Guía Regional del MERCOSUR para la Identificación y Atención de Necesidades Especiales de Protección de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes Migrantes

Índice

1. Presentación 3
2. Objetivos y alcance 3
3. Marco normativo 4
3.1. Glosario 5
4. Principios rectores fundamentales y pautas para la evaluación del principio del interés superior del niño, niña y adolescente 6
4.1. Principios rectores 6
a) Principio de interés superior del niño, niña y adolescente 6
b) Principio de Igualdad y No discriminación 6
c) El principio de protección especial o de especialidad 7
d) Principio de unidad familiar 7
e) Principio de no devolución 7
f) Principio de no privación de la libertad 8
4.2. Pautas para la evaluación y determinación del interés superior del niño, niña y adolescente 8
4.3. Elementos para la evaluación del interés superior del niño, niña y adolescente 9
5. Garantías procesales 10
5.1. El derecho del niño, niña y adolescente a ser escuchado 10
5.2. El derecho del niño, niña y adolescente a la información 11
5.3. La agilidad de los procesos 11
5.4. La especialización de los funcionarios competentes 11
5.5. El acceso a patrocinio jurídico o asistencia letrada 11
5.6. Nombramiento de un/a tutor/a en caso de niños, niñas y adolescentes no acompañados o separados 11
5.7. El derecho a recurrir las decisiones 12
5.8. Asistencia consular y salvaguardas de confidencialidad 12
6. Procedimiento de identificación de niños, niñas y adolescentes con necesidades especiales de protección por parte de autoridades migratorias y mecanismos de referencia 13
6.1. Objetivos 13
6.2. Primer Paso: Determinación de la condición de niño, niña y adolescente no acompañado o separado e identificación de situaciones de vulneración de derechos 13
a) Situaciones de riesgo para la salud y la vida del NNA migrante y adopción de medidas previas urgentes 14
b) Entrevista inicial y registro 14
c) Indicadores para la identificación de niños, niñas y adolescentes no acompañados y/o separados 15
d) Indicadores para la identificación de las distintas situaciones y necesidades de protección de derechos 16
6.3. Segundo Paso: Mecanismos de derivación a los organismo/s responsables/s para la adopción de medidas de protección y cuidado 19
a) ¿Cómo proceder frente a un niño, niña y adolescente con necesidades de protección internacional como refugiado? 20
b) ¿Cómo proceder frente a un niño, niña y adolescente víctima de trata? 20
c) ¿Cómo proceder frente a un niño, niña y adolescente con necesidades de protección de otros derechos con riesgo a su integridad física o psíquica? 20
d) ¿Cómo proceder frente a un niño, niña y adolescente con otras necesidades de protección internacional o complementaria? 21

e) Articulación y adopción de medidas de cuidado y protección por parte del sistema de protección integral de los derechos del niño, niña y adolescente.....21
6.4. Otras medidas relevantes en el marco de los procesos de identificación y/protección de los derechos de los NNA migrantes..... 22
a) Determinación de la edad..... 22
b) Pedido de información al país de origen..... 23
c) Designación de tutor/a..... 23
7. Procedimientos migratorios y protección del derecho a la libertad personal y a la unidad familiar de los niños, niñas y adolescentes migrantes y sus familias..... 24
7.1. Ámbito de aplicación y alcances..... 24
a) Consideraciones generales respecto a la identificación de los casos, la evaluación del interés superior del niño, niña y adolescente y los mecanismos de derivación..... 24
***7.2. Medidas de carácter cautelar aplicables en el marco de los procedimientos migratorios* que involucren a NNA migrantes**..... 25
a) Principio de no privación de la libertad de niños, niñas y adolescentes en razón de su situación migratoria..... 25
b) Medidas alternativas de carácter cautelar respecto de niños, niñas y adolescentes migrantes: medidas de cuidado alternativo y protección integral.....26
c) Condiciones de alojamiento para NNA migrantes..... 28
7.3. Derecho a la vida familiar..... 29
a) Consideraciones generales..... 29
b) Pautas para garantizar el respeto del derecho a la vida familiar de niños, niñas y adolescentes migrantes que se encuentran junto a sus familias. 30
7.4. Reunificación familiar, retorno voluntario y otras soluciones duraderas..... 31
7.5. Acceso a la documentación..... 32
8. Compromisos..... 32
8.1. Identificación de instituciones y autoridades competentes..... 32
8.2. Capacitación de las autoridades para la implementación de la Guía Regional32
8.3. Producción e intercambio de información..... 33
8.4. Mecanismo de seguimiento de la implementación de la Guía Regional..... 33
8.5. Implementación de Acuerdos sobre niñez migrante suscriptos en el ámbito del MERCOSUR.....34
ANEXOS..... 35
ANEXO I. MARCO NORMATIVO..... 36

1. Presentación

El MERCOSUR aprobó en el año 2012 un Programa de Acciones y Actividades para garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes y de sus familiares en el marco de las Directrices 3 y 4 del Eje II del Plan Estratégico de Acción Social del MERCOSUR (PEAS), elaborado por el Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR (IPPDH).

Asimismo, los países han acordado que la implementación del Programa esté a cargo de la Comisión Permanente Niñ@Sur que funciona en el marco de las Reuniones de Altas Autoridades en Derechos Humanos y Cancillerías del MERCOSUR (RAADDHH) y que cuente con el apoyo técnico del IPPDH.

Una de las acciones previstas en el Programa es la de promover la armonización y adecuación de la normativa que rige los procedimientos migratorios a los estándares de derechos humanos aplicables a niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA), para lo cual propuso la realización de las siguientes actividades:

1) Elaborar lineamientos para el diseño de un procedimiento de determinación de medidas de protección de derechos adecuadas e inmediatas de niños, niñas y adolescentes migrantes acompañados, separados y no acompañados

2) Elaborar lineamientos a fin de garantizar el cumplimiento de las garantías del debido proceso en todos los procedimientos migratorios en los que se encuentre involucrados niños, niñas y adolescentes , de acuerdo a los estándares de derechos humanos en la materia, y en particular aquellos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) establezca en la opinión consultiva.

En este sentido, en ocasión de la XXIV RAADDHH se dio mandato al IPPDH para elaborar un proyecto de guía que incorpore lineamientos para la atención a NNA migrantes.

Esta Guía ha sido elaborada tomando en consideración los lineamientos, aportes y contribuciones del Foro Especializado Migratorio del MERCOSUR (FEM), organismo competente en materia migratoria en el MERCOSUR, y de la Reunión de Altas Autoridades de Derechos Humanos y Cancillerías del MERCOSUR (RAADDHH).

2. Objetivos y alcance

La presente **Guía Regional del MERCOSUR para la Identificación y Atención de necesidades especiales de protección de los derechos de Niños, Niñas y Adolescentes Migrantes** (en adelante la "Guía" o "Guía Regional") tiene por objetivo establecer criterios y pautas de acción comunes para la identificación de situaciones de vulneración de derechos o necesidades internacionales de protección de niños, niñas y adolescentes migrantes (en adelante "NNA migrantes"), por parte de autoridades estatales, así como para articular los correspondientes mecanismos adecuados de derivación y referencia de los casos para la atención y cuidado de los NNA migrantes por parte de los organismos competentes de protección de los derechos de la niñez.

Asimismo, la Guía se propone como objetivo facilitar la armonización de los procedimientos migratorios y de referencia y protección que involucren a NNA migrantes tanto a nivel interno como regional, así como una adecuada articulación entre los países del MERCOSUR.

La Guía también busca relevar e identificar en cada uno de los países a los organismos competentes en materia de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes , que deben coordinar y articular con los organismos migratorios la intervención y respuesta para una atención y cuidado de los NNA migrantes respetuosa de sus derechos.

Con relación a los alcances y ámbito de aplicación de la GR, está destinada a orientar los procedimientos de los organismos responsables de la formulación y gestión de las políticas migratorias, las instituciones estatales cuyo personal cumpla funciones de control migratorio o actúe por delegación de funciones, así como también de las instituciones de protección de los derechos del niño, niña y adolescente y todas aquellas instituciones que desempeñen funciones vinculadas directa o indirectamente a su atención, respecto de todo NNA extranjero que pudiera necesitar protección internacional o la obtención de otra forma de protección de sus derechos, en los términos del presente documento.

Para la implementación de esta Guía, los Estados podrán desarrollar progresivamente las adecuaciones o regulaciones complementarias que resulten necesarias en el ámbito nacional o regional para la efectiva aplicación de sus lineamientos.

3. Marco normativo

Esta Guía Regional ha sido diseñada en base al marco jurídico internacional y regional aplicable, y a las obligaciones del derecho internacional y regional de los derechos humanos, los derechos del niño, niña y adolescente y el derecho internacional de los refugiados y la interpretación y jurisprudencia de los órganos e instituciones creadas en virtud de los tratados correspondientes, cuya descripción se encuentra en el **ANEXO I** a la presente.

En particular, se han seguido los estándares establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-21/2014 sobre Derechos y Garantías de niños, niñas y adolescentes en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, solicitada por los Estados Parte del MERCOSUR como bloque (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay).

Asimismo, la región cuenta con un marco propicio para la implementación de herramientas tendientes a la aplicación de un enfoque de edad a las necesidades especiales de los niños, niñas y adolescentes migrantes, considerando que los Estados han incorporado a la Convención sobre los Derechos del Niño a sus ordenamientos jurídicos nacionales.

El contenido de la Guía Regional no afecta los derechos y obligaciones de los Estados y las personas de acuerdo al derecho internacional, incluidos el derecho internacional de los derechos humanos en particular respecto de las personas migrantes y a los niños, niñas y adolescentes, el derecho humanitario, y el derecho a solicitar el reconocimiento de la condición de refugiado y la vigencia de las obligaciones de no devolución, cuando sean aplicables, de conformidad con la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967.

3.1. Glosario

El glosario de definiciones que se presenta incluye algunos conceptos claves para la adecuada comprensión de la Guía Regional. Las definiciones y alcance de los conceptos han sido establecidos para una aplicación armónica de estos lineamientos, teniendo en cuenta los estándares establecidos la OC-21 y el desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos, sin perjuicio de la calificación o denominación específica que cada Estado les otorgue en su ordenamiento jurídico interno.

- **Niño, niña o adolescente (NNA) migrante**: toda persona extranjera que no haya cumplido 18 años de edad, salvo que hubiese alcanzado antes la mayoría de edad por mandato de ley, que se encuentren en las fronteras con intención de ingresar o ya en el territorio nacional con intención de permanecer o residir.
- **Niño, niña y adolescente no acompañado/a:** niño, niña y adolescente que está separado de ambos padres y otros parientes y no está al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumbe esa responsabilidad.
- **Niños, niñas y adolescentes separados:** niño, niña y adolescente que ha quedado separados de ambos padres o de otros adultos que por ley o costumbre se encuentren a su cargo, pero puede estar acompañado de otras personas adultas incluyendo otros parientes.
- **Refugiado**: aquella persona que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de su país; o que careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores no quiera regresar a él. El término "refugiado(a)" será aplicable también en la medida de su vigencia, a aquellas personas que han huido de sus países de origen porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.
- **Solicitante de asilo:** aquella persona que ha solicitado el reconocimiento del estatuto o condición de refugiado y cuya petición está pendiente de resolución.
- **Medida de expulsión:** se entenderá por tal a los fines de la presente Guía, a cualquier decisión, orden, acto o procedimiento ante el órgano administrativo o judicial competente, independientemente de la denominación que reciba en la legislación nacional, relacionado con la salida obligatoria de una persona del Estado receptor que tiene como consecuencia que ésta efectivamente abandone el territorio de dicho Estado o sea trasladada fuera de las fronteras del mismo. De este modo, al referirse a la expulsión, se abarca también lo que en términos específicos o estatales internos pudiera consistir o denominarse como deportación, extrañamiento, etc.
- **Medidas privativas de la libertad**: independientemente de la denominación que reciban a nivel local (detención, retención, etc.), tomando el concepto en sentido amplio, se entenderán todas aquellas medidas cuyo denominador común sea que de hecho la

persona no pueda o no tenga la posibilidad de salir o abandonar voluntariamente el establecimiento en el cual se encuentre alojada.. Las medidas privativas de la libertad son aquellas que implican una afectación al derecho a la libertad personal, ya sea a través de la privación total o cualquier otra restricción menor que, por su forma, duración, efectos y manera de implementación, suponga también una injerencia sobre ese derecho. Por lo tanto la diferencia entre la *privación* y la *restricción de la libertad* radica en el grado de intensidad de la medida.

- **Medidas de protección integral de los derechos del niño, niña y adolescente**: se entiende por tales aquellas medidas previstas por el sistema de protección de la infancia (previsto a nivel estatal, provincial o local) que promuevan el bienestar y aseguren el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes , en cuanto a los aspectos materiales y físicos básicos, el cuidado emocional y la seguridad o protección contra cualquier forma de violencia o abuso, garantizando el goce y ejercicio de sus derechos.

4. Principios rectores fundamentales y pautas para la evaluación del principio del interés superior del niño, niña y adolescente

4.1. Principios rectores

Los Principios rectores deben tenerse en cuenta en cualquier instancia o fase de la identificación, atención o del tratamiento a los NNA migrantes, resaltando que el *interés superior del niño, niña y adolescente* constituye la norma básica para guiar las medidas y decisiones que sean adoptadas en el marco de la interpretación y aplicación de esta Guía.

a) Principio de interés superior del niño, niña y adolescente

La Convención de los Derechos del Niño en su artículo 3 otorga al niño, niña y adolescente el derecho a que se considere y tenga en cuenta de manera primordial su interés superior en todas las medidas o decisiones que le afecten, tanto en la esfera pública como en la privada, y su objetivo es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo integral del niño, niña y adolescente.

El concepto se incorpora en esta Guía en sus tres dimensiones: como derecho sustantivo del niño, niña y adolescente y garantía de que su interés superior sea una consideración primordial; como principio jurídico interpretativo fundamental que implica que se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño, niña y adolescente; y como norma de procedimiento, por lo que en todo proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones para el niño, niña y adolescente, sin perjuicio de las garantías procesales.

b) Principio de Igualdad y No discriminación

Uno de los principios claves en materia de protección de derechos humanos es el de la igualdad y la no discriminación, que, como ha sido mencionado, prohíbe tajantemente efectuar distinciones cuyo impacto sea negativo en el reconocimiento y ejercicio de los derechos en razón de la nacionalidad, el país de origen, o la condición migratoria de los niños, niñas y adolescentes o de sus padres. De ahí que los NNA migrantes no sólo deben gozar de

políticas de protección en el Estado en cuya jurisdicción se encuentren sino que las políticas migratorias –como cualquier otra- deben asegurar los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño en cualquier acto, medida o decisión que pudiera afectar los derechos del niño, niña y adolescente.

c) El principio de protección especial o de especialidad

Este principio requiere considerar un enfoque diferenciado en las normas y en las políticas que dé cuenta de la situación de desigualdad estructural en que pueden encontrarse ciertos grupos o colectivos sociales, en particular los niños, niñas y adolescentes. En este caso cabe ubicar la situación de particular desigualdad fáctica en que se encuentran los niños, niñas y adolescentes migrantes. Por lo tanto, corresponde la aplicación a los NNA migrantes de todos los derechos que corresponden por su condición de tales, con independencia y sin distinción de su nacionalidad o condición de apátrida o su situación migratoria. Este principio de especialidad implica también la p*rioridad del marco normativo e institucional de protección integral de la infancia* (o sistema de protección de los derechos de la infancia o niñez) por sobre las políticas y la normativa, significando que en los procedimientos migratorios, se considere primordialmente la condición de niño, niña y adolescente antes de la situación migratoria.

d) Principio de unidad familiar

El principio de la unidad familiar establece que todos los NNA tienen derecho a tener una familia, y las familias tienen derecho a cuidar de sus niños, niñas y adolescentes, e incluye el derecho a la reunificación familiar.

Los niños, niñas y adolescentes no acompañados o separados deben tener acceso a mecanismos destinados a reunirlos con sus padres o sus tutores legales o sus cuidadores, tan rápido como sea posible.

e) Principio de no devolución

El Artículo 33 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados contiene la obligación de no devolución o prohibición de la expulsión (*non refolument*), por la que “ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas”.

La protección contra la devolución también es aplicable a las personas que llegan a la frontera, por lo tanto este principio implica el de no rechazo en frontera, en relación con las personas que puedan ser sometidas a persecución si se les regresa a su país de origen o residencia habitual.

A su vez, este principio es aplicable independientemente de si las personas han sido o no reconocidas formalmente como refugiadas. El principio de *non-refoulement* ha evolucionado desde la adopción de la Convención de Ginebra en 1951, con su inclusión en otros instrumentos de derechos humanos, para convertirse en una norma de carácter absoluto *o Ius Cogens,* que no admite excepción ni derogación alguna, que obliga a los Estados a no devolver a ninguna persona a un país si esto implicara un riesgo de sufrir graves violaciones a sus

derechos humanos, en particular a su vida, libertad o integridad física. Así lo afirmó la Corte IDH en la OC-21 al referirse a este supuesto como *protección complementaria*, que "configura un desarrollo normativo consecuente con el principio de no devolución, a través del cual los Estados velan por los derechos de las personas que no califican como refugiados o en otra calidad migratoria, pero no pueden ser devueltas...".

Por lo tanto, a fin de proporcionar un trato apropiado a los niños, niñas y adolescentes migrantes, en particular a los que se encuentren no acompañados o separados, los Estados deben respetar plenamente las obligaciones de no devolución derivadas del derecho internacional de los derechos humanos, del derecho internacional humanitario y de refugiados.

La CDN, establece especificaciones relativas a las obligaciones de no devolución respecto de los niños, niñas y adolescentes, en tanto no devolverán al mismo a un país del que hay suficientes razones para creer que existe un riesgo efectivo de daño irreparable, ya sea el país al cual se podría efectuar la devolución o cualquier país al cual el niño, niña y adolescente pueda ser posteriormente enviado o expulsado. La evaluación del riesgo en estos casos deberá efectuarse tomando en cuenta la edad y el género y deberá sopesar las consecuencias particularmente graves que podrían implicar para los NNA migrantes.

Esto fue señalado por la Corte IDH en la misma OC-21 al señalar que la determinación del interés superior junto al respeto de las debidas garantías deben ser un "aspecto central al adoptar cualquier decisión que concierne al niño, niña y adolescente y, especialmente, si el principio de no devolución se ve involucrado […] De acuerdo a lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño y otras normas de protección de los derechos humanos, cualquier decisión sobre la devolución de niño, niña y adolescente al país de origen o a un tercer país seguro sólo podrá basarse en los requerimientos de su interés superior, teniendo en cuenta que el riesgo de vulneración de sus derechos humanos puede adquirir manifestaciones particulares y específicas en razón de la edad".

f) Principio de no privación de la libertad

En un estándar fundamental para garantizar los derechos de los NNA migrantes, en conjunción con las obligaciones del Estado de adoptar medidas especiales de protección, adecuadas a la situación particular de los NNA. Implica la prohibición de la privación de la libertad, en las distintas formas o denominaciones que pueda adoptar localmente, a los NNA migrantes, especialmente si se trata de niños, niñas y adolescentes no acompañados, por motivos relacionados exclusivamente con su ingreso o permanencia irregular en el territorio de otro Estado.

4.2. *Pautas para la evaluación y determinación del interés superior del niño, niña y adolescente*

La *evaluación y determinación del interés superior del niño* ("DIS"), deben integrarse de manera adecuada y sistemática en todas las medidas de las instituciones públicas y decisiones particulares de autoridades administrativas afecten directa o indirectamente a los niños, niñas y adolescentes , incluyendo las decisiones de las autoridades administrativas relativas al asilo, la inmigración y el acceso a la nacionalidad.

Asimismo, los Estados tienen la obligación de que sea una consideración primordial en cada medida que pueda afectar a uno o un grupo de niños, niñas y adolescentes , y su contenido debe determinarse caso por caso, por lo tanto la autoridad administrativa debe poner en práctica de manera concreta este concepto mediante su interpretación y aplicación, teniendo presentes las demás obligaciones que surgen de la CDN, ajustándolo y definiéndolo de forma individual, con arreglo a la situación concreta y específica del niño, niña y adolescente y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales. El hecho de que se deba tratar como una consideración "primordial" significa que el interés superior del niño, niña y adolescente no puede estar al mismo nivel que otras consideraciones, y se justifica por la situación especial de los niños, niñas y adolescentes en cuanto a su dependencia, madurez, condición jurídica, etc.

La *evaluación del interés superior* consiste en valorar todos los elementos necesarios antes de tomar una decisión o de cualquier actuación por lo que debe realizarse de manera sistemática en muchas situaciones desde la identificación hasta la implementación de una solución duradera para el caso individual, siempre que no sea necesaria la determinación del interés superior. Puede ser realizada por la persona del funcionario que intervenga personalmente o en consulta con otros agentes.

Por su parte, la *determinación del interés superior (DIS)*, es un proceso más formal o estructurado y dotado de garantías estrictas con el fin de adoptar decisiones importantes que afecten la vida del niño, niña y adolescente, y deben ser realizados por personas expertas en el marco de los sistemas nacionales de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Con los distintos alcances de cada proceso, al evaluar y determinar el interés superior del niño, niña y adolescente, se deberían contemplar las fases siguientes:

- **En primer lugar**, determinar cuáles son los elementos pertinentes, para evaluar el interés superior del niño, niña y adolescente, en el contexto de los hechos concretos del caso, dotarlos de un contenido concreto y ponderar su importancia en relación con los demás;
- **En segundo lugar,** para ello, seguir un procedimiento que vele por las garantías jurídicas y la aplicación adecuada del derecho.

4.3. Elementos para la evaluación del interés superior del niño, niña y adolescente

En esta Guía se entiende que la evaluación es dinámica y continua, , y que quienes lleven adelante tareas de gestión migratoria y/o de atención o protección de NNA migrantes, según el alcance de sus competencias específicas deberán estar capacitados para aplicar las pautas de evaluación del interés superior que se establecen en la presente Guía en la adopción de las medidas de identificación y referencia que les corresponden, en coordinación y articulación con los organismos competentes de protección de los derechos del niño, niña y adolescente.

La evaluación del interés superior en un caso concreto comienza con las circunstancias particulares, y conlleva la utilización de una serie de elementos y factores que en general son los mismos. En este sentido, a partir del primer contacto con el NNA migrante y en cada decisión que se adopte el funcionario/a responsable deberá ponderar los siguientes

elementos, cuyo listado no es exhaustivo ni jerárquico, y que deberán tenerse en cuenta sin discriminación y en la medida que sean pertinentes al caso particular:

i. La opinión del NNA, de acuerdo a su grado de madurez.

ii. La identidad del NNA: abarca características como el sexo, la orientación sexual, el origen nacional, la religión y las creencias, la identidad cultural y la personalidad.

iii. La preservación del entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones

iv. El cuidado, la protección y la seguridad del NNA para su bienestar

v. La situación de vulnerabilidad: por ejemplo ser refugiado o solicitante de asilo o tener alguna discapacidad o haber sufrido algún tipo de violencia en el proceso de migración

vi. El derecho a la salud y a la educación

vii. La identificación y documentación

Las medidas que deberán considerarse especialmente por parte de los organismos de protección de la niñez para la DIS, en articulación con los organismos migratorios abarcan:

- ✓ cuáles son las **medidas de protección y cuidado adecuadas e inmediatas** a implementar ante situaciones de riesgo o abuso, o ante necesidades apremiantes de NNA migrantes, en particular aquellos no acompañados, incluyendo el acceso a derechos sociales (salud, vivienda, alimentación, seguridad social entre otros);
- ✓ cuál es la/s solución/es más pertinente/s, en el **mediano o largo plazo**, al interés superior de cada NNA;
- ✓ cuáles son las medidas necesarias para la implementación de esa/s solución/es, de la forma que mejor se concilie con el respeto de todos sus derechos.

5. Garantías procesales

Las garantías del debido proceso deberán respetarse en todos los procedimientos migratorios y de protección de los derechos del niño, niña y adolescente que involucren a NNA migrantes en situaciones de vulneración de derechos o necesidades internacionales de protección contemplados en la presente Guía Regional, y para garantizar la observancia efectiva del derecho del niño, niña y adolescente a que su interés superior sea una consideración primordial, se deben establecer y aplicar salvaguardas procesales adaptadas a sus necesidades, que a continuación se describen, puntualizando los aspectos procesales más importantes que implica cada uno.

5.1. El derecho del niño, niña y adolescente a ser escuchado

i. Brindar información clara y detallada, presentada conforme a la edad del niño, niña y adolescente y estado emocional y de madurez, sobre el derecho a expresar su opinión en los

asuntos que lo afecten, incluyendo los motivos de la medida o decisión y sus consecuencias, ya sea directamente o a través de su representante.

ii. Realizar, con personal capacitado, en un lugar adecuado, y bajo las condiciones establecidas en la presente Guía, la entrevista de identificación inicial.

iii. Asegurar la posibilidad de escuchar al niño, niña y adolescente toda vez que lo requiera, en condiciones de confidencialidad y en un ambiente propicio que le inspire confianza.

iv. Fundar las decisiones que se adopten respecto del NNA, y en caso de ser contrarias a su voluntad, explicar detalladamente los motivos por los cuales, en virtud de su interés superior, se decidió apartarse de lo expresado por el niño, niña y adolescente.

Puede requerir introducir ajustes razonables para que en la práctica se garantice la plena participación en la evaluación de su interés superior, y no una meramente simbólica; así como prestarle apoyo según las circunstancias, en caso de ser necesario.

5.2. El derecho del niño, niña y adolescente a la información

i. Brindar información clara y detallada, desde el primer contacto, sobre la finalidad y características generales del procedimiento.

ii. Brindar información clara y detallada sobre sus derechos y la manera de ejercerlos a lo largo del procedimiento.

5.3. La agilidad de los procesos

i. Dar prioridad a los procedimientos y expedientes de casos en los que se encuentren involucrados o que les afecten a NNA migrantes, dado que los procesos de toma de decisiones que demoran pueden tener efectos particularmente adversos en su evolución.

ii. Asegurar la máxima celeridad en todo los procedimientos, tanto migratorios como de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en los que se encuentren involucrados, a fin de resolverlos en el menor tiempo posible.

5.4. La especialización de los funcionarios competentes

i. Los procedimientos deberán ser efectuados por personal especializado o capacitado en temáticas de infancia o de protección de los derechos del niño, niña y adolescente.

ii. Garantizar la formación continua en materia de derechos humanos y de derechos del niño, niña y adolescente de los funcionarios y autoridades encargadas de los procedimientos.

5.5. El acceso a patrocinio jurídico o asistencia letrada

i. Asignar un representante legal que asista a los NNA a lo largo de los procedimientos previstos en la presente Guía Regional.

ii. Garantizar que el representante tenga formación en derechos del niño, niña y adolescente.

5.6. Nombramiento de un/a tutor/a en caso de niños, niñas y adolescentes no acompañados o separados

i. Asignar formalmente un/a tutor/a para todos aquellos NNA migrantes que se encuentren no acompañados o separados de su familia tan pronto como sea posible.

ii. Garantizar que el tutor/a designado esté formado en materia de protección de derechos del niño, niña y adolescente.

iii. Asegurar que el tutor/a sea el vínculo entre el NNA y los organismos competentes e individuos que prestan la atención y cuidado.

iv. Asegurar que el tutor/a desempeñe sus funciones hasta que alcancen la mayoría de edad o abandonen permanentemente el territorio del Estado.

5.7. El derecho a recurrir las decisiones

i. Asegurar el derecho a presentar un recurso y someter a revisión las decisiones finales desfavorables adoptadas en el marco de procesos migratorios, especialmente aquellas que ordenen la expulsión o deportación o denieguen un permiso de ingreso o permanencia ante una autoridad o tribunal superior; incluyendo la posibilidad de revisar si la decisión ha tenido en consideración el interés superior del NNA.

ii. Para una protección judicial eficaz, el recurso judicial debería otorgarse con efecto suspensivo sobre la decisión que se pretende impugnar, especialmente respecto de una orden de expulsión.

5.8. Asistencia consular y salvaguardas de confidencialidad

i. Informar al NNA sobre su derecho a recibir asistencia por parte de las autoridades consulares de su país de origen.

ii. Informar a las representaciones consulares del país de origen del NNA sin dilación toda vez que el niño, niña y adolescente requiera dicha asistencia y en particular, en casos de niños, niñas y adolescentes separados de su familia o no acompañados, para que dichas autoridades también tomen las medidas de protección apropiadas velando por los intereses de los NNA migrantes (puede incluir recabar o emitir documentación, intervenir en un proceso de repatriación, búsqueda y localización de familiares, etc.).

iii. Garantizar al NNA, en los procedimientos que pudieran suponer la repatriación a su país de origen, la comunicación inmediata y la intervención de la autoridad consular a fin de que se pueda disponer de manera voluntaria y segura.

iv. Que se respete la confidencialidad de la información en el caso que los NNA o sus familiares en el marco de los procedimientos de determinación de la condición de refugiado, así sean solicitantes de asilo o refugiados, especialmente con relación a las autoridades del país de origen.

La asistencia consular se regirá conforme las normas del derecho internacional, particularmente la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (1963), sin perjuicio de otros Acuerdos firmados en el ámbito del MERCOSUR que puedan resultar aplicables[1].

[1] Mecanismo de Cooperación Consular entre los Países del MERCOSUR, Bolivia y Chile (Dec. CMC 35/00); Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, Las Leñas 1992 y sus Acuerdos complementarios.

6. Procedimiento de identificación de niños, niñas y adolescentes con necesidades especiales de protección por parte de autoridades migratorias y mecanismos de referencia

6.1. Objetivos

Las definiciones y lineamientos que ofrece la presente Guía son una herramienta para facilitar la implementación de mecanismos identificación, es decir para la detección o determinación de distintas las situaciones en que los niños, niñas y adolescentes migrantes pueden encontrarse, a fin de poder establecer en la primera oportunidad con que la autoridad cuente, las necesidades inmediatas de protección y asistencia que presenten, y realizar de manera oportuna y adecuada la derivación o referencia a las instancias competentes para su atención, para la adopción en caso de ser necesarias y pertinentes de medidas de protección especial.

Para ello, es necesario que tanto en las zonas de frontera como al interior del territorio, quienes cumplan funciones de gestión o control migratorio o tengan por otros motivos el primer contacto institucional con un NNA migrante cuenten con directrices o instrucciones claras de actuación oportuna y efectiva.

Teniendo en cuenta dicho propósito, se definen las distintas situaciones que deben identificarse, con los indicadores correspondientes, que refieren a distintas características o condiciones que pueden presentar los NNA migrantes, y en particular aquellos que evidencien condiciones de vulnerabilidad particulares –constituidas por situaciones de distinta índole que las colocan en una situación de mayor riesgo de violación de sus derechos humanos - que permiten diferenciar su caso dentro de la población de migrantes en general.

Cabe señalar que, los conceptos han sido definidos a los fines de armonizar los criterios y unificar las decisiones que sean consecuencia de la aplicación de la presente Guía.

En el ***procedimiento de identificación*** deben considerarse los siguientes pasos:

i. El **Primer Paso** es la **determinación prioritaria** de si se trata de un niño, niña y adolescente no acompañado o separado, y la **identificación de situaciones de vulneración de derechos** según los distintos indicadores. Este paso puede incluir como paso previo, la identificación de situaciones de riesgo que requieran atención urgente.

ii. El **Segundo Paso**, incluye **realizar la derivación o referencia** oportuna al organismo competente del sistema de protección de los derechos del niño, niña y adolescente, para la atención y adopción de las medidas de cuidad inicial, según las necesidades especiales específicas identificadas en el caso.

6.2. Primer Paso: Determinación de la condición de niño, niña y adolescente no acompañado o separado e identificación de situaciones de vulneración de derechos

Se trata de una etapa inicial de identificación y evaluación para la derivación, que tiene como objetivos prioritarios los siguientes puntos:

- *Determinación de la condición de NNA* migrante, exige establecer si se encuentra no acompañado o separado, , así como determinar la nacionalidad o, en su caso, su condición de apátrida, a fin de garantizar un tratamiento acorde a su condición;

- *Identificación de situaciones* que puedan requerir atención urgente o de emergencia previa, y obtención de información sobre los motivos de su salida del país de origen, de su separación familiar si es el caso, de su condición/es de vulnerabilidad y cualquier otro elemento que pueda o no evidenciar necesidad de algún tipo de protección internacional como refugiado u otra;

a) Situaciones de riesgo para la salud y la vida del NNA migrante y adopción de medidas previas urgentes

Si en el primer contacto con el NNA migrante se detectaran cuestiones de riesgo para la salud, la seguridad personal o la vida del NNA y surgiera la necesidad de adoptar una medida urgente o de emergencia para su protección, el funcionario/a responsable deberá dar inmediata intervención al área competente de acuerdo a la situación presentada, y deberá informar a la brevedad al organismo de infancia sobre la derivación realizada.

Estas medidas tendrán carácter previo al procedimiento de identificación y la realización de las entrevistas correspondientes, que deberán suspenderse hasta tanto sean atendidas esas necesidades y el NNA migrante se encuentre nuevamente en condiciones de participar del mismo.

b) Entrevista inicial y registro

Al momento de realizar la identificación a través de la entrevista inicial del niño, niña y adolescente, la autoridad migratoria, o quien haya tomado el primer contacto institucional con el NNA migrante, deberá tener en cuenta las pautas que se presentan respecto de la realización de la entrevista inicial.

Conforme la práctica y los procedimientos con que cuente cada país, debe tenerse presente que el *proceso de entrevista inicial* puede implicar una primera fase de identificación inmediata en el primer contacto con el NNA migrante en el control migratorio, en base a elementos fácticos o materiales según los distintos indicadores presentados a continuación, que luego se complemente con una entrevista en las condiciones y teniendo en cuenta las siguientes pautas.

Debe diferenciarse la entrevista inicial de identificación de otras entrevistas en profundidad que de ser necesarias, serán realizadas posteriormente por profesionales competentes en materia de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes .

Condiciones y características de la entrevista: antes de dar inicio a la entrevista inicial, es importante considerar, teniendo en cuenta primordialmente el grado de madurez del niño, niña y adolescente, la perspectiva de género y de discapacidad:

- ✓ Un lugar para realizar la entrevista de manera individual y en condiciones de privacidad, o confidencialidad según el caso (conforme la infraestructura existente).
- ✓ La intervención de intérpretes o traductores si fuera necesario cuando el NNA no entienda o no sea capaz de expresarse en el idioma en el que se le pregunta.
- ✓ El personal que realice la entrevista deberá tener capacitación en la realización del proceso de identificación, y preferentemente, contará con la presencia de una autoridad de infancia o tutores (siempre que se cuente con los recursos disponibles).

- ✓ Debe realizarse, de ser posible, en una única oportunidad a fin de evitar la duplicidad de entrevistas de registro o de otra naturaleza para la obtención de la misma información.

Metodología de la entrevista: el/la funcionario/a deberá expresarse en un lenguaje comprensible, y con el propósito de generar un espacio de confianza durante la entrevista, se recomienda:

- ✓ Presentarse (proporcionar nombre, apellido y pertenencia institucional); qué cargo desempeña y cuáles son las funciones del organismo que representa.
- ✓ explicar al NNA el objetivo y consecuencias de la entrevista y de las preguntas que se le formularán.
- ✓ dar información al NNA sobre sus derechos, puede incluir la entrega de información por escrito en caso de ser necesario, y aclarar cualquier duda o pregunta que haga sobre su situación, acorde a la edad y madurez del niño, niña y adolescente.

Registro: El/la funcionario/a deberá consignar la información por escrito en un formulario de identificación inicial o documentarse en el soporte material que se adecúe al sistema de registro administrativo disponible (acta, expediente en papel o digital, etc.). Debe garantizarse el registro de la información personal y familiar clave: nombre completo, fecha y lugar de nacimiento, nombre del padre y de la madre, anterior dirección y actual ubicación. El registro de la información deberá documentarse, especialmente para ser remitido a los organismos de protección de los derechos del niño, niña y adolescente, a fin de no duplicar el proceso de recolección de información, y toda vez que puede precisarse como referencia futura o para el proceso de DIS.

c) Indicadores para la identificación de niños, niñas y adolescentes no acompañados y/o separados

Deberá identificarse de manera prioritaria, y según la información disponible, las características y contexto del caso, si se trata de:

- ❖ ***Niños, niñas y adolescentes no acompañados***
- ❖ ***Niños, niñas y adolescentes separados***

La determinación temprana de que se trata de una persona menor de 18 años y su situación de niño, niña y adolescente no acompañado o separado de su familia es fundamental, ya que exige a partir de allí que el tratamiento otorgado por el Estado deba ser prioritario, diferenciado y de forma excluyente acorde a dicha condición. Cuando no sea posible de manera preliminar, llegar a una determinación certera de la edad, debe otorgarse el beneficio de la duda, considerarse que se trata de un niño, niña y adolescente y brindarle un tratamiento acorde.

Determinación de la nacionalidad: las autoridades que tomen el primer contacto con el niño, también deberán determinar si se trata de un apátrida, sea refugiado o no, a fin de asegurar su protección como tal. Ello resulta relevante en algunas situaciones, como cuando se cuestiona el derecho de permanecer en el país o en la identificación del país en relación con el cual la persona alega poseer un temor fundado de ser perseguida como refugiado.

i. Preguntas orientadoras para la identificación:

Algunas de las preguntas simplemente orientadoras que pueden incluirse en una entrevista inicial para la identificar de NNA separados o no acompañados son:

- ✓ ¿Con quién viajas?
- ✓ ¿Qué relación tienes con la persona que te está acompañando?
- ✓ ¿La conocías antes de viajar?
- ✓ ¿Dónde están tus padres/tutores?
- ✓ ¿Saben que viajas con esta persona? ¿La conoces?
- ✓ ¿Te esperan otros parientes en el lugar de destino?

En el caso de niños, niñas y adolescentes que se encuentren acompañados por otros adultos, el funcionario/a responsable debe evaluar preliminarmente y en base a la información y los indicios con que cuenta la relación o el vínculo existente, ya que una decisión errónea o desacertada puede tener consecuencias graves para el niño, niña y adolescente.

El funcionario deberá identificar la necesidad de entrevistar al niño, niña y adolescente separado del adulto cuando haya sospechas sobre el vínculo o relación existente que manifiestan.

Se promoverá que sea considerado como "niño, niña o adolescente separado" siempre que estuviese suficientemente acreditado el vínculo familiar con el adulto acompañante. En caso contrario, se considerará que el niño, niña o adolescente se encuentra "no acompañado" hasta tanto pueda ser establecido el vínculo o relación.

d) Indicadores para la identificación de las distintas situaciones y necesidades de protección de derechos

Una vez establecido si el NNA se encuentra no acompañado o separado, deberá evaluarse si se presentan algunas de las características o condiciones que se describen como indicadores a modo orientativo y en consecuencia el encuadre en alguna de las siguientes situaciones. Es necesario tener presente que las situaciones no son mutuamente excluyentes, y pueden presentarse simultáneamente, y los NNA pueden tener múltiples necesidades especiales de protección que deben atenderse.

i. Niños, niñas y adolescentes con necesidades de protección internacional como refugiados

Para determinar si el NNA requiere protección como refugiado se deberá considerar:

- ✓ Expone la simple manifestación de temor a regresar a su país, o que debió huir del mismo.
- ✓ Solicita expresamente asilo o la condición de refugiado.
- ✓ Expresa un temor fundado de ser perseguido o por haber huido debido a: motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas; o porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los

derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público;

- ✓ En caso de no haber podido articular expresamente un temor concreto, existieran elementos objetivos indiquen que su caso encuadraría dentro de la definición legal de refugiado, por ej. en virtud de una situación de conflicto armado o un patrón de graves violaciones a los derechos humanos en el país de origen.

Algunas de las preguntas orientadoras que pueden considerarse en la entrevista inicial para identificar necesidades de protección como refugiados son:

- ✓ ¿Cuál es la razón por la cual quiere ingresar a este país?
- ✓ Tiene miedo que le ocurra algo en su país?
- ✓ ¿Por qué lo abandonó?
- ✓ ¿Qué piensa le podría suceder en su país?
- ✓ ¿Desea retornar a su país?

ii. Niños, niñas y adolescentes víctimas de trata internacional

Son aquellos que pueden haber sido reclutados, transportados, transferidos, acogidos o recibidos con fines de explotación pese a no haber habido amenaza, engaño, uso de la fuerza u otras formas de coacción, abuso de autoridad o de la situación de vulneración, entrega de dinero u otros beneficios para obtener el consentimiento, siendo trasladados de un Estado a otro. Para la identificación y posterior derivación de un niño, niña y adolescente posible víctima de trata se utilizará el procedimiento establecido en la *Guía de actuación regional para la detección temprana de situaciones de trata de personas en pasos fronterizos del MERCOSUR y Estados Asociados.* De acuerdo a este instrumento los indicadores para la identificación un NNA posible víctima de trata pueden ser:

- ✓ No lleva consigo sus propios documentos de identidad y/o sus boletos de viaje, porque estos documentos están en manos de su acompañante.
- ✓ Posee documentos de identidad o de viaje falsos o legítimos pero que evidencian inconsistencias que podrían indicar que han sido adulterados (ej. el documento dice que su portador es mayor de edad pero sin embargo no lo parece).
- ✓ Tiene gestos, miradas o actitudes de sumisión hacia su acompañante (ej. permite que otra persona conteste cuando se le formulan preguntas a ella).
- ✓ Muestra señales de abuso, maltrato físico, sometimiento psíquico, temor.
- ✓ Se encuentra desorientada (está perdida o no conoce la zona).
- ✓ Actúa como si hubiese recibido instrucciones de otra persona sobre cómo responder las preguntas (responde automáticamente sin pensar las respuestas).
- ✓ Se encuentra nerviosa o angustiada al momento del control.
- ✓ Ante ciertas preguntas, duda mucho en las respuestas y éstas no son coherentes.

- ✓ No tiene un equipaje acorde con el propósito del viaje (ej. lleva consigo muy poca ropa teniendo en cuenta la duración de su estadía o prendas inadecuadas para el clima del lugar de destino).
- ✓ Se ha detenido a leer con atención la campaña gráfica y/o los carteles informativos que informan sobre este delito en el puesto de control.
- ✓ Tiene un perfil que no se condice con el motivo de su ingreso al país declarado ante la autoridad que realiza el control migratorio.

iii. Niños, niñas y adolescentes en situación de vulneración de otros derechos o de riesgo

Estos casos pueden incluir a NNA migrantes que se encuentren en una situación que implique riesgo para su integridad física o emocional, y requiere protección de sus derechos toda vez que:

- ✓ Manifieste ser o haber sido víctima de violencia, o presente lesiones físicas visibles o daño psicológico ostensible que puedan dar cuenta de situaciones de violencia (ha sufrido asaltos, violencia sexual, maltratos, secuestros, extorsiones, o ha estado sometido a una red de tráfico ilícito de migrantes).
- ✓ Manifieste necesitar y no estar recibiendo algún tipo de tratamiento médico o atención de su salud, o está enferma o herida o presenta alguna discapacidad, inclusive si su trayecto migratorio ha sido largo y de riesgo para su integridad física y psíquica.
- ✓ Manifieste o muestre señales de encontrarse desarraigado e incomunicado o sin recursos y querer reunificarse con su familia.
- ✓ Manifieste o muestre señales de requerir algún otro tipo de protección de alguno de sus derechos fundamentales u otras necesidades básicas que impliquen un riesgo para su integridad física o emocional; debería asimismo considerarse especialmente la situación de mujeres adolescentes solas y en estado de embarazo.

Para efectos de estos indicadores, el concepto de "violencia" es entendido como el uso deliberado de la fuerza o poder, real o en forma de amenaza, que tenga o pueda tener como resultado lesiones, daño psicológico, un desarrollo deficiente, o privaciones, y poner en riesgo la integridad física o psíquica.

iv. Niños, niñas y adolescentes con otras necesidades de protección internacional o complementaria

Son los niños, niñas y adolescentes que no reúnen los elementos para ser incluidos en la definición aplicable de refugiado, pero que no obstante podrían requerir otras formas de protección complementaria, encontrarse amparados en el principio de no devolución o que transitoriamente no puedan regresar a su país, ya sea que:

- ✓ No puedan o no quieran regresar a su país debido a que de verse obligados a hacerlo, quedarían sometidos a graves violaciones a sus derechos humanos, tales como la tortura.

- ✓ Hubieran tenido que desplazarse forzosamente y transitoriamente no pueden retornar a su país de origen en razón de condiciones humanitarias prevalecientes o debido a las consecuencias generadas por desastres naturales o ambientales.
- ✓ Se trate de NNA respecto de quienes (por sus características, nacionalidad, etc.) existiera una recomendación de no retorno de nacionales como las emitidas por el ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (ACNUR).
- ✓ En el caso de los niños, niñas y adolescentes que pueden encontrarse en situación de apátridas: las causas pueden ser múltiples y en general surgen problemas al momento de acreditar o demostrar su nacionalidad, por ejemplo ya que el país de origen o residencia habitual con el que alegan vínculos significativos (por haber nacido allí, por ser el de nacionalidad de sus padres, etc.) los reconozca o documente como tales.

v. Niños, niñas y adolescentes cuyos derechos no se encuentran vulnerados pero que no cumplen los requisitos migratorios

Cuando de la identificación inicial surgiere que el NNA no requeriría protección en los términos expuestos en las situaciones anteriores, la autoridad migratoria procederá de acuerdo a la legislación migratoria en vigor y conforme las pautas previstas en el siguiente apartado de la presente Guía.

6.3. Segundo Paso: Mecanismos de derivación a los organismo/s responsables/s para la adopción de medidas de protección y cuidado

Una vez finalizado el proceso de identificación y el registro de la información, de haberse identificado una de las situaciones establecidas, el/la funcionario/a interviniente realizará la/s derivación/es al/los organismo/s responsable/s de adoptar las medidas a fin de procurar respuestas adecuadas a la necesidades específicas detectadas en cada caso. Este Paso tiene como objetivo prioritario:

- ❖ Conforme las necesidades identificadas, y de resultar necesario de acuerdo con la evaluación del interés superior del niño, niña y adolescente, se deberá comunicar y hacer la adecuada referencia o derivación del caso a los organismos competentes en la protección de los derechos del niño, niña y adolescente para la adopción de medidas de protección especial.

Cuando sea identificado un niño, niña y adolescente cuya situación encuadra en una de las necesidades expuestas conforme los indicadores, es importante que:

i. Conforme la normativa migratoria aplicable se garantice la autorización de alguna forma de categoría migratoria de ingreso o autorización de acceso al territorio, al menos de manera provisoria o temporal, que evite *prima facie* el riesgo de rechazo o devolución y garantice la atención de las necesidades básicas inmediatas de alimentación, higiene, seguridad social y salud.

A fin de garantizar el *principio de no devolución*, dada su importancia, los/as funcionarios/as de las áreas migratorias deberán recabar la información pertinente y analizarla a fin de determinar el riesgo de la aplicación de una medida de devolución.

ii. Referir el caso a las distintas instancias u organismos competentes para atender las necesidades inmediatas o adoptar medidas de protección especial adecuadas según las necesidades del caso.

a) ¿Cómo proceder frente a un niño, niña y adolescente con necesidades de protección internacional como refugiado?

Cuando de la identificación inicial surgiere que el NNA requeriría protección como refugiado/a, el/la funcionario/a actuante en frontera deberá:

i. Autorizar el ingreso al territorio de acuerdo a la normativa aplicable;

ii. Dar intervención inmediata al organismo central responsable en materia de refugiados (CONAREs);

iii. Dar intervención a las autoridades que entiendan en materia de protección de los derechos del niño, niña y adolescente, u otras autoridades competentes, como las judiciales, en lo que corresponda por ejemplo cuando se trate de niños, niñas y adolescentes no acompañados y sea necesaria la designación de un tutor;

iv. En aquellos Estados del MERCOSUR en los cuales existan mecanismos internos de atención a niños, niñas y adolescentes que solicitan asilo, deberá proceder de acuerdo a los circuitos previstos específicamente para estos casos.

b) ¿Cómo proceder frente a un niño, niña y adolescente víctima de trata?

Para la identificación y posterior derivación de un niño, niña y adolescente posible víctima de trata se utilizará el procedimiento establecido en la *Guía de actuación regional para la detección temprana de situaciones de trata de personas en pasos fronterizos del MERCOSUR y Estados Asociados.* Dicho instrumento establece que se deberá:

i. Poner a la posible víctima bajo resguardo;

ii. Poner a los potenciales tratantes bajo custodia de la fuerza policial o de seguridad con competencia en el lugar;

iii. Confeccionar las actas e informes correspondientes según la normativa vigente, identificando, de ser posible, a la/s personas/s involucrada/s y dejando asentado: las bases de datos consultadas, los hechos relevantes y los indicadores que se hubieran detectado;

iv. Dar inmediata intervención a la autoridad judicial o Ministerio Público competente y adoptar las medidas dispuestas por ésta, así como comunicar a las representaciones diplomáticas o consulares;

v. Dar aviso al órgano de asistencia a la víctima más próximo al lugar de los hechos;

vi. Realizar las comunicaciones pertinentes a las autoridades migratorias del país de salida de la víctima, así como también las notificaciones y asientos que corresponda a los fines del registro y sistematización de datos relativos a las situaciones de trata detectadas, sus víctimas y posibles tratantes.

c) ¿Cómo proceder frente a un niño, niña y adolescente con necesidades de protección de otros derechos con riesgo a su integridad física o psíquica?

Cuando de la identificación inicial surgiere que el niño, niña y adolescente requeriría de la protección integral de sus derechos en los términos de la presente Guía, el/la funcionario/a actuante deberá:

i. Autorizar alguna forma de ingreso o acceso al territorio conforme la normativa aplicable y el procedimiento migratorio correspondiente

ii. Dar intervención a la autoridad responsable en materia de niñez para que adopte las medidas de protección de derechos correspondientes

d) ¿Cómo proceder frente a un niño, niña y adolescente con otras necesidades de protección internacional o complementaria?

Cuando de la identificación inicial surgiere que el NNA requeriría otras formas de protección internacional o complementaria, el/la funcionario/a actuante deberá:

i. Autorizar alguna forma o categoría de ingreso, conforme la normativa aplicable

ii. Derivar el caso al organismo de protección de los derechos del niño, niña y adolescente

iii. Dar el curso correspondiente dentro del organismo migratorio, para que se evalúe de corresponder, el otorgamiento de un permiso de residencia, el que podría fundarse en razones humanitarias.

En caso de identificar que el NNA migrante se encuentra en *situación de apatridia*, se deberá referir a un procedimiento de determinación de la condición de apátrida (si el Estado receptor contara con dicho organismo o mecanismo específico), o a un mecanismo complementario de protección. Puede darse el caso que al mismo tiempo el niño, niña y adolescente requiera protección como refugiado, y en ese caso deberá referirse el caso inmediatamente a las autoridades competentes para la determinación de la condición de refugiado (CONAREs).

e) Articulación y adopción de medidas de cuidado y protección por parte del sistema de protección integral de los derechos del niño, niña y adolescente

Dado que se impone a lo lardo de la Guía Regional un enfoque que priorice la especial condición de niños, niñas y adolescentes antes que la de migrantes, es también necesario que las políticas sobre infancia y así como las de protección social incorporen a los NNA migrantes como grupo de personas en situación de especial vulnerabilidad que requieren protección. Suele existir en estas políticas o programas un déficit u omisión respecto de las necesidades específicas de los niños, niñas y adolescentes migrantes, particularmente aquellos no acompañados.

Sin perjuicio de las medidas más generales que implican garantizar a los NNA migrantes el derecho a la educación, la salud y la protección social, cuando las autoridades que forman parte del sistema de protección de derechos del niño, niña y adolescente reciban por parte de autoridades migratorias o identifiquen casos de NNA migrantes que requieren medidas de cuidado o protección especial, entre las medidas inmediatas prioritarias que pueden disponer se encuentran:

i. *establecer contacto con la familia* del niño, niña y adolescente u otro adulto referente que el niño, niña y adolescente indique, o con autoridades competentes –consulares u

organismos de infancia del país de origen-, según si el NNA se encuentra no acompañado o separado; así como identificar otros adultos o familia extendida que pueda existir en el país de acogida;

ii. brindarle *alojamiento y cuidados iniciales o temporales* adecuados hasta la determinación, en el plazo más breve, de las *soluciones duraderas* adecuadas al caso en interés superior del niño, niña y adolescente.

iii. *las soluciones duraderas* posibles según su interés superior y el principio de unidad familiar, según el caso pueden implicar:

- la *reunificación familiar*, ya sea mediante la permanencia en el país receptor o su *retorno* voluntario y seguro al país de origen,
- la *permanencia* en el país de destino, y medidas de cuidado y protección integral adecuadas si se determina excepcionalmente que la reunificación familiar no sería en su interés superior
- posible *reasentamiento* por reunificación familiar en un tercer país donde se encuentre su familia, o si el retorno al país de origen no es seguro

Para ello, sin perjuicio de la identificación realizada inicialmente por funcionarios migratorios, los organismos de protección de los derechos del niño, niña y adolescente podrán realizar *entrevistas en profundidad* que permitan realizar la DIS en cuanto a la decisión sobre las soluciones duraderas adecuadas, teniendo en cuenta a su vez las pautas indicadas en esta Guía, orientadas a la situación particular de los NNA migrantes.

Dado que éstas medidas se articulan con procedimientos migratorios, en cuanto pueden implicar la devolución al país de origen, etc., según el caso, deberá comunicarse las medidas de protección y el análisis sobre la DIS, así como coordinar en caso de ser necesario tanto con las autoridades migratorias como con autoridades competentes en el país de destino arreglos para el retorno o devolución.

Por su parte, sin perjuicio de lo referido a las condiciones de alojamiento y a las medidas alternativas de cuidado no privativas de la libertad, es preciso tener en cuenta que los organismos de protección de los derechos del niño, niña y adolescente deberán también considerar los estándares generales aplicables al cuidado alternativo de NNA migrantes no acompañados o separados o que carecen de cuidados parentales, cuyo desarrollo excede el propósito de esta Guía. A su vez, deberá prestarse atención a las distintas modalidades que pueden presentarse según el ámbito o lugar donde se desarrolle: ya sea basado en la familia (acogimiento familiar) o residencial (alojamiento en instituciones), y los principios y estándares aplicables en cada caso.

6.4. Otras medidas relevantes en el marco de los procesos de identificación y/protección de los derechos de los NNA migrantes

a) Determinación de la edad

En caso de duda acerca de la edad del NNA se estará a la declarada por éste, hasta tanto pueda ser determinada, dentro de un plazo razonable mediante los procedimientos previstos

al efecto. Mientras tanto, se le concederá el trato otorgado a los niños, niñas y adolescentes si la edad declarada fuera inferior a los 18 años.

Las autoridades competentes (centros de salud, funcionarios forenses, etc.) deberán proceder a determinar la misma con base no sólo en el aspecto físico del individuo, sino también en la madurez psicológica. Además, la evaluación será realizada con criterios científicos, seguridad e imparcialidad, atendiendo al interés del niño, niña y adolescente y a consideraciones de género, debe ser culturalmente apropiada, evitando todo riesgo de violación de su integridad física y respetando debidamente su dignidad humana.

Pautas a tener en cuenta para la adopción de medidas de determinación de la edad, por parte de las instancias con competencia específica:

- ✓ La evaluación debe ser gratuita
- ✓ Se debe procurar la realización de pericias médicas
- ✓ Se debe informar y orientar al NNA acerca del contenido, alcances y razones de los estudios determinativos de la edad.
- ✓ Se debe procurar la máxima celeridad en la realización de los estudios y en la obtención de los resultados.

b) Pedido de información al país de origen

En muchos casos la información sobre la identidad del NNA debe completarse requiriendo información al país de origen o sus representaciones consulares en el extranjero, especialmente en caso que requieran la documentación del niño, niña y adolescente migrante. Así, por ejemplo, a través de los consulados de los países se puede solicitar información referida a la búsqueda de los familiares, lugar de residencia, fecha de salida del país de origen, etc.

En ningún caso deberán realizarse consultas de cualquier tipo o brindar información a autoridades del país de origen de un NNA que manifiesta temor de regresar a su país, en particular cuando requieran protección internacional como refugiados, en tales casos debe regir el principio de confidencialidad sobre toda la información.

c) Designación de tutor/a

Tan pronto como se determine la condición de NNA migrante no acompañado o separado de su familia, se realizará la notificación a las autoridades competentes (judiciales o de otro orden) para el nombramiento un tutor o asesor, que desempeñará sus funciones hasta que el menor llegue a la mayoría de edad o abandone permanentemente el territorio o la jurisdicción del Estado.

Las funciones del tutor serán, entre otras:

- ✓ asegurar el respeto y ejercicio efectivo de sus derechos
- ✓ brindar información al niño, niña y adolescente sobre todas las decisiones y las evidencias presentadas y alegadas durante el proceso
- ✓ asegurar el derecho a la participación del NNA durante todo el proceso
- ✓ garantizar el derecho del NNA en lo relativo a su designación y la revisión/evaluación de dicho nombramiento

7. Procedimientos migratorios y protección del derecho a la libertad personal y a la unidad familiar de los niños, niñas y adolescentes migrantes y sus familias

7.1. Ámbito de aplicación y alcances

Los Estados en su facultad de adoptar y ejecutar sus políticas migratorias de conformidad con sus obligaciones en materia de derechos humanos, en el marco de procedimientos migratorios de control, permanencia o residencia, podrán considerar medidas que pueden terminen en el retorno del NNA migrante o de la expulsión o deportación de uno o ambos progenitores o personas extranjeras responsables del niño, niña y adolescente.

El presente apartado se refiere a procesos migratorios que involucren tanto a niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados como a quienes se encuentren junto a sus familias, en los que se considere su situación migratoria en razón del ingreso o permanencia irregular en el territorio nacional y que puedan concluir en medidas de deportación o expulsión, y en relación con las garantías aplicables de protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes , debido proceso legal y derecho a la libertad personal.

Particularmente, cuando se trate de los niños, niñas y adolescentes con sus familias, será considerada la situación de los niños, niñas y adolescentes en cuanto estén expuestos a la posibilidad de ser expulsados o deportados por motivos de irregularidad migratoria, en relación con el derecho a la protección de la familia y a la no injerencia arbitraria o abusiva en la vida familiar.

Por lo tanto, éstos procesos no se aplicarán si se hubieran identificado necesidades de protección internacional y resultara aplicable el principio de no devolución.

a) Consideraciones generales respecto a la identificación de los casos, la evaluación del interés superior del niño, niña y adolescente y los mecanismos de derivación

En el marco de estos procesos descriptos, la identificación y los mecanismos de referencia establecidos o que se establezcan conforme los lineamientos de esta Guía Regional, pueden variar sustancialmente ante la multiplicidad de situaciones y circunstancias en las que puedan surgir o identificarse los casos, y la heterogeneidad en los procedimientos y la práctica de cada Estado respecto de los distintos supuestos en los que puede activarse una expulsión.

Los casos pueden iniciarse o ser detectados ya sea en un procedimiento de control de permanencia ordinario o de otro tipo, o al efectuarse el control de ingreso al territorio, ya sea que se trate directa e individualmente de la situación del niño, niña y adolescente migrante o en el marco de un proceso iniciado a uno o ambos de sus progenitores o familiares.

Todo proceso en el cual se dirima la adopción de ese tipo de medidas debe necesariamente contar con una instancia de revisión del interés superior del niño, niña y adolescente que se constituya en una consideración primordial al momento de brindar una solución.

Por lo tanto, es necesario reiterar que en el marco de los referidos procedimientos migratorios, resultan aplicables los mecanismos de derivación y las medidas de atención y protección que se provean respecto de NNA migrantes en el marco del sistema de protección de los derechos del niño, niña y adolescente –especialmente de alojamiento-, en el sentido que debe garantizarse el efectivo cumplimiento del *debido proceso* adaptado a sus necesidades, así como que su *interés superior* sea una consideración primordial en las decisiones y medidas que se adopten, tal como fue desarrollado en el título precedente.

7.2. Medidas de carácter cautelar aplicables en el marco de los procedimientos migratorios que involucren a NNA migrantes

Por medidas de carácter cautelar en el contexto migratorio y a los efectos de la presente Guía Regional, se entienden a todas aquellas medidas de distinta índole, tendientes a asegurar, dentro del procedimiento migratorio con los alcances señalados, la efectivización de medidas de carácter expulsivo.

En cuanto al alcance de las medidas privativas de la libertad, como medidas que restringen en mayor medida la libertad personal, deberán considerarse con carácter excepcional en el marco de procedimientos por motivos de incumplimiento de los requisitos migratorios de ingreso o permanencia en un Estado, y sólo deberán ser utilizadas a fin de asegurar la comparecencia de la persona al procedimiento migratorio o hacer efectiva la ejecución de una orden de expulsión, siempre que sea necesario y proporcional para el caso individual y únicamente durante el menor tiempo posible. Dichas medidas no pueden imponerse con fines punitivos o meramente sancionatorios.

Cabe destacar que mientras las medidas privativas de la libertad tienen carácter excepcional en el caso de los adultos, en el caso especial de los NNA migrantes su aplicación no puede resultar en ningún caso necesaria ni idónea, ni responder al interés superior de los NNA migrantes en situación migratoria irregular.

a) Principio de no privación de la libertad de niños, niñas y adolescentes en razón de su situación migratoria

Tratándose de niños, niñas y adolescentes migrantes, toda medida de privación de la libertad impuesta por razones exclusivas de su situación migratoria resultará arbitraria y no

responderá a su interés superior: la libertad personal debe ser la regla mientras se resuelve su situación migratoria.

En todos los casos y particularmente en el caso de que los *niños, niñas y adolescentes no acompañados o separados* de sus familias, la improcedencia de la privación de la libertad surge de la obligación de los Estados de promover medidas prioritarias de protección especial tendientes a proteger su interés superior.

A su vez, cuando se trate de *niños, niñas y adolescentes que se encuentran junto a sus familias*, el interés superior en general exige el mantenimiento de la unidad de la familia, y por lo tanto el principio de no privación de su libertad es extensible a su grupo familiar.

Los Estados no pueden recurrir a la privación de libertad de niños, niñas y adolescentes para cautelar los fines de un proceso migratorio, deben disponer de alternativas menos lesivas y, al mismo tiempo, proteger de forma prioritaria e integral los derechos del niño, niña y adolescente.

En ambas situaciones, los Estados no podrán privar de la libertad, ni justificar una medida de esas características en razón de:

- ✓ El incumplimiento de la normativa migratoria, tanto de ingreso como de permanencia en el territorio de manera irregular
- ✓ Asegurar la aplicación de medidas adoptadas en un procedimiento migratorio, como la expulsión o deportación
- ✓ El hecho de que un niño, niña y adolescente se encuentre solo o separado de su familia o a fin de proteger sus derechos
- ✓ La intención de mantener la unidad de la familia, o en razón de la condición migratoria de sus familiares

En todos estos casos, los Estados deberán disponer de medidas alternativas no lesivas que al mismo tiempo protejan los derechos de los niños, niñas y adolescentes de forma prioritaria e integral, a fin de preservar y mantener el vínculo familiar y propender a la protección de la familia, sin imponer medidas que afecten los derechos del niño, niña y adolescente a través de la privación de libertad para toda o parte de la familia.

b) Medidas alternativas de carácter cautelar respecto de niños, niñas y adolescentes migrantes: medidas de cuidado alternativo y protección integral

Las *medidas alternativas de carácter cautelar* mientras se desarrollan y resuelven los procedimientos migratorios, no deben concebirse meramente como alternativas a la privación de la libertad, si no como verdaderas *medidas prioritarias de protección integral* y cuidado alternativo de derechos de los niños, niñas y adolescentes , adecuadas a las circunstancias individuales y familiares, en consideración de su interés superior.

En la implementación de las medidas de cuidado alternativo deberá prevalecer la *aplicación de los mecanismos del sistema de protección de los derechos del niño, niña y adolescente* que se encuentren previstos por el Estado, por sobre el sistema y las instituciones de carácter migratorio, de conformidad con el principio de especialidad o protección especial.

Las referidas medidas alternativas a la privación de la libertad deberían estar contempladas en la normativa interna de los Estados y contar las garantías procesales aplicables según los lineamientos de la presente Guía Regional y sin perjuicio de las obligaciones del derecho internacional de los derechos humanos.

Tratándose de *niños, niñas y adolescentes no acompañados*, los Estados deberán:

- ✓ Adoptar soluciones alternativas y prioritarias de protección integral que estén basadas en la familia o la comunidad antes que en la institucionalización, como por ejemplo: la localización en el país receptor de miembros de familia ampliada o referentes afectivos que puedan responsabilizarse; el alojamiento en familias sustitutas; la permanencia en centros de alojamiento o acogida de régimen abierto.
- ✓ Adoptar las medidas necesarias para la adopción de soluciones duraderas adecuadas, como la búsqueda y localización de la familia, o referentes afectivos que pueda responsabilizarse por el niño, niña y adolescente, con el objeto de asegurar la reunificación familiar y la repatriación voluntaria y segura a su país de origen de ser posible. A esos fines resultan fundamentales las medidas previas –en la etapa de identificación- para determinar su identidad y composición familiar.

A su vez, estas medidas podrán complementarse con otras tendientes a asegurar los fines del procedimiento migratorio o la presencia de los interesados durante las distintas etapas del proceso, que resultan también aplicables a la situación de los *NNA migrantes acompañados* de su familia. Dichas medidas pueden adoptar distintas formas o utilizarse en forma complementaria, y pueden restringir en menor o mayor medida el derecho a la libertad de circulación, pero deben aplicarse sin discriminación y teniendo en cuenta el caso individual, las circunstancias familiares, y la disponibilidad y adecuación de las medidas. Por ejemplo:

- ✓ El depósito o entrega de documentación de identidad o viaje: entregándose en sustitución documentación que autorice su permanencia.
- ✓ La exigencia de fianza o caución juratoria y/o real por parte de las autoridades;
- ✓ La exigencia de medidas de comparecencia o presentación o notificación periódica del niño, niña y adolescente y/o sus padres ante determinadas autoridades o instituciones públicas u ONGs,
- ✓ La fijación de una residencia o domicilio específico, ya sea en una institución o domicilio privado.
- ✓ La presentación de un fiador o garante responsable de su comparecencia.

En el caso de los *niños, niñas y adolescentes acompañados* de su familia, frente a decisiones o medidas para asegurar los fines del procedimiento migratorio, siempre que el interés superior del niño, niña y adolescente exija el mantenimiento de la unidad familiar, el imperativo de no privación de libertad obliga a las autoridades competentes a optar por medidas alternativas a la detención para la familia que a su vez sean adecuadas a las necesidades de los niños, niñas y adolescentes .

Lo anterior implica la adopción de *soluciones alternativas* a los centros de detención en régimen cerrado, a fin de preservar y mantener el vínculo familiar y propender a la protección de la familia.

c) Condiciones de alojamiento para NNA migrantes

Los casos de NNA migrantes tanto separados o no acompañados como si se encuentran junto a su familia y en situación migratoria irregular, especialmente si se comprueba la necesidad excepcional, ineludible o imperiosa de *cautelar los fines del proceso migratorio* y no hay otra opción menos lesiva que la institucionalización, deberán también contar con un mecanismo de derivación que implique la comunicación del caso y referencia para la intervención del sistema de protección de los derechos del niño, niña y adolescente.

En tales circunstancias, los Estados podrán recurrir a medidas como el a*lojamiento del NNA migrante en un centro o albergue*, que pueden ser establecimientos estatales o privados, pero siempre con la obligación de fiscalización por parte del Estado.

Las situaciones a partir de las cuales, con la correspondiente evaluación o determinación de su interés superior, se podrá decidirse el alojamiento de un niño, niña y adolescente migrante en el marco de los procedimientos migratorios son:

- ✓ como medida de protección de derechos ante NNA separados o no acompañados que deban residir transitoriamente en algún lugar hasta adoptarse una solución duradera
- ✓ aquellos casos en los que los NNA están acompañados de adultos que no tienen lugar de residencia ni posibilidades de gestionarlo. En estos casos, los Estados procurarán gestionar una residencia para el adulto y el niño, niña y adolescente a los fines de evitar su separación, salvo que medien excepcionales razones en función del interés superior del niño, niña y adolescente.

En el caso de las personas migrantes existen obligaciones por parte de los Estados, y ciertos estándares específicos a garantizar en cuanto al lugar y las condiciones en que debería desarrollarse una medida de alojamiento, algunos referidos y adecuados concretamente a los niños, niñas y adolescentes :

i. Principio de separación y derecho a la unidad familiar,

ii. Centros de alojamiento abiertos,

iii. Condiciones materiales y régimen adecuado para la protección integral de derechos.

En base a ello, en estas situaciones, los Estados se comprometen a:

- ✓ No privar de la libertad a los NNA que sean alojados o requieran alojamiento
- ✓ No alojar a NNA en cárceles o establecimientos destinados a personas en conflicto con la ley que empleen régimen carcelario o de encierro
- ✓ Garantizar el principio de separación, y siempre y cuando sea en el interés superior del niño, niña y adolescente, asegurar la separación de los NNA de los adultos
- ✓ Garantizar, siempre y cuando sea en el interés superior del niño, niña y adolescente, la unidad familiar de los NNA con sus familias o adultos que los acompañen

- ✓ Asegurar condiciones materiales, el acceso a los derechos fundamentales, como la salud, la educación, la vida familiar, la recreación, etc. así y un régimen en un ambiente no privativo de la libertad.

Dado que la regla es el *principio de no privación de la libertad de NNA migrantes* por su situación migratoria irregular, debe tenerse presente que pueden existir en la práctica situaciones de *restricción de libertad personal* o interferencias severas a la libertad de circulación (retenciones, aprehensiones, arrestos o detenciones breves), que eventualmente deriven en medidas que materialmente se correspondan con una privación de libertad, caso en el cual se tornan operativas las garantías del debido proceso especialmente aplicables a los niños, niñas y adolescentes .

7.3. Derecho a la vida familiar

a) Consideraciones generales

La *familia* a la que todo niño, niña y adolescente tiene derecho abarca al grupo familiar constituido por quienes mantienen efectivamente un vínculo familiar cercano, y en el que de hecho las partes tengan una vida familiar común.

El concepto de familia no se encuentra determinado por una concepción cerrada o tradicional que la considera reducida al matrimonio o constituida sólo por los familiares biológicos. El concepto de vida familiar que se encuentra protegido, reconoce que los vínculos jurídicos se encuentran condicionados por la dinámica cultural, y por lo tanto, abarca otras modalidades de familia, y los lazos familiares existentes por fuera de la institución matrimonial. Por lo tanto, no debería restringirse en concepto de familia a la noción tradicional de un matrimonio y sus hijos menores, ya que puede implicar una interferencia en el derecho a la vida privada de las personas.

La familia de todo niño, niña y adolescente a la vez que debe brindarle protección a éste, debe ser objeto de protección primordial por parte del Estado. En este sentido, *son titulares de la protección de la familia* o la vida familiar, quienes efectivamente forman parte del núcleo familiar y mantienen o han mantenido una convivencia mutua, y particularmente en el contexto migratorio, debería considerase en sentido amplio incluidos a los padres biológicos, adoptivos o de acogida, o a los miembros de la familia extensa o ampliada, y cualquier persona que tenga la custodia, tutores legales o habituales según las costumbres locales.

Como principio general, el respeto del derecho a la unidad familiar exige no sólo que los Estados se abstengan de realizar acciones que resulten en la separación familiar, sino también que adopten medidas para mantener la unidad familiar y reunificar a los familiares que se hubieran separado.

El derecho del niño, niña y adolescente a la protección de la familia, y en particular al disfrute de la vida de familia manteniendo la unidad familiar en la mayor medida posible, siempre prevalece excepto en aquellos casos en los cuales la separación del niño, niña y adolescente de uno o ambos progenitores sería necesaria, excepcionalmente, en función de su interés superior. Por lo tanto, corresponde a los Estados en cada caso, realizar una estricta ponderación para determinar, por ejemplo, que la expulsión de uno o ambos progenitores no conlleve una injerencia abusiva o arbitraria en la vida familiar del NNA migrante. La CDN prevé

situaciones particulares en las que podría ser necesaria dicha separación, por ejemplo cuando sean objeto de maltrato o cuando sus padres vivan separados y deba adoptarse una decisión sobre su lugar de residencia.

Realizada la identificación inicial de que se trata de un niño, niña y adolescente no acompañada, o frente a casos en los que durante el procedimiento migratorio se ponga en juego la ruptura de la unidad familiar, las decisiones ulteriores acerca de la residencia y el estatuto del niño, niña y adolescente y su familia, de ser el caso, deberían basarse en la información registrada y las conclusiones de la evaluación inicial de las medidas de protección, y en la ponderación de los parámetros específicos que se indican en este apartado.

b) Pautas para garantizar el respeto del derecho a la vida familiar de niños, niñas y adolescentes migrantes que se encuentran junto a sus familias

Las decisiones de las autoridades migratorias sobre el ingreso o permanencia en el territorio de un NNA migrante o sus padres, tutores o adultos responsables, pueden ser determinantes para la unidad o separación de un grupo familiar, y afectar el goce del derecho a la vida familiar. En casos que involucran a NNA migrantes, esto puede suceder en la práctica si al ordenar o ejecutar medidas de expulsión de personas no se considera las circunstancias familiares, especialmente cuando se encuentran con sus familias, o en el caso que se encuentren NNA si no se valoran adecuadamente las circunstancias que rodean las posibilidades de reunificación.

Los Estados deberán adoptar mecanismos e instancias para evaluar individualmente cada caso, ponderando las circunstancias particulares de las personas involucradas y a fin de garantizar el derecho a la vida familiar, incluyendo:

- ✓ Evaluar individualmente los casos en los que estuviera en juego la separación de la familia según los parámetros establecidos a continuación, ya sea que se cuente con las capacidades profesionales para realizar la tarea dentro del ámbito institucional migratorio, o bien mediante la cooperación interinstitucional e informes técnicos realizados por profesionales de otros organismos competentes (ej. organismos competentes en materia de protección de los derechos del niño, niña y adolescente);
- ✓ Garantizar que el niño, niña y adolescente involucrado en el procedimiento sea oído y su opinión tenida en cuenta;
- ✓ Priorizar las medidas de preservación de la unidad familiar y adoptar medidas alternativas a la separación por motivos de expulsión, como por ejemplo: la regularización de los padres o el apoyo para la inserción social de la familia;
- ✓ Asegurar que la decisión excepcional de separar a la familia se encuentre fundada en el principio del interés superior del niño, niña y adolescente y sean expresadas las consideraciones sobre el impacto de la medida en la protección de los derechos del niño, niña y adolescente. A modo de ejemplo, las situaciones por las que puede separarse a un niño, niña y adolescente de su familia pueden ser: en los casos en que el niño, niña y adolescente sea objeto de maltrato, abuso o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño, niña y adolescente.

Para realizar las evaluaciones las autoridades competentes deberán tomar en consideración los siguientes parámetros a la luz del interés superior del niño, niña y adolescente:

- ✓ La historia migratoria, el plazo de duración de la permanencia o residencia y la extensión de los lazos o arraigo del progenitor y/o familiar con el país;
- ✓ La nacionalidad y situación de residencia, en particular la de los hijos de la persona que se pretende expulsar;
- ✓ El grado y alcance de la afectación que genera la ruptura familiar, considerando el tiempo de permanencia o convivencia en esa unidad familiar, y en particular respecto de la perturbación en la vida diaria del niño, niña y adolescente de cambiar su situación familiar.

En el caso particular de los NNA en el contexto de la migración, si bien no se trata de NNA migrantes en el sentido estricto utilizado en la presente Guía Regional, los Estados deberán tener en cuenta que aquellos nacidos en el país de destino, que posean la nacionalidad -o el derecho a obtenerla- del país del cual uno o ambos progenitores y/o familiares puedan ser expulsados en el marco de un procedimiento migratorio, los niños, niñas y adolescentes conservan el derecho a permanecer en ese país (considerado como “su” país) y a continuar disfrutando de la vida familiar y unidad de la familia allí, incluyendo la convivencia mutua con su núcleo familiar. En estas circunstancias, la separación de la familia motivada por la expulsión en virtud del incumplimiento de la normativa migratoria podría resultar desproporcionada, irrazonable o desmedida frente a las supuestas ventajas que se obtendrían con el abandono forzado del territorio por parte del familiar, y no sería compatible con el derecho a la unidad de la familia o reunificación familiar.

7.4. Reunificación familiar, retorno voluntario y otras soluciones duraderas

Las *soluciones duraderas* implican medidas que afectan de manera sustancial, en el mediano y o largo plazo, la vida del NNA migrante en su interés superior, por lo que requieren para su adopción un procedimiento de DIS.

Como hemos señalado, en el contexto migratorio las soluciones a considerar pueden implicar: el retorno al país de origen o la permanencia e integración local en el país de destino, como formas de garantizar la reunificación familiar, o el reasentamiento en un tercer país.

La *reunificación familiar* es el mecanismo práctico por excelencia para hacer efectivo el derecho a la unidad de la familia, como mecanismo primario de protección de los integrantes del grupo familiar que les permite permanecer de manera segura y con los mismos derechos.

En particular en el caso de los *niños, niñas y adolescentes no acompañados o separados*, y cuando no surjan necesidades de protección internacional, además de referir el caso a los mecanismos previstos para la protección de los derechos del niño, niña y adolescente, los Estados deberán iniciar inmediatamente las medidas tendientes a la *localización de la familia*, ya que la búsqueda de una solución que resuelva sus necesidades de protección implica el análisis de las posibilidades de reunificación familiar.

Excepcionalmente, la reunificación familiar y *el retorno* al país de origen no entrarán en consideración si pudiera producir un "riesgo razonable" de traducirse en la violación de los derechos humanos fundamentales y, en particular, y cuando sea aplicable el principio de no

devolución. En tal caso, y cuando el retorno al país de origen resulte imposible por razones jurídicas o de hecho, la permanencia e *integración* en el país de acogida constituye la opción principal, y debe basarse en un régimen jurídico estable (con inclusión del permiso de residencia); sin soslayarse que en determinados casos y siempre que sea una opción disponible y apropiada, puede considerarse la posibilidad de promover el reasentamiento en un tercer país. El reasentamiento como solución duradera deberá considerarse conforme los procedimientos y criterios correspondientes de las autoridades competentes, por ejemplo en el caso que involucre a personas refugiadas.

7.5. Acceso a la documentación

Los niños, niñas y adolescentes migrantes tienen derecho a obtener la documentación que compruebe su identidad y aquella vinculada a acreditar su estatuto legal de permanencia u otros en el Estado de acogida, como por ejemplo los certificados o documentos que acrediten su situación migratoria (residencia) o de solicitante de la condición de refugiado, u otros documentos nacionales o cédulas que se expidan a los extranjeros, incluyendo documentos de viaje.

Con respecto al proceso de documentación:

- ✓ La documentación deberá ser otorgada al niño, niña y adolescente en el menor plazo posible, especialmente cuando se encuentren indocumentados; y los niños, niñas y adolescentes no acompañadas podrán contar con la asistencia de un representante o tutor o las autoridades competentes de los organismos de protección de los derechos del niño, niña y adolescente para obtenerla
- ✓ Se deberá brindar información al niño, niña y adolescente respecto del significado de la documentación, su regularidad, derechos que implica y los modos para mantener su vigencia o renovación;
- ✓ Se deberá procurar la cooperación de las autoridades consulares del país de origen para el proceso de documentación, particularmente en el caso de niños, niñas y adolescentes que se encuentren indocumentados; salvo que medien razones vinculadas a la confidencialidad por tratarse de solicitantes de asilo o refugiados, en cuyo caso los Estados deberán tener en cuenta el principio de ayuda administrativa

8. Compromisos

8.1. Identificación de instituciones y autoridades competentes

Los Estados se comprometen a diagramar un mapa de instituciones y autoridades competentes de cada uno de los países de la región.

8.2. Capacitación de las autoridades para la implementación de la Guía Regional

Los Estados se comprometen a:

- ✓ Desarrollar actividades periódicas de capacitación tendientes a fortalecer las capacidades del personal que cumple funciones de control migratorio, así como

también de aquellas instituciones que, en el ámbito de sus respectivas competencias, desempeñen funciones en el marco de este procedimiento, en particular el personas de las áreas de atención y protección integral de los derechos del niño, niña y adolescente

- ✓ Destinar a profesionales competentes formados en técnicas de entrevista que tengan en cuenta la edad, el género y el aspecto cultural del niño, niña y adolescente, y que posean conocimientos especializados en atención a la infancia, para que los intereses de niños, niñas y adolescentes estén debidamente protegidos)
- ✓ Desarrollar y actualizar periódicamente la guía de instituciones y funcionarios responsables para realizar las consultas, notificaciones y derivaciones previstas por la presente Guía en cada uno de los Estados Partes y Asociados del MERCOSUR
- ✓ Promover mecanismos de cooperación regional a fin de garantizar la capacitación en materia de derechos humanos, migraciones y derechos del niño, niña y adolescente del personal que actuará en cada caso
- ✓ Capacitar a sus funcionarios consulares en materia de protección de los derechos del niño, niña y adolescente, procurando ofrecer a las representaciones consulares las herramientas necesarias para que asistan a los niños, niñas y adolescentes y cooperen con el Estado de destino para la protección de sus derechos.

8.3. Producción e intercambio de información

Los Estados promoverán la implementación de otras medidas conjuntas y coordinadas tendientes a fortalecer las capacidades institucionales necesarias para favorecer la implementación armónica de esta Guía tanto en zonas de frontera como al interior del territorio. A tal fin se comprometen a:

- ✓ Difundir la presente Guía en los sítios oficiales y a través de otros sítios efectivos, así como ante los organismos que actúan en el campo migratório y en la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes .
- ✓ Desarrollar e implementar mecanismos operativos comunes para el registro, sistematización, análisis y circulación periódica de información entre los Estados
- ✓ Realizar todos los esfuerzos posibles para compartir información relevante entre los diversos organismos gubernamentales y no gubernamentales (incluyendo agencias de salud, educación y bienestar), a fin de asegurar que los niños, niñas y adolescentes sean asistidos lo antes posible y las medidas de cuidado inicial implementadas en forma efectiva y oportuna
- ✓ Impulsar la puesta en vigencia del Acuerdo para la Implementación de Bases de Datos compartidas de niñas, niñas y adolescentes en situación de vulnerabilidad del MERCOSUR y Estados Asociados (MERCOSUR/CMC/DEC. Nº 26/08)

8.4. Mecanismo de seguimiento de la implementación de la Guía Regional

A fin de realizar el balance y evaluación sobre la implementación de la Guía el Foro Especializado Migratorio del MERCOSUR (FEM) y la Reunión de Altas Autoridades en Derechos Humanos y Cancillerías del MERCOSUR (RAADDHH), bien por si o por intermedio la Comisión

Permanente Niñ@Sur, , elaborarán informes anuales sobre los avances en la materia en base a la información que suministren las representaciones de cada Estado, el que compartirán con el IPPDH quien prestará su apoyo técnico para relevar, sistematizar la información y presentar los avances y colaboración para la implementación de la presente Guía, y evaluarán la posibilidad de coordinar reuniones conjuntas cuando lo estimen necesario a esos fines.

En ese sentido, para el seguimiento de la implementación, el IPPDH tendrá a su cargo la realización de un informe general en base a los informes anuales que reciba, el que será presentado luego a las instancias mencionadas.

Para elaborar el informe final, el IPPDH podrá contar con información reservada sobre los principales obstáculos y avances en la ejecución de este instrumento. Para la recolección de dicha información, los Estados se comprometen a brindar la información necesaria al IPPDH que será de carácter reservado y utilizada a efectos de establecer mecanismos de cooperación interestatal; y podrá nutrirse también de informes elaborados por organismos internacionales y de la sociedad civil que quieran aportar datos relativos a la implementación de la Guía.

8.5. Implementación de Acuerdos sobre niñez migrante suscriptos en el ámbito del MERCOSUR

Los Estados promoverán el análisis de la normativa suscripta vinculada a NNA migrantes en el marco del MERCOSUR así como la revisión del grado de implementación y eficacia , y evaluará en particular la aplicación del Acuerdo para la implementación de bases de datos compartidas de niños, niñas y adolescentes en situación de vulnerabilidad del MERCOSUR y Estados asociados, instrumento relevante para avanzar en una mayor cooperación y coordinación entre las Partes.

ANEXOS

I. Marco normativo internacional y regional

II. Referencia Normativa del MERCOSUR

a) Guía de actuación regional para la detección temprana de situaciones de trata de personas en pasos fronterizos del MERCOSUR y Estados Asociados

b) Acuerdo para la Implementación de Bases de Datos compartidas de niñas, niñas y adolescentes en situación de vulnerabilidad del MERCOSUR y Estados Asociados (MERCOSUR/CMC/DEC. Nº 26/08)

i. Normas del derecho internacional

En el ámbito universal, la primacía del marco jurídico de protección de los derechos del niño, niña y adolescente se traduce en la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), ratificada por todos los Estados Parte y Asociados del MERCOSUR, a las políticas dirigidas a NNA migrantes. Algunos de los principios fundamentales de dicho instrumento son *el interés superior del niño, niña y adolescente*, *el derecho del niño, niña y adolescente a ser oído*, y *el principio de no discriminación.*

La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares establece como principio general el compromiso de los Estados de respetar y asegurar a todos los trabajadores migratorios y sus familiares que se hallen dentro de su territorio o sometidos a su jurisdicción los derechos previstos en dicho instrumento, sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición.

En el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (en adelante "Sistema Interamericano"), el *derecho a una protección especial de niños, niñas y adolescentes* ha sido consagrado en el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH). Este derecho en conjunto con el *principio del interés superior* consagrado en la CDN debe guiar, de manera transversal, todas las políticas, programas, normativas y prácticas que afecten a los niños, niñas y adolescentes migrantes así como las decisiones que se adopten en cada caso particular.

Esto ha sido afirmado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) en la reciente la Opinión Consultiva N° 21 sobre "Derechos y Garantías de niños, niñas y adolescentes en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional" (en adelante, OC 21), solicitada por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. Allí la Corte IDH establece, entre otros principios, la primacía del enfoque de infancia por sobre las políticas migratorias y en ese sentido la ponderación del principio del interés superior del niño, niña y adolescente en todas las medidas que se adopten en el marco de procedimientos migratorios, la prohibición de la privación de la libertad a un niño, niña y adolescente por su condición migratoria, el alcance del derecho a la vida familiar, y la aplicación del principio de no devolución a partir de importantes avances en términos de protección internacional y protección complementaria.

A su vez, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la CIDH) también se ha manifestado sobre principios fundamentales en la materia, como el de no devolución, realizando una interpretación amplia y protectoria de las personas migrantes.

Por su parte, las normas internacionales que regulan la protección de los refugiados y solicitantes de asilo son la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de1967, establecen que el concepto de refugiado se aplica a toda persona que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su

nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país. A su vez, en nuestra región, son complementadas por otros instrumentos internacionales de derechos humanos que estructuran un sistema de protección internacional de los derechos humanos de solicitantes de asilo y refugiados, entre los que se encuentra la CADH, que reconoce en su artículo 22.7 el derecho de toda persona de buscar y recibir asilo.

Asimismo, la CDN, en su artículo 22, impone al Estado la obligación de adoptar las medidas necesarias para lograr que los niños, niñas y adolescentes que traten de obtener el estatuto de refugiado o que hayan sido reconocidos como refugiados, gocen de la protección y la asistencia humanitaria adecuada para el disfrute de los derechos reconocidos en la Convención o en otros tratados internacionales de Derechos Humanos o de carácter humanitario en que el Estado sea parte.

En este sentido, la Corte IDH en la OC 21 afirmó "la obligación estatal de establecer y seguir procedimientos justos y eficientes para poder identificar a los potenciales solicitantes de asilo y determinar la condición de refugiado a través de un análisis adecuado e individualizado de las peticiones con las correspondientes garantías, debe incorporar los componentes específicos desarrollados a la luz de la protección integral de los derechos debida a todos las niños, niñas y adolescentes , aplicando a cabalidad los principios rectores y, en especial, lo referente al interés superior de la niña o del niño y su participación".

La Corte IDH también reiteró que la apatridia ocasiona una condición de extrema vulnerabilidad, y que los Estados tienen el deber de identificar, prevenir y reducir la apatridia, así como proteger a la persona apátrida, especialmente en el contexto de la identificación de la identificación de la condición de niños, niñas y adolescentes migrantes y sus necesidades especiales de protección. Al respecto, cabe mencionar que conforme la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954, es apátrida es "toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación".

A su vez, se ha tenido especialmente en cuenta la doctrina y recomendaciones de los Organismos con mandato relativo a los instrumentos internacionales citados, como las delineadas por el Comité de los Derechos del Niño en sus Observaciones Generales N° 6 (2005) Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen; N° 12 (2009) El derecho del niño, niña y adolescente a ser escuchado; N° 14 (2013) sobre el derecho del niño, niña y adolescente a que su interés superior sea una consideración primordial; así como las Directrices aplicables a las temáticas específicas de esta Guía Regional publicadas por el ACNUR.

ii. Normas regionales

El 6 de diciembre de 2002 se firmó el Acuerdo de Residencia del MERCOSUR con el objetivo de que los nacionales de un Estado Parte que deseen residir en el territorio de otro Estado Parte puedan obtener una residencia legal en este último, de conformidad con los términos allí previstos. Este Acuerdo, que entró en vigencia en el año 2009, sienta las bases para el armado de una política regional de libre circulación de personas. En este sentido, establece los procedimientos correspondientes que intentan facilitar el otorgamiento de los distintos tipos de residencias, así como las normas generales para la entrada y permanencia de aquellas personas que sean consideradas residentes.

El artículo 9 de dicho instrumento establece la igualdad de trato de los inmigrantes con los nacionales y el acceso a derechos fundamentales, entre los que cabe destacar: la igualdad de derechos civiles, el derecho a la reunión familiar, el trato igualitario con nacionales en lo concerniente a la aplicación de la legislación laboral, el derecho a transferir remesas y los derechos al nombre, al registro de nacimiento, a la nacionalidad y a la educación de los hijos de los inmigrantes.

Igualmente, en el año 2004 se aprobó la Declaración de Santiago sobre Principios Migratorios a través de la cual el MERCOSUR afirmó el aporte positivo de la migración, su vocación de trabajar hacia una nueva política migratoria, fundamentada en la dimensión ética del respeto a los derechos humanos y el compromiso de brindar la protección internacional a los refugiados, entre otras cuestiones.

Por su parte, la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984 tiene como aporte fundamental el haber recomendado una definición ampliada de refugiado que además de contener los elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, considere a quienes han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos armados internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público, y ha sido incorporada en la legislación interna o es aplicada en la práctica por la inmensa mayoría de los países de la región. Al respecto, la Corte IDH en la OC 21 consideró que "las obligaciones derivadas del derecho a buscar y recibir asilo resultan operativas respecto de aquellas personas que reúnan los componentes de la definición ampliada de la Declaración de Cartagena".

Asimismo, se han tenido en consideración los estándares establecidos por la Corte IDH en la Opinión Consultiva OC – 17/2002 Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.

iii. Normas nacionales

El marco jurídico aplicable en cada país estará integrado por las normas que regulan las políticas migratorias, el sistema de protección de derechos del niño, niña y adolescente y aquellas disposiciones vinculadas con las distintas temáticas que aborda esta Guía.