, sentencia del 28 de agosto de 2014. Caso *Pacheco Tineo y otros vs. Estado Plurinacional de Bolivia*, sentencia del 25 de noviembre de 2013.

¹⁴ La referencia completa del evento se encuentra en el Anexo II de esta tesis.

En el mismo sentido, entre los años 2010 y 2012 fui consultor de la Oficina en Argentina del Fondo de Población de Naciones Unidas (UNFPA). Mi tarea allí estuvo enmarcada en un proyecto internacional relativo a la promoción de los derechos sexuales y reproductivos de mujeres y adolescentes migrantes. La iniciativa contempló actividades de investigación, difusión y promoción de derechos, articulación inter-institucional, e incluso una publicación sobre el tema (en co-autoría con Sergio Maulen, incluida en el Anexo I).

De igual manera, es oportuno mencionar que en 2014 fui contratado como consultor de un grupo de agencias internacionales (UNICEF, el Alto Comisionado de la ONU sobre Derechos Humanos, el Banco Mundial), con el fin de elaborar un documento en materia de Indicadores sobre Derechos de Migrantes, el cual fue publicado en inglés, castellano y francés, y se realizó con la co-autoría de Michele le Voy y Lilana Keith.¹⁵ En este documento, centrado en los derechos a la salud, a la educación, y en los derechos laborales, la situación de la niñez es abordada de manera transversal en los tres casos.

Por último, considero apropiado destacar que en mayo de 2013 fui elegido como miembro del Comité de Naciones Unidas para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias (2014-2017), por votación de los Estados Parte de la Convención del mismo nombre, para un mandato de 4 años (enero 2014-diciembre 2017). En el marco de esta tarea, cabe subrayar que he presentado una iniciativa para que este Comité, en articulación con el Comité de Derechos del Niño, elabore una Observación General Conjunta sobre los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes migrantes en el contexto de la migración internacional.

De esta manera, actualmente integrantes de ambos Comités integran un grupo de trabajo (el cual coordino junto a un colega del Comité de Derechos del Niño) con el objetivo de redactar un documento que sin constituirán directrices internacionales que deberían guiar las políticas y prácticas en esta materia por parte de los 195 Estados que han ratificado la CDN (48 de ellos también han ratificado la Convención para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y miembros de sus Familias).

¹⁵ La versión completa de este informe, en los tres idiomas, puede descargarse del sitio web de la Iniciativa KNOMAD (The Global Knowledge Partnership on Migration and Development): <http://www.knomad.org/>.

2.4. Otros resultados e impactos de las investigaciones y publicaciones

En esta sección se han aglutinado una variedad de acciones e iniciativas que permiten identificar otras formas de identificar el impacto y los resultados de las investigaciones y publicaciones compendiadas. Se presentan, muy sucintamente, en subsecciones organizadas en torno a tres clases de iniciativas: docencia; divulgación en eventos internacionales; y formación de equipo de investigación.

2.4.1. Publicaciones y labor docente

A lo largo del período de producción y divulgación que abarca esta tesis, es posible identificar cómo las investigaciones realizadas se han ido complementando con una labor docente. En este sentido, es atinente subrayar que, por un lado, los trabajos de investigación y difusión han contribuido de una manera significativa al diseño de actividades de docencia en materia de migraciones y derechos humanos, incluyendo la cuestión de la niñez. Por el otro, esos ámbitos docentes han constituido espacios particularmente relevantes para la difusión de los hallazgos de esos trabajos, para revisitarlos críticamente, o incluso para pensar otras líneas de investigación.

En este contexto, creo oportuno destacar los diferentes Cursos de Migraciones y Derechos Humanos a mi cargo, tanto a nivel de posgrado como de grado: a) **Maestría en Derechos Humanos** de la Universidad Nacional de Lanús, desde 2009 en adelante; b) **Maestría en Políticas y Gestión de las Migraciones**, Universidad de Buenos Aires (2010-2012) y Universidad Nacional Tres de Febrero (2013); c) **Maestría en Derechos Humanos y Democratización**, de la Universidad Nacional de San Martín (UNSAM), desde 2013 en adelante; d) **Licenciatura en derecho (abogacía)** de la Universidad de Buenos Aires, 2011 en adelante.

En todos esos cursos existe un módulo específico referido a los derechos de los niños, niñas y adolescentes en el contexto de la migración. A ello, como se señaló antes, cabe agregar mi rol de Profesor invitado en el *International Interdisciplinary Course Children's Rights and Globalization: From Principles to Practice*, de Universidad de Amberes,

Bélgica (desde 2010), en los cuales estoy a cargo de una clase dedicada exclusivamente a derechos humanos, niñez y migración.

Finalmente, cabe mencionar que desde el año 2015, desde la Universidad Nacional de Lanús, se dicta la Especialización en Migración y Asilo desde una perspectiva de Derechos Humanos, de la cual soy el Director. Se trata de un Curso de posgrado anual (9 meses) semi-presencial, dirigido a personas que trabajan en estas temáticas en áreas gubernamentales, agencias internacionales, organizaciones de la sociedad civil, o en ámbitos académicos, con especial interés en quienes se desempeñan en países de América Latina y el Caribe. En el marco de este Curso, una Asignatura completa (de 4 semanas de duración) está dedicada a los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes migrantes en el contexto de la migración.

2.4.2. La difusión de las publicaciones en eventos internacionales

Tal como puede verse de manera detallada en el Anexo II que se presenta en esta Tesis, en el transcurso de estos años he participado en numerosas actividades de divulgación científica, debates de políticas públicas y procesos de promoción de derechos en organismos internacionales. Todas estas actividades han estado dedicadas a analizar diferentes temáticas sobre migraciones y derechos humanos, pero un porcentaje importante de ellas han abordado específicamente a la cuestión de la niñez y las migraciones.

Estas actividades, al tiempo que representaban una oportunidad inmejorable para la difusión de las investigaciones y publicaciones realizadas, significaron un reconocimiento al trabajo realizado, así como un espacio de especial utilidad para incorporar nuevas herramientas de análisis, marcos comparativos, o incluso para forzar alianzas con otros especialistas en esta materia.

2.4.3. El impacto en la conformación y consolidación de un equipo de investigación

Al repasar los diferentes resultados que se han generado a partir de las investigaciones y publicaciones en las que he trabajado como autor y/o coordinador, es oportuno resaltar el impacto en la conformación de un equipo de trabajo especializado en el tema. En efecto, mientras que en 2008, durante el desarrollo de la investigación encargada por la Oficina regional de UNICEF, era la única persona que trabajaba en la temática migratoria en el Centro de Derechos Humanos de la UNLa, ocho años después los resultados evidencian un importante y positivo cambio.

Por un lado, el impacto de los primeros trabajos llevó a que fuera necesario ir incorporando a diferentes profesionales de distintas disciplinas (derecho, sociología, filosofía, comunicación) con experiencia en el campo de los derechos humanos y/o las migraciones. Los conocimientos en materia de derechos de NNA fueron especialmente importantes, dado los proyectos existentes en el tema. Así, mientras que en la actualidad existe un equipo de trabajo de al menos diez personas que a tiempo completo o parcial trabajan en el Programa de Migración y Asilo en ese centro. En este sentido, fue el impacto de esas iniciativas lo que condujo a la creación de un Programa especializado en el tema.

Es en este mismo contexto que este Programa de Migración y Asilo se ha ido convirtiendo paulatinamente en un lugar de referencia en la temática de derechos humanos y migraciones, y muy especialmente en lo relativo a los derechos de los niños, niñas y adolescentes en tal contexto. Las diferentes propuestas, invitaciones, consultas que recibe el Programa, tanto a nivel nacional como regional, o incluso de instituciones y personas de otras regiones, dan cuenta del importante impacto que ha tenido el trabajo realizado en los últimos años, particularmente en el marco de las investigaciones y publicaciones que han sido integradas al cuerpo central de esta Tesis.

3. Reflexiones finales: preguntas y desafíos para continuar la investigación

A modo de cierre de esta Tesis, creo que es importante efectuar algunas apreciaciones, con el objetivo de recapitular ciertas cuestiones pero sobretodo con miras a futuras líneas de trabajo en esta temática. En particular, considero en primer lugar que los

trabajos que han sido compilados evidencian por un lado un recorrido de producción científica que ha incluido una especial combinación de formas de indagación y difusión.

En segundo lugar, estos trabajos han intentado ir desarrollando paulatinamente una serie de aportes teóricos y prácticos sobre un campo de estudio en buena medida novedoso, y tal vez aquí está un factor especialmente interesante. El fenómeno examinado por estas iniciativas es ciertamente una realidad contemporánea reciente, con una serie de elementos que la caracterizan que son indudablemente inéditos, tanto en el ámbito de las migraciones como de los derechos humanos, y de las políticas públicas en general. A eso debe agregarse su extrema complejidad, no sólo por la gravedad de algunas situaciones sino también por el amplio número de aristas que la componen.

En cierta forma, las producciones que describen esta tesis revelan un intento de construir desde lo conceptual, pero con un pie firme en esa realidad, una serie de directrices que coadyuven a abordar esta problemática de manera comprensiva y, en especial, desde un enfoque de derechos humanos. Los hallazgos de estos trabajos indican la profundidad y diversidad de los retos que se encuentran por delante, dada la multiplicidad de amenazas a los derechos humanos que afectan a los NNA, comenzando por las propias causas estructurales de la migración, y siguiendo por los riesgos y abusos que enfrentan los NNA y sus familias en muchos países de tránsito y destino.

Este escenario sumamente complejo precisa entonces una batería de respuestas por parte de una amplia diversidad de actores, incluyendo el ámbito académico. Los trabajos compendiados por esta tesis han pretendido ser un ínfimo aporte a desafíos de índole estructural. Por ello, es posible considerar estas iniciativas como un punto de partida de futuras líneas de investigación, debate y producción que permitan seguir contribuyendo en la difusión de ideas, reflexiones y propuestas sobre esta problemática.

Entre los numerosos temas que precisan ser explorados con mayor profundidad, están indudablemente cuestiones como la creciente tendencia a la privación de la libertad de NNA migrantes a escala global. También, el notable incremento de los niños y niñas que migran solos o con familiares entre países y regiones. Muchas veces, lo hacen poniendo en riesgo sus vidas por una diversidad de factores, lo cual lleva a la necesidad de indagar sobre

las responsabilidades de distintos actores sobre las miles de desapariciones y muertes de personas en determinadas rutas, incluyendo un porcentaje de niños y niñas de cada vez más corta edad. Temas como el acceso a la justicia de NNA migrantes, la protección de la vida familiar en un sentido comprensivo, y la interdependencia entre los derechos de NNA y los derechos de sus padres migrantes –en particular, en situación migratoria irregular– también precisan de estudios más incisivos.

En definitiva, existen numerosas líneas de acción posibles a futuro que permitirían dar continuidad a esta tarea. El hecho de haber podido llevar adelante las investigaciones e iniciativas que dieron lugar a las publicaciones compendiadas en esta tesis, representa un paso importante en tal sentido. A ello se debe agregar los diferentes ámbitos de pertenencia institucional, que también ha sido un resultado de esos trabajos. Todo ello conduce al interés y la oportunidad de continuar ese camino, iniciado en buena medida gracias a la posibilidad de ampliar y enriquecer la formación a partir del Doctorado realizado en la Universitat de València.

A handwritten signature in black ink, consisting of several fluid, overlapping strokes that form a cursive script. The signature is centered on the page.

Pablo Ceriani Cernadas

Anexo I: Publicaciones complementarias

En este anexo se presenta un listado de trabajos elaborados a lo largo del período 2008-2015, que no han sido escogidos para integral el Compendio de publicaciones que forman parte de esta Tesis. Se trata de diferentes producciones que, en algunos casos, no se refieren exclusivamente a la temática de niños, niñas y adolescentes en el contexto de la migración. En otros, que sí se centran en la materia que aborda la tesis, no he sido el principal autor de la publicación. Algunos de estos trabajos consisten en libros completos (en carácter de Editor), otros son capítulos de libros, artículos de Revistas o bien producciones que han sido difundidas a través de bases de datos digitales.

Libros

- ❖ **Migrar en las Américas: movilidad humana, información y derechos humanos**, Ed. Gedisa, Ciudad de México, 379 páginas, 2014. ISBN 978-84-9784-864-0. Coordinador del libro, junto a Rodolfo Alcaraz y José Knippen
- ❖ **Políticas migratorias y derechos humanos**, Ed. Universidad Nacional de Lanús, Buenos Aires, 2009, 391 páginas. ISBN 978-987-1326-34-1. Editor, junto a Ricardo Fava.

Artículos

- ❖ **Improving Migrants' Rights in Times of Crisis: Migration Policy in Argentina since 2003**, en *Global Migration: Myths and Realities*, Diego Acosta Arcarazo and Anja Wiesbrock (Eds.), Praeger, 2015. ISBN 978-1-4408-0422-9.3 Vols.; Vol. 2, pp. 129-157.
- ❖ **Migraciones y Derechos Humanos. El Rol del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y sus Familias, de Naciones Unidas. Desafíos y oportunidades en un escenario complejo**, en *Revista Derechos Humanos*, Año III, Nro. 7, Ministerio de Justicia, Buenos Aires, 2014, pp. 83-101. ISSN: 2314-1603.
- ❖ **Human Rights of Adolescents and Young Migrants, particularly those in Irregular Situations**, en UNICEF / Global Migration Group, *Migration & Youth:*

Challenges and Opportunities, cap. 2, 29 páginas. Ginebra, 2014; en co-autoría con F. Crepeau, M. Le Voy, A. Morlchetti y P. Taran. Capítulo de libro.

❖ **Información pública, derechos humanos y migraciones: las paradojas del caso argentino**, en Ceriani, Córdova, Knippen (Coords.), *Migrar en las Américas*, op. cit., Ciudad de México, 2014, pp. 235-279.

❖ **El miedo a la igualdad: prejuicios y argumentos sobre el derecho a la salud de las personas migrantes**, en Clérico, L.; Ronconi, L.; Aldao, M.; *Tratado de Derecho a la Salud*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013.3 Tomos. T. 1, capítulo XXVI, pp. 627-656. ISBN 978-950-20-2525-4. Co-autoría con Laura Finkelstein. Capítulo de libro.

❖ **¿Estado de derecho o estado de excepción? La detención de migrantes en Estados Unidos según el Informe de la CIDH**, en co-autoría con Ana Gómez Salas y Agustina Hernández Bologna, en *Revista Derechos Humanos*, Año II, Número II, Buenos Aires, marzo 2013, pp. 131-165. ISSN: 2314-1603.

❖ **Apuntes críticos sobre derechos humanos, migraciones y libre circulación de personas en el MERCOSUR**, en *Derechos Humanos. Reflexiones desde el Sur*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Buenos Aires, 2012, 316 páginas, pp. 83-118; ISBN: 978-987-28449-4-3.

❖ **Migrantes como sujetos de derechos sexuales y reproductivos: Jujuy y ciudad de Buenos Aires**, en Leyva, René y Guerra, Germán (Eds.), *Fronteras y Salud en América Latina: Migración, VIH-SIDA, violencia sexual y salud sexual y reproductiva*, INSP, Ciudad de México, 2012, 195 páginas, pp. 35-48. En co-autoría con Marcela Cerruti y Sergio Maulen. Capítulo de libro. ISBN: 978-607-511-010-3.

❖ **Ciudadanía, migraciones y libre circulación en el Mercosur: ¿hacia un paradigma basado en los derechos humanos o la réplica del modelo excluyente de la Unión Europea?**, en *Revista Derecho Migratorio y Extranjería*, No. 30, Ed. Lex-Nova, Zaragoza, 2012; pp. 259-287.

❖ **Luces y Sombras en la legislación migratoria latinoamericana**, en *Revista Nueva Sociedad*, Nro. 233, Mayo-Junio 2011, ISSN: 0251-3552.

- En 2015 se publicó una versión actualizada, en inglés, en colaboración con Luisa Feline Freier, bajo el título **Migration policies and policy making in Latin America and the Caribbean: lights and shadows in a region in transition**, en Cantor, David, L.F. Freier

and Jean-Pierre Gauci (eds.), *A Liberal Tide? Immigration and Asylum Law and Policy in Latin America*, School of Advanced Study, University of London, pp. 11-32.

❖ **El laberinto mexicano: política migratoria y derechos humanos**; Prólogo al libro *En tierra de nadie. El laberinto de la impunidad*, publicado por I(dh)eas. Ciudad de México, 2011. ISBN: 978-607-95578-0-5. 232 páginas; pp. 8-18,

❖ **De políticas migratorias y editoriales políticas: Inmigración y xenofobia en el Diario La Nación**, Buenos Aires, 2011 (publicado en la Base de Datos INFOJUS, Sistema Argentino de Información Jurídica, www.infojus.gov.ar).

❖ **Migrant Rights and Migration Control Policies in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Challenges, Obstacles, and Opportunities for Litigation**, en *Migration and Deportation in West Africa. Developing Effective Remedies*, Amadi, Sam (Ed.), OSIWA, Dakar, 2010, pp. 49-84.

❖ **Derechos Sociales de Migrantes y Políticas Públicas en América Latina. La universalidad de los derechos en riesgo**, en co-autoría con Pablo Asa, en AA.VV., *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*, Ed. Siglo del Hombre, Bogotá, 2010, 573 páginas; pp. 333-386. ISBN: 978-958-665-152-3.

❖ **Control migratorio europeo en territorio africano: la omisión de la extraterritorialidad de las obligaciones de derechos humanos** (en Español, Inglés y Portugués), *Sur International Human Rights Journal* No. 10, Sao Pablo, Octubre 2009, pp. 189-214. ISSN: 1806-6445.

❖ **La Directiva de Retorno de la Unión Europea: comentarios críticos desde una perspectiva de derechos humanos**, en *Anuario de Derechos Humanos*, No. 5, Facultad de Derecho de la Universidad De Chile, 2009, ISSN: 0718-2058.

❖ **Migración y trabajo doméstico en Argentina: las precariedades en el marco global** (Coord.), en Valenzuela, María Elena, y Mora, Claudia (eds.), *Trabajo doméstico: un largo camino hacia el trabajo decente*, OIT, Santiago de Chile, 2009, 304 páginas; pp. 147-190. ISBN: 978-92-2-323236-8. Capítulo de libro.

❖ **Un enfoque de derechos humanos a los derechos políticos de migrantes en España: la ilegitimidad del principio de reciprocidad**, en De Lucas, Javier y Solanes Ángeles (eds.), *La igualdad en los derechos: claves de la integración*, Ed. Dykinson, Madrid, 2009, 541 páginas, pp. 481-519; ISBN 978-84-9849-384-9. Capítulo de libro.

❖ **Políticas migratorias, el derecho a la igualdad y el principio de no discriminación. Una aproximación desde la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos**, en co-autoría con Diego Morales y Ricardo Fava, en Ceriani Cernadas y Fava (eds.), **Políticas Migratorias y Derechos Humanos**, op. cit., 2009. Capítulo de libro.

Anexo II: Presentaciones en conferencias, paneles y seminarios especializados

En este anexo se han incluido la información acerca de mi participación en diversos eventos (Seminarios, Conferencias, Reuniones, Encuentros) que se hayan referido específicamente a la temática de niñez y migración, o bien, en caso que el tema de la actividad haya sido más amplio, mi presentación haya estado centrada en dicho tema.

- ❖ Expositor en el encuentro internacional *Cerrar las Brechas. Seminario regional sobre estrategias para favorecer la integración y reinserción de las personas migrantes*, organizado por la Secretaría de Relaciones Exteriores de México, los días 14 y 15 de julio de 2015, en Ciudad de México.
- ❖ Panelista de una ponencia sobre derechos de NNA en el contexto de la migración en Centro y Norte América, en el Simposio *Immigration and Freedom of Movement*, en la University of Texas, organizado por el *Texas International Law Journal*, Austin, Texas, Estados Unidos, 5 de febrero de 2015.
- ❖ Panelista invitado en el Encuentro Internacional *Children on the Move and ICT. Protection without Borders*, organizado por Save the Children, Estocolmo, Suecia, 26 de noviembre de 2014.
- ❖ Exposición en calidad de experto invitado a la *Reunión Internacional de Trabajo de los Comités Nacionales de Unicef* para Europa, Norte América y Oceanía, desarrollada en Londres, Inglaterra, el 6 de noviembre de 2014.
- ❖ Expositor en el *Encuentro Internacional sobre Niñez Migrante no Acompañada*, Colegio de la Frontera Norte, Tijuana, México, 23 de junio de 2014.
- ❖ Panelista en el Seminario sobre *La situación de la niñez migrante salvadoreña: problemáticas y posibles soluciones*, organizado por el Ministerio de Relaciones Exteriores de El Salvador, el Consejo de Niñez y Adolescencia, el Centro de Derechos Humanos Fray Matías de Córdova, la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas y la Universidad Nacional de Lanús, San Salvador, 24 de julio de 2013.
- ❖ Panelista en la Audiencia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Audiencia Temática sobre Niñez Migrante en Centro y Norte América*, Washington, marzo de 2013.

- ❖ Dictado de un Taller sobre Derechos de Niños y Niñas Migrantes en el Sur de México, en la Universidad de Duke, Carolina del Norte, 23 de febrero de 2013
- ❖ Panelista en el Seminario y Presentación del Libro “Niñez Detenida: los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes migrantes en la frontera México-Guatemala”, en la Universidad Nacional Autónoma de México, organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas, el Centro de Derechos Humanos Fray Matías de Córdova y la Universidad Nacional de Lanús, en la Ciudad de México, 7 de febrero de 2013.
- ❖ Panelista en la *Conferencia sobre Menores no Acompañados en México, Cataluña y España*, en el marco del ciclo de Diálogos Anti-Racistas, organizado por SOS Racismo Catalunya, Barcelona, 23 de enero de 2013.
- ❖ Panelista en el *Taller Internacional sobre Juventud y Migración*, organizado por la Secretaría Nacional del Migrante, UNICEF, OIT, la Secretaría Nacional del Migrante, el Ministerio del Trabajo y otros, Cuenca, Ecuador, 5 de septiembre de 2012.
- ❖ Profesor Invitado en el Curso Internacional *Human Rights 4 Development*, organizado por la Universidad de Amberes y otros, Dictado de una sesión sobre Derechos Humanos de Niños Migrantes, Amberes, Bélgica, Agosto de 2012
- ❖ Capacitador en materia de Derechos de NNA en el marco del *Taller para el fortalecimiento de cónsules centroamericanos en México*, organizado por el Centro de Investigación y Docencia Económica (CIDE) y las Cancillerías de El Salvador, Honduras y Guatemala, los días 25-29 de junio de 2012, en San Salvador, Tegucigalpa y Ciudad de Guatemala.
- ❖ Speaker en la Conferencia *On their own: Protecting the Rights of Immigrant Children*, organizada por el National Center for Refugee and Immigrant Children, Washington, 24-26 de abril de 2012;
- ❖ Conferencista en el Taller sobre *Migración, Derechos Humanos, Niñez y Adolescencia*, organizado por la Secretaría Nacional del Migrante (SENAMI) y Unicef Ecuador, Quito, 6-7 de julio de 2011.
- ❖ Expositor en el Symposium *Migration and Youth: Harnessing Opportunities for Development*, organizado por el Global Migration Group, UNICEF, New York, 17-18 Mayo de 2011.

- ❖ Panelista en el *Foro Internacional sobre Niños, Niñas y Adolescentes no Acompañados o Separados de sus Familias*, organizado por la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), Ciudad de México, 23-25 de mayo de 2011.
- ❖ Panelista en Taller sobre *Niñez, Migración y Derechos Humanos*, desarrollado en la Acción Global de los Pueblos, Ciudad de México, 4 de noviembre de 2010.
- ❖ Ponente en la Consulta sobre *derechos humanos, niñez y migración (Protecting the Rights of the Child in the Context of Migration)*, organizado por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Ginebra, 25 de mayo de 2010.
- ❖ Panelista en el Curso de International Migration Law, organizado por UNITAR (United Nations Institute for Training and Research), Naciones Unidas, Nueva York, 10-12 Junio 2009. Presentación de un PowerPoint sobre “Políticas Migratorias y Derechos de Niñez”
- ❖ Speaker, en representación de UNICEF DPP, en la Ronda internacional de Expertos *10-Point Plan on Mixed Flows: Expert Roundtable No.2: Different People, Different Needs*, UNHCR & IOM, Tunisia, 6-8 Julio 2009

A handwritten signature in black ink, consisting of several fluid, overlapping strokes that form a stylized, cursive name.