



GUÍA PARA FUNCIONARIOS DE MIGRACIONES SOBRE EL TRATO DIFERENCIADO A NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

Trilce Gabriela Valdivia Aguilar - Investigadora principal
Mariella Nicole Manrique Guillén - Investigadora adjunta

GUÍA PARA FUNCIONARIOS DE MIGRACIONES SOBRE EL TRATO DIFERENCIADO A NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

Trilce Gabriela Valdivia Aguilar - Investigadora principal
Mariella Nicole Manrique Guillén - Investigadora adjunta

Arequipa, septiembre 2021



GUÍA PARA FUNCIONARIOS DE MIGRACIONES SOBRE EL TRATO DIFERENCIADO A NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

EQUIPO DE INVESTIGACIÓN

Trilce Gabriela Valdivia Aguilar Investigadora principal
Mariella Nicole Manrique Guillén Investigadora adjunta

DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN

Betsabé Villafuerte Ccolqque

PRIMERA EDICIÓN

Arequipa, septiembre 2021



Universidad Católica
San Pablo



**CENTRO
DE INTEGRACIÓN**
PERÚ - VENEZUELA

©Universidad Católica San Pablo

Urb. Campiña Paisajista s/n Quinta Vivanco – Barrio de San Lázaro. Arequipa, Perú

Teléfono: (51-54) 605630, anexos 403 y 388

fondoeditorial@ucsp.edu.pe

www.ucsp.edu.pe/fondoeditorial



**Hanns
Seidel
Stiftung**

AUSPICIADOR

Hanns-Seidel-Stiftung

Oficina en Perú: Calle Miguel Dasso 144, oficina 6B, San Isidro, Lima 15073 Teléfono: (+51) 7175494

Web: fhs.pe

Correo electrónico: peru@hss.de

PUBLICACIÓN DIGITAL

ISBN: 978-612-4353-48-2

Link: <https://ucsp.edu.pe/fondo-editorial/publicaciones/>

No se permite la reproducción total o parcial de este diagnóstico, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión por cualquier medio, sea este electrónico, mecánico, por fotocopia grabación, sin autorización de los autores y titulares del copyright.

de los SOCIOS



Universidad Católica
San Pablo



La Universidad Católica San Pablo (UCSP) “es una comunidad académica animada por las orientaciones y vida de la Iglesia Católica que, a la luz de la fe y con el esfuerzo de la razón, busca la verdad y promueve la formación integral de la persona mediante actividades como la investigación, la enseñanza y la extensión, para contribuir con la configuración de la cultura conforme a la identidad y despliegue propios del ser humano”.

Esta declaración de identidad sella el corazón mismo de nuestra comunidad universitaria y nos impulsa a trabajar por el bien de la persona desde una perspectiva integral y evangelizadora.

Así, por ejemplo, todo el trabajo de investigación que desplegamos busca aportar a la solución de las diferentes dificultades y problemáticas que podemos encontrar en la sociedad, en espíritu de servicio y con el objetivo de hacerla más humana,

solidaria y reconciliada.

Con este esfuerzo, además, nos convertimos en “protagonistas del desarrollo integral y solidario en el ámbito nacional e internacional, ofreciendo un servicio al mundo que sea orgánico, estructurado y reflejo de nuestra identidad”.

Una de las experiencias que mejor expresa esta vocación de servicio es el surgimiento, desde el Departamento de Derecho y Ciencia Política, del Centro de Integración Perú-Venezuela, proyecto de cooperación internacional con la Hanns-Seidel-Stiftung de Alemania, que tiene como principal objetivo generar la integración de migrantes y refugiados venezolanos en el departamento de Arequipa.

En el marco de este proyecto y siguiendo los principios que guían a la Universidad, es gratificante poder presentar la “Guía para funcionarios de Migraciones sobre el trato diferenciado a niños, niñas y adolescentes”. Este documento

de los SOCIOS



será de vital importancia no solo para los funcionarios de la Superintendencia Nacional de Migraciones, sino para todos aquellos cuyo foco de atención sea el trabajo con niños, niñas y adolescentes; de modo que puedan orientar sus labores en pro del interés superior del niño, principio recogido en la Convención de Derechos del Niño de 1989 y reconocido por nuestra Constitución.

Esta guía se ha preparado bajo la metodología de la Clínica Jurídica que el Departamento de Derecho y Ciencia Política viene implementando desde 2018. Bajo esta metodología, alumnos y antiguos alumnos, orientados por profesores del Departamento, trabajan diversas iniciativas jurídicas de alto impacto social.

Desde la Universidad Católica San Pablo observamos que el fenómeno de la migración no supone un obstáculo sino más bien una oportunidad de integración. Son miles los hermanos que han

venido desde lejos a echar raíces en nuestra tierra; ellos llegan no solo con esperanza de un mejor presente sino también con dones y talentos que pueden enriquecer la actividad económica y social de la región. Nos toca, junto con el Estado y el sector privado, sumar esfuerzos para discernir los mejores caminos para lograr esta integración, más aún cuando hablamos de niños, quienes muchas veces abandonan el seno de su familia en búsqueda de un futuro mejor. La centralidad de la persona y la familia deben orientar las políticas gubernamentales en esta materia y a partir de estos principios orientaremos nuestros esfuerzos para presentar a nuestro país las mejores iniciativas para hacerlos verdaderamente efectivos.

Dr. Germán Chávez Contreras
Rector

Universidad Católica San Pablo

de los SOCIOS



La Hanns-Seidel-Stiftung (HSS) es una organización política alemana enfocada en la cooperación para el desarrollo, con presencia en más de 60 países y en la actualidad con aproximadamente 120 proyectos en ejecución. En el Perú trabajamos hace más de 26 años bajo el lema “Al servicio de la democracia, la paz y el desarrollo”, con el compromiso de fomentar una cultura democrática y plural, basada en los principios de libertad y tolerancia. En este sentido, nuestras principales líneas de acción se plasman en el fomento a la participación política, el fortalecimiento institucional y la integración política, social y económica.

Hace más de 4 años firmamos un convenio de cooperación con la Universidad Católica San Pablo en Arequipa. Iniciamos un trabajo conjunto, con miras a contar con un aliado estratégico en el desarrollo de los objetivos y valores que compartimos. Fruto de esta alianza estratégica hemos llevado a cabo varios proyectos, entre los que se encuentran la formación política y el

fortalecimiento de la democracia e incidencia social, a través del trabajo con personas de grupos vulnerables, como grupos de migrantes.

Estamos convencidos que, para hacer de nuestra sociedad un espacio plural e inclusivo de desarrollo, debemos trabajar en pro del desarrollo integral de este grupo vulnerable. Frente a los masivos desplazamientos humanitarios que se han suscitado en la última década, no se puede desconocer que este nuevo grupo forma parte de nuestra sociedad. Si bien su presencia ha generado enormes cambios en la dinámica política, cultural y económica del país, esto no debe ser visto solo como un reto, sino como una oportunidad de reflexión y mayor sensibilización con las poblaciones vulnerables.

En el marco de estos objetivos, es para nosotros una gran alegría poder presentar esta “Guía para funcionarios de Migraciones sobre el trato diferenciado a niños, niñas y adolescentes”. Estamos seguros que será una herramienta de mucha utilidad para el trabajo diario de

funcionarios de la Superintendencia Nacional de Migraciones. Asimismo, fomentará la importancia de implementar un enfoque de derechos humanos en la atención a personas migrantes menores de edad. Esta publicación tiene como objetivo principal aportar elementos que desde la perspectiva de las autoridades deben considerarse al momento de tratar con menores involucrados en un trámite migratorio o en situaciones donde pudieran vulnerarse sus derechos o su seguridad.

En HSS creemos en la migración como una oportunidad de generar un futuro mejor, una sociedad justa, inclusiva y humana, donde los derechos de todas las personas sean plenamente garantizados y respetados. Por eso, seguiremos promoviendo la inserción sostenible de las personas migrantes en nuestra sociedad.

Philipp Fleischhauer

Director Regional para Perú,
Ecuador y Bolivia
Hanns-Seidel-Stiftung

del PROYECTO



CENTRO
DE INTEGRACIÓN
PERÚ - VENEZUELA

El Centro de Integración Perú-Venezuela (CIPV), es un proyecto de cooperación entre la Hanns-Seidel-Stiftung (HSS) y la Universidad Católica San Pablo (UCSP), cuyo principal objetivo es contribuir a la integración de la población venezolana residente en el departamento de Arequipa en Perú.

El proyecto realiza actividades desde el año 2019 y actualmente ejecuta seis componentes; la Clínica jurídica, que brinda asesoría legal respecto a temas de derecho migratorio, laboral, administrativo, empresarial, tributario y de familia, coadyuvando de esta manera al acceso a servicios básicos y regularización de los migrantes.

Desarrollo personal, que consiste en la asesoría psicológica; también programas que brindan talleres, capacitaciones, acompañamiento y actividades para mujeres migrantes y refugiadas; Emprendimiento, que es ejecutado a través del Programa de Emprendimiento para la Integración Perú-Venezuela

con el apoyo de la Incubadora de Negocios KAMAN, logrando que la población venezolana pueda gestar su idea de negocio y que esta salga al mercado luego de un proceso de capacitaciones y mentorías personalizadas.

Formación continua, que promueve y desarrolla capacitaciones en áreas requeridas por el mercado laboral, con el objetivo de fortalecer el perfil de empleabilidad de los migrantes y refugiados venezolanos.

Académico, que busca desarrollar programas de capacitación referentes a temas de migrantes y refugiados; así también, elaborar diagnósticos sobre la situación actual del migrante o refugiado y desarrollar guías de orientación para funcionarios públicos que brinden los lineamientos generales para una mejor atención; y Sensibilización en la comunidad de acogida.

La Guía para funcionarios de Migraciones sobre el Trato diferenciado a niños, niñas y adolescentes (NNA), es parte de

del PROYECTO



la gran labor que se realiza en el componente académico del proyecto y nace a raíz de las nuevas situaciones presentadas en relación a NNA* solos, no acompañados o cuyos derechos pueden ser vulnerado (antes no presentadas con esta frecuencia por la situación de movilidad humana).

Desde el CIPV, agradecemos a los profesionales que han hecho posible la elaboración de esta guía, a la LLM Trilce Valdivia Aguilar, investigadora principal; a la abogada Mariella Manrique Guillen, como investigadora adjunta y a la estudiante de la Escuela Profesional de Derecho de la UCSP, Valeria Delgado Bejarano, cuya colaboración fue trascendental en la investigación.

Sin lugar a dudas, esta publicación también es producto de grandes esfuerzos colectivos e institucionales, por lo que agradecemos a Philipp Fleischhauer, director regional para Perú, Ecuador

y Bolivia de la HSS, a Madeleine Mohr Torrealva, coordinadora de Proyectos de la HSS, a Carlos Timaná Kure, director del Centro de Gobierno José Luis Bustamante y Rivero de la UCSP y a todo el equipo del CIPV que guio e impulsó esta publicación.

Maritza Tatiana Cueva Llave

Coordinadora del Centro de Integración Perú-Venezuela

▶ *NNA es la abreviatura de niños, niñas y adolescentes.

ÍNDICE

pág.
12

INTRODUCCIÓN

pág.
15

ESTÁNDARES DE PROTECCIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES MIGRANTES EN EL MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL VINCULANTE PARA EL PERÚ

- I. Constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos en el Perú.
- II. Principios protectores de los niños, niñas y adolescentes migrantes en el derecho internacional de los derechos humanos
 1. Interés superior del niño
 2. Reunificación familiar
 3. Principio de no discriminación
 4. Respeto a la opinión del niño, niña y adolescente
- III. Garantías de protección durante el procedimiento migratorio
- IV. Conclusiones

pág.
41

MARCO JURÍDICO NACIONAL DE PROTECCIÓN A MENORES EN PROCESOS MIGRATORIOS

- I. Consideraciones previas
- II. Constitución Política del Perú
- III. Código de Niños y Adolescentes
- IV. Decreto Legislativo 1350 – Decreto Legislativo de migraciones
- V. Decreto Supremo 007-2017-in – Reglamento del Decreto Legislativo n° 1350, Decreto Legislativo de migraciones.
- VI. Conclusiones

pág.
65

RECOMENDACIONES DE ACTUACIÓN FRENTE A CASOS ESPECÍFICOS

- CASO 1: Menores hijos de padres extranjeros en situación migratoria temporal
- CASO 2: Menores hijos de padres extranjeros sancionados por la autoridad de Migraciones
- CASO 3: Menor con denegatoria a ser inscrito
- CASO 4: Menores no acompañados
- CASO 5: Trata de personas
- Conclusiones

INTRODUCCIÓN

Perú ha sido uno de los principales países de destino de los migrantes venezolanos, de hecho, “ha albergado a cerca de 860 mil ciudadanos/as venezolanos, consolidándose como el segundo país, después de Colombia, en acoger a la mayor población venezolana residente a nivel global según cifras de la Superintendencia Nacional de Migraciones”. Ante esta situación, el Perú ha adoptado una serie de medidas y disposiciones en miras a proteger los derechos de la población migrante, a través del Decreto Legislativo 1350 – Decreto Legislativo de Migraciones y su respectivo reglamento Decreto Supremo 007-2017-IN. Entre estas medidas, destaca la implementación del Permiso Temporal de Permanencia (en adelante, PTP), el que permitió regularizar la situación migratoria de las personas de nacionalidad venezolana que llegaban al Perú.

Dentro del Perú, el órgano responsable en esta materia es la Superintendencia Nacional de Migraciones, un órgano adscrito al Ministerio del Interior. Entre sus

principales funciones se encuentran el control de ingreso y salida de ciudadanos nacionales y extranjeros al país, la emisión de documentos de viaje, el otorgamiento de calidades migratorias y el reconocimiento de la nacionalidad peruana. Por lo que el presente órgano es uno de los principales responsables de garantizar los derechos de las personas migrantes conforme a los estándares nacionales e internacionales que se desarrollan en la presente Guía.

Para el correcto desempeño de sus funciones, su actuar se encuentra iluminado por preceptos superiores reconocidos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en la Constitución peruana, que no solo establecen un límite a las acciones del Estado al momento de diseñar y aplicar sus políticas migratorias, sino que también procuran salvaguardar los derechos fundamentales reconocidos a favor de toda persona que participe o se vea afectada por un proceso migratorio. Entre estos parámetros, se encuentran los principios y garantías contemplados a favor de grupos vulnerables, como

► ¹ Organización Internacional para las Migraciones, Monitoreo de flujo de la población venezolana en el Perú DTM Reporte 7, febrero 2020. Disponible en: <<https://www.unicef.org/peru/media/6361/file/DTM%207%20-%20Datos%20sobre%20poblaci%C3%B3n%20venezolana%20en%20Per%C3%BA.pdf>>. Consultado: 24/11/2020.

son los niños, niñas y adolescentes.

Al respecto, es incuestionable que, en cualquier ámbito, la protección a la persona durante su infancia es especialmente relevante, por tratarse de una etapa en la que aún no ha terminado de desarrollarse física, psíquica ni emocionalmente, situándose así en un estado de indefensión que requiere atención prioritaria. Esta particular condición de vulnerabilidad, se agrava cuando un menor se enfrenta a un contexto de movilidad humana, a razón de los diversos obstáculos que podrían presentarse desde su salida del país de origen hasta su regularización en el lugar que lo recibe.

En atención a ello, el propósito de esta Guía es evidenciar aquellos elementos que la autoridad de migraciones debe considerar al momento de tratar con menores involucrados en un trámite migratorio o cuando este pudiese tener efectos nocivos sobre sí, a fin de que se asegure el goce y ejercicio pleno de sus derechos fundamentales.

Así, abordaremos en un primer momento la normativa internacional vinculante para el Perú, tanto del Sistema Universal como del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, describiendo los principios rectores que deben

observarse para la protección de los niños, niñas y adolescentes migrantes. Asimismo, detallaremos las garantías aplicables a los procedimientos migratorios en que un menor se vea inmerso de forma directa o indirecta.

Posteriormente, expondremos el marco normativo nacional en esta materia, haciendo énfasis en los principios que contempla la Constitución Política del Perú como norma superior del ordenamiento jurídico peruano y el Código de Niños y Adolescentes como norma que pertenece al bloque de constitucionalidad. Adicionalmente, veremos la forma en que los preceptos de orden constitucional se plasman en la norma específica en materia migratoria, esto es, el Decreto Legislativo N°1350 – Decreto Legislativo de Migraciones y su Reglamento, el Decreto Supremo N°007-2017-IN.

Finalmente, ejemplificaremos algunos supuestos que pueden presentarse con mayor frecuencia ante la Superintendencia Nacional de Migraciones, con miras a realizar recomendaciones basadas en los estándares internacionales y nacionales de protección a niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el contexto de la movilidad humana.





CAPÍTULO 1

ESTÁNDARES DE PROTECCIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES MIGRANTES EN EL MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL VINCULANTE PARA EL PERÚ



En este capítulo, nos enfocaremos en los parámetros internacionales que versan sobre niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA) involucrados en procesos migratorios. En ese sentido, abordaremos los principios que

deben considerarse al tratar con NNA, así como las garantías que deben implementarse de manera transversal a todo procedimiento en el que se vean inmersos o que tenga alguna repercusión sobre ellos.

I. Constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos en el Perú.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos configura un núcleo esencial del Derecho que impacta de manera significativa al interior de los diversos Estados². El Perú, en su Constitución Política recoge la validez, eficacia y aplicabilidad de los tratados internacionales como parte de su derecho nacional en el artículo 55. A la letra:

² E. JIMÉNEZ SOLARES, “Las normas internacionales convencionales de derechos humanos y su contribución al orden público internacional”, Revista de Derecho UNED, N°14, 2014, p. 326.

³ Congreso Constituyente Democrático del Perú, Constitución Política del Perú de 1993, Perú, entrada en vigencia el 31 de diciembre de 1993.

“Artículo 55.- Tratados

Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”³.

En especial, los tratados sobre derechos humanos, así como los pronunciamientos de tribunales internacionales resultan de suma relevancia al momento de interpretar y hacer efectivas las normas internas.

⁴ Congreso Constituyente Democrático del Perú, Constitución Política del Perú de 1993..., cit.

“Disposiciones finales y transitorias

[...]

Cuarta.- Interpretación de los derechos fundamentales

Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”⁴.

⁵ Congreso de la República del Perú, Código Procesal Constitucional, Perú, entrada en vigencia el 01 de diciembre de 2004. Es necesario indicar que, con fecha 18 de mayo de 2021, el Congreso de la República del Perú aprobó el proyecto de ley N° 7271/2020-CR, mismo que recoge el nuevo texto del Código Procesal Constitucional y que se encuentra próximo a promulgarse; este señala en su artículo VIII lo siguiente: “Artículo VIII.- Interpretación de los derechos humanos y tratados internacionales. El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es Parte. En caso de incompatibilidad entre una norma convencional y una norma constitucional, los jueves preferirán la norma que más favorezca a la persona y sus derechos humanos”.

Por su parte, el Código Procesal Constitucional dispone que:

“Artículo V.- Interpretación de los Derechos Constitucionales

El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”⁵.

Sobre esto último, es importante mencionar que, en el caso del Estado peruano, el único tribunal de derechos humanos del cual es parte, es la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En ese sentido, tanto la Convención Americana como la jurisprudencia emitida por este órgano son de carácter vinculante, a razón del denominado “control de convencionalidad”.

Como consecuencia de lo anterior, todas las obligaciones señaladas en los tratados de derechos humanos, al parecer del TC peruano, no sólo pertenecen al derecho nacional⁶, sino que además tienen el máximo rango de jerarquía normativa, el rango constitucional⁷. Ello significa, en el ámbito

⁶ STC Expediente N°00025-2005-AI, del 25 de abril de 2006, F.J. 25.

⁷ STC Expediente N°0047-2004-AI, del 24 de abril de 2006, F.J. 61.

⁸ STC Expediente N°00025-2005- AI..., cit., F.J. 25.

⁹ L. FERRAJOLI, "Derecho y Dolor: La crisis del paradigma constitucional", en: M. CARBONELL & L. GARCÍA (eds.), El Canon Neoconstitucional, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, pp. 147-149.

¹⁰ C. NASH ROJAS, El Sistema Interamericano de Derechos Humanos en acción. Aciertos y desafíos, Editorial Porrúa, México, 2009, p. 30.

¹¹ H. GROS ESPIELL, La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1991, p. 65. En el mismo sentido, P. NIKKEN, "La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales", Revista IIDH, Vol. 52, 2010, p. 132.

¹² S. SERRANO & D. VÁZQUEZ, Fundamentos teóricos de los derechos humanos, México, 2011, pp. 59-60.

¹³ Naciones Unidas, "Derechos Humanos", Manual para parlamentarios, N°26, 2016, p. 34.

¹⁴ A diferencia del deber de respeto, esta obligación es de carácter positivo, por cuanto impone la ejecución de un acto. Véase en: CORTE IDH, Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú, Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 08 de julio de 2004, serie C N°110, párr. 129.

¹⁵ CORTE IDH, Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Fondo, sentencia del 29 de julio de 1988, serie C N°4, párr. 166.

práctico, que son vinculantes para los poderes públicos⁸ y que han de iluminar todo el ordenamiento jurídico y el actuar estatal⁹.

En particular, en sus múltiples actuaciones, los Estados deben asegurarse de:



**Respetar
derechos
humanos**

En virtud a esta obligación, se comprometen a cumplir directamente con lo establecido por la norma internacional, ya sea absteniéndose de actuar o dando una prestación¹⁰; es decir, se obligan a no violar, por acción u omisión, el contenido esencial de los derechos y preceptos que ampara el Derecho Internacional¹¹.



**Proteger
derechos
humanos**

Esta obligación se dirige principalmente a los agentes estatales para que, en el marco de sus funciones, destinen la maquinaria institucional necesaria para prevenir que los mismos ciudadanos o agentes particulares vulneren los derechos humanos de otros ciudadanos, de modo que se creen las condiciones necesarias para impedir tal vulneración¹². Asimismo, exige al Estado que disponga los medios necesarios para proteger a los individuos cuando tengan o pudieran tener conocimiento de amenazas a los derechos humanos, asegurando el acceso a recursos jurídicos imparciales¹³.



**Garantizar
derechos
humanos**¹⁴

Implica organizar todo su aparato gubernamental y demás estructuras a través de las cuales manifiesta su poder público, con miras a asegurar a través de la emisión de normas jurídicas, el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos¹⁵.



En esa línea, en materia de derechos de los NNA, el Estado peruano tiene la obligación tanto nacional como internacional de respetar los preceptos amparados por la normativa internacional a la que se suscribe, proteger sus derechos fundamentales a través de mecanismos que prevengan y combatan la violación de los mismos por parte de cualquier agente particular, así como garantizar su goce y ejercicio pleno a través del ejercicio de su poder público y la adopción de medidas jurídicas oportunas y adecuadas.

▶ ¹⁶ CORTE IDH, Vélez Loo vs. Panamá, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 23 de noviembre de 2010, serie C N°218, párr. 97

¹⁷ E. GONZÁLEZ MAC DOWELL, Pequeño gran salto. Los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, CECODAP, Venezuela, 2003, p. 94.



II. Principios protectores de los niños, niñas y adolescentes migrantes en el derecho internacional de los derechos humanos.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos supone un límite a las potestades del Estado para diseñar, adoptar e implementar políticas migratorias respecto al ingreso, permanencia y salida del territorio, de personas que no sean nacionales suyos.¹⁶ En el caso de niños, niñas y adolescentes, estos límites son iluminados por principios que procuran salvaguardar de manera especial sus derechos debido a la condición de vulnerabilidad que ostentan, no solo por el contexto de movilidad humana en el que se encuentran, sino también por la condición de indefensión que reviste a todo menor¹⁷.

Entre otros, los principios que el Estado deberá observar de manera primordial al tratar con NNA en procesos migratorios, son los siguientes:

1. Interés superior del niño

En el año 1959, la Declaración de los Derechos del Niño reconoció formalmente al interés superior del niño como un principio básico y fundante de todo ordenamiento jurídico, cuyo propósito es instar a los gobiernos de cada Estado para que brinden una protección especial a menores a través de la ley u otros medios. A la letra:

“Principio 2

El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”¹⁸.

Del mismo modo, la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN) acoge este principio y amplía su alcance¹⁹ a todas las medidas²⁰ y

▶ ¹⁸ Organización de las Naciones Unidas, Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General mediante resolución N°1386 (XIV) del 20 de noviembre de 1959.

¹⁹ G. AGUILAR CAVALLLO, “El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Estudios Constitucionales, Vol. 6, N°1, 2008, p. 227.

▲ ²⁰ El término “medida” incluye todas las decisiones, actos, conductas, propuestas, servicios, procedimientos y demás iniciativas de un Estado que guarden relación con niños. Asimismo, la pasividad, la inactividad y las omisiones, también están incluidas en este concepto, por ejemplo, cuando las autoridades de bienestar social u otro organismo, no adoptan mecanismos adecuados y oportunos para proteger a los menores en cualquier circunstancia que conculque sus derechos. Véase en: COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), Observación General N° 14 del 29 de mayo de 2013, CRC/C/GC/14, párr. 37

▶ ¹⁸ Organización de las Naciones Unidas, Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General mediante resolución N°1386 (XIV) del 20 de noviembre de 1959.

¹⁹ G. AGUILAR CAVALLLO, “El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Estudios Constitucionales, Vol. 6, N°1, 2008, p. 227.

► ²¹ Cuando el artículo 3.1 de la CDN emplea la expresión “concernientes a los niños”, intenta abarcar —de la forma más amplia posible— cualquier ámbito referido a menores, ya sea en relación a servicios de salud, educación, seguridad, vivienda u otros que los afecten positiva o negativamente, de forma directa o indirecta, y de manera individual o como colectividad. Véase en: *Ibidem*, párr. 13.

► ²² Organización de las Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada el 20 de noviembre de 1989, entrada en vigor el 02 de septiembre de 1990, ratificada por el Perú el 04 de agosto de 1990.

“

► **...el principio de interés superior del niño asegura una “protección extraordinaria” y transversal a cualquier acto o disposición que los afecte directa o indirectamente”**

► ²³ COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, Declaración Mundial sobre la supervivencia, la protección y el desarrollo del niño, Nueva York, aprobada el 30 de noviembre de 1990.

► ²⁴ I. RAVETLLAT BALLESTE, “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y su configuración en el derecho civil chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 43, N°2, 2015, p. 91.

► ²⁵ CORTE IDH, Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, Opinión Consultiva OC-21/14 del 19 de agosto de 2014, párr. 66.

pronunciamientos concernientes²¹ a menores que emitan las instituciones públicas o privadas, los tribunales y las autoridades administrativas. En específico, la CDN señala:

“Artículo 3

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”²².

El interés superior del niño también se encuentra amparado en otros tratados internacionales, tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 25, inciso 2), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 19) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 10, inciso 3). Asimismo, ha sido desarrollado por pronunciamientos de órganos internacionales, como el Comité de los Derechos de Niños, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH).

En esencia, el principio de interés superior del niño asegura una “protección extraordinaria” y transversal a cualquier acto o disposición que los afecte directa o indirectamente²³, a fin de garantizar el goce y ejercicio pleno de todos los derechos y libertades consagrados a su favor²⁴. Así lo enfatiza la Corte IDH, para quien si bien los NNA gozan de los mismos derechos que los adultos, poseen derechos adicionales que consagran un trato preferente a razón de su peculiar vulnerabilidad; por lo tanto, es obligación del Estado adoptar medidas especiales y diferenciadas que aseguren su desarrollo integral²⁵.

En materia migratoria, esto significa que las políticas y decisiones administrativas relacionadas al ingreso, estancia, detención o expulsión de un niño, niña o adolescente, deben tener en cuenta su interés superior y, como consecuencia, velar por que sus derechos no sean puestos en riesgo o conculcados²⁶.

► ²⁶ CIDH, Principios Interamericanos sobre los Derechos Humanos de todas las Personas Migrantes, Refugiadas, Apátridas y las Víctimas de la trata de personas, Resolución 04/19 aprobada por la Comisión el 7 de diciembre de 2019. Del mismo modo, COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), Observación General N°14 del 29 de mayo de 2013, CRC/C/GC/14, párr. 30

Finalmente, vale la pena mencionar que, en virtud a este principio, además de velar por el mejor interés de todos los NNA, el Estado tiene que tomar en consideración las características particulares de cada uno, especialmente cuando pertenecen a un grupo vulnerable –como lo son los menores solicitantes de asilo, refugio o migrantes– y, dentro de este grupo, cuando tienen necesidades de protección propias. Al respecto, el Comité de Derechos del Niño es de la opinión que:

²⁷ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), *Ibíd.*, párr. 76



²⁸ CIDH, El derecho del niño y la niña a la familia, Doc. 54/13 17 de octubre 2013, OEA/Ser.L/V/II, párr. 51

“El interés superior de un niño en una situación concreta de vulnerabilidad no será el mismo que el de todos los niños en la misma situación de vulnerabilidad. Las autoridades y los responsables de la toma de decisiones deben tener en cuenta los diferentes tipos y grados de vulnerabilidad de cada niño, ya que cada niño es único y cada situación debe evaluarse de acuerdo con su condición única. Debe realizarse una evaluación individualizada del historial de cada niño desde su nacimiento, con revisiones periódicas a cargo de un equipo multidisciplinario y los ajustes razonables que se recomienden durante todo el proceso de desarrollo del niño”²⁷.

2. Reunificación familiar

La familia es reconocida como la unidad natural, fundamental y primordial para el libre desarrollo de la personalidad de los individuos que integran una comunidad; asimismo, se le reconoce como el núcleo central de protección de la infancia y la adolescencia²⁸. Como tal, merece protección y asistencia por parte del Estado.

Este derecho se encuentra amparado en diversos instrumentos internacionales; entre ellos:

Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 16, inciso 3)

Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 17)

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 23, inciso 1)

Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (artículo 10)



²⁹ ACNUR, “Unidad de la Familia. Resumen de las conclusiones”, Mesa redonda de expertos organizada por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y el Instituto de Posgrado en Estudios Internacionales de Ginebra, Ginebra, 2001, p. 2

En materia migratoria, su protección halla sentido a través del principio de reunificación familiar, que reconoce el derecho de los migrantes a mantener la unidad de su familia durante la trayectoria de movilidad humana, sin que exista alguna interferencia ilegítima que quebrante dicha unión²⁹.

De forma específica, para el caso de niños, niñas y adolescentes, este principio se encuentra recogido en el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño. A la letra:

“Artículo 9

³⁰ Organización de las Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos del Niño... , cit.

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño”³⁰.

³¹ *Ibíd.*

Sobre el mismo, es necesario considerar dos aspectos: por un lado, la no separación del menor de sus padres; y, por otro, la posibilidad de hacerlo cuando ello responda a su mejor interés.

³² COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Sobre el derecho del niño a que su interés superior... , cit., párr. 60.

³³ *Ibíd.*, párr. 70.

En primer lugar, el mismo tratado prevé que, para lograr el propósito del artículo 9, le corresponde al Estado atender de forma positiva, humanitaria y expeditiva toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar o salir del territorio nacional, a efectos de lograr la reunificación familiar; siendo, además, que esta no deberá traer consecuencias desfavorables para los peticionarios ni sus familias³¹. Al parecer del Comité de los Derechos del Niño, ello también aplica para cualquier persona que tenga el derecho de custodia sobre el menor, como los tutores legales o habituales, los padres adoptivos y las personas con las que el niño tenga una relación personal estrecha³². Ello, pues debe tenderse a preservar las relaciones del niño con su familia ampliada (abuelos, tíos y tías, amigos, escuela y entorno en general) la que adquiere suma importancia cuando los padres están separados y viven en lugares diferentes.³³

³⁴ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Realización de los derechos del niño en la primera infancia, Observación General N°7 del 20 de septiembre de 2006, CRC/C/GC/7/ Rev.1, párr. 15,19

³⁵ Los términos “protección” y “cuidado” también deben interpretarse en un sentido amplio, ya que su objetivo no se expresa con una fórmula limitada o negativa (por ejemplo, “para proteger al niño de daños”), sino en relación con el ideal amplio de garantizar el “bienestar” y el desarrollo del niño. El bienestar del niño, en un sentido amplio, abarca sus necesidades materiales, físicas, educativas y emocionales básicas, así como su necesidad de afecto y seguridad. Véase en: COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Sobre el derecho del niño a que su interés superior... cit., párr. 71

En ese sentido, en un proceso migratorio, deberá asegurarse que el menor, en primera instancia, no sea separado de sus padres o tutores y, ante la ausencia de los mismos, tenga la posibilidad de quedarse al cuidado de otros familiares³⁴ que salvaguarden su protección³⁵.

³⁶ *Ibíd.*, párr. 61 ▶

³⁷ CIDH, Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del sistema interamericano de derechos humanos, 31 diciembre 2015, pp. 22-23

³⁸ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Sobre el derecho del niño a que su interés superior... *cit.*, párr. 64

³⁹ CORTE IDH, Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 28 de agosto de 2014, serie C N°282, párr. 146.

⁴⁰ CORTE IDH, Familia Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 25 de noviembre de 2013, serie C N°272, párr. 266.



Por otro lado, respecto a la posibilidad de que un NNA sea separado de su entorno familiar, dada la gravedad de los efectos que ello podría causar en el menor, dicha medida solo deberá aplicarse como último recurso y cuando sea acorde a su mejor interés³⁶.

En el caso específico de la migración, el Estado debe cerciorarse de que procesos como la expulsión o la deportación sean proporcionales y absolutamente necesarios³⁷; lo que implica que, antes de tomar una decisión en ese sentido, se debe garantizar que la situación del niño, niña o adolescente y su familia ha sido evaluada por un equipo multidisciplinario de profesionales perfectamente capacitados, con la colaboración judicial apropiada, verificando la manera en que esta pueda afectar a su pleno desarrollo³⁸.

La Corte IDH se ha pronunciado al respecto en el caso *Personas dominicanas y haitianas vs. República Dominicana*, haciendo énfasis en que “[c]ualquier decisión relativa a la separación del niño de su familia debe estar justificada por el interés del niño”³⁹.

Ahora bien, cuando dicha evaluación arroje como resultado que los derechos del menor y su mejor interés serán salvaguardados, la separación de su familia deberá respetar los principios de necesidad, excepcionalidad y temporalidad.⁴⁰

3. Principio de no discriminación

Acorde a lo estipulado en el artículo 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se debe garantizar a toda persona el libre y pleno ejercicio de sus derechos sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, nacionalidad, opiniones políticas o de cualquier otra índole.

El mismo contenido se encuentra amparado de forma específica a favor de niños, niñas y adolescentes, entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 24, inciso 3), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 10, inciso 3) y la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 2).

A diferencia de otras normas, este último tratado proscribe la discriminación no solo por cualquier condición particular del NNA, sino también de sus padres o representantes legales; a la letra:

⁴¹ Organización de las Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos del Niño... , cit.

“Artículo 2

1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares”⁴¹.





► **...el Estado debe identificar activamente las necesidades particulares de los NNA, a nivel individual y como grupo, con miras a evitar y erradicar cualquier tipo de discriminación existente o potencial”**

► ⁴² COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Sobre el derecho del niño a que su interés superior... , cit., párr. 41

► ⁴³ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44), Observación General N°5 del 27 de noviembre de 2003, CRC/GC/2003/5, párr. 58.

► ⁴⁴ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño... , cit., párr. 58.

► ⁴⁵ CORTE IDH, Opinión Consultiva OC-17/02 Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño... cit., párr. 55

► ⁴⁶ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, Observación General N°6 del 1 de septiembre de 2005, CRC/GC/2005/6.

► ⁴⁷ CORTE IDH, Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, Fondo, sentencia del 08 de septiembre de 2005, serie C N°130, párr. 141.

En el ámbito práctico, este principio no solo prohíbe todas las formas de discriminación, sino que también exige tomar medidas –preventivas o correctivas– apropiadas y oportunas para garantizar a todos los menores la igualdad efectiva de oportunidades en el disfrute de sus derechos⁴². Eso significa que el Estado debe identificar activamente las necesidades particulares de los NNA, a nivel individual y como grupo, con miras a evitar y erradicar cualquier tipo de discriminación existente o potencial⁴³.

Al parecer del Comité de los Derechos del Niño, para tal fin, debe hacerse modificaciones en la legislación o introducir cambios en el comportamiento estatal, teniendo en cuenta que ello no equivale a dar un trato idéntico, sino a individualizar cada caso⁴⁴. Sobre este punto, es importante destacar que no siempre puede ser considerado discriminatorio aquello que se establezca por su condición de niño, siempre y cuando la decisión o medida diferencial adoptada sea en beneficio de su mejor interés y tenga una justificación razonable y objetiva⁴⁵.

Ahora bien, en el caso de menores migrantes, este principio cobra especial importancia cuando se trata de niños, niñas y adolescentes sujetos a condiciones de vulnerabilidad particulares, como una posible situación de apatridia o el hecho de no estar acompañados⁴⁶.

Sobre el primer supuesto, la Corte IDH ha tenido la oportunidad de pronunciarse en casos como el de las *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Particularmente, el máximo Tribunal atiende a cuestiones de discriminación en procesos de reconocimiento de la nacionalidad y define que, en contextos de movilidad humana, una política contraria a la igualdad de condiciones para los migrantes, acarrea consecuencias que pueden desencadenar la vulneración de los derechos del niño:

“La Corte considera que el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados, al regular los mecanismos de otorgamiento de la nacionalidad, deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos. Además, los Estados deben combatir las prácticas discriminatorias en todos sus niveles, en especial en los órganos públicos, y finalmente debe adoptar las medidas afirmativas necesarias para asegurar una efectiva igualdad ante la ley de todas las personas”⁴⁷.

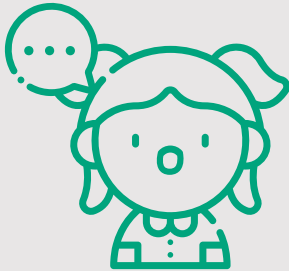
⁴⁸ Ibídem, párr. 155. ▶

Agrega además que:

“La Corte considera necesario señalar que el deber de respetar y garantizar el principio de la igualdad ante la ley y no discriminación es independiente del estatus migratorio de una persona en un Estado. Es decir, los Estados tienen la obligación de garantizar este principio fundamental a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su estancia regular o irregular, su nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa”⁴⁸.

⁴⁹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Trato de los niños, niñas y adolescentes no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen... cit., párr. 18. ▶

“El principio de no discriminación, en todas sus manifestaciones, se aplica a todos los aspectos del trato de los niños y niñas separados y no acompañados. En particular, prohíbe toda discriminación basada en la situación de no acompañado o separado del niño o niña o en su condición de refugiado, solicitante de asilo o migrante. (...) Deben tomarse disposiciones en previsión de hipótesis de prejuicios o de actitudes de rechazo social de los niños, niñas y adolescentes no acompañados o separados”⁴⁹.



4. Respeto a la opinión del niño, niña y adolescente

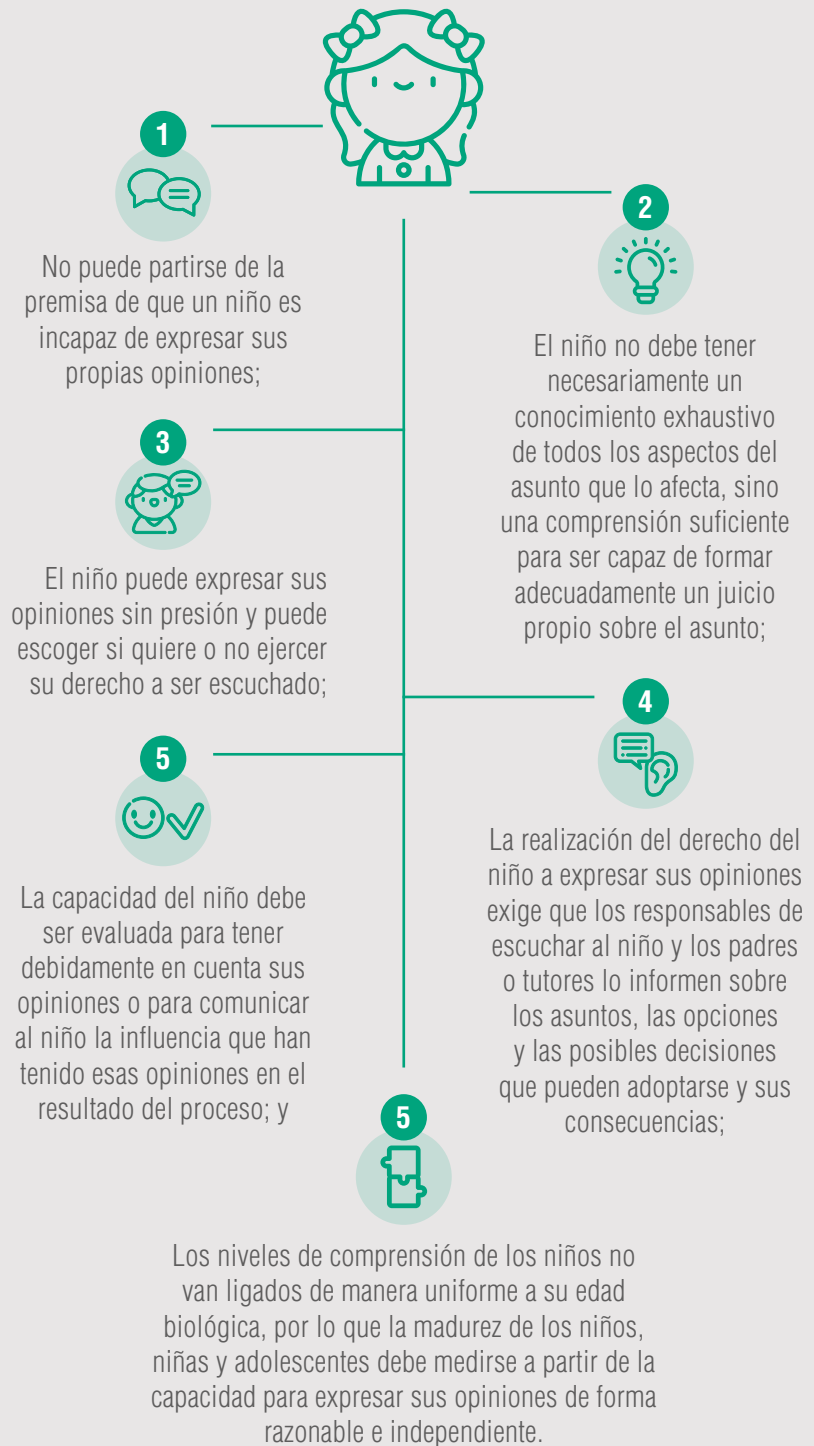
Acorde al artículo 12 de la CDN, el Estado debe garantizar que todo NNA esté en condiciones de formar un juicio propio, a fin de poder expresar libremente su opinión en todos los asuntos que le competen. En ese sentido, todo menor tendrá la oportunidad de ser escuchado en cualquier procedimiento judicial o administrativo que le afecte, ya sea directamente o por medio de un representante.

⁵⁰ CORTE IDH, Gelman Vs. Uruguay, Fondo y reparaciones, sentencia del 24 de febrero de 2011, serie C N°221, párr. 129. ▶

Como correlato al respeto a la opinión de todo niño, niña y adolescente, al momento de valorar el alcance y contenidos compartidos por el menor, debe tomarse en cuenta el grado de madurez y dependencia que posea; elementos que van evolucionando con el tiempo de acuerdo con el crecimiento y progresiva autonomía personal⁵⁰.

⁵¹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, El derecho del niño a ser escuchado, Observación General N°12 del 20 de julio de 2009, CRC/C/GC/12, párrs. 12-28.

El Comité de los Derechos del Niño realizó una serie de especificaciones al respecto, para lograr una correcta aplicación de este principio, a saber⁵¹:



⁵² CIDH, Principios Interamericanos sobre los Derechos Humanos de todas las Personas Migrantes... , cit.

En materia migratoria, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos recomienda que, además de estos preceptos, a fin de satisfacer este principio, el Estado debe asegurar canales a través de los cuales, directa o indirectamente, los NNA sean escuchados de forma independiente a sus progenitores o tutores legales y, además, que se debe proporcionar al menor toda la información referida a los mecanismos y defensas que forman parte de los procesos de migración. Dicha información será proporcionada en su propio idioma y en forma oportuna, con sensibilidad y de manera adecuada a su edad⁵².

La inobservancia de los principios desarrollados anteriormente por parte de las autoridades a cargo de evaluar y conducir el proceso migratorio en el que un NNA se vea inmerso o aquellos que pudiesen afectarles, acarrea una posible vulneración de sus derechos. Entre otros, son más susceptibles de ser conculcados: su derecho a la vida, la integridad física y psíquica, la nacionalidad, el libre tránsito, la identidad, la educación y la salud.

La inobservancia de los principios desarrollados anteriormente por parte de las autoridades a cargo de evaluar y conducir el proceso migratorio en el que un NNA se vea inmerso o aquellos que pudiesen afectarles, acarrea una posible vulneración de sus derechos. Entre otros, son más susceptibles de ser conculcados: su derecho a la vida, la integridad física y psíquica, la nacionalidad, el libre tránsito, la identidad, la educación y la salud.





III. Garantías de protección durante el procedimiento migratorio

Dentro del marco internacional, existe una serie de garantías que el Estado debe observar durante todo el procedimiento, esto es, desde el primer momento en que se toma conocimiento de la llegada de un menor al territorio hasta la regularización de su situación migratoria.

Primera Garantía: Los Estados deben permitir el ingreso del NNA al territorio nacional.

Al respecto, la Corte IDH considera que las autoridades encargadas del control fronterizo “[N]o deben impedir el ingreso de niñas y niños extranjeros al territorio nacional, aun cuando se encuentren solos, no deben exigirles documentación que no pueden tener y deben proceder a dirigirlos de inmediato a personal que pueda evaluar sus necesidades de protección”⁵³.

⁵³ CORTE IDH, Derechos y Garantías de niñas y niños en el contexto de la migración..., cit., párr. 83. ►

Segunda Garantía: Los Estados deben determinar las particularidades y necesidades del menor migrante que deben ser atendidas⁵⁴.

⁵⁴ *Ibidem*, párr. 86. ▶

⁵⁵ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen... cit.

El Comité de los Derechos del Niño recomienda recopilar información relativa a su identidad, nacionalidad o condición de apatridia, antecedentes étnicos, culturales y lingüísticos, así como verificar si se encuentra acompañado por familiares directos⁵⁵.

Del mismo modo, la Corte IDH sugiere tomar en cuenta datos tales como los motivos de la salida del país de origen, información sobre su familia o de su separación familiar si es el caso, de sus vulnerabilidades y cualquier otro elemento que evidencie o niegue la necesidad de algún tipo de protección especial⁵⁶. Durante este primer contacto, deben observarse una serie de garantías mínimas, a saber⁵⁷:

⁵⁶ CORTE IDH, Derechos y Garantías de niñas y niños en el contexto de la migración... cit., párr. 86. ▶

⁵⁷ *Ibidem*, párr. 85.



Debe hacerse una diferenciación entre menores y adultos, a fin de otorgarles un tratamiento acorde a su edad.



La evaluación inicial debe efectuarse en un ambiente amigable, que otorgue garantías de seguridad y privacidad.



Debe encontrarse a cargo de profesionales competentes formados en técnicas de entrevistas que tengan en cuenta la edad y el género.



La entrevista debe realizarse en un idioma que el menor pueda comprender o, de no ser posible, deberá asignarse un intérprete o traductor.



Debe asegurarse la participación del niño, niña o adolescente, teniendo en cuenta su edad y grado de madurez. Además, deberá respetarse su negativa a pronunciarse en presencia de adultos o familiares.



El análisis debe tomar en cuenta la seguridad del menor y la reunificación familiar.

Asimismo para una adecuada protección de sus derechos, tan importante como la recopilación de información, es la creación de una base de datos en la que se tenga registro de los niños, niñas y adolescentes que ingresan al país, así como de sus necesidades particulares⁵⁸.

⁵⁸ *Ibidem*, párr. 83. ►

Tercera Garantía: Los estados deberán observar las garantías del debido proceso en todo procedimiento migratorio del que sea parte un menor.

En definitiva, si bien estas son aplicables a todas las personas, en el caso de los NNA migrantes, el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran, la adopción de ciertas medidas específicas, con el propósito de velar por que el interés superior se erija como una consideración primordial en todas las decisiones que se adopten⁵⁹.

⁵⁹ CORTE IDH, Derechos y Garantías de niñas y niños en el contexto de la migración..., cit., párr. 115. ►

⁶⁰ CORTE IDH, Derechos y Garantías de niñas y niños en el contexto de la migración..., cit., párr. 85-137.

En ese sentido, sin que esta sea una lista taxativa, durante el procedimiento migratorio en que un menor se vea inmerso u otro que pudiese tener repercusiones sobre sus derechos e intereses, deberán considerarse las siguientes garantías⁶⁰:

1. Informar a todo niño, niña y adolescente, de manera clara, entendible y acorde a su edad, sobre sus derechos, obligaciones y la continuación o estado del procedimiento. Para ello, es importante que el menor sea atendido en su propio idioma o, de no ser posible, que cuente con un traductor o intérprete. En la misma línea, deberá contar con un abogado, de preferencia, capacitado o experimentado en la representación de menores, durante todas las etapas del proceso; esto incluye el derecho a comunicarse libremente con ellos y tener acceso a asistencia jurídica gratuita. Con ello, además, se debe garantizar su derecho de defensa. Por otro lado, es de suma importancia el **nombramiento de un tutor competente lo antes posible**. Esto constituye una garantía procesal esencial para el respeto del interés superior del niño, en tanto le permitirá entablar y seguir el procedimiento migratorio que corresponda⁶¹. Debe tomarse en consideración que, el hecho de no estar bajo la tutela de un adulto sitúa al menor ante un riesgo particular, habilitando así la posibilidad de violación de su integridad física, su vida, supervivencia y normal desarrollo⁶².

⁶¹ *Ibidem*, párr. 123. ►

⁶² COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen..., cit.

⁶³ *Ibíd*em, párr. 121. ▶

2. El proceso migratorio debe ser conducido, en la medida de lo posible, por un funcionario especializado que cuente, con un equipo de profesionales capacitados en comunicación con niños, niñas y adolescentes⁶³. Estos deberán velar por que el menor participe activamente en cada una de las etapas –tomando en cuenta su opinión– y a fin de que la duración del mismo observe el principio de celeridad. **El derecho del menor a ser oído cobra especial relevancia en estos casos.** Cualquier declaración de un NNA no acompañado, debe sujetarse a las medidas de protección procesal que corresponden a éste, entre ellos: i) la posibilidad de no declarar, ii) la asistencia del representante legal, iii) que el proceso se desarrolle en un entorno físico, psíquico y emocional adecuado, de manera tal que no sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado a su edad y iv) que el personal encargado de recibir el relato esté debidamente capacitado⁶⁴.

⁶⁴ *Ibíd*em, párr. 123. ▶

⁶⁵ CIDH, Principios Interamericanos sobre los Derechos Humanos de todas las Personas Migrantes... , cit.

⁶⁶ *Ibíd*em. En el mismo sentido, Corte IDH, Derechos y Garantías de niñas y niños en el contexto de la migración... , cit., párr. 117.

3. Deben tratarse con prioridad las solicitudes y procedimientos que involucren a niños, niñas y adolescentes, garantizándose un plazo amplio para la preparación de los procesos⁶⁵. Esto incluye los casos en que los padres o tutor se vean inmersos dentro de un proceso migratorio cuyo resultado pueda afectar los derechos del menor⁶⁶.

⁶⁷ CIDH, Principios Interamericanos sobre los Derechos Humanos de todas las Personas Migrantes... , cit.

⁶⁸ CORTE IDH, Derechos y Garantías de niñas y niños en el contexto de la migración... cit., párr. 71.

⁶⁹ *Ibíd*em, párr. 71

⁷⁰ CIDH, Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas... , cit.

4. Todas las decisiones adoptadas en el marco de un proceso migratorio que involucre a menores deben estar debidamente motivadas, es decir, que posean una justificación razonable que permita llegar a una conclusión. Todas estas deben ser acordes al interés superior del niño.

Finalmente, a lo largo del proceso, deberá procurarse que el menor mantenga contacto con su familia y no sea separado de ella, salvo que su interés superior así lo exija⁶⁷.

Adicionalmente, el Estado deberá poner especial énfasis en aquellas circunstancias en que los NNA en el contexto de la movilidad humana pueden encontrarse **en una situación de vulnerabilidad** adicional que conlleve un riesgo agravado de sus derechos⁶⁸. En otras palabras, debido a la heterogeneidad que existe al tratar con menores migrantes, es necesario observar salvaguardas específicas que aseguren el goce y ejercicio pleno de sus derechos en condiciones de igualdad⁶⁹. En ese sentido, uno de los aspectos primordiales a ser analizados, es la existencia o no de vida familiar⁷⁰. Ante la presencia de un menor no acompañado, la búsqueda de la familia y la reunificación familiar son acciones frente a las cuales el Estado

“

...Ante la presencia de un menor no acompañado, la búsqueda de la familia y la reunificación familiar son acciones frente a las cuales el Estado debe agotar todos los medios que se encuentran a su alcance, a menos que ello sea contrario a su interés superior”

⁷¹ CORTE IDH, Derechos y Garantías de niñas y niños en el contexto de la migración... cit., párr. 12

debe agotar todos los medios que se encuentran a su alcance, a menos que ello sea contrario a su interés superior⁷¹.

⁷² COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen... cit.

Sobre esto último, en opinión del Comité de los Derechos del Niño, los menores no acompañados o separados de su familia que se encuentran fuera de su país de origen son particularmente vulnerables a la trata infantil, a la explotación y los malos tratos. Por esta razón, resulta esencial que el Estado adopte todas aquellas medidas necesarias para prevenir y combatir estos sucesos, entre las que destacan acciones de investigación, protección para las víctimas, cooperación interinstitucional y campañas de información y difusión⁷².

Un segundo supuesto, es el caso de los NNA no documentados o en situación irregular. La Corte IDH ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre ello en el caso Velez Llor vs. Panamá, estableciendo que:

⁷³ CORTE IDH, Caso Vélez Llor vs. Panamá, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 23 de noviembre de 2010. Serie C, No. 218, párr. 98.

“[D]e las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos, derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre. A este respecto, los migrantes indocumentados o en situación irregular han sido identificados como un grupo en situación de vulnerabilidad, pues son los más expuestos a las violaciones potenciales o reales de sus derechos y sufren, a consecuencia de su situación, un nivel elevado de desprotección de sus derechos”⁷³.

⁷⁴ CORTE IDH, Derechos y Garantías de niñas y niños en el contexto de la migración... cit., párr. 83.

En estos casos, es indispensable que el Estado permita el acceso de todo niño, niña y adolescente al territorio, sin exigir documentación que no pueden tener⁷⁴. Asimismo, resulta esencial que estos sean identificados tan pronto como sea posible, mediante huellas digitales, comunicación con familiares, conocidos o autoridades consulares, o cualquier otra medida que no tenga un carácter intrusivo para el menor⁷⁵.

⁷⁵ CORTE IDH, Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana... cit., párr. 183.

Un último supuesto a tener en cuenta, es el caso de los menores cuyos padres se encuentran en situación irregular o que han sido sancionados por la autoridad. Ello acarrea dos consecuencias genéricas: por un lado, la imposibilidad de que puedan registrar a sus hijos; y, por otro, la posible separación del menor de su entorno familiar.

Respecto a la primera consecuencia, el Comité de los Derechos del Niño sugiere que la falta de registros a causa de la irregularidad de los padres *“puede repercutir negativamente en el sentimiento de identidad personal del niño, y los niños pueden ver denegados sus derechos a la atención de salud,*

⁷⁶ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Realización de los Derechos del Niño en la primera infancia... , cit., párr. 25.

⁷⁷ CORTE IDH, Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana..., cit., párr. 274.

⁷⁸ *Ibíd*em, párr. 357.

*la educación y el bienestar social básicos*⁷⁶.

A ello agrega la Corte IDH que también se ven afectados derechos como “[E]l derecho al nombre, al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la nacionalidad, que a su vez en su conjunto afecta el derecho a la identidad”⁷⁷.

Por su parte, en aquellos casos en que los padres han sido sancionados, por ejemplo, con una medida de salida obligatoria del país o expulsión, cobran especial importancia los principios de reunificación familiar y del interés superior del niño. En palabras de la Corte IDH:

*“La Corte encuentra necesario reiterar que en los procesos de expulsión en dónde se encuentren involucrados niñas y niños, el Estado debe observar además de las garantías señaladas anteriormente, otras cuyo objetivo sea la protección del interés superior de las niñas y niños, entendiendo que dicho interés se relaciona directamente con su derecho 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”*⁷⁸.



⁷⁹ *Ibíd.*, párr. 357. ▶

En este sentido, cualquier decisión acerca de la separación familiar, en razón de la condición migratoria de uno o ambos progenitores, de manera previa, requerirá un análisis que observe⁷⁹:



La historia inmigratoria, el lapso temporal de la estadía y la extensión de los lazos del progenitor y/o de su familia con el país;



La consideración sobre la nacionalidad, guarda y residencia de los hijos de la persona que se pretende deportar;



El alcance de la afectación que genera al menor y sus derechos la ruptura familiar debido a la expulsión, así como el tiempo que ha permanecido en esta unidad familiar; y



El alcance de la perturbación en la vida diaria del menor si cambiara su situación familiar debido a una medida de expulsión de la persona a cuyo cargo se encuentra.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que, cuando el menor tiene derecho a la nacionalidad del país del cual uno o ambos progenitores pueden ser expulsados a raíz de una situación migratoria irregular, o bien cumple con las condiciones legales para residir permanentemente allí, resulta evidente que el niño, niña o adolescente conserva el derecho a seguir disfrutando de su vida familiar en el referido país y, como componente de ello, el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos. Al respecto, la Corte IDH señala que:

“La Corte encuentra, en aplicación de los criterios sentados, que la ruptura de la unidad familiar a través de la expulsión de uno o ambos progenitores por infracciones migratorias relacionadas con el ingreso o permanencia resulta desproporcionada en estos supuestos, pues el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la vida familiar que puede traer aparejado repercusiones en la vida y el desarrollo de la niña o del niño aparece como irrazonable o desmedido frente a las ventajas que se obtienen al forzar al progenitor a abandonar el territorio por causa de una infracción de carácter administrativo”⁸⁰.

⁸⁰ CORTE IDH, Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional... cit., párr. 280. ▶



IV. Conclusiones

1. La normativa internacional, esto es, los tratados que el Perú ha ratificado y los pronunciamientos de órganos a cuya competencia se somete, forman parte del ordenamiento jurídico interno y ostentan rango constitucional. Como tal, iluminan todo el sistema legislativo nacional y el actuar estatal, y obligan al Estado a respetar, proteger y garantizar tales disposiciones.
2. Dentro del marco internacional, en materia de NNA, resalta el reconocimiento de cuatro principios: i) el interés superior del niño, ii) la reunificación familiar, iii) la no discriminación y iv) el derecho de los menores a ser escuchados.
3. El interés superior del niño se refiere a la protección extra ordinaria que se debe brindar a todo NNA en razón de la condición de vulnerabilidad que los reviste. Para tal fin, el Estado debe adoptar medidas diferenciadas y específicas que aseguren el pleno goce y ejercicio de sus derechos.
4. El principio de reunificación familiar materializa el derecho que tienen los migrantes a mantener la unidad de su familia durante la trayectoria de movilidad humana, sin que exista alguna interferencia ilegítima que quebrante dicha unión. En el caso específico de menores, pretende asegurar, por un lado, la no separación del menor de sus padres a causa de medidas como la expulsión o deportación; y, por otro, la posibilidad de hacerlo cuando ello responda a su mejor interés.
5. La no discriminación asegura a todo menor el derecho a ser tratado en condiciones de igualdad sin importar su raza, nacionalidad, idioma, sexo, religión o cualquier otra índole. Para ello, corresponde al Estado realizar ajustes en su legislación y su comportamiento, especialmente cuando se trata de niños que ostentan una condición de vulnerabilidad adicional, como ser apátridas o menores no acompañados.
6. El derecho de los NNA a ser oído ampara la posibilidad de poder expresar su opinión y que esta sea considerada en cualquier situación que los afecte —directa o indirectamente— tomando en cuenta su edad y grado de madurez. A fin de lograrlo, se exige que el menor cuente con un entorno físico, psíquico y emocional adecuado, y que el personal encargado de recibir su declaración esté debidamente

capacitado. Garantiza además su derecho de abstenerse a emitir pronunciamiento.

7. Junto con los principios amparados en el marco internacional para la protección de NNA, la normativa recoge garantías mínimas que deben ser observadas desde el primer contacto que se tiene con niños, niñas y adolescentes tras su ingreso al territorio nacional, hasta la regularización de su situación migratoria. Para que ello suceda, es un requisito previo que, en ningún caso, se prohíba el ingreso de un menor.
8. Entre otras, las garantías a considerar al momento de tratar con NNA en procesos migratorios son: i) tratamiento prioritario a sus solicitudes, observando el principio de celeridad; ii) contar con un funcionario especializado en tratar con menores, así como un equipo multidisciplinario de profesionales, iii) informar al menor sobre cualquier acto y decisión del problema de forma acorde a su edad y en su propio idioma o a través de un intérprete, iv) contar con defensa técnica y v) que toda decisión respecto a su condición se encuentre debidamente motivada.



CAPÍTULO 2

MARCO JURÍDICO NACIONAL DE PROTECCIÓN A MENORES EN PROCESOS MIGRATORIOS



En este capítulo abordaremos los principios y disposiciones normativas del ordenamiento jurídico peruano que deben considerarse al momento de tratar con niños, niñas y adolescentes involucrados en procesos migratorios. A tal fin, revisaremos la Constitución Política del Perú, como norma de mayor

rango jerárquico; el Código de Niños y Adolescentes, por ser el instrumento de protección a menores por excelencia; y el Decreto Legislativo de Migraciones y su respectivo reglamento, por tratarse de las normas especializadas en materia migratoria.

I. Consideraciones previas

Como es sabido, el Perú se caracteriza por ser un Estado Constitucional de Derecho, lo que implica que su ordenamiento jurídico y el actuar estatal se encuentran iluminados por preceptos amparados en el texto de la Constitución como “norma de normas”⁸¹. Adicionalmente, existen normas que, por el contenido que amparan, integran el denominado “bloque de constitucionalidad”, esto es, el conjunto de disposiciones que, sin aparecer formalmente en el texto de la Carta Magna, se emplean como parámetros de control de constitucionalidad de las leyes⁸². En el caso específico de menores, el instrumento que forma parte de este bloque es el Código de

⁸¹ L. FERRAJOLI, “Derecho y Dolor: La crisis del paradigma constitucional”, en: M. CARBONELL & L. GARCÍA (eds.), *El Canon Neoconstitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, pp. 147-149.

⁸² A. MEZA HURTADO, “El denominado bloque de constitucionalidad como parámetro de interpretación constitucional ¿Es necesario en el Perú?”, *Revista Oficial del Poder Judicial*, N° 8 y N° 9, 2012-2013, p. 147.

Niños y Adolescentes (en adelante, CNA).

Ambos dispositivos recogen las premisas esenciales que el Estado se encuentra obligado a respetar al momento de ejercer su soberanía para establecer y aplicar políticas migratorias. Prueba de ello es la materialización de sus postulados en la norma de especializada, es decir, en el Decreto Legislativo 1350 – Decreto Legislativo de Migraciones y su reglamento.

II. Constitución Política del Perú

Para el caso de niños, niñas y adolescentes, el principio constitucional por excelencia es el interés superior del niño. La Constitución Política del Perú lo recoge de forma implícita señalando que:

“Artículo 4.- La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad”⁸³.

⁸³ Congreso Constituyente Democrático del Perú, Constitución Política del Perú de 1993, Perú, entrada en vigencia el 31 de diciembre de 1993.



...el interés superior del niño se trata de un valor superior que busca asegurar a todos los NNA una expectativa razonablemente fundada respecto de cuál será la actuación de los poderes públicos en aquellos asuntos en que sus derechos e intereses se vean amenazados”

En el marco de lo establecido por la Carta Magna, el interés superior del niño se trata de un valor superior que busca asegurar a todos los NNA una expectativa razonablemente fundada respecto de cuál será la actuación de los poderes públicos en aquellos asuntos en que sus derechos e intereses se vean amenazados⁸⁴.

Al ser un precepto de rango constitucional, se proyecta hacia todo el ordenamiento jurídico con miras a garantizar que toda la legislación de rango infra constitucional, así como el ejercicio del poder público, se subordinen a los parámetros y lineamientos que el mismo recoge en relación a los derechos de menores⁸⁵.

Al parecer del TC, el fundamento principal de esta fuerza normativa superior y, como consecuencia, su presencia en todo el sistema jurídico “radica en la especial situación en que dichos menores de edad se encuentran, es decir, en plena etapa de formación integral, en tanto personas”⁸⁶; por lo que, dentro del orden de prelaciones y jerarquías existente (...) es decididamente un hecho incontrovertible, que mayor importancia reviste para un Estado y su colectividad, el proteger a la infancia”⁸⁷.

A efectos jurídicos, al igual que en la normativa internacional, el contenido de este principio está orientado a brindar una “protección especial” de los derechos fundamentales cuando sus titulares son niños, niñas y

⁸⁴ M. SOKOLICH ALVA, “La aplicación del principio del interés superior del niño por el sistema judicial peruano”, *Vox Iuris*, Vol. 25, N° 1, 2013, p. 83.

⁸⁵ M. SOKOLICH ALVA, “La aplicación del principio del interés superior del niño... cit., p. 83.

⁸⁶ STC Expediente N°02079-2009-PHC, del 09 de setiembre de 2010, F.J. 11.

⁸⁷ STC Expediente N°0298-1996-AA, del 03 de abril de 1998.

▶ ⁸⁸ I. RAVETLLAT BALLESTÉ, “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término”, *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30, N° 2, 2012, p. 93.

⁸⁹ M. CILLERO BRUÑOL, “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño”, en: E. GARCÍA MÉNDEZ Y M. BELOFF, (comps.), *Infancia, ley y democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998)*, Editorial TEMIS, Colombia, 1998, p. 80.

⁹⁰ STC Expedientes N°04058 2012-PA, del 30 de abril de 2014, F.J. 19.

adolescentes⁸⁸, a fin de garantizar su pleno goce y ejercicio; y, con ello, procurar el desarrollo armonioso de su personalidad⁸⁹. Para tal fin, es necesario tenerlo en consideración —esto es, analizar las consecuencias negativas y positivas— no sólo al momento de la producción de normas, sino también durante la interpretación de las mismas⁹⁰.



Respecto al primer supuesto, **en virtud del interés superior del niño, pueden introducirse pautas específicas y distintivas en el ordenamiento jurídico** que satisfagan esta tutela extraordinaria en beneficio de menores a la que hace referencia la Constitución; siendo que, en estricto, no podrían considerarse discriminatorias respecto a la situación de otros individuos que no ostentan tal condición.

En específico, se considera que la edad es un criterio constitucionalmente válido para diferenciar entre personas; es decir, se configura como una causa objetiva y razonable que justifica la adopción de medidas que favorezcan a un grupo determinado dependiendo de su grado de madurez. Al parecer del TC:

▶ ⁹¹ STC Expediente N°05157-2014-AA, del 04 de abril de 2017, F.J. 11.

“La norma constitucional no prohíbe explícitamente hacer diferenciaciones a base de la edad. Además, no cabe interpretar que la frase “cualquiera otra índole” incluye la edad, ya que la propia Constitución contiene cinco artículos que hacen diferenciaciones a base de ella.

(...)

Si el derecho a la igualdad impidiera hacer diferenciaciones a base de la edad, la Constitución no contendría ninguna de estas normas, que fijan edades mínimas o máximas para ciertos derechos. La edad, por tanto, es un criterio constitucionalmente válido para diferenciar entre personas”⁹¹.

Por consiguiente, en observancia del interés superior del niño, se podrá incluir variaciones y medidas que van más allá del rango ordinario de protección de los derechos fundamentales de la persona, a fin de cumplir con el propósito de este principio.



⁹² STC Expedientes N°04058 2012-PA, del 30 de abril de 2014, F.J. 19 y 25. ▶

Por otro lado, **el interés superior del niño se erige como criterio interpretativo del marco normativo nacional**, cuya aplicación corresponde a quienes tienen la responsabilidad –y potestad– de adecuar y flexibilizar las normas acorde a una realidad concreta, utilizarlo como una pauta que permita lograr la solución más favorable a una situación en la que se comprometen los derechos e intereses de menores⁹².

⁹³ Ibídem, F.J. 21. ▶

Por consiguiente, a la luz del interés superior del niño, se debe brindar prevalencia a los derechos fundamentales de niños y niñas “a no ser que existan razones poderosísimas y absolutamente necesarias en una sociedad democrática, que justifiquen el establecimiento de una regla de precedencia en sentido inverso”⁹³.

⁹⁴ A. PLÁCIDO, Curso “El interés superior del niño” ... cit., p. 123 ▶

Adicionalmente, la aplicación de este principio apunta a analizar todo el contexto y circunstancias en las que se encuentra un menor, a fin de proteger los derechos que están siendo o que podrían ser transgredidos de no adoptar medidas idóneas y oportunas a la situación en la que se encuentra inmerso⁹⁴.



III. Código de Niños y Adolescentes

Dentro del ordenamiento jurídico peruano, el Código de Niños y Adolescentes, como parte del bloque de constitucionalidad, es la norma orientada a proteger de manera específica los derechos, obligaciones y salvaguardas a favor de menores que se encuentren bajo la jurisdicción del Perú; así como establecer los deberes que el Estado debe observar para asegurar el goce y ejercicio pleno de los mismos.

Acorde a lo establecido en el artículo V de su Título Preliminar, las premisas que ampara son aplicables a todo niño, niña y adolescente en condiciones de igualdad; es decir, protegen a todo menor que se encuentre dentro del territorio nacional sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, nacionalidad, posición económica o cualquier otra condición, sea propia, de sus padres o responsables a cargo.

Para el caso específico de menores inmersos en procedimientos migratorios, las premisas esenciales que no pueden transgredirse al momento en que el Estado, en ejercicio de su soberanía, diseña e implementa políticas responden –prioritariamente– a tres principios: i) el interés superior del niño, ii) la protección de la familia y iii) el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído.

En primer lugar, el CNA trata al interés superior del niño y adolescente como la consideración primordial que todo órgano debe observar en cualquier medida que pudiese afectarle. En específico, establece que:

“Artículo IX.- Interés superior del niño y del adolescente. -

En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos”⁹⁵.

En concordancia con este articulado, dispone además que los NNA “son sujetos de derechos, libertades y de protección específica” y que “además de los derechos inherentes a la persona humana, el niño y el adolescente gozan de los derechos específicos relacionados con su proceso de desarrollo”⁹⁶.

La interpretación que ha hecho el TC sobre el mismo, también refiere a la obligación del Estado de adoptar medidas diferenciadas al momento de

⁹⁵ Congreso de la República del Perú, Ley N°27337, Código de Niños y Adolescentes, Perú, entrado en vigencia el 08 de agosto de 2000. ▶

⁹⁶ Congreso de la República del Perú, Ley N°27337, Código de Niños y Adolescentes. . . . cit. ▶

diseñar o interpretar normativa que afecte o repercuta sobre sus derechos y libertades fundamentales.

En ese sentido, en el caso específico de procedimientos migratorios, corresponderá a las autoridades evaluar si la decisión o medida aplicada es acorde al menor interés del menor inmerso y si satisface la protección extraordinaria que el mismo exige.

El CNA reconoce una serie de derechos específicos de los que son titulares todos los menores, a saber.

1. Derecho de todo niño, niña y adolescente a vivir y crecer en el seno de su familia.

A la letra, dispone que todo NNA tiene derecho a:

⁹⁷ *Ibídem.* ▶

“Artículo 8.- A vivir en una familia

El niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia.

El niño y el adolescente que carecen de familia natural tienen derecho a crecer en un ambiente familiar adecuado.

El niño y el adolescente no podrán ser separados de su familia sino por circunstancias especiales definidas en la ley y con la exclusiva finalidad de protegerlos.

Los padres deben velar porque sus hijos reciban los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo integral⁹⁷.

⁹⁸ STC Expediente N°00404-2015-PHC/TC, del 15 de febrero de 2018, F. J. 10. ▶

⁹⁹ *Ibídem.*, F.J. 8.

En el contexto de la movilidad humana, el TC ha precisado que este derecho busca promover, de diferentes modos y en diversos ámbitos, que los integrantes de una familia, como primera alternativa frente a cualquier otra, permanezcan juntos⁹⁸; por cuanto se trata del espacio más próximo de seguridad y subsistencia, y porque contribuye directamente a la satisfacción de las necesidades afectivas, sociales y emocionales de sus miembros, así como al desarrollo de su personalidad y a su bienestar⁹⁹. En esa línea, la decisión de separar a los menores de su entorno familiar, solo debe suceder en aquellas situaciones en que esto responda a su mejor interés, es decir, cuando se enfrenten a un entorno en el que sus derechos corren riesgo o son vulnerados.

Sobre este punto en particular, cabe resaltar que el artículo 8 de la CNA solo admite la separación de un niño, niña o adolescente cuando, en observancia

del principio de reserva de ley, sea una norma con rango legal la que así lo disponga. Es decir, la autoridad no puede establecer ni valerse de una norma de rango inferior para motivar una decisión en ese sentido.

2. Derecho de todo NNA a ser escuchado, condicionando su consideración a la capacidad de que el menor pueda formar su propio juicio.

A la letra, el CNA señala:

“Artículo 9.- A la libertad de opinión.-

El niño y el adolescente que estuvieren en condiciones de formarse sus propios juicios tendrán derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que les afecten y por los medios que elijan, incluida la objeción de conciencia, y a que se tenga en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez”.

¹⁰⁰ STC Expediente N°03247-2008-
PHC-TC, del 14 de agosto de 2008,
F.J. 11

Sobre este artículo en particular, el Tribunal Constitucional agrega que la posibilidad de que todo niño, niña o adolescente pueda participar en todos los asuntos que tengan algún efecto sobre su vida, no acarrea en ningún caso cualquier tipo de represalias en su contra o la de sus familiares. Asimismo, establece que esta experiencia debe ser lo menos traumática posible, por lo que el Estado deberá asegurar los canales y ambiente adecuado para que el menor, acorde a su edad, pueda expresar libremente su opinión¹⁰⁰.

¹⁰¹ CAS N°2365-2017-Cusco, El
Peruano de 04 de abril de 2018,
considerando décimo.

Para la Corte Suprema, el derecho del menor a ser oído no se satisface únicamente con la sola necesidad de escuchar al niño en asuntos de su entorno personal o algún otro que pudiese afectar sus derechos, sino que debe asegurarse que este exprese su opinión de manera libre y sin ningún tipo de presión ni influencias indebidas¹⁰¹.

¹⁰² CAS N°2702-2015-LIMA El Peruano
de 06 de mayo de 2016, considerando
décimo tercero.

Adicionalmente, agrega que la consideración de este pronunciamiento deberá tomar en cuenta la madurez del niño, niña o adolescente, siendo que esta cualidad se mide en atención a la capacidad del menor de comprender cuáles son sus derechos y obligaciones, diferenciar entre lo bueno y lo malo, así como entre ventajas y riesgos; y no exclusivamente a razón de su edad biológica¹⁰².

Por otro lado, cabe resaltar que el CNA reconoce algunos órganos nacionales encargados de la protección de menores. Entre ellos, destaca la Defensoría del Niño, Niña y Adolescente. A la letra, el Código de Niños y Adolescentes define la labor de esta entidad en los siguientes términos:

Artículo 42.- Defensoría de la Niña, Niño y Adolescente

La Defensoría de la Niña, Niño y Adolescente es un servicio gratuito y especializado que forma parte del Sistema Nacional de Atención Integral. Funciona en los gobiernos locales, en las instituciones públicas y privadas y en organizaciones de la sociedad civil, y su finalidad es contribuir al ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes para su protección integral, actuando conforme a los principios señalados en este Código y otras normas aplicables a su favor”.

▶ ¹⁰³ La misma norma define las contravenciones en su artículo 60. A la letra: “Artículo 69.- Definición.- Contravenciones son todas aquellas acciones u omisiones que atentan contra el ejercicio de los derechos de los niños y adolescentes señalados en la ley”.

Entre las funciones específicas y principales de este órgano, se encuentra la promoción y desarrollo de acciones de prevención y atención de situaciones de vulneración de derechos de los NNA, con miras a hacer prevalecer su interés superior y contribuir al fortalecimiento de las relaciones con su familia, y su entorno comunal y social. En otras palabras, actúa frente a cualquier contravención a sus derechos fundamentales¹⁰³.

IV. Decreto Legislativo 1350 – Decreto Legislativo de migraciones

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico, el Decreto Legislativo de Migraciones es la norma por especialidad encargada de regular el ingreso y salida del territorio peruano de personas nacionales y extranjeras, la permanencia y residencia de personas extranjeras en el país y el procedimiento administrativo migratorio.

Su finalidad principal es contribuir a la integración de los migrantes y garantizar los derechos a todas las personas nacionales y extranjeras que se encuentren dentro de la jurisdicción peruana en condiciones de igualdad. Para ello, acoge una serie de principios y pautas que las autoridades encargadas de estos procesos deben observar.

▶ ¹⁰⁴ Todos ellos se encuentran previstos en el Título Preliminar del Decreto Legislativo 1350 y son desarrollados por otros dispositivos de la misma norma.

Para el caso específico de niños, niñas y adolescentes inmersos en procesos migratorios, se debe resaltar tres principios: i) el interés superior del niño y del adolescente, ii) la unidad migratoria familiar y iii) la no criminalización de la situación irregular¹⁰⁴.

En primer lugar, en relación al interés superior del niño y del adolescente, el Decreto Legislativo 1350 lo acoge en su artículo VI bajo los siguientes términos:



“Artículo VI.- Principio de interés superior del niño y adolescente

En toda medida concerniente al niño y adolescente que adopte el Estado a través de todas sus instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el principio del interés superior del niño y adolescente y el respeto a sus derechos”

El hecho de que esta norma de rango legal recoja este principio, es consecuencia de su amparo en la Constitución Política del Perú, como norma que ilumina todo el ordenamiento jurídico, así como en el Código de Niños y Adolescentes, como parte del bloque de constitucionalidad. Acorde a ello, al momento de aplicar e interpretar el interés superior del niño y del adolescente a la luz de esta norma, habrá que tener en consideración el contenido ya desarrollado.

En segundo lugar, el principio de unidad migratoria familiar se encuentra amparado en el artículo V del Título Preliminar. A la letra:

“Artículo V.- Principio de unidad migratoria familiar:

El Estado garantiza y vela por la unidad familiar de los extranjeros y nacionales”.

En general, se refiere al derecho que tienen los migrantes de mantener la unidad de su familia durante todo el proceso migratorio, y a que esta no se quebrante por razones desproporcionales o innecesarias.

Aunado a ello, el mismo instrumento desarrolla la unidad migratoria familiar desde la posibilidad que tienen los nacionales o extranjeros de extender su calidad migratoria a sus familiares. Así, regula los siguientes supuestos:



- a. Cualquier nacional que tenga vínculo familiar con un extranjero, puede solicitar ante las autoridades de Migraciones la calidad migratoria de residente en beneficio de cualquiera de los integrantes de su núcleo familiar. Esta facultad también está prevista a favor del extranjero que –con un familiar nacional en el país de destino– desee solicitar la reagrupación familiar.
- b. Los familiares de un extranjero que posea calidad migratoria temporal, pueden beneficiarse de la reunificación familiar a través de la extensión de la misma calidad migratoria que tiene el titular, siempre que esta tenga una permanencia mayor a 90 días. En otras palabras, la calidad migratoria descrita se extiende a los familiares.

- c. Los familiares de un extranjero que posea calidad migratoria de residente, tienen la posibilidad de optar por la misma calidad migratoria u otra de su elección; siendo que, para este último caso, deberán reunir todos los requisitos específicos establecidos en la legislación. A diferencia del supuesto anterior, en este caso la calidad migratoria del titular extranjero no se extiende necesariamente a sus familiares, sino que le sirve de base para acceder a una de naturaleza distinta.

Por otro lado, cabe mencionar que, a la luz del Decreto Legislativo de Migraciones, se maneja un concepto amplio de familia. Al respecto, el artículo 38 prevé que, para efectos de la unidad migratoria, el núcleo familiar del nacional o extranjero que solicite la reunificación, está conformado por las siguientes personas:

“Artículo 38.- Unidad Migratoria Familiar

(...)

- a. El o la cónyuge o la persona integrante de la unión de hecho, de acuerdo a lo previsto en el Código Civil;*
- b. El hijo o hija menor de edad;*
- c. El hijo o hija mayor de edad, hasta los veinte y ocho (28) años de edad, de estado civil soltero que esté siguiendo estudios técnicos o superiores;*
- d. El hijo o hija mayor de edad y soltero que no se encuentre en aptitud de atender su subsistencia por causas de discapacidad física o mental debidamente comprobadas;*
- e. El hijo o hija menor de edad de él o la cónyuge o del integrante de la unión de hecho en el extranjero;*
- f. El hijo o hija mayor de edad y soltero del cónyuge o del integrante de la unión de hecho, que no se encuentre en aptitud de atender su subsistencia por causas de discapacidad física o mental debidamente comprobadas;*
- g. El ascendiente en primer grado;*
- h. El ascendiente en primer grado del cónyuge o del integrante de la unión de hecho”¹⁰⁵.*

¹⁰⁵ Congreso de la República del Perú, Decreto Legislativo N°1350, Decreto Legislativo de Migraciones. . . , cit.





¹⁰⁶ Congreso de la República del Perú, Decreto Legislativo N°1350, Decreto Legislativo de Migraciones... cit.

¹⁰⁷ STC Expediente N°02744 2015-PA/TC, del 08 de noviembre de 2016, F.J. 9.

¹⁰⁸ *Ibidem*, F.J. 12.

“

...la sola condición migratoria irregular no puede ser invocada como justificación válida que legitime un desconocimiento absoluto a la titularidad y ejercicio de sus derechos fundamentales”

En la práctica, para el caso de niños, niñas y adolescentes, ello significa que debe salvaguardarse la unidad familiar, en primer lugar, respecto de los padres; y, ante la ausencia de los mismos, se intentará acomodarlo en el entorno de familia extensiva más próximo.

Ahora bien, el último principio que corresponde resaltar se refiere a la no criminalización de la migración irregular. En estricto, el Decreto Legislativo 1350 dispone que:

*“Artículo VII.- Principio de no criminalización de la migración irregular
El Estado formula y ejecuta su política migratoria bajo el principio de no criminalización de la migración irregular”¹⁰⁶.*

Sobre el mismo, el TC ha precisado que la entrada o residencia irregulares nunca deben considerarse delitos, sino tan solo faltas administrativas; siendo que, ante una eventual sanción administrativa, deberán observarse los principios de excepcionalidad, razonabilidad y proporcionalidad, así como de prescripción en una norma de rango legal¹⁰⁷.

En efecto, este principio no implica que el Estado no pueda iniciar alguna acción contra los migrantes que vulneren las normas del ordenamiento jurídico estatal; sino que, al adoptar tales medidas deben respetar y garantizar los derechos humanos de toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción. En otras palabras, la sola condición migratoria irregular no puede ser invocada como justificación válida que legitime un desconocimiento absoluto a la titularidad y ejercicio de sus derechos fundamentales¹⁰⁸.

De conformidad el artículo 54 de la norma a la que nos estamos refiriendo, las sanciones administrativas que puede imponer la autoridad de migraciones son las siguientes:

“Artículo 54.- Sanciones aplicables a los administrados

Las sanciones administrativas que puede imponer MIGRACIONES son:

a. Multa: Es la sanción de carácter pecuniario cuyo monto se establece en el reglamento sobre la base del valor de la Unidad Impositiva Tributaria (UIT) y dentro de los límites mínimos y máximos establecidos para cada tipo de infracción. La multa tiene carácter imprescriptible y no genera intereses.

b. Salida Obligatoria: Determina que el extranjero abandone el territorio nacional, y puede conllevar el impedimento de reingreso al Perú hasta

¹⁰⁹ Congreso de la República del Perú, Decreto Legislativo N°1350, Decreto Legislativo de Migraciones..., cit.

por el plazo de cinco (5) años, contados desde el día que efectúe su control migratorio de salida del país. El reingreso está condicionado al pago de la multa respectiva.

c. Expulsión: Determina que el extranjero abandone el territorio nacional, y conlleva el impedimento de reingreso al Perú hasta por el plazo de quince (15) años, contados desde el día que efectúe su control migratorio de salida del país. El reingreso está condicionado al pago de la multa respectiva”¹⁰⁹.

Al respecto, el TC ha dispuesto que, al momento de aplicar estas medidas en el marco de un procedimiento migratorio sancionador seguido contra extranjeros en situación irregular, la autoridad deberá tener en consideración tanto garantías formales como materiales, a fin de no poner en riesgo o conculcar sus derechos fundamentales.

¹¹⁰ STC Expediente N°02744-2015-PA/TC, del 08 de noviembre de 2016, F.J. 19.

Por un lado, respecto a las garantías formales, entre otras, se debe tener en consideración las siguientes¹¹⁰:

- a. Todo extranjero tiene derecho a ser informado de manera expresa y formal de los motivos que dieron lugar a la imposición de la sanción administrativa y de los cargos en su contra, si los hubiere.
- b. Debe tener la posibilidad de exponer y acreditar las razones que lo asistan en contra de la sanción administrativa impuesta;
- c. Debe asegurarse la posibilidad de solicitar y recibir asesoría legal, incluso a través de servicio público gratuito.
- d. El procedimiento migratorio debe llevarse a cabo en un idioma que pueda entender o, de lo contrario, asignarse un intérprete o traductor;
- e. En caso de decisión desfavorable, tienen el derecho a someter su caso a revisión ante una autoridad competente e imparcial, la cual se encuentra obligada a resolver los recursos que correspondan dentro de un plazo razonable. En estos casos, el migrante puede recurrir por derecho propio o a través de un representante;
- f. Ante la eventual expulsión, esta solo podrá efectuarse tras una decisión fundamentada conforme a la ley y debidamente notificada.

Por su parte, respecto a las garantías materiales del debido procedimiento migratorio sancionador, el TC ha hecho énfasis en la especial trascendencia del derecho a la protección a la familia. En estricto, ha precisado que:

¹¹¹ STC Expediente N°02744-2015-PA/
TC..., cit., F.J. 28. ▶

“De forma previa a la imposición de una sanción migratoria, la Superintendencia Nacional de Migraciones o autoridad competente deberá efectuar un análisis específico de la situación personal y familiar que atraviesa cada migrante al momento de definir su condición migratoria (edad, tiempo de permanencia, antecedentes penales, situación laboral, vínculos familiares, etc.). La indiferencia o falta de valoración de tales circunstancias podría conllevar, como se alega en este caso, a una indebida aplicación de las sanciones migratorias al margen de las circunstancias particulares del migrante, tales como los vínculos familiares del no ciudadano en el Estado recipiente, o las implicancias que constituye la deportación del no ciudadano para su familia en el Estado recipiente”¹¹¹.

Ahora bien, en el ámbito específico de los niños, niñas y adolescentes cuyos padres tengan la condición de migrantes irregulares, es posible identificar dos intereses en conflicto: por un lado, la facultad del Estado de implementar su propia política migratoria; y, por otro, el derecho de todo menor a la protección de la familia y, en particular, al disfrute de la vida de familia con el mantenimiento de la unidad familiar en la mayor medida posible.

¹¹² *Ibíd*em, F.J. 34. ▶

Frente a ello, el TC es de la opinión que corresponde al Estado garantizar un ejercicio legítimo y compatible de ambos bienes jurídicos, a partir de una adecuada y rigurosa ponderación entre la protección de la unidad familiar y los intereses estatales legítimos, por lo que habrá que determinar, en cada caso concreto, que la expulsión de uno o ambos progenitores no conlleve una injerencia abusiva o arbitraria en la vida familiar de la menor¹¹².

¹¹³ *Ibíd*em, F.J. 36. ▶

En ese sentido, cualquier decisión relativa a la separación del NNA respecto de sus padres o de su familia que se adopte por motivos vinculados con la condición migratoria de uno o ambos progenitores, debe ser excepcional, de carácter temporal, y deberá estar justificada en el interés superior del niño¹¹³.

Aunado a ello, la misma norma prevé que, cuando se trate de menores, la formalización y ejecución de las sanciones debe observar los principios de unidad migratoria familiar e interés superior del niño, a efectos de su suspensión. A la letra:

“Artículo 64.- Formalización y ejecución de las sanciones migratorias (...)

b. MIGRACIONES en aplicación de los principios de unidad familiar e interés superior del niño y adolescente, evaluará la suspensión de la

¹¹⁴ Congreso de la República del Perú, Decreto Legislativo N°1350, Decreto Legislativo de Migraciones..., cit.

ejecución de la sanción de salida obligatoria, en aquellos casos en los que se compruebe su evidente e inminente riesgo de vulneración, de acuerdo a las condiciones y procedimientos que se establezcan en el reglamento” ¹¹⁴.

Asimismo, prevé que los niños, niñas y adolescentes no son susceptibles de ser sujeto de cualquiera de las sanciones en sus artículos 53 y 66:

¹¹⁵ Ibídem. ▶

“Artículo 53.- Potestad sancionadora de MIGRACIONES

(...)

53.2. En ningún caso MIGRACIONES aplicará sanciones a niñas, niños y adolescentes”.

“Artículo 66.- Excepción del ejercicio de la facultad sancionadora

Los menores de edad y las personas con incapacidad absoluta no son pasibles de un procedimiento sancionador, ni de sanción administrativa por infracción migratoria” ¹¹⁵.



Finalmente, es importante destacar que las autoridades migratorias velan por la situación de vulnerabilidad de las personas extranjeras, por lo que su mandato recoge la cooperación interinstitucional en aquellos casos en que sus derechos se vean vulnerados, a fin de que se tomen las acciones administrativas o jurisdiccionales correspondientes. Al respecto:

¹¹⁶ Ibídem. ▶

“Artículo 11.- Personas extranjeras en situación de vulnerabilidad

11.1 MIGRACIONES y el Ministerio de Relaciones Exteriores ponen en conocimiento de las autoridades competentes las situaciones de vulnerabilidad en que se encuentren las personas migrantes, para la adopción de las acciones administrativas o jurisdiccionales que correspondan para la protección de sus derechos, en particular las referidas a niños, niñas y adolescentes, adulto mayor, personas con discapacidad, o que pertenecen a un pueblo indígena víctima de trata de personas y tráfico de migrantes, víctimas de violencia familiar y sexual, y quienes requieren protección en atención a una grave amenaza o afectación a sus derechos fundamentales”¹¹⁶.

procedimiento administrativo migratorio en las materias de regularización, control, verificación, sanción y fiscalización migratoria; la emisión de documentos de viaje para nacionales y extranjeros, así como de identidad para extranjeros, en el marco de las competencias de las autoridades migratorias; entre otras materias migratorias contenidas en el Decreto Legislativo de Migraciones.



“

...con miras a otorgarles una protección especial, es deber de las autoridades migratorias poner en conocimiento de otras instituciones, (...) la situación de un presunto caso de vulnerabilidad en que se encuentren para la adopción de las acciones administrativas o jurisdiccionales que correspondan para la protección de sus derechos”

Uno de los aspectos más resaltantes de esta norma respecto a la protección de niños, niñas y adolescentes migrantes, es que los reconoce como un grupo vulnerable en su artículo 227 literal g); es decir, como individuos en situación de desprotección o riesgo de no acceder al ejercicio pleno de sus derechos fundamentales en nuestro país.

A partir de ello contempla que, con miras a otorgarles una protección especial, es deber de las autoridades migratorias poner en conocimiento de otras instituciones, tales como el Ministerio Público, el Poder Judicial, la Policía Nacional del Perú, el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, entre otras, la situación de un presunto caso de vulnerabilidad en que se encuentren para la adopción de las acciones administrativas o jurisdiccionales que correspondan para la protección de sus derechos.

Con ello, se pretende lograr que las distintas entidades, en el marco de sus competencias, tomen acción y brinden atención oportuna a cada caso concreto, permitiendo –por ejemplo– el acceso a servicios de salud y educación, implementación de políticas que atiendan su situación de vulnerabilidad, capacitación y sensibilización a funcionarios sobre la forma en que deben tratar a menores, mecanismos de coordinación y alianzas que coadyuven en la prevención y respuesta ante la posible vulneración de derechos fundamentales.

Otras medidas de protección migratoria a personas en situación de vulnerabilidad, como los NNA, se encuentran en el artículo 230 de esta norma; a la letra:

“Artículo 230.- Medidas migratorias de protección

230.1. Las Autoridades Migratorias expedirán los documentos y/o permiso temporal de permanencia a las personas extranjeras en situación de vulnerabilidad, previo informe técnico de la unidad orgánica especializada en la materia; medidas que incluyen el otorgamiento de ampliaciones de plazo y exoneración de multas y derechos de tramitación estipulados en la normatividad migratoria vigente u otros, que faciliten la atención a las circunstancias especiales de cada caso en concreto.

230.2. MIGRACIONES, en casos de situación de vulnerabilidad, podrá exonerar de la presentación de requisitos establecidos para los procedimientos estipulados en la normatividad migratoria vigente u otros, previo informe del órgano especializado en la materia.

230.3. MIGRACIONES podrá otorgar la Calidad Migratoria Especial

¹¹⁷ Ministerio del Interior de Perú, Decreto Supremo N°007-2017-IN, Reglamento del Decreto Legislativo N°1350, Decreto Legislativo de Migraciones, Perú, entrado en vigencia el 28 de marzo de 2018.

de manera excepcional a personas extranjeras en extrema situación de vulnerabilidad, permitiendo la permanencia en situaciones no contempladas en las demás calidades migratorias, calidad que será otorgada previo informe del órgano especializado en la materia”¹¹⁷.

Ahora bien, pese a que esta norma no ampara de forma expresa los principios aplicables a procedimientos migratorios cuando un menor de edad se vea inmerso o pueda verse afectado, contiene disposiciones que reflejan la materialización de los mismos.



En primer lugar, acoge la protección de la información recolectada, disponiendo así en su artículo 18 que las autoridades migratorias deberán adoptar todas las medidas necesarias para salvaguardar los datos personales que obtengan de los niños, niñas y adolescentes.



En segundo lugar, regula todo un capítulo (IV) sobre el ingreso y salida de niños, niñas y adolescentes al territorio nacional, disponiendo en su artículo 136 que el control migratorio de niñas, niños y adolescentes se efectuará tomando en cuenta las disposiciones del Código de Niños y Adolescentes y los tratados y convenios internacionales de los cuales el Perú es parte, en cuanto a los documentos de viaje y de identidad.

Sobre este punto, debe señalarse que el Decreto Supremo 007-2017-IN hace énfasis en la exigencia de documentos de viaje para permitir el ingreso o salida del territorio nacional de menores, tales como el permiso de viaje autorizado por los padres o tutores, o la declaración judicial que así lo disponga; siendo que ampara como única excepción expresa el caso de niños nacionales repatriados. A nuestro parecer, esto último debe interpretarse de forma integral con el artículo 136 mencionado supra en el sentido de que la normativa internacional prohíbe el impedimento del ingreso

de niños, niñas o adolescentes al país.

Aunado a ello, en el mismo capítulo IV se pronuncia respecto a las medidas de protección de NNA no acompañados, señalando que:

¹¹⁸ Ministerio del Interior de Perú, Decreto Supremo N°007-2017-IN, Reglamento del Decreto Legislativo N°1350, Decreto Legislativo de Migraciones..., cit.

“Artículo 146.- Medidas de protección de niñas, niños y adolescentes extranjeros no acompañados

146.1. MIGRACIONES evaluará y dispondrá el otorgamiento de la calidad migratoria especial para permitir el ingreso de la niña, niño o adolescente no acompañado a territorio peruano y pone a la niña, niño o adolescente a disposición del Ministerio de la Mujer y de Poblaciones Vulnerables hasta que concluyan las gestiones que permitan determinar su permanencia o salida del territorio peruano.

146.2. El Ministerio de la Mujer y de Poblaciones Vulnerables, podrá solicitar el cambio de calidad migratoria si fuera necesario, y realizará las gestiones que permitan mantener la regularidad migratoria de la niña, el niño o adolescente” ¹¹⁸.



En tercer lugar, contempla la observancia de los principios de interés superior del niño y la unidad migratoria familiar al momento en que Migraciones ejerza su potestad sancionadora.

En específico, dispone que:

¹¹⁹ Ibídem. ▶

Artículo 185.- Principios de la potestad sancionadora administrativa en materia migratoria

(...)

185.2. Además de ello, son aplicables al ejercicio de la potestad sancionadora en materia migratoria los siguientes principios:

a) Principio de Unidad Migratoria Familiar: MIGRACIONES priorizará la garantía de la unidad familiar de las personas extranjeras y nacionales al momento de aplicar las sanciones que signifiquen salida obligatoria del país o expulsión del administrado.

b) Principio de interés superior del niño: Las sanciones que adopten las autoridades migratorias deben tomar en cuenta el principio del interés superior del niño y adolescente y el respeto a sus derechos” ¹¹⁹.

En esta misma línea, se pronuncia sobre aquellos casos en los que, si bien no se trata de un proceso en el que el menor se vea inmerso directamente, la sanción ha sido aplicada a uno de sus padres, contemplando así la facultad discrecional de Migraciones para, de forma excepcional, efectuar el levantamiento de impedimento de ingreso por salida obligatoria del país o expulsión. Contempla así en su artículo 214 que:

¹²⁰ Ministerio del Interior de Perú, Decreto Supremo N°007-2017-IN, Reglamento del Decreto Legislativo N°1350, Decreto Legislativo de Migraciones..., cit.

“Artículo 214.- Solicitud de levantamiento de impedimento de ingreso

214.1. Las personas extranjeras a quienes se les haya emitido sanción administrativa de salida obligatoria y que sean padre o madre de niña, niño o adolescente menor de edad (...) pueden solicitar el levantamiento del impedimento de ingreso al territorio nacional, siempre que reúnan las siguientes condiciones:

a) Que no se encuentre en el territorio nacional;

b) Que la sanción administrativa haya tenido como origen alguna de las conductas infractoras previstas en los literales a), b) y c) del artículo 57 del Decreto Legislativo;

c) Que la persona extranjera haya sido impedida de ingresar al territorio nacional.

214.2. Las personas extranjeras a quienes se les haya emitido sanción administrativa de expulsión y que sean padre o madre de niña, niño o adolescente menor de edad (...) pueden solicitar el levantamiento del impedimento de ingreso al territorio nacional, si reúnen las siguientes condiciones:

a) Que la sanción administrativa haya tenido como origen la reincidencia de los supuestos o no haber cumplido la salida obligatoria previstos en el artículo 57 del Decreto Legislativo;

b) Que la persona extranjera haya sido impedida de ingresar al territorio nacional”¹²⁰.



Finalmente, el referido Reglamento recoge la adopción de medidas especiales que respondan a la situación de vulnerabilidad, al interés superior del niño, la reunificación familiar y derechos fundamentales reconocidos en la Carta Magna y normas internacionales respecto a la emisión de documentos.

¹²¹ Ibidem. ▶

“Artículo 219.- Medidas especiales en casos excepcionales

MIGRACIONES puede, de manera motivada, expedir permisos temporales de permanencia y hacer el cambio a calidad migratoria a Especial para la permanencia o residencia en el territorio nacional a favor de las personas extranjeras en estado de vulnerabilidad; por reunificación familiar; en interés superior de la niña, niño y adolescente; o en protección de otros derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política y en los tratados y convenios internacionales de los cuales el Perú es parte”¹²¹.





VI. Conclusiones

1. El Estado cuenta con un amplio margen de discrecionalidad para diseñar e implementar sus políticas migratorias; no obstante, normas tales como el Decreto Legislativo 1350 – Decreto Legislativo de Migraciones y su reglamento no pueden transgredir las premisas esenciales contenidas en la Constitución Política del Perú y el Código de Niños y Adolescentes.
2. La Constitución Política del Perú, como norma que ilumina todo el ordenamiento jurídico, recoge como principio básico para la protección de menores al interés superior del niño. En líneas generales, se refiere a la protección especial que debe brindarse a todo NNA al momento de crear e interpretar normas cuyo contenido pudiese afectarles; siendo que estas no podrían considerarse discriminatorias, ya que salvaguardar los derechos de un grupo vulnerable, se considera razón objetiva y razonable para hacer este tipo de diferenciaciones.
3. El Código de Niños y Adolescentes es una norma que pertenece al bloque de constitucionalidad peruano, que recoge los derechos y obligaciones que corresponden a todo menor que se encuentre dentro del territorio peruano, sin discriminación alguna. Para la protección de menores inmersos en procesos de migración, los principios que deben considerarse prioritariamente son: i) el interés superior del niño, ii) la protección de la familia y iii) el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído. Se pronuncia además sobre órganos encargados de velar por que las atribuciones propias de los NNA no sean transgredidas o puestas en riesgo.
4. La norma de especialidad en materia migratoria, esto es, el Decreto Legislativo 1350, también ampara una serie de salvaguardas en beneficio de todo niño, niña y adolescente. Todas estas responden a tres principios esenciales; i) el interés superior del niño y del adolescente, ii) la unidad migratoria familiar y iii) la no criminalización de la situación migratoria irregular. Los dos primeros, son consecuencia de su salvaguarda en normas de rango constitucional, por lo que su contenido responde al mismo desarrollo; mientras que, el último principio referido se relaciona a la imposibilidad de los órganos administrativos de imponer una sanción de naturaleza distinta a la administrativa a quienes ingresan o permanecen en situación irregular.

5. En aquellos casos en que la decisión de la autoridad migratoria sea la aplicación de una sanción administrativa, deberán considerarse las garantías formales y materiales que el Tribunal Constitucional ha desarrollado, a fin de no conculcar los derechos fundamentales de la persona, en especial, del NNA. Asimismo, el Decreto Legislativo prevé que, en aquellos casos en que haya un menor inmerso, deberá evaluarse la posibilidad de suspender la medida; y que, en ninguna circunstancia, un menor puede ser sujeto de sanción.
6. La misma norma ampara que es deber de las autoridades a cargo del proceso migratorio trabajar de manera conjunta con otras entidades e instituciones cuando, en el ejercicio de su labor, detecten casos de especial vulnerabilidad.
7. Finalmente, dentro del marco nacional, el Reglamento del Decreto Legislativo de Migraciones, el Decreto Supremo 007-2017-IN, reconoce a los NNA como un grupo vulnerable. En atención a ello, recoge medidas orientadas a brindarles una protección especial, tales como: i) la protección de sus datos personales, ii) la observancia del CNA y la normativa internacional al momento de realizar el control migratorio de su ingreso o salida del territorio nacional, iii) la observancia del interés superior del niño y la reunificación familiar al ejercer la potestad sancionadora, iv) la posibilidad de exonerar de algunas sanciones a sus padres y v) la adopción de medidas especiales que salvaguarden sus derechos.



CAPÍTULO 3

RECOMENDACIONES DE ACTUACIÓN FRENTE A CASOS ESPECÍFICOS



En este último capítulo, tras desarrollar la normativa internacional y nacional relevante en materia de niños, niñas y adolescentes en procesos migratorios, revisaremos algunos casos hipotéticos que podrían presentarse en la práctica, a fin de proponer recomendaciones relacionadas a la manera de proceder y evidenciar ciertos elementos clave que deben tenerse en cuenta antes de tomar una decisión que podría impactar de forma negativa en los derechos del NNA.



CASO 1: Menores hijos de padres extranjeros en situación migratoria temporal

María Rosario, de nacionalidad venezolana, tiene 20 años y una bebé de tres meses. María ingresó al Perú en compañía de su menor hijo por el puesto de Control Fronterizo de Aguas Verdes (Tumbes) el 20 de octubre de 2018. Estando dentro del territorio, solicitó y obtuvo el PTP (Permiso Temporal de Permanencia), el cual le otorgaba el derecho a trabajar en el Perú por el plazo de 1 año.

Transcurrido dicho plazo, en agosto de 2019, decidió iniciar su trámite de cambio de calidad migratoria a una de residencia especial. Sin embargo, a efectos de iniciar este proceso, le informan que entre los requisitos esenciales se encuentra la presentación de la ficha de canje de INTERPOL. Para obtener este documento, es obligatorio que María, quien vive en Arequipa, acuda de forma personal ante la Oficina Central Nacional de la INTERPOL, la cual se encuentra ubicada en Lima; siendo que, además, deberá esperar al menos cinco días después de su cita para apersonarse nuevamente ante esta entidad para recoger la ficha.

La señora María no puede ir a la ciudad de Lima dentro del plazo exigido por la norma, porque no tiene los recursos necesarios para el pasaje y mucho menos para la estadía durante todo ese tiempo en la capital; esto sin mencionar que no tiene a quién dejar al cuidado de su hija mientras acude a la cita y espera la entrega del documento. Asimismo, ante los hechos acaecidos desde marzo de 2020, por la presencia del COVID-19, María se ve imposibilitada de movilizarse a la ciudad de Lima.



Recomendaciones

En este caso estamos frente a una situación en la que, si bien el NNA no participa directamente del procedimiento migratorio, la obtención de uno de los documentos por parte de su madre durante el trámite, podrían mermar o desconocer los principios de protección amparados a su favor.

Acorde al Reglamento del Decreto Legislativo de Migraciones, el Decreto Supremo 007-2017-IN, el cambio de calidad migratoria es el procedimiento administrativo que le permite a la persona extranjera obtener una calidad migratoria distinta a la que posee y debe ser solicitado ante la autoridad competente a cargo de la calidad migratoria por la que se desea optar.

En el caso específico, se desea pasar del PTP a una calidad migratoria especial. Esta última, acorde al artículo 72 inciso 3 del Decreto Legislativo 1350, es otorgada por Migraciones a las personas extranjeras que no están incluidas en otras calidades migratorias, considerando su tratamiento excepcional, subsidiario y residual.

Para el logro de este cambio, la persona no debe registrar antecedentes penales o judiciales vigentes o alertas registradas en el sistema de INTERPOL, por lo que se exige la presentación de la ficha de canje emitida por esta entidad. No obstante, para el caso concreto, esto es, en el que un menor podría verse afectado por el hecho de que su madre tenga que separarse para obtener tal documento, corresponde evaluar si el mismo resulta un requisito indispensable.

Acorde a las garantías que contempla la normativa internacional, aquellos procesos que pudiesen repercutir sobre los derechos de menores deben observar el principio de celeridad. Asimismo, a la luz del interés superior del niño, es posible tomar medidas diferenciadas que, en este caso, permitan flexibilizar el procedimiento en el sentido de que se puede prescindir de requisitos no esenciales de la normativa migratoria.

Sobre esto último, vimos que, al parecer del TC, este principio ha de servir como pauta hermenéutica al tratarse de una:

“[M]etanorma o una norma secundaria que contiene directrices sobre el modo como debe aplicarse otras disposiciones que alberguen diversos sentidos interpretativos o que entren en colisión entre sí. En su formulación básica, pues, suministra al operador del derecho con una técnica de solución de antinomias, tanto en el nivel de las normas como en el nivel de las disposiciones, que se caracteriza por estar orientada a privilegiar el goce y ejercicio de los derechos de los menores”¹²².

Aunado a ello, dentro del marco nacional, el artículo 230 inciso 2 del Reglamento del Decreto Legislativo de Migraciones se pronuncia en el mismo sentido estableciendo que se podrá exonerar de la presentación de requisitos establecidos para los procedimientos estipulados en la normatividad migratoria vigente u otros, previo informe del órgano especializado en la materia, en aquellos casos relacionados a personas en estado de vulnerabilidad.

Sobre esto último, el artículo 227 de la misma norma contempla quiénes son considerados dentro de este grupo, incluyendo a los niños, niñas

¹²² STC Expediente N°01665-2014-HC, del 25 de agosto de 2015, F.J. 18. ▶

y adolescentes. En el caso particular, pese a que el menor no se ve directamente inmerso en el procedimiento, podría tomarse en cuenta que la madre se subsume dentro del literal k) del mismo articulado, referido a personas en situación de pobreza o extrema pobreza.

Ahora bien, la razón que justifica la no indispensabilidad de la ficha de canje, se encuentra en la utilidad de la misma. Como se sabe, su finalidad es acreditar que la persona no tiene orden de captura de la policía en otros países del mundo. En el caso específico, este hecho ya fue acreditado por la señora María al momento de solicitar el PTP, ya que conforme a lo dispuesto en el Decreto Supremo 001-2018-IN, uno de los requisitos para solicitar este documento es la ficha de canje internacional de Interpol.

En esa línea de ideas, cabe la posibilidad de que exista un historial o archivo en el que se encuentre almacenado o que lo mantenga consigo y que este sea empleado nuevamente en el proceso de cambio de calidad migratoria, haciendo innecesaria una segunda presentación del mismo ante la autoridad que ya pudo verificar a través de este documento la ausencia de orden de captura.

Aun cuando dicho documento fuese indispensable, acorde a lo dispuesto en la cuarta disposición final del Decreto Supremo N° 010-2020-IN, en el marco de cooperación interinstitucional entre Migraciones e INTERPOL, se dará a conocer un convenio en virtud al cual podrán intercambiar información de manera directa, lo que permitirá que los administrados no tengan que tramitar personalmente la ficha de canje. A la letra:

“Cuarta.- Acceso a información

En el marco de la presente norma, MIGRACIONES y la OCN INTERPOL LIMA bajo el principio de reciprocidad y autorizado por la Secretaría General de la Organización Internacional de Policía Criminal (OIPC) - INTERPOL, previo convenio de cooperación mutua establecerán los mecanismos para el intercambio de información sobre consultas de notificaciones de INTERPOL y documentos de viajes robados o perdidos” ¹²³.

La observancia de esta recomendación en la forma de actuar de Migraciones permitiría que la señora María no tenga que viajar a Lima para la obtención de la ficha de canje, evitando con ello la separación de su menor hija durante dicho trámite, gastos que no puede asumir pero que sirven para el cuidado de la niña y, como consecuencia de ambos, la protección de sus derechos fundamentales y su mejor interés.

¹²³ Ministerio del Interior de Perú, Decreto Supremo N°010-2020-IN, Decreto Supremo que aprueba medidas especiales, excepcionales y temporales para regularizar la situación migratoria de extranjeros y extranjeras, Perú.



CASO 2: Menores hijos de padres extranjeros sancionados por la autoridad de Migraciones

La ciudadana Margori Alary, de nacionalidad venezolana, ingresó al Perú el 15 de julio de 2014, en calidad de Turista en compañía de su conviviente peruano, quedándose desde esa fecha a residir en el país. Producto de dicha unión procrearon a su hija Valentina, quien actualmente tiene 5 años de edad. La señora se vio imposibilitada de regularizar su situación migratoria debido a que no contrajo matrimonio con su pareja y, en el año 2016 su unión se disolvió, asumiendo el cuidado de su hija.

Tras la separación, la señora se encontraba en una situación económica bastante precaria, debido a que no conseguía trabajo por su situación migratoria irregular. Por este motivo, entabló un proceso de alimentos a su ex conviviente; sin embargo, este a su vez la denunció ante las autoridades peruanas por encontrarse en situación migratoria irregular.

Es así, que con fecha 12 de mayo de 2017, se le notificó la resolución de sanción monetaria por su permanencia irregular, este monto era excesivamente alto para ser pagado por Margori debido a su especial estado de vulnerabilidad; por lo que, ante la imposibilidad de pagar dicho monto dentro del plazo previsto, se procedió a notificarle una sanción de salida obligatoria con impedimento de ingreso, sin considerar que tiene una hija peruana y arraigo en el país.



Menores hijos de padres extranjeros en situación migratoria irregular

En noviembre de 2013, María Palacios, ciudadana venezolana junto a su hijo Miguel de 12 años de edad, ingresaron al país por una vía irregular, mediante la ruta de paso conocida como “Carpitas” en Tumbes. En abril de 2014, María recibió una oferta de trabajo para la cual requería contar con el carnet de extranjería, por lo que María acudió a Migraciones para regularizar su situación migratoria, dicha autoridad le informó que no registraba ingreso al Perú, por lo que, le impusieron una sanción de salida obligatoria del país. Ante la denegatoria de la impugnación presentada por la recurrente se vio forzada a abandonar el país tras esta sanción.



Recomendaciones

Acorde a lo establecido en el Decreto Legislativo N° 1350, la imposición de sanción de salida obligatoria del país determina que el extranjero abandone el territorio nacional, y puede conllevar el impedimento de reingreso al Perú hasta por el plazo de cinco años; siendo que, además, está condicionado al pago de la multa respectiva.

Tanto la normativa nacional como internacional reconocen la soberanía del Estado para diseñar e implementar sus políticas migratorias; lo que, en efecto, incluye la posibilidad de regular y ejercer la potestad sancionadora de la autoridad. No obstante, en aquellos casos en que una decisión de esta naturaleza pudiese afectar los derechos del niño, niña o adolescente, cobran especial importancia los principios de reunificación familiar y del interés superior del niño.

A la luz del interés superior del niño, se exige al Estado la adopción de medidas específicas que aseguren una “protección extraordinaria” a favor de todo NNA, con miras a garantizar el goce y ejercicio pleno de todos sus derechos. Por su parte, el principio de reunificación familiar salvaguarda el derecho que tienen los migrantes a mantener la unidad de su familia durante la trayectoria de movilidad humana; lo que, en el caso específico de menores, procura la no separación de sus padres, salvo cuando ello responda a su mejor interés.

Ambos principios tienen rango constitucional, en tanto se encuentran amparados no solo en la Constitución Política del Perú, sino también en el Código de Niños y adolescentes y en normas internacionales que, en conjunto, conforman el bloque de constitucionalidad peruano. Ello significa que, al momento de aplicar las políticas migratorias, la autoridad deberá observar la prevalencia de estas disposiciones sobre normas de carácter legal.

Aunado a ello, dentro del marco nacional, el Decreto Supremo 007-2017-IN – Reglamento del Decreto Legislativo 1350, también ampara en su artículo 185 inciso 2 la observancia tanto del interés superior del niño como del principio de unidad migratoria familiar al momento en que Migraciones ejerce su potestad sancionadora administrativa, en especial para los casos en que dicha sanción signifique la salida obligatoria del país o expulsión del administrado.

En ese sentido, para el cumplimiento de estos principios, se recomienda hacer una evaluación en la que se determine la manera en que esta medida afecta

los derechos y mejor interés del niño, niña o adolescentes; así como la forma en que la ruptura del núcleo familiar perturba su vida diaria.

Por otro lado, debemos mencionar que, dentro de la normativa peruana, el Decreto Legislativo N° 1297 - Decreto Legislativo para la protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos, dispone en su artículo 3 literal i) que: “[e]n aquellos casos en que una medida implique la separación de la familia, la actuación del Estado se orienta a la reintegración familiar y retorno del menor a su familia”; lo que implica que deberá adoptarse mecanismos y programas de apoyo que faciliten el retorno del niño a su familia de origen.

Una aplicación errónea del mismo, haría pensar que la manera de proceder en aquellos casos en que los padres del menor han sido sancionados con salida obligatoria del país —como en los casos a los que nos estamos refiriendo— dejándolo solo dentro del territorio nacional, es procurar la reunificación familiar enviando al menor fuera del país hacia el lugar en que sus padres se encuentren. No obstante, ello acarrearía la aplicación indirecta de la potestad sancionadora que tiene migraciones a NNA, contrariando no solo su mejor interés, sino también la prohibición que ampara el propio Decreto Legislativo sobre Migraciones respecto a la imposibilidad de sancionar a menores de edad.

Adicionalmente, el TC ha señalado que corresponde al Estado una adecuada y rigurosa ponderación entre la protección de la unidad familiar y los intereses estatales legítimos que motivan la aplicación de una sanción de esa naturaleza, por lo que habrá que determinar, en cada caso concreto, que la expulsión de uno o ambos progenitores no conlleve una injerencia abusiva o arbitraria en la vida familiar de la menor¹²⁴.

En ese sentido, a fin de evitar que la unidad familiar no sea quebrantada por razones desproporcionales, será necesario realizar un análisis específico en el que se verifique cuáles serían las consecuencias que enviar al niño al país de origen acarrea y los efectos nocivos que ello podría significar para sus derechos fundamentales.

La salida más adecuada sería la aplicación del artículo 214 del Decreto Supremo 007-2017-IN, en el que se ampara la discrecionalidad que tiene Migraciones para permitir que los padres de un menor de edad que han sido sujeto de una sanción de salida obligatoria del país, puedan reingresar al territorio, no sancionándose la imposibilidad de retorno por el periodo de tiempo dispuesto en la norma. Asimismo, es de aplicación el artículo 65 literal

¹²⁴ STC Expediente N°02744 2015-PA/
TC, del 08 de noviembre de 2016,
F.J. 34.

b) del Decreto Legislativo de Migraciones, en el que se contempla la facultad de evaluar la suspensión de la ejecución de la sanción de salida obligatoria en aquellos casos en los que se compruebe el inminente riesgo de desconocer el interés superior del niño y la reunificación familiar.

Finalmente, un último elemento a tomar en cuenta es que, acorde a lo dispuesto por la normativa internacional, una medida de esta naturaleza debe observar, entre otros, el principio de necesidad, es decir, verificar que no exista otra alternativa viable para solucionar la situación de irregularidad. Para el caso específico 2.1, Margori es madre de una niña de nacionalidad peruana, por lo que en aplicación del artículo 37 del Decreto Legislativo 1350 cabe la posibilidad de que obtenga la calidad migratoria de residente. Por su parte, respecto al caso 2.2, tras la emisión del Decreto Supremo 010-2020-IN, María y su hijo Miguel tienen la posibilidad de regularizar su situación migratoria dentro del país.

En atención a ello, parecería que la medida de salida obligatoria del país, en realidad, no es de absoluta necesidad, en tanto existe una vía alternativa a través de la cual no se quebranta el interés superior del niño ni la unidad migratoria familiar. Se recomienda así que la autoridad migratoria valide estos supuestos como una opción antes de imponer la sanción administrativa.



CASO 3: Menor con denegatoria a ser inscrito

Rosa Palacios, ciudadana venezolana, de 30 años de edad ingreso al Perú junto a su menor hija de 02 meses de edad producto de su relación con José Manuel un ciudadano peruano. El 27 de marzo de 2016, la ciudadana venezolana presentó ante Migraciones, su solicitud de inscripción en el Registro de hijo de peruano nacido en el extranjero, adjuntando el acta de nacido vivo del menor, así como la copia del DNI del padre. Sin embargo, la misma le fue denegada señalando la autoridad de la oficina de Migraciones que su padre no es peruano de nacimiento, pues obtuvo dicha condición jurídica tras un proceso de naturalización. El 12 de mayo, la citada ciudadana presentó un recurso de reconsideración señalando que las normas vigentes solo establecen como requisito para la obtención de nacionalidad, que el/la solicitante demuestre la filiación con sus progenitores, sin señalar que estos deban ser peruanos/as de nacimiento, según la Ley de Nacionalidad (Ley N° 26574, artículo 4° inciso 3), concordado con su reglamento (Decreto Supremo N°004- 97-IN), y que las razones por la cual se le estaba negando dicha inscripción era discriminatorias pues no se amparaban en la ley.



Recomendaciones

Nuestra normativa nacional acoge el criterio *ius sanguini* para la obtención de la nacionalidad peruana. En específico, son peruanos por nacimiento las personas nacidas en el extranjero que sean hijos de padre o madre peruanos, tras su inscripción en las Oficinas Consulares del Perú cuando el trámite se efectúe en el extranjero, y en la Dirección General de Migraciones y Naturalización cuando dicha gestión se realice en el territorio de la República.

La documentación requerida para iniciar este trámite se encuentra tipificada tanto la Ley N° 26574 – Ley de Nacionalidad como en su Reglamento, el Decreto Supremo 004-97-IN; siendo que, la exigencia de un requisito adicional por parte de la autoridad para, en este caso, un menor venezolano, podría considerarse un trato discriminatorio.

Ninguna de estas normas impone que, para acceder a la condición de peruanos por nacimiento a los nacidos en el exterior, es necesario que sus padres sean, a su vez, peruanos de nacimiento. Por el contrario, basta con que alguno de los progenitores se encuentre válidamente en posesión de la nacionalidad peruana al momento del nacimiento del hijo para poder transmitirle esta¹²⁵; por lo que, una exigencia de esta naturaleza, sería contraria al principio de no discriminación.

Acorde a la normativa internacional, en materia de NNA, este principio salvaguarda que todo NNA sea tratado en condiciones de igualdad sin importar su raza, nacionalidad, idioma, sexo, religión o cualquier otra índole; ya que, el desconocimiento de ello, acarrea la vulneración de sus derechos fundamentales¹²⁶.

Ahora bien, pese a que la normativa peruana en materia de nacionalidad dispone que debe ser el padre o madre peruanos quienes presentan la documentación requerida para dar inicio al trámite, se recomienda que, en atención al interés superior del niño, se adopte un comportamiento estatal diferenciado, garantizando así que el NNA no quede fuera del registro. Asimismo, es preciso señalar que dicho requerimiento podría convertirse en un mecanismo de discriminación indirecta, perjudicando a aquellos menores que si bien son hijos de peruanos se ven imposibilitados de que sus padres de esta nacionalidad sean quienes los inscriban en el registro.

¹²⁵ J. RUDA SANTOLARIA, “Algunas reflexiones en materia de nacionalidad”, *Ius et veritas*, N° 17, 1998, p. 223.

¹²⁶ CORTE IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración...*, cit., párr. 115.

¹²⁷ L. SALOME RESURRECCIÓN, ▶
 “La discriminación y algunos de sus
 calificativos: directa, indirecta, por
 indiferenciación, interseccional (o
 múltiple) y estructural”, Pensamiento
 Constitucional, N°22, 2017, p. 262.

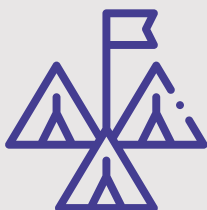
¹²⁸ CORTE IDH, Niñas Yean y Bosico ▶
 vs. República Dominicana, Fondo,
 sentencia del 08 de septiembre de
 2005, serie C N°130, párr. 141.

Al respecto, la discriminación indirecta se configura cuando un tratamiento diferenciado se basa en un motivo aparentemente neutro, pero cuya aplicación tiene un impacto perjudicial e injustificado sobre terceros; por lo que, a diferencia de la discriminación directa, no se presenta de manera explícita, clara o evidente¹²⁷. Así, supuestos como la negativa o imposibilidad del padre de inscribir al menor, acarrearán que el requisito contemplado en la normativa en materia de nacionalidad sobre la presentación de documentos, afecte de forma indirecta a sus menores hijos, quienes no podrán acceder al registro.

Adicionalmente, hemos visto que la Corte IDH ha señalado en el caso de las *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana* que, en contextos de movilidad humana, una política contraria a la igualdad de condiciones para los migrantes, acarrea consecuencias que pueden desencadenar la vulneración de los derechos del niño; por lo que es obligación del Estado *“[C]ombatir las prácticas discriminatorias en todos sus niveles, en especial en los órganos públicos, y finalmente debe adoptar las medidas afirmativas necesarias para asegurar una efectiva igualdad ante la ley de todas las personas”*¹²⁸.

Para el caso específico, la falta de registro de un NNA a causa de una decisión carente de razonabilidad, constituye una vulneración a su derecho a la identidad y, además puede conculcar su derecho a la nacionalidad en aquellos casos en que el menor no puede acceder al reconocimiento de tal condición jurídica por otro Estado. A su vez, el desconocimiento de estos derechos restringe el goce y ejercicio pleno de otras atribuciones y libertades, tales como la educación, la salud, la personalidad jurídica, entre otros.

Sobre esto último, ya hemos mencionado que en observancia del artículo 230 inciso 2 del Reglamento del Decreto Legislativo de Migraciones, es posible la flexibilización de algunos requisitos y etapas del procedimiento cuando se trata de personas que se encuentran en situación vulnerable, como lo son los niños, niñas y adolescentes.



CASO 4: Menores no acompañados

Manolo Jesús de 10 años de edad, ciudadano venezolano, llegó al Perú por el puesto de Control Fronterizo de Aguas Verdes (Tumbes) en compañía de su madrina de primera comunión el 10 de febrero de 2020. La autoridad de Migraciones no le permitió ingresar de manera inmediata al territorio

peruano debido a que su acompañante (cuidadora) no cumplía con los requisitos necesarios para contar con la custodia del menor. El Estado peruano a través del Instituto Nacional de Bienestar Familiar (INABIF) le brindó un cuidado especial mediante una institucionalización en los CAR (Centros de Atención Residenciales), que le otorga alimentación y un techo (carpas) para dormir, mientras esperaba en frontera que su tía de Trujillo venga a buscarlo para poder ingresar al país. Le escribieron a la tía del menor llamada María del Rosario Rojas, pero no obtuvieron respuesta.



Recomendaciones

Como señalamos, el Estado es soberano para diseñar y aplicar sus políticas migratorias, lo que incluye el control migratorio de ingreso y salida de extranjeros del territorio nacional. No obstante, cuando se trata de niños, niñas y adolescentes, tanto la normativa nacional como internacional disponen algunos elementos que deben ser tomados en cuenta.

En general, el Reglamento del Decreto Legislativo de Migraciones es muy incisivo al exigir la presentación de un permiso de viaje de menores de edad para permitir su ingreso al país cuando estos se trasladan sin sus padres. No obstante, para el caso de NNA no acompañados, contempla en su artículo 146 que la autoridad migratoria tiene la facultad de evaluar y disponer el otorgamiento de la calidad migratoria especial para permitir el ingreso del menor no acompañado al territorio peruano.

Adicionalmente, la misma norma dispone en su artículo 136 que el control migratorio de menores en la frontera se efectuará tomando en cuenta las disposiciones del Código de Niños y Adolescentes y la normativa internacional de la cual el Perú es parte, en cuanto a los documentos de viaje y de identidad.

Al respecto, dentro de las garantías contempladas por el Derecho Internacional, se encuentra la prohibición de impedir el ingreso de un niño, niña o adolescente al territorio nacional, sin importar su condición de no acompañados¹²⁹. En ese sentido, los NNA que se encuentren solos o en compañía de un tercero que no está legalmente a cargo de su cuidado –como la madrina en el caso particular– deberán ingresar al país sin que se les exija documentación con la que no cuenten¹³⁰.

¹²⁹ CORTE IDH, Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración..., cit., párr. 83.

¹³⁰ *Ibidem*, párr. 83.

Tras este ingreso, hemos visto que es exigible realizar una evaluación inicial, a fin de determinar las condiciones de vulnerabilidad y necesidad de protección que el menor pudiese presentar, con miras a tomar una decisión que responda a su mejor interés en la situación particular. Para ello, también cobra especial importancia el derecho del niño, niña y adolescente a ser oído y a que sus opiniones sean tomadas en cuenta.

Otro aspecto que también debe considerarse tratándose de menores no acompañados, es el principio de reunificación familiar, siendo que tanto la normativa nacional como internacional contemplan un concepto amplio de familia. Para el caso específico, se menciona que el menor no tiene familiares en el país, más que una tía a la que no han podido contactar.

En atención a ello, se recomienda tomar en cuenta tres posibilidades: i) agotar todos los medios para contactar a la tía u otro familiar del menor, ii) que, en aplicación del mejor interés del niño, se permita a la madrina del menor quedar a cargo de su cuidado; y por otro, que Migraciones realice una labor de cooperación interinstitucional con otras entidades que asuman dicha protección.

¹³¹ CORTE IDH, Derechos y Garantías de niñas y niños en el contexto de la migración... cit., párr. 123.

Respecto a la primera opción, hemos visto que entre las garantías que contempla la normativa internacional, para el caso de NNA no acompañados, la búsqueda de la familia y la reunificación familiar son acciones frente a las cuales el Estado debe agotar todos los medios que se encuentran a su alcance, a menos que ello sea contrario a su interés superior¹³¹.

Por su parte, respecto a la cooperación interinstitucional, el Decreto Legislativo 1350 contempla en su artículo 11 que las autoridades migratorias deberán poner en conocimiento de las autoridades competentes las situaciones de vulnerabilidad en que se encuentren las personas migrantes, para la adopción de las acciones administrativas o jurisdiccionales que correspondan para la protección de sus derechos, en particular las referidas a niños, niñas y adolescentes. En la misma línea, el artículo 229 de su Reglamento contempla que, con miras a otorgarles la protección especial que los menores requieren, deberán comunicarse con instituciones tales como el Ministerio Público, el Poder Judicial, la Policía Nacional del Perú, el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, entre otras.

Para el caso en específico, de no permitirse el cuidado del menor por su madrina, se recomienda a Migraciones poner al niño, niña o adolescente a

disposición del Ministerio de la Mujer y de Poblaciones Vulnerables hasta que concluyan las gestiones que permitan determinar su permanencia o salida del territorio peruano.

Finalmente, es importante recordar que la normativa internacional establece que los NNA no acompañados, además de la vulnerabilidad que los reviste por ser migrantes y niños, se encuentran especialmente indefensos, por lo que es necesario que se asigne un tutor que permita el ejercicio de sus derechos y continuación del proceso migratorio¹³²; circunstancia en la cual también toma relevancia la cooperación interinstitucional de Migraciones, en este supuesto, con el Poder Judicial y la Fiscalía de Familia.

¹³² *Ibidem*, párr. 116. ▶



CASO 5: Trata de personas

Lucila Trinidad, adolescente de 16 años, ingresa al Perú mediante la ruta de paso conocida como “Carpitas” en Tumbes, en marzo de 2019 con su menor hijo de tan solo 3 meses de nacido, ambos de nacionalidad venezolana, cuentan como documento de identificación sólo con sus cédulas de identidad. Lucila no intentó regularizar su situación migratoria, ya que una de las chicas que conoció estando en Perú le dijo que, de acudir ante las autoridades, corría el riesgo de ser expulsada y devuelta a Venezuela. Ella necesitaba ingresos para sobrevivir y mandar dinero a su familia en Venezuela, (su madre enferma y su hermana menor de 5 años), sin embargo debido a su condición de migrante irregular no podía encontrar trabajo. De tanto buscar y preguntar, una señora de nombre Amelia le informó que había una oferta de trabajo en Lima para ser cuidadora de un albergue, trabajo para el cual bastaba con su cédula de identidad, y que no se preocupara por su condición de migrante irregular. Además, le ofreció encargarse del traslado y alojamiento, indicando que estaría muy cerca del albergue para que pudiera trabajar a tiempo completo y cuidar a su menor hijo. Sintiéndose afortunada, aceptó inmediatamente. Sin embargo, al llegar a Lima la encerraron en un prostíbulo, amenazándola con matar a su menor hijo si escapaba. La obligaron a prostituirse durante varios meses, y allí conoció a muchas otras adolescentes venezolanas en situación similar.



Recomendaciones

Conforme a los hechos del caso, y en aplicación del artículo 57 inciso 1 literal a) del Decreto Legislativo 1350, Migraciones tendría la potestad de imponer a Lucila una sanción de salida obligatoria del país, por encontrarse en situación migratoria irregular a causa de su ingreso al país sin realizar el control migratorio y, posteriormente no haber solicitado su regularización.

No obstante, la misma norma contempla en sus artículos 53 y 66 que los niños, niñas y adolescentes no son pasibles de un procedimiento sancionador, ni de sanción administrativa por infracción migratoria; por lo que, al momento en que Migraciones ejerce su facultad sancionadora, en ningún caso podrá aplicar alguna sanción a menores de edad.

En el entendido de que la menor no podrá ser expulsada del país, es necesario evaluar las posibilidades existentes para que regularice su situación en el territorio nacional y pueda incorporarse a la sociedad con documentación que le permita gozar y ejercer sus derechos fundamentales, tomando en cuenta además que es sujeto de trata de personas.

Al respecto, el artículo 11 inciso 2 del Decreto Legislativo 1350 prevé que Migraciones y el Ministerio de Relaciones Exteriores podrán emitir documentos y/o permisos de permanencia temporal o residencia pertinentes a personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad.

En particular, considerando su situación, sería aplicable la calidad migratoria humanitaria, misma que es otorgada por el Ministerio de Relaciones Exteriores a las personas extranjeras que se encuentren en territorio nacional, que no reúnen los requisitos para la protección de asilado o refugiado y se encuentren en una situación de vulnerabilidad, entre otras, por ser víctima de trata de personas o tráfico ilícito de migrantes¹³³. Este permiso puede prorrogarse las veces que sea necesario, mientras duren las condiciones que motivaron su emisión.

El problema para adquirir dicha calidad migratoria es que, pese a que la norma no exige el requisito de la Visa Humanitaria de personas venezolanas y el ingreso regular al territorio nacional haciendo uso del mismo, la Superintendencia Nacional de Migraciones justificó este vínculo a través del Informe 000493-2019- AJ/MIGRACIONES. En específico, señaló que la implementación de la Calidad Migratoria Humanitaria, solo corresponde por

¹³³ Congreso de la República del Perú, Decreto Legislativo N°1350, Decreto Legislativo de Migraciones..., cit.

¹³⁴ Superintendencia Nacional de Migraciones, Informe N°000493-2019- AJ/MIGRACIONES, 2019, p. 3.

medio de la Visa obtenida por la persona cuando se encuentra todavía aún fuera del territorio peruano¹³⁴.

Ello deja un vacío respecto a cuál es el procedimiento que se debe seguir para la obtención del permiso de residencia humanitaria para aquellas personas que, ya estando dentro del territorio nacional, son susceptibles de obtener dicha calidad.

A fin de no dejar a estas personas en estado de desprotección, se recomienda que la Calidad Migratoria Humanitaria se realice siguiendo el espíritu de la admisión humanitaria y observando otras normas dispuestas en el marco de la normativa nacional. Al respecto, es de observancia tanto el artículo 219 como 230 del Reglamento del Decreto Legislativo 1350.

El primer articulado, dispone una medida especial para casos excepcionales, permitiendo a Migraciones expedir permisos temporales de permanencia a favor de las personas extranjeras en estado de vulnerabilidad, a fin de proteger el interés superior de la niña, niño y adolescente, así como los derechos fundamentales reconocidos a su favor en la Constitución Política y en los tratados y convenios internacionales de los cuales el Perú es parte. En el mismo sentido, el artículo 230 dispone que las autoridades migratorias expedirán los documentos y/o permiso temporal de permanencia a las personas extranjeras en situación de vulnerabilidad, previo informe técnico de la unidad orgánica especializada en la materia.





CON CLU SIO NES

1. Dentro del marco internacional, en materia de NNA, resalta el reconocimiento de cuatro principios: i) el interés superior del niño, ii) la reunificación familiar, iii) la no discriminación y iv) el derecho de los menores a ser escuchados. Junto con los principios amparados en el marco internacional para la protección de NNA, la normativa recoge garantías mínimas, tales como el tratamiento prioritario de sus solicitudes, la posibilidad de ser atendido en su propio idioma, así como la atención a menores por parte de personal especializado, las mismas que deben ser observadas desde el primer contacto que se tiene con niños, niñas y adolescentes tras su ingreso al territorio nacional, hasta la regularización de su situación migratoria. Para que ello suceda, es un requisito previo que, en ningún caso, se prohíba el ingreso de un menor.
2. El Estado cuenta con un amplio margen de discrecionalidad para diseñar e implementar sus políticas migratorias; no obstante, normas tales como el Decreto Legislativo 1350 – Decreto Legislativo de Migraciones y su reglamento no pueden transgredir las premisas esenciales contenidas en la Constitución Política del Perú y el Código de Niños y Adolescentes. Estas normas reconocen al principio de interés superior del niño como norma guía en la materia. Junto a este principio, deben considerarse otros tales como la unidad migratoria familiar y la no criminalización de la situación migratoria irregular. En caso de considerarse la aplicación de una sanción administrativa, esta debe ser proporcional y e incluso debe evaluarse la posibilidad de suspender la medida en ciertos casos. Asimismo, debe tomarse en consideración que, en ninguna circunstancia, un menor puede ser sujeto de sanción.
3. La realidad presenta diversos escenarios fácticos, que en muchas ocasiones requieren una aplicación de la legislación nacional a la luz de principios recogidos en el Derecho Internacional y el Derecho Constitucional. Flexibilizaciones en el acceso a ciertos requisitos procedimentales y la cooperación institucional configuran el cumplimiento de la obligación de garantía del Estado para con los derechos a la identidad, la no discriminación, la protección de la familia así como el interés superior del niño.

GLOSARIO

MIGRANTE: toda persona que se encuentre fuera del territorio del que es nacional, sin consideración de su situación migratoria, su intención y su temporalidad. También comprende a las personas apátridas migrantes y a las víctimas de la trata de personas según los definen las legislaciones nacionales y los convenios internacionales pertinentes.

APÁTRIDA: toda persona que no es considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación interna.

NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE: cualquier persona menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

MENOR NO ACOMPAÑADO: cualquier niño, niña o adolescente que viaje no acompañado por alguno de sus progenitores u otros parientes y que no esté al cuidado de un adulto que, por ley o costumbre, ejerza esa responsabilidad.

MENOR SEPARADO: cualquier niño, niña o adolescente separado de uno o de ambos progenitores, o de su tutor legal o cuidador habitual, pero no necesariamente de otros parientes. Estos pueden incluir, por lo tanto, los que estén acompañados por otros familiares adultos.

NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

MIGRANTES: toda persona menor de 18 años que se encuentra fuera de su lugar de origen con la intención de trasladarse a otro lugar para trabajar, reunirse con su familia o cambiar de residencia de forma temporal o definitiva. En ocasiones se les considera como migrantes involuntarios, ya que por lo general no son considerados en los procesos de toma de decisión familiar ni en las políticas socioeconómicas.

ESTATUS MIGRATORIO: la situación jurídica en la que se encuentra un migrante, de conformidad con la normativa interna del territorio en el que se encuentre.

CALIDAD MIGRATORIA: es la condición que otorga un país a un extranjero en atención a su situación personal o por la actividad que va a desarrollar en el territorio nacional, por lo que la obtención de la Calidad Migratoria Especial Residente le permite acceder a derechos como la de inmigrante o de naturalización peruana, al cumplimiento de los plazos y condiciones establecidas como obligatorias, por ley.

TRABAJADOR MIGRANTE

(REGULAR): es la persona que va a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del cual no es nacional, de conformidad con sus leyes internas.

MIGRANTE DOCUMENTADO O EN

SITUACIÓN REGULAR: Persona que se encuentra autorizada a ingresar y/o a permanecer en un país del cual no es nacional, de conformidad con su normativa interna y los acuerdos internacionales que haya adoptado.

MIGRANTE INDOCUMENTADO O EN SITUACIÓN IRREGULAR:

es la persona que no se encuentra autorizada a ingresar y/o a permanecer en un Estado del cual no es nacional, de acuerdo con la normativa vigente, pero que, sin embargo, ingresa y/o permanece en el mismo.

TRATA DE PERSONAS: el reclutamiento, transporte, traslado, acogida o recepción de personas por medio de amenaza, uso de la fuerza u otras formas de coacción, raptó, fraude, engaño, abuso de poder o abuso frente a una situación de vulnerabilidad, o la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra con fines de explotación. La explotación incluye, como mínimo, la prostitución de otras personas u otras formas de explotación sexual, trabajos o servicios forzosos, esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, servidumbre y la extracción de órganos¹³⁵.

¹³⁵ CIDH, Principios Interamericanos sobre los Derechos Humanos de todas las Personas Migrantes..., cit., p. 4.



CONTACTO

Centro de Integración Perú-Venezuela

centrodeintegracion@ucsp.edu.pe

+51 937 757 109

Calle Cesar Vallejo 300-A, Umacollo, Yanahuara, Arequipa



Centro de Integración Perú-Venezuela





Universidad Católica
San Pablo



ISBN: 978-612-4353-48-2



9 786124 353482