

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BAJA CALIFORNIA
FACULTAD DE DERECHO
Maestría en Ciencias Jurídicas



**Menores no acompañados ante la migración en el
sistema moderno mexicano**

Trabajo terminal que para obtener el grado de maestría presenta:

María del Rosario Contreras Ramos

Directora:

M.D. Martha Patricia Bórquez Domínguez

Tijuana, Baja California

20 de abril de 2017.

DEDICATORIA

A Dios por su infinito amor.

A mi madre por enseñarme el don de la perseverancia y heredarme su fortaleza.

A las Doctoras Gloria Puente Ochoa y María del Refugio Macías Sandoval, por creer en mí.

A Jorge Cristiani por motivarme a hacer esta maestría.

A Cisco y Noche por su amor y lealtad, a mis hijos.

A mis amigos por su apoyo y tolerancia.

A todos esos niños que dejaron los juguetes para convertirse en adultos y emprendieron la búsqueda de un mundo mejor, apostando la vida segundo a segundo, para ellos quienes llevan como bagaje tan solo la esperanza...

Índice

Abreviaturas utilizadas -----	7
Resumen -----	8
Introducción -----	9

Capítulo 1

La situación de la migración de los menores no acompañados

1.1. Antecedentes históricos de la migración en México-----	14
1.2. La problemática enfrentada por los MNA bajo distintos conceptos-----	17
1.3. Motivación de la migración de los menores no acompañados-----	23
1.4. Riesgos a los que están expuestos los menores no acompañados -----	24
1.5. Porcentaje de menores no acompañados en el 2015-----	27
1.6. Instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos de los menores no acompañados en el contexto de la migración-----	28
1.7. Trato diferenciado de los menores nacionales y extranjeros-----	30

Capítulo 2

Principios en materia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes

2.1. Tratado Internacional de los Derechos del Niño	
2.1.1. Principio de interés superior del niño-----	35
2.1.2. Principio de unidad familiar-----	40
2.1.3. Principio de no discriminación-----	43
2.1.4. Principio de no devolución-----	45
2.2. Derechos dentro del marco del Tratado Internacional sobre los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes	
2.2.1. Derecho a la vida, la supervivencia y al desarrollo-----	47
2.2.2. Derecho a la protección contra la violencia-----	50

2.2.3. Derecho a la nacionalidad, libertad de circulación y asilo	
2.2.3.1. Derecho a la nacionalidad-----	53
2.2.3.2. Derecho a la libertad de circulación-----	56
2.2.3.3. Derecho al asilo o refugio-----	58
2.2.3.4. Garantías procesales mínimas-----	60
2.2.3.5. Criterios para la toma de decisión acerca de solicitudes de refugio de los MNA-----	61
2.2.3.6. Permanencia en el país de acogida/ país de asilo o refugio-----	62
2.2.3.7. Reagrupación familiar-----	62
2.2.3.8. Integración-----	63
2.3. Garantía del debido proceso-----	64

Capítulo 3

Efectos de la repatriación en el fenómeno de la migración de los menores no acompañados nacionales y el retorno asistido en los extranjeros

3.1. Medidas necesarias para el trato de menores no acompañados	
3.1.1. Evaluación y medidas iniciales-----	69
3.1.2. Nombramiento de tutor, asesor y representante legal-----	71
3.1.3. Atención y alojamiento-----	77
3.2. La preponderancia en garantizar los derechos sociales y de seguridad de los menores no acompañados	
3.2.1. Pleno acceso a la educación-----	79
3.2.2. Derecho al disfrute del más alto nivel de salud y a servicios para el tratamiento de enfermedades y la rehabilitación de la salud-----	82
3.2.3. Prevención de la trata, la explotación sexual y de otra naturaleza, así como de los malos tratos y la violencia-----	86

Capítulo 4

Comparativa jurídica entre México y España respecto de los menores extranjeros no acompañados

4.1. Concepto de derecho comparado-----	91
---	----

4.2. Normativa Jurídica sobre los MENA en México	
4.2.1. Legislación del Estado mexicano y el trato dado a los MENA-----	92
4.2.2. Los Oficiales de Protección a la Infancia (OPI)-----	95
4.2.3. Derecho a la educación de los MENA en el Estado mexicano-----	104
4.2.4. Protocolo para el aseguramiento, alojamiento y retorno asistido de los MENA en el Estado mexicano-----	105
4.3. Normativa jurídica sobre los MENA en España	
4.3.1. Legislación del Estado español y el trato dado a los MENA-----	108
4.3.2. Fijación de la minoría de edad de los MENA en el Estado español--	110
4.3.3. La situación de desamparo y la emancipación de los MENA en el Estado español -----	111
4.3.4. Derecho a la educación de los MENA en el Estado español-----	114
4.3.5. Proceso de investigación del Estado español a los MENA-----	115
4.3.6. Acuerdos de repatriación entre el Estado español y los países de origen de los MENA-----	116
4.3.7. Entrada en escena de la Unión Europea respecto de los MENA-----	119
4.4. Comparativa del trato de los MENA entre México y España	
4.4.1. Derechos fundamentales de los MENA en las constituciones de los Estados mexicano y español-----	120
4.4.2. Trato a los MENA en la Ley de Extranjería española y la Ley de Migración mexicana-----	121
4.4.3. Fijación de la minoría de edad en el Estado mexicano y español-----	123
4.4.4. Atención a la vulnerabilidad y desamparo de los MENA en los Estados mexicano y español-----	124
4.4.5. Educación de los Mena desde la perspectiva de los Estados mexicano y español-- -----	126
4.4.6. Repatriación de los MENA en el Estado mexicano y español-----	128

Capítulo 5

Caso del menor de edad Edgar V.: la desatención del interés superior del niño al solicitar asilo

5.1. Caso de estudio-----	132
5.2. Descripción del caso-----	133
5.3. Desarrollo del caso-----	135
5.4. Omisiones del Estado mexicano en el caso Edgar V.-----	136
5.5. Acciones que debió tomar el Estado mexicano en el caso Edgar V.-----	143
5.6. Conclusión-----	144
Conclusiones -----	146
Bibliografía -----	155
Apéndices: Entrevistas -----	164
1. Entrevista realizada a la Lic. Minerva Nájera Nájera de la Jefatura de Enlace Legislativo de la Comisión Estatal de Derechos Humanos-----	164
2. Entrevista Realizada al Lic. Roberto Rendón Sánchez, Encargado del Módulo de Atención a Menores Migrantes-----	170
3. Entrevistada realizada a la Maestra Aidé Nereida Rosales Márquez, Subdirectora de Protección a Migrantes-----	173
4. Entrevista Realizada al Lic. Marte Antonio Camacho Solano, subdelegado local del INM-----	176
5. Entrevista Realizada al Uriel González Pérez, Coordinador General de Casas YMCA de Menores Migrantes-----	179

Abreviaturas utilizadas

- ACNUR** Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados
- CDN** Convención sobre los Derechos del Niño
- CEDAW** Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer
- CNDH** Comisión Nacional de los Derechos Humanos
- COMAR** Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados
- CTTMF** Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares
- DIS** Determinación del Interés Superior
- DUDH** Declaración Universal de los Derechos Humanos
- et.ál.* et álli (y otros)
- Ibíd* *Ibídem* (en el mismo lugar)
- INM** Instituto Nacional de Migración
- LFPDE** Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación
- LGP** Ley General de Población
- LPDNNA** Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes
- LRPC** Ley Sobre Refugiados y Protección Complementaria
- MNA** Menores no Acompañados
- MENA** Menores Extranjeros no Acompañados
- NNA** Niños, niñas y adolescentes
- OACNUDH** Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos
- OEA** Organización de Estados Americanos
- OIM** Organización Internacional para las Migraciones

ONU Organización de las Naciones Unidas

OPI Oficiales para la Protección de la Infancia

UNICEF Fondo de Naciones Unidas para la Infancia

Resumen

Este trabajo tiene como objetivo analizar la migración de los menores no acompañados, los cambios que presenta desde el punto de vista histórico, las causas que los motivan a enfrentar la migración con todos sus riesgos y amenazas que representa para los niños, niñas y adolescentes que por alguna razón viajan sin la compañía de sus padres o de un adulto que los proteja, pueda cuidarlos y representarlos.

Se analizaron diversos instrumentos jurídicos de protección para los menores no acompañados, tanto nacionales como internacionales, los derechos de los que pueden disfrutar y quiénes se encuentran obligados a hacerlos efectivos en pos del bienestar y de la protección del interés superior del niño, directriz bajo la cual deben actuar las autoridades en el Estado mexicano en tratándose de menores, pues ello implica que el desarrollo del niño y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser criterios rectores en cualquier toma de decisiones.

Se comparó el trato que se da a los MENA en el Estado mexicano y español y se encontraron semejanzas en la forma de repatriación, pues ambos países desestiman el interés superior del menor al retornarlos a sus países de origen, se analizaron las medidas que las autoridades deben tomar para darles un trato adecuado; acuerdos que se han firmado con los Estados de origen de los menores, las fallas de ambas naciones, la manera cómo han enfrentado la problemática de la migración en el contexto de los MENA, tomando en cuenta recomendaciones, directrices, observaciones, manuales, protocolos, convenciones, tratados, leyes e informes de la ONU, UNICEF, ACNUR, SAVE THE CHILDREN, CNDH.

Se agrega el estudio de caso de Edgar V., joven hondureño que fue repatriado a su país de origen por el Estado mexicano sin tomar en cuenta el interés superior del menor; se analizaron leyes, tratados y convenciones que fueron inaplicadas en su caso; se aportaron sugerencias y recomendaciones para las autoridades para un mejor trato a los MENA.

Introducción

1. Planteamiento

En 2015 el número de migrantes irregulares menores de edad que se introdujeron a México y que fueron presentados al Instituto Nacional de Migración (INM) fue de 35,704, cifra que superó en un 55% la del año previo y con creces a las reportadas de 2011 a 2013. En 2014 se repatriaron de Estados Unidos a México 14,339 menores nacionales, de los cuales el 84.13% eran menores no acompañados.¹

Los menores que no cuentan con la compañía de sus padres o de un adulto, enfrentan la problemática de no tener quien los proteja o represente y al ser menores de edad no pueden tomar decisiones por sí, por desconocer la trascendencia e importancia de éstas.

Al ser detenidos padres e hijos indocumentados por las autoridades migratorias de Estados Unidos, los progenitores se ven forzados a decir que viajan solos pues de lo contrario se les inicia proceso judicial por tráfico de personas, ello trae como consecuencia, que los padres se vean forzados a separarse de los hijos y éstos últimos sean recluidos en albergues para menores, para con posterioridad ser repatriados a sus países de origen sin la

¹ Secretaría de Gobernación unidad de política migratoria, *Menores migrantes en México, Resumen estadístico mensual, Menores mexicanos devueltos por Estados Unidos por grupo de edad y sexo, 2011-2015*, diciembre 2015, pp. 7-8, en línea: http://www.politicamigratoria.gob.mx/work/models/SEGOB/CEM/PDF/Estadisticas/Medidas_de_facilitacion_migratoria/H_2010_2013/En%20Foco%2024122015.pdf, (última visita 20 de noviembre de 2016).

compañía de sus padres, en repetidas ocasiones los obligan a firmar (las autoridades migratorias estadounidenses) un documento donde renuncian a la designación de un abogado y optan por la repatriación.

En el proceso de retorno a México, sin la compañía de sus padres o de un adulto que los proteja, las autoridades migratorias de los Estados Unidos los dejan del lado mexicano al cruzar la frontera, cuando se trata de menores que no traen documentos para acreditar su edad y que aparentan contar con 18 años, sin que ninguna autoridad mexicana los reciba o tengan un representante.

De esta descripción, se deriva la pregunta central de esta investigación:

¿Qué se requiere para que a los menores no acompañados en los procesos migratorios no les sean vulnerados sus derechos humanos tales como desestimar el interés superior del menor, ser sujetos de explotación sexual, a ser privados de su libertad, a omitir ser protegidos de todo abuso, maltrato, discriminación o explotación y a que les sean otorgados cuidados especiales a los menores que se encuentran en estado de vulnerabilidad?

De esta pregunta, se desprenden las siguientes:

- a. ¿Cómo se definen los derechos de los menores no acompañados en los procesos migratorios?
- b. ¿Qué autoridades están obligadas a brindarles protección y representación?
- c. ¿Qué mecanismos hay que implementar para proteger a los menores no acompañados en los procesos migratorios?
- d. ¿Cómo se regula la migración en la normativa del derecho mexicano y español en lo que concierne los menores no acompañados?

2. Objetivos

2.1 Objetivo general

Precisar elementos que puedan incluirse como políticas públicas o mecanismos de defensa y protección de los derechos de los menores no acompañados en la migración.

2.2 Objetivos específicos

a. Caracterizar, desde el punto de vista jurídico, los derechos humanos de los menores no acompañados que principalmente son vulnerados en el proceso migratorio, sugerir medidas para evitar vulnerar esos derechos.

b. Precisar qué autoridades tienen la función de proteger los derechos de los menores no acompañados y de representarlos ante las instancias correspondientes.

c. Describir los mecanismos y procedimientos jurídicos tendientes a la protección de los derechos de los menores no acompañados.

d. Analizar la normativa internacional y la comparada del derecho mexicano y español en relación con los mecanismos, procedimientos de defensa y protección de los menores no acompañados en la migración.

3. Justificación

En repetidas ocasiones a los niños, niñas y adolescentes en su calidad de migrantes, les son violentados sus derechos humanos por diversas autoridades, no solo las migratorias; éste trabajo se refiere a los menores no acompañados y la problemática que enfrentan en los procesos de migración en donde pueden verse inmersos en la repatriación, asilo o refugio, y se realiza para evidenciar que existen algunas violaciones de derechos humanos dirigidas a los menores no acompañados como es la desatención del interés superior del menor, la explotación sexual, que hay omisiones de las autoridades a que sean protegidos de todo abuso, maltrato, discriminación o explotación y a que les sean otorgados cuidados especiales a los menores que se encuentran en estado de vulnerabilidad; el fin del presente trabajo es, aportar elementos suficientes a las autoridades no solo migratorias, para crear convicción de que es necesario implementar mecanismos tendientes a protegerlos; suministrar a la legislatura federal los elementos suficientes para que pueda crear mecanismos legales donde se establezca de manera clara y precisa los procedimientos para mantener en libertad a los menores extranjeros no acompañados que soliciten asilo o refugio, supervisar y monitorear a los funcionarios de migración para reducir la

corrupción (extorción, abuso físico, sexual y la discriminación) en contra de los menores no acompañados en lamigración.

4. Hipótesis

Se requiere que el Instituto Nacional de Migración, al recibir a los menores no acompañados, en el proceso migratorio, determine la condición de menor no acompañado; que los separe inmediatamente de los adultos; que en el caso de los extranjeros cuando soliciten refugio o asilo, no sean privados de su libertad en tanto se hace la declaratoria de refugiado; que la autoridad migratoria se comunique a la brevedad posible con la familia del menor; que indague mediante entrevista al menor el motivo, la causa o la razón por la cual se encuentran en la estación migratoria y que se garanticen los derechos de libertad, de libertad de expresión y de seguridad del menor no acompañado, tomando como directriz el interés superior del menor.

5. Metodología

La metodología utilizada en este trabajo de investigación se basó en bibliografía de distintos autores, tratados de derechos humanos, recomendaciones de la ONU, UNICEF, SAVE THE CHILDREN, Alto Comisionado de las Naciones Unidas, Tratados Internacionales, Convenciones, Constitución y Leyes como son: Naxhelli Ruiz Rivera, Derecho Internacional de los Derechos Humanos Normativa, Jurisprudencia y Doctrina de los Sistemas Universal e Interamericano, primera y segunda parte, Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño, Manual de Aplicación de la Convención de los Derechos de los Niños, ACNUR Declaración de Buenas Prácticas, SAVE THE CHILDREN Líneas Directrices de las Modalidades de Cuidados Alternativos de los Niños, Ley de Migración.

Se complementó con entrevistas realizadas al Lic. Marte Antonio Camacho Solano, Subdelegado Local del INM; Lic. Minerva Nájera Nájera, de la Jefatura de Enlace Legislativo de la Comisión Estatal de los Derechos Humanos de Baja

California; Maestra Aidé Nereida Rosales Márquez, Subdirectora de Protección a Migrantes; Lic. Roberto Rendón Sánchez, Director de la Estancia DIF Estatal; y del C. Uriel González Pérez, Coordinador General de Casas YMCA de Menores Migrantes.

El trabajo consta de cinco capítulos y contienen: en el primero, la evolución de la migración en México, las causas que motivan a los menores a migrar sin la compañía de sus padres o de un adulto, pudiendo ser éstas la mejora de su economía, reunificarse con su familia o la autoprotección; el segundo, los principios que deben regir en tratándose de menores como es el interés superior del niño; el tercero, medidas que las autoridades deben tomar en cuenta como es el nombramiento de tutores y asesores legales, el cumplimiento de obligaciones como son cuidarlos y protegerlos del delito de la trata de personas, explotación sexual, malos tratos y violencia; el cuarto, en él se hace una comparativa jurídica entre México y España respecto de los menores extranjeros no acompañados, de las legislaciones aplicables y derechos con que cuentan y si estos son respetados, cómo se hace la declaratoria de la minoría de edad y los procedimientos para fijarla, así como la situación de desamparo que maneja el Estado español; en el quinto, se hace un estudio de caso de un joven hondureño que el Estado mexicano lo repatrió a su país de origen sin respetar el interés superior del menor.

Se concluye que los países receptores de niños, niñas y adolescentes migrantes deben tomar en cuenta el interés superior del menor antes de tomar cualquier decisión; se recomienda que tanto los países receptores como los de origen deben hacer un esfuerzo conjunto para mitigar los efectos de la migración interviniendo los tres niveles de gobierno, los primeros ayudando y reinsertando a los menores a la sociedad y los segundos creando más fuentes de trabajo, acabar con el crimen organizado y la impunidad, incentivando a las economías extranjeras para que inviertan en sus países y así crear fuentes de trabajo y evitar la migración.

Capítulo 1

La situación de la migración de los menores no acompañados

La migración en México es un fenómeno que dio inicio en el siglo pasado, la cercanía con Estados Unidos y la deficiente economía han motivado que familias en distintos Estados se vean obligadas a migrar, incluyendo a menores de edad quienes por diversas causas pueden hacerlo solos; la globalización es un tema que ocasiona más migración en el mundo porque ahora se tiene acceso a mayor comunicación entre culturas, la migración puede ser forzada o voluntaria, y el hecho que niños, niñas o adolescentes migren sin la compañía de sus padres les crea un estado de vulnerabilidad que los pone en peligro constante; independientemente de que quienes utilizan la migración sea como parte de una estrategia de supervivencia familiar; búsqueda de metas personales; en busca de sus padres para conservar la unidad familiar; para conseguir independencia; como parte de un proceso de transición hacia la vida adulta; escapar del abuso y/o la violencia en el hogar; huir de grupos delincuenciales o bien escapar de un matrimonio a temprana edad.

1.1. Antecedentes históricos de la migración en México

La migración en México no es un fenómeno nuevo, se originó en el siglo pasado, con el expansionismo americano, cuando a México le fue arrebatado el 119% del territorio actual como resultado del tratado de Guadalupe Hidalgo

celebrado el 19 de mayo de 1848,² lo que inició en 1837 con la secesión de Texas.

Tras una guerra con Estados Unidos, México perdió los estados de Texas, Nuevo México, la Alta California y su territorio al norte del río Bravo.³

La migración de mexicanos al país del norte se intensificó a fines del siglo XIX e inicios de siglo XX, cuando el régimen porfirista entró en crisis debido a que el sector agrícola generaba poca producción de alimentos, por lo que era imposible ocupar la fuerza de trabajo en proporción a su crecimiento. Durante los años de 1877 a 1911, el proceso de desarrollo del país, se vinculó de forma importante con el exterior, impulsado por las inversiones extranjeras, en la explotación minera y en la construcción de una infraestructura ferrocarrilera.⁴

De 1880 a 1890, terratenientes norteamericanos desplazaban contratistas al norte de México, en busca de campesinos y obreros, ya para 1911, agentes reclutadores de empresas de ferrocarriles y minas norteamericanas eran enviados a conseguir obreros mexicanos, así mismo los dueños de grandes siembras de algodón de Texas, trataban de atraer mano de obra mexicana; los dueños de las plantaciones de azúcar de remolacha, hacían esfuerzos para atraer obreros mexicanos por la mano de obra barata.

A principios del siglo XX, los trabajadores mexicanos constituían una fuerza laboral fundamental en los ferrocarriles norteamericanos. Sin embargo, la mayor parte de ellos ocupaba los trabajos peores y más humildes. Los trabajadores mexicanos laboraron en las minas de carbón de piedra de Colorado y de Nuevo

² SOBERANES, José, Juan Vega, *El tratado de Guadalupe Hidalgo*, p.19, en línea: Referencia incompleta http://www.fmmeduacion.com.ar/Historia/Documentoshist/1848Tratado_GuadalupeHidalgo.pdf, (última visita 23 de septiembre de 2016).

³MERCADO, Horacio, Marisol Palmerín, *Causas y consecuencias de la migración de mexicanos a Estados Unidos de América*, Biblioteca virtual de derecho, economía y ciencias sociales, en línea: <http://www.eumed.net/libros-ratis/2009c/597/ANTECEDENTES%20HISTORICOS%20DE%20LA%20MIGRACION.htm>, (última visita 25 de abril de 2016).

⁴VEREA, Mónica, *Entre México y Estados Unidos: Los Indocumentados*, México, Ediciones El Caballito, S.A., 1982, p. 107.

México, desempeñaban los trabajos más peligrosos, más sucios y los peor pagados.⁵

Otro motivo de la migración fue la demanda estadounidense de trabajadores mexicanos durante la Primera Guerra Mundial. Los agricultores estadounidenses, pidieron a su gobierno un programa de contrataciones a corto plazo y así ingresaron 70,000 trabajadores mexicanos, a este programa se le denominó Programa de Trabajadores Temporales o Primer Programa Bracero. En los años que de 1917 a 1921, también fueron requeridos obreros para que trabajaran en la reparación y mantenimiento del sistema ferroviario.

En materia de protección a los trabajadores migrantes en Estados Unidos, puede decirse que nunca en la historia de más de 100 años del fenómeno migratorio de México a Estados Unidos, un Presidente mexicano le concedió prioridad a la protección de mexicanos en el extranjero, como lo hizo el Presidente Álvaro Obregón, al inicio de los veinte.

Las constantes quejas de los trabajadores mexicanos en Estados Unidos, por los atropellos a sus derechos laborales motivó al gobierno mexicano en 1920, a expedir un modelo de contrato con las garantías que otorga el artículo 123 constitucional. Se exigía a los empleadores norteamericanos que el trabajador tuviera derecho de llevar con él a su familia durante el tiempo de su contrato. No se permitía la salida de ningún trabajador hacía Estados Unidos sin un contrato escrito, firmado por un oficial de Migración, en el que se especificara el salario que recibiría, horario y lugar de destino.

Una vez entrada la Segunda Guerra Mundial se incrementó nuevamente la emigración mexicana a Estados Unidos, debido a la necesidad de aumentar la producción, con motivo de que ese país tenía su fuerza productiva en la guerra, para ello se diseñó el Programa Bracero, buscando sustituir la mano de obra norteamericana que se encontraba ocupada.⁶

El Programa Bracero inició en 1942, creó miles de contratos para las agroindustrias estadounidenses. Este programa se mantuvo con ciertas

⁵Ibid.

⁶Ibid., p.22.

dificultades hasta el 31 de diciembre de 1964, cuando la administración del Presidente Kennedy, lo hizo concluir definitivamente. Al finalizar este, no volvió a haber más acuerdos similares entre ambos países.⁷

Actualmente los niños, niñas y adolescentes también forman parte de los flujos migratorios en el mundo. Se calcula que 33 millones de los migrantes internacionales tienen menos de 20 años de edad, lo que representa 15 por ciento del total de la población migrante internacional. De estos, aproximadamente 11 millones (33 por ciento) tiene entre 15 y 19 años; 9 millones (26 por ciento), entre 10 y 14 años; 7 millones (22 por ciento), entre 5 y 9 años, y 6 millones (18 por ciento), entre 0 y 4 años.⁸

1.2. La problemática enfrentada por los menores no acompañados (MNA) bajo distintos conceptos

A través de las **pagina** de este trabajo se utilizará un sinnúmero de conceptos que definen las diversas situaciones que pueden enfrentar los (MNA), pues al no tener consigo a sus padres, parientes o un tutor quien los proteja pueden verse amenazados por múltiples peligros al encontrarse solos y vulnerables.

En múltiples estudios de la niñez migrante, se utilizan varios términos para referirse a los niños, niñas y adolescentes (NNA). En ocasiones se refieren a *menores migrantes no acompañados*, en otras a *niños y niñas migrantes no acompañados*, o bien ambos como sinónimos. El Programa de Menores no Acompañados en Europa prefiere utilizar el término de *menores “separados”*, en vez de *“no acompañados”*, pues a juicio de los directivos de ese programa se define mejor el principal problema que están afrontando los menores, es decir, se encuentran sin los cuidados y la protección de sus padres y de su tutor legal y

⁷MERCADO, Horacio, Marisol Palmerín, *op.cit.*,p.100.

⁸ UNICEF, *Children, adolescents and migration: Filling the evidence gap*, Houston USA, UNICEF, UNDP, University of Houston, 2010, pp.3-4.

como consecuencia sufren a nivel social y psicológico los efectos de esa separación.⁹

Los principales conceptos que definen los estados o las distintas situaciones que pueden enfrentar los MNA son los que a continuación se refieren:

Se entiende por "**niños no acompañados**" llamados también "menores no acompañados", de acuerdo con la definición del artículo 1 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, a los menores que están separados de ambos padres y otros parientes y no están al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumbe esa responsabilidad.¹⁰

Se entiende por "**niños separados**", en el sentido del artículo 1 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, a los menores separados de ambos padres o de sus tutores legales o habituales, pero no necesariamente de otros parientes. Por tanto, puede tratarse de menores acompañados por otros miembros adultos de la familia.¹¹

Se entiende por "**niño**", para los efectos del artículo 1 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, a "todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad". Ello quiere decir que los instrumentos legales que rigen la situación de los menores dentro del territorio del Estado no pueden definir al niño de una manera que se aparte de las normas que determinan la mayoría de edad en ese Estado.

Salvo indicación en contrario, los principios que se recogen a continuación se aplican por igual a los menores no acompañados y a los separados de sus familias.

⁹RAMÍREZ, Silvia, Jorge O García, Rocío Gabriela Núñez, Perla Jazmín Enciso, *Más allá de la frontera, la niñez migrante: Son las niñas y niños de todos*. Estudio exploratorio sobre la protección de la niñez migrante repatriada en la frontera norte, México, Caminos Posibles S.C., Capacitación y Desarrollo, Sedesol, Indesol, 2009, p.23.

¹⁰ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre los Derechos del Niño, Observación general 6*, párrafo 61, 2005, p.6, en línea <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3886.pdf?view=1>, (última visita 26 de abril 2016).

¹¹ NACIONES UNIDAS, *Convención Sobre los Derechos del Niño, Observación general número 6*, 2006, p.6.

Por "**extranjero**" el artículo 3 fracción XI de la Ley de Migración, lo define como la persona que no padece la calidad de mexicano, conforme a lo previsto en el artículo 30 de la Constitución.¹²

Se entiende por "**país de origen**" el país de nacionalidad o, en el supuesto del apátrida, el país de residencia habitual del menor.¹³

¿Quién es un menor no acompañado y cuáles son sus siglas? Es una persona menor de 18 años que se encuentra separada de ambos padres y no está bajo el cuidado de ningún adulto que por ley o costumbre esté a su cargo, y son sus siglas **MNA**.¹⁴

Acorde al artículo 3 del Protocolo de Palermo "**trata de personas**" se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá como mínimo, la utilización de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.¹⁵

La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará "trata de personas" incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del artículo en cita.¹⁶

Por lo que respecta a la *explotación sexual de niños, niñas y adolescentes*. La **explotación sexual** es todo tipo de actividad en que una persona usa el

¹²Diario Oficial de la Federación del 30 octubre de 2014.

¹³ *Ibíd.*

¹⁴ Agencia de la ONU para los refugiados, *Los menores no acompañados y la protección del asilo*, en línea: <http://www.acnur.org/t3/a-quien-ayuda/ninos/los-menores-no-acompanados-y-la-proteccion-del-asilo/>, (última visita 25 de abril de 2016).

¹⁵*Protocolo de Palermo*, artículo 3, Diario Oficial de la Federación, 10 de abril de 2003.

¹⁶*Ibíd.*

cuerpo de un niño, niña o adolescente para sacar ventaja o provecho de carácter sexual, basándose en una relación de poder.¹⁷

En el rubro de *explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes*. La **explotación sexual comercial** supone la utilización de las personas menores de 18 años de edad para relaciones sexuales remuneradas, pornografía infantil y adolescente, utilización de niños, niñas y adolescentes en espectáculos sexuales, donde exista además un intercambio económico o pago de otra índole para la persona menor de edad o para un tercero intermediario.¹⁸

La explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes incluye:

- **Las actividades sexuales o eróticas remuneradas con personas menores de edad:** No se restringe a las relaciones coitales, sino que incluye también cualquier otra forma de relación sexual o actividad erótica que implique acercamiento físico-sexual entre la víctima y el explotador.¹⁹
- **La pornografía infantil y adolescente:** Incluye las actividades de producción, distribución, divulgación por cualquier medio, importación, exportación, oferta, venta o posesión de material en el que se utilice a una persona menor de dieciocho años o su imagen en actividades sexuales explícitas, reales o simuladas o la representación de sus partes genitales con fines primordialmente sexuales o eróticos.²⁰
- **Los espectáculos sexuales:** Consisten en la utilización de personas menores de edad, con fines sexuales o eróticos en exhibiciones o en espectáculos públicos o privados o simuladas o la representación de sus partes genitales con fines primordialmente sexuales o eróticos.²¹

¹⁷UNICEF, *Conceptos básicos sobre explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes*, Adaptado de la Declaración del Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de los Niños, Estocolmo, Suecia, junio de 1996, p. 1, en línea: <http://www.unicef.org/lac/1.conceptosbasicos.pdf>, (última visita 29 de agosto de 2016).

¹⁸*Ibid.*, p. 1.

¹⁹UNICEF, *Conceptos básicos sobre explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes*, (hojas informativas de la reunión de seguimiento del II Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes –América Latina y el Caribe-, San José, Costa Rica, mayo 2004, pp. 1 - 2, en línea: <http://www.unicef.org/lac/1.conceptosbasicos.pdf>, (última visita 29 de agosto de 2016).

²⁰*Ibid.*

²¹*Ibid.*

Maltrato Infantil, UNICEF²² define como víctimas de maltrato y abandono a aquellos niños, niñas y adolescentes de hasta 18 años que “sufren ocasional o habitualmente actos de violencia física, sexual o emocional, sea en el grupo familiar o en las instituciones sociales”.

Dentro del grupo familiar se distinguen los siguientes tipos de maltrato: Físico, emocional o sexual.

- El maltrato puede ser: Activo o pasivo.
- El maltrato activo: Abuso físico, maltrato emocional o abuso sexual.
- El maltrato pasivo: Abandono físico o abandono emocional.

Maltrato físico: Toda agresión que puede o no tener como resultado una lesión física, producto de un castigo único o repetido, con magnitudes y características variables.

Maltrato emocional: El hostigamiento verbal habitual por medio de insultos, críticas, descréditos, ridiculizaciones, así como la indiferencia y el rechazo explícito o implícito hacia el niño, niña o adolescente. También se incluye el rechazo, el aislamiento, aterrorizar a los niños o niñas, ignorarlos y corromperlos.

Abandono y negligencia: Se refiere a la falta de protección y cuidado mínimo por parte de quienes tienen el deber de hacerlo y las condiciones para ello. Existe negligencia cuando los responsables de cubrir las necesidades básicas de los niños no lo hacen.²³

Discriminación: El concepto de discriminación alude a la operación del conocimiento, que permite diferenciar una cosa de otra a partir de la identificación de diferencias. En el mismo sentido, la indiscriminación –o no discriminación– sería la operación mediante la cual las diferencias son abstraídas y resultan invisibles. La discriminación, entonces, no es un concepto intrínsecamente

²² UNICEF, significa Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, en inglés *United Nations Children's Fund*, y es un organismo de la Organización de las Naciones Unidas. UNICEF tiene como objetivo promover la defensa de los derechos de los niños, suplir sus necesidades básicas y contribuir a su desarrollo.

²³ UNICEF, *Maltrato infantil en Chile*, Chile, UNICEF Responde, pp. 1-3, en línea: http://www.unicef.cl/archivos_documento/18/Cartilla%20Maltrato%20infantil.pdf, (última visita 30 de agosto de 2016).

negativo, pero suele adquirir esa valoración cuando se utiliza, en el lenguaje cotidiano, concretamente en el jurídico, para describir las relaciones entre individuos o grupos humanos, que sí se hallan intrínsecamente atravesados por una desigual distribución del poder. Es en este contexto donde el concepto de discriminación entra en tensión con el concepto de igualdad, en la multiplicidad de principios fundamentales de los derechos humanos.²⁴

Existen muchos tipos de discriminación. Los más habituales se dan por razones de:

- **Género:** Se cree que el infanticidio de género, el aborto, la desnutrición y el abandono constituyen la explicación a los casos de mujeres "desaparecidas" -entre 60 y 100 millones- existentes en todo el mundo. El 90% de los jóvenes que trabajan en el servicio doméstico son niñas de edades comprendidas entre los 12 y 17 años.
- **Discapacidad:** Existen en el mundo entre 120 y 150 millones de niños y jóvenes con discapacidades. Se estima que menos del 2% de estos niños y niñas asisten a la escuela. Es urgente y prioritario investigar más acerca de cuestiones como el embarazo y el contagio de enfermedades de transmisión sexual entre los adolescentes discapacitados, lo verdaderamente preocupante es la realidad de estos niños y niñas. Por ejemplo, en Estados Unidos, la incidencia de casos de VIH/SIDA entre la comunidad de deficientes auditivos es el doble que entre la población general. Un 20% de todos los niños y niñas que viven internados en instituciones en Europa del este, la Unión de Estados Independientes de la antigua Unión Soviética y las Repúblicas Bálticas son discapacitados.
- **Etnia y raza:** En Bulgaria, en 1997, el 16% de la población perteneciente a la minoría rumana no había concluido su educación primaria, en contraste con el 3% de la población general. En Rumania, la proporción era del 43% frente al 12 %.

²⁴UNICEF, *Discriminación en las instituciones de cuidado de niñas, niños y adolescentes, Institucionalización y prácticas discriminatorias en Latinoamérica y el Caribe*, Buenos Aires, RELAF, UNICEF, 2013, p 11, en línea: <http://www.unicef.org/lac/Discriminacion.pdf>, (última visita 30 de agosto de 2016).

- **Casta:** Se estima que 250 millones de personas padecen discriminación por haber nacido en el seno de una casta marginada (una clase social). En India, la mayoría de los 15 millones de niños y niñas que trabajan en condiciones de servidumbre pertenecen a las castas inferiores.
- **VIH/SIDA:** En algunos centros educativos de Mumbai, India, los niños y niñas pobres son sometidos a la prueba del VIH en el momento de su admisión. Si el resultado es positivo, son segregados del resto o transferidos a otras dependencias, pese a que el centro cuente con el personal y el espacio suficiente.
- **Nacimiento:** En Japón, los niños y niñas nacidos fuera del matrimonio tienen derecho a heredar la mitad que los niños y niñas que son fruto del matrimonio.

Explotación: La Convención sobre los Derechos del Niño (1989) artículo 32(1) exige el reconocimiento del “derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.”

1.3. Motivación de la migración de los menores no acompañados

Tanto niños, niñas y adolescentes deciden migrar sin compañía de padres o tutores, como parte de una estrategia de supervivencia familiar, en busca de metas personales, en busca de sus padres, para lograr independencia o como parte de un proceso de transición hacia la vida adulta. Otros lo hacen para no enfrentar el abuso y/o la violencia en el hogar o para escapar de un matrimonio a temprana edad; también los problemas económicos o de salud en la familia pueden ser una causa para migrar. Además de la búsqueda de los padres para conservar la unidad familiar, es posible agrupar los motivos de los niños, las niñas y adolescentes que tienen para migrar en tres categorías:

- 1) Generar ingresos para el consumo.
- 2) Acumular activos y capital humano para mejorar su futuro.
- 3) Autoprotección.

Como indica la Observación General 6 del Comité de los Derechos del Niño, las razones de que un menor esté no acompañado o separado de su familia son variadas y numerosas, entre ellas figuran la persecución del menor o de sus padres, un conflicto internacional o una guerra civil, la trata en diversos contextos y manifestaciones, sin olvidar la venta por los padres y la búsqueda de mejores oportunidades económicas.²⁵

Otro motivo puede ser la amenaza de grupos delincuenciales, como:

- a) Pandillas.
- b) Narcotraficantes.
- c) Secuestradores.
- d) Tratantes de personas.

Acorde con datos de UNICEF, en 2014, 60 millones de personas huyeron de sus casas debido a la guerra, la violencia y la persecución, un estimado de 30 millones eran niños. A nivel mundial 232 millones de personas viven fuera de las fronteras de su país natal, dentro de esta población, 35 millones son niños y muchos sin el acompañamiento de un adulto.

1.4. Riesgos a los que están expuestos los menores no acompañados

El concepto de riesgo se define según la Real Academia de la lengua española como *contingencia o proximidad de un daño*;²⁶ el riesgo también encierra la posibilidad de que la contingencia se materialice y el daño sea concreto o real, pues implica la posibilidad de incidencia convirtiendo al sujeto pasivo de este, de ser vulnerable a ser vulnerado.

En esta situación de vulnerabilidad pueden hallarse en grado mayor o menor, una multiplicidad de grupos sociales, encontrando dentro de este contexto tanto a las familias de los menores no acompañados como a ellos mismos, y esa fragilidad social los coloca en un estado de riesgo latente expresado a través de

²⁵UNICEF, *Informe anual México 2013, Únete por la niñez*, México, UNICEF, 2013, p.22, en línea: http://www.unicef.org/mexico/spanish/UNICEFReporteAnual_2013_final.pdf, (última visita 20 de septiembre de 2016).

²⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, Edición Tricentenario, en línea: <http://dle.rae.es/?id=WT8tAMI>, (última visita 06 de octubre de 2016).

su existencia y nos remonta a sus lugares de origen con una diversidad de manifestaciones resultantes de las políticas económicas y sociales de gobiernos incapaces de solucionar las constantes demandas que provocan la exclusión en los accesos a los satisfactores y derechos necesarios que conlleva a que los padres y con posterioridad los menores tengan que emigrar en busca de la obtención de todas las prerrogativas y derechos que les son negados en su propio entorno y que los gobiernos de sus países son omisos en dar una solución inmediata que evite la desintegración de las familias y que las ponga en riesgo incluso de perder la vida, así como sujetarlas a la posible violación de múltiples derechos humanos.

Los menores no acompañados en su proceso de emigración o de repatriación pueden sufrir discriminación y no tener acceso a la alimentación, al cobijo, a la vivienda, a los servicios sanitarios, a la educación y en el último de los casos pueden ver amenazada su propia existencia. Las niñas no acompañadas y separadas de sus familias pueden estar expuestas a la violencia de género y en particular a la violencia doméstica. Corren el riesgo de ser detenidos, de sufrir violaciones sexuales, ser sometidos a trabajos forzosos, palizas o incluso la muerte, se exponen al reclutamiento en fuerzas armadas, al trabajo infantil (también a beneficio de sus familias de adopción) o bien a la privación de libertad.²⁷

Sin embargo, decenas de miles de niños, algunos de ellos no acompañados o separados de sus familias, realizan un peligroso viaje como refugiados y migrantes con la esperanza de encontrar seguridad o una vida mejor en otro Estado.

En algunos casos no les es posible obtener documentos de identidad apropiados, por carecer de registro, sus edades no pueden determinarse, están

²⁷UNICEF, *La infancia en peligro, La crisis de los refugiados y migrantes*, UNICEF, 2016, p. 2, en línea: file:///C:/Users/Noche/Documents/ARCHIVOS%20con%20carpetas/MAESTRIA%202016%20II/UNICEF_CHILD_ALERT_Refugee_Journey_16.06.16_SPANISH.pdf, (última visita 21 de septiembre de 2016).

imposibilitados para solicitar documentos, localizar su familia, ni acceder a sistemas de tutela o asesoramiento jurídico.²⁸

El involucramiento de niñas, niños y adolescentes en los peligros descritos anteriormente, así como todas las modalidades de trata de personas requiere el fortalecimiento de un creciente consenso entre los Estados Miembros de la OEA²⁹ con el fin de retirar a todas las personas menores de 18 años de edad de la explotación y brindarles mayor protección. Los instrumentos internacionales creados por los países, crean un marco de protección contra la explotación a la infancia y adolescencia. Dentro de estos instrumentos, podemos destacar:

a) *La Convención sobre los Derechos del Niño* (artículos 11, 20, 34, 35, 36 y 39). Particularmente el artículo 34 establece que “los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma”.

b) *El Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos de los Niños CDN Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía*.

c) *La Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores de 1994*, cuyo objeto es la prevención y sanción del tráfico internacional de menores, así como la regulación de los aspectos civiles y penales del mismo.

d) *El Convenio 182 y su Recomendación 190, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)*. Allí se establece que la trata de niños y niñas es inaceptable, análoga a la esclavitud y al trabajo forzoso y se insta a erradicarla sin demora.

²⁸LIWSKI, Norberto I., *Migraciones de niñas, niños y adolescentes bajo el enfoque de derechos*, Montevideo, Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes, Organismo especializado de la OEA, 2006, p. 8, en línea: http://www.derechosinfancia.org.mx/Documentos/Migraciones_liwski.pdf, (última visita 29 de agosto 2016).

²⁹ OEA, significa Organización de los Estados Americanos, es una organización internacional panamericanista de ámbito regional y continental creada el 30 de abril de 1948, con el objetivo de ser un foro político para la toma de decisiones, el diálogo multilateral y la integración de América, en línea: <https://www.google.com.mx/webhp?sourceid=chrome-instant&ion=1&espv=2&ie=UTF-8#q=OEA+significado>, (última visita 5 de octubre de 2016).

e) *El Protocolo de las Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños*. La trata de niños, niñas y adolescentes se diferencia del tráfico o traslado ilícito de migrantes en que el primero es un delito contra las personas mientras que el segundo es contra un Estado.³⁰

El objetivo del *tráfico de personas* es llegar a otro país en forma voluntaria traspasando sus fronteras sin contar con la documentación requerida, mientras que en la *trata de personas* el objetivo es, la explotación de la persona que fue despojada de sus documentos y trasladada en forma involuntaria, restringiéndose o suprimiéndose su libertad. Esta distinción no siempre es obvia para los funcionarios de migración ni para las propias víctimas.

Reiteradamente se les niega la protección específica que requieren los niños, niñas y adolescentes víctimas de trata por identificarlos equivocadamente como migrantes irregulares. A su vez, el niño víctima, frente a las amenazas de los sujetos del crimen organizado, temeroso de la deportación inmediata, puede abstenerse de denunciar su situación de explotación, en estos casos la tipificación de la trata en muchas de las leyes nacionales del continente ha sido un importante avance para otorgar protección a las víctimas de este delito. Los niños, niñas y adolescentes desarraigados de su comunidad de origen, lejos del cobijo y protección familiar o comunitaria, tienen derecho a una protección especial, pero no solo el desplazarse sin la compañía de sus padres hace vulnerables a los niños a ser objeto de trata, también el haber sido previamente víctimas de este delito puede ser la razón por la que las autoridades los encuentran no acompañados, sin documentos y en un país extraño. En estos casos de ninguna manera puede penalizarse al niño, niña o adolescente, sino que se le debe brindar la asistencia necesaria como víctima de una grave violación de sus derechos humanos. En la lucha intensa de las familias por llegar a los países con mayor grado de desarrollo, los niños, niñas y adolescentes se convierten en la población más vulnerable. En estas circunstancias tan desfavorables, muchos niños, niñas y adolescentes que alcanzan la frontera se ven expuestos a

³⁰LIWSKI, Norberto I., *op.cit.*, p. 7.

situaciones que, mediante modalidades de limitada calidad institucional, resultan en repatriaciones masivas.³¹

1.5. Porcentaje de Menores no acompañados en 2015

Los países con mayor flujo de menores no acompañados son, los que conforman el triángulo de Guatemala, Honduras y El Salvador, ellos representan el 97.6% del total de menores migrantes presentados ante las autoridades migratorias, según datos de 2015, ese años nacionales de Guatemala representaron el 48.6% del flujo total; mientras que los provenientes de Honduras representan un 28% y los de El Salvador el 21.1%, lo que contrasta con lo observado en 2014, cuando los menores hondureños llegaron a representar casi un 42% del flujo.³²

Si en 2014 los MENA originarios de Honduras fueron los que más contribuyeron al ostensible incremento de menores detectados en 2014, en el periodo de enero a noviembre de 2015, fueron los originarios de Guatemala y El Salvador los que más crecieron respecto al mismo periodo de 2014. Los procedentes de Guatemala, pasaron de 7,135 a 15,691, mientras que los salvadoreños pasaron de 4,653 a 6,802.

En cambio, el flujo de menores de Honduras presentó un ligero descenso, al pasar de 9,220 a 9,040. La creciente presencia de MENA de 12 años entre los migrantes presentados se reprodujo en los tres países, si bien se registra con mucho mayor intensidad entre los guatemaltecos, en el caso de los salvadoreños la proporción que representa el grupo de 12 a 17 años disminuyó 4.0 puntos porcentuales entre 2014 y 2015 (66.5% a 62.5%). De igual manera, la mayor presencia femenina al cierre de noviembre de 2015 está fuertemente determinada por la tendencia creciente de las niñas y adolescentes guatemaltecas y

³¹*Ibid.*, p. 7.

³²Secretaría de Gobernación unidad de política migratoria, *Menores migrantes en México, Extranjeros presentados ante las autoridades migratorias y mexicanos devueltos por Estados Unidos*, p. 3, en línea: http://www.politicamigratoria.gob.mx/work/models/SEGOB/CEM/PDF/Estadisticas/Medidas_de_facilitacion_migratoria/H_2010_2013/En%20Foco%2024122015.pdf, (última visita 20 de noviembre de 2016).

hondureñas, que en lo que va de 2015 representan a 33.2 y 42.9% del total del flujo.³³

1.6. Instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos de los menores en el contexto de la migración

Los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes afectados por la migración se encuentran **dentro** del marco de protección de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) así como por el conjunto de tratados internacionales de derechos humanos. Estos tratados deben ser cabalmente cumplidos por los Estados Parte, independientemente del estatus migratorio del niño, origen, nacionalidad o edad. Estos tratados internacionales establecen principios jurídicos para garantizar los derechos de niños, niñas y adolescentes, que deben ser observados por los Estados Parte y tomados en cuenta para el diseño de políticas públicas, programas y en todas las acciones relacionadas con la migración y la infancia.³⁴

Dentro de los instrumentos internacionales en materia de protección de los derechos de la infancia en el contexto de la migración se tienen:

- Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía. Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de mayo de 2000.³⁵
- Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1990.³⁶

³³*Ibid.*, p.3.

³⁴ UNICEF, *La Travesía migración e infancia*, México, UNICEF, 2011, p.11, en línea: [http://www.unicef.org/mexico/spanish/Unicef_Migracion_web\(2\).pdf](http://www.unicef.org/mexico/spanish/Unicef_Migracion_web(2).pdf), (última visita 20 de septiembre 2016).

³⁵*Diario Oficial de la Federación*, México, 16 de enero de 2002.

³⁶*Ibid.*, 10 de febrero de 1999.

- Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores de 1994. Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de marzo de 1994.³⁷
- Protocolo de las Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños. Entrada en vigor el 29 de septiembre de 2003.³⁸
- Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire.³⁹ Entrada en vigor el 29 de septiembre de 2003.
- Convención Sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951.⁴⁰ Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 28 de julio de 1951.
- Protocolo Sobre el Estatuto de los Refugiados.⁴¹ Entrada en vigor el 4 de octubre de 1967.

Los tratados que son ley suprema en México, conforme al artículo 33 constitucional obligan a los Estados firmantes no sólo a respetar los derechos de los niños migrantes, sino a tomar medidas para garantizarlos.

Ello significa que México está obligado a poner en marcha acciones que permitan a los niños migrantes disfrutar y ejercer todos sus derechos.

La situación de los menores no acompañados no podemos dejar de analizarla desde el enfoque de dos tratados internacionales que les brindan protección como son la Convención Internacional Sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares (CDTMF) y la Convención Sobre los Derechos del Niño (CDN) estas dos convenciones comparten principios y derechos tanto de los trabajadores migratorios y sus familias como los menores de 18 años.

1.7. Trato diferenciado de los menores nacionales y extranjeros

³⁷*Ibid.*, 06 de julio de 1992.

³⁸*Ibid.*, 14 de junio de 2012.

³⁹*Ibid.*, 27 de noviembre de 2003.

⁴⁰*Ibid.*, 6 de febrero de 2014.

⁴¹*Ibid.*, 1 de junio de 2000.

Para tocar el tema referente a los niños, niñas y adolescentes extranjeros no acompañados, es preciso entender el derecho de extranjería como: el conjunto de derechos y obligaciones de que gozan las personas físicas o jurídicas al encontrarse dentro del ámbito de competencia legislativo y judicial de un sistema jurídico en el cual no gozan del atributo de ser considerados como nacionales.⁴²

Los niños, niñas y adolescentes extranjeros no acompañados en lo que concierne a Baja California, pueden ser detectados en los aeropuertos, terminales de autobuses o puestos de revisión carretera, reciben un trato diferente a los nacionales en virtud de que éstos últimos son repatriados por conducto del Departamento de Inmigración de los Estados Unidos de América, cuando los menores son detenidos, las autoridades migratorias Estadounidenses informan al Consulado de México que corresponda que realizarán la repatriación de un grupo de menores.

El Consulado, a través de su área de protección consular, realiza una visita a los menores para conocer el estado en que se encuentran y para hacerles una entrevista, donde se recaban sus generales, nombre, domicilio y número de teléfono de sus padres o familiares cercanos, y constatar si ha sufrido maltrato. Las autoridades migratorias americanas, también notifican al Instituto Nacional de Migración el número de menores por repatriar, así como el punto de repatriación y hora en la que se realizará la entrega de los menores, acorde al protocolo firmado por Relaciones exteriores, Department of Human Security DHS de Estados Unidos y el Instituto Nacional de Migración INM, y contiene:

- Un directorio de enlaces
- Horarios para entrega de adultos por el departamento de migración estadounidense en la garita y recepción de los mismos por INM que es de 6 AM a 10 PM
- Entrega y recepción de menores los cuales se reciben dentro del horario comprendido de 8:00 AM a 4:00 PM, y
- Protocolo de personas vulnerables.

⁴² CONTRERAS, Francisco, *Derecho internacional privado*, México, Oxford University Press, 1998, p. 88.

Las autoridades estadounidenses que se encargan de la entrega de los menores, proporcionan al personal del INM la información general de cada menor (nombre, sexo, fecha de nacimiento, lugar de origen y fecha de su detención).

Una vez recibidos por INM en la garita de “el chaparral” en Tijuana, Baja California, es revisado el interrogatorio, se verifica si requieren consulta médica, porque es frecuente que presenten quemaduras de sol, picadura de insectos o se encuentren deshidratados, de ser necesario se les proporciona atención médica y se les da un tratamiento si lo necesitan, se les suministra alimentos (una torta, agua y un refresco o jugo) a través de **Whats Appel** INM se comunica con el DIF estatal de Baja California e inmediatamente que el consulado terminó las entrevistas de los menores informa cuantos son, de donde provienen y con quien contactarse, así que antes de su llegada a la garita de recepción, ya saben nombres, número de menores y con quien contactarse, solamente revisan que las entrevistas sean correctas preguntando a los menores si están bien o si desean agregar algo más, únicamente se hace una entrevista, la que realizó el Consulado Mexicano, al recibirlos el INM les toma una fotografía, de inmediato se los lleva el DIF a la estancia. Los menores extranjeros están separados de los nacionales en dos lugares distintos, al recibir el INM a niños, niñas y adolescentes no acompañados, nacionales o extranjeros los entrega al DIF, para ser resguardados en las respectivas estancias.⁴³

Las edades de los menores fluctúan entre 14 y 17 años, cuando los reciben los agentes del INM, quedan en un lugar juntos hombres y mujeres con vigilancia de oficiales de protección a la infancia pertenecientes al INM, quienes son entrenados por el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, en inglés *United Nations Children's Fund* UNICEF, El Desarrollo Integral de la Familia DIF, Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados COMAR, y El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados ACNUR.⁴⁴

⁴³Tal como lo refirió en la entrevista realizada con la Licenciada Aide Nereida Rosales Márquez, subdirectora de Protección a Migrantes del INM, el 26 de septiembre de 2016, obrante en apéndice, pp. 173-175.

⁴⁴*Ibid.*

Los niños, niñas y adolescentes extranjeros, al ser detectados en el país por los agentes de migración, son llevados al puesto migratorio y son recibidos por los Oficiales de Protección a la Infancia(OPI),reciben a los MENA, recaban información como son sus generales, la causa, o motivo por la cual se encuentra en la estación migratoria, duran de 1 a 2 horas en recabar la información, de inmediato se ponen en contacto con la familia o su representante consular y una vez hecho esto, los llevan a la estancia del DIF Estatal y quedan a disposición del INM; la Comisión Nacional de Derechos Humanos CNDH y el DIF están obligados a apoyarlos con:

- Alojamiento;
- Alimentación;
- Atención médica.

Cuando requieren de refugio los ayuda Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados(COMAR), la cual depende del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), hace un estudio de la procedencia de la solicitud, investigan si los menores en verdad no pueden regresar a su país porque hacerlo pone en peligro su vida, de reunirse los requisitos para el refugio se quedan en México en calidad de refugiados, por estar solos permanecen en una estancia del DIF, hasta que sus padres o un pariente cercano con documentos legales en México puede pasar por ellos y brindarles un hogar seguro, de lo contrario permanecen en la estancia hasta que cumplen la mayoría de edad.⁴⁵

La Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados (COMAR), tiene oficinas en Acayucan, Veracruz, Tapachula, Chiapas y en la Ciudad de México, atienden a todo el país estas tres oficinas, consecuentemente el trámite es lento.

El INM es gestor ante COMAR cuando un menor solicita el refugio, se le entrega una solicitud de refugio por manifestar ante la autoridad migratoria la existencia de una amenaza contra su vida, se da vista a COMAR, el niño, niña o

⁴⁵Tal como lo refirió en la entrevista realizada con el Licenciado Marte Antonio Camacho Solano, Subdelegado Local De la Delegación Federal del INM, el 27 de septiembre de 2016, obrante en apéndice, pp. 176-178.

adolescente sigue albergado en el DIF, COMAR cuenta con 45 días hábiles para resolver, si es procedente el refugio el INM le otorga el estatus migratorio legal con la condición de refugiado.⁴⁶

Para solicitar el refugio los niños, niñas y adolescentes extranjeros cuentan con 15 días a partir de que entraron al país, o bien justificar el motivo por el cual no lo hicieron en ese tiempo.

Los menores solo pueden quedarse en la estación migratoria cuando vienen acompañados de sus padres, a excepción cuando el menor es muy problemático y no lo pueden tener en el DIF por representar una amenaza para los otros niños que allí se albergan.⁴⁷

Cuando se encuentra en estado de vulnerabilidad se van a otro albergue, como casa YMCA.

Guatemala hace entrega rápida de los pasaportes de sus ciudadanos aproximadamente en 2 semanas, pues el INM está impedido para regresarlos a su país de origen si no cuentan con pasaporte o identificación.

Hay consulados que no apoyan a sus connacionales, muchas veces duran hasta 3 meses en la estación migratoria, si después de los 3 meses de espera el INM no obtiene pasaporte o identificación del país de origen del migrante la Oficina de Regulación del INM les gestiona el reconocimiento de apátrida, muchas veces no saben de donde son por ejemplo los de URSS con los cambios no saben a qué país pertenecen y se quedan sin nación, aun cuando existe tal figura jurídica no es común que un menor sea declarado como tal.⁴⁸

De lo anterior se concluye que no obstante contar con legislación aplicable tanto nacional como tratados internacionales, se siguen vulnerando derechos humanos de los menores no acompañados sobre todo a los extranjeros, los

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ Tal como lo refirió en la entrevista realizada con el Licenciado Marte Antonio Camacho Solano Subdelegado Local De la Delegación Federal del INM, el 27 de septiembre de 2016, obrante en apéndice, p.176-178.

principales transgresores de derechos humanos son las policías⁴⁹ y para evitar tales transgresiones es necesario preparar a éstos servidores públicos sensibilizándolos y dando a conocer los derechos con que cuentan los menores no acompañados; es vital incrementar las partidas asignadas al Instituto Nacional de Migración, incrementar el número de personas a su servicio, con mayor preparación y deseo de servir a los migrantes independientemente de la nacionalidad con que cuentan; así mismo es inminente la coordinación que debe existir entre las distintas autoridades en los tres niveles de gobierno para brindar un mejor servicio a los menores no acompañados en su proceso de repatriación o bien en el retorno asistido en caso de MENA, sin olvidar que la directriz es, el interés superior del menor.

Capítulo 2

Principios en materia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes

Los instrumentos internacionales que van a proteger los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes afectados por la migración son la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) así como por el conjunto de tratados

⁴⁹ Tal como lo refirió en la entrevista realizada con la Licenciada Minerva Nájera Nájera de la Jefatura de Enlace Legislativo de la Comisión Estatal de Derechos Humanos²¹ de septiembre de 2016, obrante en apéndice, pp. 164-169.

internacionales de derechos humanos. Estos tratados deben ser cabalmente cumplidos por los Estados Parte, independientemente del estatus migratorio del niño, su origen, su nacionalidad o su edad. Los instrumentos internacionales establecen principios jurídicos para garantizar los derechos de niños, niñas y adolescentes, que deben ser observados por los Estados parte y tomados como directrices en el diseño de políticas públicas, programas y en todas las acciones relacionadas con la migración y la infancia.

Por lo que respecta a México, están previstos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en los tratados internacionales y en las demás leyes aplicables, esencialmente en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley General de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (publicada el 4 de diciembre de 2014), la cual los reconoce como titulares de derechos en su artículo 13.⁵⁰

2.1. Tratado Internacional de los Derechos del Niño

2.1.1. Principio de interés superior del niño

Por primera vez aparece este principio en la Declaración de los Derechos del Niño en 1959. La interpretación de aquello da origen al concepto ***interés superior del niño***, tal principio en ningún caso puede modificar o reemplazar cualquier derecho garantizado por otros artículos de la Convención Sobre los Derechos del Niño.

Para situarnos en el contexto de los menores no acompañados, es preciso darnos una idea del **termino** *interés superior del niño*, este principio cuyo concepto se puede decir que se encuentra en proceso de desarrollo, forma parte de los conceptos imprecisos, nebulosos o abstractos, que cuando se aplican al caso concreto es cuando adquieren su real dimensión, pues ni la jurisprudencia ni los tratadistas lo han definido en términos precisos, se ha escrito más sobre las funciones y aplicaciones en los diversos supuestos donde debe fungir como directriz, que sobre su significado y contenido.

⁵⁰Diario Oficial de la Federación del 04 de diciembre de 2014.

Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos (aceptada su competencia contenciosa por el Estado mexicano el 16 de diciembre de 1998 al ratificar la Convención Interamericana de Derechos Humanos) tal principio debe entenderse de la siguiente manera: "la expresión 'interés superior del niño' ... implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño".

Sirve de apoyo la jurisprudencia 1a./J. 25/2012 (9a.) emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación cuyo rubro es "**INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONCEPTO**".⁵¹

Este principio, reconocido en el marco constitucional y en tratados internacionales, pese a ello, no se concretiza en el actuar de diversas instituciones públicas. A pesar de que se encuentra en instrumentos internacionales vinculantes para el Estado mexicano y para todas las autoridades que lo conforman.⁵²

El interés superior, está íntimamente relacionada con los principios de *indivisibilidad* (cuya idea central pugna por la realización conjunta de todos ellos) y de *interdependencia* (el disfrute de un derecho o de un grupo de derechos depende de la realización de otro derecho o derechos). La interdependencia implica también proyectar la afectación de los derechos a futuro. Es así como este

⁵¹ Jurisprudencia 1a./J. 25/2012 (9a.) emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su gaceta*, t. I, Décima Época, Libro XV, diciembre de 2012, Tomo 1, México, p.334. El texto dice: En términos de los artículos 4o., párrafo octavo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por México y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991; y 3, 4, 6 y 7 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, los tribunales, en todas las medidas que tomen relacionadas con los menores, deben atender primordialmente al interés superior del niño; concepto que interpretó la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cuya competencia contenciosa aceptó el Estado Mexicano el 16 de diciembre de 1998) de la siguiente manera: "la expresión 'interés superior del niño' ... implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño".

⁵² Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren niñas, niños y adolescentes*, 2da. ed., México, Dirección General de Comunicación y Vinculación Social de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, marzo 2012, p.107.

principio conlleva a un análisis del catálogo integro de derechos tanto en el momento en que se revisa como proyectado a futuro.⁵³

Los principios referidos no pueden proteger ni garantizar determinados derechos en contravención de otros, sino que es inexcusable la garantía de todos.

El párrafo uno del artículo 3 de la CDN subraya que las autoridades administrativas, así como las instituciones públicas y privadas deben cerciorarse de las repercusiones que tendrán sobre el niño las medidas que adopten, con el objeto de que el interés superior del niño sea siempre una consideración preponderante, que se otorgue prioridad al niño y que se edifiquen sociedades “amigas de los niños”.

El interés superior del niño es uno de los principios generales de la Convención de los Derechos de los Niños CDN. En él se enfatiza la condición del niño como sujeto con opiniones y sentimientos propios, derechos civiles y políticos, a la vez como beneficiario de protecciones especiales. La determinación del interés superior del niño debe hacerse en un plazo corto o largo, dependiendo de las circunstancias específicas de cada caso, y el Estado no puede subordinarlo a las prácticas culturales imperantes en el país, ni utilizar éstas como argumento para negar al niño los derechos garantizados por la Convención.

En el contexto de la **migración** el interés superior del niño también debe estar en el fundamento de la toma de decisiones concernientes a los niños, las niñas y los adolescentes, de manera que todos sus derechos sean garantizados independientemente de su nacionalidad o el estatus migratorio propio o el de sus padres.⁵⁴

El artículo 2 subraya claramente que todos los derechos de la Convención sobre los Derechos del Niño deben aplicarse a todos los niños del Estado, incluidos los visitantes, los refugiados y los hijos de trabajadores inmigrantes y los que se encuentran ilegalmente en el Estado.

⁵³ *Ibíd.*, p.43.

⁵⁴ UNICEF, *Manual de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*, Nueva York, UNICEF, 2001, interpretación del artículo 2.

En varias ocasiones, el Comité de los Derechos del Niño se ha referido a los niños no nacionales, señalando que la Convención les garantiza los mismos derechos: “El Comité observa que se han reconocido de *facto*, pero no de *jure* los derechos a la atención de salud y a la educación de todos los niños cuyas solicitudes de asilo se han rechazado pero que permanecen en el país. A juicio del Comité, esos servicios deberían proporcionarse como cuestión de principio, según la letra y el espíritu de los artículos 2 y 3 de la Convención.”⁵⁵

Los párrafos dos y tres del artículo 3 también son de suma importancia. El párrafo dos expresa la obligación de los Estados partes de asegurar al niño la protección y el cuidado necesarios para su bienestar en cualquier circunstancia, respetando siempre los derechos y deberes de los padres. Junto con el artículo 2.1, el artículo 4, y el artículo 3.2 determinan las obligaciones generales de los Estados.

El artículo 3.3 exige que las “autoridades competentes” establezcan normas para todas las instituciones, servicios y establecimientos responsables del cuidado de los niños y que el Estado garantice el cumplimiento de dichas normas.

Las obligaciones resultantes de la Convención en lo que concierne a los menores no acompañados y separados de su familia se extienden a todos los poderes del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial). Se incluyen entre ellas la obligación de promulgar legislación, crear estructuras administrativas, y articular las actividades de investigación, información, acopio de datos y de formación general, para hacer posibles estas medidas.

Las obligaciones jurídicas referidas, tienen carácter tanto negativo como positivo, pues obligan a los Estados no sólo a abstenerse de medidas que infrinjan los derechos del menor, sino también a tomar medidas que garanticen el disfrute de estos derechos sin discriminación. Las responsabilidades indicadas no se circunscriben a dar protección y asistencia a los menores que están ya en situación de no acompañados o separados de su familia, pues incluyen medidas preventivas de la separación (en particular, la aplicación de salvaguardias en caso de evacuación).

⁵⁵ *Ibid.*, Estados Unidos, 2004, p. 26.

Las fases positivas de estos deberes de protección se traducen en que los Estados tomarán todas las disposiciones necesarias para identificar a los menores en situación de no acompañados o separados de su familia lo antes posible, particularmente en la frontera, a procurar la localización y, si resulta posible y redundante en el interés superior del menor, reunir lo antes posible a éste con su familia.⁵⁶

La determinación del interés superior del niño exige una evaluación clara y a fondo de la identidad de éste y en particular, de su nacionalidad, crianza, antecedentes étnicos, culturales y lingüísticos, sus vulnerabilidades y necesidades especiales de protección. Así pues, permitir el acceso del menor al territorio es condición previa de este proceso de evaluación inicial, el cual debe efectuarse en un ambiente de amistad y seguridad y a cargo de profesionales competentes formados en técnicas de entrevistas que tengan en cuenta la edad y el género.

Decisiones subsiguientes, como el nombramiento de un tutor competente lo antes posible, constituyen una garantía procesal importantísima para el respeto del interés superior de los menores no acompañados o separados de su familia. De otra forma, el menor no podrá entablar los procedimientos de obtención del asilo u otros procedimientos sino después del nombramiento de un tutor. Si el niño separado o no acompañado solicita el asilo o entabla otros procesos o actuaciones administrativos o judiciales, además del tutor, se le nombrará un representante legal.

El respeto del interés superior exige también que, si las autoridades competentes han internado al menor separado o no acompañado en un establecimiento "para los fines de atención, protección o tratamiento de su salud física o mental", el Estado reconoce el derecho del menor a "un examen

⁵⁶NACIONES UNIDAS, *Convención sobre los Derechos del Niño, Observación general N.º 6*, obligaciones jurídicas de los Estados Partes con referencia a todos los menores no acompañados o separados de su familia que se encuentren dentro de su territorio y medidas para el cumplimiento de las mismas, CRC/GC/2005/6, 2005, p. 7, en línea:

http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/nuevo_sitio/2010/conferencia/3.%20Background%20Information%20on%20Mixed%20Migration/The%20Protection%20of%20Unaccompanied%20Children/Comite%20-%20Observacion%20General%20No.%206.pdf?view=1, (última visita 28 de septiembre de 2016).

periódico" del tratamiento "y de todas las demás circunstancias propias de su internación" (artículo 25 de la Convención).⁵⁷

2.1.2. Principio de unidad familiar

El proemio de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) dispone que la familia es el “medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, en particular de los niños”. En este sentido, reconoce que “para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, [el niño] debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”.⁵⁸ La familia crea el primer entorno de protección de derechos de los niños, pues en su seno se sientan las bases para su pleno desarrollo emocional, físico, cognitivo y social; por ésta razón el Estado debe tenerla bajo su muy especial cuidado.

El artículo 9 de la CDN contiene dos principios fundamentales relacionados con la unidad familiar. En primer lugar, fija que el niño o la niña debe permanecer con sus padres, excepto cuando dicha permanencia sea contraria al interés superior del niño. En segundo lugar, reconoce el derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres. Cuando la separación del niño de uno o de ambos padres sea resultado de una decisión del Estado (por ejemplo, en caso de expulsión o encarcelamiento de los padres), este tiene la obligación de proporcionar información básica acerca del paradero de los demás miembros de la familia.

El cumplimiento del principio de unidad familiar está en juego durante el proceso migratorio ya que el cambio de residencia de cualquier miembro de la familia puede ser sinónimo de separación familiar y más aún cuando los padres carecen de documentos migratorios y no pueden llevar consigo al hijo.

Estos principios esenciales ya figuraban en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959: “El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su

⁵⁷*Ibid.*, p.9.

⁵⁸La familia y su preponderancia para el desarrollo de la sociedad y del individuo está reconocida por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en los artículos 16.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 17.1 de la Convención Americana de los Derechos Humanos.

personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres...” (principio 6). Según el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado” (artículo 23.1), que coincide con el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques” (artículo 17) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El niño tiene derecho a no ser “separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando sea necesaria conforme al interés superior del niño”. La expresión “contra la voluntad de éstos” se refiere a la voluntad conjunta de padres e hijos; desde el punto de vista gramatical, queda claro que no se trata únicamente de la voluntad del niño.

De cierta manera, el derecho del niño a los cuidados de sus padres está ineludiblemente sujeto a la “voluntad” de éstos, él no tiene el poder ni la capacidad de determinar quién debe cuidarlo. Esta decisión la toman su familia, su comunidad, el Estado. Es más, aun cuando el niño estuviese en situación de poder “elegir” a sus padres, no podría forzarlos a actuar como tales.

El Estado puede imponer a los padres la obligación de mantener económicamente a sus hijos, pero no puede vigilarlos continuamente para que los cuidados sean de forma adecuada.

El artículo 9 en el párrafo 1 de la CDN ofrece dos ejemplos de casos en los que podría ser necesario separar al niño de uno de sus progenitores, o de ambos:

- el primero, cuando los padres han maltratado o descuidado al niño; y
- el segundo, cuando los padres viven separados.

En circunstancias de extrema pobreza, violencia o conflicto armado, es posible que los padres abandonen a sus hijos, o que padres e hijos pierdan el contacto; en ocasiones, niños sometidos a malos tratos o a la explotación se

marchan de su casa, con el resultado de que en las calles de las ciudades más grandes del mundo se encuentran poblaciones de niños que viven alejados de sus familias. Las medidas que el Estado adopte en relación con estos niños siempre deben tener como objetivo el reencuentro y la reunión con los padres y la familia. En algunos casos, esto puede no ser posible, pero en otros, creer que el interés del niño consiste en permanecer lejos de su familia es una violación flagrante de los derechos reconocidos en el artículo 9.

La separación entre padres e hijos también puede tener como causa un conflicto armado (artículo 38) o los desplazamientos de refugiados (artículo 22). Las consecuencias de una guerra civil o de una crisis económica pueden ser devastadoras para la unidad familiar.

Generalmente, el gobierno del Estado puede hacer poco en las situaciones de agitación o de conflicto armado, pero mientras las riendas del poder estén en sus manos, tiene obligaciones muy concretas hacia los niños, el Comité recomienda enérgicamente que el Estado parte impida que se produzcan traslados y desplazamientos forzosos y otros tipos de movimiento involuntario de la población, que afectan a las familias y a los derechos de los niños. El Comité recomienda también que el Estado parte refuerce su oficina central de búsqueda de personas para favorecer la reunificación de familias.

El derecho a la unidad familiar es de primordial importancia en el contexto de los refugiados, porque constituye el mecanismo primario de protección de quienes integran el grupo familiar. Mantener y facilitar la unidad familiar ayuda a garantizar la atención física, la protección, el bienestar emocional y el apoyo económico de los refugiados individuales y sus comunidades. La protección que los familiares pueden brindarse mutuamente multiplica [el impacto de] los esfuerzos realizados por actores externos.

En los países anfitriones, la unidad familiar incrementa la autosuficiencia de los refugiados y a largo plazo reduce los costos sociales y económicos. Garantizar el derecho a la unidad familiar por medio de la reunificación familiar puede ayudar a reducir el número de arribos desautorizados o espontáneos, y los peligros asociados con ellos, al tiempo que disminuye la resolución innecesaria de

solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado. La unidad familiar puede promover la sostenibilidad de las soluciones duraderas para los refugiados (es decir, la repatriación voluntaria, la integración local y el reasentamiento).⁵⁹

Las circunstancias en que los refugiados dejan sus países de origen, a menudo ocasionan la separación de las familias. Es por ello que la reunificación familiar con frecuencia es la única forma de garantizar el derecho de un refugiado a la unidad familiar. Un análisis de las prácticas estatales demuestra que la reunificación familiar es generalmente reconocida en relación con los refugiados y sus familias, y que las dificultades prácticas vinculadas a su implementación en modo alguno disminuyen las obligaciones de un Estado.

El derecho a la unidad familiar y a la reunificación familiar también se aplica, y es especialmente importante, en el contexto de la repatriación y reintegración voluntarias. Un grupo familiar unido es más capaz de reestablecerse en el país de origen y contribuir a la reconstrucción del país.

2.1.3. Principio de no discriminación

Este principio obliga al Estado a respetar y garantizar los derechos de cada niño sujeto a su jurisdicción, independientemente de la raza, 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 (artículo 2 de la CDN). Así, el Estado debe tomar las medidas necesarias para proteger a los niños y las niñas contra toda forma de discriminación.

El principio de no discriminación, en cualquiera de sus manifestaciones, se aplica en todos los aspectos del trato de los menores separados y no acompañados. En particular, prohíbe toda discriminación basada en la situación del menor no acompañado, separado o en condición de refugiado, solicitante de asilo o migrante. Este principio no excluye e incluso puede exigir la diferenciación

⁵⁹ACNUR, Organizada por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Refugiados y el Instituto de Posgrado en Estudios Internacionales de Ginebra, *Unidad de la Familia*, anexo VIII, pp. 2-3, en línea: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/01156.pdf?view=1>, (última visita 29 de septiembre de 2016).

fundada en la diversidad de necesidades de protección, como las asociadas a la edad o al género. Deben tomarse también disposiciones en previsión de hipótesis de prejuicios o de actitudes de rechazo social de los menores no acompañados o separados.

A propósito de los menores no acompañados o separados, las medidas tomadas por la policía con referencia a preservar el orden público, sólo son admisibles si se ajustan a la ley, suponen una apreciación individual y no colectiva, deberán respetar el principio de proporcionalidad y representan la opción menos intrusiva. A fin de no infringir el mandato de no discriminación, las medidas descritas nunca podrán ser aplicadas a un grupo o sobre una base colectiva.⁶⁰

Formas legítimas de discriminación. La prohibición de toda discriminación no se opone a la diferenciación legítima entre los niños, como, por ejemplo, respetar la “evolución de sus facultades”, “prestar especial consideración” o discriminar positivamente a los niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles. El Preámbulo de la Convención reconoce que “en todos los países del mundo hay niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles, y que esos niños necesitan especial consideración”. Inevitablemente, la categoría de “niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles” incluye a niños con problemas muy diferentes, que a su vez requieren soluciones muy diversas. La situación de estos niños se define mejor en términos de discriminación en la realización y el disfrute de los diferentes derechos de la Convención.⁶¹

2.1.4. Principio de no devolución

⁶⁰NACIONES UNIDAS, *Convención sobre los Derechos del Niño, Observación general N.º 6*, obligaciones jurídicas de los Estados Partes con referencia a todos los menores no acompañados o separados de su familia que se encuentren dentro de su territorio y medidas para el cumplimiento de las mismas, CRC/GC/2005/6, 2005, p. 8, en línea:

http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/nuevo_sitio/2010/conferencia/3.%20Background%20Information%20on%20Mixed%20Migration/The%20Protection%20of%20Unaccompanied%20Children/Comite%20-%20Observacion%20General%20No.%206.pdf?view=1, (última visita 29 de septiembre de 2016).

⁶¹UNICEF, *Manual de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*, formas legítimas de discriminación, Nueva York, UNICEF, 2001, interpretación del artículo 2, pp.30-31.

El término *non-refoulement*, o no devolución, deriva del término francés *refouler*, que quiere decir “empujar hacia atrás, hacer retroceder a las personas”. En el ámbito de la extranjería implica la reconducción sumaria a la frontera de quienes se ha descubierto su entrada ilegal, así como la denegación sumaria de admisión a quienes no poseen documentación válida. Es un proceso distinto de la expulsión y de la extradición.⁶²

Generalmente se admite que la norma que impide devolver a un individuo a un territorio en el que su vida o libertad corran peligro es una norma de Derecho Internacional Consuetudinario, y como tal, obligatoria para todos los Estados de la comunidad internacional, la norma ha sido también plasmada en diversos tratados internacionales. El artículo 33 de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados,⁶³ que tiene su precedente en los artículos 3.2. de la “Convención relativa al Estatuto Internacional de los Refugiados” de 28 de octubre de 1933, y el artículo 5.3 a) de la “Convención sobre el Estatuto de los Refugiados Procedentes de Alemania” de 10 de febrero de 1938, recoge la prohibición de devolución de refugiados en los siguientes términos:

“Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas”.⁶⁴

El principio de no devolución, en cumplimiento de las obligaciones resultantes de la CDN, y particularmente en atención al principio de no devolución, “el Estado no trasladará al niño, la niña o el adolescente a un país donde haya motivos racionales para pensar que existe un peligro real de daño

⁶² GIL, María, *Diccionario de acción humanitaria o cooperación al desarrollo*, Universidad del País Vasco, entradas “N”, en línea: <http://www.dicc.hegoa.ehu.es/listar/mostrar/157>. (última visita 01 de octubre de 2016).

⁶³ *Diario Oficial de la Federación* del 01 de junio 2000.

⁶⁴ UNICEF, *Manual de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, formas legítimas de discriminación*, Nueva York, UNICEF, 2001, interpretación del artículo 2, pp.30-31.

irreparable que los afecte, como, por ejemplo, tortura, tratos degradantes y privación de libertad.”⁶⁵

En el marco del trato adecuado de los menores no acompañados o separados, los Estados deben respetar a cabalidad las obligaciones de no devolución resultantes de los instrumentos internacionales de derechos humanos, del derecho humanitario y el relativo a los refugiados y, en particular, deben atenerse a las obligaciones recogidas en el artículo 33 de la Convención de 1951 sobre los Refugiados y en el artículo 3 de la Convención contra la Tortura.⁶⁶

En cumplimiento de las obligaciones resultantes de la Convención sobre los Derechos del Niño, los Estados no trasladarán al menor a un país en el que haya un peligro real de causarle un daño irreparable, no sólo de los contemplados en los artículos 6 y 37 de la Convención, sea en el país hacia el que se efectuará el traslado, o al que se enviará con posterioridad.

Las obligaciones de no devolución son aplicables con independencia de que las violaciones graves de los derechos garantizados por la Convención se imputen a actores no estatales o que las violaciones sean premeditadas o consecuencia indirecta de la acción o inacción.

La evaluación del riesgo de dichas violaciones graves deberá efectuarse teniendo en cuenta la edad y el género y tomando asimismo en consideración, por ejemplo, las consecuencias particularmente graves para los menores que presenta la insuficiencia de servicios alimentarios o sanitarios.

Como el reclutamiento de menores en las fuerzas armadas y su participación en las hostilidades entrañan un grave peligro de daño irreparable en el marco de los derechos humanos fundamentales y, en particular, del derecho a la vida, las obligaciones que impone a los Estados el artículo 38 de la

⁶⁵NACIONES UNIDAS, *Convención sobre los Derechos del Niño, Observación general N.º 6*, obligaciones jurídicas de los Estados Partes con referencia a todos los menores no acompañados o separados de su familia que se encuentren dentro de su territorio y medidas para el cumplimiento de las mismas, CRC/GC/2005/6, 2005, p. 10, en línea:

http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/nuevo_sitio/2010/conferencia/3.%20Background%20Information%20on%20Mixed%20Migration/The%20Protection%20of%20Unaccompanied%20Children/Comite%20-%20Observacion%20General%20No.%206.pdf?view=1, (última visita 01 de octubre de 2016).

⁶⁶*Diario Oficial de la Federación* del 17 de enero de 2002.

Convención,⁶⁷ juntamente con los artículos 3 y 4 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados, tienen efectos extraterritoriales, por lo que los Estados se abstendrán de trasladar al menor a la frontera de un Estado en el que exista un riesgo real de reclutamiento de menores para las fuerzas armadas, no sólo a título de combatiente, sino también con la finalidad de ofrecer servicios sexuales a los miembros de las fuerzas armadas, o si existe peligro real de participación directa o indirecta en las hostilidades, sea como combatiente o realizando cualquiera otra función militar.⁶⁸

2.2. Derechos dentro del marco del Tratado Internacional sobre los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes

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

El artículo 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño es uno de los artículos considerados por el Comité de los Derechos del Niño como “principio general”. Garantiza el derecho fundamental del niño a la vida – reconocido como un principio universal del derecho humanitario en otros instrumentos jurídicos – y el derecho a la supervivencia y al desarrollo en la máxima medida posible.

El concepto de “supervivencia y desarrollo” en la máxima medida posible es esencial para la aplicación de la Convención en su totalidad. Para el Comité de los Derechos del Niño, el desarrollo es un concepto holístico, al que hacen referencia numerosas disposiciones de la Convención.⁶⁹

⁶⁷ *Convención de los Derechos del Niño*, artículo 38 párrafo 3: “Los Estados Partes se abstendrán de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los 15 años de edad. Si reclutan personas que hayan cumplido 15 años, pero que sean menores de 18, los Estados Partes procurarán dar prioridad a los de más edad”.

⁶⁸ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre los Derechos del Niño*, Observación general N.º 6, obligaciones jurídicas de los Estados Partes con referencia a todos los menores no acompañados o separados de su familia que se encuentren dentro de su territorio y medidas para el cumplimiento de las mismas, CRC/GC/2005/6, 2005, párrafo 28 p. 10, en línea: http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/nuevo_sitio/2010/conferencia/3.%20Background%20Information%20on%20Mixed%20Migration/The%20Protection%20of%20Unaccompanied%20Children/Comite%20-%20Observacion%20General%20No.%206.pdf?view=1, (última visita 01 de octubre de 2016).

⁶⁹ UNICEF, *Manual de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*, Nueva York, UNICEF, 2004, interpretación del artículo 6, p.109.

El derecho a la vida ocupa el lugar especial en la nómina de los derechos fundamentales de la persona. Aunque la doctrina afirma que los derechos humanos tienen igual valor,⁷⁰ a la hora de examinar casos concretos de violaciones de este derecho, los órganos internacionales competentes no dudan en destacar el carácter especial del derecho a la vida. En la Observación General sobre el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el comité de Derechos Humanos calificó como “el derecho supremo respecto del cual no se autoriza suspensión alguna, ni siquiera en situaciones que pongan en peligro la vida de la nación.”⁷¹

La vida, la supervivencia y el desarrollo, por un lado, y la participación, por otro, son dos de los cuatro cimientos de la Convención de los Derechos del Niño. Son derechos fundamentales que afectan fuertemente todos los demás derechos; por eso, respetarlos tiene un efecto sinérgico, que contribuye al efectivo cumplimiento de los otros derechos, y violarlos o no reconocerlos puede comprometer seriamente dicho cumplimiento.

Un adolescente que esté mal alimentado (desnutrición, obesidad), que no pueda desarrollarse al máximo en el plano físico, mental, espiritual, moral, psicológico o social, probablemente tenga dificultades, por ejemplo, para aprovechar plenamente sus capacidades en el sistema educativo, y por ende verá limitado el ejercicio de su derecho a la educación. Un adolescente que no pueda expresarse libremente o que al hacerlo sienta que sus opiniones no importan, que no serán escuchadas con respeto ni seriamente consideradas, probablemente no podrá desarrollarse con dignidad, ejercer una ciudadanía creativa y responsable, tener una vida plena y disfrutable en sociedad y creer en la democracia.

Los Estados deben garantizar el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo de los adolescentes a través de medidas positivas destinadas a proteger la vida, por ejemplo, elevando la esperanza de vida, combatiendo las

⁷⁰Ver, el siguiente pasaje de la *Declaración de Viena*, adoptado por la segunda Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos, celebrada en Viena en 1993: “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad debe tratarlos derechos humanos en forma global de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a toda la misma importancia.” (párrafo 5).

⁷¹Comité de Derechos Humanos, *Observación general No. 6*, 1982, párrafo 1.

enfermedades, proporcionando alimentos nutritivos y agua potable, protegiéndolos contra las distintas formas de discriminación, violencia, abuso y explotación. También deben impedir la suspensión o la privación de la vida, por ejemplo, prohibiendo la pena de muerte, castigando la desaparición forzada, o tomar medidas que eviten provocar la muerte.

En artículo 6 incluye la protección máxima posible contra la violencia y la explotación, que pondría en peligro el derecho del niño, la niña o el adolescente a la vida, la supervivencia y el desarrollo. Pues al estar separados y no acompañados están expuestos a diversos riesgos que afectan a la vida, supervivencia y desarrollo, por ejemplo, la trata dirigida a la explotación sexual o de otra índole o la participación en actividades delictivas de las que pueden resultar perjudicados, en casos extremos, la muerte.

Así pues, el artículo 6 exige la vigilancia de los Estados partes a este respecto, especialmente en presencia del crimen organizado. Aunque la cuestión de la trata de niños y niñas queda fuera de la presente Observación General, el Comité observa que existe a menudo una relación entre la trata y la situación del niño separado y no acompañado de su familia.⁷²

El Comité considera que deben adoptarse disposiciones prácticas a todos los niveles para proteger a los niños, niñas y adolescentes contra los peligros descritos. Entre dichas disposiciones podrían incluirse la institución de procedimientos prioritarios aplicables a los niños, niñas y adolescentes víctimas de trata, el nombramiento sin demora de tutores, informar a los niños, niñas y adolescentes de los peligros que corren y la articulación de medidas para la observación de los niños y niñas particularmente expuestos. Estas medidas deben evaluarse periódicamente en términos de eficacia.⁷³

Desgraciadamente, una de las causas que motivan a los niños, niñas y adolescentes a migrar de sus localidades puede ser precisamente que sus Estados no garantizan la supervivencia o el desarrollo de sus comunidades,

⁷² UNICEF, Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia DIF Nacional, *Las Observaciones generales del comité de derechos del niño, El derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo artículo 6*, inciso "D", México, UNICEF, 2014, párrafo 23, p.81.

⁷³ *Ibid.*, párrafo 24, p.81.

provocando que a temprana edad como es repetitivo ver que adolescentes entre los 14 y 16 años se arriesguen a cruzar sin documentos no solo una frontera sino 4 o 5 en busca de una oportunidad de supervivencia, ya sea porque la pobreza ha hecho crisis o porque grupos delincuenciales los tienen amenazados y es la única forma de proteger su vida, y desarrollarse, haciendo posible el sueño americano.

Con respecto al nombramiento de tutor tratándose de niños, niñas y adolescentes, México, en teoría ha suplido la figura del tutor mediante la Procuraduría de la Defensa del Menor personalizada por el DIF estatal, esa institución representa a los menores en el supuesto que sea necesario ya porque han sido víctimas de algún delito y es preciso auxiliarlo mediante la presentación de denuncia ante la Agencia del Ministerio Público o en los casos que solicite asilo o refugio. Aunque en la práctica no siempre interviene en representación los MENA, sobre todo en los trámites de asilo o refugio.

2.2.2. Derecho a la protección contra la violencia

El Comité de las Naciones Unidas define el castigo “corporal” o “físico” como todo castigo en el que se utilice la fuerza física y que tenga por objeto causar cierto grado de dolor o malestar, aunque sea leve. En la mayoría de los casos se trata de pegar a los niños (“manotazos”, “bofetadas”, “palizas”), con la mano o con algún objeto, azote, vara, cinturón, zapato, cuchara de madera, etc. También puede consistir endar puntapiés, zarandear o empujar a los niños, arañarlos, pellizcarlos, morderlos, tirarles del pelo o de las orejas, obligarlos a ponerse en posturas incómodas, producirles quemaduras, obligarlos a ingerir alimentos hirviendo u otros productos (por ejemplo, lavarles la boca con jabón u obligarlos a tragar alimentos picantes). El Comité opina que el castigo corporal es siempre degradante. Además, hay otras formas de castigo que no son físicas, pero que son igualmente crueles y degradantes, y por tanto incompatibles con la Convención. Entre éstas se cuentan, por ejemplo, los castigos en que se

menosprecia, humilla, denigra, convierte en chivo expiatorio, se amenaza, asusta o ridiculiza al niño.⁷⁴

Los niños y las niñas se encuentran en una etapa de desarrollo que frecuentemente los coloca ante situaciones en las que son particularmente vulnerables. Por esta razón deben ser protegidos contra todas aquellas situaciones que pueden violentar sus derechos fundamentales.

El artículo 19 de la Convención de los Derechos del Niño lo protege contra “toda forma de perjuicio o abuso físico o mental” mientras se encuentre bajo la custodia de sus padres u otras personas encargadas de su cuidado, con lo que reafirma el derecho fundamental del niño al respetar su dignidad, su integridad física y personal. El contenido de este artículo se relaciona con el derecho a la vida, a la supervivencia y el desarrollo en la máxima medida posible (artículo 6 de la CDN) y reafirma el derecho fundamental del niño al respeto de su dignidad, la integridad física y personal.

En cumplimiento de lo establecido en este derecho, los Estados deben adoptar medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas para proteger al niño contra toda forma de violencia.

Las niñas, niños y adolescentes afectados por la migración con frecuencia se encuentran desprotegidos. Por una parte, se ven separados de sus familias, y por otra, si no cuentan con documentos de identidad, no pueden gozar cabalmente de derechos sociales y humanos que el Estado debe brindar. Asimismo, el estatus migratorio del niño o de sus padres también puede vulnerar el derecho a la protección ya que es muy común que las personas que no tienen permisos migratorios en regla, sean privadas de protección y asistencia social.

El artículo 19 pide a los Estados que adopten medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas para proteger al niño contra toda forma de violencia. El párrafo 2 del artículo propone una serie de medidas de protección, reconociendo que las medidas sociales y educativas, y en especial la asistencia al niño y a sus cuidadores, contribuyen a proteger al niño contra la violencia, el abuso y la explotación.

⁷⁴*Ibid.*, artículo 19, inciso “D”, México, UNICEF, 2014, párrafo 11, p.123.

Es motivo de preocupación, en todos los países, por el incremento de la violencia contra los niños tanto en el hogar, como en las instituciones y en la comunidad. En las últimas décadas se ha reconocido la frecuencia de la violencia deliberada contra los niños por parte de sus padres o de otras personas encargadas de su cuidado. Recientemente se ha tomado conciencia del también extendido fenómeno del abuso sexual de los niños en la familia y en las instituciones, así como del abuso sexual organizado, por ejemplo, en el marco del “turismo sexual” y otras formas de explotación sexual.

Otra forma de violencia en contra de los niños, niñas y adolescentes es el peligro a que son expuestos cuando los padres los ponen en manos de los tratantes de ilegales para que los crucen sin documentos a Estados Unidos, sobre todo cuando el cruce es por parajes agrestes, donde pueden ser mordidos por animales ponzoñosos, morir por deshidratación, ser violados por bandas delictivas, caer en manos de criminales pertenecientes al crimen organizado, ser sometidos a todas las formas de explotación sexual o ser víctimas de trata de personas.

El ámbito de aplicación del artículo 19 abarca lo que ocurre en el seno de la familia, entendiéndose ésta como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad,” y “... el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión; en otros contextos “de cuidado” se encuentran: los hogares de guarda, guarderías, escuelas y todos los centros de internamiento.

El mandato del artículo 3.3 referente a que las instituciones, servicios y establecimientos cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, y ejerzan una adecuada vigilancia, es de vital importancia para prevenir la violencia contra los niños.

2.2.3. El derecho a la nacionalidad, libertad de circulación y asilo

2.2.3.1. Derecho a la nacionalidad

Los tres elementos esenciales del derecho a la nacionalidad son:

- el derecho a adquirir una nacionalidad;
- el derecho a no ser privado arbitrariamente de su nacionalidad y
- el derecho a cambiar su nacionalidad.

Tal legitimación está consagrada por las dos Declaraciones de 1948, así como por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Aun que, no todos estos instrumentos reconocen cada uno de los tres aspectos del derecho a la nacionalidad. El artículo 15 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce los tres.

El artículo XIX de la Declaración Americana sobre los Derechos Humanos consagra solo el derecho a tener la nacionalidad que legalmente le corresponda y a cambiarla; mientras que el artículo 20 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sí reconoce los tres elementos consagrados por la Declaración Universal.

Curiosamente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) reconoce apenas el derecho a adquirir una nacionalidad —y eso, en cuanto derecho del niño—. El derecho a no ser privado de su nacionalidad arbitrariamente y el derecho a cambiarla no están plasmados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

“Aunque los Estados tienen la prerrogativa de establecer las leyes que rigen la adquisición, renuncia o pérdida de la nacionalidad, deben hacerlo en el marco de la legislación internacional sobre derechos humanos. En los casos en que se introduzcan enmiendas constitucionales o cambios en la legislación nacional relativa a la concesión de la ciudadanía, los Estados no deben revocar la ciudadanía con efecto retroactivo”.⁷⁵

⁷⁵MCDUGALL, Gay, *Promoción y protección de todos los derechos humanos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*, Informe de la experta independiente en cuestiones de las minorías, A/HRC/7/23, Naciones Unidas, 28 de febrero de 2008, párr. 79, p. 25.

“El derecho a una nacionalidad es un derecho humano fundamental y debe ser considerado como tal por todos los Estados”.⁷⁶ Si bien ambas Declaraciones y el PIDCP Internacional reconocen el derecho de toda persona (o niño en el caso del PIDCP) a tener o adquirir una nacionalidad, no definen la obligación correspondiente del Estado a reconocer los tres elementos de la nacionalidad. El derecho comparado tradicionalmente reconoce cuatro formas de adquirir una nacionalidad. El niño generalmente adquiere la nacionalidad del país en cuyo territorio nace (*jussoli*) o la nacionalidad de sus padres o de uno de ellos (*jussanguinis*). Un adulto puede adquirir una nacionalidad de dos formas:

- por matrimonio;
- por naturalización.

La adquisición de una nueva nacionalidad por un adulto puede también beneficiar a sus dependientes. La ausencia de referencia a la obligación del Estado con respecto a la adquisición de la nacionalidad en las Declaraciones y en el PIDCP debilita mucho el reconocimiento de este derecho, dejando a los Estados una amplia discrecionalidad, en cuanto a las modalidades de su incorporación al derecho interno.

La obligación reconocida por el artículo 20.2 de la Convención Americana, que establece la obligación del Estado a otorgar la nacionalidad a toda persona nacida en su territorio a menos que el individuo tenga otra nacionalidad por *jussanguinis*, representa un avance muy importante en la materia.

La Convención de los Derechos del Niño (artículo 7) y la Convención sobre los Derechos de los Trabajadores Migratorios (artículo 29), al igual que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), reconocen el derecho del niño a una nacionalidad, sin precisar la naturaleza de las obligaciones correspondientes al Estado. La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (art. 34) establece una obligación programática de “facilitar en todo lo posible la asimilación y la naturalización de los refugiados” y la Convención sobre la

⁷⁶*Ibid.*, párr. 78.

Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (artículo 9) dispone que la mujer tendrá igual derecho que los hombres para adquirir una nacionalidad y para transmitirla a sus hijos.⁷⁷

El instrumento internacional que más contribuye a llenar el vacío dejado por las grandes declaraciones de derechos humanos y por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), con respecto a las obligaciones del Estado en esta materia es la Convención para Reducir los Casos de Apátrida.⁷⁸ Adoptada en 1954, la Convención obliga a los Estados partes a permitir la adquisición de su nacionalidad por *jussolis* y por *jussanguinis*, con respecto a personas que, de otra forma, quedarían apátridas.

La primera hipótesis se encuentra iniciando el artículo 1ro. de la Convención para Reducir los Casos de Apátrida que dice: “*Todo Estado contratante concederá su nacionalidad a la persona nacida en su territorio que de otro modo sería apátrida*”, precisando enseguida que la nacionalidad puede estar concedida “*de pleno derecho en el momento del nacimiento*” o “*mediante solicitud presentada ante la autoridad competente por el interesado o en su nombre, en la forma prescrita por la legislación del Estado de que se trate (...)*” (artículo 1, párrafo 1 a) y b).

En la segunda hipótesis, la solicitud no puede ser rechazada, a no ser por incumplimiento de algunas de las condiciones enumeradas taxativamente en el artículo 2 de la Convención, las cuales incluyen, en particular, un período de residencia (que no puede superar 10 años) y la ausencia de antecedentes penales graves (artículo 1, párrafo 2b) y c). Estas condiciones están a su vez sujetas a excepciones que facilitan la adquisición de la nacionalidad de una persona quien, de otro modo, quedaría apátrida (véanse los párrafos 3 y 5 del artículo 1). La Convención para Reducir los Casos de Apátrida también obliga al Estado Parte a otorgar su nacionalidad a personas nacidas fuera de su territorio, si uno de los padres es nacional en el momento del nacimiento y si el niño, de otra

⁷⁷O'DONNELL, Daniel, *Derecho internacional de los derechos humanos, Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, segunda edición, segundo tomo, México, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2012, p.601.

⁷⁸ *Diario Oficial de la Federación* del 20 de marzo de 2014.

manera, quedaría apátrida (artículo 4). Esta disposición está sujeta a condiciones similares a las que se aplican a la adquisición de nacionalidad por *jussoli* (artículo 4.1 b) y 4.2).

2.2.3.2. Derecho a la libertad de circulación

Los parámetros de la libertad de movimiento, también conocido como libertad de tránsito, son consagrados en forma distinta por las Declaraciones de 1948 y por los grandes pactos sobre derechos humanos.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, reconoce este derecho en cuanto a los nacionales, mientras que la Declaración Universal de Derechos Humanos es ambigua en la relación entre el sujeto del derecho y el sujeto de la obligación.

Las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y de la Convención Americana son más armoniosas en tanto ambos instrumentos reconocen a la persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado como titular de la libertad de circulación. Tanto el PIDCP como la Convención Americana reconocen la licitud de las restricciones a la libertad de circulación, sujetas a los principios de legalidad y necesidad.

Los bienes jurídicos que permiten la imposición de restricciones son:

- la seguridad nacional;
- la seguridad o el orden público;
- la moral;
- la salud pública;
- los derechos y libertades de los demás.

Artículo 12.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y 22.3 de la Convención Americana. A esta nómina, la Convención Americana agrega la prevención de infracciones. La Convención también contiene una disposición más flexible, que permite restricciones “*por razones de interés público*”, a condición de que sean establecidas por ley y sólo afecten a “*zonas determinadas*” (véase el artículo 22.4 de la Convención Americana, también aplicable a la libertad de residencia).

La Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados en su artículo 26 dispone, que *“Todo Estado Contratante concederá a los refugiados que se encuentren legalmente en el territorio el derecho de escoger el lugar de su residencia en tal territorio y de viajar libremente por él, siempre que observen los reglamentos aplicables en las mismas circunstancias a los extranjeros en general”*.

La libertad de movimiento es uno de los pocos derechos fundamentales de la persona consagrados en la Declaración Universal y otros instrumentos generales sobre la materia, que no figura en la Convención sobre los Derechos del Niño. La explicación parece ser que el principio de la unidad de la familia, uno de los principios básicos reconocidos por la Convención, prevalece sobre la libertad de residencia del niño como individuo.

El artículo 7.1 de la Convención Sobre los Derechos del Niño reconoce el derecho de estea *“conocer a sus padres y ser cuidado por ellos”*, y el 9.1 dispone que *“Los Estados partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos (...)”*, salvo en determinadas circunstancias excepcionales.

El artículo 18.1 reconoce la *‘responsabilidad primordial’* de los padres en la crianza del niño y el Estado, en virtud del artículo 5, se compromete a respetar *“las responsabilidades, los derechos y los deberes”* de los padres y la familia con respecto a la *“dirección y orientación”* del niño. La obligación de *“luchar contra los traslados y retenciones ilícitas de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero”* está reconocida por el artículo 11 de la CDN.

La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos reconoce la legitimidad de las restricciones a la libertad de circulación de extranjeros que representan un riesgo a la seguridad o al orden público, pero que no pueden ser devueltos a su país de origen en aplicación del principio de *non-refoulement* o por consideraciones afines.⁷⁹

Es importante mencionar la doctrina del Comité de Derechos Humanos sobre la obligación positiva del Estado frente a obstáculos y restricciones a la

⁷⁹ O'DONNELL, Daniel, *op. cit.*, p.621.

libertad de circulación impuestos por actores privados. La Observación General No. 27 establece al respecto lo siguiente:

El Estado Parte debe velar porque se protejan los derechos garantizados por el artículo 12, no sólo de la injerencia pública, sino también de la privada. En el caso de la mujer, esta obligación de proteger es particularmente importante. Por ejemplo, es incompatible con el párrafo 1 del artículo 12 que el derecho de la mujer a circular libremente y elegir su residencia esté sujeto, por la ley o por la práctica, a la decisión de otra persona, incluido un familiar.⁸⁰

La doctrina recalca que, para ser compatible con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), una restricción no debe ser discriminatoria. En particular, el requisito de que una mujer tenga permiso de su marido, padre u otro pariente masculino vulnera el derecho a salir de un país.⁸¹

2.2.3.3. Derecho al asilo o refugio

La Declaración Universal de Derechos Humanos consagra en su artículo 14.1 el derecho a “buscar asilo y a disfrutar de él, en cualquier país”. Este derecho se aplica en caso de persecución. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su artículo XXVII, consagra el derecho a “buscar y recibir asilo”, en caso de “persecución que no sea motivada por delitos de derecho común”.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, al igual que la Declaración, reafirma el derecho a buscar y recibir asilo en caso de “persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos” (artículo 22, párrafo 7). El asilo puede considerarse una contribución de Americana Latina al Derecho Internacional.

A finales del siglo XIX el Tratado de Derecho Penal Internacional dispuso que “El asilo es inviolable para los perseguidos por delitos políticos” y el Acuerdo

⁸⁰ONU, Comité de Derechos Humanos, *Libertad de circulación, Observación general No. 27*, 2 de noviembre 1999, párrafo 6, p.2.

⁸¹*Ibid.*, párr. 18, p. 4.

sobre Extradición adoptado por el Congreso Bolivariano en los albores del siglo XX estableció “No se acordará la extradición de ningún prófugo político criminal si el hecho por el cual se pide se considera en el Estado requerido como delito político o hecho conexo con él (...)”⁸²

El asilo *strictu sensu* es un concepto estrechamente vinculado con el delito político, mientras que el concepto de *refugiado* es más amplio. La definición contenida en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 se refiere a la persona:

*Que (...) debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él (artículo 1.A.2).*⁸³

Nunca se deberá negar a los menores no acompañados, independientemente de su edad, el acceso al procedimiento de asilo. Tras ser admitidos deberán pasar los procedimientos normales y ser eximidos de tramitaciones alternativas, como las relacionadas con “país tercero seguro” (admisibilidad), “claramente infundado” (acelerado) y “país de origen seguro”, y de cualquier suspensión de la consideración de su petición de asilo por ser originario de un “país en transición”.⁸⁴

2.2.3.4. Garantías procesales mínimas

Las decisiones sobre peticiones de asilo de menores deberán ser tomadas por una autoridad competente, en este caso por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados(ACNUR), concedora de asuntos de asilo y

⁸² *Tratado de Derecho penal internacional de Montevideo de 1889*, Acuerdo sobre extradición, artículo 16.

⁸³ O'DONNELL, Daniel, *op. cit.*, p. 638.

⁸⁴ ACNUR, *Declaración de buenas prácticas*, 2004, práctica 12. (a), p. 23, en línea: https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/buenas_practicas_menores_solos.pdf, (última visita 04 de octubre de 2016).

refugiados, así como de los instrumentos jurídicos relativos a los derechos del niño; si los menores reciben en primera instancia, una respuesta negativa, tendrán derecho a interponer un recurso. Los plazos para la presentación de recursos han de ser razonables.

Las peticiones presentadas por menores han de ser identificadas como tales y tramitadas prioritariamente, de forma que no tengan que esperar durante mucho tiempo la respuesta. Es conveniente que, en la atención a niños más pequeños o niños con discapacidades o aquellos que sufran traumas psicológicos, un experto independiente evalúe la capacidad del menor de expresar claramente un miedo bien fundado a la persecución e identifique cualquier dificultad que un menor pueda tener a la hora de contar incidentes dolorosos o de revelar información confidencial; en caso de ser necesaria la realización de entrevistas, éstas deberán llevarse a cabo de una forma agradable para los menores (descansos, ambiente no amenazante) y por unos agentes que dispongan de la formación necesaria para entrevistar a menores.

En cada entrevista, los menores han de estar acompañados por su representante legal y, si así lo desea el menor, por otra persona adulta importante (trabajador social, familiar, tutor, etc.). Los menores no acompañados deberán poder hacer su declaración a través de distintos medios, entre los que se incluyen la declaración oral, dibujos y escritos, entrevistas con expertos independientes grabadas en vídeo y la declaración por videoconferencia.⁸⁵

2.2.3.5. Criterios para la toma de decisión acerca de solicitudes de refugio de los MNA

La definición de refugiado es aplicable a cualquier persona, independientemente de su edad. Al buscar soluciones duraderas, se harán conforme los principios de la unidad familiar y el principio del interés superior del menor. Las autoridades deberán tomar en cuenta los criterios establecidos en el

⁸⁵ACNUR, *op.cit.*, prácticas 12.1.1, 12.1.2, 12.1.3, p. 24, en línea: https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/buenas_practicas_menores_solos.pdf, (última visita 04 de octubre de 2016).

Manual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), las Directrices sobre la Protección y el Cuidado de Niños Refugiados y las Directrices de 1997, que fijan principalmente:

- La edad y la madurez de un niño;
- Su nivel de desarrollo;
- La posibilidad de que los menores manifiesten sus miedos de forma diferente que los adultos;
- La probabilidad de que los menores tengan conocimientos limitados sobre las condiciones en sus países de origen;
- Las formas de violaciones de derechos humanos, especialmente aplicadas en menores, como, por ejemplo, el reclutamiento de niños en fuerzas armadas, la trata de niños con fines de prostitución, la explotación sexual, la mutilación genital femenina y el trabajo forzoso;
- La situación de la familia del menor en su país de origen y, en caso de que se conozcan, los deseos de los padres que habían enviado al menor fuera del país con el fin de protegerle;
- El hecho de que acciones perjudiciales que, al ser aplicadas a adultos puedan ser consideradas acoso o discriminación, podrán constituir un delito perseguible en caso de ser dirigidas contra menores;
- Por todo ello, en el estudio de sus peticiones puede ser necesario aplicar una visión más amplia de determinados factores objetivos y determinar, en base a esos factores, si un niño tiene un miedo bien fundado a la

persecución.⁸⁶

Los menores no acompañados que alcancen la mayoría de edad durante la tramitación de su solicitud de asilo seguirán beneficiándose de los mismos procedimientos especiales que los menores de 18 años. En este sentido han de

⁸⁶ACNUR, *op.cit.*, 2004, práctica 12.2.1, p. 25, en línea: https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/buenas_practicas_menores_solos.pdf, (última visita 04 de octubre de 2016).

eliminarse demoras innecesarias que puedan tener como consecuencia que el menor alcance la mayoría de edad durante el proceso.

2.2.3.6. Permanencia en el país de acogida/ país de asilo o refugio

El menor no acompañado permanecerá en el país de acogida si se cumplen una o más de las siguientes condiciones:

- El menor ha sido reconocido como refugiado, como una persona que necesita protección o asilo;
- Le ha sido concedido un estatus de facto o el permiso de residencia por razones humanitarias por falta de seguridad en caso de regreso a su país de origen, que se deba, por ejemplo, a conflictos armados y/o la imposibilidad de localizar a los padres del menor y la falta de un cuidador apropiado en el país de origen, o por razones médicas;
- El menor ha sido víctima de la trata de menores y no se pueden garantizar las condiciones de seguridad necesarias para regresar a su país de origen;
- Es evidente que la permanencia en el país responde al interés superior del menor.⁸⁷

2.2.3.7. Reagrupación familiar

A los menores no acompañados en busca de asilo que tienen un familiar o familiares en otro país, los Estados deberán facilitar de forma comprometida y proactiva la reagrupación familiar del menor en el país en que mejor se vea realizado su interés superior. En cualquier situación relacionada con un menor no acompañado, los Estados siempre deberán facilitar la reagrupación familiar en el país en que viva el menor, si ello representa el interés superior del menor. Cuando un menor no acompañado tiene a un familiar en un tercer país y tanto el menor como el familiar desean reagruparse en ese país, las autoridades

⁸⁷ACNUR, *op.cit.*, 2004, práctica 13.1, p. 27, en línea: https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/buenas_practicas_menores_solos.pdf, (última visita 04 de octubre de 2016).

responsables del bienestar infantil deberán llevar a cabo un meticuloso estudio de la idoneidad de ese familiar para el cuidado del menor.

2.2.3.8. Integración

Cuando un menor no acompañado haya recibido el permiso de permanecer en el país, las autoridades encargadas de la asistencia y bienestar infantil han de llevar a cabo un cuidadoso estudio de la situación del menor (tomando en cuenta su edad, sexo, historial de asistencia, salud física y mental, educación y la situación de su familia en el país de origen).

Previa consulta con el menor, se deberá organizar una acogida a largo plazo en la comunidad. Esta debería ser una continuación de los recursos de cuidado provisional que le hayan sido asignados. Por regla general es conveniente que niños menores de 15 y 16 años sean atendidos con familias de acogida de su propia cultura. Niños mayores podrían preferir estar acogidos en pequeños grupos con ambiente de hogar. El personal que les atiende ha de estar compuesto por educadores con una formación especial, conscientes de las necesidades culturales de menores no acompañados.

Los hermanos siempre deberán permanecer juntos en el mismo lugar, a no ser que deseen lo contrario o el hecho de permanecer juntos no responda a su interés superior. Cuando un grupo de hermanos viva de forma independiente, asumiendo la responsabilidad el mayor, éste deberá recibir apoyos y consejos especiales. A los menores no acompañados que hayan alcanzado la mayoría de edad se les deberá ofrecer ayuda a través de un programa “post-asistencial” con el fin ayudarles para una vida independiente.

Los derechos a la educación y formación profesional, a los cuidados sanitarios, a la ayuda lingüística y al empleo de los menores no acompañados deberán estar disponibles bajo las mismas condiciones que para los menores nacionales y encontrarse en concordancia con la legislación nacional. Aquellos menores no acompañados que hayan recibido el permiso de residencia por razones humanitarias, o a los que se les haya concedido cualquier otro estatus temporal que expira al alcanzar el menor la edad de 18 años, deberán ser

tratados de forma generosa en el momento en que alcancen la mayoría de edad, considerándose plenamente su condición de vulnerabilidad. Se les deberá permitir la permanencia en el país de acogida.

2.3. Garantía del debido proceso

El derecho a la libertad ocupa un lugar especial en la normativa internacional de los derechos humanos, pues con frecuencia la privación de libertad se convierte en un medio para atentar contra otros derechos fundamentales de la persona. En este sentido, la Corte Interamericana ha afirmado que:

(...) una 'persona ilegalmente detenida se encuentra en una situación agravada de vulnerabilidad, de la cual surge un riesgo cierto de que se le vulneren otros derechos, como el derecho a la integridad física y a ser tratada con dignidad'. (...) Igualmente, la Corte ha señalado que basta con que la detención ilegal haya durado breve tiempo para que se configure, dentro de los estándares del derecho internacional de los derechos humanos, una conculcación a la integridad psíquica y moral, y que cuando se presentan dichas circunstancias es posible inferir, aun cuando no mediaran otras evidencias al respecto, que el trato que la víctima recibió durante su detención fue inhumano y degradante.⁸⁸

La Convención sobre los Derechos del Niño reconoce el derecho del niño a ser protegido contra:

- las torturas;
- otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes;
- la pena capital;
- la prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación;
- la privación ilegal o arbitraria de su libertad.

⁸⁸Corte Interamericana de Derechos Humanos, Informe 35/08, caso 12.019 Admisibilidad y fondo Antonio Ferreira Braga, Brasil, 18 de julio de 2008, párr. 89.

Los artículos 37 y 40 de la CDN exigen que cualquier detención, encarcelamiento prisión de un niño se lleve a cabo de conformidad con la ley; se utilice tan sólo como medida de último recurso; y durante el período más breve que proceda.

Establece, además, condiciones adicionales para que cualquier niño privado de su libertad sea tratado con:

- humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana;
- de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad;
- esté separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario a su interés superior;
- mantenga el contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales;
- tenga derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada;
- tenga derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial;
- tenga derecho a una pronta decisión sobre dicha acción.

Los artículos 37 y 40 (administración de la justicia de menores) y el 39 (recuperación y reintegración), comprenden las disposiciones previstas por la Convención respecto del niño en conflicto con la justicia. El Comité sigue defendiendo ante los Estados Partes la conveniencia de una reforma global del sistema de justicia de menores, y cita estos artículos, las reglas y directrices de las Naciones Unidas en la materia.

Las disposiciones del artículo 37 referentes a la protección contra la tortura, las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes no admiten ninguna excepción e imponen a los Estados partes la obligación de proteger a los niños, con independencia de su situación o circunstancia.

Las medidas relativas a la privación de libertad no se aplican sólo a los niños que infringen la ley; muchos Estados autorizan la privación de libertad por

razones que nada tienen que ver con una infracción o un delito, alegando razones de “bienestar del niño” o de salud mental, y que afectan incluso a los demandantes de asilo o a los inmigrantes. El artículo 39 establece la obligación de promover la recuperación y la reintegración de todo niño víctima de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Artículo 40 párrafo 4 CDN (...) establece que todo niño que sea considerado acusado o declarado culpable de haber infringido las leyes tiene derecho a que se respeten sus derechos fundamentales, en particular el derecho a beneficiarse de todas las garantías de un procedimiento equitativo, incluso de disponer de asistencia jurídica o de otra asistencia adecuada en la preparación y presentación de su defensa. Siempre que sea posible, se evitará recurrir a procedimientos judiciales y al internamiento en instituciones.

Antes que internar en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción. Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones.

Se concluye que los niños solicitantes de asilo no deben ser detenidos en ningún momento, lamentablemente, algunas veces se detiene o se amenaza con detener a niños refugiados debido a su entrada ilegal o a la de sus padres en un país de asilo, tal es el caso de los MENA que al solicitar el refugio a las autoridades del INM, en tanto se tramita ante ACNUR la declaratoria de refugio, permanecen en las estancias del DIF, como resultado de no contar con la presencia de sus padres, un familiar cercano o un tutor que cuide de ellos en tanto se resuelve su estancia legal en el país, lo apropiado sería, optarse por los hogares de guarda con familias que acepten cuidar de ellos como un miembro más de la familia, para que el MENA no tenga que permanecer recluido mientras su trámite se resuelve.

Capítulo 3

Efectos de la repatriación en el fenómeno de la migración de los menores no acompañados nacionales y el retorno asistido en los extranjeros

El fenómeno migratorio en el mundo globalizado no solo afecta a los adultos sino a los niños, niñas y adolescentes que en virtud de la problemática económica que sufren los Estados con índices de pobreza extrema en donde los gobiernos han rezagado la ayuda social, y justifican el incumplimiento de los derechos de tercera generación donde se destacan el derecho a la paz, a la independencia económica y política, al medio ambiente, al desarrollo que permita una vida digna, a que sus economías carecen de medios para cumplir con tales derechos y que la abstención del Estado en el otorgamiento a los titulares de éstos, ha orillado a distintas comunidades donde convergen la ignorancia, la delincuencia organizada, la falta de oportunidades, los malos tratos provenientes de familias disfuncionales, o el abuso a que son sometidos, a que los niños, niñas y adolescentes se vean obligados a emigrar a otros países, para ir en busca de mejores oportunidades, como una forma de protegerse del crimen organizado o tratando de reunificarse con su familia, ello conlleva a que se vean involucrados en infinidad de situaciones peligrosas y en el último de los casos se conviertan en víctimas de grupos delincuenciales; que sufran abusos por parte de algunas autoridades como son las policías; caigan en manos de la delincuencia organizada o bien que a los niños, niñas y adolescentes extranjeros que son presentados ante la autoridad migratoria mexicana no les sean garantizados sus derechos consagrados en la Convención de los derechos del Niño, tales como tener pleno acceso a la educación, salud y rehabilitación de esta, malos tratos, violencia y que no se tome en cuenta el interés superior del niño.

3.1. Medidas necesarias para el trato de menores no acompañados

3.1.1. Evaluación y medidas iniciales

Las medidas que se adopten para atender las necesidades de protección de los menores no acompañados o separados de su familia, su secuencia y prioridad, se regirán por el principio del interés superior del menor. El necesario proceso de evaluación inicial comprende las siguientes etapas:

Determinación, con carácter prioritario, de la condición de menor no acompañado o separado de su familia inmediatamente tras su llegada al puerto de entrada o tan pronto como las autoridades tomen conocimiento de su presencia en el país. Las medidas incluirán la determinación de la edad, para lo cual no sólo debe tenerse en cuenta el aspecto físico del individuo, sino también su madurez psicológica. Además, la evaluación deberá realizarse con criterios científicos, seguridad e imparcialidad, atendiendo al interés del menor y a consideraciones de género, evitando todo riesgo de violación de su integridad física, respetando debidamente su dignidad humana y, en caso de incertidumbre, otorgando al individuo el beneficio de la duda, de manera que en la hipótesis de que se trate de un menor, se lo trate como tal.⁸⁹

Al momento de recibir al menor no acompañado independientemente si es nacional o extranjero la autoridad migratoria debe realizar una entrevista inicial adaptada a las necesidades, edad y sexo del menor, realizada por profesionales calificados en un idioma que el menor pueda comprender, que permita reunir datos y antecedentes personales para determinar su identidad e incluso, de ser posible, la identidad de los padres y otros hermanos, así como la ciudadanía del menor, sus hermanos y padres, aclarando que para los menores nacionales dicha entrevista la realiza el consulado mexicano en Estados Unidos de América y al ser repatriado a México, el INM solo corrobora con el menor que los datos estén correctos.

⁸⁹ UNICEF, *Observaciones generales del comité de los derechos del niño*, Italia, Centro de Investigaciones Innocenti, 2006, párr. 31, pp. 59- 60.

Respecto de los menores extranjeros no acompañados MENA,⁹⁰ al ser detectados en aeropuertos, terminales de autobuses o puestos migratorios sin contar con documentos, son remitidos al INM, quien realiza la entrevista referida y se pone en contacto con el consulado del país a que pertenece conforme a la Convención de Viena Sobre Relaciones Consulares.⁹¹

Continuando con el proceso de recabar datos del menor extranjero, la autoridad migratoria deberá atender a la situación concreta del menor, debe consignarse la siguiente información adicional:

- Razones por las que está separado de su familia o no acompañado;
- Evaluación de aspectos de vulnerabilidad, en especial relativos a la salud, y de índole física, psicosocial y material, y de otras necesidades de protección como las derivadas de la violencia en el hogar, la trata o el trauma;
- Toda la información de que se disponga para determinar la posible existencia de necesidades de protección internacional, como las basadas en "fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas" en el país de origen (párrafo 2 de la sección A del artículo 1 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados), las derivadas de una agresión exterior, ocupación, dominación extranjera o hechos que perturben gravemente el orden público (párrafo 2 del artículo 1 de la Convención Africana sobre Aspectos Específicos de los Problemas de los Refugiados en África), o las provocadas por los efectos indiscriminados de la violencia generalizada;

⁹⁰VESTRI, Gabriel, Nuria, González, *Los menores de edad migrantes no acompañados y sus exigencias jurídicas*, manifiestan que ACNUR define el término MENA (Menor Extranjero No Acompañado), según la cual son "los niños y adolescentes menores de 18 años que se encuentran fuera de su país de origen y se hallen separados de ambos padres o de la persona que por ley o costumbre los tuviera a su cargo", España, Centro Euro-Árabe de Estudios Jurídicos Avanzados Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España, 2013, p. 42.

⁹¹ *Convención de Viena Sobre Relaciones Consulares*, artículo 5 donde establece que "Las funciones consulares consistirán en:

a) proteger en el Estado receptor los intereses del Estado que envía y de sus nacionales, sean personas naturales o jurídicas, dentro de los límites permitidos por el derecho internacional;"; Diario Oficial de la Federación del 11 de septiembre de 1968.

- Tan pronto como sea posible, entregar a los menores no acompañados o separados de su familia los documentos personales de identidad, mismos que la autoridad migratoria INM deberá solicitar al consulado de su país de origen;
- Localización inmediata de los miembros de la familia (párrafo 2 del artículo 22, párrafo 3 del artículo 9 y párrafo 2 del artículo 10 de la Convención sobre los Derechos del Niño);⁹²
- Todas las decisiones ulteriores acerca de la residencia y el estatuto del menor en el territorio del Estado se basarán en las conclusiones de una evaluación inicial de las medidas de protección, realizada con arreglo a los procedimientos mencionados *supra*. Los Estados se abstendrán de hacer seguir a los menores no acompañados y separados de su familia los procedimientos de solicitud de asilo si su presencia en el territorio no plantea problemas de protección internacional de los refugiados, sin perjuicio de la obligación de los Estados de invitar a los menores no acompañados o separados de su familia a que se conformen a los procedimientos pertinentes de protección del menor, como los previstos en la legislación de protección de la infancia.⁹³
- Tan pronto como sea posible, entrega a los menores no acompañados o separados de su familia de documentos personales de identidad.
- Comienzo inmediato de la localización de los miembros de la familia (párrafo 2 del artículo 22, párrafo 3 del artículo 9 y párrafo 2 del artículo 10 Convención sobre los Derechos del Niño).

3.1.2. Nombramiento de tutor, asesor y representante legal (párrafo 2 del artículo 18 y párrafo 1 del artículo 20)

Los Estados deben crear un marco jurídico de base y adoptar las medidas necesarias para que el interés superior del menor no acompañado o separado de

⁹²*Diario Oficial de la Federación* del 25 de enero de 1991.

⁹³UNICEF, *Observaciones generales del comité de los derechos del niño*, Italia, Centro de Investigaciones Innocenti, 2006, párr. 31, p. 60.

su familia esté debidamente representado. Tan pronto como se determine la condición de menor no acompañado o separado de su familia, se nombrará un tutor o asesor que desempeñarán sus funciones hasta que el menor llegue a la mayoría de edad o abandone permanentemente el territorio o la jurisdicción del Estado de conformidad con la Convención u otras obligaciones internacionales.⁹⁴ Se consultará e informará al tutor de todas las medidas adoptadas en relación con el menor.⁹⁵

El tutor estará autorizado a asistir a todos los procedimientos de planificación y adopción de decisiones, incluidas las comparecencias ante los servicios de inmigración y órganos de recurso, los encaminados a definir la atención del menor y buscar una solución duradera. El tutor o asesor tendrá los conocimientos necesarios especializados en atención de la infancia, para que los intereses del menor estén protegidos y sus necesidades en materia jurídica, social, sanitaria, psicológica, material y educativa, etc., debidamente satisfechas. Servirá de vínculo entre el niño y los especialistas, organismos e individuos que prestan la atención permanente que el menor necesita.⁹⁶

No podrán ejercer la función de tutor los organismos o individuos cuyos intereses puedan entrar en conflicto con los del menor. Por ejemplo, quedarán excluidos de la función de tutor los adultos no pertenecientes a la familia cuya relación principal con el menor sea la de empleador.

En el caso de un menor separado de su familia, normalmente se nombrará tutor al familiar adulto que lo acompañe o quien le dispense cuidados sin ser familiar directo, salvo que haya indicios de que ese arreglo no va a beneficiar al menor, por ejemplo, cuando éste haya sido maltratado por el adulto acompañante.⁹⁷ Cuando un menor esté acompañado por un adulto o una persona

⁹⁴ ACNUR, *Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado*, Párr. 214.

⁹⁵ Para el caso de los MENA es el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia SNDIF O DIF (es una institución pública mexicana de asistencia social fundada en 1977, que se enfoca en desarrollar el bienestar de las familias mexicanas.), a través de la Procuraduría de la Defensa del Menor quien funge como tutor o representante del menor para cualquier trámite donde se requiera representatividad.

⁹⁶ UNICEF, *Convención sobre los Derechos del Niño*, Madrid, Nuevo Siglo, 2006, Párr. 2 del artículo 18, p. 16.

⁹⁷ UNICEF, *Menores Separados*: “son aquellos que quedan separados de ambos progenitores o de sus anteriores tutores legales o cuidadores habituales, pero no necesariamente de otros familiares. Esto puede incluir, por tanto, a niños acompañados por otros familiares adultos”, en línea:

que lo cuida sin ser pariente, deberá analizarse con más detenimiento la idoneidad de éste para actuar de tutor. Si el tutor puede atender al menor cotidianamente y está dispuesto a hacerlo, pero no puede representar debidamente el interés superior del menor en todos los campos y ámbitos de su vida, deberán adoptarse medidas complementarias (por ejemplo, el nombramiento de un asesor o representante legal).

Deberán establecerse y aplicarse mecanismos que permitan evaluar el ejercicio de la tutoría, a fin de que el interés superior del menor esté representado durante todo el proceso de adopción de decisiones y, en particular, se prevengan los malos tratos.

Cuando un menor sea parte en procedimientos de asilo,⁹⁸ refugio⁹⁹ u otros procedimientos administrativos o judiciales, además del tutor, se le nombrará un representante legal.

Se informará en todo caso al menor de las decisiones tomadas respecto de la tutela y la representación legal, y se tendrá en cuenta su opinión.

En las emergencias de gran escala, cuando sea difícil nombrar tutores individuales, los Estados y las organizaciones de ayuda a la infancia deberán proteger y promover el interés superior de los menores separados de su familia.

Los MENA cuando piden refugio a las autoridades del INM, esta dependencia enviará la solicitud a Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados(COMAR), la cual cuenta con tres oficinas para cubrir las necesidades de refugio en todo el país, Tapachula, Chiapas, Acayucan, Veracruz y en la

http://www.unicef.org/spanish/protection/index_57906.html, (última visita 9 de octubre de 2016).

⁹⁸ El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define el asilo político como: asilo que se concede a un extranjero desterrado o huido de su país por motivos políticos, ACNUR define al “solicitante de asilo” es quien solicita el reconocimiento de la condición de refugiado y cuya solicitud todavía no ha sido evaluada en forma definitiva, en línea: <http://www.acnur.org/a-quien-ayuda/solicitantes-de-asilo/>, (última visita 09 de Octubre de 2016).

⁹⁹La Convención de Ginebra de 1951, artículo 1º define como refugiado: “Una persona que, debido a un miedo fundado de ser perseguido por razones de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social determinado u opinión política, se encuentra fuera de su país de nacimiento o residencia habitual y no puede, o debido a tal miedo, no está dispuesto a servirse de la protección de aquel país, o regresar a él por temor a ser perseguido”. Convención sobre el estatuto de refugiados, Diario Oficial de la Federación del 25 de agosto de 2000.

Ciudad de México, las tres oficinas no son suficientes para dar trámite de forma pronta a las solicitudes en todo el territorio nacional de aquellos que piden refugio, ocasionando que los menores permanezcan en las estancias del DIF hasta que COMAR investigue si es o no procedente su petición, contando con 45 días para resolver, por tanto el MENA solicitante debe permanecer en la estancia del DIF asignada en razón de que no cuenta con sus padres ni un adulto que cuide de él.¹⁰⁰

Es indispensable priorizar las solicitudes de la condición de refugiado de niños, considerando su vulnerabilidad y necesidades especiales, así como realizar todos los esfuerzos posibles por llegar a una decisión pronta y justa.¹⁰¹

En las obligaciones jurídicas contraídas por los Estados Partes de la ONU, con referencia a todos los menores no acompañados o separados de su familia que se encuentren dentro de su territorio, las Naciones Unidas han articulado medidas para el cumplimiento de las mismas, como lo establece la observación general N° 6 (2005) de las Naciones Unidas, en el párrafo 13 que dice:

Las obligaciones resultantes de la Convención de los Derechos del Niño, en lo que concierne a los menores no acompañados y separados de su familia se extienden a todos los poderes del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial). Se incluyen entre ellas la obligación de *promulgar legislación*, crear estructuras administrativas, y articular las actividades de investigación, información, acopio de datos y de formación general, necesarias para apoyar estas medidas. Estas obligaciones jurídicas tienen carácter tanto negativo como positivo, pues obligan a los Estados no sólo a abstenerse de medidas que infrinjan los derechos del menor, sino también a tomar medidas que garanticen el disfrute de estos derechos sin discriminación. Las referidas responsabilidades no se circunscriben a dar protección y asistencia a los menores que están ya en situación de no acompañados o separados de su familia, pues incluyen también medidas

¹⁰⁰Tal como lo refirió en la entrevista realizada con el Subdelegado Local de la Delegación Federal del INM, Licenciado Marte Antonio Camacho Solano, en entrevista realizada el 27 de septiembre de 2016, obrante en apéndice, pp. 148-150.

¹⁰¹OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS GINEBRA, *Directrices sobre políticas y procedimientos relativos al tratamiento de niños no acompañados solicitantes de asilo*, Determinación de la condición de refugiado, 1997, p.2.

preventivas de la separación (en particular, la aplicación de salvaguardias en caso de evacuación). El aspecto positivo de estos deberes de protección incluye también que los Estados han de tomar todas las disposiciones necesarias para identificar a los menores en situación de no acompañados o separados de su familia lo antes posible, particularmente en la frontera, a procurar la localización y, si resulta posible y redundante en el interés superior del menor, reunir lo antes posible a éste con su familia.¹⁰²

Para evitar que los MENA permanezcan por largos periodos de tiempo privados de su libertad en la estancia del DIF, el Estado receptor debe acatar lo siguiente:

En cada país, las autoridades competentes deberían redactar un documento en el que se enunciaran los derechos de los niños en acogimiento alternativo de conformidad con las Directrices de la ONU. Los niños en acogimiento alternativo deberían poder comprender plenamente las normas, reglamentos y objetivos del entorno de acogida y los derechos y obligaciones que les incumben en este.¹⁰³

Para evitar que los niños, niñas o adolescentes no acompañados queden por largos periodos en las estancias DIF sin poder salir de ellas, sobre todo los extranjeros, se puede optar por implementar las medidas sugeridas por las Naciones Unidas en *las directrices*¹⁰⁴ *sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños*, de la Asamblea General del 24 de febrero de 2010, que sugiere a los estados receptores la creación de lo siguiente:

- Acogimiento informal

¹⁰² ONU, *Convención sobre los Derechos del Niño, Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, observación general N° 6* (2005), CRC/GC/2005/6 1º de septiembre de 2005, párrafo 13.

¹⁰³ ONU, Asamblea General, 64/142. *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños*, Párrafo 71, p. 14.

¹⁰⁴ SAVE THE CHILDREN, *Resumen de política 2012*, Las Líneas Directrices proporcionan un marco internacional de los derechos del niño basado en principios vinculados a la protección del niño sin cuidado apropiado o en riesgo de estarlo, en línea: http://resourcecentre.savethechildren.se/sites/default/files/documents/international_guidelines_for_alternative_care_of_children-_spanish.pdf, (última visita 10 de octubre de 2016).

- Con objeto de que las condiciones en el acogimiento informal por familias o personas sean apropiadas, los Estados deberían reconocer la función desempeñada por ese tipo de acogimiento y adoptar medidas adecuadas para que se ejerza de forma óptima sobre la base de una evaluación de los entornos particulares que pueden necesitar especial asistencia o supervisión.
- Cuando corresponda, las autoridades competentes deberían alentar a los acogedores informales a que notifiquen la modalidad de acogimiento y procurar que tengan acceso a todos los servicios y medios disponibles que puedan ayudarles a cumplir su obligación de cuidado y protección del niño.
- El Estado debería reconocer la responsabilidad de facto de los acogedores informales del niño.
- Los Estados deberían elaborar medidas especiales apropiadas a fin de proteger a los niños en acogimiento informal contra el abuso, el descuido, el trabajo infantil y toda forma de explotación, con particular atención al acogimiento informal ejercido por personas sin vínculo familiar, o por familiares no conocidos previamente por el niño o lejos del lugar de residencia habitual del niño.¹⁰⁵

Las Líneas Directrices proporcionan un marco internacional de los derechos del niño basado en principios vinculados a la protección del niño sin cuidado apropiado o en riesgo de estarlo y tienen como objetivo:

- Apoyar los esfuerzos desplegados para mantener o reintegrar a los NNA en el núcleo familiar, cuando esto no sea posible, encontrar otra solución apropiada y permanente.
- Asegurar –al no encontrar una solución permanente que sea conforme al interés superior del niño–, que los gobiernos identifiquen y proporcionen formas adecuadas de cuidado alternativo que estimulen el desarrollo pleno y armonioso del niño o niña.

¹⁰⁵ ONU, *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños*, Resolución aprobada por la Asamblea General 64/142, 24 de febrero de 2010, párrs. 75 - 78, p. 14.

- Ayudar y alentar a los gobiernos a asumir mejor sus responsabilidades y obligaciones de protección de los NNA, teniendo en cuenta las dificultades socio-económicas y culturales que viven las familias.
- Orientar a los sectores públicos y privados, incluida la sociedad civil, en sus políticas, decisiones y actividades relacionadas con la protección social y el bienestar del niño.¹⁰⁶

3.1.3. Atención y alojamiento (artículos 20 y 22)

Los menores no acompañados o separados de su familia que están privados temporal o permanentemente de su medio familiar, son los destinatarios de las obligaciones que impone el Estado en el artículo 20 de la Convención de los Derechos del Niño, y tendrán derecho a recibir la protección y la asistencia especiales del Estado en cuestión.

Los mecanismos establecidos en el derecho nacional para ofrecer otras formas de atención a los menores no acompañados o separados de su familia con arreglo al artículo 22 de la Convención también ampararán a los menores fuera de su país de origen. Existe un amplio abanico de opciones para la atención y el alojamiento, que se reconocen expresamente en el párrafo 3 del artículo 20: "... entre otras cosas, la colocación en los hogares de guarda, la kafala del derecho islámico,¹⁰⁷ la adopción o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores".

Al elegir una de esas opciones, se tendrán en cuenta las vulnerabilidades particulares del menor, no sólo por haber quedado desconectado de su medio familiar, sino también por encontrarse fuera de su país de origen, así como la

¹⁰⁶SAVE THE CHILDREN, *Resumen de política 2012*, en línea:

http://resourcecentre.savethechildren.se/sites/default/files/documents/international_guidelines_for_alterative_native_care_of_children-spanish.pdf, (última visita 10 de octubre de 2016).

¹⁰⁷DIAGO, María del Pilar, La Kafala es una institución propia del mundo islámico por el cual el kafil (titular de la Kafala) adquiere el compromiso de hacerse cargo voluntariamente del cuidado, de la educación y de la protección del menor (makful) de la misma manera que un padre lo haría para con su hijo. Es importante resaltar la manera gráfica en que se describe las obligaciones que derivan de la Kafala tanto en el Código Argelino de estatuto personal, *La kafala islámica en España La Kafala islámica: caracterización general*, España, Universidad de Zaragoza, 2010, p. 140, en línea:

<http://www.millenniumdipr.com/archivos/1350316352.pdf>, (última visita 19 noviembre de 2016).

edad y el sexo del menor. En particular, se prestará especial atención a la conveniencia de que haya continuidad en la crianza del menor, acorde a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico, que se habrá evaluado en el proceso de identificación, registro y documentación. Al tomar las medidas de atención y alojamiento, deberán tenerse en cuenta los parámetros siguientes:

- Por regla general, no se privará de libertad a los menores.
- Para que haya continuidad en la atención y atendiendo al interés superior del niño, sólo se cambiará la residencia de los menores no acompañados o separados de su familia cuando con el cambio se preserve el interés superior del menor.
- De acuerdo con el principio de unidad familiar, se mantendrán juntos a los hermanos.
- Se permitirá al menor que llegue acompañado de parientes o los tenga en el país de asilo, permanecer con éstos, salvo si ello es contrario al interés superior del menor. Dada la particular vulnerabilidad del niño, el personal de asistencia social realizará evaluaciones periódicas.
- Independientemente de los cuidados que se dispensen a los menores no acompañados o separados de su familia, se mantendrán una supervisión y evaluación periódicas por parte de personal calificado para velar por su salud física y psicológica, la protección contra la violencia en el hogar o la explotación, y el acceso a formación profesional y educativa, y las oportunidades correspondientes.
- Los Estados y otras organizaciones adoptarán medidas que garanticen la protección eficaz de los derechos de los menores no acompañados o separados de su familia que viven en hogares encabezados por un menor.
- En las emergencias de grandes proporciones, se prestará asistencia provisional durante el período más breve, acorde con las necesidades de los menores no acompañados. Esta atención provisional está orientada a su seguridad y equilibrio físico y emocional, en un ambiente que estimule su desarrollo general.

- Se mantendrá informados a los menores de las disposiciones para su atención y se tendrán en cuenta sus opiniones.¹⁰⁸

Todas las personas que trabajen con menores no acompañados y separados han de saber que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a su intimidad y a una relación confidencial con su tutor, su representante legal y cualquier otro defensor.¹⁰⁹

3.2. La preponderancia en garantizar los derechos sociales y de seguridad de los menores no acompañados

3.2.1. Pleno acceso a la educación (artículos 28, 29 1) c), 30 y 32)

Los Estados garantizarán el acceso permanente a la educación durante todas las etapas del ciclo de desplazamiento.

Los Estados Contratantes concederán a los refugiados el mismo trato que a los nacionales en lo que respecta a la enseñanza elemental. Los Estados Contratantes concederán a los refugiados el trato más favorable posible y en ningún caso menos favorable que el concedido en las mismas circunstancias a los extranjeros en general, respecto de la enseñanza distinta de la elemental y en particular respecto a acceso a los estudios, deberá hacerse el reconocimiento de certificados de estudios en el extranjero, exención de derechos, cargas y concesión de becas. Artículo 22, fracciones 1 y 2 de la Convención Sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951.

Todo menor no acompañado o separado de su familia, independientemente de su estatuto, tendrá pleno acceso a la educación en el país de acogida conforme el artículo 28, apartado c) del párrafo 1 del artículo 29, y artículos 30 y 32 de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como de los principios generales formulados por el Comité. El acceso será sin discriminación y, en particular, las niñas no acompañadas y separadas de su familia tendrán acceso igualitario a la enseñanza formal y la no académica, incluida la formación

¹⁰⁸UNICEF, *Observaciones generales del comité de los derechos del niño*, Atención y alojamiento, artículos 20 y 22, Italia, Centro de Investigaciones Innocenti, 2006, párr.40, p. 61.

¹⁰⁹ ACNUR, UNICEF, SAVE THE CHILDREN, *Declaración de buenas prácticas*, Atención y alojamiento, 4ta. ed., España, ACNUR, UNICEF, SAVE THE CHILDREN, 2009, p.30.

profesional a todos los niveles. También se garantizará el acceso a la educación de calidad a los niños con necesidades especiales, en particular los niños con discapacidad.

Los Estados partes en la Convención se comprometen a respetar la libertad de los padres, cuando por lo menos uno de ellos sea trabajador migratorio, y, en su caso, de los tutores legales para hacer que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. Todos los hijos de los trabajadores migratorios gozarán del derecho fundamental de acceso a la educación en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate.

El acceso de los hijos de trabajadores migratorios a las instituciones de enseñanza preescolar o las escuelas públicas no podrá denegarse ni limitarse a causa de la situación irregular en lo que respecta a la permanencia o al empleo de cualquiera de los padres, ni del carácter irregular de la permanencia del hijo en el Estado de empleo, artículos 12.4 y 30 Part III de la Convención Internacional Sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de 1990.

Los Estados partes respetarán los derechos enunciados en la 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.

Así mismo reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular:

- (a) Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos;
- (b) Fomentar el desarrollo en sus distintas formas de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella y adoptar medidas apropiadas tales

como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad;

(c) Hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad por cuantos medios sean apropiados;

(d) Hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas; artículos 2 y 28 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

Lo antes posible, se inscribirá a los menores no acompañados o separados de su familia ante las autoridades escolares competentes y se les ayudará a que aprovechen al máximo las oportunidades de aprendizaje. Los menores no acompañados o separados de su familia tienen derecho a mantener su identidad y sus valores culturales y, en especial a conservar y cultivar su idioma nativo. Todos los adolescentes tendrán acceso a cursos de formación o educación profesional y, los más pequeños, a programas de estimulación precoz del aprendizaje. Los Estados velarán por que los menores no acompañados o separados de su familia reciban certificados escolares u otros documentos donde conste su nivel de educación, en particular cuando se preparan para la reinstalación, el reasentamiento o el retorno.¹¹⁰

En especial cuando su capacidad no sea suficiente, los Estados aceptarán y facilitarán la ayuda ofrecida por el UNICEF,¹¹¹ la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), el ACNUR y otros organismos de las Naciones Unidas en el marco de sus respectivos mandatos y, cuando corresponda, de otras organizaciones intergubernamentales o no gubernamentales competentes (párrafo 2 del artículo 22 Convención Sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951) a fin de satisfacer las necesidades de educación de los menores no acompañados o separados de su familia.

¹¹⁰UNICEF, *Observaciones generales del comité de los derechos del niño*, Observación general N.º 6 trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, Italia, Centro de Investigaciones Innocenti, 2006, párr. 42, p.62.

¹¹¹UNICEF, significa Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, en inglés United Nations Children's Fund, y es un organismo de la Organización de las Naciones Unidas, tiene como objetivo promover la defensa de los derechos de los niños, suplir sus necesidades básicas y contribuir a su desarrollo, en línea: <http://> (última visita 11 de octubre 2016).

En si los objetivos de la educación son que el Estado debe reconocer que la educación debe ser orientada a desarrollar la personalidad y las capacidades del niño, a fin de prepararlo para una vida adulta activa, inculcarle el respeto de los derechos humanos elementales y desarrollar su respeto por los valores culturales y nacionales propios y de civilizaciones distintas a la suya.¹¹²

3.2.2. Derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de enfermedades y la rehabilitación de la salud (artículos 23, 24 y 39)

Al reconocer el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud con arreglo al artículo 24 de la Convención de los Derechos del Niño, los Estados se obligan a proporcionar a los menores no acompañados o separados de su familia el mismo acceso a la atención de la salud que los nacionales.

Es obligación de los Estados examinar y evaluar las dificultades y vulnerabilidades peculiares de los menores. Tomando en cuenta, que un menor no acompañado ha quedado separado de su familia y también, en mayor o menor grado ha experimentado pérdidas, traumas, perturbaciones y violencia. Muchos de esos menores en especial los refugiados, han experimentado además la violencia generalizada y la tensión asociada con un país en guerra, lo que puede haberles creado sentimientos profundos de desamparo y haber socavado su confianza infantil en los demás.

Por otro lado, las niñas son particularmente susceptibles a la marginación, la pobreza y el sufrimiento durante los conflictos armados, y muchas habrán sufrido la violencia por motivos de género en ese contexto. El trauma profundo sufrido por muchos niños afectados exige una especial sensibilidad y cuidado en su atención y rehabilitación.

En el artículo 39 de la Convención de los Derechos del Niño se establece la obligación de los Estados de proporcionar servicios de rehabilitación a las menores víctimas de cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u

¹¹²UNICEF, *Convención sobre los Derechos del Niño*, artículo 29- 1), Madrid, Nuevo Siglo, 2006, pp. 22 - 23.

otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Para facilitar la recuperación y reintegración, se establecerán servicios de atención de la salud mental culturalmente adecuados y atentos a las cuestiones de género, y se prestará asesoramiento psicosocial calificado.

Como lo refiere el Comité de los Derechos del Niño, los Estados Parte han incumplido con su obligación de brindar Protección de la Salud y Seguridad Social, tal como acontece con el Estado mexicano que si bien es cierto ha legislado respecto a la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes como se aprecia en los ordenamientos denominados Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes;¹¹³Ley para la Protección y Defensa de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes para el Estado de Baja California,¹¹⁴ también es cierto que no es suficiente legislar respecto de tal o cual derecho humano, sino la importancia radica en garantizarlos de forma efectiva. Por esta causa el Comité ha adoptado la siguiente Observación General para sensibilizar a los Estados Partes y facilitarles orientación y apoyo en sus esfuerzos para garantizar el respeto, protección y cumplimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, incluso mediante la formulación de estrategias y políticas específicas:

El Comité entiende que las ideas de “salud y desarrollo” tienen un sentido más amplio que el estrictamente derivado de las disposiciones contenidas en los artículos 6 (Derecho a la vida, supervivencia y desarrollo) y 24 (Derecho a la salud) de la Convención de los Derechos del Niño. Los objetivos principales de esta Observación General es precisamente determinar los derechos humanos que han de fomentarse y protegerse para garantizar a los adolescentes el disfrute del más alto nivel posible de salud, el desarrollo de forma equilibrada y una preparación adecuada para entrar en la edad adulta y asumir un papel constructivo en sus comunidades y sociedades en general.

Esta Observación General deberá ser compatible con la Convención y con sus dos Protocolos Facultativos sobre los Derechos del Niño, la Prostitución

¹¹³ Diario Oficial de la Federación del 29 de mayo de 2000.

¹¹⁴Publicada en el *Periódico Oficial* No. 18, Sección I, Tomo CXXII, de fecha 17 de abril de 2015.

Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía, y sobre la Participación de Niños en los Conflictos Armados, así como con otras normas y reglas internacionales pertinentes sobre derechos humanos, entre ellos figuran el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención Internacional Sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias y la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer.¹¹⁵

Los Estados aceptarán y facilitarán, sobre todo cuando su capacidad no sea suficiente, la ayuda ofrecida por el UNICEF, la Organización Mundial de la Salud (OMS), el Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA (ONUSIDA), el ACNUR y otros organismos (párrafo 2 del artículo 22) en lo atinente a sus respectivos mandatos y, cuando proceda de otras organizaciones intergubernamentales o no gubernamentales competentes, a fin de satisfacer las necesidades sanitarias y de atención de la salud de los menores no acompañados o separados de su familia.

También es cierto que el Estado debe adoptar medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas al respecto, para evitar que los niños tengan acceso al uso de drogas. El artículo 33 hace hincapié en la protección y la prevención, y debe leerse en el contexto del conjunto de la Convención. Los tratados internacionales han identificado decenas de drogas y sustancias que deben ser sometidas a fiscalización, dentro de las siguientes amplias agrupaciones:

- Opio y opiáceos, naturales o sintéticos (alcaloides, morfina, heroína);
- Hojas de coca y cocaína;
- Cannabis y sus derivados (marihuana);

¹¹⁵UNICEF, y el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF), *Observaciones generales del comité de los derechos del niño, Observación general N.º 4*, La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, México, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, UNICEF, 2014, párr.4, p. 42.

- Toda sustancia psicotrópica/psicoactiva capaz de producir un estado de dependencia o de abuso.¹¹⁶

También existen drogas que pueden causar alteraciones mentales, perjudicar la salud o crear adicción (por ejemplo, el alcohol, el tabaco, o disolventes como los pegamentos), pero que no están sometidas a fiscalización en los tratados internacionales, aunque en muchos Estados sea “ilícito” su consumo por parte de menores.

El uso abusivo de drogas se ha convertido en una amenaza para un gran número de jóvenes en todo el mundo y, cada vez más, también para los niños, e incluso provoca daños permanentes antes del nacimiento. Para evitar esta tragedia, los gobiernos y los organismos intergubernamentales deberían adoptar medidas concertadas para luchar contra la producción, el suministro, la demanda, la distribución y el tráfico ilícitos de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.

Igualmente, importantes son las actividades comunitarias y la educación, elementos esenciales para reducir tanto la oferta como la demanda de drogas ilícitas. El uso abusivo del tabaco y del alcohol también es un problema que requiere la adopción de medidas, sobre todo de carácter preventivo, a través la educación de los jóvenes.¹¹⁷

En la actualidad no existe legislación en Baja California que obligue a los menores o a quienes ejercen la patria potestad a someterlos a tratamientos de rehabilitación, ni el Estado ha tomado medidas para obligar a los consumidores de drogas y estupefacientes a que forzosamente se sometan a tratamientos para el abandono del uso y abuso de las mismas lo que ha conllevado a un problema de salud pública en ciertas zonas y ciudades, dónde se ven involucrados niñas, niños y adolescentes en el consumo de drogas.

¹¹⁶UNICEF, *Manual de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*, interpretación del artículo 33, Nueva York, UNICEF, 2004, p. 535.

¹¹⁷ Declaración Mundial sobre la Supervivencia, la Protección y el Desarrollo del Niño, *Plan de acción para la aplicación de la declaración mundial sobre la supervivencia, la protección y el desarrollo del niño en el decenio de 1990*, Medidas específicas relacionadas con la supervivencia, la protección y el desarrollo del niño, Niños en circunstancias especialmente difíciles, Nueva York, 1990, párr. 24.

3.2.3. Prevención de la trata y de la explotación sexual y de otra naturaleza, así como de los malos tratos y de la violencia (artículos 34, 35 y 36)

Los menores no acompañados o separados de su familia que se encuentran fuera de su país de origen son particularmente vulnerables a la explotación y los malos tratos. Las niñas corren mayor peligro de ser objeto de trata, en especial para la explotación sexual.

Estos niños viven precisamente una situación de triple vulnerabilidad, como lo refiere Bárbara Fernández García citando a (Bicocchi y LeVoy, 2008): en primer lugar, como menores; luego, como inmigrantes; y, finalmente, como indocumentados, aunque a mi juicio sufren una cuádruple vulnerabilidad por ser menores, extranjeros, no acompañados y sin documentación que acredite su legal estancia en el Estado receptor.

De todos los menores inmigrantes, los más vulnerables son, precisamente, aquellos que están separados de sus familias y que rara vez se encuentran en situación de regularidad administrativa, pues no tienen –o tienen sólo temporalmente– un permiso de residencia.

Esta vulnerabilidad se concretiza en el no siempre garantizado acceso a los derechos fundamentales de todo menor (recopilados en tratados internacionales, como la Convención de los Derechos del Niño; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención Internacional Sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias y la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer) como son: derecho a la educación; a la asistencia sanitaria y demás servicios públicos; al honor, a la intimidad y a la propia imagen;

a la información; a la libertad religiosa; a la participación, asociación y reunión; a la libertad de expresión; o a ser oído.¹¹⁸

Los artículos del 34 al 36 de la Convención deben leerse juntamente con las obligaciones especiales de protección y asistencia que impone el artículo 20 de la Convención, a fin de que los menores no acompañados o separados de su familia no estén al abrigo de la trata y de toda forma de explotación, malos tratos y violencia, de índole sexual u otra.

El artículo 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño actúa como protección adicional contra el riesgo de secuestro, venta o trata de niños. El artículo 11 protege contra los traslados y retención ilícitos de niños al extranjero (normalmente por motivos familiares, no con fines lucrativos); el artículo 21 establece que la adopción internacional no debe dar lugar a “beneficios financieros indebidos”; el artículo 32 protege al niño contra la explotación económica y el trabajo nocivo; el artículo 33 contra la implicación en el tráfico de drogas; el artículo 34 contra el comercio sexual, mientras que el artículo 36 se refiere a todas las demás formas de explotación. El artículo 35 constituye una red de seguridad: impide que el niño sea secuestrado o comprado por los motivos antes citados, y otros.

Uno de los muchos peligros que amenazan a los menores no acompañados o separados de su familia es la trata,¹¹⁹ sea por primera vez o recayendo de nuevo en ella.

¹¹⁸ FERNANDEZ, Bárbara, *Menores no acompañados: de la vulnerabilidad social a la invisibilidad institucional, Triple vulnerabilidad*, España, Universidad Complutense de Madrid y Fundación Cultura y Comunicación, 2010, p.148.

¹¹⁹ UNICEF, Definición de la Organización de las Naciones Unidas en el “*Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños*”, “Por trata de personas se entiende la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo al uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o la concesión de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otras para propósitos de explotación. Esa explotación incluye como mínimo, la explotación de prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud, o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”, Palermo, Italia, Complementario de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, 2000, p. 2.

La trata de niños atenta contra el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo (artículo 6). Según el artículo 35 de la Convención de los derechos del Niño, los Estados partes adoptarán las medidas necesarias para impedir la trata. Pues este delito se define como una grave violación de derechos humanos, por ser una actividad con fines de explotación lograda a través de medios que se basan en la vulnerabilidad de las víctimas.

La trata de personas es una problemática compleja y clandestina que afecta a casi todos los países del mundo, ya sea como país de origen, tránsito y/o destino de las víctimas. Actualmente, la modalidad de trata con fines de explotación sexual es la más extendida, pero también existen otras modalidades, como la trata laboral, que se ocupa de arrastrar a trabajadoras y trabajadores, a veces con su familia, para mantenerlos en cautiverio mientras son explotados en tareas agrícolas o en talleres textiles, entre otras actividades.¹²⁰

A partir de 1993, con los consensos alcanzados en la “Conferencia de Derechos Humanos” realizada en Viena, la trata es considerada una violación a los derechos fundamentales de las personas; ya que vulnera el derecho a la vida, la libertad, la dignidad, la igualdad, la seguridad personal y, en especial en los niños, niñas y adolescentes, atenta contra su derecho a un desarrollo integral.¹²¹

La trata infantil es una de las peores formas de explotación cuando un niño trabaja, y esté por debajo de la edad mínima de admisión al empleo. Se considera que los niños son víctimas de una "peor forma de trabajo infantil" cuando trabajan en condiciones que resultan peligrosas para su salud, seguridad o condición moral. Ello se debe a que los niños víctimas de trata se encuentran en una situación de particular vulnerabilidad: Lejos de su hogar, por lo general separados de sus familias y comunidades, aislados en un país o región cuyo idioma desconocen, donde no pueden ni recibir ayuda ni tienen forma de regresar a su hogar.

¹²⁰Ministerio de Justicia, Seguridad y derechos humanos de la nación y UNICEF Argentina, *Trata de Personas especialmente mujeres y niños: Una forma de esclavitud moderna*, Guía de Información dirigida a Docentes, Buenos Aires, UNICEF, 2010, p.1.

¹²¹ UNICEF, *Trata de personas. Una forma de esclavitud moderna. Un fenómeno mundial que afecta principalmente a niños, niñas y adolescentes*, Argentina, UNICEF, 2012, p. 8.

Tal aislamiento los hace a menudo víctimas de abusos de poder. Los niños víctimas de trata se encuentran completamente a merced de sus empleadores o de las personas que tienen el control de sus vidas, lo que los expone a abusos sexuales, hambre, pérdida de libertad, violencia física u otras. Todo niño víctima de trata (así como todo niño víctima de cualquiera de las peores formas de trabajo infantil) debe ser retirado de inmediato de esta situación y recibir la asistencia necesaria para su recuperación y reconstrucción de su vida en condiciones seguras.¹²²

Entre las medidas para evitar la trata figuran la identificación de los menores no acompañados o separados de su familia, la averiguación periódica de su paradero y las campañas de información adaptadas a todas las edades, que tengan en cuenta las cuestiones de género, en un idioma y un medio comprensibles para el niño víctima de la trata. Deberá promulgarse legislación adecuada y establecerse mecanismos eficaces para cumplir los reglamentos laborales y las normas sobre movimiento migratorio.

También corre graves riesgos el menor que ya haya sido víctima de la trata, de la cual ha adquirido el estatuto de menor no acompañado o separado de su familia. No deberá ser penalizado, sino prestarle asistencia como víctima de una grave violación de sus derechos humanos. Algunos menores sometidos a trata pueden solicitar el estatuto de refugiado, con arreglo a la Convención de 1951.

Los Estados velarán por que los menores no acompañados o separados de su familia que, habiendo sido víctimas de trata, deseen solicitar asilo o necesitan protección internacional, puedan tener acceso a tales procedimientos.

Los menores que corren peligro de recaer en la trata no serán devueltos a su país de origen, salvo si lo aconseja su interés superior y a condición de que se adopten medidas adecuadas para protegerlos. Los Estados considerarán la conveniencia de adoptar formas complementarias de protección de las menores víctimas de la trata cuando el regreso no sea conveniente por el interés superior del menor.

¹²²*Ibid.*, p.12.

Se concluye, que no obstante haber reunido tantas firmas y ratificaciones de los Estados Parte, las convenciones internacionales relativas a los derechos de los niños, no siempre se ha visto reflejada en eficaces mecanismos de protección y cooperación internacional que protejan el interés superior del niño antes que cuestiones nacionales derivadas de las políticas migratorias y sus efectos colaterales, tanto para las sociedades como para los intereses nacionales. México avanza en lo materia al contemplar el acceso a derechos fundamentales, en campos como la sanidad, en igualdad de condiciones para todos los menores nacionales como extranjeros, como lo hace con la educación.

Sin embargo, existen lagunas en la protección de los menores no acompañados respecto de la triple y cuádruple vulnerabilidad (nacionales y extranjeros respectivamente) que sufren—como menores, inmigrantes extranjeros, no acompañados e indocumentados— en diferentes espacios, que van más allá del paso de la frontera, pues se sitúan en el origen y en el destino, en la familia y en la propia sociedad, en las instituciones e instrumentos oficiales y en el tejido asociativo.

Capítulo 4

Comparativa jurídica entre México y España respecto de los menores extranjeros no acompañados

El mundo globalizado en el que vivimos actualmente ha traído como consecuencias sociales más impactantes y contradictorias el incremento desorbitado de los movimientos migratorios de los países menos desarrollados hacia los clasificados en el denominado primer mundo. Lo contradictorio del fenómeno migratorio es la postura de los mismos países que por una parte abogan por la supresión de fronteras y el libre tránsito de todos los individuos, ello como hipótesis sobre la que se ha de construir ese mundo globalizado, teóricamente mejor y más equitativo, son a la vez y en ejercicio de su soberanía, los primeros en demandar el cierre de fronteras y las limitaciones al libre tránsito, cuando estas premisas se aplican, no a las mercancías u objetos de comercio, sino a los individuos, sobre todo tratándose de los más vulnerables como son los menores extranjeros no acompañados MENA.

4.1. Concepto de derecho comparado

El motivo de hacer una comparativa jurídica entre México y España respecto de los menores extranjeros no acompañados MENA, es porque ambos países viven la problemática social de los menores no acompañados, e interesados en dar solución o mitigar los efectos que provoca en los menores la vulnerabilidad en que se encuentran inmersos al tratarse de menores, sin la presencia de sus padres para protegerlos, carentes de documentación migratoria y en un país extraño; bajo esta perspectiva, comparar ambas legislaciones constituye un instrumento indispensable para llevar a cabo la renovación de la

ciencia jurídica, para conocer mejor, comprender y profundizar en el derecho de cada nación y poder enriquecer el conocimiento sobre el tema para ofrecer mejores soluciones en relación al trato que a los niños, niñas y adolescentes debe brindarse en pos de un mejoramiento integral.

Héctor Fix-Zamudio, explica que ha predominado el criterio de considerar el derecho comparado como un método y no como una disciplina académica autónoma y que en cuanto al nombre de la materia se utilizan también: “método jurídico comparativo”, “comparación jurídica” y “estudios jurídicos de derecho”, aunque el autor agrega que el de “derecho comparado” “...es el más generalizado, con la aclaración de que estamos conscientes de su significación equivocada”.¹²³

Por otra parte, Martha Morineau,¹²⁴ afirma que hay quienes consideran que el derecho comparado es tanto un método, como una disciplina autónoma y que la principal preocupación del derecho comparado es el estudio sistemático de la práctica jurídica o de las normas jurídicas específicas sobre la base de comparación.

4.2. Normativa Jurídica sobre los MENA en México

4.2.1 Legislación del Estado mexicano y el trato dado a los MENA

Cuando los menores extranjeros no acompañados MENA se desplazan fuera de su hogar, o de su comunidad de origen hacia los Estados Unidos, y toman como país de tránsito el Estado mexicano, en la teoría su libertad de tránsito está garantizada en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el artículo 11 donde refiere que toda persona tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes. Por lo que se refiere a migrantes extranjeros su libertad de tránsito

¹²³FIX-ZAMUDIO, Héctor, *La modernización de los estudios jurídicos comparativos, boletín mexicano de derecho comparado*, México, UNAM, Instituto de investigaciones jurídicas, 1989, p. 65.

¹²⁴ MORINEAU, Marta, *Derecho comparado*, p.21, en línea:

<http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/4/1855/5.pdf>,(última visita 24 de octubre de 2016).

está subordinada a las limitaciones de las leyes migratorias y son estas leyes el fundamento jurídico de la política migratoria del Estado mexicano.

El artículo 6 de la Ley de Migración, señala que el Estado mexicano garantizará el ejercicio de los derechos y libertades de los extranjeros reconocidos en la Constitución, en los tratados y convenios internacionales de los que sea parte el Estado mexicano y en las disposiciones jurídicas aplicables, con independencia de su situación migratoria. La Ley de Migración de México fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de mayo de 2011 y dio origen a que en la Ley General de Población se reformaran, derogaran y adicionaran diversas disposiciones de esta ley, la cual tiene por objeto regular los fenómenos que afectan a la población en cuanto a su volumen, estructura, dinámica y distribución en el territorio nacional.

La Ley de Migración es el fundamento jurídico de la política migratoria del Estado mexicano, el artículo 7, habla de la libertad que toda persona tiene para ingresar, permanecer, transitar y salir del territorio nacional, con las limitantes de la Constitución, los tratados y convenios internacionales de los que sea parte el Estado mexicano. Protege el libre tránsito y obliga a cualquier autoridad a promoverlo y respetarlo. Ninguna persona será requerida de comprobar su nacionalidad y situación migratoria en el territorio nacional, más que por la autoridad competente, y esa autoridad es la migratoria.

La salida del país no está negada expresamente, el artículo 34 de la Ley de Migración refiere que *los mexicanos y extranjeros sólo pueden entrar y salir del territorio nacional por los lugares destinados al tránsito internacional de personas por tierra, mar y aire*, aunque gran parte de los migrantes indocumentados que se dirigen a los Estados Unidos y que transitan por el Estado mexicano, no cumplen esta disposición, por su situación irregular y por temor de ser detectados por las autoridades migratorias y ser regresados a sus países de origen, ya que ello conlleva a renunciar a sus sueños de ingresar a los Estados Unidos, obtener un empleo y poder solventar las necesidades de su familia que los espera en sus países de origen.

Por lo que toca a los niños, niñas y adolescentes extranjeros no acompañados la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 4, párrafo octavo y la Ley de Migración artículos 73 y 74, ambas representan un avance para la protección de los menores, pues acatan fielmente la Convención Sobre los Derechos del Niño en lo que refiere al artículo 3 donde obliga a los Estados Parte a que todas las medidas respecto del niño deben estar basadas en la consideración del interés superior del mismo. Corresponde al Estado asegurar una adecuada protección y cuidado, cuando los padres y madres, u otras personas responsables, no tienen capacidad para hacerlo, pues los tres ordenamientos señalan que siempre se tomará en cuenta la vulnerabilidad, su edad y el interés superior del niño; para esto último se hace referencia a la Jurisprudencia de la primera sala del alto tribunal que define **“INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONCEPTO”**.¹²⁵

La Ley de Migración reconoce a las personas migrantes el derecho a la no discriminación, la protección integral de sus derechos humanos, su no criminalización y su igualdad real, con independencia de su situación migratoria. En el artículo 29, se fijan las atribuciones del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF) y a los sistemas estatales DIF y al Distrito Federal, que se resumen de la siguiente forma:

¹²⁵Ver, Poder Judicial de la Federación Primera Sala del Alto Tribunal, en sesión privada de veintiuno de noviembre de dos mil doce, Tipo: Jurisprudencia por Reiteración de Criterios, Registro: 159897, Clave: 1a./J., Núm.: 25/2012 (9a.), publicada en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XV, diciembre de 2012, Tomo 1, página 334, INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONCEPTO. En términos de los artículos 4o., párrafo octavo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por México y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991; y 3, 4, 6 y 7 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, los tribunales, en todas las medidas que tomen relacionadas con los menores, deben atender primordialmente al interés superior del niño; concepto que interpretó la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cuya competencia contenciosa aceptó el Estado Mexicano el 16 de diciembre de 1998) de la siguiente manera: "la expresión 'interés superior del niño' ... implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño", en línea: <http://www.poderjudicialchiapas.gob.mx/forms/archivos/742bdiciembre.pdf>, (última visita 01 de noviembre 2016).

- Proporcionar asistencia social para la atención de niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados que requieran servicios para su protección;
- Otorgar facilidades de estancia y garantizar la protección de niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados en tanto el Instituto resuelva su situación migratoria, conforme a lo previsto en el artículo 112 de esta Ley;
- Coadyuvar con el Instituto en la implementación de acciones que permitan brindar una atención adecuada a los migrantes que, por diferentes factores o la combinación de ellos, enfrentan situaciones de mayor vulnerabilidad como son los niños, niñas y adolescentes migrantes, y
- Las demás que señale esta Ley, su Reglamento y demás disposiciones jurídicas aplicables.

4.2.2. Los Oficiales de Protección a la Infancia (OPI)

El Instituto Nacional de Inmigración INM creó a principios del 2008 la figura de los Oficiales de Protección a la Infancia (OPI) quienes operan actualmente en todo el país. Sus funciones, contenidas en la circular del INM 001/2010 del 10 de febrero de 2010, contemplan desde la asistencia a los MENA en las estaciones migratorias y el acompañamiento en el retorno a sus países de origen, hasta la detección e identificación de casos que requieren una atención más específica, como las víctimas de delitos como la trata. Esos funcionarios (361 en total en todo el país) fueron capacitados específicamente para brindar atención a los MENA en la ruta migratoria en territorio mexicano.

El balance de sus actividades es globalmente positivo en el país, en particular en Chiapas, donde los agentes han colaborado activamente con la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) en la detección de casos de trata y víctimas de violencia sexual. Con el afán de ampliar la cobertura de atención a los MENA en todo el proceso de repatriación México está difundiendo, en el marco de los acuerdos de la Conferencia Regional de Migración (CRM), la experiencia de los OPI en Centroamérica y Latinoamérica. En este sentido, desde el 2008, se ha replicado la iniciativa de creación de OPI en Guatemala, El

Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica y República Dominicana. Otros países como Panamá, los Estados Unidos, Argentina y Chile están interesados en recibir la misma capacitación para sus agentes migratorios.¹²⁶

En el título séptimo, capítulo primero del Reglamento de la Ley de Migración en el numeral 169, se prevé que en términos del artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los Oficiales de Protección a la Infancia (OPI) en su calidad de personal especializado en la infancia del INM, valorarán y deberá prevalecer para todas las decisiones relativas a su tratamiento el interés superior del niño, para la resolución de su situación migratoria, especialmente cuando se trate de:

- Procedimiento de reunificación familiar;
- Regularización de estancia;
- Procedimiento para el reconocimiento de la condición de refugiado y
- Retorno asistido.

Esa valoración se hará mediante una entrevista con el menor. En el artículo 172 del Reglamento de la Ley de Migración se indica: *“El objeto de dicha entrevista será el de allegarse de elementos sobre su identidad, país de nacionalidad o residencia, situación migratoria, la localización de sus padres o de otros miembros de la familia y sus necesidades particulares de protección, de atención médica y psicológica.”*¹²⁷

Los MENA que se encuentren bajo los siguientes supuestos, pueden solicitar refugio:¹²⁸

I. Que debido a fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, género, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de

¹²⁶LE GOFF, Hélène, “Niñas, niños y adolescentes migrantes extranjeros no acompañados en México”, *Revista Iberoamericana*, en línea:

<http://revistarayuela.ednica.org.mx/sites/default/files/Art.%20H%C3%A9l%C3%A8ne%20Le%20Goff.pdf>, p. 131 y 123, (última visita 01 de noviembre 2016).

¹²⁷*Diario Oficial de la Federación* del 28 de septiembre de 2012, última reforma publicada *Diario Oficial de la Federación* 23 de mayo de 2014.

¹²⁸ ACNUR, Agencia de la ONU para los Refugiados, “solicitante de asilo” es quien solicita el reconocimiento de la condición de refugiado y cuya solicitud todavía no ha sido evaluada en forma definitiva, en línea: <http://www.acnur.org/a-quien-ayuda/solicitantes-de-asilo/>, (última visita 18 de febrero de 2017).

dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él;

II. Que ha huido de su país de origen, porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por violencia generalizada, agresión extranjera, conflictos internos, violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público, y

III. Que debido a circunstancias que hayan surgido en su país de origen o como resultado de actividades realizadas, durante su estancia en territorio nacional, tenga fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, género, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, o su vida, seguridad o libertad pudieran ser amenazadas por violencia generalizada, agresión extranjera, conflictos internos, violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.¹²⁹

Al solicitar asilo al Estado mexicano, en un porcentaje mayor al 50% de las solicitudes presentadas a la Agencia Mexicana para los Refugiados (COMAR),¹³⁰les es negada la declaratoria, en 2016 de 141 solicitudes presentadas, solo fueron reconocidos como refugiados 44,¹³¹el resto desechado aduciendo abandono, desistimiento o improcedencia por no reunir los requisitos para la declaratoria. En reiteradas ocasiones los MENA no son informados

¹²⁹ Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político, artículo 13, *Diario Oficial de la Federación* del 30 octubre de 2014.

¹³⁰ La Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados (COMAR), fue creada por acuerdo presidencial el 22 de julio de 1980, en el contexto de la llegada de aproximadamente 50 mil centroamericanos que huían de la violencia. Es un órgano intersecretarial de carácter permanente, conformado por las Secretarías de Gobernación, Relaciones Exteriores, y del Trabajo y Previsión Social. Para el desarrollo de sus funciones cuenta con un Órgano Administrativo Desconcentrado dependiente de la Secretaría de Gobernación, denominado Coordinación General de la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados; se encarga, entre otras cosas, de efectuar de manera eficiente y expedita el reconocimiento de la condición de refugiado, otorgar protección y asistencia a la población refugiada, así como estudiar la problemática y necesidades que enfrentan los refugiados con el objeto de encontrar las soluciones a las mismas.

¹³¹ COMAR, *Estadísticas 2015*, Secretaría de Gobernación, México, 2015, en línea: http://www.comar.gob.mx/work/models/COMAR/Resource/267/6/images/ESTADISTICAS_2013_A_02-2016_act.pdf, (última visita 17 de febrero de 2017).

debidamente por los Oficiales de Protección a la Infancia (OPI) para realizar los trámites, no obstante reunir los requisitos para hacerlo; ante tales circunstancias con procedimientos de detención y repatriación carentes de garantías básicas de debido proceso son retornados a sus países de origen sin importar que su vida y su seguridad peligren, desatendiendo con ello el interés superior del menor.¹³²

El interés superior de los MENA es determinado por el INM, acorde a los artículos 172, 173 y 177 del Reglamento de la Ley de Migración y, 12 fracción II, del Acuerdo por el que se Emiten los Lineamientos en Materia de Protección a Migrantes del Instituto Nacional de Migración,¹³³ los Oficiales de Protección a la Infancia deben brindarla ayuda a los MENA cuando sea solicitado el reconocimiento de la condición de refugiado, el Instituto en conjunto con la Coordinación General de la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados determinará su interés superior, adoptando las medidas que mejor le favorezcan, en términos de la legislación aplicable.¹³⁴

Referente a la creación de leyes en el Estado mexicano, se aprecia un gran avance realizado a partir de la reforma de 2011, en pos de la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes, sin dejar de tomar como base del respeto a los derechos humanos y tratados internacionales firmados por el Estado mexicano lo contenido del artículo 1º constitucional que en su primer párrafo fija las directrices del respeto convencional al establecer que *“En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.”*

En estricto derecho, el segundo párrafo del artículo en comento dice que *las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con*

¹³² CERIANI, Pablo, *Niñez detenida, los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes en la frontera México-Guatemala*, presentación, México, Fontamara, septiembre de 2012, p.2, en línea: http://cdhfraymatias.org/sitio/wp-content/uploads/2014/11/InformeMexico_OK.pdf, (última visita 16 febrero de 2017).

¹³³ *Diario Oficial de la Federación* del 29 de noviembre de 2012.

¹³⁴ Artículo 177 del Reglamento de la Ley de Migración.

esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Es el caso que a los MENA debe favorecerlos La Convención Sobre los Derechos del Niño y la Constitución de la manera más amplia y la que les sea más favorable, atendiendo al interés superior del menor.

Los criterios en las definiciones de refugiados, ya sea por la Convención de 1951 y de su Protocolo de 1967, y de la Declaración de Cartagena, establecen que una víctima de desplazamiento forzado generado por el crimen organizado puede válidamente calificar y ser reconocida como refugiado. Es preocupante que no sean reconocidas en los países de acogida las necesidades de protección internacional como refugiados de personas que huyen del crimen organizado.

La desprotección es tan evidente en los países del triángulo norte centroamericano que los propios consulados refieren y recomiendan casos de sus propios connacionales a las instancias competentes para la determinación de la condición de refugiado en el Estado mexicano. Esta referencia de casos recomendados por consulados sugiere el reconocimiento de las autoridades consulares de que los países de origen no pueden brindar protección efectiva a sus connacionales o que los mecanismos nacionales de protección resultan insuficientes.¹³⁵

El Estado mexicano detiene a los migrantes, incluidos los niños y adolescentes que buscan asilo, están detenidos durante todo el tiempo de tramitación del asilo—que puede durar varios meses—lo que ocasiona que muchos niños retiren su solicitud debido a la frustración por su detención. Los que renuncian a su solicitud corren el riesgo de que los devuelvan a una situación de persecución.¹³⁶

¹³⁵Centro Internacional para los Derechos Humanos de los Migrantes, *Diagnóstico, Desplazamiento forzado y necesidades de protección, generados por nuevas formas de violencia y criminalidad en Centroamérica*, ACNUR, 2012, pp. 34- 35, en línea: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8932.pdf>, (última visita 21 de febrero de 2017).

¹³⁶CERIANI, Pablo, *Niñez y migración en Centro y Norte América: causas, políticas, prácticas y desafíos*, Buenos Aires, Argentina, Center for Gender & Refugee Studies University of California Hastings College of the Law, 2015, Resumen, E. México: como país de tránsito y de destino,1. Detención segundo párr.

La detención de los solicitantes de asilo resulta inadecuada por privarlos de sus posibilidades de participar en el procedimiento y esta puede resultar traumatizante sobre todo a los niños, de tal suerte que prefieren retornar a sus países de origen antes de la declaratoria. Al respecto, el Comité Ejecutivo del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) ha manifestado que los solicitantes asilo admitidos en un país para la determinación de la condición de refugiado “no deben ser sancionados o expuestos a un tratamiento desfavorable basado sólo en que su presencia en ese país sea considerada ilegal”. La detención de ser necesaria debe ser corta, dando preferencia a otras medidas alternativas, antes de ordenar su detención. El Comité identifica cuatro supuestos donde la detención de la persona podría considerarse “necesaria”:

- para verificar su identidad;
- para determinar los elementos en que se basa la solicitud de condición de refugiado o asilado;
- para tratar los casos en que los solicitantes de refugio o asilo han destruido su documento de identidad o han utilizado documentos fraudulentos con el propósito de inducir a error a las autoridades; o
- para proteger la seguridad nacional o el orden público.¹³⁷

Finalmente, se cierra el círculo de violación de derechos en los países de origen de los niños después de su regreso, ya que las causas fundamentales que les obligaron a migrar de América Central y México—grupos delincuenciales, violencia, exclusión social, pobreza y separación de la familia—permanecen inalteradas. Este dilema humano complejo y con múltiples características requiere atención urgente y un cambio paradigmático fundamental.¹³⁸

El Estado mexicano cuenta con excelente y muy variada legislación para la protección del niño como se aprecia en los *Lineamientos para la Restitución de*

¹³⁷Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión consultiva OC-17/2002 solicitada por la comisión interamericana de derechos humanos condición jurídica y los derechos humanos del niño*, b. Refugio y Nacionalidad, 28 de agosto de 2002, tercer párr., p.39.

¹³⁸CERIANI, Pablo, *Niñez y migración en Centro y Norte América ...op.cit.* Resumen II. Observaciones generales, tercer párr.

Derechos y Medidas de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes, en su punto tercero donde se señala que las medidas de protección son las obligaciones que tendrán las instituciones públicas o privadas para que gestionen o realicen determinadas acciones tendentes a restituir los derechos que se detectaron como vulnerados o en riesgo de ser vulnerados,¹³⁹el único ingrediente que se necesita para poner en práctica toda esa filigrana legislativa, tratados internacionales y convenciones suscritas por el Estado mexicano es, “voluntad política”.

La estrategia de detención y repatriación es la respuesta que suele dar el Estado mexicano, frente al fenómeno complejo, diverso y multidimensional de la migración de niños, niñas y adolescentes.

La multifacética política migratoria mexicana está caracterizada, tanto en lo general como en tratándose de la niñez migrante, de una serie de contradicciones y ambivalencias, además de esta coexistencia dual, entre los posicionamientos internacionales y las políticas internas; quizá el desafío principal de los organismos estatales mexicanos sea, revertir la contradicción que impera entre las normas vigentes, los discursos que las sostienen, los aspectos de la política migratoria, y la práctica, es decir, la realidad concreta. Este carácter ambivalente también se verifica en las diversas iniciativas, programas y medidas adoptadas por el Gobierno en los últimos años.

El uso de eufemismos genera múltiples problemas en términos de derechos de los MENA. Principalmente, desvirtúa la real naturaleza jurídica de las respuestas estatales frente a la migración irregular, dificulta su reformulación y la búsqueda de alternativas más integrales para encauzar el fenómeno. También provoca que los funcionarios que trabajan con MENA, no tengan en cuenta la gravedad del hecho de que estén privados de su libertad, ni la vulneración de derechos que ello implica, al grado de normalizar esa práctica y verla como parte “natural y necesaria” del proceso migratorio.

Algunas políticas están orientadas a la protección de migrantes en ciertas situaciones de vulnerabilidad, como es el caso de los Grupos Beta. Otras están dirigidas específicamente a la niñez migrante, como los Oficiales de Protección a

¹³⁹*Diario Oficial de la Federación* el 30 de mayo de 2016.

la Infancia (OPI), los Módulos DIF en las Estaciones Migratorias, y la Mesa de Diálogo Interinstitucional sobre Niños, Niñas y Adolescentes no Acompañados y Mujeres Migrantes.

Aunque hay que reconocer que el problema no es exclusivo del Estado mexicano sino de Estados Unidos también, en ambos Estados el control de la migración es prioritario en sus políticas migratorias en dónde se desestima el interés superior y los derechos del niño, lo que genera la repatriación (retorno asistido como expresa el INM)¹⁴⁰ de niños, niñas y adolescentes quienes nuevamente se enfrentan a las mismas condiciones de las que huyeron.¹⁴¹ (no existe política de seguimiento ni del país de origen de los repatriados ni del receptor).

De las experiencias que la Comisión Nacional de Derechos Humanos ha tenido del “retorno asistido” de los MENA a través de quejas que estos han presentado y las constantes visitas a las estaciones migratorias, el retorno asistido pareciera una constante para resolver de manera rápida su situación jurídica sin haberse realizado la determinación del interés superior del niño, y sin que pueda determinarse la atención, cuidado y protección que requieren, de acuerdo a sus circunstancias de vida, la madurez física y mental, entre otras cosas.¹⁴²

Lo anterior conlleva a que el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño el cual dispone que este requiere de “cuidados especiales”, y

¹⁴⁰ Acorde con la Ley de Migración y su reglamento el artículo 169 fracción IV, refiere que: el retorno asistido es el procedimiento por el que el Instituto Nacional de Migración hace abandonar el territorio nacional a un extranjero, remitiéndolo a su país de origen o de residencia habitual, con la salvedad de que el propio extranjero lo solicite. Es una figura “*amigable*” cuyo principal beneficio es que acelere el procedimiento de devolución de los extranjeros a sus respectivos países de origen.

¹⁴¹ CERIANI, Pablo, *Niñez y migración en Centro y Norte América: causas, políticas, prácticas y desafíos*, Resumen II, Observaciones generales, segundo párr., San Francisco, CA, Center for Gender & Refugee Studies University of California Hastings College of the Law, 2015, en línea: http://redtdt.org.mx/wp-content/uploads/2015/11/Ninez-Migracion-DerechosHumanos_FullBook_Espa%C3%B1ol_3.pdf, (última visita 18 de febrero de 2017).

¹⁴² Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Informe sobre la problemática de niñas, niños y adolescentes centroamericanos en contexto de migración internacional no Acompañados en su Tránsito por México, y con Necesidades de Protección Internacional*, párr. 388, p.151, en línea: http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/Informe_NNACMNA.pdf, (última visita 19 de febrero de 2017).

el artículo 19 de la Convención Americana que indica la aplicación de “medidas especiales de protección”, sean letra muerta en la práctica, pues hablando de política migratoria el control de la migración es prioritaria para el Estado mexicano sobrecualquier artículo de la Constitución, tratado, convención, *inter alía*.¹⁴³

Es necesario hacer notar el *modus operandi* del crimen organizado que se manifiesta a través de extorsiones, pago de cuotas periódicas (cuota o “impuesto de guerra”), amenazas a la vida, violaciones sexuales, asesinatos, tortura, reclutamiento forzado de jóvenes, niños y niñas, y secuestro. Lo anterior impacta no sólo en las víctimas como individuos, sino también en sus familias, en múltiples ocasiones las amenazas conllevan al asesinato de familiares (se ha registrado el asesinato de hasta seis miembros de una misma familia) por no acceder al pago de las extorsiones, o negarse a participar y apoyar sus actividades criminales.

Así el control territorial, además de las disputas y luchas internas entre diferentes grupos criminales, tales como las alianzas locales con los grandes cárteles, provocan el desplazamiento forzado de las víctimas, que huyen inicialmente de las comunidades de origen. Las amenazas se concretan no sólo en las comunidades de los migrantes, sino en las zonas de tránsito, en ellas se han perpetrado asesinatos masivos de migrantes indocumentados, extorsiones, robos, violaciones sexuales y el reclutamiento forzado de jóvenes para llevar a cabo asesinatos masivos (masacres) en otros países (como ejemplos importantes están los casos de la masacre de 72 migrantes en San Fernando, Tamaulipas en el 2010; y la masacre de 27 campesinos en la Finca Los Cocos, La Libertad, El

¹⁴³La exigencia de proporcionar al niño una protección especial ha sido expresada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959 y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño. En la Declaración de los Derechos del Niño se indica que "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento".

Petén, perpetrados en Guatemala en el 2011).¹⁴⁴

4.2.3. Derecho a la educación de los MENA en el Estado mexicano

El Estado mexicano garantiza el derecho a la educación a través del artículo 3º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que establece que *toda persona tiene derecho a recibir educación*, incluidos desde luego los menores extranjeros no acompañados al encontrarse en el territorio mexicano.

“El Estado Federación, así como Estados, Ciudad de México y Municipios, impartirán educación preescolar, primaria, secundaria y media superior. La educación preescolar, primaria y secundaria conforman la educación básica; ésta y la media superior serán obligatorias.

El Estado garantizará la calidad en la educación obligatoria de manera que los materiales y métodos educativos, organización escolar, infraestructura educativa y la idoneidad de los docentes y los directivos garanticen el máximo aprendizaje de los educandos”.

La Convención de los Derechos del Niño en su artículo 28, dispone que *“todo niño tiene derecho a la educación y es obligación del Estado asegurar por lo menos la educación primaria gratuita y obligatoria. La aplicación de la disciplina escolar deberá respetar la dignidad del niño en cuanto persona humana”.*¹⁴⁵

Por lo que respecta a legislación estatal en Baja California Título Segundo relativo a los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, en el Capítulo Décimo Segundo Derecho a la Educación, de la Ley para la Protección y Defensa de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Baja California, en su artículo 55 refiere que niñas, niños y adolescentes tienen derecho a una educación de calidad que contribuya al conocimiento de sus propios derechos, basada en un enfoque de derechos humanos y de igualdad sustantiva, que garantice el respeto

¹⁴⁴Centro Internacional para los Derechos Humanos de los Migrantes, *Diagnóstico, desplazamiento forzado y necesidades de protección, generados por nuevas formas de violencia y criminalidad en Centroamérica*, ACNUR, 2012, p. 14, en línea: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8932.pdf>, (última visita 21 de febrero de 2017).

¹⁴⁵ *Diario Oficial de la Federación* del 25 de enero de 1991.

a su dignidad humana, en su fracción III, refiere que las autoridades del Estado y sus Municipios, en el ámbito de sus competencias, garantizarán la consecución de una educación de calidad y la igualdad sustantiva en el acceso y permanencia en la misma, para lo cual deberán:

Establecer medidas para garantizar la gratuidad de la educación pública obligatoria y para procurar la accesibilidad material, económica y geográfica a la educación, sin discriminación;¹⁴⁶ ello incluye a los menores extranjeros no acompañados.

Cuando un Menor extranjero no acompañado se encuentra albergado en las estancias DIF en calidad de presentado y en tanto se resuelve su situación legal en el país ya sea porque ha solicitado, refugio o ha optado por un retorno asistido en tanto el INM recibe informes de la COMAR o la documentación expedida por el consulado del país del menor ya sea pasaporte o identificación, por el tiempo que permanezca en el territorio mexicano estará recibiendo educación acorde a su edad y desarrollo escolar, ello en razón de que las estancias DIF cuentan con preprimaria, primaria, secundaria y a últimas fechas se encuentran implementando la educación preparatoria.¹⁴⁷

4.2.4. Protocolo para el aseguramiento, alojamiento y retorno asistido de los MENA en el Estado mexicano

En primer lugar, los MENA son detectados y asegurados por el Instituto Nacional de Migración en aeropuertos, puntos terrestres, terminales de autobuses o puertos marítimos y el INM no siempre acata lo establecido en el artículo 112 de la Ley de Migración cuando alguna niña, niño o adolescente migrante no acompañado, sea puesto a disposición del Instituto Nacional de Migración (INM) quedará bajo la responsabilidad y se deberá garantizar el respeto a sus derechos humanos, sujetándose particularmente a lo siguiente:

¹⁴⁶*Periódico Oficial* No. 18, Sección I, Tomo CXXII, del 17 de abril de 2015.

¹⁴⁷Tal como lo refirió en la entrevista realizada con el Lic. Roberto Rendón Sánchez, de fecha 26 de septiembre de 2016, obrante en apéndice pp. 170-172.

- El Instituto canalizará de inmediato al MENA al Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF), privilegiando su estancia donde se les proporcione la atención adecuada, mientras se resuelve su situación migratoria y dará aviso al consulado de su país. Cuando por alguna circunstancia excepcional lleguen a ser alojados en una estación migratoria, en tanto se les traslada a las instalaciones del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF) y se les asignará dicha estación un espacio específico para su estadía distinto al del alojamiento de los adultos
- La autoridad deberá respetar en todo momento los derechos de los MENA previstos en la Ley de Migración y la legislación aplicable, dándose aviso inmediato a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y a las comisiones estatales de derechos humanos, así como al Comité Estatal del Sistema Nacional de Seguimiento y Vigilancia de la Aplicación de los Derechos del Niño en la entidad que corresponda, a efecto de que coadyuven en la garantía y protección de sus derechos
- Se le informará al niño, niña o adolescente del motivo de su presentación, de sus derechos, de los servicios a que tiene acceso y se le pondrá en contacto con el consulado de su país, salvo que a juicio del Instituto o a solicitud del MENA pudiera acceder al asilo político o al reconocimiento de la condición de refugiado, en cuyo caso no se entablará contacto con la representación consular
- Se notificará al consulado del país de nacionalidad o residencia del MENA la ubicación de las instalaciones del Sistema Nacional o Sistemas Estatales para el Desarrollo Integral de la Familia o estación migratoria a la cual se le canalizó y las condiciones en las que se encuentre, salvo que a juicio del Instituto o a solicitud del niño, niña o adolescente pudiera acceder al asilo político o al reconocimiento de la condición de refugiado, en cuyo caso no se entablará contacto con la representación consular
- Personal del Instituto, especializado en la protección de la infancia, capacitado en los derechos de niñas, niños y adolescentes, entrevistará al

niño, niña o adolescente con el objeto de conocer su identidad, su país de nacionalidad o residencia, su situación migratoria, el paradero de sus familiares y sus necesidades particulares de protección, de atención médica y psicológica

- Un representante de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos podrá estar presente en estas entrevistas, sin perjuicio de las facultades que le corresponden al representante legal o persona de confianza del niño, niña o adolescente
- En coordinación con el consulado del país de nacionalidad o residencia del niño, niña o adolescente se procederá a la búsqueda de sus familiares adultos, salvo a juicio del Instituto o a solicitud del MENA pudiera acceder al asilo político o al reconocimiento de la condición de refugiado, en cuyo caso no se entablará contacto con la representación consular
- Una vez resuelta la situación migratoria del niño, niña o adolescente y en caso de resolverse la conveniencia de su retorno asistido se notificará de esta situación al consulado correspondiente, con tiempo suficiente para la recepción del niño, niña o adolescente en su país de nacionalidad o residencia.
- El retorno asistido de la niña, niño o adolescente migrante a su país de nacionalidad o residencia se realizará atendiendo al interés superior de la niña, niño y adolescente y su situación de vulnerabilidad, con pleno respeto a sus derechos humanos y con la intervención de la autoridad competente del país de nacionalidad o residencia.
- Tratándose de niña, niño o adolescente migrante nacional no acompañado, corresponderá al Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, garantizar el eficaz retorno asistido del menor con sus familiares adultos, atendiéndose en todo momento el interés superior de la niña, niño y adolescente y su situación de vulnerabilidad, en coordinación y coadyuvancia con los Sistemas Estatales DIF y del Distrito Federal que corresponda, considerando las causas de su migración: reunificación

familiar, en busca de empleo, violencia intrafamiliar, violencia e inseguridad social, entre otras.

- En el caso de menores de 12 años o en situación de vulnerabilidad, por lo general son repatriados por avión desde las ciudades donde son alojados. La mayoría de los menores centroamericanos son enviados a sus países por autobús desde Tapachula, Chiapas.¹⁴⁸

4.3. Normativa jurídica sobre los MENA en España

4.3.1. Legislación del Estado español y el trato dado a los MENA

El principal punto de entrada al territorio español de menores extranjeros no acompañados se concretiza por las Comunidades de Canarias y Andalucía, así como a las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, habiendo experimentado un fuerte incremento en los últimos años.¹⁴⁹

El punto de partida en el análisis comparativo de la legislación española inicia en el momento en que la presencia del menor extranjero no acompañado es detectada en ese país - normalmente por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad- y el mismo no puede acreditar la regularidad de su estancia en territorio español.¹⁵⁰

Desde la detección del menor hasta su puesta a disposición de las autoridades de protección de menores, es aplicable el artículo 35 de la Ley de Extranjería, apartados 1 y 2, que dispone lo siguiente: *«1. En los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará, por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que*

¹⁴⁸Tal como lo refirió en la entrevista realizada con el Lic. Marte Antonio Camacho Solano, Subdelegado Local de la Delegación Federal en Baja California del INM, en fecha 27 de septiembre de 2016, obrante en apéndice pp. 176-178 y de lo establecido en el artículo 112 de la Ley de Migración.

¹⁴⁹NIETO, Luis, *Menores y extranjeros: Un solo marco jurídico, en estudios de derecho judicial, núm. 104*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007, p. 17.

¹⁵⁰CHAMIZO, José, *La protección jurídica y social de los menores extranjeros no acompañados en Andalucía, España*, SAVE THE CHILDREN, Agencia Andaluza de Cooperación Internacional, Junta de Andalucía, p.13.

colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias. 2. Determinada la edad, si se tratase de un menor, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores.»

En caso de duda sobre su minoría de edad, y en tanto se determina esta, quedará bajo la custodia de la Administración Estatal, en caso de requerir asistencia inmediata se pondrá provisionalmente bajo la custodia de la Administración Autonómica competente en materia de menores.

Conforme a las normas de extranjería, el responsable en determinar la minoría o mayoría de edad del menor es el Ministerio Fiscal, y a falta de elementos documentales, ordenara periciales que deduzcan la edad del interesado, ello a través de las autoridades sanitarias dependientes de las Comunidades Autónomas.

El principio que rige el proceso de repatriación es el del “interés superior y prevalente del menor”, recogido esto en el *art. 92 del Título VIII del Real Decreto 2393/2004*, que enuncia que *“La Administración General del Estado, conforme al principio de reagrupación familiar del menor, después de haber oído al menor, y previo informe de los Servicios de Protección de Menores, resolverán lo que proceda sobre el retorno a su país de origen o a aquél donde se encontrasen sus familiares, o, en su defecto, sobre su permanencia en España. De acuerdo con el principio de interés superior del menor, la repatriación a su país de origen solamente se acordará si se dieran las condiciones para la efectiva reagrupación familiar del menor, o para la adecuada tutela por parte de los servicios de protección de menores del país de origen”*.¹⁵¹

Este interés superior no llega a hacerse realidad por las razones que a continuación se señalan:

- En primer lugar, por la propia circunstancia que da origen a este principio protector, la situación de indefensión absoluta del menor en estos

¹⁵¹DE LA FUENTE, Yolanda, Eva Sotomayor, “Vulnerabilidad y exclusión social de los menores inmigrantes”, Revista *Migraciones y exilios*, 2009, p. 43, en línea: http://www.aemic.org/assets/articulos/180/original/Yolanda_M._de_la_Fuente_y_Eva_M._Sotomayor._Migraciones_Exilios_10_-_2009.pdf?1314449002, (última visita 01 noviembre de 2016).

procedimientos debido, al desconocimiento de los procedimientos administrativos;

- En segundo lugar, debido a una inexistencia de asistencia letrada gratuita facilitada al menor por las administraciones públicas y porque, en ocasiones, no se le notifica la condición de repatriación, hecho que provoca en realidad que el menor no acceda a los recursos administrativos y judiciales.¹⁵²

4.3.2. Fijación de la minoría de edad de los MENA en el Estado español

Es frecuente que los menores que llegan a territorio español se encuentren sin documentos, sin que se pueda conocer de forma fehaciente su identidad y su edad real. En estas circunstancias, debe acatarse lo establecido en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, cuya redacción procede de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre¹: *“En los supuestos en que los cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen –tengan conocimiento, añade el artículo 92 del Reglamento– a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará, por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas, que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias”*.¹⁵³

La Instrucción 2/2001, de 28 de junio, acerca de la interpretación del actual artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, para interpretar este apartado habrá que referir ciertos puntos importantes de la Instrucción:

¹⁵²*Ibid.*

¹⁵³LÁZARO, Isabel, *Menores extranjeros no acompañados*, España, Universidad Pontificia Comillas de Madrid, 2006, p. 152, en línea: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87601909>, (última visita 01 noviembre de 2016).

- Es obligación de la fiscalía ordenar que se determine la edad del menor, por tanto, los Fiscales, acorde con los medios de que dispongan determinarán de qué modo se realizarán
- La ley no señala cuáles son las instituciones sanitarias que deben realizar el examen. Por ese motivo se procura obtener la colaboración de centros sanitarios que dispongan de un servicio de urgencias radiológicas operando las 24 horas del día para que elaboren protocolos de actuación de forma rápida y coordinada
- El tiempo que el menor permanece en el centro sanitario es una situación de privación de libertad, y deberá ser el menor tiempo posible pero no es precisa la asistencia de abogado
- Toda vez que las pruebas médicas establecen la edad aproximada del menor, se presume que la edad es la inferior a la que los servicios médicos señalen.¹⁵⁴

Una vez determinada la minoría de edad, el Ministerio Fiscal pondrá al menor a disposición de los Servicios competentes de Protección de Menores, la atención inmediata del menor estará a cargo de los Servicios de Protección de Menores. El menor no debe ser trasladado a un centro de internamiento de menores salvo en el supuesto excepcional en que precise una atención inmediata que sólo pueda ser prestada en un centro de esa naturaleza. Mientras no se determine su edad, tampoco debe ser trasladado a un centro de protección de menores, aunque sólo sea para pernoctar durante una noche.¹⁵⁵

4.3.3. La situación de desamparo y la emancipación de los MENA en el Estado español

El párrafo segundo del artículo 172.1 del Código Civil Español define situación de desamparo así: *“Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado*

¹⁵⁴Ley Orgánica 4/2000, Instrucción 2/2001 de 28 de junio, interpretación del actual art. 35, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

¹⁵⁵LÁZARO, Isabel, *Menores extranjeros no acompañados. La situación en España, prolegómenos. Derechos y valores*, Colombia, Universidad Militar Nueva Granada, 2007, p. 153.

*ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”.*¹⁵⁶

Para efecto de considerar que el menor extranjero no acompañado no se encuentra en situación de desamparo el Estado español utiliza como argumento el de su emancipación. Partiendo de que la emancipación habilita al menor de edad para regir su persona y bienes como si fuera mayor, la Instrucción 3/2003 tergiversaba el argumento para evitar dotar al menor de la protección que otorga el derecho español a los menores cuya situación de desamparo ha sido declarada.

Basados en que, si a los menores españoles mayores de 16 años las entidades públicas de protección no pudieran intervenir pues con consentimiento expreso o presunto de sus padres, tienen un trabajo remunerado por cuenta ajena (vid. art. 7 b) del Estatuto de los Trabajadores), viven de forma independiente (artículo 319 del Código Civil Español), o incluso, han contraído matrimonio, tienen su propia familia (artículo 316 del Código Civil Español) y, sin embargo, estuvieran obligados a hacerlo sobre los extranjeros que se hallen en las mismas condiciones personales.¹⁵⁷

Es preciso resaltar que para el Estado español la mayoría de edad se adquiere a los 18 años.¹⁵⁸

Conforme al artículo 314 del Código Civil Español, la emancipación se concretiza:

- 1.º Por la mayor edad;
- 2.º Por concesión de los que ejerzan la patria potestad;
- 3.º Por concesión judicial.

Para que la emancipación se materialice por concesión de quienes ejerzan la patria potestad, se requiere que el menor tenga dieciséis años cumplidos y que la consienta. Esta emancipación se otorgará por escritura pública o por comparecencia ante el Juez encargado del Registro. (artículo 117 CC), la

¹⁵⁶*Real Decreto* de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil Español.

¹⁵⁷LÁZARO, Isabel, *Op.cit*, p.154.

¹⁵⁸*Código Civil Español*, precisa en el artículo 315 que La mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos. Para el cómputo de los años de la mayoría de edad se incluirá completo el día del nacimiento.

concesión de emancipación habrá de inscribirse en el Registro Civil, para que produzca efectos contra terceros, y una vez concedida no podrá ser revocada (artículo 118 CC).

Si bien es cierto que puede haber ciertos menores extranjeros no acompañados que ingresen al territorio español cuando apenas cuenten con 16 años cumplidos, lo cual no es óbice para que el Estado presuponga la emancipación, puesto que no queda acreditado que hubo el consentimiento del menor en emanciparse, amén de que carece de escritura pública o declaración judicial que así la declare, tampoco existe constancia registral para que se presuma que aquella se ha materializado, emanando de esa acción estatal una vulneración flagrante de los derechos humanos del menor extranjero,¹⁵⁹ concretamente el artículo de la Convención Sobre los Derechos del Niño,¹⁶⁰ en virtud de presuponer algo en lo cual no se tienen bases ni fundamento legal, pasando por alto un tratado internacional del cual el Estado español es parte.

Ahora bien, el principio que rige el proceso de repatriación en el Estado español es el del “interés superior del menor”, precisado en el *artículo 92 del Título VIII del Real Decreto 2393/2004*, que indica que *“La Administración General del Estado, conforme al principio de reagrupación familiar del menor, después de haber oído al menor, y previo informe de los Servicios de Protección de Menores, resolverán lo que proceda sobre el retorno a su país de origen o a aquél donde se encontrasen sus familiares, o, en su defecto, sobre su permanencia en España. De acuerdo con el principio de interés superior del menor, la repatriación a su país de origen solamente se acordará si se dieran las condiciones para la efectiva reagrupación familiar del menor, o para la adecuada tutela por parte de los servicios de protección de menores del país de origen.”*

El referido interés superior del menor no se concretiza por diversas razones. Por la circunstancia que da origen a este principio protector: la situación

¹⁵⁹ Conforme a la *Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, en su artículo 1º. Apartado 1, define a los extranjeros así: Se considera extranjero, a los efectos de la aplicación de la presente Ley, a los que carezcan de la nacionalidad española.

¹⁶⁰ UNICEF, *Convención sobre los Derechos del Niño*, establece en su artículo primero: Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

de indefensión absoluta del menor en estos procedimientos debido, entre otros factores, al desconocimiento de los procedimientos administrativos, a una inexistente asesoría legal gratuita no facilitada al menor por las administraciones públicas y porque, en ocasiones, no se le notifica la condición de repatriación, hecho que provoca en realidad que el menor no acceda a los recursos administrativos y judiciales.¹⁶¹

4.3.4. Derecho a la educación de los MENA en el Estado español

Respecto a la educación que el Estado español está obligado a proporcionar a los MENA, lo encontramos en el artículo 27.1 de la Constitución Española donde fija la libertad de enseñanza y dice que: *“Todos tienen el derecho a la educación”*. Sigue refiriendo en los apartados 4 y 5 que *“la enseñanza básica es obligatoria y gratuita y que los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes”*, ello en relación con el artículo 39.4, donde fija la protección a la familia y a la infancia ordenando:

“Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”, así como el artículo 28 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, donde obliga a los Estados Parte a reconocer que: *“Todo niño tiene derecho a la educación y es obligación del Estado asegurar por lo menos la educación primaria gratuita y obligatoria. La aplicación de la disciplina escolar deberá respetar la dignidad del niño en cuanto persona humana”*. y el artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que establece que:

“Toda persona tiene el derecho y la obligación de ir a la escuela. La enseñanza primaria debe ser gratuita. Tiene derecho a aprender un oficio o a continuar tus estudios mientras lo desee. En la escuela desarrollará todas tus

¹⁶¹DE LA FUENTE, Yolanda, Eva, Sotomayor, “Vulnerabilidad y exclusión social de los menores inmigrantes”, *Revista Migraciones y exilios*, España, 2009, p. 43, en línea: http://www.aemic.org/assets/articulos/180/original/Yolanda_M._de_la_Fuente_y_Eva_M._Sotomayor._Migraciones_Exilios_10_-_2009.pdf?1314449002, (última visita 01 de noviembre de 2016).

aptitudes y le deben enseñar a llevarse bien con los demás, cualesquiera sean su raza, religión o el país de que procedan. Los padres tienen el derecho de elegir cómo y qué se ha de enseñar en la escuela”.

El derecho a la educación, prevista el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). En el apartado primero dispone que *“Los Estados Partes reconocen el derecho de toda persona a la educación”* (...), mientras en el segundo establece que *“Los Estados Partes reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho:*

a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;

b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria, técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados y, en particular, por implantación de la enseñanza gratuita;

c) La enseñanza superior debe hacerse, igualmente, accesible a todos sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular, con la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;

d) Debe fomentarse e intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria;

e) Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas y mejorar continuamente las condiciones del cuerpo docente.”

4.3.5. Proceso de investigación del Estado español a los MENA

Ya trasladado el MENA a un centro de protección para menores se procede a entrevistarlo con el fin de recabar de forma completa y precisa la información que el menor pueda brindar de todas sus circunstancias personales, el motivo causa o razón que lo obligó a emigrar solo, donde localizar a sus familiares, así como su identidad, de donde proviene y si cuenta o no con documentación que pueda identificarlo plenamente, ello con el fin de establecer su edad. Toda esta

información será útil para tomar una decisión sobre el menor, tomando siempre como referencia el interés superior del niño, niña o adolescente a fin de repatriarlo a su país de origen o facilitarle todos los elementos que le sean útiles y necesarios para facilitarle su estancia en España.¹⁶²

En el supuesto que se decida por la repatriación, ello lo hará el Estado a través de las Delegaciones y Subdelegaciones del gobierno, la Comisaria General de Extranjería y Documentación es la encargada de realizar pesquisas para averiguar las circunstancias e identidad, así como los motivos personales y familiares que el MENA tuvo para emigrar a España.

4.3.6. Acuerdos de repatriación entre el Estado español y los países de origen de los MENA

En la fase de investigación del origen, edad y circunstancias de los MENA, es crucial la colaboración de las autoridades de los países de origen de los menores. Establecer acuerdos entre esos países y el Estado español para el retorno concertado a sus entidades originarias; acuerdos tendientes a frenar la inmigración ilegal y proteger a los menores. En 2007 hubo acuerdos entre el Reino Español y el Reino de Marruecos tendientes a la prevención de la migración ilegal de menores no acompañados, su protección y su retorno concertado, así como el seguimiento a dar, hecho el 6 de marzo del año en cita.¹⁶³

¹⁶²*Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, artículo 35, apartado 5 que fija lo siguiente: La Administración del Estado solicitará informe sobre las circunstancias familiares del menor a la representación diplomática del país de origen con carácter previo a la decisión relativa a la iniciación de un procedimiento sobre su repatriación. Acordada la iniciación del procedimiento, tras haber oído al menor si tiene suficiente juicio, y previo informe de los servicios de protección de menores y del Ministerio Fiscal, la Administración del Estado resolverá lo que proceda sobre el retorno a su país de origen, a aquel donde se encontrasen sus familiares o, en su defecto, sobre su permanencia en España. De acuerdo con el principio de interés superior del menor, la repatriación al país de origen se efectuará bien mediante reagrupación familiar, bien mediante la puesta a disposición del menor ante los servicios de protección de menores, si se dieran las condiciones adecuadas para su tutela por parte de los mismos, p.16.

¹⁶³*Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre la cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y su retorno concertado, hecho en Rabat el 6 de marzo de 2007*, en su artículo 1º fija como prioridad: Establecer un marco de trabajo

En los primeros artículos del Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre la Cooperación en el Ámbito de la Prevención de la Emigración Ilegal de Menores no Acompañados, su Protección y su Retorno Concertado y seguimiento a dar, hecho en Rabat el 6 de marzo de 2007, se tocan aspectos relevantes, en el artículo 3 habla respecto de las **acciones de prevención**, con el fin de acondicionar la emigración de los menores no acompañados, las Partes Contratantes se comprometen a desarrollar conjuntamente acciones para:

- Sensibilizar a los menores, a sus familias y a la sociedad en general, acerca de los riesgos que conlleva la emigración de menores no acompañados.
- Poner en práctica las acciones necesarias para luchar contra las redes y las organizaciones dedicadas al tráfico y a la explotación de menores, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 de la Convención de los Derechos del Niño.

El artículo 4 establece **medidas de protección para los menores no acompañados en España**, las autoridades competentes harán lo siguiente:

- Facilitarán la asistencia en el territorio de España de los menores de edad marroquíes no acompañados, garantizando a los mismos igual protección que a sus nacionales, de conformidad con los derechos reconocidos por la Convención de los Derechos del Niño y su legislación nacional de las Comunidades Autónomas en relación con la protección jurídica de los menores de edad
- Proporcionarán a las autoridades competentes marroquíes, en el plazo de un mes a partir de la fecha de entrada ilegal del menor en territorio español, toda la información pertinente de la situación de los menores objeto de las medidas de protección
- Las autoridades competentes marroquíes procederán a la identificación del menor y de su familia y a la expedición de documentación que demuestre

conjunto en materia de prevención de la emigración ilegal de menores de edad no acompañados y de protección y de retorno de dichos menores.

su nacionalidad, en un plazo de tres meses a partir de la entrega de la documentación y/o información sobre el menor por parte de las autoridades competentes españolas

- Las Partes llegarán a un acuerdo previo sobre el caso de menores que puedan ser objeto de regreso y asimismo sobre su número.

En el artículo 5 se fijan las **acciones en materia de retorno** de los menores no acompañados y se ordena lo siguiente:

- Las autoridades competentes españolas, de oficio o a propuesta de la entidad pública que ejerza la tutela sobre el menor, resolverán acerca del retorno a su país de origen, con observancia estricta de la legislación española, las normas y principios del derecho internacional y de lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño
- Las Partes Contratantes del presente Acuerdo colaborarán, en el marco de la preservación del interés superior de los menores de edad, para garantizar, en cada caso de retorno al país de origen, las condiciones de la reunificación familiar efectiva del menor o su entrega a cargo de una institución de tutela
- Las autoridades competentes españolas y marroquíes cooperarán en el establecimiento de un dispositivo de acogida dotado con recursos materiales y humanos cualificados, tanto públicos como privados o que procedan de ONG que trabajan en el ámbito de la protección y de la repatriación de menores

Respecto a la continuidad que debe darse a las políticas migratorias lo refiere el artículo 6 que fija la obligación de crear un **Comité de Seguimiento** para facilitar las relaciones operativas, tal instrumento estará formado por los representantes que designen las Partes Contratantes y cuya misión será:

- Intercambiar informaciones acerca de la estancia y el retorno de menores no acompañados
- Analizar y evaluar las medidas adoptadas en materia de prevención, protección y retorno

- Proponer, en el marco de una gestión global de la situación de los menores, cualquier acción que se considere necesaria en materia de evaluación de las condiciones de acogida, de la eficacia de los procesos de formación en España, de la aplicación de medidas de retorno y de la puesta en práctica de programas de reinserción socio profesional
- Levantar acta acerca de la aplicación del acuerdo cada seis meses
- El Comité de Seguimiento se reunirá dos veces al año, alternativamente en España y Marruecos. Podrá celebrar reuniones extraordinarias, cuando se considere procedente, previa decisión de común acuerdo entre las Partes Contratantes.

4.3.7. Entrada en escena de la Unión Europea respecto de los MENA

España, con una vasta experiencia con niños migrantes no acompañados, se encuentra en buena posición para encabezar un plan de acción, las prácticas españolas de no detener a los menores extranjeros no acompañados y regularizar su estancia mientras se encuentren en el territorio español son muy buenos ejemplos de buenas prácticas para otros Estados miembros de la Unión Europea.

España no repetir los errores del pasado. Esto incluye reconocer que la mejor manera de avanzar no son los acuerdos de readmisión que carecen de transparencia y garantías para los niños, y exigir a los países de origen que acepten el regreso de los menores en un plazo poco realista.

También debe reflexionar sobre las razones por las que los menores no acompañados en España casi nunca solicitan asilo, sin recurrir a la explicación inverosímil de que ninguno de ellos tiene el perfil para poder solicitarlo. Debe examinar con franqueza sus repatriaciones de niños marroquíes no acompañados a situaciones peligrosas, lo que provocó que muchos regresaran inmediatamente a España. Se trata de lecciones importantes que deben incorporarse a los debates sobre el plan de acción de la Unión Europea.

Por último, aunque no menos importante, la Unión Europea tiene que asegurarse de que sus políticas no frustren, sino que hagan realidad el cumplimiento de las obligaciones de los gobiernos europeos en virtud del derecho

internacional de derechos humanos y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Su estrategia propuesta sobre derechos del niño podría contribuir a este objetivo y debería integrar a los menores extranjeros no acompañados. No obstante, en última instancia, la Unión Europea debería considerar también llenar los vacíos existentes con la imposición de una serie de reglas vinculantes que armonicen la respuesta de los Estados miembros a las necesidades y vulnerabilidades compartidas por todos los niños migrantes no acompañados en Europa, ya sea que escapen de la persecución o el abuso, sean introducidos ilegalmente en Europa para ser explotados o hayan dejado sus hogares en busca de una vida mejor.

Y la Unión Europea necesita insistir en que sus miembros tienen que cumplir las obligaciones pertinentes en virtud de los tratados de derechos humanos mientras estos niños se encuentren en territorio europeo, y protegerlos para que no vuelvan a situaciones de abuso, maltrato o abandono. Se debe exigir responsabilidades a los Estados miembros que exhiben una conducta por debajo de los estándares europeos.¹⁶⁴

4.4. Comparativa del trato a los MENA entre México y España.

4.4.1. Derechos fundamentales de los MENA en las constituciones de los Estados mexicano y español

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el artículo 11 refiere que *“toda persona tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes”*, desde luego que los MENA están incluidos en esta libertad, restringida solo por la Ley de Migración que establece con que documentos deben contar para ingresar al territorio nacional.

¹⁶⁴TROLLER, Simone, *En la trampa de la migración: Menores extranjeros no acompañados en Europa*, HUMAN RIGHTS WATCH, Informe mundial, en línea: <https://www.hrw.org/es/world-report/2010/country-chapters/259141>, (última visita 26 de octubre de 2016).

La Constitución española en su artículo 13.1. dice que *“Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título (título I de la Constitución española) en los términos que establezcan los tratados y la ley”*. Dentro del título I de la Constitución, en su artículo 19 refiere que *“Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional. Asimismo, tienen derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la ley establezca. Este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos”*, encontramos una contradicción en el artículo 13.1. donde ordena que los extranjeros gozarán de las libertades del título I, el artículo 19 habla de que los “españoles” son los titulares de las libertades de residencia y de circulación y no incluye a extranjeros, pero el artículo 14. sigue diciendo que *“los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*, tales expresiones del constituyente de origen hace pensar que todas las garantías son exclusivas para los “españoles” y que cualquiera que no sea nacional será excluido de la titularidad de los derechos fundamentales consagrados en la constitución; *contrario sensu* la constitución mexicana que en su artículo 11 faculta a *“toda persona para entrar salir de la República.”* En tanto que en México se habla de personas y reconoce derechos fundamentales tanto a nacionales como extranjeros; España reconoce derechos únicamente a los “españoles”, excluyendo a los extranjeros.

4.4.2. Trato a los MENA en la Ley de Extranjería española y la Ley de Migración mexicana

Abundando más allá de la constitución española el Artículo 5.1 de la Ley de extranjería en el apartado de derecho a la libertad de circulación, refiere que *los extranjeros que se hallen en España de acuerdo con lo establecido en el Título II de esta Ley*, (por supuesto deben contar con el visado correspondiente en sus pasaportes y con los medios de subsistencia suficientes durante el tiempo de su estancia en el Estado español, tal como obliga el artículo 25.1 del título II, capítulo

I de la Ley de Extranjería, también conocida como Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social) *tendrán derecho a circular libremente por el territorio español y a elegir su residencia sin más limitaciones que las establecidas con carácter general por los tratados y las leyes, o las acordadas por la autoridad judicial...*, Por supuesto que los MENA no se encuentran comprendidos en los beneficios del derecho fundamental a la libertad de transitar libremente por el territorio español, pues han ingresado a España sin documentación que acredite su estancia legal, sin compañía de un adulto que los proteja y represente y por supuesto sin medios de subsistencia pues esta carencia de medios económicos los ha obligado a huir de sus países de origen en busca de un mejor nivel de vida (dentro de las múltiples causas que motivaron su migración).

Ahora bien, por lo que respecta a México, el artículo 6 de la Ley de Migración, señala que el *Estado mexicano garantizará el ejercicio de los derechos y libertades de los extranjeros reconocidos en la Constitución, en los tratados y convenios internacionales de los que sea parte el Estado mexicano y en las disposiciones jurídicas aplicables, con independencia de su situación migratoria.*

La Ley de Migración mexicana en el artículo 11 reconoce, en *cualquier caso, independientemente de su situación migratoria, los migrantes tendrán derecho a la procuración e impartición de justicia, respetando en todo momento el derecho al debido proceso, así como a presentar quejas en materia de derechos humanos, de conformidad con las disposiciones contenidas en la Constitución y demás leyes aplicables. En los procedimientos aplicables a niñas, niños y adolescentes migrantes, se tendrá en cuenta su edad y se privilegiará el interés superior de los mismos.*

En el artículo 29 de la ley en cita, se fijan las atribuciones del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF), de los sistemas estatales DIF, de la Ciudad de México, y es esta institución la facultada para:

- Proporcionar asistencia social y atención de niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados que requieran servicios para su protección;

- Otorgar estancia y garantizar la protección de niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados en tanto el Instituto Nacional de Migración resuelva su situación migratoria, tomando en consideración el artículo 112 de la Ley de Migración que habla de las personas en estado de vulnerabilidad;
- Coadyuvar con el Instituto Nacional de Migración en la implementación de acciones que permitan brindar una atención adecuada a los migrantes que, por diferentes factores o la combinación de ellos, enfrentan situaciones de mayor vulnerabilidad como son los niños, niñas y adolescentes migrantes.

4.4.3. Fijación de la minoría de edad en el Estado mexicano y español

En México por lo que respecta a la determinación de la edad de los MENA que llegan carentes de documento alguno que acredite la misma y sin la más mínima disposición de hacerla saber a la autoridad migratoria, por los temores que les circundan y la falta de información fidedigna; las pruebas de determinación de la edad tienen un margen de error dependiendo, asimismo, del tramo que estemos tratando de definir; no es lo mismo determinar la edad de un infante de entre 5-8 años que el de un adolescente de 15-18 años, pues el margen de error de dos años puede ocasionar que se tome por mayor de edad quien aún cuenta con 16. La Circular No. 001/2010 por la que se instruye el procedimiento para la atención de los niños, niñas y adolescentes, migrantes no acompañados,¹⁶⁵ no contempla el procedimiento a seguir en caso de que no se pueda determinar la edad del MENA, encontrándonos en una laguna legal que puede ocasionar la vulneración de derechos humanos y lo que es más grave que no se atienda al interés superior del menor creyendo erróneamente que cuenta con la mayoría de edad.

¹⁶⁵*Diario Oficial de la Federación* del 12 de febrero de 2010, en la Circular No. 001/2010 se instruye el procedimiento para la atención de los niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados. Procedimiento para la Atención, Protección y Canalización de Niños, Niñas y Adolescentes Migrantes no Acompañados. Artículo 5.- Las acciones de los OPIS seguirán dos procedimientos diferenciados para la atención de niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados, uno enfocado a los mexicanos y otro para los extranjeros.

Con respecto a la fijación de la minoría de edad en el Estado español, en los supuestos en que los cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le canalizará al menor a los servicios competentes de protección de menores, y se le dará la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas, que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias, al igual que el Estado mexicano pueden incurrir en error al determinar de manera errónea la edad del menor.

4.4.4. Atención a la vulnerabilidad y desamparo de los MENA en los Estados mexicano y español

La vulnerabilidad está relacionada con causas externas (evolución del mercado de trabajo, recortes de recursos de protección social, inseguridad ciudadana, deterioro ambiental, clima social, etc.), pero también con la apreciación e interiorización subjetiva de la propia vulnerabilidad (incertidumbre, miedo, sensación de inseguridad, pérdida de autoestima y confianza en las propias capacidades).¹⁶⁶

La vulnerabilidad, en su dimensión material como psicológica, no depende, de un único factor, sino que es consecuencia de una combinación de factores en movimiento: físicos y ambientales. La edad, la discapacidad, la enfermedad, el género, la pertenencia étnico-cultural, son situaciones o características de los sujetos que coadyuvan a su mayor o menor vulnerabilidad según como se relacionen con otras variables y, en general, con el contexto económico, político y cultural en el que se desarrollan.¹⁶⁷

¹⁶⁶LÁZARO, Isabel, Amaia,[et al.], *Vulnerabilidad y exclusión en la infancia*, 1ra. Ed., Madrid, UNICEF, Huygens Editorial, 2014, p. 18

¹⁶⁷*Ibid.*, p. 18.

La vulnerabilidad que maneja el Estado mexicano respecto a los MENA, se relaciona a la minoría de edad, que están sin la compañía de un adulto, que son extranjeros y que no cuentan con documentación para ingresar legalmente al país (aquí se presenta la cuádruple vulnerabilidad por la conjunción de las cuatro características referidas), la Ley de Migración en el artículo 112, refiere que cuando los niños, niñas o adolescentes no acompañados sean puestos a disposición del INM, se deberá garantizar el respeto a sus derechos humanos; de inmediato lo canalizan al DIF y lo ingresan a las estancias donde le brindan lo necesario para su subsistencia, educación, lo ponen en contacto con su sede consular y con sus padres o familiares, tomando siempre como directriz el interés superior del menor.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 4, párrafo noveno y la Ley de Migración en sus artículos 73 y 74, ambas representan un avance para la protección de los menores, pues acatan fielmente la Convención sobre los Derechos del Niño en lo que refiere al artículo 3 donde obliga a los Estados Parte a que todas las medidas respecto del niño deben estar basadas en la consideración del interés superior del mismo.

El estado español para considerar que los MENA no se encuentran en situación de desamparo utiliza como argumento el de su emancipación. Partiendo de que la emancipación habilita al menor de edad para regir su persona y bienes como si fuera mayor, la Instrucción 3/2003 tergiversaba el argumento para evitar dotar al menor de la protección que otorga el derecho español a los menores cuya situación de desamparo ha sido declarada.

Considerando que los menores españoles mayores de 16 años las entidades públicas de protección no pudieran intervenir pues con consentimiento expreso o presunto de sus padres, tienen un trabajo remunerado por cuenta ajena, viven de forma independiente o incluso, habiendo contraído matrimonio, tienen su propia familia y, sin embargo, estuvieran obligados a hacerlo sobre los extranjeros que se hallen en las mismas condiciones personales.

En este rubro México es más cuidadoso en respetar los derechos humanos de los menores y no los considera emancipados, por el hecho que hayan

emigrado solos como lo hace España que da por hecho una situación legal que de ninguna forma puede probar puesto que el Código Civil Español en su artículo 314 fija que la emancipación se concretiza:

- 1.º Por la mayor edad;
- 2.º Por concesión de los que ejerzan la patria potestad;
- 3.º Por concesión judicial.

Y ninguno de estos supuestos se dan para presumir la emancipación; viéndose violentados los derechos humanos y el interés superior del menor al recibir trato de adulto siendo menor.

Es preciso resaltar que para el Estado español la mayoría de edad se adquiere a los 18 años al igual que en el Estado mexicano.

4.4.5. Educación de los Mena desde la perspectiva de los estados mexicano y español

El artículo 3o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que *“toda persona tiene derecho a recibir educación. El Estado Federación, Estados, Ciudad de México y Municipios, impartirá educación preescolar, primaria, secundaria y media superior. La educación preescolar, primaria y secundaria conforman la educación básica; ésta y la media superior serán obligatorias.”*En relación con el artículo 13 de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes que refiere que *son derechos de niñas, niños y adolescentes, de manera enunciativa más no limitativa... XI. Derecho a la educación;*¹⁶⁸ el Estado mexicano sin distinción de situación legal de los MENA, está obligado a brindarles educación, las estancias del DIF estatal brindan educación preescolar, primaria, secundaria y actualmente se están habilitando la impartición de educación preparatoria en el Estado de Baja California.

A diferencia del Estado Español que no obstante que el artículo 27.1 de la Constitución Española donde fija la libertad de enseñanza y dice que: *“Todos tienen el derecho a la educación”*. Sigue refiriendo en los apartados 4 y 5 que *“la enseñanza básica es obligatoria y gratuita y que los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la*

¹⁶⁸Diario Oficial de la Federación del 4 de diciembre de 2014.

enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes”, ello en relación con el artículo 39.4, donde fija la protección a la familia y a la infancia ordenando:

“Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”, así como el artículo 28 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, donde obliga a los Estados Parte a reconocer que: *“Todo niño tiene derecho a la educación y es obligación del Estado asegurar por lo menos la educación primaria gratuita y obligatoria. La aplicación de la disciplina escolar deberá respetar la dignidad del niño en cuanto persona humana”.* y el art. 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que establece que:

“Toda persona tiene el derecho y la obligación de ir a la escuela. La enseñanza primaria debe ser gratuita. Tiene derecho a aprender un oficio o a continuar sus estudios mientras lo desea desarrollar en la escuela todas sus aptitudes y le deben enseñar a llevarse bien con los demás, cualesquiera sean su raza, religión o el país de que procedan. Los padres tienen el derecho de elegir cómo y qué se ha de enseñar en la escuela”.

Tuvo el Tribunal Constitucional que declarar inconstitucional algunos preceptos de la Ley de Extranjería, El punto 7 del artículo primero da nueva redacción al apartado 3 del art. 9 de la Ley Orgánica 4/2000, estableciendo el derecho a la educación de naturaleza no obligatoria sólo para los extranjeros residentes. El precepto vulneraría el art. 27.1 CE en relación con el art. 39.4 CE, el art. 28 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, y el art. 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos al impedir “de facto” el acceso a la enseñanza no básica a los extranjeros menores de 18 años que no tengan residencia legal en España. El art. 27.1 CE consagra el derecho del niño a ser escolarizado, lo que comprende tanto la enseñanza básica como la no básica

(art. 1 Ley Orgánica del Derecho a la Educación), que forma parte del contenido esencial de este derecho.¹⁶⁹

El derecho a la educación, prevista el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). En el apartado primero dispone que “Los Estados Partes reconocen el derecho de toda persona a la educación” (...), mientras en el segundo establece que “Los Estados Partes reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho:

a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;

b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria, técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados y, en particular, por implantación de la enseñanza gratuita;

c) La enseñanza superior debe hacerse, igualmente, accesible a todos sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular, con la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;

d) Debe fomentarse e intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria;

e) Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas y mejorar continuamente las condiciones del cuerpo docente.”

En este respecto el Estado mexicano si cumple brindando a los MENA educación en tanto que el Estado español ha tratado de evadir tal obligación teniendo el Tribunal Constitucional que declarar inconstitucional la interpretación hecha puesto que discriminaba a los extranjeros dejándolos en opción de acudir a las escuelas mientras que a sus nacionales les era obligatorio.

¹⁶⁹ GARCIA, Elisa, *La protección jurídica y social de los menores extranjeros no acompañados en Andalucía, menores no acompañados y el sistema de justicia juvenil*, España, Save the Children con la cofinanciación de la Agencia Andaluza de Cooperación Internacional, 2010, pp. 103-104.

4.4.6. Repatriación de los MENA en el Estado mexicano y español

En este rubro México ha celebrado acuerdos entre las Repúblicas de Guatemala, El Salvador, Honduras y Nicaragua, donde acordaron fortalecer las acciones y la cooperación en materia migratoria para que el retorno de los inmigrantes sea "digno, ordenado, ágil y seguro".¹⁷⁰

Por lo que respecta al Estado español los acuerdos firmados respecto a la repatriación de los MENA es más preciso en especificar a qué se obliga a cada Estado como consta en el Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos Sobre la Cooperación en el Ámbito de la Prevención de la Emigración Ilegal de Menores no Acompañados, su Protección y su Retorno Concertado y seguimiento a dar, hecho en Rabat el 6 de marzo de 2007, los primeros artículos del documento refieren aspectos trascendentales de las acciones preventivas que ambos países tomarán para frenar la inmigración ilegal de menores no acompañados, en este documento las Partes Contratantes se comprometen a desarrollar conjuntamente acciones que eviten la migración; también toman acciones en el ámbito de la prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y su retorno concertado.

México guarda en relación a los temas de migración y más tratándose de los MENA una gran secrecía, es muy difícil obtener información sobre estadísticas, acuerdos y todo lo que tenga que ver con menores, mientras que España cuenta con basta literatura sobre el tema y sus acuerdos son accesibles a quien desee verlos puesto que en la red se pueden obtener.

Se concluye que no obstante contar tanto México como España con legislación nacional, tratados internacionales y todos los elementos necesarios para garantizar los derechos humanos de los menores extranjeros no acompañados, el número de menores rebasó todas las expectativas imaginable y ambos países se han visto en la necesidad de retornar a sus países de origen a

¹⁷⁰Adendum al memorándum de entendimiento entre los gobiernos de los Estados Unidos Mexicanos, de la República de El Salvador, de la República de Honduras y la República de Nicaragua para la repatriación ordenada, ágil y segura de nacionales centroamericanos migrantes vía terrestre, 2do. Párr., del 9 de julio de 2009, p.1, en línea:

<http://www.crmsv.org/Publicaciones/docs/Matrices/MATRICES%20CRM%20TRATA%20TRAFICO10/TRATADOS/Arandum%20al%20memorandum.pdf>, (última visita 21 de noviembre de 2016).

los menores sin tomar en consideración el interés superior del menor, pues ambos se justifican refiriendo que los menores representan un alto costo para ambos Estados y esto puede ser cierto pero se deber ver desde otra perspectiva distinta, no como un problema, sino como un reto a superar. Un reto que ambas sociedades deben superar, protegiendo y reconociendo los derechos de estos menores y lograr que se integren plenamente a la sociedad.

Para lograrlo es necesario coordinarse los tres niveles de gobierno y actuar de forma conjunta y coordinada en el ámbito de sus competencias y respecto de los MENA que han obtenido la declaratoria de asilo o refugio, se les debe integrar en la sociedad prioritariamente deben coordinarse, migración, bienestar social, educación, economía, hacienda, empleo y salubridad.

México debe tener mayor control de las policías y agentes de migración y dar seguimiento a las denuncias por delitos de robo, extorción, violación o lo que resulte que son perpetrados en perjuicio de los niños, niñas y adolescentes extranjeros para quien resulte responsable; así mismo debe coordinar el DIF en los tres niveles de gobierno para que trabajen de manera coordinada intercambiando información continuamente y solucionando problemas que en su operatividad enfrentan; pero sobre todo que se acate lo establecido en la Constitución, leyes y tratados internacionales.

Es pertinente que España respete los derechos humanos de los menores y atender al interés superior del menor, y así evitar declarar a los menores emancipados por el hecho de que han salido de sus países de origen sin acompañamiento, pues tal decisión no implica la emancipación sino una respuesta desesperada ante el maltrato y el hambre que padecen conjuntamente con sus familias en sus países de origen; es preciso dar solución a las estancias que tiene en Islas Canarias e integrar a la sociedad española a los menores que ahí se encuentran, brindándoles lo necesario para lograrlo, sensibilizando al pueblo español a través de campañas de concientización, pugnando por integrarlos a través de hogares sustitutos con familias españolas que los traten como a un miembro más de su familia.

El Estado mexicano tiene una característica muy peculiar respecto de los MENA, y hablo de tantas atrocidades en este terreno que incluso es preciso hablar de los “casos de niños-polleros, quienes son utilizados por bandas de traficantes de personas, que se prevalen de su situación de menores que no pueden ser procesados jurídicamente en México o en Estados Unidos”.¹⁷¹ Desafortunadamente hay un recrudecimiento de los programas de atención migratoria (por lo que respecta a la frontera norte de México con los Estados Unidos de América 3.000 kilómetros de frontera) existe desvío de migrantes y por supuesto de MENA a zonas menos vigiladas y más peligrosas; donde la alta peligrosidad del punto de internamiento es un detonante que el Estado mexicano no puede desatender; los migrantes enfrentan la muerte por extremas condiciones climatológicas y geográficas; contratación de traficantes de indocumentados; ganancias superiores a los 10.000 millones de dólares anuales; más de cien mafias nacionales e internacionales y la consideración del tráfico como el segundo negocio ilícito después del narcotráfico.¹⁷²

¹⁷¹CALLEROS, Juan Carlos, *Menores migrantes: un reto para la sociedad y el Estado*, México, INM, núm. 2, febrero de 2008, p. 13.

¹⁷²GALLO, Karla, *Niños, niñas y adolescentes. Tráfico y trata. Revisión legislativa y de gestión migratoria*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, seminario internacional tráfico ilícito de migrantes, derechos humanos e instituciones nacionales, México, CNDH, 2008, p. 79.

Capítulo 5

Caso del menor de edad Edgar V.: la desatención del interés superior del niño al solicitar asilo¹⁷³

Se presenta caso de un joven hondureño menor de edad, de nombre Edgar V. quien ingresó a México sin contar con documentos que justificaran su legal estancia, fue detectado por el INM y al informarle los agentes que sería repatriado a su país de origen el joven les manifestó su imposibilidad de regresar por encontrarse en peligro de perder la vida si lo hacía, pues estaba amenazado de muerte por pandillas pertenecientes a las maras salvatrucha de su país; el joven fue repatriado a Honduras por el INM sin tomar como directriz el interés superior del niño.

5.1. Caso de estudio

En este estudio se prueba que las autoridades migratorias desatienden el interés superior del niño, porque por un lado, se reconocen sus derechos, y por el

¹⁷³Human Rights Watch, *Puertas cerradas: El fracaso de México en la protección de niños refugiados y migrantes de América Central*, Estados Unidos de América, Human Rights Watch, 2016, p.1-2.

otro, se legitima un trato que vulneran los principios, estándares y obligaciones internacionales que tienen carácter vinculante para el Estado mexicano, pues en relación a los MENA, 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, será bajo el principio rector del “*interés superior del niño*”.¹⁷⁴

El caso Edgar V., un joven hondureño de 17 años, ha sido tomado como ejemplo para su desarrollo y mostrar cuál ha sido la actuación del INM que ha desestimado el interés superior del niño,¹⁷⁵ pues esta dependencia es quien se ocupa de los MENA cuando son detectados en el territorio mexicano carentes de documentación migratoria y que con motivo de encontrarse en los supuestos definidos en el artículo 13 de la Ley sobre Refugiados Protección Complementaria y Asilo Político,¹⁷⁶ pueden solicitar asilo.¹⁷⁷

5.2. Descripción del caso

El caso en estudio se originó cuando un joven de 17 años, proveniente de Honduras, quien vivía con su familia y estudiaba la preparatoria, fue blanco del asedio de pandillas de su país (mara salvatrucha) que lo instaban a formar parte de ellas y ante su negativa de integrarseles, inició la intimidación unida a amenazas de privarlo de la vida, situación que día a día se intensificó, pues acudían continuamente a su escuela para hostigarlo. Poco después uno de sus compañeros de clase fue asesinado por llevar una camisa de un color asociado con una banda rival.

A pesar de que Edgar trató de no llamar la atención, la pandilla continuó presionándole para que se sumara a sus filas. Fueron a su casa a golpearlo y nuevamente le exigieron que se uniera a la banda, le dijeron que, si continuaba en

¹⁷⁴Convención de los derechos del niño, artículo 3, Diario Oficial de la Federación del 25 de enero de 1991.

¹⁷⁵Human Rights Watch, *Puertas cerradas el fracaso de México en la protección de niños...*, op.cit., p.1.

¹⁷⁶Diario Oficial de la Federación del 30 de octubre de 2014.

¹⁷⁷ACNUR, *Agencia de la ONU para los refugiados*, los términos “solicitante de asilo” y “refugiado” a menudo son confundidos: “solicitante de asilo” es quien solicita el reconocimiento de la condición de refugiado y cuya solicitud todavía no ha sido evaluada en forma definitiva, en línea: <http://www.acnur.org/a-quien-ayuda/solicitantes-de-asilo/>, (última visita 06 de abril de 2017).

su negativa, lo matarían a él y a su madre, situación que asustó mucho al joven y a su familia.

Muy preocupados y temerosos acudieron el joven y su madre a la comisaría a presentar una denuncia por las amenazas de muerte y la presión que estaba recibiendo de la banda delincencial, con temor de perder la vida y en vista que las autoridades no hacían nada para protegerlos, Edgar y su mamá acudieron ante una comunidad de misioneros, les expusieron su situación y el joven quedó bajo resguardo en la comunidad religiosa sin salir para nada de las instalaciones por un lapso de dos meses y veintiún días, tenía que estar oculto para su protección, porque la pandilla lo estaba buscando en la escuela, en el barrio y en su casa. Edgar V. comentó: *“Me habría pasado allí toda la vida. Hubiera perdido el resto de mi adolescencia. No hubiera podido estudiar. Me hubiera hecho adulto y no sabría nada. Me dije que no podía hacer eso y que tenía que marcharme.”*

La familia de Edgar juntó sus ahorros, pidió préstamos hasta reunir la cantidad de \$1.000.00 dólares para que el joven pudiera salir de su país; de noche, evitando ser visto por la banda de delincuentes viajó desde Tegucigalpa, a San Pedro Sula ambas ciudades en Honduras y luego en autobús hasta la frontera con Guatemala. Llegó a México al estado de Oaxaca, usando como medio de transporte un autobús, al llegar a un punto de revisión, los pararon y unos oficiales de migración le preguntaron: ‘¿tienes papeles? ¿de dónde eres?’ respondió que, de Honduras, lo bajaron del autobús, lo llevaron a un puesto de migración, le preguntaron si viajaba solo, quién le había dado el dinero, cómo había cruzado la frontera y qué edad tenía.

Cuando el oficial del INM le dijo que lo tenían que repatriar a su país de origen, Edgar dijo al oficial que no podía regresar, por las amenazas de muerte recibidas y la persecución sufrida por las bandas delincuenciales, incluso les mostró una copia de la denuncia que él y su madre habían presentado ante la comisaría de su país; los agentes de migración le dijeron que podía pedir asilo, Edgar V. respondió que aceptaba realizar el trámite.

El INM lo canalizó a una estancia migratoria; lo privaron de su libertad; le informaron que el trámite llevaría mucho tiempo (de 3 a 6 meses), que no podía salir de la estancia porque no contaba con un tutor o un representante y que permanecería allí en tanto llegara la respuesta de la COMAR.

Edgar V. no podía soportar estar detenido el tiempo que tardara la respuesta de la declaratoria de la condición de refugiado. *“Cuando me dijeron que pasarían al menos seis meses hasta recibir una respuesta, dije que no, yo no quiero eso. Me enviaron aquí”*, dijo, refiriéndose al Centro de Recepción en San Pedro Sula, donde habló con Human Rights Watch el día en que fue devuelto a Honduras.

5.3. Desarrollo del caso

Edgar V. viajó solo desde América Central a México, al igual que gran número de niños, niñas y adolescentes procedentes de El Salvador, Guatemala y Honduras.

Uno de los motivos de huida de su país de origen de Edgar V. fueron las amenazas contra la vida y seguridad recibidas de bandas delincuenciales hondureñas, tales tal es el caso de casi la mitad de este grupo, estos niños, niñas y adolescentes pueden cumplir con los criterios para solicitar protección internacional, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), así lo ha considerado.¹⁷⁸

En el caso Edgar V. hay un incumplimiento absoluto por parte del Estado mexicano respecto de las obligaciones contraídas consistentes en tomar como directriz el interés superior del niño, pues de un análisis de las facultades previstas en la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y su Reglamento (artículo 51)¹⁷⁹; el Reglamento para el Sistema Nacional para el

¹⁷⁸ Human Rights Watch, *Puertas cerradas...*, op.cit., p.3.

¹⁷⁹ Art. 51 Reglamento de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, primer párrafo dice:

Desarrollo Integral de la Familia; los Lineamientos para la Restitución de Derechos y Medidas de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes; la Procuraduría Federal de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes y las Procuradurías de Protección de Cada Entidad Federativa (artículos 120 fracción I y 122, fracción I de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes), se desprende que todas estas leyes y autoridades son las encargadas de la protección y procuración integral de los derechos de los MENA,¹⁸⁰ así mismo de velar por la restitución de sus derechos en caso de que sean vulnerados, pues si bien toda autoridad debe velar por el interés superior del niño, convendría que en cuanto se tenga el primer contacto las Procuradurías de Protección sean ellas quien lo determinen, pero contrario a ello es el INM conjuntamente con la COMAR quienes lo deciden cuando reciben de un menor una solicitud de refugio.

En el caso de Edgar V. el INM estaba obligado a brindarle la información adecuada dándole a conocer los derechos que tenía al solicitar refugio, conforme el artículo 96 de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (LGDNNA);¹⁸¹ artículo 22, 1) de la Convención de los Derechos del Niño, que obliga a los Estados parte a proporcionarle protección especial al solicitar el estatuto de refugiado, y a cooperar con los organismos competentes para garantizar dicha protección y asistencia.

Las autoridades federales adoptarán medidas de protección especial conforme a los criterios de razonabilidad y, en su caso, progresividad, atendiendo a los Tratados Internacionales y sus directrices.

¹⁸⁰En el "Dictamen de las Comisiones Unidas de Asuntos Migratorios y de Estudios Legislativos, de la Minuta con Proyecto de Decreto por el que se reforman el primer párrafo y las fracciones I, II y III del artículo 112 de la Ley de Migración", aprobado el 13 de octubre de 2016 por el Senado de la República, prevé en su fracción I, párrafo cuarto que la autoridad migratoria deberá dar aviso inmediato a distintas instancias, con la finalidad de que coadyuven en la garantía y protección de los derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes en Contexto de Migración Internacional no Acompañados, sin embargo, se omite la obligación de notificar a las Procuradurías de Protección, quienes de conformidad con la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes son las encargadas de brindar la protección y procuración integral de los derechos de ese grupo de población en situación de vulnerabilidad.

¹⁸¹ Artículo 96 Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes prevé la prohibición de *"...devolver, expulsar, deportar, retornar, rechazar en frontera o no admitir, o de cualquier manera transferir o remover a una niña, niño o adolescente cuando su vida, seguridad y/o libertad estén en peligro a causa de persecución o amenaza de la misma, violencia generalizada o violaciones masivas a los derechos humanos, entre otros, así como donde pueda ser sometido a tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes"*.

5.4. Omisiones del Estado mexicano en el caso Edgar V.

La autoridad migratoria incumplió con su obligación de tomar como criterio rector el interés superior del joven, al decidir retornar a Edgar V. a Honduras, a sabiendas que era peligroso hacerlo porque estaba de por medio la pérdida de la vida del joven, en virtud de las amenazas recibida por la banda criminal que le había exigido se uniera a sus filas so pena de privarlo de la vida en caso de negarse a hacerlo; sin embargo, lo retornaron a su país de origen, vulnerando el artículo 22 de la Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento vinculante para el Estado mexicano.

El INM se abstuvo de analizar la situación de Edgar en función del riesgo, urgencia e irreparabilidad del daño, conforme a la Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, sin importar que el joven pudiera perder la vida al ser retornado a su país de origen.¹⁸² El Comité de los Derechos del Niño alienta también a los Estados Partes en la Convención y países interesados a que tomen en cuenta las Directrices de ACNUR sobre Protección y Cuidado (1994), los Principios rectores entre organizaciones en materia de menores no acompañados y separados.¹⁸³

Tal decisión de retornar a Honduras a Edgar V. violentó el principio de no devolución *non-refoulement*, que implica la reconducción sumaria a la frontera de quien se ha descubierto su entrada ilegal, así como la denegación sumaria de admisión a quienes no poseen documentación válida. Es un proceso distinto de la expulsión y de la extradición.

La norma que impide devolver a un individuo a un territorio en el que su vida o libertad corran peligro es una norma de Derecho Internacional Consuetudinario, y de carácter obligatorio para todos los Estados de la comunidad internacional, esta norma ha sido plasmada en diversos tratados internacionales,

¹⁸²El artículo 4º de la Convención Americana dispone: “1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

¹⁸³Estos principios rectores han sido aceptados conjuntamente por el Comité Internacional de la Cruz Roja, el Comité Internacional de Rescate, Save the Children del Reino Unido, UNICEF, ACNUR y Visión Mundial Internacional. Tienen por objeto orientar la actividad de todos los miembros del Comité Permanente Interorganismos para los niños no acompañados y separados.

como el artículo 33 de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, que tiene su precedente en los artículos 3.2. de la Convención relativa al Estatuto Internacional de los Refugiados del 28 de octubre de 1933.¹⁸⁴

El INM en el caso de Edgar V., desestimó el artículo 6 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, la cual exige la vigilancia de los Estados parte respecto a la injerencia del crimen organizado, y pide la protección máxima posible contra la violencia y la explotación, que pondría en peligro el derecho del menor a la vida, la supervivencia y el desarrollo, la dependencia migratoria mexicana restó importancia a la denuncia de hechos por amenazas de muerte de la banda criminal que el joven les mostró y se abstuvo de brindarle la protección debida conforme al interés superior.

Los menores separados y no acompañados están expuestos a diversos riesgos que afectan la vida, supervivencia y desarrollo, por ejemplo, la trata dirigida a la explotación sexual o de otra índole o la participación en actividades delictivas de las que puede resultar perjuicio para el menor o, en casos extremos, la muerte.¹⁸⁵

Acorde al artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, el INM debió tomar en cuenta los deseos y las opiniones de Edgar V. (párrafo 1 del artículo 12). Desde luego después de haberle informado que el trámite para la declaratoria de la calidad de refugiado podía llevar un periodo de tiempo cuantioso y tomar en consideración la opinión del joven y hacer lo conducente para la protección de su vida y pugnar por su seguridad, pues si bien es cierto el joven optó por desistirse de su solicitud de refugio, ello fue consecuencia de la obligación impuesta por la autoridad migratoria de permanecer privado de su libertad hasta en tanto llegara la respuesta de COMAR; la actuación de la

¹⁸⁴GIL, María, *op.cit.*

¹⁸⁵NACIONES UNIDAS, *Convención sobre los Derechos del Niño, Observación general N° 6*, obligaciones jurídicas de los Estados Partes con referencia a todos los menores no acompañados o separados de su familia que se encuentren dentro de su territorio y medidas para el cumplimiento de las mismas, CRC/GC/2005/6, 2005, párr. 23, p. 9, en línea:

http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/nuevo_sitio/2010/conferencia/3.%20Background%20Information%20on%20Mixed%20Migration/The%20Protection%20of%20Unaccompanied%20Children/Comite%20-%20Observacion%20General%20No.%206.pdf?view=1, (última visita 27 de febrero 2017).

autoridad migratoria fue carente de la utilización de principios rectores de protección de la vida del joven, desestimó la opinión de Edgar V., fue negligente y por tanto responsable por no cuidar del don más preciado del ser humano, la vida de Edgar.

El INM se abstuvo de brindar a Edgar V. la protección y la asistencia humanitaria adecuadas para el disfrute de los derechos pertinentes enunciados en la Convención de los Derechos sobre el Niño, así como los establecidos en el derecho nacional, para proteger y ayudar en todo lo que el joven necesitara en su trámite de declaratoria de refugiado, conforme a los artículos 20 párrafo 3 y 22 de la Convención, aquí la autoridad desestimó flagrantemente el superior interés del menor.¹⁸⁶ Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es posible considerar que los artículos 19, 22.7 y 22.8 de la Convención Americana, VII y XXVII de la Declaración Americana, 22 de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como la Convención de 1951, su Protocolo de 1967 y la definición regional de la Declaración de Cartagena, configuran el *corpus iuris* internacional tendiente a la protección de los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes solicitantes de asilo y refugiados en el continente americano.¹⁸⁷

El nombramiento de tutor, asesor y representante legal (párrafo 2 del artículo 18 y párrafo 1 del artículo 20 de la CDN) debió haber sido designado por el INM o en su caso por el DIF a través de la Procuraduría de la Defensa del Menor al joven Edgar V., pues es obligación de los Estados, tan pronto como se determine la condición de menor no acompañado o separado de su familia, nombrar un tutor o asesor que desempeñarán sus funciones hasta que el menor llegue a la mayoría de edad o abandone permanentemente el territorio o la jurisdicción del Estado mexicano de conformidad con la Convención u otras obligaciones internacionales.

Edgar V. por ser un menor no acompañado, debió contar en todo momento con acceso gratuito a un representante jurídico competente, incluso si la solicitud

¹⁸⁶NACIONES UNIDAS, *Observación general N.º 6, op.cit.*, parr.33, p.12.

¹⁸⁷ UNHCR, United Nations High Commissioner for Refugees, *Opinión consultiva OC-21/14, Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, de 19 de agosto de 2014, Párr.87, p.18.

de asilo se hubiera tramitado con arreglo al procedimiento normalmente aplicable a los adultos, la solicitud de asilo del joven debió tener prioridad.¹⁸⁸ Si así lo hubiera hecho la autoridad migratoria, el representante habría estado facultado para solicitar se dejara en libertad al joven en tanto la COMAR resolvía la solicitud de refugio presentada, sin embargo el Estado mexicano vulneró un tratado que tiene fuerza vinculante para sus autoridades.

No suficiente con lo expresado, nuevamente la autoridad migratoria violentó de manera reiterada el principio de no detención de niños por razones administrativas que establecen los estándares internacionales, así como las exigencias de la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tal como lo establece la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Resolución de 19 de agosto de 2014.¹⁸⁹

En aplicación del artículo 37 de la Convención y del principio del interés superior del menor, a Edgar V. no debió habersele privado de su libertad. El Comité de los Derechos del Niño refiere que la privación de libertad no podrá justificarse solamente porque el menor esté solo o separado de su familia, ni por su condición de inmigrante o residente. [...] Por consiguiente, debe hacerse todo lo posible, incluso acelerar los procesos pertinentes, con objeto de que los

¹⁸⁸ NACIONES UNIDAS, *Observación general N.º 6, op.cit.*, párr.69-70, p.18.

¹⁸⁹ Esta opinión dice: De acuerdo con las consideraciones precedentes, la Corte considera que, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, la privación de libertad resulta improcedente cuando las niñas y los niños se encuentran no acompañados o separados de su familia, pues bajo esta óptica el Estado se encuentra obligado a promover en forma prioritaria las medidas de protección especial orientadas en el principio del interés superior de la niña o del niño, asumiendo su posición de garante con mayor cuidado y responsabilidad. En la misma línea, el Comité de los Derechos del Niño ha sostenido:

En aplicación del artículo 37 de la Convención y del principio del interés superior del menor, no debe privarse de libertad, por regla general, a los menores no acompañados o separados de su familia. La privación de libertad no podrá justificarse solamente porque el menor esté solo o separado de su familia, ni por su condición de inmigrante o residente. [...] Por consiguiente, deber hacerse todo lo posible, incluso acelerar los procesos pertinentes, con objeto de que los menores no acompañados o separados de su familia sean puestos en libertad y colocados en otras instituciones de alojamiento, Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Resolución de 19 de agosto de 2014, Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 5 niños y niñas, CIDH, San José, Costa Rica, párr. 157, p.42.

menores no acompañados o separados de su familia sean puestos en libertad y colocados en otras instituciones de alojamiento.¹⁹⁰

Edgar V. al experimentar la privación de su libertad prefirió renunciar al trámite para la obtención de la declaratoria de condición de refugiado. En este caso, la autoridad migratoria hizo caso omiso a Observación General CRC/GC/2005/6 del Comité de los Derechos del Niño, en su 39º período de sesiones del 17 de mayo a 3 de junio de 2005, donde establece en su párrafo 40 que es la obligación de los Estados parte, prestar particular atención de que haya continuidad en la crianza del menor, acorde a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico, (situación que debió evaluarse en el proceso de identificación, registro y documentación de Edgar V.). Al tomar las medidas de atención y alojamiento, las autoridades migratorias debieron tomar en cuenta que, por regla general, no se debió privar de la libertad al joven.¹⁹¹ En el caso de Edgar V. y el de otros migrantes y personas sujetas a protección internacional, el Estado mexicano acostumbra, privarlos de su libertad por encontrarse en situación irregular, y hacen de esta práctica la regla y no la excepción.¹⁹²

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos afirmó que “la detención de un menor de edad por actos no delictivos, sino sencillamente porque se encuentra en una situación de abandono social, riesgo, orfandad o vagancia, representa un grave peligro para la infancia [...]

El Estado no puede privar de su libertad a niños, niñas y adolescentes que no han cometido delito alguno, sin incurrir en responsabilidad internacional por violación del derecho a la libertad personal [...] Toda restricción de libertad de un menor no basada en la ley, o en una acción tipificada como delito tal como aconteció en el caso Edgar V., constituye una grave violación de los derechos

¹⁹⁰Comité de los Derechos del Niño, *Observación general N° 6*: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, [...], párr. 61. Ver también, Informe presentado por la Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, Grupos específicos e individuos: Trabajadores migrantes, de conformidad con la resolución 2002/62 de la Comisión de Derechos Humanos, UN Doc. E/CN.4/2003/85, 30 de diciembre de 2002, párr. 75.a).

¹⁹¹NACIONES UNIDAS, *Observación general N.º 6*, *op.cit.*, párr.40, p.13.

¹⁹²BARJA, Joselin, *Derechos cautivos: La situación de las personas migrantes y sujetas a protección internacional en los centros de detención migratoria: siete experiencias de monitoreo desde la sociedad civil*, México, 2015, párr. 5, p.27.

humanos. El Estado no puede, invocando razones de tutela del menor, privarlo de su libertad o de otros derechos inherentes a su persona”, tal como aconteció en el caso Edgar V. (CIDH, 1999a: 109-110).¹⁹³

Aunque la nueva Ley de Migración ha reconocido el derecho a las garantías de debido proceso (entre otras, a tener representante legal, presentar pruebas, alegar y obtener una decisión fundada), se corrobora en la práctica, como en el caso Edgar V., que la autoridad migratoria violentó su derecho a un procedimiento justo, en el cual pudiera defender sus derechos, ofrecer pruebas y alegar a su favor hasta obtener su declaratoria de condición de refugiado.

El caso Edgar V. conlleva a la reflexión que hace el autor Pablo Ceriani Cernadas, quien lo expresa de la siguiente forma:

*Existe una grave y generalizada falta de información cuantitativa y en especial cualitativa sobre NNA migrantes, que obstruye el diseño de políticas públicas integrales dirigidas a la protección de los derechos humanos de la infancia y la adolescencia en situación migratoria irregular. Producir, difundir y garantizar el acceso a esta información es responsabilidad del Estado a través de los organismos competentes.*¹⁹⁴

Lo expresado por el autor en cita, se ve reforzado por lo investigado por Abbdel Camargo M., quien refiere que entre los MENA que entrevistó, detenidos en estaciones migratorias, se reveló una generalizada falta de información sobre las causas de aprehensión, tiempo y procedimiento que llevarán dentro de la misma. Los datos arrojan que la información proporcionada por los agentes del INM a los MENA es insuficiente, pues el 25% de ellos señaló haber recibido información al respecto, mientras que el 66.7% indicaron que al momento de ser llevados ante la autoridad migratoria no se les informó sobre los derechos que tienen en México.¹⁹⁵ Tal como sucedió en el caso Edgar V. quien, por falta de los

¹⁹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos.

¹⁹⁴CERIANI, Pablo, *op. cit.*, párr. dos, p. 9.

¹⁹⁵CAMARGO, Abbdel, *Arrancados de raíz: Causas que originan el desplazamiento transfronterizo deniños, niñas y adolescentes no acompañados y/o separados de Centroamérica y su necesidad de protección internacional*, México, ACNUR, 2014, párr. primero, p. 59.

elementos en cita, fue repatriado a su país de origen sin la protección del Estado mexicano.

En el caso Edgar V. el INM vulneró la garantía del debido proceso al privarlo de juicio justo para inconformarse con su repatriación, pues si bien es cierto que pudo estar en la estancia del DIF bajo la custodia de este, lo cierto es que el joven no habría podido salir de las instalaciones para darle seguimiento a su trámite ante la COMAR, visitar un abogado que lo asesorara y ayudara a llenar correctamente los formularios de solicitud de refugio, lo que equivale a una privación de la libertad, ello se habría solucionado asignándole un hogar de guarda, con una familia donde

conviviera como un miembro más del grupo familiar que lo hubiera acogido.¹⁹⁶

Sin ser suficiente todas las violaciones a tratados y convenciones suscritas por el Estado mexicano, el INM en el caso Edgar V. no acató lo ordenado en el artículo 4to., párrafo décimo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que ordena que en todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos, entendiéndose la prevalencia del superior interés del niño como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los niños, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás

¹⁹⁶Asamblea General de las Naciones Unidas, *Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional*, resolución 41/85, del 3 de diciembre de 1986, en el artículo 4 ordena que: Cuando los propios padres del niño no puedan ocuparse de él o sus cuidados sean inapropiados, debe considerarse la posibilidad de que el cuidado quede a cargo de otros familiares de los padres del niño, otra familia sustitutiva -- adoptiva o de guarda -- o en caso necesario, una institución apropiada; el artículo 12 refiere que: En todas las cuestiones relativas a la colocación de niños en hogares de guarda deberán tener participación adecuada la futura familia de guarda y, según proceda, el niño y sus propios padres. Una autoridad u oficina competente deberá encargarse de la supervisión para velar por el bienestar del niño.

derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad,¹⁹⁷ de una manera muy sencilla podría interpretarse en la protección especial, fortalecida, que deben tener todos los derechos humanos cuando se tome una decisión respecto de niños, niñas y adolescentes, protección que no se concretizó el caso Edgar V.

5.5. Acciones que debió tomar el Estado mexicano en el caso Edgar V.

Para que el INM hubiera logrado la protección que contiene el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el caso de estudio y tratándose de un joven refugiado, habría sido fundamental la mezcla de normas y principios de la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, como marco jurídico de protección.

Edgar V. en tanto obtenía una respuesta de COMAR en relación a su solicitud de refugio, debió ser enviado a una estancia de una Organización no Gubernamental (ONG) para que pudiera gozar de su libertad.

El INM o el DIF en su caso, debieron designarle a Edgar V. un tutor competente, pues ello constituye una garantía procesal importantísima para el respeto del interés superior de los menores no acompañados o separados de su familia. Pues si el menor separado o no acompañado solicita el asilo o entabla otros procesos o actuaciones administrativas o judiciales, además del tutor, se le nombrará un representante legal.¹⁹⁸

A Edgar V. no era necesario privarlo de su libertad, debido a que existe un amplio abanico de opciones para la atención y el alojamiento, que se reconocen expresamente en el párrafo 3 del artículo 20 de la CDN, entre otras cosas, la

¹⁹⁷Corte IDH, *Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*, párr. 184; CortelDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, párr. 134, y Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02, párrs. 56,57, 60.

¹⁹⁸NACIONES UNIDAS, *Convención sobre los Derechos del Niño, Observación general Nº 6*, obligaciones jurídicas de los Estados Partes con referencia a todos los menores no acompañados o separados de su familia que se encuentren dentro de su territorio y medidas para el cumplimiento de las mismas, CRC/GC/2005/6, 2005, párr. 21, p. 9, en línea:

http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/nuevo_sitio/2010/conferencia/3.%20Background%20Information%20on%20Mixed%20Migration/The%20Protection%20of%20Unaccompanied%20Children/Comite%20-%20Observacion%20General%20No.%206.pdf?view=1, (última visita 27 de febrero de 2017).

colocación en los hogares de guarda, de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al haber elegido una de esas opciones, se debió tomar en cuenta las vulnerabilidades particulares de Edgar V., no sólo por haber quedado desconectado de su medio familiar, sino también por encontrarse fuera de su país de origen, también se debió tomar en cuenta la edad y el sexo de Edgar V. Al tomar las medidas de atención y alojamiento, le debieron considerar bajo los parámetros que establecen que, no se privará de la libertad a los MENA cuando soliciten refugio.

5.6. Conclusión

Es inminente que el Estado mexicano para evitar que se sigan repitiendo casos como el de Edgar V., implemente mecanismos para asegurar las garantías de debido proceso; al declarar a un menor no acompañado se designe inmediatamente un tutor o representante legal (garantizándoles un lugar adecuado para realizar su trabajo) que represente a los MENA, sobre todo a los que solicitan asilo; derogar las normas, mecanismos institucionales y prácticas que establecen la detención, y que en lo futuro cualquier migrante pueda usar en cualquier procedimiento que pueda afectar sus derechos, un servicio de asistencia jurídica gratuita, con la asistencia de intérpretes en caso de no comprender el idioma; implementar los hogares de acogida para que los MENA en su proceso de declaratoria de condición de refugiado gocen de su libertad y garanticen su custodia por personal de organismos cuyo mandato sea la protección de la infancia; pero sobre todo el Estado mexicano no debe olvidar que en toda decisión que se tome respecto de niños, niñas y adolescentes la directriz siempre será el interés superior del menor.

Conclusiones

Los objetivos de las conclusiones y recomendaciones que se plantean responden a todo lo plasmado en el trabajo de investigación, y conllevan a que en lo futuro se corrijan omisiones y vicios repetitivos que se han hecho costumbre en el trato a menores no acompañados.

1. La política de mínima información del INM es uno de los primeros obstáculos que se antepone a cualquier entrevista con los funcionarios y principalmente con los MENA bajo su custodia. El INM actúa con amplia discrecionalidad en lo referente al ingreso a las estaciones migratorias y las condiciones impuestas para entrevistar a un MENA son las siguientes: a) contar con autorización de los padres o tutores (se confronta la imposibilidad material de

viajar a Guatemala, El Salvador u Honduras para obtener tal autorización) y, en el caso de MENA no acompañados, de sus representantes consulares (hay una negativa absoluta a otorgar el permiso por parte de los consulados); b) envío anticipado del cuestionario a realizar; y c) presencia de los OPI durante las entrevistas (los MENA se ven intimidados ante los oficiales y no responden por temor).

2. No obstante contar con legislación aplicable tanto nacional como tratados internacionales, el Estado mexicano siguen vulnerando derechos humanos de los menores no acompañados sobre todo a los extranjeros, los principales transgresores de derechos humanos son los Agentes de Migración; las policías quienes siguen haciendo víctimas a los menores de robos y extorciones; así mismo el Estado mexicano es lento en la tramitación de las declaratorias de asilo o refugio de los MENA que lo solicitan.

3. Los MENA solicitantes de asilo o refugio, en tanto se obtiene respuesta de la COMAR, son privados de su libertad, tal detención es a todas luces ilegal y vulnera tratados internacionales y es contraria al interés superior del menor, ello como resultado de no contar con la presencia de sus padres, un familiar cercano o un tutor que cuide de ellos en tanto se resuelve su situación legal en el país; para evitar privarlos de su libertad es urgente la implementación de los hogares de guarda con familias que acepten cuidar de ellos como un miembro más de la familia, para que el MENA no tenga que permanecer recluido mientras su trámite se resuelve.

4. México como España cuentan con legislación nacional, tratados internacionales y todos los elementos necesarios para garantizar los derechos humanos de los menores extranjeros no acompañados, el número de menores ha rebasado cualquier expectativa imaginable y ambos países se han visto en la necesidad de retornar a sus países de origen a los menores sin tomar en consideración el interés superior del menor, pues ambos se justifican refiriendo que los menores representan un alto costo para ambos Estados, ello representa un reto que ambas sociedades deben superar, brindando protección y

reconociendo los derechos de estos menores y en el caso de los asilados o refugiados lograr que se integren plenamente a la sociedad del país receptor.

Para lograrlo es necesario que los tres niveles de gobierno y actúen de forma conjunta y coordinada en el ámbito de sus competencias en pos de integrar a los menores en la sociedad prioritariamente deben trabajar conjuntamente, migración, bienestar social, educación, economía, hacienda, empleo y salubridad.

México debe coordinar el DIF en los tres niveles de gobierno para que trabajen de manera conjunta intercambiando información continuamente y solucionando problemas que en su operatividad enfrentan, así mismo se debe involucrar a la sociedad civil para que se concientice y participe en los hogares de acogida para los MENA que han solicitado refugio o asilo.

5. Es inminente que el INM inicie con una apertura mayor informando de manera verás el número y las condiciones en que se encuentran los MENA que tiene en las estaciones migratorias, que permita que la sociedad civil se involucre y ayude con los hogares de acogida cuando los MENA soliciten refugio.

Es necesario que España sea más consiente y respete los derechos humanos de los menores tomando como directrices el interés superior del menor, y evite declarar emancipados a los menores por haber salido de sus países de origen sin acompañamiento, pues tal decisión no implica la emancipación sino una respuesta desesperada ante el maltrato y el hambre que sufren conjuntamente con sus familias en sus países de origen; así mismo debe dar solución a las estancias que tiene en Islas Canarias e integrar a la sociedad española a los menores que ahí se encuentran, brindándoles lo necesario para lograrlo; debe sensibilizar al pueblo español a través de campañas de concientización y pugnar por integrar a los MENA a través de hogares sustitutos con familias españolas que los traten con dignidad y respeto.

6. Tanto los Estados de origen de los migrantes como los receptores deben trabajar conjuntamente para evitar la migración, los primeros deben incentivar a las grandes compañías disminuyendo los impuestos y controlando sus altos índices de criminalidad para crear fuentes de trabajo que eviten la migración pues en la medida en que cuenten con mejores oportunidades de vida en sus lugares

de origen, la migración, principalmente la irregular por razones económicas, dejará de ser la única opción para los migrantes y sus familias.

7. La protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes debe ser prioritaria en los lugares de origen, tránsito y destino. Todas las políticas públicas, así como los programas dirigidos a la infancia en el contexto de la migración, deben partir de un enfoque de derechos, respetar y garantizar los principios establecidos en la CDN, es decir, el interés superior del niño, la no discriminación, la unidad familiar, la protección, el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, el principio de no devolución, el debido proceso y el derecho a la participación, entre otros, así mismo se debe agilizar el trámite de refugio o asilo de los menores que así lo soliciten.

8. El principio de unidad familiar debe formar parte de las políticas migratorias de los países. La inserción del derecho a vivir en familia en las políticas migratorias de los Estados puede suponer: a) abstenerse de adoptar decisiones que impliquen la separación de los miembros de una familia y b) realizar acciones positivas para promover la reunión de los niños con sus familiares.

Recomendaciones

1. Para los MENA que han solicitado asilo o refugio se debe incentivar la creación de familias de acogida ya que en México hay cierta debilidad del rol de la sociedad civil y que a su vez cuenten con la certificación de la autoridad competente que brinden cuidados, protección, crianza positiva y la promoción del bienestar social de niñas, niños y adolescentes por un tiempo limitado hasta que se pueda asegurar una opción permanente con la familia de origen, extensa o adoptiva de los NNA.

2. El acogimiento residencial hacia los menores extranjeros no acompañados (MENA) debe realizarse en tres fases:

- Primero en las estancias migratorias o estancias DIF;
- Segundo en una estancia mixta donde convivan los nacionales con los extranjeros y

- Tercero conviviendo con familias nacionales para que poco a poco se puedan integrar a la sociedad.

3. Debe incentivarse el acogimiento familiar respecto de los MENA, para ello se realizarán campañas para sensibilizar a la sociedad civil con el fin de captar familias de acogida procurando que quienes los reciban sean de su misma nacionalidad y hablen su mismo idioma.

4. Debe promoverse la creación de centros de acogida para los MENA de las ONG (organizaciones no gubernamentales), procurando que los recursos existentes no se colapsen, tales centros deben de contar con los recursos humanos y materiales adecuados.

5. El personal que atienda los centros de acogida para los MENA deben recibir una formación adecuada y contar con experiencia que les permita crear vínculos de confianza y afectividad con los menores migrantes. Debe contratarse a educadores que conozcan la cultura y costumbres de los MENA o bien que sean de su propia nacionalidad.

6. Debe garantizarse la estabilidad de los MENA y evitarse la rotación del personal que los atiende, a ese personal debe incentivársele para que realice su trabajo con amor y entrega, que les agrade lo que hacen y que disfruten el servicio que prestan a los MENA.

7. Es inminente que tanto gobiernos, donantes, sociedad civil, sector privado y comunidades se comprometan con las familias e inviertan en ellas en favor del bienestar de los NNA, trabajando para prevenir la separación de sus familias, creando fuentes de trabajo para que los padres no se vean en la necesidad de salir de sus comunidades en busca de una mejor calidad de vida, es preciso apoyar a las familias para que puedan hacer frente a las necesidades de sus hijos buscando opciones, alternativas de cuidados de los NNA cuando los padres tengan que emigrar haciendo uso del acogimiento de tipo familiar cuando ello sea absolutamente necesario y apropiado.

8. Gobiernos, donantes, sociedad civil, sector privado y comunidades deben reconocer la importancia del interés superior del niño como consideración primordial, aceptar que es la piedra angular de la política familiar. Esto incluye las

siguientes actividades: preservación de la seguridad y de la integridad de los NNA en el seno de sus familias y durante su ubicación en estructuras de cuidado alternativo, actividades que garantizan la consulta y la participación de los NNA en las decisiones que les conciernen.

9. Utilizar líneas directrices para el cuidado y la protección a los NNA a través de estrategias, leyes y políticas, capacitar personal adecuado, la asignación de recursos, la elaboración de estándares mínimos, los sistemas de observación e implementar mecanismos sólidos de supervisión. Todo con el fin ofrecer a los NNA opciones de ubicación y apoyo de tipo familiar que respondan a sus necesidades de seguridad y de atención, así como criterios de máxima calidad.

10. Aplicar políticas y prácticas que abordan la pobreza, la exclusión social y la discriminación que conducen a millones de NNA a ser separados innecesariamente de sus familias. Los gobiernos deben, en sus políticas y sus prácticas, asociar la protección y el bienestar con el acceso a la salud, a la educación y a la protección social. Los sistemas de protección social deberán acoplarse a los NNA con el fin de reducir los efectos de la pobreza sobre las familias, fortaleciéndolas para el mejor cumplimiento de su rol de cuidado de sus hijos, y aumentar el acceso a los servicios básicos en favor de los más necesitados y marginados, incluidos los NNA en situación de riesgo de ser privados del cuidado familiar.

11. Tanto gobiernos, sociedad civil, comunidades religiosas, comunidades locales y familias, deben estar conscientes del impacto que las instituciones provocan a los NNA, para ello se deben tomar medidas que eviten su institucionalización, especialmente para los niños menores de tres años, siendo preciso retirar a los NNA internados en instituciones, comprometiéndose a sustituir las instituciones por sistemas de protección y de acogida de tipo familiar.

12. Los NNA, los padres de familia, las personas e instituciones con responsabilidad sobre los niños y las comunidades deben participar activamente en el proceso de desarrollo de sistemas de protección de la infancia y en la toma de decisiones que afecten lo menos posible a los niños.

13. Los NNA sin los cuidados apropiados, que viven en comunidades de extrema pobreza o de emergencia, deben constituir una prioridad urgente para los gobiernos y las organizaciones humanitarias.

14. Los gobiernos y las organizaciones deben continuar unidos en sus esfuerzos para implementar sistemas de cuidado informal tomando en cuenta a los NNA en estado de vulnerabilidad. Deben poner en marcha mecanismos que permitan garantizar la seguridad y el bienestar de los NNA ubicados en tales circunstancias.

15. Es inminente la coordinación entre los tres niveles de gobierno para brindar un mejor servicio a los NNA no acompañados en su proceso de repatriación o bien en el retorno asistido en caso de MENA, sin olvidar que la directriz es, el interés superior del menor.

16. Urge diseñar políticas específicas para la producción y evaluación periódica de información—cuantitativa y cualitativa, incluyendo datos desde un enfoque de derechos—sobre NNA en el contexto de la migración, incluyendo:

- a. NNA migrantes en tránsito o residiendo en México.
- b. NNA mexicanos/as cuyos padres han migrado a Estados Unidos.
- c. NNA nacidos en México, de padres migrantes.
- d. NNA mexicanos que han sido retornados, solos o acompañados por sus padres, desde Estados Unidos.

17. Desarrollar medidas alternativas a las modalidades de privación de libertad que ofrecen los albergues para garantizar el respeto de los derechos de la niñez migrante. Esto incluirá el instalar a la mayor brevedad posible, centros de protección de la infancia no privativos de la libertad, para alojar temporalmente a NNA y familias migrantes, para la protección integral de sus derechos.

18. Establecer un procedimiento para la determinación del interés superior del niño (DIS), que asegure que toda decisión relativa a los NNA se adoptará, en el marco de un debido proceso legal, con el objetivo de garantizar la protección integral de sus derechos a través de medidas inmediatas de protección y de la búsqueda de soluciones duraderas para su desarrollo y vida digna.

19. Establecer mecanismos para asegurar que la repatriación de NNA solo se decida previa aplicación de un procedimiento que determine su interés superior de la niñez y teniendo como pauta central garantizar la protección integral de los derechos de la niñez.

20. Para evitar seguir haciendo víctimas a los NNA de robos y extorsiones por parte de las policías y otros funcionarios es inminente preparar a éstos servidores públicos sensibilizándolos y dando a conocer los derechos con que cuentan los menores no acompañados; es vital incrementar las partidas asignadas al Instituto Nacional de Migración, incrementar número de personas a su servicio, con mayor preparación y deseo de servir a los migrantes independientemente de la nacionalidad con que cuentan.

21. Redefinir el rol y las competencias de los Oficiales de Protección a la Infancia (OPI), estableciendo su asignación a una Institución competente para la protección de la niñez, a fin de asegurar, por un lado, una atención adecuada a las necesidades y derechos de la niñez en cualquier contacto o intervención del INM o de cualquier otra Institución o cuerpo de seguridad que pudiera impactar en niños y niñas migrantes.

22. Garantizar de manera amplia el acceso de organizaciones de la sociedad civil a las estaciones migratorias y los albergues DIF donde hubiere NNA detenidos a disposición del INM, y la posibilidad de entrevistar a los MENA detenidos, según su edad y madurez, y siempre que ellos presten su consentimiento. El acceso debe ser irrestricto a todas las áreas de la estación migratoria donde se encuentren los MENA (habitaciones, comedor, patio, módulo DIF, etc.).

23. México debe tener mayor control de las policías y agentes de migración y dar seguimiento a las denuncias por delitos de robo, extorsión, violación o lo que resulte, que son perpetrados en perjuicio de los niños, niñas y adolescentes nacionales y extranjeros para quien resulte responsable.

24. Los niños, las niñas y los adolescentes no deben ser privados de su libertad con motivo de su estatus migratorio; y durante todo el proceso migratorio se les deben garantizar sus derechos procesales, como es, contar con un

defensor, asistencia jurídica y consular adecuada, un tutor o representante, tener la posibilidad de dar su opinión y recibir información en su propio idioma, entre otras cuestiones.

Recomendaciones para el Poder Legislativo Federal

1. Fomentar proyectos que adecuen la legislación migratoria vigente a la Convención sobre los Derechos del Niño. Ello debe incluir lo siguiente:

a. incorporación del principio de no detención de los MENA y familias migrantes;

b. Instauración de un Procedimiento de Determinación del Interés Superior del Niño, asignando competencias, funciones y objetivos a todas las instituciones que intervengan en la determinación del interés superior del niño;

c. garantizar el acceso a la justicia y derecho de debido proceso, incluyendo la participación del poder judicial, y de los MENA en todo procedimiento migratorio que puede impactar sus derechos.

2. Estructurar una reforma integral tendiente a la mayor protección de la infancia que asegure la plena aplicación de los principios y estándares que surgen de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como de la Constitución Mexicana. Con inclusión de:

a. Un órgano cuya función sea implementarse de forma coordinada y transversal con organismos federales, estatales y municipales políticas de protección integral de la infancia.

b. Tal organismo contará con programas, mecanismos y recursos dirigidos a la protección integral de los niños, niñas y adolescentes en el contexto de la migración, incluyendo, entre otras medidas, la creación de un cuerpo especializado y autónomo de tutores para los MENA.

3. Crear mecanismos específicos de asignación presupuestaria para programas de protección integral de los MENA y familias migrantes, con la ayuda y apoyo del DIF Nacional y otras secretarías, que incluyan:

a. La creación de centros de alojamiento no privativos de la libertad para los MENA y familias migrantes.

b. Establecer montos presupuestarios para la creación y funcionamiento adecuado de una estructura interinstitucional que determine el interés superior del niño en el contexto de la migración y la implementación de decisiones a corto y largo plazo.

c. Fijar montos destinados a la capacitación, en derechos de infancia en el contexto de la migración, para funcionarios y personal del DIF Nacional y Estatales, INM, Poder Judicial, y el Instituto de la Defensoría Pública, entre otros.

Bibliografía

- ACNUR *Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado*, Párrafo 214.
- ACNUR Organizada por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Refugiados y el Instituto de Posgrado en Estudios Internacionales de Ginebra, *Unidad de la familia*, anexo VIII, en línea:
<http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/01156.pdf?view=1>, última visita 29 de septiembre 2016.

- ACNUR, *Declaración de buenas prácticas*, 2004, práctica 12. (a) en línea: https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/buenas_practicas_menores_solos.pdf, (última visita 04 de octubre 2016).
- ACNUR, UNICEF, SAVE THE CHILDREN, *Declaración de buenas prácticas*, Atención y alojamiento, 4ta.edición, España, 2009.
- *Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre la cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y su retorno concertado, hecho en Rabat el 6 de marzo de 2007*, en línea: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2013-3140, (última visita 10 de octubre 2016).
- ACNUR Organizada por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Refugiados y el Instituto de Posgrado en Estudios Internacionales de Ginebra, Unidad de la Familia, anexo VIII, en línea: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/01156.pdf?view=1>, (última visita 29 de septiembre de 2016).
- *Adendum* al memorándum de entendimiento entre los gobiernos de los Estados Unidos Mexicanos, de la República de El Salvador, de la República de Honduras y la República de Nicaragua para la repatriación ordenada, ágil y segura de nacionales Centroamericanos migrantes vía terrestre, 2do. Párrafo de fecha 9 de julio de 2009, p.1, en línea: <http://www.crmsv.org/Publicaciones/docs/Matrices/MATRICES%20CRM%20TRATA%20RAFICO10/TRATADOS/Arandum%20al%20memorandum.pdf>, (última visita 21 de noviembre 2016).
- Agencia de la ONU para los refugiados. *Los menores no acompañados y la protección del asilo*, en Línea:<http://www.acnur.org/t3/a-quien-ayuda/ninos/los-menores-no-acompanados-y-la-proteccion-del-asilo/>, (última visita 25 de abril 2016).
- Asamblea General de las Naciones Unidas, *Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional*, resolución 41/85, de 3 de diciembre de 1986, artículo 4.
- BARJA, Joselin, *Derechos cautivos: La situación de las personas migrantes y sujetas a protección internacional en los centros de detención migratoria: siete experiencias de monitoreo desde la sociedad civil*, México, 2015, párr. 5.
- CALLEROS, Juan Carlos, *Menores migrantes: un reto para la sociedad y el Estado*, México, INM, febrero 2008, núm. 2.
- CAMARGO, Abbdel, *Arrancados de raíz: Causas que originan el desplazamiento transfronterizo de niños, niñas y adolescentes no acompañados y/o separados de Centroamérica y su necesidad de protección internacional*, México, ACNUR, 2014, párr. primero, p. 59.
- Centro Internacional para los Derechos Humanos de los Migrantes, *Diagnóstico, desplazamiento forzado y necesidades de protección, generados por nuevas formas de violencia y criminalidad en Centroamérica*, ACNUR, 2012, en línea:

<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8932.pdf>, (última visita 21 de febrero de 2017).

- CERIANI, Pablo, *Niñez detenida, los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes en la frontera México-Guatemala*, presentación, México, Fontamara, septiembre de 2012, en línea: http://cdhfraymatias.org/sitio/wp-content/uploads/2014/11/InformeMexico_OK.pdf, (última visita 16 febrero de 2017).
- CERIANI, Pablo, *Niñez y migración en Centro y Norte América: causas, políticas, prácticas y desafíos*, E. México: como país de tránsito y de destino, 1. Detención segundo párr.
- CNDH, México, en línea: http://www.cndh.org.mx/Que_son_Derechos_Humanos, (última visita 27 de septiembre 2016).
- *Código Civil Español*.
- COMAR, *Estadísticas 2015*, Secretaría de Gobernación, México, 2015, en línea: http://www.comar.gob.mx/work/models/COMAR/Resource/267/6/images/ESTADISTICAS_2013_A_02-2016_act.pdf, (última visita 17 de febrero de 2017).
- Comisión Nacional de Derechos Humanos, *informe sobre la problemática de niñas, niños y adolescentes centroamericanos en contexto de migración internacional no acompañados en su tránsito por México, y con necesidades de protección internacional*, párr. 388, en línea: http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/Informe_NNACMNA.pdf, (última visita 19 de febrero de 2017).
- Comité de Derechos Humanos, *Observación general No. 6*, párrafo 1 (1982).
- CONTRERAS, Francisco, *Derecho internacional privado*, México, Oxford University Press, 1998.
- *Convención Americana sobre Derechos Humanos*.
- *Convención sobre los Derechos del Niño*.
- *Convención de Viena Sobre Relaciones Consulares*, artículo 5 Las funciones consulares, en línea: <http://www.poderjudicialmichoacan.gob.mx/comunicacion/Tratados/Tratados/Derechos%20de%20los%20Migrantes/Convenci%C3%B3n%20de%20Viena%20sobre%20Relaciones%20Consulares.pdf>, (última visita 10 de junio 2016).
- Corte IDH. *Caso de la masacre de las dos erres Vs. Guatemala*, párr. 184; Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, párr. 134, y Corte IDH, *condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión consultiva OC-17/02*, párrs. 56,57, 60.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Informe35/08, caso 12.019 admisibilidad y fondo Antonio Ferreira Braga*, Brasil, 18 de julio de 2008, párrafo 89.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión consultiva OC-17/2002 solicitada por la comisión interamericana de derechos humanos condición jurídica y los derechos humanos del niño*, 28 de agosto de 2002, b. Refugio y Nacionalidad, tercer párr.
- CHAMIZO, José, *La protección jurídica y social de los menores extranjeros no acompañados en Andalucía, entrada y tutela*, España, SAVE THE CHILDREN, Agencia Andaluza de Cooperación Internacional, Junta de Andalucía, p.13, en línea:

https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/proteccion_juridica_menores_extranjeros_no_acompanados_andalucia.pdf

- DE LA FUENTE, Yolanda, Eva Sotomayor, “Vulnerabilidad y exclusión social de los menores inmigrantes”, *Revista Migraciones y exilios*, 2009, p. 43, en línea: http://www.aemic.org/assets/articulos/180/original/Yolanda_M._de_la_Fuente_y_Eva_M._Sotomayor._Migraciones_Exilios_10_-_2009.pdf?1314449002, (última visita 01 noviembre de 2016).
- DECLARACIÓN MUNDIAL SOBRE LA SUPERVIVENCIA, LA PROTECCIÓN Y EL DESARROLLO DEL NIÑO, *Plan de acción para la aplicación de la declaración mundial sobre la supervivencia, la protección y el desarrollo del niño en el decenio de 1990*, Medidas específicas relacionadas con la supervivencia, la protección y el desarrollo del niño, Niños en circunstancias especialmente difíciles, Nueva York, 1990, párrafo 24.
- DIAGO, María del Pilar, *La kafala islámica en España la Kafala islámica: caracterización general*, España, Universidad de Zaragoza, 2010, en línea: <http://www.millenniumdipr.com/archivos/1350316352.pdf>, última visita 19 noviembre 2016.
- *Diario Oficial de la Federación*
- El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, en línea: <http://www.acnur.org/a-quien-ayuda/solicitantes-de-asilo/>, última visita 09 de Octubre 2016.
- FERNANDEZ, Bárbara, *Menores no acompañados: de la vulnerabilidad social a la invisibilidad institucional, Triple vulnerabilidad, España*, Universidad Complutense de Madrid y Fundación Cultura y Comunicación, 2010.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, *La modernización de los estudios jurídicos comparativos, boletín mexicano de derecho comparado*, México, UNAM, Instituto de investigaciones jurídicas, 1989.
- GALLO, Karla, *Niños, niñas y adolescentes. Tráfico y trata. Revisión legislativa y de gestión migratoria, en Comisión Nacional de Derechos Humanos, seminario internacional tráfico ilícito de migrantes. Derechos humanos e instituciones nacionales*, México, CNDH, 2008.
- GARCIA, Elisa, *La protección jurídica y social de los menores extranjeros no acompañados en Andalucía, menores no acompañados y el sistema de justicia juvenil*, España, Save the Children Con la Cofinanciación de la Agencia Andaluza de Cooperación Internacional, 2010.
- GIL, María, *Diccionario de acción humanitaria o cooperación al desarrollo*, Universidad del País Vasco, entradas “N”, en línea: <http://www.dicc.hegoa.ehu.es/listar/mostrar/157>. (última visita 01 de octubre 2016).
- Human Rights Watch, *Puertas cerradas: El fracaso de México en la protección de niños refugiados y migrantes de América Central*, Estados Unidos de América, Human Rights Watch, 2016.
- Información obtenida a través de entrevista realizada al Lic. Marte Antonio Camacho Solano, Subdelegado Local de la Delegación Federal en Baja California del INM, en fecha 27 de septiembre

- *Instrucción 2/2001*, de 28 de junio, acerca de la interpretación del actual art. 35 de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.
- La Convención de Ginebra de 1951, artículo 1o *Instrucción 2/2001*, de 28 de junio, acerca de la interpretación del actual art. 35 de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.
- LÁZARO, Isabel, *Menores extranjeros no acompañados*, España, Universidad Pontificia Comillas de Madrid, 2006, en línea: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87601909>, (última visita 01 noviembre de 2016).
- LÁZARO, Isabel, *Menores extranjeros no acompañados. La situación en España, Prolegómenos. Derechos y valores*, Universidad Militar Nueva Granada, Colombia, 2007.
- LÁZARO, Isabel, Amaia Halty, et al, *Vulnerabilidad y exclusión en la infancia*, Madrid, UNICEF, Huygens Editorial, 2014.
- LE GOFF, Hélène, “Niñas, niños y adolescentes migrantes extranjeros no acompañados en México”, *Revista Iberoamericana*, en línea: <http://revistarayuela.ednica.org.mx/sites/default/files/Art.%20H%C3%A9l%C3%A8ne%20Le%20Goff.pdf>, (última visita 01 de noviembre 2016).
- *Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*.
- *Ley de Migración*.
- *Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*.
- *Ley sobre Refugiados, Protección complementaria y asilo político, artículo 13, Diario Oficial de la Federación del 30 octubre de 2014*.
- LIWSKI, Norberto I., *Migraciones de niñas, niños y adolescentes bajo el enfoque de derechos*, Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes, Organismo especializado de la OEA, 2006, en línea: http://www.derechosinfancia.org.mx/Documentos/Migraciones_liwski.pdf, (última visita 29 de agosto 2016).
- MCDUGALL, Gay, Naciones Unidas, *Promoción y protección de todos los derechos humanos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*, Informe de la Experta independiente en cuestiones de las minorías, A/HRC/7/23, 28 de febrero de 2008, párr. 79.
- MERCADO, Horacio, Marisol, PALMERÍN. *Causas y consecuencias de la migración de mexicanos a estados unidos de américa*, Biblioteca virtual de derecho, economía y ciencias sociales, p.100, en línea: <http://www.eumed.net/libros-gratis/2009c/597/ANTECEDENTES%20HISTORICOS%20DE%20LA%20MIGRACION.htm>, (última consulta 25 de abril 2016).
- Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación y UNICEF Argentina, “*Trata de Personas especialmente mujeres y niños: Una forma de esclavitud moderna*”, Guía de Información dirigida a Docentes, Buenos Aires, 2010.
- MORINEAU, Marta, *Derecho comparado*, en línea: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1855/5.pdf>.

- NACIONES UNIDAD, *Convención sobre los derechos de los niños, Observación general número 6, 2006.*
- NACIONES UNIDAS *Convención sobre los Derechos del Niño, Observación general N° 6, obligaciones jurídicas de los Estados Partes con referencia a todos los menores no acompañados o separados de su familia que se encuentren dentro de su territorio y medidas para el cumplimiento de las mismas, CRC/GC/2005/6, 2005, en línea:*http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/nuevo_sitio/2010/conferencia/3.%20Background%20Information%20on%20Mixed%20Migration/The%20Protection%20of%20Unaccompanied%20Children/Comite%20-%20Observacion%20General%20No.%206.pdf?view=1, última visita 28 de septiembre 2016.
- NACIONES UNIDAS, *Convención sobre los Derechos del Niño, Observación general 6, párrafo 61, 2005, en línea:*
<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3886.pdf?view=1>, (última visita 26 de abril 2016).
- NACIONES UNIDAS *Convención sobre los Derechos del Niño, Observación general N° 6, obligaciones jurídicas de los Estados Partes con referencia a todos los menores no acompañados o separados de su familia que se encuentren dentro de su territorio y medidas para el cumplimiento de las mismas, CRC/GC/2005/6, 2005, en línea:*
http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/nuevo_sitio/2010/conferencia/3.%20Background%20Information%20on%20Mixed%20Migration/The%20Protection%20of%20Unaccompanied%20Children/Comite%20-%20Observacion%20General%20No.%206.pdf?view=1, última visita 01 de octubre 2016.
- NACIONES UNIDAS *Convención sobre los Derechos del Niño, observación general N° 6, obligaciones jurídicas de los Estados Partes con referencia a todos los menores no acompañados o separados de su familia que se encuentren dentro de su territorio y medidas para el cumplimiento de las mismas, CRC/GC/2005/6, 2005, párrafo 28 p. 10, en línea:*
http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/nuevo_sitio/2010/conferencia/3.%20Background%20Information%20on%20Mixed%20Migration/The%20Protection%20of%20Unaccompanied%20Children/Comite%20-%20Observacion%20General%20No.%206.pdf?view=1, (última visita 01 de octubre 2016).
- NACIONES UNIDAS, *Libertad de circulación, Observación general No. 27, (art. 12): 02/11/9, Comité de Derechos Humanos, 2 de noviembre 1999, párrafo 6.*
- NIETO, Luis, *Menores y extranjeros: Un solo marco jurídico, en estudios de derecho judicial, núm. 104, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007.*
- O'DONNELL, Daniel, *Derecho internacional de los derechos humanos, Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano, segunda edición, segundo tomo, México, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2012.*
- OEA, en línea: <https://www.google.com.mx/webhp?sourceid=chrome-instant&ion=1&espv=2&ie=UTF-8#q=OEA+significado>, (última visita 5 de octubre 2016).

- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS GINEBRA, *Directrices sobre políticas y procedimientos relativos al tratamiento de niños no acompañados solicitantes de asilo*, Determinación de la condición de refugiado, 1997.
- ONU, Resolución 64/142, *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños*, aprobada por la Asamblea General, 24 de febrero de 2010.
- ONU Asamblea General, 64/142. *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños*.
- ONU Convención Sobre los Derechos del Niño, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, Observación general N.º 6, CRC/GC/2005/6 1º de septiembre de 2005.
- *Periódico Oficial* No. 18, Sección I, Tomo CXXII, de fecha 17 de abril de 2015.
- Poder Judicial de la Federación Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada de veintiuno de noviembre de dos mil doce, Tipo: *Jurisprudencia por Reiteración de Criterios*, Clave: 1a./J., Núm.: 25/2012 (9a.), disponible en: <http://www.poderjudicialchiapas.gob.mx/forms/archivos/742bdiciembre.pdf>
- *Protocolo de Palermo* artículo 3, Diario Oficial de la Federación, 10 de abril de 2003.
- RAMÍREZ, Silvia, Jorge O García, Rocío Gabriela Núñez, Perla Jazmín Enciso, *Más allá de la frontera, la niñez migrante: Son las niñas y niños de todos*. Estudio exploratorio sobre la protección de la niñez migrante repatriada en la frontera norte, México, Caminos Posibles S.C., Capacitación y Desarrollo, Sedesol, Indesol, 2009.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, Edición Tricentenario, en línea: <http://dle.rae.es/?id=WT8tAMI>, (última visita 06 de octubre 2016).
- *Real Decreto* de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil Español.
- *Reglamento de la Ley de Migración*.
- SAVE THE CHILDREN, *Resumen de política 2012*, en línea: http://resourcecentre.savethechildren.se/sites/default/files/documents/international_guidelines_for_alternative_care_of_children-spanish.pdf, (última visita 10 de octubre 2016).
- SAVE THE CHILDREN, *Resumen de política 2012, Las Líneas directrices proporcionan un marco internacional de los derechos del niño basado en principios vinculados a la protección del niño sin cuidado apropiado o en riesgo de estarlo*, en línea: http://resourcecentre.savethechildren.se/sites/default/files/documents/international_guidelines_for_alternative_care_of_children-spanish.pdf, (última visita 10 de octubre 2016).
- Secretaría de Gobernación unidad de política migratoria, *Menores migrantes en México, Extranjeros presentados ante las autoridades migratorias y mexicanos devueltos por Estados Unidos*, p. 3, en línea: http://www.politicamigratoria.gob.mx/work/models/SEGOB/CEM/PDF/Estadisticas/Medidas_de_facilitacion_migratoria/H_2010_2013/En%20Foco%2024122015.pdf, (última visita 20 de noviembre de 2016).
- *Semanario Judicial de la Federación y su gaceta*, Jurisprudencia 1a./J. 25/2012 (9a.) emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, t. I, Décima Época, Libro XV, Tomo 1, México, diciembre de 2012, p.334.

- SOBERANES, José, VEGA, Juan, *El tratado de Guadalupe Hidalgo*, p.19, en línea: http://www.fmmeduacion.com.ar/Historia/Documentoshist/1848Tratado_GuadalupeHidalgo.pdf última visita (23 de septiembre 2016).
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren niñas, niños y adolescentes*, 2da. ed., México, Dirección General de Comunicación y Vinculación Social de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- *Tratado de derecho penal internacional de Montevideo de 1889*, artículo 16, Acuerdo sobre extradición, 1911.
- TROLLER, Simone, *En la trampa de la migración: Menores extranjeros no acompañados en Europa*, HUMAN RIGHTS WATCH, Informe mundial, en línea: <https://www.hrw.org/es/world-report/2010/country-chapters/259141>, (última visita 26 de octubre 2016).
- UNHCR, United Nations High Commissioner for Refugees, *Opinión consultiva OC-21/14, Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional*, de 19 de agosto de 2014, Párr.87.
- UNICEF, *Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, complementario de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, Palermo, Italia; 2000.
- UNICEF, *Convención sobre los Derechos del Niño*, Madrid, Nuevo Siglo, 2006, artículo 29 1).
- UNICEF, *Informe anual México 2013, Únete por la niñez*, en línea: http://www.unicef.org/mexico/spanish/UNICEFReporteAnual_2013_final.pdf, (última visita 20 de septiembre de 2016).
- UNICEF, *La infancia en peligro, La crisis de los refugiados y migrantes*, 2016, en línea: file:///C:/Users/Noche/Documents/ARCHIVOS%20con%20carpetas/MAESTRIA%202016%20II/UNICEF_CHILD_ALERT_Refugee_Journey_16.06.16_SPANISH.pdf, (última visita 21 de septiembre 2016).
- UNICEF, *La Travesía migración e infancia*, México, 2011, en línea: [http://www.unicef.org/mexico/spanish/Unicef_Migracion_web\(2\).pdf](http://www.unicef.org/mexico/spanish/Unicef_Migracion_web(2).pdf), (última visita 20 de septiembre 2016).
- UNICEF y el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF), *Observaciones generales del comité de los derechos del niño, Observación general N.º 4, La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño*, México, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), 2014, párrafo 4.
- UNICEF, significado, en línea: <http://www.significados.com/unicef/>, última visita 11 de octubre 2016.
- UNICEF, *Children, adolescents and migration: Filling the evidence gap*, UNICEF, UNDP, University of Houston, 2010.
- UNICEF, *Conceptos básicos sobre explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes, Adaptado de la declaración del congreso mundial contra la explotación sexual comercial de los niños*, Estocolmo, Suecia, junio de 1996, en línea: <http://www.unicef.org/lac/1.conceptosbasicos.pdf>, (última visita 29 de agosto 2016).

- UNICEF, *Conceptos básicos sobre explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes, Hojas informativas de la reunión de seguimiento del II congreso mundial contra la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes –América Latina y el Caribe-*, San José, Costa Rica, mayo 2004, en línea: <http://www.unicef.org/lac/1.conceptosbasicos.pdf>, (última visita 29 de agosto 2016).
- UNICEF, *Convención sobre los Derechos del Niño*, en línea: [https://www.unicef.org/panama/spanish/convencion\(3\).pdf](https://www.unicef.org/panama/spanish/convencion(3).pdf), (última visita 29 de agosto 2016).
- UNICEF, *Discriminación en las instituciones de cuidado de niñas, niños y adolescentes*, en línea: <http://www.unicef.org/lac/Discriminacion.pdf>, (última visita 30 de agosto 2016).
- UNICEF, *Maltrato infantil en Chile, UNICEF Responde*, en línea: http://www.unicef.cl/archivos_documento/18/Cartilla%20Maltrato%20infantil.pdf, (última visita 30 de agosto 2016).
- UNICEF, *Manual de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño* (Nueva York: UNICEF, 2001), interpretación del artículo 2.
- UNICEF, *Manual de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*, Nueva York: UNICEF, 2004, interpretación del artículo 33.
- UNICEF, *Observaciones generales del comité de los Derechos del Niño*, Italia, Centro de Investigaciones Innocenti, 2006, párrafo 31.
- UNICEF, *Observaciones generales del comité de los Derechos del Niño*, Atención y alojamiento (artículos 20 y 22), Italia, Centro de Investigaciones Innocenti, 2006, párrafo 40.
- UNICEF, *Observaciones generales del comité de los Derechos del Niño, Observación general Nº 6 trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, Italia, Centro de Investigaciones Innocenti, 2006, párrafo 42.
- UNICEF, Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia DIF Nacional, *Las Observaciones generales del Comité de Derechos del Niño, El derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo* (artículo 6), inciso “D”, México, UNICEF, 2014, párrafo 23.
- UNICEF, Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia DIF Nacional, *Las Observaciones generales del Comité de Derechos del Niño*, (artículo 19), inciso “D”, México, UNICEF, 2014, párrafo 11.
- UNICEF *Trata de personas. Una forma de esclavitud moderna. Un fenómeno mundial que afecta principalmente a niños, niñas y adolescentes*. Argentina, UNICEF, 2012.
- VEEA, *Mónica, Entre México y Estados Unidos: Los Indocumentados, México, Ediciones El Caballito, S.A. 1982.*
- VESTRI, Gabriel, Nuria González, *Los menores de edad migrantes no acompañados y sus exigencias jurídicas*, España, Centro Euro-Árabe de Estudios Jurídicos Avanzados Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España, 2013.

Apéndices

Interrogatorio para la Comisión de Derechos Humanos

1. ¿Con qué frecuencia son requerido por violaciones de derechos humanos a los MNA?
2. ¿Qué autoridades son las que con mayor frecuencia vulneran los derechos humanos de los MNA?
3. ¿Qué derechos humanos son vulnerados con mayor frecuencia a los MNA?

4. ¿Con qué edades cuentan los MNA a quienes con mayor frecuencia les son vulnerados sus derechos humanos?
5. ¿De dónde provienen los MNA que con mayor frecuencia les vulneran sus derechos humanos?
6. ¿En 2016 que cantidad de MNA han atendido por violación a sus derechos humanos?
7. ¿En 2015 que cantidad de MNA atendieron por violación a sus derechos humanos?
8. ¿Cuándo le son violentados sus derechos Humanos a un MNA, quien los hace sabedores de tal situación, como se enteran?
9. ¿Las autoridades migratorias mexicanas dan igual trato a los extranjeros que a los nacionales?
10. ¿Cuentan Ustedes con un protocolo cuando atienden a un MNA por violación de derechos humanos por parte de alguna autoridad?
11. ¿En qué consiste el protocolo?
12. Conforme a su experiencia, ¿qué se requiere para garantizar los derechos humanos de los MNA?

CEDH

Entrevistada: Lic. **Minerva Nájera Nájera.**

Puesto: Jefatura de enlace legislativo

Fecha de la entrevista: 21 de septiembre de 2016

Hora: 1:30 PM.

Lugar: CEDH Diego Rivera.

Migraciones forzadas también incluye a los MNA, debemos tomar en cuenta lo que nos marca los instrumentos internacionales para dar el trato debido a los MNA, tomando siempre como base el interés superior de la infancia, sin embargo no siempre podemos establecer acuerdos entre los Estados, dada la migración del continente asiático, africano y de nuestro continente, Tijuana ahora por primera vez está viviendo lo relativo a la migración en maza, de donde tomamos la lección que nos deja la migración, pues tenemos la posibilidad de vivir las diferentes culturas a partir de las migraciones forzadas de los Haitianos, del Congo, de los chinos, etc., y no importa de dónde provengan nos ofrecen una ventaja para conocer y aprender de ellos, con respecto a los Haitianos vemos que el 80% tienen estudios de posgrado, en el desayunador comunitario escuché que no consumen alcohol, no fuman no consumen drogas. ahora somos los que nos

toca dar, vemos que la migración forzada es de manera inesperada, tienen que salir de su país de improviso, ahora me pregunto cómo colocar un candidato que tiene el repudio de uno de los Estados y que vivimos en esta entidad fronteriza debemos ver que la fraternidad debe invadirnos, México ha sido una economía no tan boyante, no obstante, la riqueza natural y en diferentes etapas ha recibido austriacos, alemanes, cubanos, menonitas, uruguayos, chilenos, etc.

Debemos trabajar en el interés superior de la infancia, aquí es donde los tres niveles de gobierno deben trabajar para dar una solución, que es la protección de la población, pero sobre todo la protección del interés superior de la infancia.

Somos requeridos por violación de derechos humanos mucho menos, de lo que realmente se requiere, CEDH es un órgano que se coloca en el éxodo del fenómeno migratorio y quedamos en medio, en términos de violación de derechos humanos a veces el organismo público puede ser que nos llamen para asesorarse cuando surge la duda, nos llaman para que testimoniemos la salida de personas.

Con respecto a los menores, nos llaman las familias de menores cuando hay dilación en la protección del derecho del menor, las dilaciones son por tramites lentos de las autoridades migratorias sobre todo cuando se tardan en informar donde se encuentran resguardados los menores, y que es obligación de inmediato informar a los consulados de los Estados, sobre todo cuando los consulados no localizan a las familias, siendo el mayor número de veces el consulado mexicano, algunas veces vienen a solicitar nuestra ayuda para acelerar el trámite, es cuando ayudamos a las familias para que pronto tengan la información, la comunicación trunca se debe a que las familias de migrantes se cambian de nombres o apellidos y es difícil encontrar a los padres de los menores por usar un nombre diferente al real, eso complica en gran medida encontrar a los familiares, esto para no quedar en los archivos de USA cuando obtienen algún beneficio y para que al momento de regularizar su estancia migratoria no les afecte en nada, es por ello el cambio de nombres; el otro obstáculo para localizar a la familia de los MNA es la desvinculación con las familias de su lugar de origen, muchas veces tienen hasta 40 años o más sin contactarse y nosotros

encontramos a esas familias, en abril de 1991 que se creó la Comisión con José Luis Pérez Cánchala, pugnó por la protección de los migrantes y ese trabajo ayuda, información y apoyo a los migrantes continúa, no obstante ser una comisión estatal de todas maneras recibimos cualquier queja y cuando no es de nuestra competencia la recibimos y la canalizamos a la Comisión Nacional, es un organismo por tradición y por práctica de los derechos humanos de los migrantes.

Las llamadas o solicitudes de migrantes a nosotros por violación de derechos humanos no es muy frecuente porque no pueden detenerse a realizar trámites, su meta es cruzar y aun cuando les hayan sido violados sus derechos por parte de alguna autoridad, no lo denuncian por falta de tiempo, las autoridades que más violan los derechos de los menores no acompañados, lo dicen las estadísticas, son las policías, sobre todo las municipales y estatales las que más trastocan los derechos, sobre todo cuando los menores están en tránsito, por ello el derecho al tránsito es continuamente cuestionado porque son detenidos constantemente por las policías, incluso las personas de la localidad se ven afectados, los derechos mayormente violados son las funciones de estado que son los del 4to. constitucional por ser la autoridad quien incumple con la protección y el cuidado del menor, así como las libertades de tránsito, libertad, seguridad, derecho a la propiedad y a los cuidados, son los principales derechos violentados, sobre todo el derecho a la propiedad porque les quitan todo, dinero, joyas, zapatos, cinturón etc., y la autoridad es responsable de cuidar los bienes de los menores, hay violaciones de derechos e incumplimiento al 4to. constitucional y a la norma internacional al no proteger a los menores, los menores que con mayor frecuencia les son violentados sus derechos humanos antes podríamos decir que de los 12 a los 18 menos un día, ahora alcanza la migración a edades muy tempranas 4, 5 y 6 años, y los menores migrantes o niños de situación de calle nos debe preocupar mucho más de lo que hoy nos mantiene ocupados y que se requiere soluciones prontas.

Los menores que más frecuentemente son violados sus derechos son de Oaxaca, Guerrero, Guadalajara, Tamaulipas.

En 2016 no fueron muchos los casos recibidos y no por que no hayan sido víctimas de vulneración de sus derechos, sino porque no tienen tiempo y la infancia es desconfiada porque las autoridades les han violentados sus derechos, es más fácil que la infancia no acompañada deposite su confianza en las agrupaciones sociales de ayuda, que en las autoridades puesto que temen que abusen más de su situación precaria en la que se encuentran, hay asociaciones estadounidenses que ayudan a los MNA.

Las autoridades migratorias crearon al grupo BETA y fue creado para ayudar a los migrantes y creó empatía y se acercó a los migrantes, desgraciadamente han sido recortadas las partidas o recursos, no obstante que los migrantes han aumentado y que en las políticas de USA se han presentado condiciones adversas y endurecidas por ello los migrantes exponen más su vida y BETA tiene menos personal y menos recursos, no obstante que tenemos unas leyes más benignas y protectoras de derechos humanos de los migrantes ello no se ha traducido en beneficio para ellos.

En todos los casos que solicitan la intervención de DH intervenimos porque la ley nos faculta, recibimos, atendemos y canalizamos a la CNDH, en todos los casos intervenimos cuando hay violación de un derecho humano de un menor no acompañado y de manera concurrente le toca a la procuraduría de la defensa de los derechos de las personas menores de 18 años DIF estatal conjuntamente con la CNDH intervenimos cuando importa peligro de perder la vida, la libertad o integridad está en riesgo, cuando hay peligro de un daño irreparable, ponemos en contacto con los familiares, autoridades, gestionamos cuestiones médicas, donde haya que resguardar derechos humanos.

Para garantizar los derechos humanos se requiere a mi juicio, mayores recursos para el rubro de protección a la infancia, recursos humanos, instalaciones suficientes y equipadas, capacitación multidisciplinaria, que quienes tratan con menores sean sensibles a todos los derechos humanos que le han sido vulnerados a los menores, el personal que atiende debe ser capacitado con formación para la atención de menores no acompañados, capacitación especializada sobre todo los de migración, debe haber personal con visión clara

de lo que represente la infancia no acompañada, un menor no acompañado con quien debe tener contacto inmediato y ser atendido es con un psicólogo a terapeuta.

El protocolo de atención de INM es el mismo que utilizan para todos, la nueva ley de migración establece que el INM es una instancia complementaria de todas las otras instancias y que los tres niveles de gobierno son corresponsable, yo no creo que se echen a andar pronto y diligentemente porque las instancias no terminan de estrenar el protocolo de atención y si bien todos somos responsables debe establecerse las procuradurías para la defensa de los MNA, y es un proceso de concurrencias que no está puesto en práctica, y si bien la *Ley de Protección de Niños , Niñas y Adolescentes* nos coloca en una prioridad que es la creación de *la Procuraduría de la Defensa de los Niños, Niñas y Adolescentes*, es un proceso de vinculación con el protocolo de la Ley de Migración, es inminente buscar el apoyo de otras instituciones aunque falten recursos hay que hacer conexión institucional para que como la ley lo señala hagan conexión interinstitucional, para que de verdad las otras instituciones sientan corresponsables.

La interconexión a mi juicio es que tanto las personas como las instituciones actuamos en base a prejuicios en base a lo que esperamos, a un imaginario, tanto personas como instituciones, no nos sentimos tan corresponsables como la misma ley de migración desea, las instituciones son rebasadas por su propia materia y los procesos son lentos, además se siente que la migración es un asunto policial y en relación a los MNA más, las autoridades están en la encrucijada de la nueva ley, están muy preocupados por los órganos garantes de la *Ley de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes* y se debería operar de forma bilateral en USA y México, y eficientar protocolos de emergencia, protegiendo a la infancia, debe haber mayor agilidad analizando el tema de la infancia no acompañada porque las leyes estatales ya se crearon y se debe analizar el tema de los NNA por que la ley ya está, falta apreciación directa por parte de las instituciones y que debe estar consiente que quienes más necesitan son lo MNA, y si Obama ya lo dijo a los medios que está preocupado respecto de los menores no acompañados, el gobierno mexicano debe dar respuesta

inmediata localizando a las familias de los menores, los gobiernos deben hacer acuerdos concretos para resolver el problema de los MNA, porque cuando hay acción concurrente para resolver todo se soluciona.

Interrogatorio para el Encargado del Módulo de Atención a Menores Migrantes del DIF Estatal

1. ¿Cuántos Mena repatriados de EEUU a Tijuana reciben al año?

2. ¿Los MENA repatriados de EEUU que reciben Ustedes a disposición de que autoridad quedan en las estancias del DIF?
3. ¿Con cuantas estancias cuentan y que capacidad tienen para recibir MENA repatriados?
4. ¿Alguna vez han recibido a MNA que han sido víctimas de algún delito?
5. ¿Con que edades cuentan los MENA que con mayor frecuencia son repatriados?
6. ¿Cuándo los MNA les refieren que fueron víctimas de algún delito que procedimiento siguen, a quien dan parte?
7. ¿Siguen Ustedes algún protocolo para tratar a los MENA y en qué consiste?
8. ¿Qué tiempo promedio permanecen los MENA en las estancias DIF?
9. ¿Qué promedio de MENA son recogidos por sus padres o familiares?
10. ¿Qué hacen con los MENA que carecen de padres o familiares a quienes pueden ser entregados?
11. ¿Reciben Ustedes a los MNA extranjeros?
12. ¿Es el mismo tratamiento y la misma estancia que comparten MNA extranjeros y nacionales?
13. ¿Que promedio de tiempo permanecen los MNA en las estancias DIF?

Conforme a su experiencia, ¿qué se requiere para los MENA no tengan que enfrentar solos la repatriación?

DIF

Entrevistado: Lic. Roberto Rendón Sánchez

Puesto: Encargado del Módulo de Atención a Menores Migrantes

Fecha de la entrevista: 26 de septiembre de 2016

Hora: 10:00 PM.

Lugar: Estancia DIF Estatal.

Aproximadamente recibimos MNA entre 70 y 90 mensuales, son recibidos anual entre 700 y 1,000, solo menores nacionales, de los extranjeros se encargan los consulados en EEUU, no nos los entregan a nosotros, lo llevan a sus consulados, cuando los menores extranjeros son recibidos en Tijuana, los llevan a la Delegación del INM, ya sea porque los descubrieron sin documentos en aeropuerto, terminal autobuses o cuando la policía los descubre como extranjeros sin documentos en la calle, es la Procuraduría de la defensa de los menores del DIF son quienes se encargan de ellos.

En Baja California hay dos módulos uno en Tijuana otro en Mexicali en el área de algodones.

La cantidad máxima que hemos atendido son 20, o 30 niños y es rápida la entrega a los padres, aquí antes de entregárselo a sus padres hacemos una entrevista al menor y le preguntamos la causa, motivo o razón por el cual se trasladó a EEUU, luego ya recabados los datos entonces si se lo entregamos a su familiar, pero aun cuando el padre esté aquí cuando llega el menor, nosotros debemos recabar la información y pedirle que se identifique plenamente.

Víctimas de un delito no hemos recibido, pero nos refieren que, en Apatzingán, Michoacán lo ven a diario que hay muchos grupos delincuenciales.

Si el menor no tiene quien acuda por él, el DIF le ofrece el servicio de traslado aéreo, si la mamá está en EEUU puede acudir al Consulado y autorizar a tal o cual persona para entregárselo, siempre con la autorización de la mamá, también hay el traslado institucional tarda de 1 a 2 semanas, avisamos a DIF del Estado de donde es originario el menor para que la autoridad del DIF pase a recogerlo y nosotros se lo enviamos vía aérea, traslado institucional es un servicio aéreo, hay veces que el menor no quiere permanecer aquí y es cuando la mamá busca medios alternos, los menores llegan aquí del INM, de la garita a las 10 de la mañana , y se van a las cuatro a más tardar, porque la familia ya los está esperando.

El menor en cuanto llega se recaban los datos de la familia para contactarlos de inmediato, y en el mismo día sabemos cuándo vienen a recogerlos, el caso de Cristian un joven de Veracruz, el jueves llegó, ese mismo día nos contactamos con la familia en Veracruz y nos dijeron que hoy lunes llegaban y aquí están ya listos para recogerlo.

De 80 niños atendidos al mes que recibimos, un 70% pasan a recogerlos sus padres y el 30 % restante usamos medios alternos para enviarlos con sus padres.

Los menores extranjeros son atendidos por los OPI (Oficiales de Protección a la Infancia del INM) y son gente nacional con entrenamiento de gente de otros países quienes los atienden en el INM y son oficiales policías de migración, los

niños confían más en nosotros porque nos ven con el uniforme y se sienten más seguros que con los OPI ya que piensan que son policías y llegan aquí muchas veces asustados.

Se requiere para que los niños no se enfrenten a la repatriación, los menores en pos de reunirse con el familiar, se exponen a muchos peligros creo que las autoridades estadounidenses deberían permitir a través de un permiso que vieran a sus familiares en EEUU, algo así como asilo político, México debería crear más fuentes de empleo sin necesidad que los padres tuvieran que emigrar y los hijos no tengan que andar exponiéndose a peligros.

Interrogatorio para la Subdirectora de Protección a Migrantes del INN

1. ¿En la recepción de menores no acompañados (MENA) al ser repatriados de EEUU a Tijuana, acatan algún protocolo?
2. ¿En qué consiste el protocolo?
3. ¿Al llegar los MENA a esta estación migratoria son separados de los adultos o permanecen todos juntos?
4. ¿En qué lugar los depositan y quien se encarga de ellos?
5. ¿Al ser recibidos en la estación migratoria los MENA son valorados por un médico o psicólogo?
6. ¿Indagan el motivo, causa o razón por la cual el MENA se encuentra en la estación migratoria?
7. ¿En qué lapso de tiempo se ponen en contacto con la familia de los MNA para que pasen a recogerlos?
8. ¿Qué medios utilizan para comunicarse con la familia del MNA?
9. ¿Qué periodo de tiempo los MNA suelen estar resguardados por la autoridad migratoria?
10. ¿En qué lugar quedan resguardados?
11. ¿Cuándo detectan que han sido víctimas de abuso sexual, extorción, golpeados, amenazados, que medidas toman?
12. ¿qué medidas toman cuando detectan que un MNA se encuentra amenazado por grupos delincuenciales?
13. En el caso de MNA extranjeros que solicitan asilo por estar amenazados por grupos delincuenciales que medidas toman?

INM

Entrevistada: Maestra **Aidé Nereida Rosales Márquez**

Puesto: Subdirectora de Protección a Migrantes

Fecha de la entrevista: 26 de septiembre de 2016

Hora: 4:00 PM.

Lugar: el Chaparral.

La cantidad de MNA diarios recibidos es de 3 a 4 e inmediatamente que se reciben los valora un médico.

Los derechos humanos que se les vulneran a los menores es por parte de los padres que ponen en manos de un desconocido la seguridad de sus hijos para que los cruce a EEUU ya sea por la garita con documentos falsos o por el cerro.

Los MNA repatriados de estados que más inciden, son donde existen más grupos delincuenciales, Guerrero y Michoacán.

Si existe protocolo del INM, está firmado por Relaciones exteriores, DHS (Department of Human Security) de Estados Unidos y el Instituto Nacional de Migración INM, y contiene un directorio de enlaces, los horarios para entrega de adultos por el departamento de migración estadounidense en la garita y recepción de los mismos por INM que es de 6 a 10 pm, lo menores se reciben de 8:00 AM a 4:00 PM, y protocolo de personas vulnerables.

La razón de que los consulados mexicanos en Estados Unidos no atiendan a las personas detenidas es por la falta de personal, ya que las partidas designadas por el congreso no son suficientes.

El consulado mexicano antes de recibir a los menores no acompañados los entrevista y recaba datos como son:

- Sus generales;
- Origen;
- Nombre y domicilio de su familia;
- Nombre, domicilio y teléfono con quien contactarse;
- Si sufrió maltrato.

Estamos en continua comunicación a través de Wats App con DIF estatal de Baja California para que de inmediato que el consulado terminó las entrevistas de los menores nos avisa cuantos son, de donde provienen y con quien contactarse, así que cuando recibimos a los menores en el INM en la garita, solamente revisamos que las entrevistas sean correctas preguntando a los menores si están bien o si desean agregar algo más, solo se hace una sola entrevista la que realizó el Consulado Mexicano, nosotros tomamos una foto, les damos alimento (una torta, un refresco y agua), vemos si requiere consulta médica para proporcionársela (pueden presentar quemaduras de sol, estar deshidratados o presentar picaduras de insectos) que es lo más común, de

inmediato se los lleva DIF a la estancia, están separados en dos lugares diferentes los nacionales y los extranjeros, cuando los recibimos a los MNA nacionales, todos quedan en un solo lugar, hombres y mujeres, todos menores no acompañados.

Los menores fluctúan sus edades entre 14 y 17 años de edad cuando los recibimos quedan en un lugar juntos hombre y mujeres con vigilancia de oficiales de protección a la infancia y pertenecen al INM entrenados por UNICEF, DIF, COMAR, y AGNUR.

Cuando refieren haber sido víctimas de un delito de inmediato hacemos del conocimiento de DIF para que con sus abogados los auxilien para presentar su denuncia.

El Médico del INM los revisa y si es necesario les da medicamento para que cuando lleguen al DIF ya hayan iniciado su tratamiento. El psicólogo que los valora es en el DIF. A los MNA no se les pregunta el motivo, causa o razón por la que están ante el INM. Es DIF quien se pone en contacto con su familia.

Nunca hemos tenido conocimiento que un menor se haya escapado de algún grupo delincuenciales.

De cualquier eventualidad informamos al DIF porque nosotros solo nos ocupamos de la situación migratoria, si son nacionales o extranjeros de todo lo demás en DIF el encargado.

Interrogatorio para el Subdelegado de Migración

1. ¿En la recepción de menores no acompañados (MENA) al ser detectados en Tijuana, acatan algún protocolo?
2. ¿En qué consiste el protocolo?
3. ¿Al llegar los MENA a esta estación migratoria son separados de los adultos o permanecen todos juntos?
4. ¿En qué lugar los depositan y quien se encarga de ellos?
5. ¿Al ser recibidos en la estación migratoria los MENA son valorados por un médico o psicólogo?
6. ¿Indagan el motivo, causa o razón por la cual el MENA se encuentra en la estación migratoria?
7. ¿En qué lapso de tiempo se ponen en contacto con la familia de los MNA para que pasen a recogerlos?
8. ¿Qué medios utilizan para comunicarse con la familia del MENA?
9. ¿Qué periodo de tiempo los MENA suelen estar resguardados por la autoridad migratoria?
10. ¿En qué lugar quedan resguardados?
11. ¿Cuándo detectan que han sido víctimas de abuso sexual, extorción, golpeados, amenazados, que medidas toman?
12. ¿qué medidas toman cuando detectan que un MENA se encuentra amenazado por grupos delincuenciales?
13. En el caso de MENA que solicitan asilo por estar amenazados por grupos delincuenciales que medidas toman?

INM

Entrevistado: Lic. Marte Antonio Camacho Solano

Puesto: Subdelegado local del INM

Fecha de la entrevista: 27 de septiembre de 2016

Hora: 11:00 PM.

Lugar: Frac. La Esmeralda.

Los MENA que recibimos los ponemos en resguardo en el DIF Estatal y quedan a disposición del INM, la CNDH y el DIF están obligados a apoyarlos con:

- Alojamiento;
- Alimentación;
- Atención médica.

Para los MENA no usamos la palabra deportación ni repatriación sino, ***retorno asistido***.

Cuando requieren de refugio entra a ayudarlos (COMAR) Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados, la cual depende del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), hace un estudio de la procedencia de la solicitud, investigan si los menores en verdad no pueden regresar a su país porque hacerlo pone en peligro su vida, de reunirse los requisitos para el refugio se quedan en México en calidad de refugiados, por estar solos se quedan en una estancia del DIF, hasta que sus padres o un pariente cercano con documentos legales en México puede pasar por ellos y brindarles un hogar seguro de lo contrario permanecen en la estancia hasta que cumplen la mayoría de edad.

(COMAR) Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados, solo tiene oficinas en Tapachula, Chiapas, Acayucan, Veracruz y en la Ciudad de México, atienden a todo el país estas dos oficinas, consecuentemente el trámite es lento.

El INM es gestor ante COMAR cuando un menor solicita el refugio, se le entrega una solicitud de refugio por la existencia de la amenaza contra su vida, se da vista a COMAR, el niño sigue albergado en el DIF, COMAR tiene 45 días hábiles para resolver, si es procedente el refugio el INM le otorga el estatus migratorio legal con la condición de refugiado.

Para solicitar el refugio cuenta con 15 días a partir de que entró en el país, o bien justificar el motivo por el cual no lo hizo en ese tiempo.

Los menores solo pueden quedarse en la estación migratoria cuando vienen acompañados de sus padres, a excepción cuando el menor es muy problemático y no lo pueden tener en el DIF por representar una amenaza para los otros niños que allí se encuentran.

Cuando se encuentra en estado de vulnerabilidad se van a otro albergue, como casa YMCA.

Cuando los (OPIS) Oficiales de Protección a la Infancia, reciben a los MENA recaban la información sus generales, la causa, o motivo por la cual se encuentra en la estación migratoria, de inmediato nos ponemos en contacto con la

familia o su representante consular duran de 1 a 2 horas en recabar la información y una vez hecho esto los llevamos al DIF Estatal.

Guatemala por ejemplo entrega rápido los pasaportes de sus ciudadanos aproximadamente en 2 semanas, ya que no puede el INM regresarlos a su país de origen si no tiene documentos como pasaporte o identificación.

Hay consulados que no apoyan a su gente, hay veces que duran hasta 3 meses en la estación migratoria, si después de los 3 meses de espera el INM no obtiene pasaporte o identificación del país de origen del migrante la Oficina de Regulación del INM les gestiona el reconocimiento de apátrida, muchas veces no saben de donde son por ejemplo los de URSS con los cambios no saben a qué país pertenecen y se quedan sin nación, en los 5 años que tengo en el Instituto no he visto que a un menor lo declaren apátrida.

En el 2015 se declararon 10 apátridas.

Honduras, El Salvador y Guatemala, tiene el problema de las maras y no se concede el refugio porque no es un problema nacional sino de seguridad pública.

Por la desinformación de los padres de los menores, provoca que arriesguen la vida de sus hijos, los gobiernos deben informar a sus connacionales de los peligros que pueden enfrentar, por ejemplo cerca de Tecate está controlado por bandas que conocen muy bien la zona y se pasan asaltando migrantes y la policía no hace nada porque no conocen la zona, creo que la solución sería suprimirles la visa, para que entraran legalmente sin arriesgar su vida en la furtividad, Perú, Ecuador y Colombia no requieren visa y vienen a México cuando quieren, el problema de Guatemala, el Salvador y Honduras son los grupos delincuenciales que se vienen a México, si no se les pide visa.

Los OPIS son entrenados por (COMAR), (ACNUR), (INM) y (CNDH), se cristalizó la protección de los migrantes con la reforma de 2011, cuidando los derechos humanos de los migrantes y más si son MENA.

Interrogatorio para el Coordinador General de Casas YMCA de Menores Migrantes

1. ¿En la recepción de menores no acompañados (MENA) cuantos años tienen funcionando?
2. ¿En dónde más tienen sedes?
3. ¿Al llegar los MENA a esta casa son separados de los adultos o permanecen todos juntos?
4. ¿A quienes temen los MENA y quienes les vulneran más sus derechos humanos?
5. ¿Quiénes ayudan a los MENA cuando solicitan refugio o asilo?
6. ¿Quiénes les canalizan a Ustedes los MENA?
7. ¿De qué países reciben más MENA?
8. ¿Realizan algún cuestionario para recabar información respecto de los MENA?
9. ¿Qué periodo de tiempo los MENA suelen estar en casa YMCA?
10. ¿Qué recomienda Usted para que los derechos humanos de los MENA les sean protegidos?

YMCA

Entrevistado: Uriel González Pérez

Puesto: Coordinador General de Casas YMCA de Menores Migrantes

Fecha de la entrevista: 03 de octubre de 2016

Hora: 10:00 PM.

Lugar: Casa YMCA

Casa YMCA Tijuana tiene 26 años funcionando y tenemos otras en Agua Prieta, Sonora, Ciudad Juárez Chihuahua, Piedras Negras, Coahuila y Tijuana, Baja California.

De 1990 a 2015 atendimos más de 69,000 menores no acompañados, de los cuales el 12% eran extranjeros.

Las autoridades que más vulneran los derechos humanos de los menores no acompañados son las policías, sobre todo a los extranjeros, a los nacionales les vulneran más sus derechos en Estados Unidos sobre todo los agentes de

migración, hacen uso excesivo de la fuerza lastimándolos, privación de libertad sin suministro de agua y alimentos, por ejemplo en reiteradas ocasiones refirieron los menores repatriados que cuando les daban la comida eran hamburguesas congeladas que no podían consumir, hablamos con el consulado de esa situación y logramos que se corrigiera; varias jovencitas refirieron que al revisarlas una oficial de migración las tocaba de forma inapropiada frente a los agentes y demás indocumentados, coincidieron todas en que tal situación se daba un cierto día a la semana creo los días martes, hablamos nuevamente con el consulado y se corrigió tal situación, cambiaron de lugar a la oficial.

Los MENA y MNA temen más a los policías municipales y autoridades mexicanas y eso es repetitivo desde aquí hasta Reynosa, Tamaulipas, son víctimas robo, extorción, detenciones ilegales solo por transitar en las calles, de ser entregados a grupos delincuenciales, esto se incrementa el 100% para los extranjeros.

Por ejemplo, en la frontera sur los Agentes del INM entregan a las redes de prostitución y trata a las mujeres de 13 a 29 años, si se acude a las estaciones migratorias de Chiapas se encuentran mujeres mayores de 30 años y hombres adultos de 18 en adelante, los y las jóvenes son entregados a las redes de prostitución y trata para llevarlas a los prostíbulos, los propios agentes del INM las entregan, los menores de 0 a 12 años los envían al DIF de Chiapas, en las estaciones migratorias no encuentras mujeres de 13 a 29 años por lo antes referido.

Es práctica común de las madres y abuelas de las jóvenes que se van a aventurar en su travesía para llegar a Estados Unidos vía México, iniciar anticipadamente a su partida un tratamiento de pastillas anticonceptivas porque saben de antemano que van a ser ultrajadas o bien cuando se les acabe el dinero van a comerciar con su cuerpo.

Es común encontrar en parajes donde suelen cruzar indocumentados como un arroyo entre Tijuana, Baja California y Tecate, San Luis Río Colorado, Sonora, Nogales, Sonora y Palomas, Chihuahua, los llamados "*árboles de los calzones*" donde se exhiben como trofeos las prendas íntimas de las jóvenes que fueron

víctimas de los ultrajes perpetrados por los tratantes de indocumentados o bandas delincuenciales a las jóvenes que tratan de cruzar sin documentos a Estados Unidos, sin que ninguna autoridad haya tenido la voluntad de frenar tales vejaciones.

El grupo BETA quienes ahora dependen del INM, anteriormente se conformaba por agentes de los tres gobiernos quienes asignaban un número igual de agentes 20 policías municipales, 20 policías estatales y 20 del INM, con la violencia desatada en Tijuana, cada corporación policiaca quitó sus agentes y dejaron solo unos cuantos del INM quienes son los que actualmente conforman el grupo BETA, pero andan desarmados, solo entregando agua sin defender a los migrantes y sin introducirse a zonas del narco por temor a perder la vida puesto que se enfrentan al crimen organizado que cuenta con armas y todo lo necesario para acabar con ellos, por eso no pueden hacer su trabajo.

Para la declaratoria de refugio es necesario que los MENA lo soliciten al DIF estatal para que inicie el proceso dentro de los 15 días de haber ingresado al país, (COMAR) Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados, le da seguimiento investigando si es procedente, pero solo tiene tres oficinas una en Ciudad de México, Tapachula, Chiapas y Acayucan, Veracruz, es muy tardado el trámite.

Aquí a casa YMCA llegan solos los migrantes nacionales y extranjeros, tenemos capacidad 24 personas en dos habitaciones con literas, 12 espacios para hombres y 12 para mujeres, separados ambos y mantenemos las puertas abiertas para que cuando deseen marcharse lo hagan, con respecto a los extranjeros tenemos acuerdos verbales con el INM de que no los molesten ellos nunca entran a la estancia para llevarse a quien se encuentra sin documentos.

Los MENA que recibimos con mayor frecuencia son de Guatemala, y el Salvador, la persona que se encuentra encargada de casa YMCA es quien les cocina, los menores solo participan limpiando su propio espacio.

Casa YMCA no entrevista a los menores cuando viene por parte del INM y del DIF, porque ellos ya la hicieron, si llegan solos les pedimos su nombre, generales, domicilio y número telefónico de sus padres o familiares, se les aclara que es necesario den su verdadero nombre para localizar a sus padres.

Para que no les sean vulnerados sus derechos humanos a los migrantes en inminente crear cuerpos de vigilancia interna dentro de las instituciones gubernamentales; no exponer al denunciante sobre todo no confrontarlo con el policía o agente del INM porque toman represalias en su contra y pueden poner en peligro su vida.