

UNIVERSIDAD ANTONIO RUIZ DE MONTOYA

Facultad de Ciencias Sociales



“EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y LA INTERPRETACIÓN DE LA ENTIDAD MIGRATORIA ANTE LA INFANCIA VENEZOLANA EN CONDICIÓN IRREGULAR: REGULARIZACIÓN MIGRATORIA Y EL ACCESO A DERECHOS FUNDAMENTALES COMO SALUD Y EDUCACIÓN”

Tesis para optar al Título Profesional de Abogada

Presenta la Bachiller:

ANGELA LUCÍA ARENAS PANITZ

Presidente: Eduardo Ernesto Vega Luna

Asesora: Isabel Berganza Setién

Lector: Felipe Andrés Paredes San Román

Lima – Perú

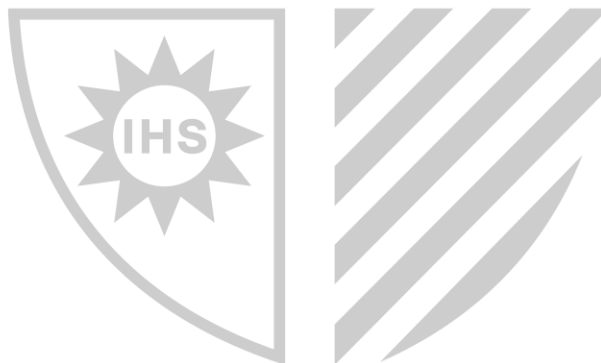
Octubre 2022

DEDICATORIA

A mi familia, mi red de apoyo en todo este proceso.

A todos aquellos interesados en problemáticas de la niñez,

“Los niños, ante todo, son niños, sin importar por qué abandonaron su hogar, cuál es su lugar de origen, dónde se encuentran o cómo llegaron hasta allí. Cada niño, merece protección (...)” (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia- UNICEF).



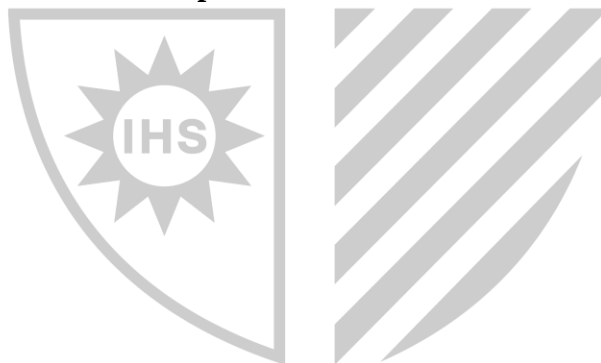
AGRADECIMIENTO

Mención especial a Judith, mi mamá, la pieza angular y mi compañera incansable en cada paso, a ella lo que soy.

A Isabel Berganza, mi maestra y asesora en este largo proceso, mi gratitud, cariño y respeto siempre.

A la Compañía de Jesús, por el impacto de su formación no solo en lo profesional sino en lo personal, usando las palabras de San Ignacio de Loyola solo me queda decir:

Gracias por tanto bien recibido.



RESUMEN

El presente trabajo de investigación tiene como objetivo el estudio del Interés Superior del Niño y las dificultades legales en el acceso a la regularización por una calidad migratoria por parte de los niños, niñas y adolescentes migrantes venezolanos en situación irregular. Asimismo, resulta importante precisar que un objetivo específico del citado trabajo consiste en analizar los derechos de los infantes migrantes que son vulnerados como consecuencia de la irregularidad en su situación migratoria, haciendo énfasis en los derechos básicos, tales como la salud y la educación.

Como punto de partida se detalla la evolución histórica y jurídica de la niñez, desarrollándose a continuación el mencionado Interés Superior del Niño (ISN), presentándolo en su triple dimensión como derecho, como principio jurídico y como norma de procedimiento. Añadido a ello, se exponen los estándares de protección que poseen de carácter tanto internacional como nacional, la niñez migrante en situación irregular, así como también los derechos básicos que se ven más afectados siendo identificados específicamente: la salud y la educación.

Esta limitación de derechos se enlaza de manera directa con la regularización migratoria. Para contrastar todo lo expuesto teóricamente y determinar si la autoridad toma en consideración el ISN en los procesos de regularización, se realizaron entrevistas a expertos dando como resultado las conclusiones y recomendaciones desarrolladas en las últimas páginas de la presente tesis.

Palabras clave: niñez migrante, interés superior del niño, situación administrativa irregular, regularización migratoria.

ABSTRACT

The objective of this research work is to study the Best Interest of the Child and the legal difficulties in accessing regularization due to migratory quality by Venezuelan migrant children and adolescents in an irregular situation.

As a starting point, the historical and legal evolution of childhood is developed, followed by the aforementioned Best Interest of the Child, presenting it in its triple dimension as a right, as a legal principle and as a procedural rule. In addition to this, the protection standards that migrant children in an irregular situation have, both international and national, are exposed, as well as the basic rights that are most affected, being specifically identified: health and education.

This limitation of rights is directly linked to migratory regularization. In order to contrast all the above theoretically and determine if the authority takes into account the ISN in the regularization processes, interviews were conducted with experts, resulting in the conclusions and recommendations developed in the last pages of this thesis.

Keywords: migrant children, best interests of the child, irregular administrative situation, migratory regularization.

LISTA DE ABREVIATURAS

NNAS	Niños, Niñas y Adolescentes
CDN	Convención Derechos del Niño
ISN	Interés Superior del Niño
ACNUR	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados
SIS	Seguro Integral de Salud
SIAGIE	Sistema de Información de Apoyo a la Gestión de la Institución Educativa
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CIDN	Convención Internacional sobre los Derechos del Niño
CNNA	Código de los Niños, Niñas y Adolescentes
CNM	Consejo Nacional de Menores
OMS	Organización Mundial de la Salud
UNICEF	Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia
CEPAL	Comisión Económica para América Latina
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación
OIM	Organización Internacional para las Migraciones
CPR	Comisión para Refugiados

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN	14
CAPÍTULO I: ASPECTOS HISTÓRICOS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES: EL CAMBIO DE PARADIGMA.....	19
1.1. El trato hacia la niñez en la Historia.....	19
1.1.1. Situación de la niñez en la Época Romana	20
1.1.2. Situación de los niños en la Edad Media y Renacimiento	20
1.1.3. Situación de los niños en el contexto de la Revolución Industrial.....	21
1.1.4. Situación de los niños en el Siglo XX.....	22
1.1.5. Situación de los niños en la Época de la Conquista y paso a la Independencia de América Latina.	23
1.2. Evolución jurídica hacia un cambio de paradigma.....	23
1.2.1. Welfare Principle	24
1.2.2. El Código Civil Napoleónico de 1804.....	24
1.2.3. Leyes destacadas del Siglo XIX.....	25
1.3. El paso de la Doctrina Irregular hacia la Doctrina de Protección Integral	26
1.3.1. Doctrina de la Situación Irregular	27
1.3.2. Doctrina de la Protección Integral	29
1.4. Convención Internacional sobre los Derechos del Niño	34
1.4.1. La Declaración de Ginebra (1924).....	35
1.4.2. La Declaración de los Derechos del Niño (1959)	35
1.4.3. La Convención sobre los Derechos del Niño (1989)	36

1.5. Implicancias de la Convención sobre los Derechos del Niño en nuestro sistema de justicia.....	37
1.6. Cambio de paradigma en el derecho peruano.	40
1.6.1. Antecedentes del Código de los Niños, Niñas y Adolescentes: Primera etapa (1821-1989).....	40
1.6.2. Código de los Niños, Niñas y Adolescentes: Segunda etapa (1990 - actualidad).....	42
CAPÍTULO II: EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.....	44
2.1. El interés Superior del Niño y su presencia en instrumentos jurídicos	45
2.1.1. Aspecto histórico del Interés Superior del Niño	45
2.1.2. El Interés Superior del Niño y la Convención sobre los Derechos del Niño.....	47
2.2. Definición en torno al interés superior del niño.....	49
2.3. Criterios generales para la aplicación del Interés Superior del Niño	52
2.3.1. Aplicación del Interés Superior del Niño en Latinoamérica.....	54
2.3.2. Criterios para aplicación del Interés Superior del Niño en el Perú.....	57
2.3.2.1. Aplicación del Interés Superior del Niño de acuerdo con el Reglamento de la Ley N° 30466	59
2.4. Jurisprudencia con respecto al Interés Superior del Niño.....	63
2.4.1. Jurisprudencia internacional	63
2.4.2. Jurisprudencia nacional.....	66
2.5. Niños en situación de movilidad y la aplicación del Interés Superior del Niño.....	67
CAPÍTULO III: INSTRUMENTOS LEGALES Y ESTÁNDARES INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS DE LA NIÑEZ MIGRANTE.....	70
3.1. Instrumentos legales	71
3.1.1. Instrumentos legales internacionales y nacionales con enfoque en la niñez.....	71
3.2. Estándares de la niñez	75
3.2.1. Principio de Igualdad y No Discriminación.....	75

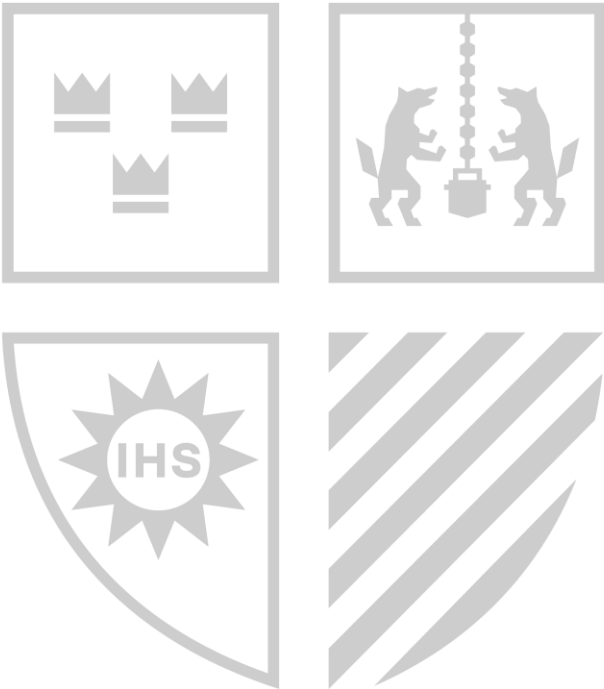
3.2.2. Derecho de Acceso a la Justicia	78
3.2.3. Derecho a Expresar su Opinión libremente y ser Escuchado	81
3.2.4. El principio a la No Devolución	84
3.2.5. El Derecho a la Vida	87
3.3. Derechos fundamentales de la niñez migrante: Salud y Educación.....	89
3.3.1. Derecho a la Salud	90
3.3.1.1. Aspecto normativo:.....	90
3.3.1.2. Elementos esenciales del Derecho a la Salud y su vinculación a la migración .	95
3.3.1.3. Derechos interrelacionados con el Derecho a la Salud.....	98
3.3.2. Derecho a la Educación	99
3.3.2.1. Aspecto normativo.....	99
3.3.2.2. Elementos esenciales del Derecho a la Educación y su vinculación a la migración	103
CAPÍTULO IV: REGULARIZACIÓN MIGRATORIA DESDE UNA MIRADA DE DERECHOS HUMANOS Y DESDE LA LEGISLACIÓN MIGRATORIA PERUANA.....	108
4.1. La regularización migratoria.....	108
4.1.1. El reconocimiento internacional de la regularización por parte de los Estados .	109
4.2. La regularización y la niñez migrante	113
4.3. Sistema Migratorio y Sistema de Refugio Nacional	114
4.3.1. Historia y/o aportes de la legislación nacional	115
4.3.2. Ley de Migraciones por Decreto Legislativo N° 1350.....	116
4.3.2.1. Principios vinculados a la niñez migrante	116
4.3.2.2. Derechos y deberes de los migrantes	118
4.3.2.3. Calidades migratorias y Opciones relevantes que brinda la Superintendencia Nacional de Migraciones para la niñez migrante.....	119
4.3.3. Sistema Nacional de Refugio.....	124
4.3.3.1. ¿Quién es un refugiado?	125

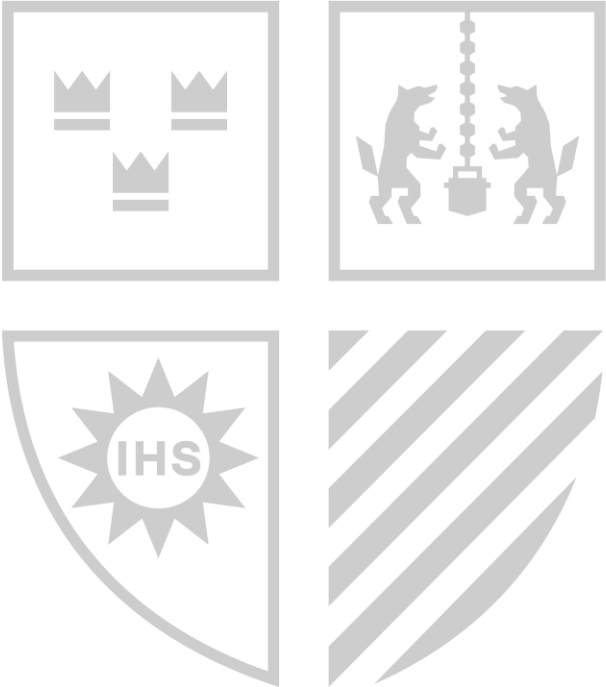
4.3.3.2. Ley N° 27891: Ley del Refugiado y su Reglamento.	126
4.3.3.2.1. Principios	127
4.3.3.2.2. Derechos y obligaciones de los refugiados.....	128
4.3.3.2.3. Procedimiento para obtener la calidad de refugiado.....	129
4.4. Documentos Migratorios en el Sistema Nacional.....	130
4.4.1. Carné de solicitante de refugio	130
4.4.2. Permiso temporal de permanencia	131
4.4.3. Carné de extranjería	132
4.4.4. Carné de permiso temporal de permanencia.....	133
CAPÍTULO V: ANÁLISIS DE ENTREVISTAS	136
5.1. El ISN del niño: obstáculos para los NNAS migrantes y refugiados venezolanos en situación irregular	137
5.2. Posibilidad de regularización y calidades migratorias.....	140
5.3. El ISN y el derecho a la Salud y la Educación.....	144
5.4. El ISN y la situación regulatoria de los padres de los NNAS migrantes.....	147
5.5. Recomendaciones de los expertos para mejorar la situación de los NNAS migrantes en situación administrativa irregular	148
CONCLUSIONES	149
RECOMENDACIONES	153
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	155
ANEXO 1: GUÍA DE ENTREVISTA.....	165

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1: Afiliaciones realizadas al SIS: Niños, Niñas y Adolescentes Venezolanos en el rango de edad de 0 a 17 años	16
Tabla 2: Niños, niñas y adolescentes de nacionalidad venezolana retirados de instituciones públicas y privadas de la DRE Lima Metropolitana.....	16
Tabla 3: Expertos entrevistados respecto al ISN y regularización migratoria de NNAS migrantes en situación administrativa irregular.....	18
Tabla 4: Instrumentos legales internacionales y nacionales con enfoque en la niñez	72
Tabla 5: El Principio de Igualdad y No Discriminación: instrumentos normativos	76
Tabla 6: Derecho de Acceso a la Justicia	80
Tabla 7: Derecho a Expresar su Opinión libremente y ser Escuchado: instrumentos normativos.....	83
Tabla 8: Principio de No Devolución	85
Tabla 9: El Derecho a la Vida.....	88
Tabla 10: Instrumentos legales internacionales y nacionales respecto al Derecho a la Salud.....	91
Tabla 11: Instrumentos legales internacionales y nacionales respecto al Derecho a la Educación.....	100
Tabla 12: Reconocimiento internacional de la Regularización por los Estados.....	110
Tabla 13: Calidades migratorias y opciones relevantes que brinda la Ley de Migraciones para la regularización de niños migrantes en situación irregular.....	120
Tabla 14: Cantidad de Niños, Niñas y Adolescentes de nacionalidad venezolana que se encuentran en el país a los que se les ha entregado el Carné de Permiso Temporal de Permanencia CPP	134

Tabla 15: Expertos entrevistados, cargo y codificación para el Capítulo V: Análisis de entrevistas..... 136





INTRODUCCIÓN

Las cifras más cercanas compartidas por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), indican que existen aproximadamente 5.9 millones de personas de origen venezolano como migrantes y refugiadas en todo el mundo debido a la crisis económica, socio-política y de derechos humanos que atraviesa su país. De esta cifra, más de 2.5 millones de personas se ubican en países de América Latina; como señala Cecile Blouin (2019) “ha cambiado el panorama migratorio latinoamericano y ha convertido a países principalmente emisores en receptores de personas migrantes” (p.20).

Dentro de ese grupo de países, y como uno de los principales receptores se encuentra el Perú, siendo considerado por la ACNUR como el primer país de acogida de personas de origen venezolano con necesidad de protección internacional y el segundo destino de refugiados y migrantes venezolanos a nivel mundial, en cumplimiento de los diversos tratados y acuerdos internacionales de refugio y migración. En contraposición a ello, el Estado Peruano haciendo uso de su soberanía, tiene normativa interna propia que contiene restricciones para el ingreso al país o requisitos muy poco accesibles para obtener una permanencia regular, lo que ocasiona inseguridad e inestabilidad en las personas migrantes. Todo ello contribuye a que se genere la migración irregular.

La migración irregular, se origina, según la Defensoría del Pueblo (2011) “cuando vulneras las reglas y procedimientos establecidos por los Estados, para la entrada, permanencia y desarrollo de actividades autorizadas” (p.27). Cabe precisar que el hecho de vulnerar las reglas establecidas en el país receptor, no significa que las personas que migran se conviertan en ilegales ya que, como expone Amparo Micolta (2005) “la legalidad o ilegalidad es un atributo ligado a situaciones, hechos o acciones,

pero nunca a personas. Por ello no es correcto hablar de migrantes legales o ilegales” (p.8).

En ese sentido, la irregularidad no se da únicamente de una sola forma o ante las estipuladas comúnmente tales como en la fase de ingreso a un país, sino que puede darse ante una diversidad de variantes o situaciones existentes y los ejemplos de ello abarcarían desde casos de migrantes laborales sin permiso hasta permisos de estudio expirados, entre muchos otros. Esta situación podría generar el cuestionamiento ¿hay casos de niños en situación irregular? Ante dicha pregunta, la respuesta es afirmativa, sea por ingreso irregular o por exceso de permanencia.

A los niños, niñas y adolescentes migrantes se les puede definir como aquellas personas menores de 18 años que se encuentran fuera de su país de origen acompañados de sus padres, de algún familiar, o no acompañados, en algunos casos indocumentados, en situación de persecución o fuga, etc. Ellos constituyen una de las poblaciones más vulnerables por tres factores: por su condición de niños, por ser migrantes y por encontrarse en situación administrativa irregular.

Cabe señalar dentro de este contexto de migración irregular que no existe un marco de protección jurídica específico para el resguardo exclusivo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes (NNAS a partir de ahora) migrantes, desencadenando en una limitación directa al ejercicio de sus derechos básicos.

En el caso concreto de nuestro país, a los NNAS migrantes se le brinda acceso gratuito al Sistema Integral de Salud (SIS) desde 0 hasta 5 años y de 6 años en adelante si se encuentran de manera regular en el país, corroborado con el documento oficial de identidad para personas extranjeras denominado carné de extranjería. Esto conlleva que solo pueda acceder a la atención de salud un sector limitado de la totalidad de niñez migrante, generando diferencias numéricas como se aprecia en el cuadro:

Tabla 1

Afiliaciones realizadas al SIS: Niños, Niñas y Adolescentes Venezolanos en el rango de edad de 0 a 17 años

Año	De 0 a 5 años	De 6 a 10 años	De 11 a 17 años	Total
2017	41	1	2	44
2018	12, 711	5	321	13,037
2019	24,624	28	1,103	25,755
2020	5,993	1,222	1,977	9,192
2021	6,477	3,592	4,641	14,710

Fuente: Base de Datos SIS / Elaboración propia

En la educación de los NNAS migrantes, según el Sistema de Información de Apoyo a la Gestión de la Institución Educativa SIAGIE, 236,876 niños, niñas y adolescentes de nacionalidad venezolana fueron matriculados en el periodo desde 2017 al 2021; esta cantidad representa una fracción de la totalidad de niñez migrante venezolana que reside en nuestro país. Muchos de ellos no pueden ser matriculados o no pueden recibir la constancia académica oficial al finalizar sus años de estudio por su situación administrativa irregular. Contribuye a esta situación, la precariedad económica de sus familias que los obliga al abandono escolar.

Tabla 2

Niños, niñas y adolescentes de nacionalidad venezolana retirados de instituciones públicas y privadas de la DRE Lima Metropolitana

Año	Instituciones Educativas Públicas	Instituciones Educativas Privadas	Total
2017	64	40	104
2018	687	247	934
2019	2,529	534	3,063
2020	115	284	399

Fuente: Base de Datos SIAGIE / Elaboración propia

Esto forma parte de un mismo eje: las dificultades y falta de accesibilidad en los procesos de regularización, lo que constituye una contradicción y falta de aplicación del principio del Interés Superior del Niño - ISN que ampara a la niñez sin importar su condición a nivel mundial.

En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el Interés Superior del Niño. (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, Inc. 1, Art. 3).

El Perú, como país firmante de la Convención sobre los Derechos del Niño, cumple con el compromiso al instrumento internacional al considerar la incorporación de la niñez nacional dentro de su marco jurídico y reconociendo protección especial de la misma en su Constitución Política, estableciendo deberes y derechos civiles, económicos,

sociales y culturales en el Código de Niños, Niñas y Adolescentes (1992). La realidad es diferente por parte de las autoridades administrativas con la carencia de su aplicación a los NNAS migrantes.

El presente trabajo tiene como objetivo principal el estudio del Interés Superior del Niño, y las dificultades legales en el acceso a la regularización de la calidad migratoria por parte de los niños, niñas y adolescentes migrantes venezolanos en situación irregular. De otro lado, se tiene como objetivo específico el análisis de los derechos de los NNAS migrantes que les son transgredidos como consecuencia de su condición migratoria, con especial énfasis en la salud y la educación.

Para ello, en este trabajo se ha empleado la metodología cualitativa, la cual Pere Soler Pujals (2001), explica como aquella que “Desarrolla conceptos, intelecciones y comprensiones partiendo de los datos y no recogiendo datos para evaluar modelos, hipótesis y teorías preconcebidas. En la metodología cualitativa el investigador ve el escenario y las personas en una perspectiva holística. Los grupos, o personas, o escenarios, no son reducidos a variables, sino considerados como un todo” (p.83)

Por otro lado, Fernández y Pértegas (2002) enfatizan que “la investigación cualitativa evita la cuantificación. Los investigadores cualitativos hacen registros narrativos de los fenómenos que son estudiados mediante técnicas como la observación participante y las entrevistas” (...) (p.1).

Dicho esto, para la presente investigación se ha recolectado información sobre la migración, la regularización migratoria, el interés superior del niño y sus derechos fundamentales, proveniente de libros, artículos, normativa nacional e internacional, jurisprudencia, entre otros; a fin de brindar un marco teórico preciso.

Asimismo, se llevaron a cabo entrevistas semiestructuradas a fin de contrastar la teoría con la realidad. Según Díaz, Torruco, Martínez y Varela (2013) dichas entrevistas “presentan un grado mayor de flexibilidad que las estructuradas debido a que parten de preguntas planeadas que pueden ajustarse a los entrevistados. Su ventaja es la posibilidad de adaptarse a los sujetos con enormes posibilidades para motivar al interlocutor, aclarar términos, identificar términos, identificar ambigüedades y reducir formalismos” (p.163),

orientadas hacia un grupo de expertos en la materia de investigación, los cuales se detallan a continuación:

Tabla 3

Expertos entrevistados respecto al ISN y regularización migratoria de NNAS migrantes en situación administrativa irregular

Experto	Institución	Cargo que desempeña	Fecha
Nancy Arellano Suárez	ONG Veneactiva	Directora	30/09/2021
Analí Briceño	Clínica Jurídica para Solicitantes de Refugio y Refugiados Pedro Arrupe SJ.	Coordinadora	30/09/2021
Alessandra Enrico Headrington	Universidad Católica del Perú	Investigadora	25/10/2021
Génesis Vargas	Defensoría del Pueblo	Comisionada Adjunta de DD. HH. y Personas con Discapacidad	04/11/2021
Deyvi Morales	Defensoría del Pueblo	Comisionado Adjunta de la Niñez y Adolescencia	04/11/2021
Xiomara Aracy Pillco	Defensoría del Pueblo	Comisionada Adjunta de la Niñez y Adolescencia	04/11/2021

Fuente: Elaboración propia

Conforme se puede apreciar en la Tabla 3, se efectuaron cuatro entrevistas entre el 30 de septiembre y el 4 de noviembre de 2021 a seis especialistas en materia de migraciones y derechos humanos, con un enfoque especial en la niñez. Cabe puntualizar que las preguntas que fueron aplicadas a todos los entrevistados fueron estructuradas a partir del marco teórico trabajado, haciendo un énfasis en los ejes temáticos de regularización, derecho a la salud, derecho a la educación y cómo las mismas se vinculan directamente con el interés superior de los NNAS migrantes en situación irregular.

El presente estudio consta de siete apartados. El primero analiza el cambio de paradigma de la doctrina de situación irregular a la doctrina de protección integral con la contextualización de la infancia desde un enfoque jurídico. El segundo, expone el interés superior del niño, su evolución como concepto, su triple dimensión e interpretaciones jurisprudenciales de carácter nacional e internacional. El tercero expone los estándares internacionales de protección a NNAS migrantes y las limitaciones en dos derechos fundamentales: la salud y la educación. El cuarto desarrolla la regulación migratoria vigente y la interrelación con los NNAS migrantes, la presentación del sistema migratorio y el sistema de refugio nacional. El quinto, presenta el contraste de la normatividad vigente con la realidad exponiendo la síntesis y el análisis de entrevistas a expertos en la materia. Finalmente, los dos últimos apartados son los dedicados a las conclusiones y recomendaciones referidas a la problemática expuesta.

CAPÍTULO I: ASPECTOS HISTÓRICOS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES: EL CAMBIO DE PARADIGMA

En el presente capítulo se desarrolla la evolución histórica y jurídica de un concepto clave para la investigación: el niño como sujeto de derecho, para contextualizar la condición del sujeto sobre quien recae la presente investigación.

1.1. El trato hacia la niñez en la Historia

La situación actual en que se encuentra la infancia y la adolescencia, es el resultado de un largo íter histórico. Sin el conocimiento de esa evolución y del tipo de sociedad concreta donde se ha ido desarrollando el niño, la niña y el adolescente, resultará de gran dificultad llegar a comprender la diferente valoración y tratamiento legal que se la ha ido irrogando a lo largo del tiempo. (Ravetllat, 2015, p. 18)

En atención de la cita expuesta es necesario iniciar el presente trabajo con una mirada retrospectiva a fin de exponer la evolución de la situación de la niñez hasta la actualidad, toda vez que la comprensión que hoy se tiene de los niños como sujetos, con una protección especial, con una diversidad de derechos así como de actores participantes activos en nuestra sociedad; no siempre tuvieron esa condición y existieron hitos y transformaciones en los paradigmas sociales y jurídicos para obtenerlos.

De esta manera, para comprender y valorar el tratamiento legal tal como lo expresa Ravetllat, se requiere hacer una aproximación a la historia con la finalidad de tener una mirada mucho más amplia del tema jurídico materia del presente trabajo de investigación; eso motiva que en el primer capítulo se efectúe la búsqueda y desarrollo de los aspectos más relevantes de la condición de la niñez en el ámbito internacional y en el ámbito nacional.

1.1.1. Situación de la niñez en la Época Romana

Como punto de partida de este proceso histórico, comenzaremos en la época romana, para lo cual Morineau y Iglesias (1998), nos ponen en contexto al indicar que en el ámbito familiar existía un sometimiento al denominado páter familias, el cual no se subordina a ninguna autoridad, precisando que el sistema jurídico familiar romano es básicamente patriarcal, donde los hijos serían considerados como legítimos aquellos nacidos después de 180 días de celebrado el matrimonio o 300 días desde el término del matrimonio; al cumplir dichos plazos, los menores quedan de manera automática bajo la potestad del referido páter familias.

Por otro lado, Suárez Blásquez (2014), nos expone el alto grado de poder que se tenía sobre los hijos, el cual podría incluso llegar a ser de tal magnitud que el páter familias de manera justificada, podía vender a sus propios hijos a fin de evitar el hambre familiar. Refiere además el citado autor, que el páter familias poseía el derecho a decidir sobre la vida y muerte de sus hijos, así como el derecho a enjuiciarlos si sus actuaciones tanto en el ámbito privado o público en relación con otros clanes familiares, afectara de alguna forma a la propia familia.

Esto muestra la existencia de un fuerte control hacia los hijos y un poder similar al que se tenía sobre la propiedad, donde la imagen ante la sociedad estructurada de la época y el bienestar de la familia se encontraban por encima de los menores, que eran considerados como vulnerables y sin participación.

1.1.2. Situación de los niños en la Edad Media y Renacimiento

Según Planella (2005) con las ideas introducidas por el cristianismo, se modifica la idea del trato a la infancia, reduciéndose la práctica infanticida de forma considerable, sin embargo, el abandono continuaba vigente, los padres entregaban sus hijos a otros para su crianza o los donaban a los monasterios. En esta época se crean albergues para niños abandonados u orfanatos, así en el año 1337 en la ciudad española de Valencia, se crea la institución que duró 456 años llamada “Padre de Huérfanos”, la cual acorde a los autores Sánchez y Guijarro (2002), explican que:

Se trataba de una Institución encargada de recoger a los menores vagabundos y ociosos, huérfanos o desvalidos que pululaban por las calles, e ingresarlos en la Casa Común, a fin que recibieran la instrucción necesaria para aprender un oficio. También funcionaba como Tribunal con respecto a los menores acusados de la comisión de hechos delictivos. (p. 122)

Además, pocos años después, en París se crea el hospital Saint Esprit donde se acogían niños huérfanos cuyos padres morían en hospitales; este tipo de instituciones se generalizó a lo largo de toda Europa hasta llegar incluso a América.

El marco legal para la infancia de aquella época se remonta a los Fueros de Castilla y luego a las siete partidas de Alfonso X, éstas establecen que el padre puede vender a sus hijos para procurarse alimento en caso de necesidad o de atravesar miseria extrema; la justificación para esta medida era evitar la muerte del padre y del hijo.

Por otro lado, durante el Renacimiento y a pesar de ser considerada una época de luz y renovación en todo sentido, la situación de la infancia no llegó a tener cambios significativos y los niños continuaron sin tener importancia ni consideración. De Mause (1974) refiere que, en la Italia del siglo XVI, los médicos se quejaban mucho respecto al maltrato físico que los padres infringían a sus hijos llegando a romperles sus huesos, marcarlos con hierros candentes y otras atrocidades.

Ante todo lo presentado, si bien se puede apreciar los intentos por cambiar o solucionar la problemática de abandono de los niños, ello no pudo concretarse al no existir todavía la conciencia del niño como un ser humano sino como objeto de venta o maltrato.

1.1.3. Situación de los niños en el contexto de la Revolución Industrial

Planella (2005), autor presentado anteriormente, nos sitúa en el siglo XIX, con el surgimiento de la protección de la infancia, sin embargo, en las fábricas se continúa empleando a los niños en situación de franca explotación, no solo a nivel laboral sino también como objetos de abuso sexual.

Durante la mitad de ese siglo, los adultos y los países toman conciencia de la necesidad de proteger a los niños y se logra lo siguiente:

- El primer estudio científico de Tardiu y Johnson, de casos de malos tratos.
- La creación de los primeros hospitales infantiles.
- La extensión del trabajo remunerado a los niños.
- La creación de las primeras sociedades dedicadas a la prevención de la crueldad infringida a los niños.

Por estos cambios se considera al siglo XIX como la clave para hacer visible la cruel y penosa situación que atravesaba la infancia, se sentaron además las bases de importantes modificaciones para salvaguardar su integridad, aunque se siguieron cometiendo muchas injusticias.

1.1.4. Situación de los niños en el Siglo XX

Según Perdiguero (2004), como consecuencia de la Revolución Francesa, abanderada de la educación como elemento de progreso y prosperidad, los gobiernos implementan políticas en favor de la infancia para que su educación sea obligatoria, que se les mantenga en lugar seguro, lejos de las fábricas y en algunos casos, incluso de sus propios hogares. Se iniciaron una serie de congresos, reuniones que recogían los Derechos de los Niños, ejemplo de ello es el Congreso Internacional de Protección a la Infancia, y el hito histórico del Reconocimiento de los Derechos del Niño aprobado en la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959.

Por otro lado, las preocupaciones que surgieron a partir de ello no solo abarcaron el ámbito de conocimiento sino también de la higiene y el comportamiento, ante lo cual surgen innovaciones en psicología y pedagogía. Perdiguero (2004) refiere que este siglo exigía un estudio exhaustivo a todas las necesidades de la infancia, haciendo énfasis en la educación, pero sin perder de vista una legislación especial acorde con sus edades.

En ese sentido podemos decir que “el siglo del niño”, bien nombrado así por la escritora y maestra Ellen Key en su obra más importante con dicho título en el año 1900, fue el inicio de un reconocimiento a la importancia de la infancia, iniciándose un largo camino por el bienestar de los niños y niñas.

1.1.5. Situación de los niños en la Época de la Conquista y paso a la Independencia de América Latina

En América Latina, la desigualdad es un aspecto bastante marcado en las sociedades de la época de la Conquista y de la Independencia, lo cual también afecta significativamente a los menores; Rodríguez y Mannarelli (2007) afirman, “ser niño indígena, esclavo, mestizo o blanco tuvo una significación determinante” (p.8).

Se hace referencia a ello, porque el factor racial tendría mucha influencia en cuanto al trato hacia el menor, su condición social, el nivel de acceso a oportunidades, así como ingreso a instituciones de instrucción. Para ejemplificar ello, Florentino y Goes (citados por Castillo, 2014) exponen que los niños y niñas traídos de África a América Latina o los propios hijos de esclavos desde su nacimiento, ya estaban condenados y podían ser vendidos o ser considerados propiedad de otros; tal condición también tenía que aceptarla los mestizos desde su nacimiento, toda vez que desde la postura de la Corona Española eran considerados “bastardos” y no merecedores de privilegios o buen trato.

Por otro lado, Castillo (2014) continúa exponiendo que durante el periodo de independencia que atravesaban muchos países de Latinoamérica, no se debe olvidar que fue una dura etapa para los niños y niñas, en especial los pertenecientes a sectores sociales pobres o marginados, quienes fueron incluidos como mensajeros y hasta combatientes en el proceso de independencia.

Dicho esto, podemos ver que en general en América Latina debido al contexto la principal preocupación era lograr la independencia, romper la marcada estructura social clasista de la época, lo que provocó que quede en un segundo plano la protección o regulación para los niños y niñas.

1.2. Evolución jurídica hacia un cambio de paradigma

Ante los diversos contextos y etapas en la historia, cargados de cambios, necesidades y carencias para con los niños y niñas, el derecho como ciencia social no es

ajeno y va juntamente con estos cambios introduciendo diversos instrumentos jurídicos para con esta población vulnerable, teniendo su propia evolución.

Por ello, Rea (2016) nos presenta una serie de hechos históricos donde se ven reflejada las implementaciones y respuestas jurídicas, a continuación, presentaremos los más saltantes:

1.2.1. Welfare Principle

Dentro del derecho una fuente importante lo constituyen los principios, así en el siglo XVIII surge de manera innovadora el principio de bienestar del niño, donde las cortes inglesas consideraron la conveniencia de tomar en cuenta ese criterio para los casos que involucren a menores y sus padres.

Si bien la propuesta buscó brindar ciertos beneficios y mayor consideración hacia los menores de edad, el autor critica que el ámbito de aplicación estuvo limitado al sector privado y resalta la notoria ausencia en el sector público evidenciada en la realidad del siglo en referencia, donde el Estado no tenía como prioridad una mayor consideración hacia los niños, lo que trajo consigo que no haya modificaciones en el gran protagonismo de los padres como únicos protectores.

1.2.2. El Código Civil Napoleónico de 1804

Este conjunto de normas legales materializó de alguna manera las intenciones del pasado en el aspecto de mayor protección a los menores, inspirando la regulación de las relaciones familiares en el contexto europeo; sin embargo, se le critica que continúe manteniendo su inspiración en el derecho romano con vigencia del patriarcado en el vínculo de padres hacia los hijos, lo que implicaba la restricción de los derechos privados de los menores de edad.

Un aspecto resaltante es que la opinión del menor no era vinculante de manera general, así en educación no tenía derecho a elegir la religión, ni la capacidad de abandonar el domicilio paterno sin la autorización del padre, entre otros; esto trajo como consecuencia abusos, explotación y hasta abandono de menores. Ello demuestra que, a pesar de existir una tipificación para lograr un instrumento jurídico como es un Código,

no se generaron avances significativos en protección de la infancia porque en el colectivo permanecía aún la concepción paternalista, donde el menor tenía un papel netamente pasivo a nivel familiar y social.

1.2.3. Leyes destacadas del Siglo XIX

Rea (2016) nos aproxima al contexto del siglo XIX, donde la industrialización provocó una serie de situaciones de abusos y condiciones precarias de trabajo para los menores, como respuesta a dicha realidad surgen en Inglaterra dos relevantes leyes:

- Ley para la mejor conservación de la Salud y de la Moral de los aprendices (1802).
- Ley Reguladora de las Fábricas de Algodón, dominada Peel Law (1819), cuya importancia radicó en la prohibición de empleo a menores de 9 años de edad, quienes eran utilizados como mano de obra en las fábricas de aquella época.

Por otro lado, continuando enmarcados en aquel siglo, el autor expresa que se debe resaltar que la única Ley que protegía al niño fuera del hogar, (es decir preocuparse por un ámbito más allá del trabajo que era en donde mucho se orientó y encasilló el derecho en ese ámbito de protección al menor), fue la Ley de Reformas a la Ley de los Pobres, promulgada en 1868, aplicada en Inglaterra y Gales.

Así también, no podemos dejar de mencionar las leyes que se dieron en el contexto francés, cuna de la revolución francesa, las cuales fueron:

- Ley de 28 de marzo de 1882, sin nombre específico; esta norma legal destaca por establecer que la educación debía ser gratuita, obligatoria y laica.
- Ley de 24 de julio de 1889, que incorpora el concepto abstracto del interés del menor de edad en Francia.

De esta manera, luego de este breve recuento de las leyes más relevantes y que generaron novedad dentro de este proceso histórico, podemos decir que existe un antes y un después del SXX; en palabras de Rea (2016) refiere lo siguiente:

El siguiente proceso histórico, se dio cuando cambió la comprensión del enfoque que se le otorgaba a los niños, a partir del S. XX. Es decir, cuando comenzaron a materializarse

instrumentos internacionales que reconocieron a la niñez como sujeto de derechos. Sobre todo, cuando el infante fue considerado como un renuevo de la estructura social, y su valor estaba determinado por su pertenencia a una familia y como tal fue tratado en las primeras atribuciones de derechos subjetivos que lo excluyeron como titular individual. (p.157)

A manera de conclusión se puede decir que el derecho busca dar respuesta ante las diversas realidades de desprotección a las cuales se veían expuestos los niños y niñas. Estos hechos en distintos países, va incentivar que surjan doctrinas sobre el trato y papel del niño lo que direccionó a que lograr ese ansiado “cambio de paradigma” se vuelva una realidad.

1.3. El paso de la Doctrina Irregular hacia la Doctrina de Protección Integral

Ser ciudadano es como tener un alma social. Es tener un yo, una identidad, una autonomía de sujeto social (...), ser ciudadano es tener un yo social de los que viven en sociedad y se relacionan en un mundo de reglas en que hay derechos y obligaciones. (Seda, 2010, p.110).

Estas palabras nos muestran la importancia de lo que significa ser un ciudadano, las implicancias del reconocimiento de un “yo” y del papel participativo que se puede tomar dentro de la sociedad misma, con todas las responsabilidades y derechos que implica ello. Sin embargo, para los niños y niñas este reconocimiento y el poder sentirse como ciudadanos requirió todo un proceso y un cambio desde la raíz en tanto a lo que se entendía por ser un niño.

Para poder explicarlo de mejor manera, el autor Seda (2010) afirma: “Hasta 1989 hemos vivido bajo una doctrina social y legal para niñas y niños que era de la minoría absoluta, también conocida como doctrina de la situación irregular” (p.112), es decir que dicha realidad era muy lejana al reconocimiento de lo que ahora entendemos por ciudadano, como sujeto de derechos y deberes, sino todo lo contrario reinaba el entendimiento del menor como un sujeto incapaz, donde no se reconocía el “yo” del niño sino la necesidad de que se mantenga como un ser dependiente, es por ello que surgen dos doctrinas predominantes: la doctrina de situación irregular y la de protección integral (la cual es la que prima en nuestra realidad), para lo cual las desarrollaremos con mayor detenimiento de la siguiente manera:

1.3.1. Doctrina de la Situación Irregular

En plano jurídico, los niños durante muchos siglos no fueron considerados bajo un tratamiento legal aparte o distinto del derecho de los mayores. Desde los remotos orígenes del derecho y hasta los inicios del S.XIX, desde el punto de vista punitivo, no se distinguió si los delitos eran cometidos por niños, adolescentes o adultos. (Plácido, 2015, p.36)

La presente cita es relevante debido a que, como punto de partida, debemos tener en consideración el contexto, ya que esta doctrina es la respuesta a la realidad de dicho siglo, en donde, como nos refieren, al predominar un aspecto punitivo, podemos identificar que existía un ambiente de represión y castigo para lograr un orden y control. De esta manera, se instaura un razonamiento en donde se justifica que el Estado y los Órganos jurisdiccionales intervengan e impongan castigos con un afán proteccionista, reformando a los infractores, grupo en el cual se incluían a los menores de edad.

Así, con aquel razonamiento cimentado en el ámbito social y reforzado con enfoques científicos que traían consigo diversas teorías sobre la criminalidad, en donde se buscaba distinguir a los “sujetos criminales” de los individuos, trae como consecuencia el nacimiento a mediados del siglo XIX de la llamada doctrina de la situación irregular, la cual se hizo conocida por tener, como refiere Plácido (2015): “Como característica común en todas las leyes, de asimilar jurídicamente al infractor de la ley penal con el niño víctima de la negligencia social o el descuido social” (p. 39).

Ante la cita mencionada en las últimas líneas del párrafo anterior, es necesario resaltar el uso de la palabra “víctima”, ya que nos refleja lo que mencionamos anteriormente: este gran afán de protección, de mirar al niño como indefenso e incapaz, y para lo cual el Estado de manera paternalista intervendrá para “solucionar” dicho problema aplicando las medidas que consideraba conveniente.

Por lo tanto, en vista de lo señalado, para ahondar de forma más específica el autor mencionado anteriormente Plácido (2015) brinda características sobre esta doctrina, las cuales son:

a. Carácter enunciativo de las categorías definidas como menores en situación irregular

Las connotaciones para identificar a los menores se delimitaban principalmente en aquellos que se encontraban en peligro o abandono o aquellos que no contaban con los cuidados correspondientes. Ante ello, Plácido (2015) citó en el Instituto Interamericano del Niño que se podía identificar seis características definidas:

- Menores de edad que han incurrido en un hecho antisocial.
- Menores de edad cuando se encuentren en estado de peligro.
- Menores abandonados materialmente.
- Menores abandonados moralmente.
- Menores deficientes físicos.
- Menores deficientes mentales.

Estas categorías son criticables por ser de muy amplio espectro y cuestionables sobre los criterios utilizados para definir cada categoría. Permiten mucho margen de interpretación y como recalca el autor, en todas las circunstancias se encontraba permitida la intervención controladora del Estado y sus órganos jurisdiccionales.

b. Los menores como objeto de tutela por parte del Estado

En el planteamiento anterior se tiene que, a inicios del siglo XIX no se distinguían los delitos entre adultos y niños; con el surgimiento de esta doctrina a mediados de dicho siglo, se realizó la instauración de las diferenciaciones en el trato aplicable a un adulto y a un niño.

Esta doctrina postula como característica de notoria relevancia que el niño como persona en desarrollo, no posee aún el grado adecuado de comprensión de su realidad lo cual hace que se encuentre indefenso y en constante riesgo. La doctrina sostiene que el Estado debe asumir el compromiso de protección y tutela de los menores.

c. Amplias facultades discrecionales del juez de menores

En palabras del autor la figura del juez es considerada como la de un buen padre de familia, acorde a la esencia proteccionista de esta doctrina. El juez poseía un amplio ámbito de intervención, con poder absoluto para detectar menores en riesgo,

d. El tratamiento reeducativo se manifiesta a través de medidas vinculadas a la personalidad individual de cada menor

Característica relevante de esta doctrina es el propósito del Estado de encaminar a los niños y niñas a convertirse en individuos de bien, y con mayor razón debido a su situación de vulnerabilidad o de exposición a situaciones de violencia; en razón de ello se entendía que el Estado tenía la facultad de aplicar medidas reeducativas. Estas medidas podían ser de diversa índole, dependiendo de los casos presentados en los menores de edad, su duración podía ser indeterminada y respondían no a la gravedad de la conducta sino más bien a la personalidad del menor y el modo de reorientación.

1.3.2. Doctrina de la Protección Integral

Con la Doctrina de la Protección Integral se genera una revolución a nivel teórico y transformaciones en los conceptos que estaban instaurados socialmente, generando tal impacto que trascendió las fronteras. Armas (2009) nos explica que esta doctrina adquiere tal relevancia que, para el desarrollo del tema de la infancia en la actualidad, es imposible no tenerla en cuenta.

Así, la autora expone a la doctrina en cuestión como una nueva concepción ideológica, filosófica, jurídica y social con respecto a la infancia, la cual está construida en base a principios y derechos que transforman lo establecido por la doctrina antigua antes aplicada, también añade que se le puede entender como:

Al conjunto de disposiciones, medidas, estrategias y políticas, orientadas a proteger a los niños en su totalidad e individualmente considerados, de forma holista, y los derechos y garantías que dimanen las relaciones que mantengan entre sí, con las familias, los adultos, con la comunidad y con el Estado (...) En la citada doctrina los niños no son considerados como objetos, sino como sujetos de derechos y se fortalece la responsabilidad de los gobiernos y adultos respecto a los mismos. (Armas, 2009, p.2).

Asimismo, Plácido (2015) complementa y brinda sus aportes para el mejor entendimiento de esta doctrina, mediante características esenciales que expondremos a continuación:

a. La consolidación de la situación jurídica del niño, niña y adolescente como titular de derechos fundamentales

Un elemento clave de este cambio de paradigma, y que se convierte en el eje y esencia de esta doctrina es el reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho, como un derecho humano, es decir inherente a su persona, no considerarlos como incapaces, dependientes o que sólo necesitan ser reformados y protegidos; en definitiva, ya no pueden ser tratados como objeto.

Además, un aspecto que considero importante resaltar es que, si bien el Estado ya no interviene, así como las instituciones de manera paternalista e invasiva, considero que esta doctrina ayudó a un redireccionamiento de lo que se entendía por protección, ya que el Estado puede velar por el bienestar de los menores, pero desde una perspectiva más activa, generando políticas sociales, programas sociales, etc.

b. La protección integral de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes a partir de la consideración de su interés superior

Plácido (2015) refiere: “La protección integral constituye no solo una serie de dispositivos jurídicos sino una forma distinta de pensar la infancia en el proceso social cultural” (p. 50).

En la cita del autor se refleja que, si bien existieron diversos instrumentos o nuevas concepciones jurídicas introducidas con esta doctrina, esto también derivó en un impacto no solo en el ámbito del derecho sino también en el entendimiento social y cultural de la infancia.

De esta manera, teniendo en consideración los contextos y aspectos culturales a los cuales se veían expuestos los niños, el derecho responde buscando que se les

reconozca derechos como no discriminación, la participación, la recreación, así como de constituir la eficaz herramienta denominada interés superior del niño.

c. El reconocimiento de autonomía y participación del niño, niña y adolescente en el ejercicio de sus derechos fundamentales

Una característica de esta doctrina es hacer referencia a la responsabilidad compartida que tiene el Estado, la sociedad y la propia familia para brindar un desarrollo integral y mejores condiciones de vida para los niños y niñas, buscando garantizar sus derechos como autoridades y actores, teniendo muy presente que el esquema propuesto es en base a la participación, la democracia y el respeto a los menores.

Es decir, esta doctrina hace que prime el hecho de que el niño, a pesar de su corta edad, es un sujeto de derecho, lo cual trae consigo el poder desenvolverse, participar, ser escuchado y poder también emitir opinión.

Dicho esto, cabe señalar que esta doctrina, la cual se aplica en nuestra actualidad, revolucionó e implantó un nuevo esquema, donde se veló por el verdadero interés de los niños, donde se buscó potenciar sus habilidades y su desenvolvimiento, no alejándolo de la sociedad, sino haciendo que sean participativos dentro de la misma. Sin este cambio tan necesario, seguiríamos con un pensamiento cerrado que limita todo lo que la infancia puede desarrollarse, ya que se ha demostrado que se puede lograr un balance de protección y respeto por la mencionada autonomía.

Ante las dos doctrinas desarrolladas se aprecian casos concretos que se vuelven directrices argumentativas de propia jurisprudencia, ejemplificadas con sentencias expuestas a continuación:

- **EXP. N° 03247-2008-PHC/TC - Cusco**

Como punto de partida colocaremos en contexto la situación del caso, a modo de resumen podemos exponer que don Jerónimo Cardeña Quispe interpone demanda de hábeas corpus a favor del menor J.V.C.B., a quien se le ha impuesto medida socio-educativa de internación en el Centro Juvenil de Marcavalle del Cuzco, y la dirige contra

el magistrado del Segundo Juzgado Mixto de la Provincia de Canchis, Jhon Alex Alfaro Tupayachi, con el fin de que ordene su inmediata libertad.

Así también, el recurrente refiere que el juez emplazado promovió investigación tutelar contra su menor hijo por infracción penal contra la vida, el cuerpo y la salud, en su modalidad de homicidio (asesinato), y contra el patrimonio, en modalidad de robo agravado, en agravio del menor A.G.M., disponiéndose su internamiento preventivo en el Centro de Bienestar y Diagnóstico Familiar de Marcavalle, decisión que fue apelada.

Agrega que en absolución del grado la sala superior confirmó el mandato de internamiento preventivo, habiéndose ampliado la investigación tutelar por más de una vez; y que sin embargo han transcurrido más de 10 meses sin que se emita resolución final sobre los hechos materia de investigación, lo que contraviene lo dispuesto en el artículo 221° del Código de los Niños y Adolescentes: “El plazo mínimo e improrrogable para la conclusión del procedimiento, estando el adolescente interno, será de cincuenta días, y en calidad de citado, de setenta días”.

Dicho esto, lo interesante y relevante de esta sentencia mencionada es que el Tribunal, como primer argumento dentro de la misma realiza un desarrollo de la doctrina de protección integral, señalando en primer orden que el Estado debe brindar una protección específica a favor de la infancia, por lo que todos los niños tienen derecho a las medidas de protección que su condición requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del propio Estado.

En ese sentido, el Tribunal expone que el “concepto de protección comprende no solo las acciones para evitar cualquier perjuicio sobre el desarrollo del niño y del adolescente, sino también la adopción de medidas que permitan su crecimiento como personas y ciudadanos”.

Para finalizar, considero importante brindarle atención a lo que el Tribunal argumenta con respecto a que las medidas impuestas a favor de los niños, niñas y adolescentes no devienen en irregulares, en tanto que es deber del estado, garantizar no solo el ejercicio de todos los derechos que les asisten, sino también el adoptar medidas que permitan su crecimiento como personas y ciudadanos, reconociendo que la adopción de medidas de internamiento, así como otras reguladas por la legislación nacional y tratados internacionales no devienen en detrimento de los derechos del niño, niña y adolescente.

- **EXP. N° 0181-2009-PHC/TC – Lima**

Para este segundo caso si bien de manera literal como el anterior no existe un desarrollo del concepto de protección integral, esta sentencia es importante de exponer porque de todas formas se puede apreciar una aplicación y desarrollo de la guía que significa la doctrina de protección integral, para ello expondremos los hechos más relevantes del caso:

La Sra. Shelah Allison Hoefken interpone demanda de hábeas corpus a favor de sus menores hijos identificados con las siglas J.A.R.R.A y V.R.R.A., contra don Juan Manuel Fernando Roca Rey Ruiz Tapiado, padre de los menores, solicitando que en cumplimiento del régimen de visitas establecido por la resolución judicial de fecha 29 de diciembre de 2006 y confirmado por la resolución judicial de fecha 6 de julio de 2007, se ordene al emplazado se les permita a sus menores hijos interactuar con ella, toda vez que de manera reiterada les impiden que puedan verla, lo cual afecta sus derechos a la libertad individual y a vivir pacíficamente. Alega vulneración de los derechos a la libertad individual e integridad personal.

El Tribunal estimó para el análisis del caso concreto que no solo se debe examinar la presunta vulneración de los derechos a la libertad individual e integridad personal, sino también los derechos de los menores a tener una familia y no ser separado de ella y a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material, así como el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales, ya que a pesar de que se había otorgado un régimen de visita a favor de la recurrente, en reiteradas oportunidades el padre de los menores no habría permitido se lleve a cabo.

En ese sentido, el análisis del caso se centró en los siguientes puntos: a) El principio de protección especial del niño; b) El principio del Interés superior del niño; c) El derecho a tener una familia y no ser separado de ella; d) El derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; y, e) El derecho al desarrollo armónico e integral.

En el caso de análisis se expone que “el niño tiene derecho a disfrutar de una atención y protección especial y a gozar de las oportunidades para desarrollarse de manera saludable, integral y normal, en condiciones de libertad y de dignidad. Por ello, ningún acto legislativo puede desconocer los derechos de los niños ni prever medidas

inadecuadas para garantizar su desarrollo integral y armónico, pues en virtud del artículo 4° de la Constitución, el bienestar (físico, psíquico, moral intelectual, espiritual y social) del niño se erige como un objetivo constitucional que tiene que ser realizado por la sociedad, la comunidad, la familia y el Estado.”

Luego del análisis de caso concreto, el Tribunal concluyó que el emplazado vulneró el derecho de los menores a tener una familia y no ser separado de ella, pues dicho derecho garantiza a los hijos a mantener relaciones personales y contacto directo con sus dos progenitores, aun cuando éstos estén separados.

Para concluir con la presente explicación, podemos decir que los Tribunales Peruanos aplican actualmente, cuando corresponda, la Doctrina de Protección Integral, que sustenta la protección del niño, niña y adolescente como sujeto de derecho, partiendo de la concepción que el Estado garantiza de manera regular el ejercicio de sus derechos, es por ello que en la sentencia no solo se aprecia que el Tribunal reconoce el derecho de los menores al régimen de visitas, sino que además este derecho se ve ligado a otros como el de tener una familia y no ser separado de ella, a crecer en un ambiente de afecto, al desarrollo armónico e integral.

1.4. Convención Internacional sobre los Derechos del Niño

Anteriormente, hemos podido presentar las doctrinas dentro de este marco de derechos de la infancia, lo que representaron y lo que la transición hacia una doctrina de protección integral impactó y generó varios cambios a su paso. Es por este motivo, que, continuando con aquella línea temática, podemos decir que dentro de la doctrina de protección integral se constituye un conjunto de instrumentos jurídicos internacionales que respaldan este nuevo pensamiento hacia la Infancia; por ejemplo, entre algunas de ellas podemos mencionar:

- Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing, 29 de noviembre de 1985).
- La Convención sobre los Derechos del Niño (20 de noviembre de 1989).
- Las Reglas de Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad y directrices para la prevención de la delincuencia juvenil (Reglas de Riyadh, del 14 de diciembre de 1990).

Entre estos elementos jurídicos resalta, sin desmerecer a los otros elementos jurídicos internacionales, la Convención sobre los Derechos del Niño, por su calidad de instrumento jurídico más completo, de fuerza vinculante para los Estados y en donde se materializa la esencia de la Doctrina de Protección Integral, logrando que esos postulados trasciendan y adquieran tal importancia que se puede afirmar que en la actualidad ya se encuentra consolidada.

Así también, Verhellen (2002) refiere que el origen de la Convención se debe a la influencia de diversos cambios a finales del siglo veinte en la imagen que tiene del niño, así como por el proyecto de los Derechos Humanos. Se realizará a continuación un breve recuento de los instrumentos internacionales que precedieron a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

1.4.1. La Declaración de Ginebra (1924)

La posguerra de la Primera Guerra Mundial dejó a muchos niños en circunstancias deplorables, la alianza estratégica de la Fundación Salvar a los niños y el Comité de la Cruz Roja Internacional organizaron la Unión Internacional de Salvación del Niño, la cual tuvo gran acogida, estableciendo cinco puntos en lo que se llamaría la Declaración de los Derechos del Niño. Esta declaración es defensiva, no trata de derechos en sí misma, sino más bien enuncia las obligaciones de los adultos para con los niños y que depende de ellos su cumplimiento.

La Declaración de Ginebra fue proclamada en la Liga de Naciones Unidas en el año 1924, ratificada en 1934, hasta llegar a convertirse en un concepto en el derecho internacional público; se le considera la piedra angular de todas las demás iniciativas en este aspecto.

1.4.2. La Declaración de los Derechos del Niño (1959)

Esta Declaración, aprobada de manera unánime por 78 países miembros de la ONU el 20 de noviembre de 1959, es la primera materialización del cambio de paradigma que hemos explicado anteriormente.

Decimos esto, porque si bien dentro de la Declaración no se desmerece que el menor necesita protección tampoco se le vincula a la indefensión, sino que desde su primer principio se establece lo siguiente:

“1. El niño **es sujeto** de todos los derechos sin que en ningún caso pueda ser objeto de discriminación (...)”

Así, al reconocer como punto inicial al niño como sujeto de derecho, los nueve principios siguientes que componen dicha Declaración se ven vinculados a diversos derechos y que remarca aspectos importantes como: el derecho a un nombre, a gozar de beneficios de seguridad social como sujeto independiente, el derecho y necesidad de amor, etc.

En palabras de Plácido (2015):

La Declaración de 1959, no está ya dirigida a la “humanidad”, sino a todos aquellos con responsabilidad tanto social como política, para que se apliquen de forma directa esos principios y en definitiva para que estos se traduzcan en medidas legislativas que tiendan a la protección de los niños. (p.76)

1.4.3. La Convención sobre los Derechos del Niño (1989)

La Declaración de 1959 fue sin duda un hito muy importante para llegar a la Convención vigente, su importancia radica por ser el marco de referencia que mejoró la posición de los jóvenes y de los niños en la sociedad, pero no alcanzó a ser en su momento lo que algunos países como Polonia impulsaban: que llegue a convertirse en normativa legal; por ello, el mencionado país en alianza con otros que tenían la misma convicción, acordaron la conveniencia de la redacción de una Convención vinculante. Así, el 7 de febrero de 1978, Polonia presentó un borrador de lo que sería según Verhellen (2002), casi una copia literal, salvo actualizaciones y algunos añadidos, de lo que sería la Convención sobre los Derechos del Niño.

Las razones de la demora en su suscripción fueron numerosas: la frecuencia anual de las reuniones de trabajo, la numerosa cantidad de propuestas y contrapropuestas, el incremento de integrantes de la Comisión, los diversos elementos de los derechos del niño a discutir: políticos, civiles, económicos, sociales, culturales; otros aspectos fueron

las tradiciones, el idioma y las discusiones para precisar los derechos del niño. Una vez superadas todas estas razones, se obtuvo un documento mucho más preciso, donde se ampliaron los principios y contenidos iniciales.

Los derechos como normativas vinculantes forman parte de tratados internacionales:

- La Convención de la Cruz Roja Internacional.
- La Convención Europea de los Derechos Humanos.
- La Convención de la Organización Internacional del Trabajo.

Se puede apreciar que hubo una gran evolución desde la Declaración de Ginebra (1924) con un preámbulo y cinco puntos, luego con la Declaración de los Derechos del Niño (1959) con un preámbulo y diez principios, para llegar finalmente a la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) con un preámbulo de 13 párrafos y 54 artículos, donde todos los derechos tienen igual importancia.

Ante lo señalado, la Convención sobre los Derechos del Niño establece notoriamente el cambio en la situación del niño y sus derechos. A pesar del notable esfuerzo de los miembros de la Asamblea para contemplar todos los aspectos que puedan proteger y beneficiar a los menores de 18 años, todavía hay mucho trabajo por hacer para la aplicación de las normas de la Convención y la difusión de los derechos del niño por parte de quienes deben velar por su bienestar.

1.5. Implicancias de la Convención sobre los Derechos del Niño en nuestro sistema de justicia

Anteriormente hemos podido apreciar cómo la Convención marcó de gran manera la historia al introducir a un nivel extensivo e internacional esta nueva concepción sobre la Infancia, volviéndose vinculante para los Estados que se acogieron a la misma. Es por ese motivo que delimitaremos y haremos un mayor desarrollo sobre un aspecto que no podemos pasar por el alto, el cual es cómo dicha Convención repercutió jurídicamente en nuestro país.

Debemos partir recalcando que la Convención sobre los Derechos del Niño, posee una fuerza normativa significativa al ser un tratado internacional, lo cual como Plácido (2015) refiere compartiría su supremacía con la Constitución, situándose en el vértice de nuestro ordenamiento jurídico, esto quiere decir que los derechos establecidos en dicho instrumento internacional puede tener una aplicación directa en el ámbito interno teniendo que ser tomado en consideración en la elaboración de leyes, decretos, reglamentos, resoluciones etc., dictadas por órganos jurisdiccionales.

Dicho ello, considero interesante exponer lo que refiere Plácido (2015) con respecto a las implicancias que introduce en nuestro país la referida Convención; a continuación, las más saltantes:

- **Quebranta la aplicación lógico formal del derecho**

En este punto hace referencia que la manera tradicional (“lógico- formal”) para analizar los casos en un ámbito judicial donde hay menores implicados ya no bastará o no será lo único a tenerse en consideración; con la llegada de la Convención ahora la orientación que tomarán las decisiones judiciales como bien explica el autor, tendrán ahora la característica de tener en cuenta el interés superior del niño, así como también analizar ya no solo las consecuencias inmediatas de su decisión sino cómo se vería afectado el niño en un futuro.

- **Genera un análisis dentro de la pauta del Interés Superior del Niño**

Un aspecto importante que trae consigo la Convención en su tercer artículo, es el interés superior del niño, en donde se buscará que en cada situación predomine el mayor beneficio para los mismos, debido a que, si bien son ya considerados como sujeto de derecho, con reconocimiento de su autonomía, no se puede pasar desapercibido el hecho que de igual forma requieren una protección especial.

Esto, en nuestra legislación va repercutir en la manera que los órganos del Estado Peruano se verán comprometidos y obligados a evaluar el interés en cuestión en las decisiones en las cuales están implicados niños y niñas. Si bien no existe un concepto específico o pautas marcadas sobre cómo aplicar este “interés superior del niño”, considero acertado lo que expone Plácido (2015): “Esta particularidad obliga a los

órganos jurisdiccionales a asumir la importantísima tarea de “descubrir” qué curso de acción llevará a la defensa en cada caso particular” (p. 109)

- **Aplica sus principios estipulados dentro del derecho interno**

La Convención consta de una serie de principios en favor de la niñez y en nuestro ordenamiento jurídico influye otorgándole primacía, superponiéndose a disposiciones que contradigan los derechos de la infancia. Además, la Convención, como bien indica el autor, aporta una serie de criterios para aplicarlos en la toma de decisiones cuando exista algún conflicto de intereses en donde se vea en juego un menor de edad, donde la decisión se verá orientada por lo ya anteriormente mencionado, lo más favorecedor para el niño.

- **Impulsa el sistema de justicia**

Otro impacto que se tuvo en nuestro derecho interno, fue cómo la Convención impone a los jueces que pueden ser más activos en cuanto a su forma de administrar justicia, el poder mirar más allá de lo que las partes requieran, no sólo teniendo como punto de referencia lo tipificado a nivel interno en un campo netamente de derecho de familia, lo cual a veces no satisface o responde a la diversidad de casos, sino que con la introducción de la Convención posean una herramienta de utilidad.

Ante todo, lo que hemos mencionado, podemos ver que este instrumento introduce principios que respaldan en gran medida esta doctrina de protección integral, como el relevante y novedoso interés superior del niño, donde lo que prevalece como bien dijimos es analizar lo más beneficioso para los menores. Así también estas implicancias significaron un gran cambio dentro de nuestro ordenamiento jurídico peruano no solo por el aporte jurídico, sino por introducir y animar que verdaderamente se haga efectivo el cambio de concepción que se tenía de la infancia en el país.

Es por ello que, para una mayor claridad de lo presentado, en el siguiente punto presentaremos la situación de los derechos del niño en el sistema jurídico peruano, y el cambio que éste sufrió para poder tener un entendimiento del panorama de manera más completo.

1.6. Cambio de paradigma en el derecho peruano.

La inexistencia de un derecho autónomo de los niños hacía que la legislación sobre la materia se ubicue invariablemente entre el derecho civil y el derecho penal, con alguna incidencia en el derecho laboral. Su tratamiento desde la vertiente de las normas internacionales de derechos humanos es posterior y adquirirá un carácter doctrinario adecuado, pues (...) el niño solo existía para la sociedad y el Estado en tanto se encontraba en situación de abandono o delincuencia. (Valencia, 1999, p.112)

En vista de la cita expuesta, podemos evidenciar la realidad jurídica que se vivía en la época antigua de nuestro país, donde por medio de estas líneas transmite que existió un periodo de desorden y falta de determinación de qué rama se va a enfocar al tema de menores y a su vez el gran peso que se le daba al enfoque paternalista y protección, lo que pone a la luz que nuestro país es parte del grupo de los muchos en donde predominó la ya mencionada doctrina de situación irregular.

En vista que anteriormente hemos presentado un marco internacional, consideramos relevante poder exponer el proceso evolutivo que ha tenido los derechos de los niños y niñas en nuestro país, para lo cual Chunga (2016) será nuestra referencia, quien de manera directa y clara explica este proceso evolutivo, el cual divide en dos etapas, de manera ordenada desarrollaremos cada una de las mencionadas:

1.6.1. Antecedentes del Código de los Niños, Niñas y Adolescentes: Primera etapa (1821-1989)

El ministro Hipólito Unanue promulgó en 1821 un decreto con la finalidad de fijar la posición del Estado y su obligación de prevenir y aliviar los sufrimientos de los menores de edad. No obstante, el Estado no consideró al menor como sujeto de derecho, sino más bien como objeto de caridad, de asistencialismo, de paternalismo, de rol sancionador, y esto se mantuvo vigente hasta la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989).

Con el Código de Procedimientos Civiles de 1912 se inició la codificación de normas atinentes y favorables al niño, niña y adolescente. En su contenido existieron procedimientos para determinados actos relativos a menores: adopción, enajenación,

contraer obligaciones sobre bienes de menores de edad por necesidad y utilidad, emancipación. Este Código estuvo vigente hasta el 27 de julio de 1993 y finalmente fue derogado por el Código Procesal Civil.

- **Código Penal de 1924**

El aporte de este Código en favor de los menores fue señalar medidas específicas cuando el menor ha cometido un delito, indica claramente la necesidad de una investigación del medio que rodea al niño, un examen para poder situar al menor según le corresponda; sea internado en una Escuela, en un reformatorio o permanecer con su familia. Este Código fue derogado y reemplazado por el Código Penal en 1991.

- **Código Civil de 1936**

El libro II de este Código constituyó una de las bases del Código de Menores de 1962, mejorando la situación del menor en relación al Código de 1852.

Lo negativo es que hizo distinciones entre los hijos legítimos e ilegítimos, originando desigualdades en el aspecto sucesorio. Finalmente este Código fue derogado el 13 de noviembre de 1984.

- **Código de Menores de 1962**

Este Código adoptó la doctrina de los principales instrumentos internacionales sobre los derechos del niño, como por ejemplo, la Declaración de los Derechos del Niño formulada en Ginebra, los Derechos del Niño Americano, de la Organización de Estados Americanos, entre otros.

Si bien representó un avance dentro de la legislación peruana, lamentablemente no fue ejecutado en la práctica como aspiraban los documentos en los cuales se inspiraron, debido a que en la realidad predominaron postulados de la doctrina de situación irregular, donde se le daba prioridad al estilo de vida y conductas del niño o adolescente y no a lo importante que es conocer el hecho en sí, lo cual generaba que muchas veces se vulnerara el debido procedimiento, que se apliquen medidas correctivas como internamiento de

menores, trayendo consigo una afectación a derechos fundamentales de este grupo humano, por lo cual fue derogado el 29 de diciembre de 1992.

- **Consejo Nacional de Menores**

Si bien estrictamente no forma parte de los antecedentes, considero importante destacar dicho Consejo, el cual fue creado por el Código de Menores de 1962. Era el órgano central encargado de trazar la política nacional de asistencia y protección al menor. Sus aportes, como bien aclara Chunga (2016), se ven reflejados en Decretos Supremos, Leyes y Resoluciones Institucionales, los cuales instituyeron cambios como la prohibición del maltrato moral o físico a los menores en situación irregular, así como el uso de esposas de seguridad, creación de albergues de menores de varones y de mujeres, y además la declaración del 6 de octubre como “Día Universal del Niño”, entre otros.

El Consejo Nacional de Menores fue suprimido en sus funciones el 23 de marzo de 1969 y se convirtió en organismo consultivo del Ministerio de Salud.

El 10 de diciembre de 1975, por Resolución Ministerial N° 0100-75-PM/ONAJ, se nombró una Comisión cuyo objetivo era realizar la revisión de la legislación sobre menores y adecuarlo a la realidad socio-jurídica de ese entonces.

1.6.2. Código de los Niños, Niñas y Adolescentes: Segunda etapa (1990 - actualidad)

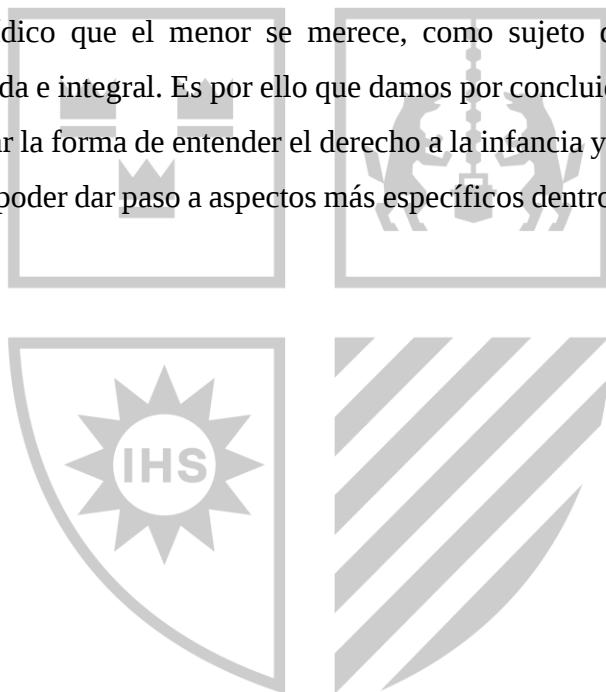
La proclamación de la Convención sobre los Derechos del Niño realizada el 20 de noviembre de 1989 marcó el inicio de la segunda etapa como bien señala Chunga (2016) en la cual, al ratificarse en 1990, el Perú adoptó la Doctrina de la Protección Integral del Niño, sujeto de derecho y en función del interés superior del mismo, la materialización más grande de este cambio lo podemos ver reflejado en el Código de los Niños, Niñas y Adolescentes.

El Código de Niños, Niñas y Adolescentes fue promulgado en junio de 1993 y modificado por la Ley N° 27377 en agosto de 2000, compuesto por cuatro libros y un título preliminar, pero más allá de la estructura formal podemos resaltar el espíritu que se consolidó en esta etapa, ya que desde el segundo artículo se reconoce al niño como sujeto

de derecho y se le otorga el reconocimiento de una gama de derechos y deberes que antes en nuestro país no se hubiese considerado para los menores, pero que es una realidad que perdura en el tiempo.

Finalmente, a lo largo de este capítulo hemos podido ver que el derecho se encuentra siempre en constante cambio en respuesta a los contextos y grupos sociales, en nuestra población concreta como lo son los niños y niñas hemos podido aproximarnos a los distintos contextos históricos que atravesaron, las marcadas doctrinas que se presentaron en contraposición, pero que fueron muy necesarias para poder generar cambios.

Ante lo cual el máximo logro fue materializar y generar un verdadero reconocimiento jurídico que el menor se merece, como sujeto de derecho, con una protección equilibrada e integral. Es por ello que damos por concluida esta primera parte, la cual buscó ampliar la forma de entender el derecho a la infancia y contextualizarnos de mejor manera, para poder dar paso a aspectos más específicos dentro del presente trabajo.



CAPÍTULO II: EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

El interés Superior del Niño debe ser compatible con todas las disposiciones de la Convención (...) Lo que a juicio de un adulto es el interés superior del niño, no puede primar sobre la obligación de respetar todos los derechos del Niño enunciados en la Convención. (Comité de los Derechos del Niño, 2011, p. 25)

Ante la cita expuesta, podemos apreciar que se conceptualiza el Interés Superior del Niño, como un criterio de interpretación supremo en beneficio de la concreción de los derechos del niño, niña y adolescente, el cual no puede ser reinterpretado, bajo cualquier circunstancia, por parte de los adultos, de modo tal que afecte a la protección y/o realización de estos derechos.

Sin embargo, a pesar de que existe un consenso respecto a este criterio de interpretación, que debe beneficiar a los menores, es también cierto que no existe una voz única que permita tener predictibilidad respecto a su aplicación concreta, toda vez que la decisión de lo más conveniente para el menor recae en el operador estatal en cada situación concreta.

Para entender mejor esta situación y desarrollar otro de nuestros conceptos centrales para la presente investigación desarrollaremos en el siguiente capítulo: en primer orden, cuál ha sido el devenir histórico del concepto, de tal forma que podamos asomarnos a una interpretación de origen. Seguidamente, las diversas definiciones que la doctrina viene otorgando al interés superior del niño, a fin de evidenciar cuáles son las contradicciones entre ellas, o en su caso los aspectos que privilegian los distintos autores. Luego de ello, teniendo en consideración, que el interés dentro de esta investigación es la aplicación del concepto en la realidad, se recurre a la interpretación jurisprudencial, de carácter internacional y desde la perspectiva del Tribunal Constitucional, en el plano nacional, en su calidad de intérprete supremo de la constitucionalidad de las leyes.

Finalmente aterrizaremos el concepto de interés superior de niño en una realidad concreta e importante como es la movilidad de niños migrantes, ameritando ser desarrollado en un apartado.

2.1. El interés Superior del Niño y su presencia en instrumentos jurídicos

2.1.1. Aspecto histórico del Interés Superior del Niño

En primer lugar, se debe precisar que el “interés superior del niño”, como bien refiere Barletta (2018), es un principio que surgió de manera incipiente, con anterioridad a la Convención sobre los Derechos Del Niño, encontrando su principal antecedente en la Declaración de Ginebra de 1924.

Luego de la Primera Guerra Mundial, la Sociedad de Naciones, adoptó la iniciativa, de quien posteriormente fundase la reconocida organización Save the Children, en la que se establecían, por primera vez, una serie de derechos para los niños. Este instrumento, es la ya mencionada Declaración de Ginebra de 1924.

Con respecto a ello, Bofill y Cots (1999) afirman que la Declaración de Ginebra no es un instrumento que comprometa a los Estados, pero que buscaba reflejar esperanza y unir a las personas hacia un mismo pensamiento, y la cual más adelante fue una raíz para las declaraciones futuras sobre derechos de la Niñez.

En esta Declaración, se establecen 5 artículos:

1. El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material y espiritual.
2. El niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser atendido; el niño deficiente debe ser ayudado; el niño desadaptado debe ser reeducado; el huérfano y abandonado deben ser recogidos y ayudados.
3. El niño debe ser el primero en recibir socorro en caso de calamidad.
4. El niño debe ser puesto en condiciones de ganarse la vida y debe ser protegido de cualquier explotación.
5. El niño debe ser educado inculcándole el sentimiento del deber que tiene de poner sus mejores cualidades al servicio del prójimo

Como podemos apreciar, estos artículos están dirigidos a establecer aspectos fundamentales como, condiciones de desarrollo, educación y pronto auxilio en caso de una eventualidad, pero lo más saltante es que se acuñó una frase, por la cual se le vincula el origen del interés superior del niño, donde se indica lo siguiente:

“Por la presente Declaración de los Derechos del Niño, los hombres y mujeres de todas las naciones, reconociendo que la Humanidad ha de otorgar al niño lo mejor que pueda darle” (Declaración de Ginebra, 1924).

Esta afirmación es un gran primer paso para consolidar el ahora conocido interés superior del niño, debido a que se expresó formalmente en un documento jurídico, la necesidad de considerar en primer orden las necesidades de los niños y niñas.

Sin embargo, con el paso del tiempo y luego de los horrores de la Segunda Guerra Mundial, se considera la necesidad de reconocer nuevos derechos y superar la Declaración de Ginebra. Es así como se consolida la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959, donde se establecen 10 principios.

1. El derecho a la igualdad, sin distinción de raza, religión o nacionalidad.
2. El derecho a tener una protección especial para el desarrollo físico, mental y social del niño.
3. El derecho a un nombre y a una nacionalidad desde su nacimiento.
4. El derecho a una alimentación, vivienda y atención médica adecuadas.
5. El derecho a una educación y a un tratamiento especial para aquellos niños que sufren alguna discapacidad mental o física.
6. El derecho a la comprensión y al amor de los padres y de la sociedad.
7. El derecho a actividades recreativas y a una educación gratuita.
8. El derecho a estar entre los primeros en recibir ayuda en cualquier circunstancia.
9. El derecho a la protección contra cualquier forma de abandono, crueldad y explotación.
10. El derecho a ser criado con un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos y hermandad universal.

Ante lo presentado, Plácido (2015) refiere que esta Declaración se caracteriza por su sencillez para dirigirse de manera objetiva a los adultos y concientizar a que asuman un compromiso directo para que se apliquen los principios presentados, en donde desde su opinión brindan contenidos y derechos no contemplados anteriormente.

Así también, Dávila y Naya (2006) expresan lo siguiente:

Aparecen algunas innovaciones importantes: una definición de niño (en el preámbulo), el derecho de los niños a unos padres (Principio 6); derecho a un nombre y una nacionalidad (Principio 3), lo cual presupone cierto reconocimiento de derechos civiles, aunque los redactores no fuesen conscientes de ello y, por primera vez aparece un concepto nuevo que supondrá en la Convención de 1989 un punto fundamental y controvertido en el ámbito jurídico: **“el interés superior del niño”**. (p.10)

Sobre el particular, es importante señalar que el principio 2, está redactado de la siguiente forma:

El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, **la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño**. (Declaración Universal de los Derechos del Niño, 1959)

Por tanto, desde su lectura podemos entender que existe una obligación por parte de los legisladores, para tener en consideración las necesidades de los niños y niñas, con lo que empieza a traducirse las exigencias que se realizan al Estado, a la luz de este principio, que es “fundamental”.

2.1.2. El Interés Superior del Niño y la Convención sobre los Derechos del Niño

Es necesario hacer notar que las Declaraciones internacionales, si bien expresan la preocupación de los países que las suscriben por reconocer determinados derechos, en la práctica, son una expresión moral y ética, que no guarda fuerza vinculante que les obligue al cumplimiento de los mismos, en sus respectivas jurisdicciones.

La misma suerte empezó a afectar a la Declaración de los Derechos del Niño, por tanto, era necesario la suscripción de un Tratado Internacional, que dotara de obligatoriedad a quienes la suscriben, siendo pasibles de observación por parte del Comité Internacional de los Derechos del Niño, organismo integrante de las Naciones Unidas.

Es por ello, que nace La Convención sobre los Derechos del Niño, suscrita el 20 de noviembre de 1989, con 54 artículos, que desarrollan los derechos de los niños y niñas, reconociéndolos como sujetos de derecho. Pero sobre todo la referida Convención se convirtió en el único tratado vinculado al tema de infancia que ha alcanzado un carácter

vinculante, lo cual le otorga el mismo nivel de relevancia y exigibilidad, al elemento clave de este instrumento jurídico: el interés superior del niño presente en el tercer artículo¹.

Con respecto a ello, Cillero (1999) expresa lo siguiente: “desde la vigencia de la Convención (...) el interés superior del niño deja de ser un objetivo social deseable realizado por una autoridad progresista o benevolente, y pasa a ser un principio jurídico garantista que obliga a la autoridad” (p.8).

Esto generó que con el paso del tiempo el interés superior del niño, impacte como principio orientador para otras normativas internacionales, tal es el caso de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Dicho ello, podemos destacar que el interés superior del niño ha sido considerado un elemento guía al cual se le da énfasis en situaciones de relaciones familiares, que podemos ver materializados en otros artículos de la Convención de la siguiente manera:

Art. 9, inc 1: Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño (...).

Art. 18, inc. 1: Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño (...).

Art. 21: Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y: a) Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes (...).

Mediante los artículos citados, consideramos nos aproximan a situaciones reales que nos permiten concretar y comprender mejor el carácter necesario del interés superior del niño, para no perder de vista que la importancia radica en el bienestar del menor, lo cual Zermatten (2003) en sus palabras manifiesta:

El principio del interés superior del niño es un principio general que debe reinar sobre toda la Convención, pero que se le requiere de manera específica, cuando se debe justificar la excepción

¹ Art 3 (inc.1): “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”

de un derecho que es reconocido al niño, en particular de un derecho que podría ser calificado de derecho "natural" a mantener relaciones con los padres.

Cuando la elección supone cortar con estas relaciones (la adopción, por ejemplo) o suspenderlas (ingresos, privaciones de libertad); la decisión que se tome debe respetar siempre este principio. (p.12)

En consecuencia, el gran aporte que proporciona la Convención sobre los Derechos del Niño es incorporar y revestir de obligatoriedad al Interés Superior del Niño, como hemos podido desarrollar. Sin embargo, en ninguno de los artículos citados nos ha brindado una definición del mismo, por lo cual en el siguiente punto revisaremos algunos alcances de la doctrina sobre el particular.

2.2. Definición en torno al interés superior del niño

El Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General Número 14, sostiene que el concepto de interés superior del niño posee una visión triple, de la siguiente manera:

- Como Derecho Sustantivo: El Comité hace referencia que entenderlo como derecho sustantivo implica darle la significación al interés superior del niño como una consideración primordial que se tenga en cuenta para tomar decisiones en donde existan distintos intereses en contraposición. Por otro lado, un aspecto importante que evidencia el Comité es que, al considerarlo como derecho, implica que exista la garantía de su aplicación tanto para las niñas y niños como sujetos individuales, como el ejercicio del mismo para el caso de colectivos de niñas y niños.
- Como Principio Jurídico Fundamental: El Comité aclara que, si existe una disposición jurídica con más de una interpretación, va a predominar aquella que satisfaga en mayor medida al interés superior del niño, así como a los derechos establecidos en la Convención de los Derechos del Niño.
- Como una Norma de Procedimiento: Dentro de esta dimensión, para el Comité de los Derechos del Niño implica se realicen las estimaciones de las

consecuencias, tanto positivas como negativas, que podrían derivarse de la toma de determinadas decisiones referentes a los menores en cuestión. Es por ello que el Comité remarca que la evaluación y aplicación del interés superior del niño requieren garantías procesales, así como la debida fundamentación de criterios para respaldar la decisión tomada.

Ante lo expuesto el Comité de los Derechos del Niño (2014) para concretar su planteamiento, afirma lo siguiente:

La plena aplicación del concepto de interés superior del niño, exige adoptar un enfoque basado en los derechos, en el que colaboren todos los intervinientes, a fin de garantizar la integridad física, psicológica, moral, espiritual, holísticas del niño y promover su dignidad humana. (p.4).

Así también la autora Gerison Lansdown en una publicación realizado de la mano del Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) y Save The Children en el año 2005, indica con respecto al interés superior del niño lo siguiente:

La Convención, por primera vez en el derecho internacional, establece una relación directa entre el niño y el Estado (...). Da visibilidad al niño como sujeto de derechos dentro de la familia, con la prerrogativa de recibir protección en su propio beneficio, y autoriza al Estado a intervenir, cuando sea necesario, para proteger los derechos del niño, reconociendo que el interés superior del niño no siempre es protegido por los padres. (p.10).

Dicho esto, ante el planteamiento de la autora que enfatiza el importante papel que cumplen los Estados con el niño; ya que existe un compromiso contraído por parte de cada país, desde nuestro país el Tribunal Constitucional (2009), al respecto expresa:

El deber especial de protección sobre los Derechos del Niño vincula no sólo a las entidades estatales y públicas sino también a las entidades privadas e inclusive a la comunidad toda (...). Por tanto, constituye un deber el velar por la vigencia de los derechos del niño y la preferencia de sus intereses, resultando que ante cualquier situación en la que colisione o se vea en riesgo el interés superior del niño, indudablemente, este debe ser preferido antes que cualquier otro interés. (EXP. N° 02079-2009-PHC/TC).

Por otro lado, si bien la Corte Constitucional de Colombia comparte la esencia de nuestro Tribunal sobre la especial protección que debe brindarse al menor y garantizar el cumplimiento del mencionado interés, podemos resaltar que la Corte Colombiana brinda de manera mucho más detallada en su Sentencia T-580A/11, una delimitación jurídica con respecto al tema en cuestión, aportando en su jurisprudencia cinco criterios

jurídicos a los cuales acudir para determinar el interés superior del niño, los cuales deberán buscar:

- Garantizar el desarrollo integral del menor.
- Garantizar el ejercicio de derechos fundamentales del menor.
- Proteger al menor de todo tipo de abusos físicos, emocionales, laborales.
- Buscar que prevalezca los derechos e interés superior del menor si es que no existe un equilibrio entre sus derechos y el de sus parientes.
- Evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes del menor.

Además, otro aporte en torno al interés superior del niño según lo apreciado por la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México (2017), consiste en la jurisprudencia que va consolidando sobre el tema la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en donde se establece que se debe observar con detenimiento las particularidades de cada caso y, como punto saliente, que se tome en consideración la opinión de los menores en cualquier decisión que les afecte.

A pesar de lo expuesto, como señalamos previamente no existe una definición precisa y única, lo cual genera el debate jurídico, generando posiciones contrapuestas como la de Cillero (1999), quien afirma lo siguiente sobre el interés superior del niño:

Se ha considerado que es una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico como psicosocial, que constituiría una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en razón de un etéreo interés superior de tipo extrajurídico (...). Existen quienes lamentan que la Convención la recogiera, porque amparados en 'el interés superior' se permitiría un amplio margen a la discrecionalidad de la autoridad y se debilitan la tutela efectiva de los derechos que la propia Convención consagra. (p. 12).

Así también por aquella misma línea argumentativa de la libertad para actuar por parte de los diferentes organismos e instituciones -lo cual trae como consecuencias abusos- lo comparte Ballestrin (citado en Díaz, 1998) de la siguiente manera:

La noción general del interés superior del niño, que constituye la base de toda intervención en contra de niños que se comportan de manera delictiva, elude una definición jurídica precisa y da una discreción muy amplia a jueces y otras autoridades. Faltan criterios objetivos y la situación facilita abusos graves bajo el pretexto del: interés superior. (p. 27).

De esta manera, se evidencia que no podemos obtener una definición precisa y única con respecto al interés superior del niño, lo cual conllevaría a que los operadores de justicia se amparen en sus propias consideraciones personales. Sin embargo, coincidimos con las palabras de Miranda Estrampes (2006) quien manifiesta lo siguiente:

La decisión sobre lo que en cada caso se ajusta al interés del menor se deja al arbitrio judicial; **no obstante, el juez no se encuentra ante un concepto vacío**, sino que (..) el contenido de las resoluciones judiciales debe consistir en asegurar la efectividad de los derechos fundamentales de los menores, quienes por sus condiciones de madurez no pueden actuar por sí mismos, para ello el juez deberá valorar el conjunto de circunstancias concurrentes, entre las que debe mencionarse la propia edad y circunstancias personales del menor (familiares, sociales)(...); el interés del menor actuará como criterio rector de la toma de decisiones cuando se suscite un conflicto con otros intereses legítimos, especialmente el interés de los progenitores. En estos casos, el conflicto deberá resolverse siempre primando el interés del menor. (p.109)

Dicho ello, en el siguiente punto buscaremos evidenciar los criterios que poseen los operadores de justicia, para poder comprender de mejor manera el interés superior del niño.

2.3. Criterios generales para la aplicación del Interés Superior del Niño

Los derechos contenidos en la CIDN son universales y los principios de indivisibilidad e interdependencia teóricamente impiden la existencia de jerarquía entre ellos. Sin embargo, la determinación del interés superior del niño se evalúa y determina en forma particular, es decir depende de la situación específica que afecta al niño o al grupo de niños considerados (...). Sin embargo, el carácter específico y único de cada situación no impide la determinación de una base común de criterios para orientar la definición del interés superior del niño en distintas situaciones. (Alegre et al., 2014, p 21).

Como bien expresa la cita, en la realidad cada caso que involucre menores de edad posee particularidades que no se repiten, pero lo que busca transmitirnos es que ello no es impedimento ni debe significar una barrera para poder rescatar elementos comunes. Para ello, el Comité de los Derechos de los Niños (2013) en su Observación General N° 14 busca brindar una orientación estableciendo dos momentos de la siguiente manera:

La evaluación y la determinación del interés superior del niño son dos pasos que deben seguirse cuando haya que tomar una decisión. La "evaluación del interés superior" consiste en valorar y sopesar todos los elementos necesarios para tomar una decisión en una determinada situación para un niño o un grupo de niños en concreto. Incumbe al responsable de la toma de decisiones

y su personal (a ser posible, un equipo multidisciplinario) y requiere la participación del niño. Por "determinación del interés superior" se entiende el proceso estructurado y con garantías estrictas concebido para determinar el interés superior del niño tomando como base la evaluación del interés superior. (p. 12).

El Comité expone que para estos dos momentos se requieren tener elementos de referencia para aplicarlos en la medida que sean pertinentes en la resolución de cada caso, identificando los siguientes:

- Opinión del niño: De no tomarla en cuenta se estaría faltando el respeto a su derecho y restringiendo su capacidad de participación, se debe otorgar la importancia a las opiniones de los menores.
- Identidad del niño: Ante la diversidad en distintos aspectos como sexo, raza, religión, cultura, etc., el niño tiene el derecho de preservar su identidad.
- Preservación del entorno familiar y preservar la unidad familiar: Es indispensable la determinación del interés superior del niño en un ámbito que involucre a la familia, donde la medida de separación del menor debe ser un último recurso.
- Cuidado, protección y seguridad del niño: Se tomará en consideración el bienestar del menor en un sentido amplio donde se abarcará necesidades físicas, emocionales, materiales, etc.
- Situación de vulnerabilidad: No se debe ignorar la condición de los menores que posean alguna discapacidad o pertenezcan a un grupo minoritario, ya que será distinta la evaluación de un menor en una situación concreta de vulnerabilidad a otro que pueda no estarlo.
- El derecho del niño a la Salud: Es un elemento esencial para evaluar el interés superior del niño, la salud, el acceso a la información médica, y las posibilidades de tratamiento.

- El derecho del niño a la Educación: Todas las decisiones, medidas e iniciativas deben respetar este derecho, velando que los menores puedan acceder a una educación gratuita y de calidad.

El Comité de los Derechos del Niño recomienda no solo enfocarse en ámbitos como salud, educación, aspectos emocionales, entre otros, sino hay que tomar en cuenta la evolución y desarrollo del niño, y que **“las decisiones deberían evaluar la continuidad y la estabilidad de la situación presente y futura del niño”** (Comité de los Derechos del Niño, 2013, p.18).

2.3.1. Aplicación del Interés Superior del Niño en Latinoamérica

Si bien el Comité brinda sus aportes dando un valioso marco general, el autor y abogado argentino, Alan Iud (2019), en su texto para el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, nos aproxima a la realidad compartiéndonos lo siguiente:

En líneas generales, todos los países han incorporado a su derecho interno el principio de interés superior de los NNYA. No obstante, se observan déficits tanto en la extensión del principio-pues algunas legislaciones lo prevén exclusivamente para las decisiones judiciales o para algunos asuntos puntuales ligados a relaciones familiares- y especialmente en el reconocimiento de su carácter de principio interpretativo y de norma de procedimiento. (p. 24).

Dicho ello, podemos ejemplificar lo que nos refiere la cita de forma puntual partiendo por el país de Chile, el cual en su Constitución no posee referencia a la infancia y tampoco posee una ley de protección de forma específica para niños, niñas y adolescentes. Con respecto al Interés Superior del Niño, lo presentan como “interés superior del hijo” en su Código Civil

La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza de modo conforme a la evolución de sus facultades. (Art 222 segundo párrafo).

Además, en su Ley N° 19968: “Ley de creación de Tribunales de Familia de Chile” incluyen el Interés Superior del Niño para que sea tomado en consideración por sus operadores jurídicos en el artículo 16, el cual refiere:

Art 16.- El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración en la resolución del asunto sometido a su conocimiento (...).

Así también, otro país que podemos evidenciar que reduce el Interés Superior del Niño y su aplicación a un ámbito familiar y procedimental es Panamá, el cual incluye al Interés Superior del Niño en su Código de Familia refiriendo que tanto los jueces como autoridades administrativas en asuntos vinculados a familia deben brindar prioridad a lo que denominan “interés superior del menor” y la familia, considerando a su vez este interés como un principio que rige la adopción en su Ley General de Adopciones.

En el caso de Nicaragua, este país posee un desarrollo más amplio en cuanto al concepto del Interés Superior del Niño y ello se aprecia en su Código de Familia al formar parte de sus principios rectores, en su segundo artículo:

Inciso i) Los procedimientos establecidos en este Código se tramitarán de oficio y atendiendo el interés superior de la niñez y la adolescencia y el tipo de relaciones que regula, entendiéndose como, interés superior del niño, niña y adolescente, todo aquello que favorezca su pleno desarrollo, físico, psicológico, moral, cultural y social, en consonancia con la evolución de sus facultades que le beneficien en su máximo grado y en especial el reconocimiento, vigencia satisfacción y disfrute de sus derechos, libertades y garantías de forma integral.

Sin embargo, el referido país posee una similitud con los dos anteriores en el aspecto que no hay pautas detalladas para direccionar el aspecto procedimental, solamente mencionan la importancia del Interés Superior para garantizar derechos, así como oír a los niños, niñas y adolescentes, pero ello es solo una pequeñísima parte de un todo.

Por otro lado, existen países que han considerado colocar en su normativa directrices o elementos para apoyar en la determinación y aplicación del Interés Superior del Niño, algunos son semejantes a los presentados por el Comité en el punto anterior pero también poseen sus particularidades, como en el caso de El Salvador.

En su Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, le dedica un artículo exclusivo a este principio de la siguiente manera:

Art 12.- En la interpretación, aplicación e integración de toda norma; en la toma de decisiones judiciales y administrativas; así como en la implementación y evaluación de políticas públicas es de obligatorio cumplimiento el interés superior de las niñas, niños y adolescentes, en lo relativo a asegurar su desarrollo integral y el disfrute de sus derechos y garantías (...). Para

ponderar el principio del interés superior del niño en situaciones concretas, deben ser considerados de forma concurrente los elementos siguientes:

- a) La condición de sujeto de derechos y la no afectación del contenido esencial de los mismos.
- b) La opinión de la niña, niño o adolescente.
- c) Su condición como persona en las diferentes etapas de su desarrollo evolutivo.
- d) El bienestar espiritual, físico, psicológico, moral, material y social de la niña, niño o adolescente.
- e) El parecer del padre y madre o de quienes ejerzan la representación legal según sea el caso; y
- f) La decisión que se tome deberá ser aquella que más derechos garantice o respete por mayor tiempo, y la que menos derechos restringe por el menor tiempo posible.

La consideración de este principio es obligatoria para toda autoridad judicial, administrativa o particular

En este detallado artículo, podemos ver que se repite el tomar en consideración la opinión del niño y, como indicó el Comité, el importante factor que la decisión mantenga una continuidad en el tiempo. Sin embargo, podemos apreciar que un elemento para la aplicación del interés considerará el parecer de los padres o quien ejerza su representación legal, aquí podemos ver que los operadores tendrán un margen de discrecionalidad bastante amplio ya que puede darse el contexto por parte de los adultos a querer buscar lo que les pueda ser ventajoso para ellos mismos, por ello deberán analizar con cautela.

Así también en la misma línea de pensamiento se encuentra el país de Bolivia, que de forma expresa en uno de sus artículos de su Código del Niño, Niña y Adolescente indica que se debe tener en consideración para la determinación del Interés Superior del Niño:

Art 12, Literal a) Interés Superior. Por el cual se entiende toda situación que favorezca el desarrollo integral de la niña, niño y adolescente en el goce de sus derechos y garantías. Para determinar el interés superior de las niñas, niños y adolescentes en una situación concreta, se debe apreciar su opinión y de la madre, padre o ambos padres, guardadora o guardador, tutora o tutor; la necesidad de equilibrio entre sus derechos, garantías y deberes; su condición específica como persona en desarrollo; la necesidad de equilibrio entre sus derechos y garantías, y los derechos de las demás personas.

Hemos podido ver cómo se aplica el Interés Superior del Niño en algunos otros países de Latinoamérica para que podamos tener una mirada amplia al respecto. Así,

también nos corresponde aproximarnos al contexto peruano y los criterios a considerar por su parte.

2.3.2. Criterios para aplicación del Interés Superior del Niño en el Perú

Partimos, señalando que la Convención sobre los Derechos del Niño fue ratificada por nuestro país el 4 de septiembre de 1990, formando desde entonces parte de la legislación interna. Dicho ello y remitiéndonos a nuestra legislación nacional, en nuestra Constitución, como precisa Barletta (2018) no existen derechos absolutos, o que presenten una mayor jerarquía con relación a otros, por tanto, en caso de conflicto, es necesario recurrir a la ponderación de derechos.

En el caso específico del interés superior del niño, la autora remarca tres ejes a no perder de vista, como el juicio de adecuación, necesidad y proporcionalidad.

Así tenemos que el juicio de adecuación, busca establecer una interpretación acorde con la Constitución, sin que entre en colisión con los derechos reconocidos en la Convención. Para ejemplificar, la autora hace mención del derecho a la integridad estipulado en el inc. 1, artículo 2 de nuestra Constitución el cual de forma general hace mención a que “toda persona posee derecho a la vida, a su integridad moral, psíquica y física (..)” al momento de interpretarlo no podrá limitarse únicamente a lo establecido en dicho artículo sino que deberá asegurarse tomar en cuenta todo lo que abarca este mismo derecho dentro de la Convención sobre los Derechos del niño para tener una interpretación completa y evitar, como ya se mencionó, una colisión de derechos.

El juicio de necesidad, en palabras de la autora consiste en que: “será necesario verificar que la solución planteada se constituya en la única viable, o en todo caso sea la más idónea para concretar la protección garantista del niño” (Barletta, 2018, p. 54)

Como último elemento, el juicio de proporcionalidad y razonabilidad, señala que, en el caso concreto, la solución debe guardar una relación de restricción-beneficio en favor del menor, que considere la temporalidad de la medida, y aquello que es justo esperar de la misma.

Por otro lado, los operadores de justicia además de tener en consideración lo que expone la autora, también existe desde hace un corto periodo de tiempo, una legislación

en donde se busca brindar parámetros para una evaluación y determinación más completa; así lo podemos apreciar en la Ley N° 30466: “Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño” la cual entró en vigencia el 17 de junio de 2016 compuesta de cinco artículos.

La referida Ley, desde su primer artículo, sostiene que se orienta en el marco de lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, la Observación General Número 14 del Comité y en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes.

Dentro de la misma, en su tercer artículo, establece los parámetros de aplicación del interés superior del niño de la siguiente manera:

Art 3: Para la consideración primordial del interés superior del niño, de conformidad con la Observación General 14, se toman en cuenta los siguientes parámetros:

1. El carácter universal, indivisible, interdependiente e interrelacionado de los derechos del niño.
2. El reconocimiento de los niños como titulares de derechos.
3. La naturaleza y el alcance globales de la Convención sobre los Derechos del Niño.
4. El respeto, la protección y la realización de todos los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño.
5. Los efectos a corto, mediano y largo plazo de las medidas relacionadas con el desarrollo del niño a largo tiempo.

En su cuarto artículo se desarrollan garantías procesales a tener en consideración, entre las más saltantes podemos mencionar: el derecho al niño a expresar su opinión, la participación de profesionales cualificados, la evaluación del impacto de la decisión tomada en consideración a los derechos del niño, etc. Así también, en su quinto y último artículo se enfatiza la obligación que poseen los organismos públicos a fundamentar sus decisiones ya sean de carácter judicial o administrativo debido a la afectación que provocan las mismas en los menores.

Finalmente, podemos apreciar que, si bien la presente Ley posee un reducido número de artículos, éstos encierran los aspectos centrales alrededor del interés superior del niño, los cuales son desarrollados con mayor detalle en su Reglamento, el cual es bastante reciente al ser aprobado el 1 de junio de 2018, con una conformación de cinco títulos y treinta y cuatro artículos, sobre el cual trataremos a continuación.

2.3.2.1. Aplicación del Interés Superior del Niño de acuerdo con el Reglamento de la Ley N° 30466

Con respecto al Reglamento, nos enfocaremos en resaltar la propuesta brindada para el aspecto aplicativo del interés superior del niño, para lo cual en el artículo 7 del Título II, se precisa que debe existir una evaluación y determinación del mismo donde se deben tener presente:

Art 7: (...) considerar de manera conjunta lo siguiente

- a) Los elementos de evaluación pertinentes a los que se hace referencia en los artículos 8 y 9 del presente reglamento.
- b) Seguir un procedimiento que vele por las garantías jurídicas y la aplicación adecuada del derecho.

En vista del artículo citado, desarrollaremos los aspectos centrales de ambos incisos ya que, tanto los parámetros establecidos para el interés superior del niño, como el aspecto procesal, se enlazan para lograr un análisis completo. Dicho esto, partiremos con el desarrollo del inciso a), el cual hace referencia a dos artículos los cuales consideramos poseen gran importancia debido a que encierran una serie de elementos para dos momentos claves como la evaluación y determinación para aplicar el interés superior del niño, a continuación, los explicaremos.

El artículo 8 contiene tres elementos para la evaluación de circunstancias concretas de cada niño, niña y adolescente, los cuales son:

- a. Características de cada niña, niño y adolescente: Hace referencia a todos los aspectos que se pueden tomar en cuenta en la evaluación del menor debido a la influencia que poseen en los mismos, la edad, género, pertenencia a un determinado grupo social u originario, la presencia de alguna discapacidad, así como el contexto social, familiar y cultural al cual se ha visto expuesto.
- b. Identificación de elementos y otros factores concurrentes: Este elemento remarca que existen una serie de circunstancias particulares y específicas en cada caso en concreto, las cuales el operador de justicia deberá identificar y tomar en cuenta, así como los elementos estipulados en el artículo 9.

- c. Ponderación de derechos: Este elemento se obtiene de la precisión de las acciones a tomar en dos situaciones; en la primera, si existen derechos en conflicto en el caso de un menor, se tomará en cuenta la prevalencia de aquellos derechos que garanticen a largo plazo el interés superior del niño y en la segunda situación, al ser un grupo de menores cuyos derechos se vean en conflicto, se aclara que el análisis a realizar será caso por caso para hallar una adecuada solución.

En el artículo 9 se estipulan elementos mínimos a contemplar por parte de las entidades públicas y privadas para la determinación y aplicación del interés superior del niño, los cuales son:

- a. La opinión de la niña, niño y adolescente: Este elemento se enfoca en la participación que puede tener el menor en la determinación de su interés superior si se le brinda la escucha y la importancia a la opinión que aporte. Para lograrlo confluyen una serie de factores que deben asegurar las entidades públicas y privadas, que la opinión se produzca en un plano de igualdad, implementar medidas concretas para una participación de los menores, apoyo de profesionales, etc.
- b. Identidad de la niña, niño y adolescente: Se establece con este elemento el respeto que debe existir por parte de las autoridades hacia la identidad de los menores que comprende elementos como lengua materna, nombre, religión, contexto social, etc. También se precisa que el respeto a esta identidad no justifica que se permitan decisiones o acciones basadas en tradiciones culturales que atenten contra derechos de los niños, niñas o adolescentes.
- c. Preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones familiares: Se expresa en este elemento que los menores poseen derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con sus padres o con las personas a cargo de su cuidado regular, sin embargo, esto podría no darse, si estas vinculaciones afectan al interés superior de los propios menores.

d. Cuidado, protección, desarrollo y seguridad de la niña, niño y adolescente: Se expone que el Estado, la familia y la comunidad deben garantizar vínculos seguros entre los cuidadores y los niños y niñas, así como un entorno saludable para su desarrollo integral. Se recalca que las autoridades y entidades deben garantizar el bienestar de los menores abasteciendo un aspecto material, educativo, emocional, etc. Asimismo, evaluar las condiciones de seguridad a las cuales se encuentran expuestos los menores, para adoptar medidas que garanticen su protección.

e. Situación de vulnerabilidad: Se debe tener en consideración las características y situaciones de vulnerabilidad particulares de cada menor, se debe realizar una evaluación individual y revisiones oportunas por un equipo interdisciplinario.

Por otro lado, y ahora enfocándonos en el inciso b) del art 7, el cual hace referencia al ámbito procesal, podemos decir que éste abarca en el reglamento desde el artículo 11 hasta el artículo 26 en donde se remarca la obligatoriedad de parámetros y garantías procesales, el acceso a la justicia, así como todo un título dedicado al interés superior del niño y procesos específicos como salud y educación. Sin embargo, consideramos relevante detallar la explicación en cuatro aspectos procesales, que desarrollaremos a continuación:

a. Derecho de la niña, niño o adolescente a ser informado/a, escuchado/a, expresar su propia opinión y que ésta sea tomada en consideración para los efectos que la ley le otorga y están contemplados en el artículo 12 inciso 1, del Reglamento, donde se explican estos derechos de la siguiente forma:

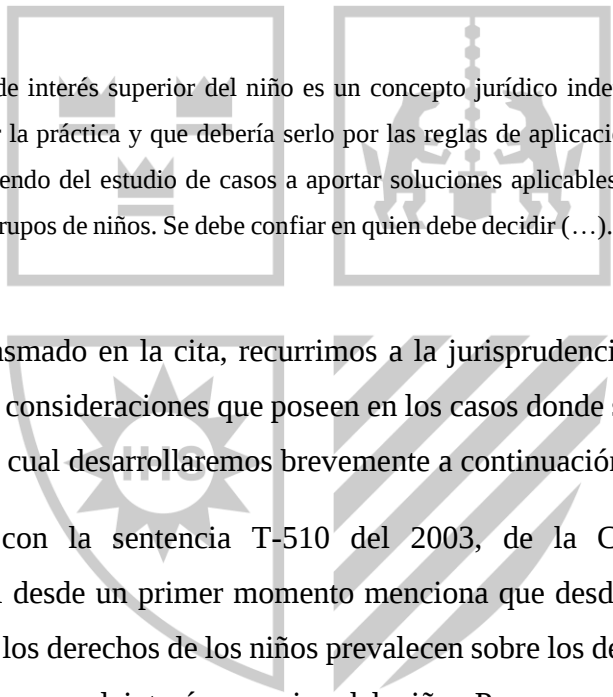
- A ser informado: Se precisa que no basta solo con brindar la información, sino la forma como los operadores de justicia la harán llegar a los menores y cuidadores, información que debe ser clara, precisa y acorde a la edad del menor para su entendimiento, así como la oportunidad en que se solicitará su intervención.

- A la opinión: El menor puede expresar libremente su opinión y excepcionalmente ejercer su derecho mediante un representante, se hace la aclaración que tienen la opción de no expresar opinión alguna si lo consideran pertinente. Dicha opinión se realizará en una audiencia o entrevista privada con presencia de una autoridad o defensor, para asegurar una manifestación libre.
 - A ser escuchado: Se especifica que para el ejercicio de este derecho donde el menor expresa sus opiniones, intereses y necesidad, se requiere de un entorno propicio y personal capacitado que sepa captar lo que el menor manifiesta.
- b. Argumentación de la decisión tomada en la consideración primordial del interés superior del niño: Este aspecto contemplado en el artículo 12, inciso sexto del Reglamento, hace énfasis en lo explícita que debe ser la argumentación por parte de los operadores de justicia, no bastando una afirmación en términos generales, sino que debe existir una argumentación detallada de los elementos que se han considerado pertinentes y, de aplicar otras consideraciones, explicar el motivo de brindarles un mayor peso, para que de esta manera todas las decisiones se encuentren debidamente justificadas.
- c. Mecanismos para examinar o revisar las decisiones concernientes a las niñas, niños y adolescentes: El decimosegundo artículo, inciso siete de Reglamento, considera este aspecto que consiste en el deber de comunicarles a los menores que existen mecanismos para que puedan revisar las decisiones en los procesos en los cuales intervienen, de forma accesible y en un lenguaje acorde a su edad y madurez.
- d. Formas de participación de la niña, niño o adolescente: Este aspecto procesal afirma de manera expresa en el artículo 13 del presente Reglamento, que el Estado posee la obligación de asegurar la participación de niños, niñas y adolescentes en espacios públicos, en formas de organización con el fin que ejerzan su vida democrática.

Para concluir, hemos mencionado los aspectos saltantes de la presente Ley y Reglamento con respecto al interés superior del niño y su ámbito procesal. Si bien podemos apreciar que existe la intención de brindar una guía por medio de elementos para la evaluación y aplicación del interés superior del niño, continúa siendo debatible ya que los operadores de justicia pueden aplicar o imperar su criterio más allá de los parámetros, dejando a los mismos en un plano teórico y orientativo.

2.4. Jurisprudencia con respecto al Interés Superior del Niño

2.4.1. Jurisprudencia internacional



El concepto de interés superior del niño es un concepto jurídico indeterminado, que debe ser precisado por la práctica y que debería serlo por las reglas de aplicación. La jurisprudencia va también partiendo del estudio de casos a aportar soluciones aplicables a otras situaciones o al conjunto de grupos de niños. Se debe confiar en quien debe decidir (...). (Zermatten, 2003, p.11).

Ante lo plasmado en la cita, recurrimos a la jurisprudencia internacional para poder evidenciar las consideraciones que poseen en los casos donde se presenta el interés superior del niño, lo cual desarrollaremos brevemente a continuación:

Iniciamos con la sentencia T-510 del 2003, de la Corte Constitucional Colombiana, la cual desde un primer momento menciona que desde la Constitución ya está establecido que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás y sobre cómo reconocen al interés superior del niño. Para una mayor comprensión, realizan la siguiente especificación:

¿Qué significa que los niños sean titulares de derechos prevalecientes e intereses superiores? La respuesta únicamente se puede dar desde las circunstancias de cada caso y de cada niño en particular. Esta Corte ha sido enfática al aclarar que el interés superior del menor no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre la cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario: el contenido de dicho interés, que es de naturaleza real y relacional, sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que, en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal

Si bien la referida Corte deja en claro su posición de que el interés superior del niño posee contenido, y es necesario analizar cada caso con sus particularidades, no se queda sólo en ese ámbito, lo que realiza es ahondar y desmenuzar ello plasmando en su sentencia T-397 del 2004, cinco criterios que consideran importantes para analizar de mejor manera los casos de niños, niñas y adolescentes en la práctica, los cuales desarrollaremos a continuación:

- a. Garantía del desarrollo integral del menor: Se tiene en consideración lograr un balance entre las distintas dimensiones para el crecimiento y formación de la personalidad de un niño, niña o adolescente; es decir lo emocional, psicológico, intelectual, físico, afectivo, etc., con el respaldo del Estado, la familia y la sociedad.
- b. Garantía del pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor: Consiste en tener en consideración todos los derechos contemplados en su Constitución desde los más elementales como: vida, salud, nombre, integridad física, tener una familia etc., así como también los derechos contenidos en los tratados internacionales ratificados por Colombia, que benefician a la niñez.
- c. Protección del menor frente a riesgos prohibidos: Este criterio expone que ante cualquier situación que pueda vulnerar los derechos de los niños, su integridad o desestabilice su desarrollo, se aplicarán mandatos constitucionales e internacionales para garantizar la protección necesaria, en casos como violencia intrafamiliar, maltratos, explotación laboral, abandono, trata, etc.
- d. Equilibrio entre los derechos de los niños y los de sus parientes, sobre la base de la prevalencia de los derechos del menor: En este punto la Corte Constitucional de Colombia se basa en su propia jurisprudencia para establecer que no debe analizarse de forma aislada la situación del niño, niña o adolescente sino también las responsabilidades y derechos de sus padres, tutores, etc. Sin embargo, recalcan que, si este deseado equilibrio no puede

lograrse y por el contrario existe conflicto en su lugar, la solución será hacer prevalecer lo que más beneficie el interés superior del niño.

- e. Necesidad de evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes del menor involucrado: En este criterio se precisa que tanto las autoridades como los encargados de tomar decisiones que impliquen a niños, niñas y adolescentes, no desmejoren la situación o contexto en que se encuentran, sino por el contrario se buscará su mejoría analizando cada caso en particular.

Por otro lado, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina si bien no brinda criterios, de forma clara redirige la atención en tener en consideración cuál es la finalidad de la aplicación del mencionado interés de la siguiente manera:

Que, dentro de dicho marco, esta Corte Suprema ha sostenido que la atención principal al interés superior del niño apunta a dos finalidades básicas, cuales son la de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor. El principio pues, proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos. De esta manera, frente a un presunto interés del adulto (...), se prioriza el del niño. (Fallos: 328:2870 331:2047).

Así también, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, ofrece en el cuarto punto de su Sentencia N° 12458 un análisis detallado, que resulta interesante, el cual explica lo siguiente:

(...) la superioridad de tal interés no significa indiferencia ante la voluntad del menor, porque en la conformación de tal interés resulta indispensable considerar esa voluntad, cuando ello es posible de acuerdo con el desarrollo psicológico y fisiológico del menor. Ahora bien, como dicho desarrollo no es pleno y varía según la edad, el interés superior debe nutrirse de otros elementos ajenos a los criterios subjetivos de los involucrados (menor, progenitor, Estado), a fin de que la medida que se disponga se caracterice por fundamentarse en argumentos razonables y precisos, intersubjetivamente demostrables. Así las cosas, el interés superior del niño no es patnocéntrico ni egocéntrico sino infocéntrico. Esto implica que las consideraciones a la confianza que debe existir entre los Estados en cuanto a las medidas para proteger a los menores, o las pretensiones de los progenitores respecto de sus derechos para con sus hijos, son cuestiones de segundo orden porque lo que prima son los derechos de las personas menores de edad y el ambiente que mejor ampare sus propios proyectos de vida, acorde a las circunstancias que los rodean.

Finalmente, con este punto hemos podido ver reflejada en la jurisprudencia de algunos países señalados, el contenido e interpretación que se le otorga al interés superior del niño, en algunos casos con más detalles que con otros, pero todos poseen en común la centralidad y primacía del niño, niña o adolescente en cuestión. A continuación, pasaremos a ver nuestra interpretación jurídica nacional al respecto.

2.4.2. Jurisprudencia nacional

El Tribunal Constitucional, en el EXP N° 01665-2014-PHC/TC, establece que el Principio de Interés Superior del Niño es, en realidad el Principio Pro Infante, así lo afirma en su fundamento número 18:

Al mandato de actuación garantista que contiene el principio del interés superior del niño, se suma su condición de norma sobre la interpretación y aplicación de otras normas. Se trata, en este sentido, de una meta norma o una norma secundaria que contiene directrices sobre el modo como deben aplicarse otras disposiciones que alberguen diversos sentidos interpretativos o que entren en colisión entre sí. En su formulación básica, pues, suministra al operador del derecho con una técnica de solución de antinomias, tanto en el nivel de las normas como en el nivel de las disposiciones, **que se caracteriza por estar orientada a privilegiar el goce y ejercicio de los derechos de los menores. Por esa razón, en este ámbito, el interés superior del niño no es otra cosa que el principio pro infante.** (p.8)

Haciendo un paralelo entre el principio pro homine y el principio pro infante, encontraremos que en la interpretación de estos derechos fundamentales se tendrá preferencia una interpretación extensiva de derechos, de tal suerte que permitan no solo su ejercicio, sino la realización de las personas en el marco de su dignidad.

Más claramente, en el fundamento 20, afirma que, ante la contradicción de normas igualmente válidas, en las cuales una de ellas permita o garantice en mayor medida el ejercicio de los derechos del menor, es un imperativo asumir aquella, no quedando esta decisión sujeta a la discrecionalidad del operador.

(...) Su aplicación presupone la concurrencia de dos disposiciones, ambas igualmente válidas — es decir, compatibles con la Constitución—, en la que una de ellas optimiza mejor el goce y ejercicio del derecho del menor, a diferencia de la otra, que la desmejora. Según el principio pro infante, ante un dilema semejante no queda a discrecionalidad escoger la disposición con la que

resolverá el caso, pues en la elección del material normativo, este necesariamente **deberá privilegiar aquella disposición con la cual se optimizará mejor el ejercicio del derecho fundamental del menor.** (p.9)

Complementando lo anterior, en el EXP. N° 04058-2012-PA/TC en su fundamento número 19, se parte de que el interés superior del niño y su protección es un principio de carácter constitucional, lo cual implica velar por los derechos fundamentales del menor, así como por su dignidad donde, de manera literal se precisa, tendría **“fuerza normativa superior”**. El detalle en ese fundamento comprende entender que dicha fuerza no sólo debe tomarse en cuenta en un aspecto de producción de normas, sino también en el ámbito de la interpretación.

Por lo cual, consideramos que la jurisprudencia revisada nos refleja que los operadores de justicia no se encuentran ante un concepto vacío, nuestro Tribunal Constitucional establece ciertos criterios puntuales como el principio pro infante, y el velar por el cumplimiento de derechos fundamentales, lo cual otorga una orientación sobre lo que se busca lograr al aplicar este principio, teniendo como eje central el lograr el bienestar del menor en cuestión.

2.5. Niños en situación de movilidad y la aplicación del Interés Superior del Niño

Si bien en los puntos anteriores se ha analizado desde una óptica conceptual y normativa al interés superior del niño, en la realidad hay muchas situaciones en donde su consideración y aplicación serán cruciales, una de ellas es la de los niños migrantes, quienes abandonan su país solos o acompañados de sus padres o algún familiar añadiendo mayores factores de vulnerabilidad que otros niños.

Ante ello, los autores Abel Saraiba y Carlos Treppani (2019) en un informe especial con temática de infancia migrante expusieron la importancia del ISN al decir que:

En el caso particular de niños y niñas migrantes **resulta lesivo para el ejercicio de sus derechos negar la aplicación del interés superior.** La migración como fenómeno social conlleva consecuencias perjudiciales para el desarrollo de los niños y niñas, que van desde su desvinculación a espacios naturales como la familia, escuela y comunidad hasta su exposición a situaciones de violencia. Por ello, los Estados, al suscribir y ratificar la Convención sobre los

Derechos del Niño, asumen la obligación de proteger a los niños, niñas y adolescentes sin ningún tipo de discriminación ya sea por condiciones propias de niño, niña o adolescentes como la de sus padres o representantes legales. (p.43)

En coincidencia con esa línea de pensamiento se encuentra el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (2017) haciendo énfasis en lo que merecen los niños migrantes y mencionando aspectos de la realidad a la que se ven expuestos:

Sin importar su condición jurídica, su nacionalidad o la falta de esta, todos tienen derecho a estar protegidos contra los daños; a acceder a servicios esenciales como salud y educación; a estar con sus familias; **y a que su interés superior oriente las decisiones que los afectan**. No obstante, en la práctica, los niños y niñas en tránsito suelen sufrir la violación de sus derechos debido a su condición de migrantes. El trato que se da a niñas y niños en tránsito varía mucho de un país a otro, y la responsabilidad de prestarles asistencia con frecuencia recae en los países más pobres. (p.3)

Dicho esto, como bien se mencionó, los Estados deben ser actores que intervengan en pro de los derechos de los niños migrantes que se encuentran en su territorio ya que deben ser considerados como niños que son, por ello la organización no gubernamental Save The Children (2019) expresa que, durante procesos de inmigración o asilo, y la determinación de su interés superior, los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a lo siguiente:

- Que se les acerque a las autoridades encargadas de la protección de sus derechos.
- Ser notificados sobre las decisiones respecto a sus pedidos de inmigración y asilo.
- Tener el apoyo de profesionales que sepan comunicarse adecuadamente con ellos.
- Ser oídos y participar en todas las fases de los procedimientos.
- Recibir apoyo y protección de las autoridades que representan a su país de origen.
- Asistencia jurídica e información oportuna. (p. 36)

Todo lo mencionado ha de ser considerado y plasmado en los lineamientos y sistema migratorio estatal, en concordancia con la Opinión Consultiva 21 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 19 de agosto de 2014:

En el contexto de la migración, cualquier política migratoria respetuosa de los derechos humanos, así como toda decisión administrativa o judicial relativa tanto a la entrada, permanencia o expulsión de una niña o de un niño, como a la detención, expulsión o deportación de sus progenitores asociada a su propia situación migratoria, debe evaluar, determinar, considerar y proteger de forma primordial el interés superior de la niña o del niño afectado. (p.26)

A manera de cierre del capítulo, podemos ver que el interés superior del niño a un nivel conceptual puede ser considerado como algo poco concreto, pero cabe resaltar lo ya mencionado: no estamos ante un concepto vacío, posee elementos y parámetros que han sido aportados para poder mejorar la evaluación y determinación del interés superior del niño.

Sin embargo, a pesar de los esfuerzos por parte del Comité sobre los Derechos del Niño, la normativa nacional y la jurisprudencia internacional de concretar la aplicación del ISN en casos específicos, sin embargo, justamente en los mismos, tanto por parte de los operadores de las diversas instituciones, como los operadores de justicia aún existen vacíos de cómo entender este principio en la realidad, uno de los ámbitos donde se da dicha problemática en cuanto a la aplicación, es en el fenómeno migratorio, donde si bien se han ido brindando precisiones, en la práctica aún no se da una adecuada aplicación, por lo que se hace muy importante en un contexto de movilidad analizar cómo ello se está dando.

Dicho esto, los puntos presentados serán importantes a tener en consideración debido a que existirá vinculación con el siguiente capítulo ya que ahondaremos más en la problemática de niños, niñas y adolescentes migrantes, pero específicamente de aquellos que se encuentran en una situación administrativa irregular, todo ello a continuación.

CAPÍTULO III: INSTRUMENTOS LEGALES Y ESTÁNDARES INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS DE LA NIÑEZ MIGRANTE

La diferenciación de los niños en migrantes o no migrantes, o dentro de esta categoría, en subcategorías como regularizados o no regularizados, trae aparejada la vulneración de derechos humanos básicos como el derecho a la educación y a la salud. (Liwski, N.I, 2008, p. 3)

Estas líneas introductorias nos reflejan que muchas veces se pierde de vista lo que explica la autora Elisa Ortega (2014): “los niños migrantes irregulares son uno de los grupos más vulnerables. De hecho, son triplemente vulnerables como niños, como migrantes y como personas en situación irregular” (p.193). Sumado a ello, es necesario señalar que ante el afán de velar por la seguridad nacional o un orden administrativo son omitidos los derechos de la infancia.

Ante dicha situación, lo primero que se debe evidenciar es que si tratamos con un niño migrante estamos frente a un “sujeto de derecho” protegido bajo todo un marco de protección jurídica, tal como lo desarrollamos en nuestro primer capítulo. Así también, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva 18/03 señaló lo siguiente:

Lo importante es que al tomar las medidas que correspondan los Estados respeten sus derechos humanos y garanticen su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa. (p.113)

Existen diversas declaraciones, pactos, protocolos y convenciones de nivel internacional suscritos y ratificados por los Estados que brindan estándares, los cuales pueden vincularse con la infancia desde lo general a lo específico. En el caso de nuestro país al ser parte firmante de los mismos en el sistema universal e interamericano de protección de derechos humanos, nuestra Constitución Política remarca la obligación que contraemos en el **artículo 55** al señalar que “los tratados celebrados por el Estado y en vigor forma parte del derecho nacional”.

De esta manera, la finalidad del capítulo es dar a conocer de una forma más detallada en primer lugar cuáles son los instrumentos jurídicos internacionales que ha ratificado nuestro país que pueden vincularse a la niñez migrante y sus derechos (con especial énfasis a la salud y educación), sumando a ello la presentación de instrumentos jurídicos nacionales relacionados al tema. Por otro lado, en los puntos siguientes nos enfocaremos en los derechos tanto salud y educación a fin de abordar sus principios y estándares.

A continuación, partiremos con el desarrollo de los instrumentos y estándares generales.

3.1. Instrumentos legales

En este apartado se propone un marco jurídico sobre la niñez migrante y la protección de los derechos básicos tales como la salud y la educación. Sin embargo, al no existir un marco jurídico específico respecto a la infancia migrante como tal, se ha dialogado con instrumentos tanto internacionales y nacionales e identificado estándares que protegen a la niñez y a toda persona migrante en un sentido amplio.

3.1.1. Instrumentos legales internacionales y nacionales con enfoque en la niñez

Primero, presentaremos a los instrumentos internacionales, los cuales son: Declaración de Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Eliminación Racial, Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, Convención Internacional sobre la protección de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares y la Convención sobre el derecho de los Niños, sumado a ellos una Observación General y Opinión Consultiva. Así también instrumentos nacionales tales como el Código de Niños y Adolescentes y la Ley de Migraciones, todo lo mencionado de una forma sintetizada en la siguiente Tabla (Tabla 4):

Tabla 4
Instrumentos Legales Internacionales y Nacionales con enfoque en la niñez

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Instrumento Legal	Reseña	Ratificación del Perú	Mención a la Niñez
Declaración Universal de los Derechos Humanos	Suscrita y proclamada en París, Francia, Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución N° 217 A (III), 10 de diciembre de 1948. Número de artículos: 34	Aprobada con Resolución Legislativa N° 13282, publicada el 24 de diciembre de 1959.	Art. 25, inc. 2: La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas con Resolución N° 2200 A (XXI), 16 de diciembre de 1966. Vigente del 3 de enero de 1976, de conformidad con su Artículo 27°. Número de artículos: 31	Suscrito el 11 de agosto de 1977, aprobado con Decreto Ley N° 22129, publicado 29 de marzo de 1978. Instrumento de adhesión del 12 de abril de 1978, depositado el 28 de abril de 1978, aceptado como ratificación por las Naciones Unidas. Vigente desde el 28 de julio de 1978.	Art. 10, inciso 3: Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social (...).
Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre	Aprobada en Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948. Número de artículos: 38	En Novena Conferencia Internacional Americana junto a 20 Estados el Perú firma la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.	Art. 7: Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales.
Convención Internacional sobre la Protección de todos los Trabajadores y sus Familiares	Aprobada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución N° 45/158, 18 de diciembre de 1990, Nueva York, USA. Número de artículos: 93	Suscrita el 22 de septiembre de 2004, aprobada con Resolución Legislativa N° 28602, publicada 13 de septiembre de 2005, ratificada por Decreto Supremo N° 071-2005-RE, 13 de septiembre de 2005.	Si bien no hay un artículo que hable específicamente de la niñez; se hace una referencia al incluirlos en el grupo de “hijos” quienes vendrían a ser incluidos en la protección junto a los trabajadores migrantes.

Convención sobre los Derechos del Niño	Abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas con Resolución N° 44/25, 20 de noviembre de 1989. Vigente del 2 de septiembre de 1990, de conformidad con su Artículo 49°. Número de artículos: 54	Suscrita el 26 de enero de 1990, aprobada con Resolución Legislativa N° 25278, publicada el 4 de agosto de 1990. El instrumento de ratificación del 14 de agosto de 1990, depositado el 4 de septiembre de 1990. Vigente desde el 4 de octubre de 1990.	Art 2: Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.
--	---	---	---

INSTRUMENTOS LEGALES COMPLEMENTARIOS EN INFANCIA

Instrumento Legal	Reseña	Mención a la Niñez
Observación General N° 6: Trato de los Menores No Acompañados y Separados de su Familia fuera de su País de Origen	Elaborada por el Comité de los Derechos del Niño el 1 de septiembre de 2005, su objetivo es evidenciar la problemática de niños migrantes y de los Estados para lograr que estos infantes consigan goce de sus derechos. Aborda 8 temas, 100 párrafos en 24 hojas. Si bien no posee obligatoriedad, es un instrumento de relevancia que alude al país al ser un Estado firmante de la Convención de Derechos sobre el Niño ya que el Comité expone las obligaciones de los Estados, así como una realidad que requiere atención.	9. Se entiende por niño, a los efectos del artículo 1 de la Convención, 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.
Opinión Consultiva OC 21-2014: Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de Migración y/o Necesidad de Protección Internacional	Elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 19 de agosto de 2014 con el objetivo de absolver interrogantes planteadas por Estados, en este caso de Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay. Extensión del documento: 110 páginas. A pesar de carecer de obligatoriedad, cumple el rol de convertirse en un importante precedente que permite por medio de la interpretación jurídica de la Corte consolidar las obligaciones de los Estados hacia la temática requerida.	28. (...) la Corte considera de importancia trascendental establecer con mayor precisión los derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración, es decir de aquellas niñas y niños migrantes y/o en necesidad de protección internacional, así como de hijas e hijos de migrantes. Esto conllevará a la determinación de los principios y obligaciones concretas que los Estados deben cumplir en materia de derechos humanos de las niñas y niños a fin de adoptar las medidas de protección integral que resulten adecuadas y pertinentes en cada situación.

INSTRUMENTOS LEGALES NACIONALES

Instrumento Legal	Reseña	Promulgación y/o Publicación
Código de Niños, Niñas y Adolescentes Ley 27337	Es un instrumento que posee 252 artículos abarcando en cuatro libros diversos campos con enfoque exclusivo en la infancia.	Promulgado en el 21 de julio del 2000. Publicado el 7 de agosto del 2000.

Ley de Migraciones D.L. N° 1350 y su Reglamento	Con la presente norma se busca brindar un marco legal al tema de migratorio del Perú abarcando diversos puntos (en los cuales también se considera a la niñez) el Decreto Legislativo cuenta con 66 artículos. Su reglamento al desarrollar de forma más detallada cada punto se compone de 230 artículos	DL 1350 publicado el 7 de enero de 2017 en el Diario Oficial El Peruano. Su reglamento publicado por medio del Decreto Supremo N° 007-2017-IN el 27 de marzo de 2017.
---	---	---

Fuente: Elaboración propia

Ante lo planteado en la Tabla 4, resaltamos que existe un amplio número de instrumentos legales a nivel internacional que, aun no tratando específicamente los derechos de la niñez, hacen una referencia a ello. Este hecho, nos permite observar en primera instancia la importancia que posee esta población, y la protección especial a sus derechos.

Ahora bien, siendo más específicos en el análisis, notamos una similitud en el enfoque de ambas Declaraciones tanto la “Universal de Derechos Humanos” como la de “Derechos y Deberes del Hombre”, enunciando la protección de la niñez acompañado siempre de la maternidad, o como parte del grupo familiar siendo referidos como “hijos” en la Convención de trabajadores migratorios.

En cambio, en el Pacto de Derechos Económicos y Sociales notamos en su redacción el uso de los términos “niños” y la inclusión de “adolescentes”, haciendo énfasis en la necesidad de protección, si bien sólo en los ámbitos justamente de carácter económicos y sociales, se encuentra un poco más encaminado hacia la visión de la Convención de los Derechos del Niño donde como sabemos es el reconocimiento absoluto del niño como sujeto de derecho y lo saltante es que en este instrumento hace énfasis en la participación y obligaciones de los Estados hacia la niñez.

Asimismo, mencionamos un par de instrumentos complementarios ya que tanto una Opinión Consultiva como una Observación General son interpretaciones o comentarios recogidos de importantes órganos jurídicos sin poseer carácter vinculante; sin embargo son valiosas guías y directrices; como en este caso que en ambas a diferencia de los demás instrumentos de forma específica abordan la situación de la infancia migrante apelando a los Estados al respeto de sus derechos humanos y garantizar protección a pesar de una condición legal migratoria.

Finalmente, los instrumentos normativos nacionales reconocen a los niños como sujeto de derechos tal cual es mencionado en la Convención y en la legislación migratoria peruana se les reconoce como grupo vulnerable para la protección de sus derechos, y justamente para que ello pueda darse se requiere seguir determinados estándares en favor de la misma infancia, los cuales de forma más detallada desarrollaremos en el siguiente punto.

3.2. Estándares de la niñez

3.2.1. Principio de Igualdad y No Discriminación

Iniciamos con uno de los principios más transversales y relevantes como bien señala el autor Edward Jesús Pérez (2016): “Todo el sistema de protección de derechos humanos se fundamenta en la igualdad y no discriminación: las personas justamente por su condición de ser personas, sin distinción, cuentan con los mismos derechos humanos” (p. 13).

Dicho esto, para conceptualizar de una manera más detallada, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019) refiere:

La Comisión ha destacado las distintas concepciones del derecho a la igualdad y la no discriminación. Una concepción se relaciona a la prohibición de diferencia de trato arbitraria – entendiendo por diferencia de trato toda distinción, exclusión, restricción o preferencia – y otra es la relacionada con la obligación de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos y se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados. (CIDH, 2019, párr. 7)

Así también, la propia Comisión mencionada no es ajena a reconocer que los niños, niñas y adolescentes se ven expuestos a escenarios de discriminación dejando sentado en su Informe OEA/SER.L/V/II del 11 de noviembre de 2015 lo siguiente:

Así mismo, la Comisión también se ha referido a la estigmatización de determinados grupos de niños y adolescentes en base a su condición socioeconómica, su origen étnico, situaciones de vulnerabilidad en las que éstos puedan encontrarse, y visiones estereotipadas y subjetivas asociadas a su apariencia o comportamiento, entre otros aspectos. Estos niños, niñas y adolescentes están mucho más expuestos a sufrir diversas formas de violencia y a ver sus

derechos vulnerados, ya sea por parte de particulares o del propio Estado y sus agentes. (CIDH, 2015, párrafo 123)

Cabe precisar, que dentro de todo lo señalado, quien juega un papel crucial para lograr una aplicación efectiva del principio en cuestión es el Estado y para ello la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva del 24 de noviembre de 2017 hace gran énfasis en su papel:

61. (...) Los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto. La jurisprudencia de la Corte también ha indicado que, en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico. (p. 32).

Al respecto, siendo este principio de carácter imperativo ningún Estado puede ser ajeno a ello, siendo respaldado por instrumentos normativos internacionales y propios de carácter interno de cada Estado, como podremos apreciar en la siguiente Tabla:

Tabla 5
El principio de igualdad y no discriminación: instrumentos normativos

Instrumento Legal	Legislación
Declaración Universal de Derechos Humanos	Art.7: Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	Art.3: Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto.
Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre	Art.2: Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna.
Convención Internacional sobre Eliminación de Todas las Formas de	Art.2: Los Estados partes condenan la discriminación racial y se comprometen a seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a promover el entendimiento entre todas las razas (...) Art 5 inciso a):

Discriminación Racial	a) El derecho a la igualdad de tratamiento en los tribunales y todos los demás órganos que administran justicia (...)
Convención Internacional Sobre Protección de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares	Art.7: Los Estados Partes se comprometerán, de conformidad con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, a respetar y asegurar a todos los trabajadores migratorios y sus familiares que se hallen dentro de su territorio o sometidos a su jurisdicción los derechos previstos en la presente Convención, sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición.
Convención sobre los Derechos del Niño	Art.2: 1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. 2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares
Código de Niños, Niñas y Adolescentes, normativa nacional peruana	Art.3: Igualdad de oportunidades. Para la interpretación y aplicación de este Código se deberá considerar la igualdad de oportunidades y la no discriminación a que tiene derecho todo niño y adolescente sin distinción de sexo.
Decreto Legislativo de Migraciones 1350, normativa nacional peruana	Artículo.8: Principio de no discriminación El Estado promueve la abolición de todo tipo discriminación y la eliminación de todo tipo de prejuicio en materia migratoria y rechaza de manera especial la xenofobia y el racismo

Fuente: Elaboración propia

Se aprecia en la Tabla 5, tanto en la Declaración Universal de Derechos Humanos como en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, que los artículos inician de la misma manera remarcando como idea central la igualdad de toda persona ante la ley, con la salvedad que en la segunda Declaración especifica algunos aspectos sobre los cuales no se hará distinción; a lo cual en las Convenciones de Trabajadores Migratorios y sobre Derechos del Niño suman más variantes en los que para este tema destacan: “el origen nacional, étnico o social, nacionalidad”.

Por otro lado, la legislación nacional en el Código de Niños, Niñas y Adolescentes posee un enfoque distinto con una orientación a lograr una realidad “equitativa” al abordar la igualdad de oportunidades. Además, cabe resaltar especialmente que en la normativa migratoria de manera expresa muestra como postura el rechazo a la xenofobia, una realidad que es bueno sea evidenciada.

Dicho esto, para concluir con este punto apreciamos que los instrumentos jurídicos de los más relevantes en el sistema universal incluyen este estándar, si bien cada uno con su propio enfoque, la esencia es común en todos y su finalidad evidenciar la responsabilidad y rol que debe asumir cada Estado para promover la ansiada “igualdad” y prevenir la aún existente discriminación.

3.2.2. Derecho de Acceso a la Justicia

Este derecho se vincula estrechamente con el anterior al ser todos iguales ante la ley, desencadena el poder acudir justamente al sistema jurídico que establece las normas y se encarga de administrar justicia. Aclaran y exponen Birgin y Gherardi (2012):

El acceso a la justicia comprende el derecho a reclamar por medio de los mecanismos institucionales existentes en una comunidad, la protección de un derecho. Esto implica el acceso a las instituciones administrativas y judiciales competentes para resolver las cuestiones que se presentan en la vida cotidiana de las personas. (p. 14)

Ahondando un poco más, autores muy entendidos en el tema como Cappeletti y Garth (1996) identificaron que este derecho posee dos propósitos fundamentales: el primero lograr que el sistema de justicia sea cercano y se encuentre al servicio de la sociedad para que cada persona como sujeto de derecho pueda acceder a ella, y segundo garantizar resultados justos tanto en casos individuales como colectivos lo que implica que exista un debido proceso, que no existan preferencias de ningún tipo, no obstrucciones en el sistema, etc.

Sin embargo, en la realidad, sabemos que las personas con carencias económicas o pertenecientes a grupos sociales vulnerables presentan muchas dificultades para ser atendidos dentro del sistema. En ese sentido, ¿nos hemos puesto a pensar si los NNAS presentan dificultades en el ejercicio del mencionado derecho?, ante lo cual las autoras

Rodríguez, Román y Escorial (2012) en una publicación de Save The Children expresan lo siguiente:

Los niños y las niñas necesitan acudir o se enfrentan al sistema de justicia por diferentes razones y circunstancias personales y legales. El acceso a la justicia de los niños y las niñas debería constituir siempre una garantía para el respeto y la realización de sus derechos. Sin embargo, demasiado a menudo en su relación con los sistemas judiciales, niños y niñas experimentan situaciones de desprotección en gran parte debido al desconocimiento de los derechos de la infancia por parte de los operadores jurídicos, así como a la falta de recursos especializados y adecuados para dar respuesta a situaciones judiciales en las que intervienen niños, ya sea en condición de víctimas o testigos de un delito, como infractores de la ley, en casos de crisis matrimoniales o de desamparo o con respecto a las leyes de extranjería, entre otras situaciones. (p. 15)

Respaldando ello en el Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos del 16 de diciembre del 2013 (A/HRC/25/35), se desarrolla en su tercer apartado los obstáculos al acceso de los niños a la justicia de una forma concisa y real; realizando una importante precisión y es que existen dentro de la infancia niños con mayor vulnerabilidad entre los cuales se considera a los NNAS migrantes; todo ello en las siguientes líneas:

La complejidad de los sistemas de justicia hace que sean difíciles de entender para los niños. Con frecuencia los niños desconocen sus derechos y la existencia de servicios, y carecen de información sobre los lugares a los que pueden acudir o las personas a las que pueden llamar para recibir asesoramiento y asistencia. Además, la legislación y los procedimientos relativos al trato y la participación de los niños en los procesos, ya sean penales, administrativos o civiles, no suelen estar adaptados a sus derechos y necesidades y pueden incluso discriminarlos en razón de su edad y género.

Mientras que las dificultades mencionadas afectan a muchos niños, algunos grupos tropiezan con obstáculos adicionales para acceder a la justicia; entre ellos figuran (...) los niños en situaciones de conflicto y los niños solicitantes de asilo y migrantes. Estos menores suelen verse expuestos a múltiples formas de estigmatización y discriminación, por motivos de sexo, discapacidad, raza, etnia, color, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición. (A/HRC/25/35; 2013, párrafos 14 y 17).

En vista de la cita, queremos destacar su énfasis en remarcar diferentes aspectos: por un lado, los afectados, “los niños”, quienes no dejan de serlo y al carecer de un grado

de madurez no comprenden los diversos procesos que hasta para un adulto resultan complejos y sumado a características que puedan poseer se ven expuestos a sufrir discriminación. Por otro lado, se evidencia que los actores dentro del sistema del Estado en diversos niveles no amoldan los procedimientos para que la niñez pueda recurrir a ellos como toda persona y ciudadanos que son; ya que jurídicamente se establece lo siguiente:

Tabla 6
Legislación sobre Derecho de acceso a la justicia

Instrumento Legal	Legislación
Declaración Universal de Derechos Humanos	Art.8: Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.
Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre	Art. 18: Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo, debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.
Convención Internacional sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial	Art.6: Los Estados partes asegurarán a todas las personas que se hallen bajo su jurisdicción, protección y recursos efectivos, ante los tribunales nacionales competentes y otras instituciones del Estado, contra todo acto de discriminación racial que, contraviniendo la presente Convención, viole sus derechos humanos y libertades fundamentales, así como el derecho a pedir a esos tribunales satisfacción o reparación justa y adecuada por todo daño de que puedan ser víctimas como consecuencia de tal discriminación.
Convención Internacional Sobre Protección de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares	Art.18: 1. Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán iguales derechos que los nacionales del Estado de que se trate ante los tribunales y las cortes de justicia. Tendrán derecho a ser oídos públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ellos o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. 2. Todo trabajador migratorio o familiar suyo acusado de un delito tendrá derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley. 3. Durante el proceso, todo trabajador migratorio o familiar suyo acusado de un delito tendrá derecho a (...) garantías mínimas (...).
Convención sobre los Derechos del Niño	Art 37: d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.
Código de Niños, Niñas y Adolescentes, normativa nacional peruana	Título Preliminar, Art. 10: El Estado garantiza un sistema de administración de justicia especializada para los niños y adolescentes. Los casos sujetos a resolución judicial o administrativa en los que estén involucrados niños o adolescentes serán tratados como problemas humanos.
Reglamento del Decreto Legislativo de Migraciones 1350, normativa nacional peruana	Artículo. 9: 9.1. El Poder Judicial y el Ministerio Público garantizan a la persona extranjera el acceso a los servicios de justicia, sin discriminación por motivo de su situación migratoria. 9.2. La Policía Nacional del Perú se encuentra en la obligación de recibir la denuncia que efectúe cualquier persona extranjera, disponiendo medidas de

protección especial para casos de personas extranjeras que se encuentren en situación de vulnerabilidad.

9.3. El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos establece las medidas para garantizar a la persona extranjera el acceso a los servicios de defensa pública conforme a las normas de la materia.

Fuente: Elaboración propia

Frente a la Tabla 6 presentada, evidenciamos que en la mayoría de los instrumentos jurídicos citados no existe la consideración del derecho de acceso a la justicia en la infancia de manera particular, y en los instrumentos que sí los abordan de manera específica tanto en la Convención de Derechos del Niño y el Código de Niños, Niñas y Adolescentes en la normativa peruana poseen un enfoque que abarca solo al sector de la infancia infractora.

Sin embargo, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre brinda en dos palabras características importantes que se requieren en un proceso, las cuales son “sencillo” y “breve”, aspectos que para la infancia serían de mucha ayuda si se pone en práctica ya que, si bien de forma teórica y con reconocimiento jurídico “todas las personas pueden acceder a la justicia”, pasa desapercibido las barreras y dificultades de poblaciones vulnerables como la niñez.

3.2.3. Derecho a Expresar su Opinión libremente y ser Escuchado

Este derecho en primer lugar, implica una vinculación clave a la “participación” como bien se encuentra señalado en el artículo 12 de la Convención, sobre ello justamente Cecilio Adorna (1998) detalla que “la participación no es sólo un principio fundamental de la Convención sobre los Derechos del Niño, sino también una condición sine qua non para el fortalecimiento y legitimación de toda democracia. Y toda democracia, para dejar de ser simbólica, tiene que dejarse permear por la opinión y expresión.” (p.7).

Acotando a la cita en cuestión direccionándolo a la niñez la autora Anabella J. Del Moral Ferrer (2007) expone que “dentro del amplio espectro de posibilidades que presenta la participación como fenómeno de múltiples facetas, el derecho a opinar, se concibe como la vía a la cual todo niño debe tener acceso para que los adultos conozcan de diferentes maneras su interior a un pequeño individuo capaz de pensar y de actuar para producir cambios favorables en su entorno.” (p. 74-75).

Por otro lado, para ahondar sobre el derecho expuesto se encuentra como fuente la Observación General N° 12 del año 2009 donde el Comité de Derechos del Niño precisa que:

El niño tiene el derecho de expresar su opinión libremente. Libremente significa que el niño puede expresar sus opiniones sin presión y puede escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado. Libremente significa también que el niño no puede ser manipulado ni estar sujeto a una influencia o presión indebidas. Libremente es además una noción intrínsecamente ligada a la perspectiva propia del niño: el niño tiene el derecho a expresar sus propias opiniones y no las opiniones de los demás. (CDN, 2009, apartado 22).

Dentro de dicha Observación, se realiza un importante aporte brindando un análisis amplio del artículo 12 de la Convención, con un enfoque incluyente a grupos más vulnerables dentro de la niñez:

La práctica de la aplicación del artículo se refiere a una amplia gama de asuntos, como la salud, la economía, la educación o el medio ambiente, que son de interés no solamente para el niño como individuo sino también para grupos de niños y para los niños en general. Por consiguiente, el Comité siempre ha interpretado la participación de manera amplia para establecer procedimientos no solo para niños considerados individualmente y grupos de niños claramente definidos, sino también para grupos de niños, como los niños indígenas, los niños con discapacidades o los niños en general, que resultan afectados directa o indirectamente por las condiciones sociales, económicas o culturales de la vida en su sociedad. (CDN, apartado 87).

A la luz de la cita, identificamos que dentro del grupo de niños “afectados” se encontrarían los niños, niñas y adolescentes migrantes venezolanos quienes por una mezcla de factores como su realidad política, carencias económicas, inseguridad, etc, se han visto obligados a ser parte de una realidad distinta, en la cual por su condición migratoria, documentación o “falta de”, irregularidad de sus propios padres pueden verse implicados en procedimientos administrativos, en los que por derecho podrían ser partícipes opinando y siendo oídos.

Al respecto veamos qué nos exponen los instrumentos normativos en la siguiente Tabla (Tabla 7):

Tabla 7
Derecho a expresar su opinión libremente y ser oído: instrumentos normativos

Instrumento Legal	Legislación
Declaración Universal de Derechos Humanos	Art.19: Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión (...).
Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre	Art.4: Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión, y de expresión (...).
Convención Internacional Sobre Protección de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares	Art.13: 1. El derecho de opinión de los trabajadores migratorios y sus familiares no será objeto de injerencia alguna.
Convención sobre los Derechos del Niño	Art.12: 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.
Código de Niños, Niñas y Adolescentes, normativa nacional peruana	Art.9: El niño y el adolescente que estuvieren en condiciones de formarse sus propios juicios tendrán derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que les afecten y por los medios que elijan, incluida la objeción de conciencia, y a que se tenga en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez.

Fuente: Elaboración propia

Apreciamos cómo en la mayor parte de instrumentos, en especial los de ámbito internacional se expone de una forma genérica sin mayor desarrollo el derecho a la opinión y expresión; es eminentemente un reconocimiento del derecho en sí.

Contrastando ello, se encuentra la excepción con la “Convención sobre los derechos del Niño” que aporta al derecho de opinar que será de manera libre, así como también es el único que de forma expresa desarrolla el derecho a ser escuchado.

Finalmente, en el ámbito nacional solo se hace referencia al derecho de expresarse de los niños en el Código de Niños, Niñas y Adolescentes, pero precisa la importancia de la edad y madurez para considerar la opinión brindada; lo cual nos refleja que este derecho posee más elementos y aspectos a considerar para la infancia y aún más para la migrante.

3.2.4. El principio a la No Devolución

A diferencia de los estándares anteriores, este es uno que calza especialmente con la población migrante y hasta podríamos señalar que puntualmente se le asocia en mayor medida a la población de “refugiados o solicitantes de refugio”. Sin embargo, consideramos puede ser utilizado en favor de la niñez migrante ya que de forma extensiva se verían incluidos en el **numeral 8 del art. 22** de la Convención Americana de Derechos Humanos que señala:

En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.

Hay coincidencia plena con la Corte Interamericana de Derechos Humanos CIDH en el Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia, Sentencia de 25 de noviembre de 2013, Serie C N° 272; se remarca que la aplicación del mencionado principio debe darse independientemente del status migratorio que la persona migrante pueda tener, ya que la esencia es garantizar su protección en integridad; lo manifiesta así:

(...) En el sistema interamericano se ha llegado a reconocer el derecho de cualquier persona extranjera, y no solamente a los asilados o refugiados, a la no devolución indebida cuando su vida, integridad y/o libertad (e incluso formas del derecho al debido proceso) estén en riesgo de violación, sin importar su estatuto legal o condición migratoria en el país en que se encuentra. En consecuencia, cuando un extranjero alegue ante un Estado un riesgo en caso de devolución, las autoridades competentes de ese Estado deberán, al menos, entrevistar a la persona y realizar una evaluación previa o preliminar, a efectos de determinar si existe o no ese riesgo en caso de expulsión, lo cual implica respetar las garantías mínimas referidas. (CIDH, 2013, Serie C N° 272, p.4).

Por otro lado, enfocándonos solo en la infancia, este tema saca a luz la problemática de niños migrantes no acompañados o separados de su familia en riesgo de ser expulsados del país en el que debería ser de “acogida”; ante ello el Comité de los Derechos del Niño recalca el papel que juegan los Estados en el respeto de derechos fundamentales y a la Convención de 1951 sobre los refugiados manifestando lo siguiente:

Asimismo, en cumplimiento de las obligaciones resultantes de la Convención, los Estados no trasladarán al menor a un país en el que haya motivos racionales para pensar que existe un peligro

real de daño irreparable para el menor, por ejemplo, pero no sólo, del tipo de los contemplados en los artículos 6 y 37 de la Convención, sea en el país hacia el que se efectuará el traslado, sea a todo país al que el menor pueda ser ulteriormente trasladado. (....)

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. (CDN, 2005, Observación General 6, párr. 27).

Todo lo expuesto, cuenta con una base jurídica que, aunque no es cuantiosa amerita ser visibilizada. A continuación la presentamos:

Tabla 8
Principio de No Devolución

Instrumento Legal	Reseña	Ratificación del Perú	Mención a la Niñez
Convención Americana sobre Derechos Humanos	Pactada en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969. Entra en vigor el 18 de julio de 1978, de acuerdo a su Artículo 74.2 de la Convención.	Suscrita el 27 de julio de 1977, aprobada por D.L N° 22231, publicado el 12 de julio de 1978. Ratificada por la Décimo Sexta Disposición General y Transitoria de la Constitución Política de 1979.	Art 22. Inciso 8: 8. En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.
Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes	Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución N° 39/46, 10 de diciembre de 1984. Vigente del 26 de junio de 1987, de conformidad con su Art. 27°	Suscrita el 29 de mayo de 1985, aprobada por Resolución Legislativa N° 24815, publicada el 25 de mayo de 1988.	Art. 3. Inciso 1: Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura.
Convención sobre el Estatuto de Refugiados	Adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas, ONU. Vigente: 22 de abril de 1954, de conformidad con el Art. 43 Serie	Suscrita el 21 de diciembre de 1964.	Art 33. Inciso 1: Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas (...).

	Tratados de Naciones Unidas, N° 2545, Vol. 189, p. 137.
Reglamento del Decreto Legislativo de Migraciones 1350	Si bien no hay un artículo que haga desarrollo del principio, este es mencionado en un solo artículo en el compendio normativo de la siguiente manera: En el ejercicio del control migratorio, MIGRACIONES podrá efectuar las siguientes acciones: a) Admitir o impedir el ingreso o salida del territorio nacional, según las disposiciones contenidas en la normativa vigente, debiendo respetarse el Principio de No Devolución y no rechazo en frontera (...).
Ley del Refugiado 27891	Art 5, inciso 1 5.1 Toda persona que invoque la condición de refugiado, puede ingresar a territorio nacional, no pudiendo ser rechazada, devuelta, expulsada, extraditada o sujeta a medida alguna que pueda significar su retorno al país donde su vida, integridad o su libertad estén amenazadas por las razones señaladas en el Artículo 3 de la presente Ley.

Fuente: Elaboración propia

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos se desarrolla la idea central de la no devolución con énfasis en la protección al derecho a la vida y libertad personal y en presentar diferentes riesgos a los cuales el extranjero puede estar expuesto, en comparación de las convenciones mencionadas en el cuadro donde lo más saltante que remarcen es el papel del Estado.

Cabe resaltar, que tanto en la “Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” y la “Convención sobre el Estatuto de los refugiados” utilizan los términos “estados partes” “estados contratantes” apelando a lo vinculante y exigible que son las acciones de los países que conforman las convenciones, siendo responsables de los extranjeros que lleguen a sus territorios. Ante ello, el Perú como país firmante dentro de un artículo de su reglamento menciona el respeto de la normativa al principio de “no devolución”.

Para cerrar, como se explicó al inicio, este principio merece ser respetado no solo para la protección de niños solicitantes de refugio o refugiados; sino que debe ser extensiva con NNAS migrantes sin importar sus condiciones ya que aquí debe preponderarse el ya desarrollado “interés superior del niño”. Sin embargo, en nuestra legislación migratoria peruana podrían hacerse mejoras y esfuerzos para brindar un mayor desarrollo e importancia al principio en cuestión.

3.2.5. El Derecho a la Vida

Por último, desarrollaremos este derecho el cual es la base sólida para que los anteriores puedan darse: el derecho a la vida, aquel que se encuentra tipificado en el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos expresando que: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”, entre otras definiciones similares en diversos instrumentos jurídicos.

Sin embargo, queremos enfatizar que este derecho no solo hace referencia a la facultad de “existir” en esta tierra, sino que un elemento clave es que poseemos dignidad ya que como bien es precisado en una publicación del Instituto para la Investigación Educativa y el Desarrollo Pedagógico, IDEP de Bogotá y la Universidad Distrital Francisco José de Caldas (2015): “Es precisamente la dignidad lo que se encuentra en la base de toda persona, pues la blindo moral y jurídicamente de los daños que otros puedan cometerle” (p. 25).

Partiendo de esto, podríamos afirmar que todos poseemos el derecho a una “vida digna”, si bien no existe un concepto establecido y aún más complejo es que sea una realidad para un gran sector de la población; imaginemos cuánto más lo es para la población que es nuestro objeto de investigación como los NNAS, ante ello la autora María Luisa Serra (2011) añade lo siguiente:

Es necesario un sustrato de bienestar a cargo del Estado para todas las personas. Cuando adherimos a la teoría o concepción social de libertad estamos hablando que el derecho a la vida se traduce como el derecho a vivir la vida con dignidad (...) Se requiere una constante lucha contra la pobreza y desigualdades, ésta debe comenzar por respetar el derecho del niño el interés superior que lo envuelve cuyo valor es supremo y la colisión con otros derechos no existe cuando nos referimos a él. (p. 230)

Una vinculación que encontraríamos hacia la “vida con dignidad” mencionada sería gozar de condiciones óptimas para poder vivir y desarrollarte como ser humano; y en el caso de la niñez ello es vital, por lo tanto, está estipulado en el artículo 27 de la Convención de los Derechos del Niño el cual en su inciso 1 señala que: “Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.”

Respaldando ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala en la sentencia de 19 de noviembre de 1999 remarca en su **apartado 144** lo siguiente:

(...) En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él.

Además, otro aporte de dicha sentencia es determinar que una ausencia de “vida digna” puede generar específicamente que un niño o niña un (revisar) impedimento usando sus términos del: “pleno y armonioso desarrollo de su personalidad” y una afectación directa en su proyecto de vida, esto abarca a toda la infancia no solo a los “niños de la calle”, podríamos asociarlo a la realidad de los NNAS migrantes.

Añadiendo a todo lo presentado anteriormente es relevante presentar el aspecto netamente jurídico recogido en algunos de los más saltantes instrumentos legales, en la siguiente Tabla (Tabla 9):

Tabla 9
El derecho a la vida

Instrumento Legal	Legislación
Declaración Universal de los Derechos Humanos	Art.3: Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.
Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre	Art. 1: Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.
Convención Internacional sobre la Protección de todos los Trabajadores y sus Familiares	Art. 9: El derecho a la vida de los trabajadores migratorios y sus familiares estará protegido por ley.
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	Art.11, Inc. 1: Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la

	importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.
Convención sobre los Derechos del Niño	Art 27 Inciso 1: Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.
Código de Niños, Niñas y Adolescentes, normativa nacional peruana	Art. 1: El niño y el adolescente tienen derecho a la vida, desde el momento de la concepción. El presente Código garantiza la vida de la concepción (...). Art 4. El niño y el adolescente tienen derecho a que se respete su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar.

Fuente: Elaboración propia

Al respecto, tanto la Declaración Universal y la Declaración Americana, poseen exactamente el mismo contenido en su artículo, encontramos similitud en su percepción de la protección de la vida e integridad de la persona con la Convención Internacional de Trabajadores Migratorios; y no sólo en el plano internacional sino también con el Código de Niños, Niñas y Adolescentes peruano que recoge la misma esencia, con la salvedad que precisan la protección de la vida al “concebido”.

No obstante, destacamos que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales hace referencia a lo que remarcamos en párrafos anteriores el considerar el derecho a la vida como el marco que involucra una serie de elementos para alcanzar una “vida digna”, ello complementado con la Convención sobre Derechos del Niño aportando que posee una vinculación directa en el desarrollo de todos los niveles del niño.

Concluyendo con este apartado, los niños y niñas requieren del disfrute de una vida digna ya que ello implica un acceso a derechos fundamentales y condiciones mínimas como las que trabajaremos con mayor detalle a continuación.

3.3. Derechos fundamentales de la niñez migrante: Salud y Educación

Landra, César (2017), afirma “los derechos fundamentales son los derechos básicos de la persona que se basan en su dignidad y que, a su vez, se constituyen como fundamento del Estado y de la sociedad en su conjunto” (...) (p.11).

Tal cual indica la cita, los derechos fundamentales son un marco bastante amplio ya que abarcan todos los derechos que son inherentes a la persona humana en donde podríamos mencionar los derechos a la: libertad, igualdad, identidad, etc. Sin embargo, en este punto abordaremos un subgrupo dentro del mismo, los que la propia Constitución Peruana entre otras fuentes denominan “derechos sociales”.

Al respecto, el catedrático Rodríguez Arana (2015) complementa indicando que: “los derechos sociales fundamentales serían aquellos derechos sociales que precisan acciones positivas de los poderes públicos para garantizar una vida digna de la condición humana. Existen unos derechos fundamentales mínimos (...)” (p.116).

Dicho esto, precisamos que en el presente apartado nos enfocaremos solo en los derechos fundamentales: “salud” y “educación”, siendo reconocidos en una publicación conjunta de instituciones internacionales como dos de los más saltantes explicando lo siguiente:

Ser niño y migrante, a la vez. En este contexto, muchas de las potencialidades y beneficios de los procesos migratorios pueden verse opacadas por el trato que los niños y niñas reciben durante el proceso migratorio, especialmente en el caso de NNA indocumentados y los niños en situación migratoria irregular, quienes están expuestos a que se les nieguen derechos como los relacionados con la privación arbitraria y se les impide o impida el acceso a la educación y a los servicios de cuidados de salud (...). (OIM, ACNUR, UNICEF, 2012, p. 14).

En las siguientes líneas se expondrá cada uno, con sus respectivos elementos nuevamente con el objetivo de vincularlo con la temática de la niñez y de nuestra población sujeto de estudio: la niñez migrante.

3.3.1. Derecho a la Salud

3.3.1.1. Aspecto normativo:

La Constitución de la Organización Mundial de la Salud realizada en la Conferencia Sanitaria y firmada el 22 de julio de 1946 por representantes de 61 estados dejó establecido lo esencial que debemos comprender cuando nos referimos a la salud como derecho, de la siguiente manera:

La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.

El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social (...).

A esta definición de salud se le unen diversas definiciones de los instrumentos jurídicos tanto a nivel internacional como nacional para contar con una mirada más amplia al respecto en el siguiente cuadro:

Tabla 10

Instrumentos Legales Internacionales y Nacionales respecto al derecho a la salud

Instrumentos Legales Internacionales	
Instrumento Legal	Legislación
Declaración Universal de Derechos Humanos	Art. 25, Inc. 1: Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar (...).
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	Art. 12, Inc. 1: Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.
Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre	Art. 11: Toda persona tiene derecho a que salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica correspondientes (...).
Convención Internacional Sobre Protección de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares	Art. 28: Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a recibir cualquier tipo de atención médica urgente que resulte necesaria para preservar su vida o para evitar daños irreparables a su salud en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate (...).
Convención sobre los Derechos del Niño	Art. 24, Inc. 1: Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios (...).
Instrumentos Legales Complementarios a la Infancia	

Declaración Universal de Derechos Humanos	4. 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. Uno de los principales objetivos de esta Observación General es precisamente determinar los principales 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 (...).
Observación General N° 14: El Derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud	1. La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. La efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos (...).
Instrumentos Legales Nacionales	
Constitución Política del Perú	Art. 7: Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad. Art 11: El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento.
Código del Niño y del Adolescente	Art. 21: A la atención integral de salud. - El niño y el adolescente tienen derecho a la atención integral de su salud, mediante la ejecución de políticas que permitan su desarrollo físico e intelectual en condiciones adecuadas.”
Reglamento de Ley del Refugiado N° 27891	Art. 37: Los beneficiarios de esta condición serán atendidos en los siguientes aspectos: a) La asistencia necesaria para satisfacer sus necesidades vitales básicas, incluida la provisión de alimentos, techo y servicios básicos de higiene y salud, bajo condiciones de seguridad (...).
Reglamento del Decreto Legislativo de Migraciones N° 1350	Art. 7: Acceso a los servicios de salud 7.1. El Ministerio de Salud dicta las normas y establece las medidas necesarias para garantizar a la persona extranjera el acceso a los servicios de salud pública, aun en situación migratoria irregular.

Fuente: Elaboración propia

Ahora bien, notamos que en la “Declaración Universal de Derechos Humanos” se aborda el derecho de una forma bastante genérica incluyendo a la salud como un factor para lograr un nivel de vida adecuado. Aunque en la “Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre” se busca ser más específicos mencionando elementos para preservar la salud enfatiza solo el aspecto social, siendo así ambas declaraciones no orientan a la salud como un “todo”.

Por el contrario, los instrumentos que poseen un desarrollo que van más con la óptica de la mencionada Constitución de la Organización Mundial de Salud, tendríamos al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que estipula el disfrute de salud no sólo física sino también mental. También, las Observaciones Generales mencionadas complementan ello resaltando lo ligado que se encuentra el derecho a la salud como base para el disfrute de otros derechos y el desarrollo de la persona especialmente en los menores de edad; para lo cual es requerida la aplicación de políticas o programas, algo que no es recalcado en otros instrumentos.

En el plano nacional, desde la fuente con mayor jerarquía como la Constitución Política se hace referencia a la protección de la salud para un bienestar físico y social; mas no uno mental, así como la intervención del Estado respecto a brindar atenciones accesibles de salud para todos. Por parte del Código de Niños y Adolescentes coincide con la Constitución en velar por una salud que garantice un desarrollo especialmente en el plano físico e intelectual.

Por otro lado, prestando atención al tema migratorio se evidencia que a pesar de ser la salud un derecho humano en la “Convención Internacional sobre la protección de todos los trabajadores migratorios y sus familiares” limita su disfrute ciñéndolo solo a garantizar la atención de salud para migrantes en casos de emergencias o aquellas vitales para preservar su vida. Contrariamente, el reglamento del Decreto Legislativo N° 1350 (Decreto Legislativo de Migraciones- Perú) remarca algo muy importante que, sin importar el status migratorio, todos los migrantes en nuestro país podrán gozar del acceso a la salud.

Sin embargo, a pesar de la tipificación, en la realidad siguen existiendo muchos migrantes con gran dificultad para contar con atención de servicios de salud; y no solo

ello, si dentro de este grupo humano nos enfocamos únicamente en la población objeto de nuestro estudio: niños y niñas migrantes en situación administrativa irregular poseen una afectación en una etapa de pleno desarrollo y crecimiento ante distintos impedimentos, ilustrados de forma amplia y clara por las Naciones Unidas (2014) indicando que:

(...) El temor de los niños migrantes o de sus padres a ser denunciados, la falta de intérpretes y el desconocimiento. Muchos niños en situación irregular no están inscritos en programas para niños de familias de bajos ingresos que ofrecen servicios de atención de salud independientemente de la capacidad de pago por el motivo de que sus padres tienen miedo a ser denunciados a las autoridades. En algunos países, el padre o la madre en situación irregular pueden tener dificultades para obtener un certificado de nacimiento de su hijo, lo que también puede privar al niño de la atención de salud. Algunos de los obstáculos más comunes son los estrictos requisitos de documentación, el rechazo injustificado por desconocimiento de los derechos y el miedo a ser detenidos, en particular en los países en que los funcionarios públicos están obligados a denunciar a los migrantes en situación irregular. La situación irregular de los padres y sus condiciones laborales o económicas deficientes también pueden afectar a la salud y el bienestar de los niños migrantes. (p.53)

Siguiendo lo indicado en la cita, en nuestro país existen problemas tangibles respecto a la documentación como bien se mencionó, ya que por más que en el artículo 11 de la Constitución el Estado garantice libre acceso a prestaciones de salud, siendo de las más saltantes el SIS (Seguro Integral de Salud) en el que para ser parte del mismo hay especificaciones que pueden perjudicar a los migrantes en situación irregular.

En el artículo 76 del Reglamento de la Ley Marco de Aseguramiento Universal en Salud (Ley N° 29344), establece que:

El Documento Nacional de Identidad-DNI es el documento a partir del cual se reconoce la condición de asegurado bajo el AUS siendo el referente para el reconocimiento de la condición de asegurado, a los efectos de la prestación de los servicios de salud. Los padres se encuentran obligados a registrar a los menores de edad ante RENIEC de acuerdo a legislación vigente sobre registro civil. En el caso de extranjeros residentes el documento de identificación es el Carné de Extranjería.

Complementando ello, en la plataforma digital única del Estado Peruano (2021), para afiliarse al SIS gratuito se requiere no contar con ningún otro seguro y ser parte de

uno de los grupos estipulados donde se consideran una diversidad de poblaciones, como menores de 0 a 5 años, niños de albergues públicos o privados, etc., haciendo una precisión al final: “Si no cuentas con DNI o Carnet de Extranjería también podrás inscribirte al SIS Gratuito, pero tu inscripción sólo durará 45 días (Afiliación- Directa Temporal), en los cuales te recomendamos aprovechar para sacar tu DNI o Carné de extranjería para poder acceder al SIS Gratuito sin tener que renovarlo”.

Finalmente ante todo lo expuesto, se nos revela la falta de consideración en la situación particular que atraviesan los migrantes en situación irregular como aquellos niños y niñas de 6 años a más que no cuentan con los recursos o documentos para la tramitación de afiliación al seguro o la cantidad de adolescentes que siguen siendo niños que carecen de carné de extranjería entre muchos supuestos más, consecuencia de un servicio de salud necesitado de estándares sólidos, los cuales veremos a continuación.

3.3.1.2. Elementos esenciales del Derecho a la Salud y su vinculación a la migración

La autora María Elena Rodríguez (2016) en su obra justamente llamada ¿Qué conocemos del derecho a la salud? aborda en uno de sus puntos que ante la amplitud y complejidad de este derecho no solo se debe conocer definiciones sino también comprender qué conforma este derecho, a los cuales denomina como contenidos esenciales de la siguiente forma:

La idea de contenidos esenciales da cuenta de cuáles son o deben ser los presupuestos básicos de exigibilidad judicial y efectividad en el plano real, su importancia radica en que da a conocer qué comprende específicamente el derecho a la salud y que significados se le atribuyen, ya que desde allí se definen las obligaciones legales y garantías jurídicas y políticas (...). (p. 58)

Dicho esto, entre los instrumentos mencionados en el punto anterior la Observación General N° 14 (2000) presenta en su punto 12 los elementos esenciales del derecho a la salud, siendo los más saltantes los siguientes:

- Disponibilidad. Este elemento remarca la responsabilidad y papel del Estado para garantizar que dentro del mismo se cuente con la cantidad necesaria de establecimientos y servicios públicos de salud. Incidiendo, que no solo basta

con ello, sino también con brindar estos espacios en condiciones óptimas, contar con profesionales de la salud calificados, medicamentos, y hasta un factor tan básico como agua potable.

- Accesibilidad. Comprende como bien indica la Observación el poder acceder a “establecimientos, bienes y servicios de salud”, siendo compuesto por 4 dimensiones, las cuales serán precisadas en los siguientes literales:
 - a) No discriminación: Hace referencia al acceso para todas las personas a los servicios, bienes y establecimientos de salud en especial a los grupos más vulnerables y excluidos sin ser discriminado por motivo alguno.
 - b) Accesibilidad física: Una dimensión que desarrolla la importancia de la presencia cercana de establecimientos de salud a un nivel geográfico para las diversas poblaciones donde son considerados entre ellos los niños y niñas. Además, se precisa que esta presencia implica el equipamiento de los servicios de salud con agua potable, servicios sanitarios en buen estado así sea en zonas rurales.
 - c) Accesibilidad económica (asequibilidad): Consiste en que los servicios de salud así sean públicos o privados en cuanto a su costo sea factible de asumir no solo para familias con las posibilidades sino también se consideren a las más pobres y necesitadas, para que todos puedan recibir la atención médica necesaria.
 - d) Acceso a la información: Esta dimensión se basa en pedir, obtener y también comunicar aspectos que competen al ámbito de la salud siempre y cuando no afecte la confidencialidad de datos de pacientes.
- Aceptabilidad. En este punto, lo clave es el respeto que se debe tener en todos los establecimientos de salud con respecto a la cultura de los grupos humanos minoritarios, comunidades etc. así como también a la confidencialidad; teniendo un trato sensible en consideración.
- Calidad. Bajo este elemento se expone la importancia que los establecimientos de salud sean accesibles y de buena calidad, lo que significa

contar con los equipos médicos en buen estado, medicamentos, profesionales, servicios básicos, etc.

Ante lo expuesto, si bien hay mucho por trabajar por parte de los Estados para lograr de forma completa los 4 elementos, existen muchas más dificultades para la población migrante que para los nacionales, con dos elementos en especial en cuanto a la accesibilidad y aceptabilidad, al respecto, las autoras Piérola y Rodríguez (2020) en su artículo de investigación señalaron que:

Al revisar las barreras que pueden ser una fuente de disparidades, observamos que el acceso a los servicios de atención médica es sistemáticamente menor para los migrantes en los países de América Latina. La discriminación también puede tener efectos perniciosos en la salud de los migrantes y en la forma en que son tratados por profesionales de la salud en el país de acogida. Del mismo modo, las diferencias culturales y lingüísticas, y la falta de información y el miedo a la deportación son otras limitaciones que pueden influir negativamente en el resultado de salud de los inmigrantes. (p. 14)

Coincidiendo con la cita y brindando un aporte en el aspecto de discriminación y la presencia del miedo mencionado respecto a la “regularización”, se encuentra la Organización Mundial de la Salud (2003) refiriendo:

Uno de los factores más importantes que determina si los migrantes encuentran obstáculos para acceder a los servicios de salud es la cuestión de su condición jurídica en el país (...) Las leyes y políticas que impiden a los migrantes acceder a los servicios sociales (incluida la atención médica) en función de su condición de inmigración, tienen como base y transmiten la idea de que los migrantes irregulares son los principales responsables de su precaria situación (...) (...) Los planes nacionales de atención médica con frecuencia se discrimina a los migrantes temporales (la mayoría permanecen en esta categoría durante un tiempo) y muy en particular a los indocumentados, pues sólo ofrecen atención de urgencia a los no ciudadanos. Esto obliga a los migrantes a esperar hasta que consideran que su situación es bastante peligrosa para justificar su presencia en los servicios de urgencia. (p. 19-21)

Siguiendo ese orden de ideas, nos cuestionamos ¿cómo todo esto afecta a los niños, niñas y adolescentes migrantes? pues mucho más de lo que imaginamos, nos ilustra al respecto la Organización Internacional de Migraciones (2013) de la siguiente manera:

La situación jurídica de los padres migrantes puede afectar al acceso a la atención de salud de los niños migrantes. Por tanto, cuando los padres migrantes se ven privados de la atención de salud, es muy probable que sus hijos también se vean privados de esa atención. Incluso los niños migrantes que son nacionales del país de acogida todavía pueden enfrentarse a obstáculos para acceder a los servicios de salud, sobre todo si sus padres son migrantes en situación irregular y, por tanto, son reacios a solicitar atención médica por temor a que se descubra su situación de inmigrante. (...) Por ejemplo, en algunos países un padre debe ser migrante en situación regular para obtener una partida de nacimiento de su hijo lo que dificulta el acceso a la atención de salud para los hijos de los migrantes en situación irregular. (p. 21)

En conclusión, el sistema de salud propio de cada Estado muchas veces no cumple en su totalidad con los elementos estipulados en la Observación General N° 14, no sólo afectando a sus nacionales, sino que al ser ahora países receptores de migrantes entre los cuales existen grupos tan vulnerables como niños, niñas y adolescentes, el impacto de estas carencias y limitaciones repercute en una infancia sin vacunación, sin chequeos médicos, desinformada, sin acceso a medicamentos indicados por profesionales, pero lo más grave es que al no contar con este derecho es mucho más difícil que gocen de otros que guardan relación.

3.3.1.3. Derechos interrelacionados con el Derecho a la Salud

Los derechos humanos están interrelacionados entre sí, es decir que ante la falta de un derecho el otro al estar conectado se ve también perjudicado al existir un vínculo que es mutuo, justamente en este punto buscamos mencionar solo algunos de los derechos más saltantes que guardan esta narración con el derecho a la salud.

Partimos mencionando el derecho a una vivienda adecuada, el cual no es una realidad tangible para muchos niños en especial para aquellos migrantes en situación irregular, al encontrarse bajo el cuidado de padres o familiares con carencias económicas con dificultad para encontrar un empleo, con una remuneración que permita una estabilidad o un espacio con condiciones mínimas; ya que una vivienda digna debe ser entendida como lo expresará a continuación la Oficina de Naciones Unidas - ONU (2010):

El derecho a una vivienda adecuada no significa solamente que la estructura de la casa debe ser adecuada. Debe haber también un acceso sostenible y no discriminatorio a los servicios fundamentales en materia de salud, seguridad, comodidad y alimentación. Por ejemplo, debe

existir el acceso al agua potable, a la energía para la cocción, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de lavado, a los medios de almacenar alimentos y de eliminar desechos, al desagüe de los terrenos y a los servicios de emergencia. (p. 15)

Además, el entorno en el cual se desenvuelven los niños y niñas posee un impacto real en su salud no solo en un plano físico sino también emocional debido al tiempo y actividades que realizan allí, como la alimentación. Todo niño, niña y adolescente posee el derecho a una alimentación adecuada sobre la cual el Comité de Derechos Económicos, Políticos y Sociales en la Observación General 12 de 1999 dejó estipulado lo siguiente: “El derecho a la alimentación adecuada se ejerce cuando todo hombre, mujer o niño, ya sea solo o en común con otros, tiene acceso físico y económico, en todo momento, a la alimentación adecuada o a medios para obtenerla” (párrafo 6).

A pesar de ello, en la infancia existe un gran sector que sufre de malnutrición, lo cual desencadena enfermedades como anemia, no contar con defensas, etc.; ya que en el caso de los niños, niñas y adolescentes migrantes en situación irregular muchos cuentan con padres o familiares que trabajan al día o sin posibilidades económicas para proveerles una alimentación saludable o completa.

Finalmente, como ya se dijo, la salud es un estado completo y el no gozar de ella en todos los niveles repercute en el ejercicio de derechos como los expuestos, trayendo consigo consecuencias reales como la desnutrición, carencia en servicios básicos como electricidad o agua potable en su vivienda, depresión, ahora más que nunca con la pandemia. En el siguiente punto abordaremos de manera más extensa otro derecho que sin salud los niños, niñas y adolescentes no podrían rendir y es otro de los más importantes: el derecho a la educación.

3.3.2. Derecho a la Educación

3.3.2.1. Aspecto normativo

La educación es “un proceso humano y cultural complejo” (León, 2007), que posee una de las principales presencias en el plano jurídico, ante lo cual el autor Sebastián Scioscioli (2014) resalta lo siguiente:

Reconocer la educación como derecho fundamental implica un cambio radical en el modo en que se concibe la relación entre sujetos activos de la educación (especialmente niños/as y adolescentes) y el Estado – sujeto destinatario -. Esta mirada implica avanzar hacia el estudio de la dinámica educativa desde un enfoque de derechos y ya no sólo desde el diseño y la evaluación de una mera política pública que puede o no desarrollarse, o quedar bajo un contenido discrecional del Estado. (p. 2)

El Estado juega un papel clave, el cual se encuentra respaldado de forma vinculante en diversos instrumentos jurídicos como los que exponaremos a continuación:

Tabla 11

Instrumentos Legales Internacionales y Nacionales respecto al derecho a la educación

Instrumentos Legales Internacionales	
Instrumento Legal	Legislación
Declaración Universal de Derechos Humanos	Art. 26, Inc. 1: Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria (...).
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	Art. 13: Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Conviene en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana (...).
Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre	Art. 12: Toda persona tiene derecho a la educación que debe estar inspirada en los principios de libertad, moralidad y solidaridad humanas (...).
Convención Internacional Sobre Protección de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares	Art. 30: 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 (...).
Convención sobre los Derechos del Niño	Art. 28, Inc. 1: Los Estados Partes 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; e) Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas (...).

Instrumentos Legales Complementarios a la Infancia	
Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	1. La educación es un derecho humano intrínseco y un medio indispensable de realizar otros derechos humanos. Como derecho del ámbito de la autonomía de la persona, la educación es el principal medio que permite a adultos y menores marginados económica y socialmente salir de la pobreza y participar plenamente en sus comunidades. La educación desempeña un papel decisivo en la emancipación de la mujer, la protección de los niños contra la explotación laboral, el trabajo peligroso y la explotación sexual, la promoción de los derechos humanos y la democracia, la protección del medio ambiente y el control del crecimiento demográfico. Está cada vez más aceptada la idea de que la educación es una de las mejores inversiones financieras que los Estados pueden hacer, pero su importancia no es únicamente práctica pues dispone de una mente instruida, inteligente y activa, con libertad y amplitud de pensamiento, es uno de los placeres y recompensas de la existencia humana.
Observación General N° 13: El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto).	
Observación General N° 1 (2001): Propósitos de la Educación.	3. El derecho del niño a la educación no sólo se refiere al acceso a ella (art. 28), sino también a su contenido. Una educación cuyo contenido tenga hondas raíces en los valores que se enumeran en el párrafo 1 del artículo 29 brinda a todo niño una herramienta indispensable para que, con su esfuerzo, logre en el transcurso de su vida una respuesta equilibrada y respetuosa de los derechos humanos a las dificultades que acompañan a un período de cambios fundamentales impulsados por la mundialización, las nuevas tecnologías y los fenómenos conexos (...).
Instrumentos Legales Nacionales	
Constitución Política del Perú	Art. 13: Educación y libertad de enseñanza. La educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana. El Estado reconoce y garantiza la libertad de enseñanza. Los padres de familia tienen el deber de educar a sus hijos y el derecho de escoger los centros de educación y de participar en el proceso educativo.
Código del Niño y del Adolescente	Art. 14: El niño y el adolescente tienen derecho a la educación. El Estado asegura la gratuidad pública de la enseñanza para quienes tienen limitaciones económicas. Ningún niño o adolescente debe ser discriminado en un centro educativo, por su condición de discapacidad ni por causa del estado civil de sus padres. La niña o la adolescente, embarazada o madre, no debe ser impedida de iniciar o proseguir sus estudios.
Reglamento del Decreto Legislativo de Migraciones N° 1350	Art. 8: El Ministerio de Educación dicta las normas y establece las medidas necesarias para garantizar a la persona extranjera el acceso a los servicios de educación pública, incluidas las personas en situación migratoria irregular.
Fuente: Elaboración propia	

Lo que se puede entender de la lectura de esta Tabla: “Instrumentos legales internacionales y nacionales respecto al derecho a la educación”, es que en todos los instrumentos se reconoce la necesidad del derecho a la educación para el desarrollo de la persona y el papel activo que debe tener el Estado para garantizarla.

Por un lado, se evidencia la importancia de remarcar el factor de “gratuidad” que conlleva la educación para que la misma sea accesible, como indica la Declaración Universal de Derechos Humanos o en la Convención de Derechos del Niño donde en las implementaciones particulares que recomiendan a los Estados es mejorar justamente el acceso en el nivel primario, secundario y hasta profesional, ya que tanto niños como adolescentes se verían beneficiados con ello.

En cambio, un aporte interesante es brindado por parte de la Observación General N° 1 del año 2001 enfatizando que no debemos asociar al derecho a la educación solo con su acceso, sino que implica otros aspectos como el que menciona acerca de los contenidos, especialmente en valores y principios (coincidiendo con otros instrumentos jurídicos), lo cual dotaría a un sujeto en formación tan importante como un niño para sobrellevar el futuro.

A parte de ello, si nos referimos al ámbito migratorio en el tema educativo un elemento clave que se expondrá es la “igualdad de trato” como se estipula en la “Convención Internacional sobre todos los trabajadores migratorios y sus familias”, es decir recibir como alumno la misma cortesía que cualquier alumno nacional, del país de acogida.

Al respecto, en la legislación nacional, el Código de Niños y Adolescentes del Perú hace énfasis en que “ningún niño o adolescente debe ser discriminado en su centro educativo”, esto se hace extensivo para los niños, niñas y adolescentes migrantes. Además, son incluidos según el Reglamento del DL 1350, Decreto Legislativo de Migraciones, donde se les garantiza, sin importar el status migratorio, acceso a este derecho.

No obstante, ¿es realmente cierta dicha inclusión? si nos asomamos a la realidad nos toparemos con noticias tales como la redactada por la periodista Jacqueline Fowks,

el 21 de diciembre de 2020, en el diario español El País que evidencia que: “Más del 60% de los venezolanos menores de 17 años que vive en el Perú no va a la escuela”; lo cual en nuestra cotidianidad podemos contrastar al observar niños y adolescentes mendigando, así como trabajando con sus padres en las calles en lugar de estar en las aulas.

Para concluir, la educación requiere el respaldo y acompañamiento en todas las etapas educativas por parte de cada Estado con sus respectivas instituciones, para que ante las nuevas realidades sociales sea cada vez más igualitaria e inclusiva; y como ya se dijo el derecho no se agota únicamente en el acudir a las aulas sino a tener una educación de calidad, la cual posee elementos esenciales para abarcar distintos ámbitos que componen este derecho que juega un rol determinante en la niñez.

3.3.2.2. Elementos esenciales del Derecho a la Educación y su vinculación a la migración

La UNICEF y CEPAL (Comisión Económica para América Latina) en una publicación conjunta del 2006 hicieron referencia a lo que mencionamos anteriormente respecto a una educación de calidad, aportando lo siguiente:

Una educación de calidad, libre y gratuita, es derecho inalienable de los niños, niñas y adolescentes. Tal educación debe habilitarlos para tener una inserción laboral adecuada, armonizar la vida familiar con la laboral, contar con niveles adecuados de destrezas y conocimientos, ejercer sus derechos ciudadanos, continuar estudios superiores y adaptarse a sociedades de aprendizaje permanente. (p.6)

Es decir, por medio de la educación desde el nivel inicial con infantes desde los 2 años hasta el campo universitario donde la mayoría de ingresantes son todavía adolescentes es crucial brindarle las herramientas no solo de conocimientos, sino de una formación integral para la vida. Por lo cual se requerirán considerar los elementos establecidos en la Observación General N° 13 del 8 de diciembre de 1999:

- Disponibilidad. Consiste en que exista la cantidad necesaria de instituciones, así como de programas dentro del Estado. Así también se enfatiza la convergencia que debe existir de elementos en las instituciones tales como

materiales educativos, servicios básicos dentro de los establecimientos, docentes calificados, la importancia de la tecnología, etc.

- Accesibilidad. Hace referencia a que no debe existir discriminación alguna por parte de las instituciones y programas educativos, considerando tres importantes subpuntos que expondremos en los siguientes literales a continuación:
 - a) No discriminación: Se reitera lo vital que es que todas las personas, con especial preocupación por los grupos vulnerables deben poder acceder sin discriminación a los servicios educativos.
 - b) Accesibilidad material: Desarrolla la necesidad que la educación sea cercana y accesible a nivel geográfico. Además de señalar algo tan valioso de considerar como el acceso educativo a nivel tecnológico.
 - c) Accesibilidad económica: Enfocada a que la educación pueda estar al alcance de todos, siendo para esto relevante el tema de la gratuidad en los distintos niveles educativos.
- Aceptabilidad. Expone la obligación en que “la forma y fondo de la educación” sean admisibles considerando las culturas y brindando metodologías que sean beneficiosas para los estudiantes.
- Adaptabilidad. En el presente punto se encara que la educación debe ser flexible e inclusiva a la diversidad social y cultural de sus alumnos.

En vista de todos los elementos que todavía faltan seguir cimentando y cultivando en los Estados nos lleva a reflexionar algo interesante y real, que “un marco jurídico incluyente no impide forzosamente la existencia de prácticas discriminatorias a nivel regional o local” (UNESCO, 2019, p.22), es decir que no es garantía que un Estado sea parte de compromisos internacionales o la inclusión respecto a temas en su legislación nacional lo importante es qué tan efectivo es en un plano real.

Así, muchos migrantes en este ámbito educativo en especial aquellos con una situación administrativa irregular enfrentan inconvenientes cotidianos muchas veces

invisibilizados por los medios, ante lo cual los investigadores Poblete y Galaz (2017) exponen:

Entre las dificultades que se enuncian en las escuelas, se considera el hecho que muchos/as de sus estudiantes carecen de la documentación educativa del país de origen, lo que supone una serie de trabas administrativas en este nuevo contexto. Esto se debe a la imposibilidad de traerlos desde origen y a los costos que implica requerirlos (...)

Por otro lado, la ausencia de documentos o la imposibilidad de realizar gestiones para su regularización académica, puede derivar en otra problemática: la falta de reconocimiento de los estudios realizados en las escuelas nacionales, debido a la ausencia de un certificado que acredite que el/la estudiante ha cursado los niveles respectivos y, por tanto, que pueda ocurrir que cursen los años correspondientes sin poder certificarles adecuadamente. Este es un obstaculizador que debe ser resuelto, ya que afecta la permanencia y el progreso de los/as estudiantes migrados/as en el sistema educacional, con lo cual se ponen en riesgo los principios orientadores de las propias normativas emanadas del Ministerio de Educación. Esto es un tema preocupante si se considera la situación de quienes están próximos a egresar de la enseñanza secundaria, toda vez que no pueden certificar sus estudios ni tampoco pueden inscribirse para rendir la prueba de acceso a la universidad. (p.9)

Respecto a la cita, hace ver la dificultad de los migrantes para acceder a documentación de su país de origen ya que debemos considerar que muchos de ellos han salido de su país con lo elemental así como el factor de carencia económica para los trámites; y no solo ello, desde el otro lado si bien las instituciones educativas podrían admitir a los niños brindando un plazo para la documentación, otro problema sería cómo ingresarlos al sistema nacional de educación ante la entidad respectiva en cada Estado o peor aún que no se pueda tramitar certificados de estudios afectando de manera directa a todos los NNAS migrantes en su avance y continuidad educativa.

Por otro lado, no podemos dejar de mencionar que se ve vulnerado muchas veces el punto de “no discriminación” ya que no sólo hay trabas documentarias para el acceso al servicio educativo, sino que una vez dentro del mismo los niños y adolescentes deben enfrentar por sí solos lo que refiere la autora Consuelo Sánchez (2013):

(...) muchos NNA inmigrantes tienen dificultades para ingresar a las escuelas. Pero, además, una vez que ingresan a la escuela, muchos de ellos enfrentan múltiples dificultades relacionadas, por una parte, con acoso escolar, discriminación, racismo y xenofobia, y, por otra, con la ubicación en grados menores a los que les correspondería por edad o por su trayectoria educativa. El maltrato, la violencia, el abuso de autoridad por parte de profesores, directivas y compañeros,

la discriminación por su procedencia y la falta de conocimiento e interés de las autoridades escolares por solucionar efectivamente los conflictos son, entre otros, problemas que viven casi a diario algunos de los niños inmigrantes en las escuelas. (p. 11-12)

Continuando con esa línea de ideas, en nuestro país se pueden identificar aspectos en los que debemos como Estado seguir trabajando para lograr lo establecido en la Observación General N° 13 para lo cual la UNESCO (2020) en una publicación en materia de migración y educación respecto a la población de niñez venezolana en el Perú concluyó en las siguientes sugerencias:

- Disponibilidad: En esta área se reconoció mucho el programa del Estado creado en el 2019 llamado “Lima Aprende”, el cual dispuso vacantes especialmente para niñez venezolana hasta en turno tarde en instituciones seleccionadas, sin embargo, se hizo hincapié que este tipo de iniciativas deberían expandirse a más sectores e identificar a la población de estudiantes no cubierta, siendo sugerido buscar nuevas y variadas modalidades de acceso a la educación y aumentar docentes para ello. Además, se remarcó con preocupación la presencia mínima de migrantes venezolanos en la educación superior y la necesidad de seguimiento a instituciones educativas en todos los niveles y ubicaciones del país para la implementación total de incorporar la opción de brindar una declaración jurada en caso de no contar con documentos para que la niñez migrante no pierda su vacante por el proceso de matrícula.
- Accesibilidad: Se reconocieron como barreras la validación de documentos o títulos universitarios, así como sus respectivos costos, así también uno de los principales problemas es el desconocimiento y falta de aplicación del propio sistema para ofrecer mayores facilidades respecto al aspecto de documentación en matrículas escolares.
- Aceptabilidad: Se aborda con urgencia la exigencia de capacitar a los docentes ofreciendo estrategias, materiales escolares para que ellos puedan ser la red de soporte que los estudiantes migrantes necesitan, al ya ser evidenciados casos de xenofobia en instituciones peruanas, es un punto a poner en marcha.

- Adaptabilidad: Se realiza la observación al currículo escolar nacional peruano para que busque adoptar una mirada más inclusiva hacia la cultura de los migrantes que son acogidos en el país, siendo en su mayoría venezolana.

Para cerrar con este punto, comprendemos de mejor manera que la educación es un derecho amplio que requiere ser atendido no sólo para mejorar su calidad en cuanto a infraestructura o aumentar la cantidad de instituciones, sino promover mejoras desde la raíz como la currícula nacional de cada Estado, que ahora es receptor de NNAS migrantes muchos con padres o ellos mismos en situación irregular ; ante lo cual se hace un llamado a todos los actores que se encuentran involucrados en dicho sector para acoger e involucrar a los niños migrantes quienes pueden muchas veces desertar o no ser considerados en el sistema educativo nacional.

Finalmente, de este capítulo concluimos primero que, aunque un Estado se encuentre adherido y con un compromiso respecto a instrumentos y estándares jurídicos internacionales, no es suficiente, ya que por más que sea incluido en su legislación interna es pasado por alto en la práctica, perjudicando de forma directa a la niñez migrante que es ahora parte también de su territorio nacional.

Además, hemos evidenciado que los niños, niñas y adolescentes migrantes en situación irregular en el estado de acogida se ven expuestos no solo a que no consideren los estándares de la niñez, sino al disfrute de derechos tan elementales como la salud y la educación donde un factor identificado es que al encontrarse en la mayoría de casos bajo la tutela de padres cuya situación migratoria también es “irregular” hay mucho temor de acudir a instituciones estatales, siendo al final los niños los más perjudicados.

Por último, continúan presentes tanto en el derecho a la salud como en educación barreras para la accesibilidad del servicio, así como un trato discriminatorio, teniendo en común la importancia que todavía le es brindada a la “situación administrativa migratoria” de cada niño, es por ese motivo que en el siguiente capítulo abordaremos de manera concisa los aspectos más saltantes de la regularización migratoria que como ya hemos tiene una conexión e impacto directo en niños migrantes.

CAPÍTULO IV: REGULARIZACIÓN MIGRATORIA DESDE UNA MIRADA DE DERECHOS HUMANOS Y DESDE LA LEGISLACIÓN MIGRATORIA PERUANA

La regularización migratoria es una condición que, aunque insuficiente es imprescindible para el reconocimiento y/o ejercicio de los derechos por parte de los niños, niñas y adolescentes (...) (UNICEF, 2020, p.3).

En este capítulo analizamos la condición a la cual se encuentra ligado el ejercicio de derechos para los migrantes: “el ser regular” asomándonos a su concepto, la visión internacional que se tiene de la regularización, así como también de manera concreta cómo son las posibilidades de regularización en el Perú en su sistema migratorio, cabe resaltar que todo ello orientado a ser enlazado a la niñez migrante.

4.1. La regularización migratoria

Como punto de partida debemos contextualizar a qué nos referimos con el término de regularización en un ámbito migratorio, de una manera concisa los autores Apap, De Bruycker y Schmitter (2000) la definen como: “el permiso otorgado por el Estado, de residencia a una persona de diferente nacionalidad que está residiendo ilegalmente en su territorio” (p.263).

Por otro lado, la Organización Internacional para las Migraciones OIM (2006) se diferencia al no utilizar el término “ilegal” ya que no se considera el proceso o estadía de la persona como algún delito usando el término irregular de la siguiente manera:

Proceso por el cual un país permite a un extranjero en situación irregular obtener un status legal. Prácticas usuales incluyen la amnistía (también conocida como legalización) a extranjeros que han residido en el país en situación irregular por un determinado período de tiempo y que no hayan sido considerados inadmisibles. (p.62).

Aportando un enfoque más interpretativo se encuentra el autor Eduardo Domenech (2013) quien expone lo siguiente:

Según el propósito de convertir a la migración en un proceso más ordenado, predecible y manejable, además de hacerlo provechoso para todos los actores involucrados, el control de las ahora llamadas “migraciones irregulares” resulta fundamental. De ahí las recomendaciones a los Estados para implementar programas de gobierno que eviten las “migraciones irregulares” y busquen modos alternativos a las medidas restrictivas para enfrentarlas, entre ellas la promoción de programas de regularización migratoria. Ahora bien, aunque sea considerada una medida de excepción, entiendo que la regularización migratoria no corre por fuera, sino que forma parte del régimen de control instituido paulatinamente por los Estados para regular el ingreso, la permanencia y la expulsión de la población extranjera. Es decir, por más que la regularización migratoria se aleje de las convencionales medidas represivas, es posible entenderla como un mecanismo de control y vigilancia estatales para regular la inmigración en general. (p. 62).

Para cerrar, como indica la cita, en este tema de regularización los actores que juegan un papel protagónico son los Estados ya que de ellos dependerá qué medidas aplicarán a través de sus entidades migratorias en cada gobierno respectivo, porque no solo tienen un compromiso con las personas que habitan en su país sino frente a la comunidad latinoamericana e internacional, lo cual veremos a continuación.

4.1.1. El reconocimiento internacional de la regularización por parte de los Estados

Como punto de partida remarcamos que a nivel internacional no existe de manera explícita algún artículo contenido en algún instrumento vinculante que desarrolle el tema de regularización como otros derechos, sin embargo, debemos resaltar que el tema en la agenda internacional no ha pasado por alto, obteniendo de igual manera reconocimiento viéndose traducidas en conferencias, declaraciones, etc., como se detalla en el siguiente cuadro las más relevantes:

Tabla 12

Reconocimiento Internacional de la Regularización por los Estados

Conferencia/Pacto/ Declaración	Aportes, Reconocimientos y/o Compromisos a la Regularización
Declaración de Santiago sobre principios migratorios (17 de mayo del 2004)	CONVENCIDOS Que la eficiencia de la política migratoria dependerá de su adecuación a la realidad regional e internacional y a la aceptación de que la regularidad migratoria es condición indispensable para lograr la plena inserción del migrante en la sociedad de recepción. (...) DECLARAN VII. Reconocer el derecho de los Estados de ejercer el adecuado control de sus fronteras, pero sin tratar la irregularidad migratoria como hecho punible de derecho penal (...) (p. 1-2).
V Conferencia Sudamericana de Migraciones (CSM) (La Paz, 2004) y Plan Suramericano de Desarrollo Humano de las Migraciones (aprobado en la Décima Conferencia Sudamericana de Migraciones, en Cochabamba, 2010)	Se reconoce a la regularización de migrantes en situación irregular como un elemento fundamental en políticas públicas (p.10). Los compromisos que se asumen en esta CSM, alcanzan diferentes temas tales como: los de adecuar las normativas internas a los principios establecidos en las CSM; alentar los procesos de regularización de las poblaciones migrantes todavía en situación irregular en países de la región (...) (p.12).
Declaración de Asunción (4 y 5 de mayo de 2006) Sexta Conferencia Sudamericana sobre Migración	Reafirman como objetivos básicos en temas migratorios los siguientes: 1. Respetar de manera irrestricta los derechos humanos de los migrantes, especialmente los de la mujer migrante y menores no acompañados, con independencia de su situación migratoria, dentro del marco legal de cada país y conforme a los principios universales, instrumentos internacionales y regionales de protección de las personas, en especial (...) b) Instando a los gobiernos de los países receptores a realizar los máximos esfuerzos para regularizar la situación de los migrantes que se encuentran residiendo en condición de irregularidad.
Declaración de Cartagena de Indias, XII Conferencia Suramericana sobre Migraciones (3,4 y 5 de diciembre de 2013)	La CSM destacó la importancia de los procesos de regularización como parte de sus objetivos constitutivos, entre ellos, el Acuerdo de Residencia de MERCOSUR y Asociados como un paso fundamental en el proceso de construcción de la ciudadanía suramericana (...) La CSM exhorta a los países miembros para que avancen en procesos de difusión y concientización de los beneficios de los procesos de regularización.

Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular (2018)	h) Desarrollar procedimientos accesibles y expeditos que faciliten las transiciones de un estado a otro e informar a los migrantes de sus derechos y obligaciones, a fin de evitar que los migrantes caigan en una situación irregular en el país de destino, para reducir la precariedad de Estado y vulnerabilidades (..) i) Aprovechar las prácticas existentes para facilitar el acceso de los migrantes en situación irregular a una evaluación individual que puede conducir a un estado regular caso por caso y con criterios claros y transparentes especialmente en caso de niños, jóvenes y las familias involucradas, como una opción para reducir la vulnerabilidad para que los Estados tengan un mejor conocimiento de la población residente. (...) (p. 15).
---	---

Fuente: Elaboración propia

En vista de lo presentado, apreciamos algo importante establecido en la Declaración de Santiago en donde si bien se reconoce la soberanía de cada Estado respecto a su orden interno, no es por demás recalcar que la irregularidad como condición administrativa migratoria no debe ser criminalizada, lo cual debería estar claro para todos los Estados. Además, tanto la mencionada Declaración como en la quinta Conferencia Sudamericana sobre Migración coinciden en reconocer a la regularización migratoria como pieza clave en materia de políticas públicas migratorias.

Por otro lado, la Declaración de Asunción producto de la Conferencia Sudamericana sobre Migración aborda una necesidad importante al solicitar a los Estados regular el status migratorio de los migrantes que residen en sus territorios, así como también ser de los pocos documentos en el tema que hace mención a los niños, si bien solo se enfoca en el sector de “no acompañados” se buscó sacar a luz como un objetivo al ser una población vulnerable.

Añadiendo a lo expuesto, el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular es el más reciente de todos teniendo lugar en Marruecos el 10 y 11 de diciembre de 2018 buscando de manera articulada entre los Estados participantes establecer principios, directrices en diferentes ámbitos como la documentación de los migrantes y la afectación a su identidad, el ámbito laboral y la migración, las vulnerabilidades de la migración etc., con el fin que todo ello pueda ser considerado por los países para incluirlos en sus políticas nacionales migratorias.

Al respecto, destacamos en el mencionado Pacto su quinto objetivo que establece el compromiso de adaptar opciones y nuevos caminos para que los migrantes albergados en distintos Estados cuenten con mayores oportunidades para regularizarse, siendo beneficioso para acceder a mejores oportunidades educativas, laborales, así como familiares, siendo relevante que en esto último el Pacto detalló la necesidad de ser flexibles en la regularización con mayor atención para los niños migrantes y sus familias, lo cual a pesar de haber sido una recomendación de hace unos años no se ve totalmente su aplicación.

Para cerrar con este punto, evidenciamos que los Estados especialmente en este contexto migratorio tienen la tarea de lograr un balance en la dualidad que implica por un lado: el elemento de “soberanía”, la cual en palabras del autor Hillgruber (2009) sería “el reconocimiento del derecho exclusivo y universal del Estado a promulgar en su territorio normas jurídicas que vinculan a sus nacionales (...), es decir el reconocimiento de poder tomar la última decisión sobre personas y cosas en su territorio y decidir sobre el estatus de las personas físicas y jurídicas” (p.8), recogido además como principio en nuestro Decreto Legislativo de Migraciones N° 1350.

Sin embargo, también existe para los Estados el llamado a comprometerse y cooperar en las temáticas internacionales; aunque este tema de regularización se encuentra recogido en Declaraciones y Pactos, tal como los presentados en la Tabla 12, es necesario señalar que no poseen una obligatoriedad en cuanto a su cumplimiento, pero en los instrumentos jurídicos que sí poseen exigibilidad, la regularización lastimosamente no es un tema que se encuentre estipulado, hasta el día de hoy.

Finalmente, llegamos a la conclusión que la soberanía no es sinónimo de ser un Estado restrictivo y que no quita que un Estado pueda asumir la responsabilidad que conlleva comprometerse para el bienestar de todas las personas que se encuentren en su territorio, en el caso de los procesos migratorios es un reto constante lograr dicho balance entre ambos aspectos especialmente en materia de regularización, la cual veremos a continuación.

4.2. La regularización y la niñez migrante

Aunque muchas veces la migración tiene efectos positivos en el nivel de vida de las personas y en el desarrollo de los países, también tiene efectos desfavorables. Éstos los padecen particularmente los migrantes irregulares, especialmente los niños, las niñas y los adolescentes, quienes durante todo el proceso migratorio se enfrentan a una serie de situaciones y escenarios que vulneran sus derechos y afectan su desarrollo. (Unicef, 2011, p.5)

La cita es reflejo de una realidad poco expuesta desde el lado de la niñez migrante en donde todas las dificultades desencadenadas, desde las más pequeñas para trámites básicos hasta el disfrute de derechos se ven limitados, como vimos en el capítulo anterior, siendo el origen de todo el status migratorio, lo cual desde un análisis amplio el autor y profesor constitucional Juan Manuel Goig (2015) realiza la siguiente aclaración:

El criterio de residencia legal no es, per se, limitativo de la titularidad y ejercicio de todos los derechos constitucionales por parte de aquellos que no tienen regularizada su situación de estancia y permanencia en un Estado del cual no son nacionales. El ejercicio de determinados derechos y libertades constitucionales no puede estar ligado permanentemente a las relaciones entre el ser humano y el Estado por vínculos de nacionalidad. (p.204)

Complementando, en el amplio grupo de los no nacionales, en el caso de la niñez, es vital no perder de vista el ser niño, aspecto que la autora Laura Martínez (2014) indica como importante el “disociar el status de regularización migratoria de la condición jurídica de niño, que permite reclamar para los mismos determinados tratos y expectativas de derechos independientemente de su condición migratoria o la de sus padres.” (p. 242).

Más aún ante todo lo mencionado, recordemos que en la Convención sobre los derechos del Niño en su segundo artículo se detalla en su primer inciso el compromiso de los Estados en no solo respetar sino asegurar a cada niño que se encuentre bajo su jurisdicción el goce todos los derechos estipulados, sin hacer diferencias por ningún factor, si lo aterrizamos a este tema es decir no importaría la nacionalidad para proteger a un niño, entonces ¿debería hacerlo su status migratorio?

Dicho esto, en la Observación General Conjunta N° 4 (2017) del Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares y N° 23 del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a

los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno, expresa lo siguiente:

29. Los Comités recomiendan a los Estados que faciliten vías para la regularización de los migrantes en situación irregular que residan con sus hijos, en particular cuando ha nacido un hijo o cuando un hijo ha vivido en el país de destino durante un largo período de tiempo, o cuando el retorno al país de origen de uno de los progenitores iría contra el interés superior del niño (...).

40. Los Comités son también conscientes de que las políticas de migración o asilo restrictivas, como la penalización de la migración irregular, la falta de suficientes canales de migración seguros, ordenados, accesibles y asequibles o la ausencia de sistemas adecuados de protección de la infancia, hacen que los niños migrantes y solicitantes de asilo, incluidos los no acompañados o separados de sus familias, sean especialmente vulnerables a los actos de violencia y malos tratos durante su migración y en los países de destino. (p. 9 y 11).

Aunado a ello, la cita expone otro aspecto relevante en esta temática y es que no solo existen dificultades en las opciones o vías de regularización para los niños, sino que en la gran mayoría de casos los niños no podrán regularizarse si sus padres no realizan los respectivos trámites y solventan los mismos, y en la realidad existe una gran cantidad de padres y/o madres también en situación administrativa irregular, con limitaciones propias de la entidad migratoria en cada país, lo cual impacta directamente en la calidad de vida y desarrollo del niño, niña o adolescente.

Finalmente, ante todo lo expuesto apreciamos que la única manera de contrarrestar la violencia, discriminación y no tener posibilidades de contar una vida digna en un país de acogida con servicios básicos por la irregularidad, se encuentra en manos de los Estados; como bien señala la Observación citada se requiere mayor accesibilidad y vías de regularización, pero pensadas especialmente en la infancia migrante, brindándole la priorización e inclusión que tanta falta hacen en políticas y sistemas migratorios de cada país.

Dicho esto, hablando de Estados, nos focalizaremos en analizar cómo es el sistema migratorio peruano y qué opciones le son brindadas para la niñez migrante.

4.3. Sistema Migratorio y Sistema de Refugio Nacional

El Estado peruano considera que la migración debe desarrollarse en un marco de observancia de los tratados y acuerdos internacionales, la normativa interna y el respeto de nuestra soberanía.

Asimismo, es un proceso que contribuye con el desarrollo de las personas que migran, sus familias, el Perú y la sociedad en general.

La Política Nacional Migratoria busca articular a las diversas instancias públicas y de la sociedad para responder adecuadamente a los desafíos migratorios en estricto cumplimiento de los principios de respeto de los derechos humanos; no discriminación; no criminalización del proceso migratorio; promoción de una movilidad informada, ordenada, segura y respetuosa de la soberanía nacional. (DS N° 015, 2017, p.3)

La cita presentada, pertenece al Decreto Supremo N° 015-2017-RE, que aprueba la Política Nacional Migratoria 2017- 2025, publicada el 27 de abril de 2017, en donde se reconoce la existencia del proceso humano y dinámico como lo es la migración, pero acompañado de un marco jurídico internacional en donde el Perú es una parte comprometida, y en nuestros días con mayor razón debe estarlo, al ser uno de los países de Latinoamérica con más acogida de migrantes en especial de nacionalidad venezolana.

Por ello, contamos en este ámbito con los estándares y principios rectores de manera interna de la Política Nacional Migratoria entre los que destacan en su punto 1.4.5.1.2: el respeto de los derechos humanos de los migrantes y sus familias que serán tratados con igualdad y no discriminación, no criminalización especialmente de las personas en situación irregular e interés superior del niño.

Ante esto, existe una complementariedad con nuestra Ley de Migraciones por Decreto Legislativo N° 1350, que rige actualmente y sobre la cual profundizaremos en diferentes aspectos teniendo en consideración ser enfocada y analizada respecto a la niñez migrante; partiremos desde donde los orígenes de la misma.

4.3.1. Historia y/o aportes de la legislación nacional

La primera ley de extranjería que tuvo nuestro país fue en el gobierno del entonces presidente Alberto Fujimori, por medio del Decreto Legislativo N° 703 del 5 de noviembre de 1991, la cual nunca llegó a ser reglamentada. Dentro de la misma a los niños se les hacía referencia únicamente con el término de hijos, incluyéndolos en la unidad familiar sin mayor desarrollo, más que nada el Decreto poseía un enfoque de seguridad nacional.

Posterior a ello, en el año 2015 llegó el Decreto Legislativo N° 1236 bajo el mandato del ex presidente Ollanta Humala, donde si bien se reconoció el principio de interés superior del niño; el supuesto de viajar sin sus padres y el no ser sancionados por ser niños, nuevamente no existió desarrollo de algún otro aspecto respecto a la niñez, podríamos rescatar que sí consideraron el principio de no criminalización de la irregularidad. Sin embargo, no fue reglamentado este Decreto y nunca entró en vigor.

Finalmente, en este tan breve paso por la normativa migratoria, se logra promulgar de forma oficial en el Diario Oficial El Peruano el 7 de enero de 2017 la que es nuestra actual normativa migratoria; el Decreto Legislativo N° 1350 en el gobierno de Pedro Pablo Kuczynski Godard, destacando de este Decreto con su Reglamento que se posicionarían como un marco normativo integral, diferenciándose por una mirada más inclusiva, especialmente reconociendo a los niños explícitamente como grupo vulnerable.

4.3.2. Ley de Migraciones por Decreto Legislativo N° 1350

4.3.2.1. Principios vinculados a la niñez migrante

En el Título Preliminar del presente Decreto, se consignan 12 principios², de los cuales expondremos los más saltantes vinculados a la temática del presente capítulo como lo es la regularización, sin perder de vista la población sobre la cual gira nuestra investigación como lo es la niñez migrante en situación irregular:

- a. Principio de interés superior del niño y adolescente: Desarrollado en el segundo capítulo de nuestro trabajo de investigación, en donde como establece la norma ninguna institución de cualquier nivel del Estado debe ser ajeno a este principio, sino que deberá incluirlo en todas las decisiones que involucren niños. Ante ello, al encontrarse en la ley migratoria se interpreta que la más alta entidad, la Superintendencia Nacional de Migraciones, tendrá en consideración dicho principio para aplicarlo en los diversos procesos

² Principio de respeto a los derechos fundamentales; Principio de soberanía; Principio de reconocimiento del aporte de los migrantes en el desarrollo del país y del principio del libre tránsito; Principio de integración del migrante; Principio de unidad migratoria familiar; Principio de interés superior del niño y adolescente; Principio de no criminalización; Principio de integralidad; Principio de unidad de acción; Principio de reciprocidad; Principio de formalización migratoria.

migratorios que involucren niños y niñas migrantes, sin importar su condición administrativa regulatoria.

- b. Principio de Unidad Migratoria familiar: Este principio se encuentra entrelazado al anterior ya que, considerando el interés superior del Niño, el Estado aplica este principio que consiste en velar y garantizar que las familias permanezcan unidas, ello debe prevalecer sobre la deportación sin importar las situaciones administrativas regulatorias que posean tanto los padres como los hijos, debe primar el bienestar, la protección y estabilidad en todos los niveles de los niños migrantes.
- c. Principio de no criminalización: La norma señala que este principio es aplicado y utilizado como directriz en la Política Migratoria, algo muy positivo y relevante reflejando que el país respalda una posición de respeto a los derechos humanos del migrante y no comprender el acto de migrar como un delito sin importar las circunstancias o estados administrativos migratorios resultado de los mismos.
- d. Principio de formalización migratoria: Consiste según la norma, en las diversas opciones que facilita el Estado para que los migrantes puedan ingresar y permanecer en territorio peruano, para de esta manera prevenir vulneraciones a su persona y derechos. Al respecto, a la luz de este principio, los procesos de regularización no deberían brindar opciones únicamente a personas que ingresen de manera “regular” sino que deberán ser inclusivas también con las personas en situación irregular en especial a los niños en dicha situación; ya que como bien señala la norma hay una relación directa entre la regularización y derechos.

Por tanto, se observa que la ley sí recoge principios que se encuentran enmarcados en el respeto de los derechos humanos de las personas migrantes y sus familias, este reconocimiento plasmado en la norma se debe al compromiso que el país reconoce asumió en la suscripción de tratados internacionales, así se indica en la Política Nacional Migratoria 2017-2025.

4.3.2.2. Derechos y deberes de los migrantes

Como bien se encuentra en uno de los principios, el Estado, así como ostenta soberanía sobre el territorio, también posee la responsabilidad de garantizar el goce de los derechos de las personas que habitan en su territorio, por lo cual el artículo 9 del Decreto Legislativo N° 1350 expresa en sus incisos:

9.1 El Estado reconoce al extranjero el goce y el ejercicio de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política del Perú, tales como el acceso a la salud, a la educación y trabajo en igualdad de condiciones que los nacionales, salvo las prohibiciones y limitaciones establecidas en la norma vigente.

9.2 El Estado proporciona al extranjero información sobre los requisitos para su ingreso, permanencia, residencia y salida del territorio nacional, y cualquier otra información que sea necesaria.

Además, en el Reglamento de la Ley de Migraciones de los artículos 7 al 11 se contempla de forma detallada el acceso a servicios de salud; el acceso a la educación garantizando el acceso de educación pública; acceso a la justicia; acceso a programas y servicios sociales (tales como del Ministerio de la Mujer y Ministerio del Desarrollo) y el reconocimiento de derechos laborales; en cada uno haciéndose la precisión de forma literal “aún en situación irregular” “incluidas la situación migratoria irregular”.

Cabe precisar, que a pesar de los prejuicios comunes donde la población considera que los extranjeros solo obtienen beneficios y ninguna obligación debe precisarse que están equivocados, debido a que se encuentran tipificadas en el **décimo artículo** del Decreto ya mencionado, las cuales citaremos a continuación:

10.1. Exhibir su documento de identidad o viaje que acredite su situación migratoria vigente, cuando le sean requeridos por MIGRACIONES, la Policía Nacional del Perú, y en el ámbito de sus competencias, por las demás autoridades peruanas.

10.2. Ingresar y salir del país a través de los puestos de control migratorio y/o fronterizo, habilitados.

10.3. Mantener su situación migratoria regular para la permanencia o residencia en el territorio nacional y pagar oportunamente las tasas que le corresponda.

10.4. Proporcionar oportunamente a MIGRACIONES la información que corresponda para mantener actualizado el Registro de Información Migratoria.

10.5. Desarrollar únicamente las actividades autorizadas en la vida o Calidad Migratoria otorgada.

10.6 Respetar el marco normativo vigente, en especial en lo referido al legado histórico y cultural del Perú.

De esta manera, valoramos que exista dentro de la legislación migratoria artículos explícitos que reconocen derechos y deberes, ello nos demuestra el motivo de diferenciación de sus predecesoras, su enfoque más completo incluyendo derechos humanos como el acceso a salud, educación, igualdad etc., por lo que la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (2013) cierra la idea diciendo que:

Mediante dicho enfoque se busca fortalecer las capacidades de los titulares de derechos para que los hagan valer, y que los titulares de deberes cumplan con sus obligaciones. En el marco de la gobernanza de la migración, resulta aún más interesante, ya que el enfoque eleva los objetivos sobre políticas y las prácticas a normas y principios reconocidos con legalidad internacional, ofreciendo con ello una visión universal y clara de la aplicación a los Estados. (p.32)

4.3.2.3. Calidades migratorias y Opciones relevantes que brinda la Superintendencia Nacional de Migraciones para la niñez migrante

La Superintendencia Nacional de Migraciones, 2017 y el Reglamento de la Ley de Migraciones DL 1350-2017, en el art. 53 establece que “las calidades migratorias le otorgan a la persona extranjera una condición de estadía regular en el territorio nacional”.

Las calidades migratorias, podríamos explicarlas como las distintas opciones que contienen características particulares que se adecúan a diferentes perfiles de migrantes, ejemplificando ello existen calidades migratorias para turistas; para artistas; para diplomáticos; para investigadores etc., quienes pueden buscar permanecer en territorio peruano de forma temporal o permanente, existiendo en nuestra norma un total de 27, siendo 9 temporales y 18 catalogadas como de residencia.

Sin embargo, en el caso particular de la niñez migrante en situación irregular no existe un acceso directo y factible a cada una de ellas, ya que no todos los perfiles de niñez migrante calzan con todos los requisitos que se solicitan para adherirse a cada calidad, esto se debe a que cada realidad del infante es muy diversa, cuenta con factores únicos como : **el ingreso al territorio peruano sin papel alguno, contar con un PTP vencido, o estar en calidad de turista y tornarse en situación irregular por exceso de**

permanencia, etc., todo ello origina que cada vez más se reduzcan las opciones de poder lograr la ansiada regularización.

Dicho esto, ante lo mencionado anteriormente, en el siguiente cuadro plasmaremos una breve selección de calidades y opciones relevantes, por medio de las cuales los niños, niñas y adolescentes migrantes podrían optar por una regularización:

Tabla 13

Calidades migratorias y opciones relevantes que brinda la Ley de Migraciones para la regularización de niños migrantes en situación irregular

Calidad Migratoria/ Carné/ Acreditación	¿En qué consiste?	¿Pueden acceder los migrantes en situación irregular?	Aspectos y/o limitaciones a considerar
Humanitaria	Pertenece a las calidades de residencia estipuladas en el art 80, inciso k) del Reglamento del D.L. N° 1350. Según Res. Minist. N° 0207-2021 del 16 de junio de 2021 se establece en su Artículo I: a. Quienes no reúnen los requisitos para la protección de asilado o refugiado y se encuentren en una situación de gran vulnerabilidad o peligro de vida, en caso abandono del territorio peruano o quien requiere protección en atención a una grave amenaza o acto de violación o afectación, de sus derechos fundamentales b. Solicitantes de refugio o asilo.	Sí, porque existen niños en situación administrativa irregular, que se encuentran en situaciones de una alta vulnerabilidad o que requieran protección ante una afectación o grave amenaza a sus derechos.	Migraciones ha dispuesto que el Ministerio de Relaciones Exteriores efectúe el registro y aprobación de esta calidad; pero debe brindarle la información al respecto como paso importante. Por el momento en la práctica está siendo recientemente implementada. Brinda un plazo de 183 días de permanencia, algo importante es que puede prorrogarse hasta un año cada vez, pero sólo si persisten las mismas condiciones de gran vulnerabilidad que cuando se le otorgó la calidad a la persona.
Vulnerabilidad	Es una acreditación y no una calidad migratoria en sí. Conforme a la Resolución de Superintendencia N°000056-2019 del 13 de febrero del 2019 que aprueba la Directiva “Acreditación de personas extranjeras en situación de vulnerabilidad”, se les podría otorgar permiso temporal o de residencia pertinente, expresando lo siguiente: Art. 11° del D.L. N° 1350, Ley de Migraciones, la Superintendencia Nacional de Migraciones - tiene la potestad de poner en conocimiento de las autoridades competentes las situaciones de vulnerabilidad en que se encuentren las personas migrantes, para la adopción de las acciones administrativas o jurisdiccionales que correspondan para la protección de sus derechos, en particular las referidas a niños, niñas y adolescentes.	Sí, porque existen niños en situación administrativa irregular, que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad en especial una extrema que puede afectar su salud, vida e integridad.	El art. 227, del Reglam. del D.L. 1350 Ley de Migraciones, entre los supuestos de personas que califican como vulnerables figuran en el inc. c) situación migratoria irregular y en el inciso g) niñas, niños y adolescentes Se requiere documentación que acredite efectivamente la situación de vulnerabilidad : en caso de salud: certificados médicos, de preferencia emitidos por el Estado, o para acreditar pobreza, un informe social. Esta situación de vulnerabilidad debe persistir para una renovación en caso sea necesario

			En Migraciones existe una Sala para este proceso.
Carné de permiso temporal de permanencia CPP	Establecido en el D.S. N°10-2020-IN, brinda la opción de realizar un procedimiento administrativo de regularización Migratoria para personas extranjeras con situación migratoria irregular; en los incisos de su artículo 5 se expone: 5.2 Como consecuencia del procedimiento para la obtención del Permiso Temporal de Permanencia, MIGRACIONES emite el Carné de Permiso Temporal de Permanencia - CPP, con vigencia de un (1) año calendario. Su otorgamiento acredita la situación migratoria regular en el país, habilitando a la persona extranjera beneficiaria a desarrollar actividades en el marco de la legislación peruana. 5.3 Antes del vencimiento del documento otorgado, la persona beneficiaria debe optar por una de las calidades migratorias establecidas en la normativa migratoria vigente, según su situación personal o por la actividad que desarrolla en el territorio nacional.	Sí, ya que se encontrarían incluidos en la población de situación migratoria irregular	Para los niños, niñas y adolescentes existen requisitos específicos y adicionales que se deben considerar, conforme al art 8 del Decreto Supremo mencionado. Requiere que los padres estén en situación administrativa regular en el país para poder regularizar a los NNAS
Por formación	Consiste que las personas extranjeras que deseen estudiar en territorio peruano puedan hacerlo y para obtener esta calidad migratoria para ser residente de acuerdo al art 83 del D.L. N° 1350 se aplicaría en los siguientes casos: a) Educación Básica, Educación Técnico-Productiva, Institutos de Educación Superior (IES) o Escuelas de Educación Superior (EES), conforme a la legislación que regula la materia b) Educación universitaria, en las modalidades de estudios generales de pregrado y estudios de postgrado (...) c) modalidades formativas laborales establecidas en la normativa nacional de la materia d) Otras modalidades de estudio(..).	Sí, porque al estar orientada esta calidad en el ámbito de estudios ya sea desde educación básica hasta la universitaria se verían incluidos los niños, niñas y adolescentes.	Se deben presentar una serie de documentos conforme a los requisitos y se paga por el trámite una tarifa de 117.60 nuevos soles. Requiere que el niño, niña o adolescente haya ingresado de forma regular al país Como requisito se solicita demostrar tener solvencia económica.
Especial residente	Expuesta en el Decreto Legislativo N° 007-2017-IN, en el inciso a) del art 2.2 que explica que esta calidad: “Es otorgada por MIGRACIONES a aquellos extranjeros que, habiendo ingresado al país requieran regularizar su situación migratoria. Esta le permite al extranjero múltiples ingresos al país y realizar actividades lucrativas de forma subordinada o	Sí, esta calidad es de mucha utilidad específicamente para casos de niños migrantes que ingresaron cuando estaba vigente el PTP (permiso temporal de	Para acceder a esta calidad previamente han tenido que encontrarse un año de permanencia temporal en el país Pagar la tarifa de 117.60 soles y adicionalmente de los documentos que solicitan a las personas adultas, los niños

	independiente en los sectores público y/o privado. El plazo de permanencia es de hasta trescientos sesenta y cinco (365) días , prorrogables, salvo disposición expresa de la norma de regularización aprobada”	permanencia) y se les venció.	poseen documentos específicos.
Por familiar residente	Como bien indica el art 89 del D.L. N° 1350: 89.1, MIGRACIONES otorga esta calidad migratoria a aquellas personas extranjeras que mantengan vínculo familiar comprobado con nacionales o con personas extranjeras residentes en territorio peruano, de acuerdo a los alcances establecidos en el artículo 38° del Decreto Legislativo, 89.2 En caso que el vínculo familiar sea con una persona extranjera residente, ésta deberá encontrarse en situación migratoria regular.	Sí, porque existe la posibilidad que el niño, niña o adolescente pueda estar en situación migratoria irregular pero sus padres o hermano mayor cuente con la residencia, podría acceder por medio de ellos.	Para familiares de peruanos se brinda una permanencia de dos años en territorio nacional y en caso de familiar extranjero residente, se brinda permanencia de un año . Se deben presentar una serie de documentos conforme a los requisitos y se paga por el trámite una tarifa de 117.60 nuevos soles. Podemos agregar que si un adulto posee alguna calidad migratoria de residencia el niño migrante podría obtener la calidad por familiar residente. Requiere que el niño, niña o adolescente ingrese al país de manera regular
Calidades a las cuales los Padres de Niños Migrantes pueden encontrarse adheridos, pero que podrían regularizar a sus hijos por medio de familiar residente			
Calidad de Residencia a que pueden adherirse solo Padres, Madres, Familiares y/o Apoderados, no Niños, Niñas o Adolescentes: • Cooperante: calidad en virtud de tratados y convenios, a personas que brindan asistencia social, no permite realizar actividades lucrativas. • Designado: otorgada a persona extranjera que pertenece a una corporación internacional con especializaciones especificadas en la norma, no puede realizar actividades lucrativas. • Intercambio: brindado a personas que realicen intercambio cultural, de investigación, dictar seminarios etc., en virtud de tratados y convenios internacionales de los que el Perú es parte. No pueden realizar actividades remunerativas. • Inversionista: calidad para personas extranjeras que desean desarrollar o establecer inversiones en el marco de la ley peruana. • Investigación: establecida para personas que poseen conocimientos científicos, tecnológicos, pueden realizar actividades lucrativas tanto para sector público como privado. • Trabajador: otorgada a personas que deseen trabajar de forma dependiente o independiente, debiendo contar con un RUC activo y con un respectivo contrato. • Rentista: calidad para personas extranjeras que poseen una jubilación o renta de fuente peruana como denomina la norma.		En el caso de estas calidades cabe señalar que con relación a los niños migrantes en situación administrativa irregular debemos aclarar que no es que los niños tramiten o accedan a las mismas; sino que ellos tramitarían la ya mencionada calidad por “familiar residente”, en caso uno de sus padres, familiar o apoderado cuente con una de las calidades de residencia; y como ya se mencionó si el niño, niña o adolescente cuenta con ingreso regular al territorio peruano.	

• Permanente: otorgada a personas extranjeras que de manera consecutiva han residido en el país por tres años. • Convenios Internacionales: calidad brindada en el marco de los convenios y tratados de los cuales el país es parte, mediante los cuales se pueda establecer la residencia. • Consular: calidad establecida para personas que desempeñen actividades consulares. • Diplomático: De acuerdo a la norma esta calidad está dirigida para aquellos que por encargo de su gobierno desempeñen funciones diplomáticas. • Oficial: otorgada a la persona que por solicitud de su gobierno o de una Organización Internacional cumpla funciones oficiales. • Familiar de Oficial: la presente calidad está orientada a la unidad familiar y conforme la norma la recibe un nacional que retorna al país al término de cumplir funciones diplomáticas, consulares u oficiales	
---	--

Fuente: Elaboración propia

En primer lugar, podemos apreciar que tanto la calidad humanitaria como la acreditación por vulnerabilidad poseen la necesidad de que persistan las condiciones que originaron ese estado de indefensión, y si bien es distinguible el hecho que las entidades del estado tipifiquen este tipo de opciones para la población migrante, lo que en teoría son medidas de protección efectivas, en la práctica, enfocándonos en la niñez, se presentan notables trabas ya que la calidad humanitaria está siendo recientemente aplicada en NNAS, y en el caso de la acreditación por vulnerabilidad puede tornarse en un proceso poco amigable, en donde se requiere invertir económicamente en documentación probatoria y en el cual no hay criterios establecidos para determinar si es meritoria la obtención de la acreditación.

Asimismo, respecto a las opciones de regularización para la niñez, de las más recomendadas serían: primero la de formación, ya que el perfil es amplio al abarcar estudiantes desde educación básica, lo que para nuestro país en primaria representa desde los 6 o 7 años, hasta universitarios, lo cual incluye también adolescentes, y segunda, la de “familiar residente” ya que brindaría a un niño o adolescente de manera eficaz y rápida una calidad migratoria si cuenta, como ya se expuso, con un familiar extranjero en situación regular en territorio peruano.

Sin embargo, algo que hay que puntualizar es que estas opciones no podrán ser beneficiosas a todos los niños, niñas y adolescentes migrantes en situación administrativa

irregular porque entre los requisitos existen limitantes, como para la calidad migratoria por formación se requiere demostrar tener solvencia económica ya sea del extranjero o de fuente nacional, y sabemos que no todos los niños en situación migratoria irregular cuentan con los recursos para estudiar, o algo muy real no pueden pagar el derecho de trámite (117.60 soles) que requiere Migraciones. Además, en el caso de ambas calidades (de formación y de familiar residente) requieren que el niño posea un ingreso regular al país, es decir podría aplicarse para aquellos que se tornaron irregulares por exceso de permanencia, mas no para aquellos con ingreso irregular, lo que limita a un gran grupo de niños, niñas y adolescentes.

Por otro lado, es digno de analizar que los adultos migrantes poseen una amplia gama de opciones con más de diez tipos de calidades migratorias como las mencionadas en la Tabla N° 13, sin embargo los niños, niñas y adolescentes no poseen esa igualdad de opciones de calidades exclusivas o destinadas para ellos como grupo vulnerable, y no solo ello, sino que todavía se ven limitados a esperar ser “absorbidos” como parte de grupo familiar ya sea por sus padres, algún familiar o apoderado que posean la calidad de residente.

Finalmente, existen diversas formas para que los niños puedan regularizarse **en la teoría**, pero también en contraste con la realidad sabemos que cada opción presenta sus dificultades, desde el tema de falta de recursos para tramitar todos los requisitos solicitados o no contar con el apoyo de adultos en situación regular que puedan realizar los trámites del niño. Sin embargo, no podemos dejar de mencionar una opción más para que la infancia migrante en situación irregular pueda acceder de alguna forma a la regularización, esta es el refugio, la desarrollaremos en el siguiente punto.

4.3.3. Sistema Nacional de Refugio

Casi la mitad de personas **desplazadas por la fuerza** en el mundo son niños: más de 12 millones de niñas y niños. Muchos niños refugiados viven toda su infancia en el desplazamiento, con la incertidumbre sobre su futuro. Los niños- refugiados, desplazados internos o apátridas-corren mayor riesgo que los adultos de ser víctimas de abuso, abandono, violencia, explotación, trata o reclutamiento forzoso por grupos armados (...). (ACNUR, 2012, p.7)

Lo descrito en la cita es una realidad que continúa hasta el día de hoy, donde lo que distingue a una persona refugiada es su condición de desplazada forzosamente y no una decisión personal, motivada y libre por distintos factores, sean económicos, políticos, sociales, etc. En el caso de los niños, se encuentran más expuestos a riesgos y desprotegidos no sólo en el tránsito sino al establecerse en un nuevo territorio, es por ello que los Estados deben actuar y contar con un sistema que acoja a esta población; en las siguientes líneas desarrollaremos lo más relevante de esta temática de refugio.

4.3.3.1. ¿Quién es un refugiado?

Antes de adentrarnos al sistema de refugio, debemos partir por lo central y es tener claro el concepto de “refugiado”, para lo cual iniciaremos por la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, del 28 de julio de 1951, que tuvo lugar en Ginebra, Suiza, y que, en su primer artículo inciso A, expresa lo siguiente:

Que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951 y 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.

Después de 16 años, el Protocolo sobre el Estatuto de Refugiados en 1967 hace una precisión al concepto brindado en la mencionada Convención la cual tuvo un afán humanitario luego de los estragos que dejó la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, para que no únicamente las personas afectadas por la Guerra gocen del refugio restringiendo el acceso a otra parte de la población que en general podría necesitarlo, se estableció en el segundo inciso de su primer artículo que:

2. A los efectos del presente Protocolo y salvo en lo que respecta a la aplicación del párrafo 3 de este artículo, el término "refugiado" denotará toda persona comprendida en la definición del artículo 1 de la Convención, en la que se darán por omitidas las palabras "como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951 y ..." y las palabras "... a consecuencia de tales acontecimientos".

A pesar del esfuerzo de hacer la precisión referida, con la afluencia de refugiados el concepto todavía no abarcaba lo suficiente, al ser un fenómeno que va transformándose y alcanzando dimensiones nuevas surgiendo una preocupación al respecto, lo cual trajo como consecuencia que se reúnan representantes de 10 países latinoamericanos y expertos de 12 países en el “Coloquio sobre la Protección Internacional de los Refugiados” creándose así la Declaración de Cartagena sobre Refugiados celebrado en Cartagena, Colombia en 1984. Allí en la tercera parte, donde se detallan las conclusiones, se deja establecido que:

Tercera: (...) la definición o concepto de refugiado recomendable para su utilización en la región es aquella que además de contener los elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, considere además también como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.

La Declaración de Cartagena es un gran aporte, no es de carácter vinculante mientras no se incluya en la ley nacional, ello no significa que reemplace lo establecido anteriormente, solo que ahora proporciona nuevas variantes como el conflicto interno; la violación masiva de derechos humanos, la agresión extranjera y más; generándose así un marco más amplio que los países pueden tomar en consideración, tal como lo ha hecho el Perú en el artículo 3³ de su Ley de Refugio.

4.3.3.2. Ley N° 27891: Ley del Refugiado y su Reglamento.

La Ley N° 27891, del 20 de diciembre de 2002, art. 1, indica que tiene como finalidad regular “el ingreso, el reconocimiento y las relaciones jurídicas del Estado

³ Artículo 3.- Se considera como refugiado: a) A la persona que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de 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 b) A la persona que se ha visto obligada a huir de su país de nacionalidad o de residencia habitual por causa de la violación masiva de los derechos humanos, agresión extranjera, conflicto interno, ocupación o dominación extranjera; o en razón de acontecimientos que perturben gravemente el orden público c) A la persona que encontrándose legalmente en el territorio de la República, debido a causas sobrevinientes surgidas en su país de nacionalidad o de residencia, no puede o no quiere volver a dicho país debido al temor de sufrir persecución de acuerdo al inciso a) del presente artículo.

peruano con el refugiado”, cuenta con Reglamento con el Decreto Supremo N° 119-2003-RE, donde se exponen de manera más extensa.

4.3.3.2.1. Principios

En el Reglamento de la Ley de Refugio se establece que el trato dirigido hacia la población migrante estará basado en principios, los cuales consisten en lo siguiente:

- a. Las autoridades no podrán imponer sanciones por entrada o permanencia irregular en el territorio donde la persona solicita la condición de refugiado; aspecto importante ya que, si a los niños les computan sanciones monetarias, sus padres podrían verse afectados y afectar a la unidad familiar.
- b. Se establece prohibición explícita a la expulsión de cualquier persona que solicite refugio o que se vea condicionada a retornar a su país de origen, por lo que podrá permanecer en el país hasta que haya concluido el proceso de calificación con una decisión final respecto a la solicitud del procedimiento de refugio. Este principio es la esencia del derecho que poseen los refugiados a la no devolución.
- c. Se puede extender la calidad de refugiado al cónyuge, hijos o personas que acrediten una dependencia económica de la persona que solicita refugio. Ello, hace que el refugio se vuelva otra opción a la cual nuestra población de estudio, como son los niños y las niñas en situación irregular, puedan acceder a la protección jurídica.
- d. La información que brindan los refugiados es privada, en el caso de los niños esto debe tener mayor consideración por tratarse de menores de edad, se debe considerar la aplicación del derecho a ser oído y contar con funcionarios con capacitación para tratar a esta población vulnerable.

4.3.3.2.2. Derechos y obligaciones de los refugiados

En la Ley N° 27891, art. 20, está establecido que los refugiados poseen los mismos derechos y obligaciones que la Constitución y la Ley Migratoria otorga a un extranjero que habita en territorio peruano; en este aspecto el Ministerio de Relaciones Exteriores, Encuentros: Servicio Jesuita de la Solidaridad y ACNUR elaboraron una “Guía de Información para refugiados y solicitantes de la condición de refugiado en Perú”⁴ que indica en lo sustancial lo siguiente:

a. Derechos de los refugiados y solicitantes.

- Derecho a la no devolución: Como ya se desarrolló en el punto anterior de los principios consiste en que las personas que solicitan el refugio o que son ya refugiadas no pueden ser echadas del territorio peruano, porque ante los múltiples riesgos que pueden atentar su integridad y vida se antepone una condición migratoria y la protección a su persona.
- Derecho a transitar libremente: Ningún solicitante de refugio o refugiado puede ser detenido por alguna autoridad peruana, basta con la presentación de su documentación brindada por el Ministerio de Relaciones Exteriores.
- Derecho al trabajo: Los solicitantes de refugio o refugiado pueden ser contratados en empleos que respeten el marco de la ley nacional, debemos señalar que los niños son una población que no se ven incluidos en este derecho al estar prohibido el trabajo infantil en nuestro país.
- Derecho a la salud y educación: Estos dos derechos básicos trabajados con amplitud en el capítulo anterior, son de gran importancia que los gocen personas de tanta vulnerabilidad como los solicitantes de refugio y refugiados inscribiéndose en centros educativos y asistiendo a centros de salud públicos, los cuales no deberían hacer distinción alguna priorizando entre su atención a la niñez.

⁴https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/RefugiadosAmericas/Peru/Guia_para_refugiados_y_solicitanes_de_la_condicion_de_refugiado_en_Peru.pdf

b. Obligaciones de los refugiados y solicitantes. En la Guía se mencionan las siguientes:

- Respetar las leyes nacionales, provinciales y/o municipales.
- Respetar a los organismos públicos y privados.
- Estar pendientes de renovar su documentación provisional, que le permite estar en el país mientras dura su procedimiento de refugio.
- Informar su domicilio y correo electrónico, y tenerlo actualizado.
- Informar a la Secretaría Ejecutiva cuando tenga pensado realizar un viaje fuera del país.

4.3.3.2.3. Procedimiento para obtener la calidad de refugiado

Al haberse desarrollado la conceptualización de un refugiado así como sus derechos y obligaciones, falta abordar un punto central y es cómo se logra obtener lo expuesto, se debe aclarar ante todo que para poder iniciar este procedimiento la persona no puede estar fuera del país, debe formularlo en la frontera o dentro del Perú, ya que el primer paso de todo este procedimiento es presentar por escrito una solicitud de refugio y en el artículo 18 del Reglamento de la Ley de Refugio se especifica que:

Art 18.- La solicitud de refugio deberá ser presentada:

- a) En las fronteras, puestos de control migratorio y reparticiones policiales o militares
- b) Ante la Comisión Especial, en cuyo caso podrá efectuarse personalmente, por representante legal o a través del ACNUR, con el consentimiento del interesado.

Cabe resaltar, que la Comisión Especial para los Refugiados pertenece al Ministerio de Relaciones Exteriores y usando las palabras del artículo 7 de la Ley de Refugio “es el órgano encargado de recibir, estudiar, procesar, resolver lo correspondiente a la solicitud de reconocimiento de refugio”, esta Comisión resuelve en primera instancia, es decir que resolverá ante la solicitud de refugio si a la persona en cuestión se le reconoce la condición de refugiado, se puede impugnar la decisión ante esta misma entidad en 15 días hábiles o de lo contrario una apelación ante la Comisión Revisora para Asuntos de Refugiados.

Por otro lado, efectuada la presentación de la solicitud (en esta coyuntura de pandemia se realiza de manera virtual) deberá esperar a que se le asigne una fecha de cita

de entrevista, en el artículo 22 del Reglamento de la Ley de Refugio se explica que “el solicitante de refugio será entrevistado por el Secretario Ejecutivo de la Comisión Especial o su representante”, tiene derecho a tener dicha entrevista en la cual deberá exponer de la manera más clara brindando todos los datos y hechos vividos que motivaron su solicitud.

Finalmente, en un plazo máximo de 60 días hábiles, la Comisión emite una resolución con la fundamentación a detalle respecto de la solicitud, en caso de aprobarla la persona adquiere la condición de refugiado y podrá tramitar un Carné de Extranjería en Migraciones; de lo contrario podrá impugnar como se mencionó en párrafos anteriores la decisión en cuestión.

4.4. Documentos Migratorios en el Sistema Nacional

4.4.1. Carné de solicitante de refugio

En el sistema de refugio, como ya se mencionó, inicia con la presentación de una solicitud, sin embargo, puede surgir la interrogante de qué sucede con la persona que se encuentra en ese intervalo de espera de su entrevista, o de esperar que se emita la resolución decisoria, pues no puede quedar desamparada en el país.

De esta manera, existe el llamado Carné de solicitante de refugio que permite, como su nombre lo expresa, otorgarle identificación a aquellos que son solicitantes de refugio; en la norma de refugio peruana se hace referencia a éste denominándolo como “documento provisional” lo cual conlleva lo que se expresa en el artículo 14 de la Ley de Refugio:

Art. 14°:

14.1 Mientras se encuentra en trámite la solicitud de refugio, la Comisión Especial para los Refugiados expide al solicitante un documento que acredite que su caso se encuentra en proceso de determinación, lo cual no significa el reconocimiento de la calidad de refugiado

14.2 Dicho documento faculta al solicitante a permanecer en el país mientras su solicitud se resuelve en forma definitiva y lo autoriza provisionalmente a trabajar

14.3 La vigencia del documento provisional es de 60 días hábiles, pudiendo ser renovado a criterio de la Comisión Especial para los Refugiados.

Para culminar, este documento, así como brinda la identificación, el derecho al libre tránsito y al trabajo como bien ya se explicó, debemos precisar que el solicitante de refugio debe ser responsable y renovar su Carné para evitar situaciones que puedan afectarlo.

4.4.2. Permiso temporal de permanencia

Art. 6: El PTP es un documento emitido por MIGRACIONES que puede ser verificado en línea, a través del cual se acredita la situación migratoria regular en el país y que habilita a la persona beneficiaria a desarrollar actividades en el marco de la legislación peruana. (Superintendencia Nacional de Migraciones, Decreto Supremo 002-2017)

En la cita del Decreto Supremo N° 002-2017, del 3 de enero de 2017, se muestra la conceptualización del Permiso Temporal de Permanencia, que en un inicio permitía que las personas venezolanas cuyo ingreso fue de forma regular al país antes de abril de ese año o ante un exceso de permanencia, podrían acceder a este documento para de esta forma regularizarse, ampliando meses después, por medio del Decreto Supremo N° 023-2017, del 29 de julio, el margen de tiempo, incluyendo a los migrantes con ingreso ya no solo de abril sino hasta el 31 de julio.

Luego de ello, al año siguiente continuó la ampliación de las fechas de ingreso hasta el 31 de diciembre de 2018, de igual manera podrían tramitar su PTP, por medio de los Decretos Supremos N°s 001 y 007-2018. Sin embargo, el 25 de agosto de ese año se comenzó a exigir el ingreso con pasaporte y, a inicios del 2019 ello tomó mucha más fuerza trayendo como consecuencia aspectos desfavorables para la población migrante, así, en el “Informe Alternativo al Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares Perú 2020”⁵ señalaron lo siguiente:

El 15 de junio del 2019, manteniendo el fin de restringir el acceso a su territorio, Perú anunció que las personas venezolanas necesitaban visa humanitaria para entrar en el país. De acuerdo a la regulación pertinente, mediante la presentación del pasaporte y de los antecedentes penales apostillados, la visa humanitaria se podía solicitar en un consulado peruano en Venezuela, Ecuador o Colombia. No obstante, el requisito de presentar los antecedentes penales antes de

⁵<https://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2020/12/21213437/Versi%C3%B3n-Digital-Informe-alternativo-diagramado.pdf>

entrar al país, sumado a la complicación de obtener un pasaporte, convirtió a la visa humanitaria en un nuevo obstáculo para poder ingresar de manera regular. (...) Finalmente, para aquellas personas que no tramitaron previamente el PTP hasta diciembre de 2018 y no califican para las calidades migratorias disponibles ya no cuentan con alternativas migratorias regulares en el Perú. (p. 20-21)

Concluimos que el Permiso Temporal de Permanencia fue una iniciativa positiva porque brindaba una regularización en el país por el periodo de un año con posibilidad de prórroga y sobre todo facultaba al migrante la posibilidad de trabajar formalmente en él, pero tal cual explica la cita en el párrafo anterior el enfoque migratorio inclusivo dio un giro bastante restrictivo obstaculizando con dichos requerimientos que se logre la regularización, sin considerar en la práctica realmente a los más vulnerables como los niños logrando el efecto contrario a lo que se debería tener aún: más migrantes en situación administrativa irregular en desprotección.

4.4.3. Carné de extranjería

Art. 17: El Carné de Extranjería es el documento de identidad oficial para los extranjeros en el territorio nacional, a los que se les otorgue la Calidad Migratoria de Residente, emitido por MIGRACIONES para acreditar su identidad y residencia en el Perú. Las condiciones para su otorgamiento se regulan de acuerdo a las disposiciones reglamentarias especiales que emite MIGRACIONES. (Superintendencia Nacional de Migraciones, 2017, DL 1350)

Anteriormente presentamos las calidades migratorias y por medio de las mismas se puede llegar a obtener el citado documento de tal importancia denominado “Carné de extranjería”, documento reconocido por la única y máxima autoridad migratoria del país, la Superintendencia Nacional de Migraciones del Perú.

Además, en su propia definición hace referencia a las calidades migratorias especificando las que se encuentran orientadas para la residencia, por ejemplo: por formación, por familiar residente, humanitaria, trabajador, convenios internacionales, religioso, consular, etc.; cada una con sus requisitos particulares.

Cabe resaltar que este documento no sólo tiene la función de identificar extranjeros, así como para nosotros los nacionales equivale al documento nacional de identidad (DNI), sino que permite el acceso formal como al servicio de salud, y el carecer

de este representa en la realidad trabas para gozar del derecho a educación; ya que para el Estado Peruano el poseer un carné de extranjería se reconoce una estancia “regular” acorde a todo lo establecido.

Sin embargo, la realidad de los migrantes y en especial de los niños en situación irregular dista mucho de ello, lo que nos deja con la pregunta ¿Cómo regularizar la situación de los niños, niñas y adolescentes migrantes en situación irregular? ya que no todos encajan con el perfil requerido para adherirse a alguna calidad migratoria anteriormente mencionada, por lo cual una de las medidas más recientes para incluirlos es el ahora denominado CPP: “Carné de Permiso Temporal de Permanencia”.

4.4.4. Carné de permiso temporal de permanencia

Como bien ya se hizo mención en la Tabla 13, por medio del **Decreto Supremo N° 010-2020** publicado el jueves 22 de octubre de 2020 en el Diario Oficial El Peruano, se les brinda la posibilidad a personas extranjeras de realizar un procedimiento administrativo de regularización migratoria, con el cual obtendrán el mencionado Carné de Permiso Temporal de Permanencia denominado CPP, durando el periodo de un año.

Así, para mayores de edad se solicitan una serie de requisitos para su obtención, así, en el artículo 6 del Decreto son presentados los siguientes: solicitud de inicio del procedimiento, recibo y fecha de pago, declaración jurada que contiene diversos aspectos como no tener antecedentes de ningún tipo y una copia simple del recibo de servicio público en el que conste el domicilio declarado en la solicitud.

Por otro lado, si nos enfocamos en nuestra población de interés: los niños, niñas y adolescentes en situación irregular, también son incluidos en esta opción pues sumado a los requisitos mencionados en el párrafo anterior, poseen sus propios requisitos que son contemplados en el artículo 8 del mencionado Decreto:

Art. 8:

Adicionalmente (...) se deben cumplir con los siguientes condiciones y requisitos

1) La solicitud que da inicio al procedimiento de Regularización Migratoria, que tiene el carácter de declaración jurada, debe ser generada y suscrita:

a. Por ambos padres, en caso estos hayan reconocido al menor y se encuentren vivos

- b. Por uno solo de los padres, quien se encuentre facultado para ello en la medida que:
 - b.1 Cuento con poder otorgado por el otro progenitor para actuar en su nombre y representación.
 - b.2 Cuento con sentencia judicial que le asigne solamente a este la patria potestad respecto del menor, atendiendo a la suspensión o extinción de la patria potestad dispuesta respecto del otro progenitor.
 - b.3 Ostente la calidad de padre/madre superviviente, condición acreditable mediante la presentación de la partida de defunción del otro progenitor.
 - b.4 Solamente dicho padre/madre haya efectuado el reconocimiento del menor de edad.
 - c. Por el tutor del menor, lo que se acredita mediante la presentación de la copia certificada de la sentencia o resolución judicial que le otorga tal condición.
2. El acta de defunción, copia certificada de la sentencia judicial o poder emitido en el extranjero, que permitan sustentar los supuestos mencionados en los literales b. y c., según corresponda.
 3. En caso el representante legal sea peruano, se identifica a través de su Documento Nacional de Identidad – DNI, y en caso de extranjero, debe contar con residencia vigente e identificarse con Carné de Extranjería o Permiso Temporal de Permanencia o Carné de Identidad emitido por el Ministerio de Relaciones Exteriores, vigentes.
 4. Acta o Certificado de nacimiento del menor o documento análogo.

Asimismo ante el artículo del Decreto citado, es necesario precisar que existen muchos niños, niñas y adolescentes que se verán excluidos de acceder a este documento debido a que los requisitos exigen una preponderante presentación de documentación por parte de los padres, en especial para aquellos casos donde solo se encuentre uno de los progenitores, la barrera documentaria y económica no permitirá un acceso total de los más de diez mil aproximadamente niños, niñas y adolescentes que han ingresado al país. Para constatar ello, en el siguiente cuadro brindado por la Superintendencia Nacional de Migraciones, mediante transparencia, se puede ver lo siguiente:

Tabla 14

Cantidad de Niños, Niñas y Adolescentes de nacionalidad venezolana que se encuentran en el país a los que se les ha entregado el Carné de Permiso Temporal de Permanencia- CPP

Grupo Etario *	Julio		Agosto		Septiembre		Octubre		Noviembre		Período 2021
	Hombre	Mujer	Hombre	Mujer	Hombre	Mujer	Hombre	Mujer	Hombre	Mujer	
Niños	28	29	56	61	228	302	339	230	45	23	1341
Adolescentes	17	18	41	48	97	145	201	155	24	27	773
Total general	45	47	97	109	325	447	540	385	69	50	2114

*Grupo Etario: Niños de 06 a 11 años y Adolescentes de 12 a 17 años.

Fuente: Superintendencia Nacional de Migraciones (Área de Transparencia) Elaboración propia

Finalmente, debemos dejar en evidencia que este Carné es como su nombre lo indica “temporal”; es uno de los otros tantos documentos que el Estado imparte como lo fue en su momento el PTP (Permiso Temporal de Permanencia); si bien valoramos el

esfuerzo del Estado por visibilizar la problemática de la irregularidad e incluir a los niños en dicha situación administrativa de forma específica; se convierte en un “paliativo” ya que se carece de conocimiento si continuará a lo largo del tiempo sino que además no se equipara a un carné de extranjería, que permite el acceso a servicios básicos que justamente esta población tanto necesita.

Por tanto, a lo largo del capítulo se ha presentado la regularización, su conceptualización, el cómo es abordada desde la comunidad internacional para ser considerado por los Estados, y cómo este elemento afecta en la vida de los niños migrantes irregulares.

Cerramos desarrollando puntualmente las opciones de regularización que ofrece el sistema migratorio y de refugio en el país para la niñez migrante, concluyendo que no todas son inclusivas, porque no todos los niños y adolescentes con sus condiciones económicas, sociales o realidades específicas podrán ceñirse a ellas, al también poseer en su mayoría dependencia de sus padres o apoderados que podrían encontrarse también en situación administrativa irregular afectando de manera directa; mientras ello sucede continúan en dicho estado migratorio sin poder tener acceso y protección de sus derechos básicos, para evidenciarlo en un plano de la realidad analizando todo lo teórico que hemos desarrollado a lo largo de estos capítulos; en el siguiente capítulo se presentarán los resultados que brindan expertos cuya labor profesional se encuentra vinculada al tema de migraciones y refugio.

CAPÍTULO V: ANÁLISIS DE ENTREVISTAS

La entrevista cualitativa, como herramienta de recogida de información, trata de entender el mundo desde el punto de vista del sujeto (...) (Hernández, 2014, p.188).

En este último capítulo, analizaremos los resultados obtenidos de la aplicación de una de las principales herramientas del método cualitativo, la entrevista. Para este caso concreto, las entrevistas fueron diseñadas de forma semiestructurada a fin de identificar si se considera y aplica el interés superior del niño en las medidas de regularización ofrecidas a niños, niñas y adolescentes migrantes, específicamente de nacionalidad venezolana en situación administrativa irregular, y cómo ello afectaría a un posible acceso a sus derechos a la salud y la educación.

Los entrevistados son personas expertas en materia de migraciones, refugio, así como en derechos humanos, con especial énfasis en infantes; los cuales exponemos a continuación:

Tabla 15
Expertos entrevistados, cargo y codificación para el Capítulo V: Análisis de entrevistas

Experto	Cargo	Codificación para el análisis de las entrevistas
Nancy Arellano Suárez	Presidenta de la ONG Veneactiva	(Presidenta ONG)
Analí Briceño	Coordinadora de la Clínica Jurídica para Solicitantes de Refugio y Refugiados Pedro Arrupe SJ.	(Coordinadora Clínica Jurídica)
Alessandra Enrico Headrington	Investigadora de la Universidad Católica del Perú	(Investigadora)
Génesis Vargas	Comisionada de la Defensoría del Pueblo	(Comisionada 1)
Deyvi Morales	Comisionado de la Defensoría del Pueblo	(Comisionado 2)
Xiomara Aracy Pillco	Comisionada de la Defensoría del Pueblo	(Comisionada 3)

Fuente: Elaboración propia

Ante lo presentado en la Tabla 15, es importante aclarar que a todos los expertos se les efectuó el mismo cuestionario, con los siguientes ejes temáticos:

- i) El ISN del niño: obstáculos para los NNAS migrantes y refugiados venezolanos en situación irregular, la posibilidad de regularización y calidades migratorias,
- ii) El ISN del niño: el derecho a la salud y a la educación y,
- iii) Recomendaciones para la promoción del ISN en el sistema de refugio y migratorio, a continuación, en el desarrollo de los mismos.

Asimismo, cabe precisar que, para enfatizar cada una de las respuestas brindadas por los expertos que fueron entrevistados, se ha optado por colocar las mismas entre comillas para distinguirlas del análisis que se efectuará sobre cada subpunto correspondiente a los ejes señalados anteriormente. A continuación, se procederá con el respectivo desarrollo:

5.1. El ISN del niño: obstáculos para los NNAS migrantes y refugiados venezolanos en situación irregular

a. La regularización o acceso a documentación

Este aspecto, de manera unánime por los expertos, es la mayor dificultad que enfrentan los NNAS, ya que en la realidad muchos infantes carecen de la documentación requerida por la entidad migratoria para iniciar un proceso de regularización, siendo una gran limitante para lograr una situación de regularización en el país, repercutiendo directamente en el acceso a derechos fundamentales, lo cual contravendría directamente el ISN.

Tal cual lo indica la Comisionada 1:

“La **barrera documentaria es probablemente, el eje de la gran mayoría de problemas que enfrentan los NNAS extranjeros en el país**, mientras no se encuentren en situación migratoria regular. Es decir, mientras no tengan documento que les brinde una autorización de permanencia temporal o en forma de residente en el país, entonces van a ir viendo limitaciones al ejercicio de

derechos como, por ejemplo: la salud, la educación, que resultan de especial importancia en su desarrollo, en su crecimiento, yo diría que la barrera documentaria es fundamental (...). (Comisionada 1).

Por otro lado, la Investigadora añade un aspecto importante que es que la falta de documentación se interrelaciona no solo en el acceso a derechos, sino también en acceder a una mejor integración en el país de acogida, especificando que:

“Se requiere que NNAS extranjeros estén adecuadamente documentados con un carnet de extranjería propiamente teniendo una calidad migratoria, porque es un documento de identidad ante el Estado, es decir para gestionar un SIS, para hacer una serie de trámites, etc. (...).” (Investigadora).

En ese sentido, los expertos manifiestan en una misma línea lo indispensable que es poseer una documentación, que otorgue a los NNAS una situación administrativa regular en el país, para su ejercicio pleno de derechos como personas, sin embargo, la misma entidad migratoria obstaculiza con los requisitos solicitados, que se proceda con la regularización, generando en la realidad situaciones de desprotección para los mismos.

b. Acceso al sistema escolar

Sobre este punto, apreciamos que los expertos expresan diversos factores dentro de la problemática, no solo consiste en la fase de matrícula, sino que también hacen referencia al papel que juegan los profesionales de las instituciones educativas para hacer sentir incluidos a los niños migrantes, lo cual en esencia debería ser lo más importante, pero en la realidad todavía no se ha alcanzado con dicho objetivo.

Al respecto, la coordinadora de la Clínica Jurídica para Solicitantes de Refugio y Refugiados Pedro Arrupe SJ, indica que:

“cuestiones propias de integración de un niño, como el acceso al colegio, es importante hacerlo de una manera adecuada, **de manera tal que pueda compartir de igual a igual como niños peruanos,** porque es un choque, un proceso de cambios, en muchos casos no hay la adecuación, no hay tiempo ni la formación de tutores o profesores para hacerlo de manera adecuada” (Coordinadora Clínica Jurídica).

Complementando ello, la Comisionada 3 menciona que no puede ignorarse que en esta problemática también se encuentra presente la falta de documentación y cómo

esta afecta a niños y adolescentes extranjeros en situación irregular, ya que al no contar con la misma si bien podrían matricularse, la dificultad está en que no podrán obtener la certificación de la institución educativa en la que estudian, ya sea para cambiarse de colegio o para postular a una educación superior por no encontrarse inscritos en el Sistema de Información de Apoyo a la Gestión de la Institución Educativa (SIAGIE). Asimismo, añade que:

“Tenemos casos en que los directores no quieren matricular niños venezolanos, no porque sean xenófobos sino porque no les gusta armar comisiones, evaluarlos; como no traen documentación apostillada para que puedan ingresar, por eso hay la opción que hagan comisiones para evaluarlos, **todo este trabajo no lo quieren hacer, lo que dicen es que no tienen vacantes**” (Comisionada 3).

Ante lo expuesto y evidenciada la falta de actuación conjunta uniformizada de diversos actores involucrados del sistema educativo nacional, hace que éste sea de uno de los problemas más saltantes.

c. Acceso al sistema de salud

Respecto a este punto, los expertos coinciden en presentarlo como uno de los principales obstáculos que enfrentan los NNAS en situación administrativa irregular, debido a que la ausencia de documentación que los identifica en el país como “regulares”, materializado en el Carné de Extranjería, impide un libre acceso al Seguro Integral de Salud (SIS).

Cabe precisar, que esta limitación está orientada específicamente a un sector dentro de la niñez migrante, tal cual lo expone la Coordinadora de la Clínica Jurídica:

“En el tema de salud, los NNAS después de los 5 años, no tienen una cobertura médica, es toda una situación de necesidades que vinculan a su status de regularidad y situación migratoria” (Coordinadora Clínica Jurídica).

Sumado a ello, la Investigadora agrega que:

“Hay una falta de acceso a servicios básicos como salud, salud mental, que se agrava frente a un grupo de mayor vulnerabilidad como son los NNAS, pero en particular hay que tener en consideración que dentro de este grupo hay una multiplicidad de espectros, hay niños acompañados, no acompañados, siendo padres, con discapacidad” (Investigadora).

Lo expuesto en párrafos anteriores por las expertas busca evidenciar que sólo un grupo reducido de niños, específicamente de 0 a 5 años, se verían beneficiados y con su derecho a la salud garantizado, siendo la contraparte una gran cantidad de niños desde los 6 hasta los 17 años sin acceso al referido derecho, por no contar con el Carné de Extranjería, dejando de vista cuantas situaciones de salud y realidades están dejando de ser acompañadas, siendo años tan cruciales en el crecimiento de una persona.

5.2. Posibilidad de regularización y calidades migratorias

a. La consideración del ISN en el proceso de regularización

El ISN, como bien ha sido definido en la Convención sobre los Derechos del Niño, será una consideración primordial que se atenderá en todas las medidas concernientes a los niños, lo cual partiendo de dicha premisa y vinculándolo a un proceso de regularización migratorio, debería ser un importante elemento a tener presente. Sin embargo, en las entrevistas realizadas se evidencia que no basta con una presencia textual del ISN en la normativa nacional vigente, cuando en la realidad se ve violentado al existir muchas dificultades para que los NNAS logren su regularización migratoria.

Ahondando más al respecto, la experta Coordinadora de la Clínica Jurídica expresa que:

“En la norma está, sí está, pero la forma en la que lo interpretan no es práctica, ellos interpretan el ISN como un tema de seguridad legal del niño, como por ejemplo que ambos tutores estén presentes, o que haya la autorización notarial, o incluso consular del padre ausente, yo entiendo esto en una lógica de seguridad o evitar que el niño esté en contra de su voluntad. Sin embargo, en la realidad se traduce en barreras, porque pedir a los niños que tramiten eso es engorroso y hasta imposible, pedirle autorización a una madre o padre venezolano estando en otro país es imposible” (Coordinadora Clínica Jurídica)

Lo desarrollado en el párrafo anterior, refleja con ejemplos concretos lo que es solicitado en la realidad por la entidad migratoria para llevar a cabo un proceso de regularización, el cual se vuelve poco amigable e inaccesible no solo para NNAS, sino también para los padres de los mismos, quienes son los que en la mayoría de casos, lo tramitan para acceder a alguna calidad migratoria, por lo que ante la interrogante de si se

considera el ISN en el proceso de regularización, la presidenta de la ONG Veneactiva expresa lo siguiente:

“Considero que No, teniendo en cuenta dos cosas: primero, que todos los temas de niñez, deberían ser tratados por el área de vulnerables, **siguiendo lo establecido por el ISN, y por ello deberían acceder a una regularización sin problema alguno.** Segundo, que **por el interés superior del niño no se considera la regularización de los padres, en la realidad no está ocurriendo,** y en un aspecto de cooperación este punto debería ser considerado. Por ISN debería ser regularizado el niño y los padres, esto no quiere decir que existan casos de funcionarios que sí lo apliquen, pero son unos cuantos, no una regla general” (Presidenta ONG)

Finalmente cabe agregar, que sobre el proceso de regularización de NNAS en el sistema de refugio, las dos expertas citadas indican que existe una mayor accesibilidad por parte de la Comisión para Refugiados (CPR), con la observación que la mayoría de normas de refugio se encuentran orientadas hacia los adultos, lo cual por grupo familiar hace que los niños sean absorbidos, remarcando que no es que exista una mejor aplicación del ISN o una falta del mismo, sino que el elemento que más reconocen las expertas es el menor nivel de burocracia.

b. Acreditación por vulnerabilidad

Como se presentó en el capítulo anterior, no es una calidad migratoria en sí, pero dentro del proceso forma parte como una de las opciones relevantes para la regularización de los NNAS, brindando un permiso temporal o de residencia, es decir podría obtener el Carné de Extranjería. No obstante, las dificultades mencionadas persisten, así como una falta de interpretación del ISN, por lo que la presidenta de la ONG con mayor detalle refiere que:

“El caso de vulnerabilidad es bastante particular, porque con los niños no es algo sencillo como que lo atienden, ven que es niño se le entiende como vulnerable y que recoja el carné a los días, va toda una evaluación, es todo un proceso, lo cual es raro porque el criterio es errado, **lo que por el ISN y siendo niños para otorgar por vulnerabilidad lo único que deberían cerciorarse es la edad, no debería haber más criterios.** Los criterios que toman en cuenta son enfermedades graves o terminales, que tengan cáncer, han estado primando riesgo de vida, porque ni por discapacidad hay consideración, igual deben presentar documentación de CONADIS y demás; consideran certificados por parte de una entidad del Estado, lo cual es una locura porque igual es un gasto, colocan una barrera administrativa monetaria lo cual para personas vulnerables es imposible” (Presidenta ONG).

Aportando desde su experiencia, manifestando en la misma línea los obstáculos encontrados para la niñez migrante, se encuentra la coordinadora de la Clínica Jurídica, quien señala:

“También consideran NNAS en situación irregular, de hecho lo vuelven un criterio para enfatizar en la necesidad o vulnerabilidad, pero también se genera una controversia ahí porque ven la situación migratoria de los padres, si el NNA irregular tiene padres irregulares dependiendo del criterio de Migraciones el beneficio de la calidad puede extenderse incluso al padre, madre, no hay otros razonamientos, no entendemos bien la lógica donde se pide que primero esté regular el padre y luego se empieza con el proceso para regularizar al niño, porque a veces se pide que estén primeros los padres regulares, y a veces no, **no hay un criterio específico, ni está pautado en la normativa**” (Coordinadora Clínica Jurídica).

Por lo tanto, lo manifestado por las expertas evidencia que la acreditación por vulnerabilidad, no posee en sí misma criterios claros y establecidos, dejando a la subjetividad del funcionario de la entidad migratoria que evalúe el caso, lo que no garantiza en la totalidad de casos que apliquen el ISN, afectando directamente así a los NNAS migrantes en situación irregular.

c. Carné de Permiso Temporal de Permanencia (CPP)

Respecto de esta reciente alternativa de regularización, los expertos reconocen el esfuerzo que representa, con un alcance mucho mayor a su antecesor, es decir el PTP, debido a que toda propuesta para incentivar la regularización de migrantes en el país debe valorarse. Sin embargo, de manera unánime manifiestan que, al no ser un Carné de Extranjería, ni otorgar los derechos que este conlleva, al ser solo un permiso temporal consideran **no respondería** no solo a las necesidades de los NNAS sino además al ISN. La Investigadora expresa justamente esta falta de reconocimiento de las necesidades de la infancia al indicar que:

“Hay una parte de la regularización de este nuevo documento, que desarrolla un poco que hacer respecto a los NNAS, como la figura del tutor, de todas maneras, yo creería que la lógica del legislador ha sido proteger lo más posible a esta población, pero **no creo se pueda proteger desconociendo la realidad migratoria o la situación personal familiar**, muchas veces no tenemos la figura de un padre que pueda dar la autorización, lo cual genera muchas complicaciones, tenemos padres ausentes, padres fallecidos, padres que no quieren dar permiso, entonces en esa medida, la legislación debe adaptarse a casos concretos”(Investigadora).

Además, complementando ello y brindando un análisis detallado, la Comisionada 3 remarca que:

“Si hacemos un control, si aplicamos y traemos a la legislación nacional los estándares internacionales, **si nos ponemos a analizar, no va a calzar los requisitos que se están pidiendo Migraciones para la regularización del CPP**, porque si somos más académicos y revisamos la Observación General N° 14-2013, ésta da los elementos que debe tener para determinar el ISN, y haciendo un análisis a grandes rasgos **no cumple con estos elementos** como tener en cuenta la opinión del niño, la identidad, entre otros elementos más que si los ponemos con la realidad venezolana en el país no lo va a cumplir (...)” (Comisionada 3).

Por todo lo expuesto, se muestra que una buena iniciativa como es regularizar, en la práctica no es tan beneficiosa como se esperaba para los NNAS migrantes, especialmente a aquellos en situación irregular, en donde con todos los requisitos que pueden ser tediosos de gestionar para adquirir este documento, que no les otorga una facilidad de acceso a derechos como lo sería con un Carne de Extranjería, dejando en evidencia que el Estado a pesar de su compromiso internacional, en esta medida no ha tomado en total consideración el ISN a la luz de lo expuesto por los expertos.

d. Calidad humanitaria

Cabe resaltar que esta calidad migratoria, se diferencia de las demás al ser aprobada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, si bien ya está siendo aplicada paulatinamente para la niñez migrante, en la realidad y en los campos de trabajo de los expertos, estos manifestaron que han observado y atendido casos en los cuales los NNAS migrantes no están siendo incluidos, peligrando así la aplicación del ISN, la razón para ello la brinda la Investigadora explicando que:

“La premisa por la cual se basa el no referir a NNAS en la calidad humanitaria es que **no son titulares** o los principales solicitantes de la condición de refugiados, esto parte de una concepción muy equivocada, los NNAS pueden tener solicitud de manera independiente, sea que estén o no acompañados, separados o que hayan venido con su grupo familiar y la razón principal de esto es proteger, el niño debería tener el derecho de una solicitud (...), **creo que esta política de no referir a NNAS no está acorde al ISN, porque esta exclusión del proceso que sí abarcaría al resto de la familia** (mayores de edad, que posiblemente obtengan una documentación) no solo incurre en una situación de discriminación sino que divide a los familiares, generando complicaciones a nivel práctico (...)” (Investigadora).

Añadido a lo manifestado por la experta, la Comisionada 1 complementa compartiendo su experiencia profesional, exponiendo que:

“Yo misma he tenido la oportunidad de conversar con familias beneficiarias de esta calidad migratoria y lo que me han comentado es que si los padres y madres han obtenido su correo con su oficio, y tienen esa sensación de felicidad que por fin tienen un documento que les va a permitir ejercer sus derechos en el país, pero el gran problema es que sus hijos e hijas que no han recibido esta calidad migratoria, el principio de unidad familiar, resulta absurdo que le otorguen a los padres y a los hijos no (...), pero **no importa que sus padres estén en situación migratoria regular, si ellos no tienen ese mismo beneficio**” (Comisionada 1).

Ante lo presentado, esta calidad migratoria acorde a los expertos entrevistados es una gran preocupación, en tanto no se haga extensiva a todos los NNAS migrantes, especialmente coinciden en enfatizar que al ser parte de su grupo familiar como solicitante, que no se le extienda dicha calidad, rompe el principio de unidad familiar y vulnera así también el ISN, además como observación puntualizan que los niños no poseen un papel activo en el proceso como titulares o solicitantes independientes, lo que es un reflejo de cómo en las instituciones del Estado consideran a la niñez.

5.3. El ISN y el derecho a la Salud y la Educación

a. Derecho a la Salud y el ISN

Dentro de este punto, el problema visible expuesto de manera uniforme por cada experto es el acceso al Seguro Integral de Salud (SIS) para los NNAS migrantes especialmente, mayores de 5 años en situación administrativa irregular, debido a que no solo cuenta el aspecto de la edad, sino también contar con un documento de identidad avalado por el país, lo cual sería el Carné de Extranjería, sin embargo como ya se ha mencionado no es accesible para toda la población, justamente sobre ese aspecto de accesibilidad, la Investigadora señala lo siguiente:

“El principal obstáculo es que no existe SIS que abarque a la población general, es un seguro a niños hasta 5 años, pero si tú tienes inconvenientes de salud seguramente te atenderán en emergencia o no, genera que la familia haga un esfuerzo económico significativo para cumplir con las obligaciones del hospital, creo que no es un tema dirigido únicamente a NNAS, es un problema de acceso, de documentación (...) Creo que un problema adicional es que cuando se

tramitan casos de especial vulnerabilidad, hay una demora casi infinita, muchas fallecen y nunca reciben la respuesta (...) Hay una situación de alta burocracia en la entrega de documentación para estos casos” (Investigadora).

Al respecto, la Comisionada 3, para brindar un panorama más completo complementando lo anterior, expresa lo siguiente:

“A parte del acceso, en salud hay un tema, si bien es cierto en el sistema peruano está el tema de la universalización de salud y demás, sucede mucho que las personas no se acercan a los centros de salud, no tienen los recursos, **el SIS no cubre determinadas operaciones, o no tienen los insumos médicos necesarios**. Lo otro, es que en niños mayores de 6 años hemos visto casos donde estaban gravemente enfermos o con tumor, con cáncer, para que puedan afiliarse al SIS, **la Defensoría intervino para que cambien su calidad migratoria y reciban atención médica, pero no es algo que se dé para todos los niños** ya que la Ley Universal de Salud indica que el SIS se aplica o tiene límite con ciertas edades” (Comisionada 3).

Por lo tanto, en el ámbito de salud a pesar que tanto en la Convención sobre los Derechos del Niño se reconoce que el niño merece el más alto nivel de salud y tratamientos para la misma, como la Ley N° 29344 garantiza sin discriminación alguna el aseguramiento de la salud para todas las personas que residan en el Perú, no obstante, en el ejercicio diario, ante lo expuesto por las expertas, el acceso está ligado directamente a la situación regulatoria de los NNAS de 6 años en adelante, al no todos poseer alguna condición de vulnerabilidad o grave enfermedad, significa grandes cantidades de NNAS migrantes en situación irregular no atendidos, por falta de documentación, o situación económica, lo cual no debería ser como Estado un problema a solucionar.

b. Derecho a la Educación y el ISN

En este ámbito, a diferencia del sector salud, no se restringe el acceso a la educación, una gran limitante es que nuestro sistema educativo no se da abasto con la cantidad de plazas en las instituciones educativas, respuesta que han repetido casi en la totalidad los expertos, precisando que de por sí es complejo el acceso a plazas educativas para los nacionales, más aún para la niñez migrante, en donde nuevamente el tema de carecer de documentación que los acredite como residentes es un problema central. Cabe resaltar que, en el ámbito de educación, se han identificado más aspectos que involucran

a diferentes actores que traen como consecuencia que no exista un disfrute o inserción adecuada de un NNA al sistema educativo peruano.

Por un lado, la presidenta de la ONG Veneactiva manifiesta que las mayores vulneraciones al ISN en el campo de la educación abarcan:

“El tema de las **plazas**, se pierden plazas también por **carecer de documentos de identidad**, además el tema de **convalidación de los grados académicos**, que los directores creen sus propias pruebas para asignar en los grados a los niños, la desinformación de los mismos también respecto a los requisitos de matrícula” (Presidenta ONG).

Además, en el contexto de pandemia donde las clases se realizaron de manera virtual, los NNAS migrantes vivieron dicha realidad la cual no siempre es evidenciada, por lo que sobre ello y otros puntos a considerar hace una explicación la Investigadora señalando lo siguiente:

“Creo que hay una brecha importante de acceso, porque muchas familias refugiadas y migrantes **no tienen los recursos** para poder subsistir, muchas de ellas no tienen más que un celular para la familia, muchos no tienen internet más que colgarse de una red WIFI y dentro de la familia puede que haya niños en edad escolar. Cuando tenemos un programa de educación virtual, solamente podemos acceder mediante medios tecnológicos pagados (...) en ese sentido, muchos niños se quedan sin acceder al colegio o sin entender bien las lecciones porque se prestan el único dispositivo tecnológico, esto sin perjuicio que la mayoría de ellos no accede a una matrícula como tal, es una situación de **falta de planificación real de educación pública** (...) muchas veces la falta de enfoque adecuado, situaciones que tienen que ver con **xenofobia**, casos con requisitos aprobados por la directiva del MINEDU hace que quede **a discreción de las instituciones educativas qué otros requisitos se solicitan** (...)” (Investigadora).

Ante todo lo presentado, queda evidenciado que la sobredemanda en las escuelas, la falta de supervisión de los directivos para que prevalezca el derecho a la educación sobre los requisitos en donde poseen libertad, la falta de capacitación debida a los profesores ya que no basta con contar con infraestructuras adecuadas, o impartir una malla curricular, sino hacer que la inserción escolar de los niños migrantes sea la mejor, todo estos aspectos y muchos más, limitan un acceso o continuidad escolar de NNAS migrantes venezolanos en instituciones educativas públicas y privadas peruanas.

5.4. El ISN y la situación regulatoria de los padres de los NNAS migrantes

Este punto es tomado en consideración, ya que la mayoría de los NNAS migrantes dependen de sus padres, o al menos uno de ellos, al ser los mencionados el sustento del hogar y el soporte familiar de los infantes, cuando los mismos poseen limitaciones de todo tipo, al tener un vínculo directo con el niño o adolescente puede traer consigo una afectación al ISN. Ante lo cual, para la temática específica, los expertos en su casi totalidad, afirman que la situación regulatoria de los padres sí afecta a los niños migrantes, como el comisionado de la Defensoría del Pueblo, quien afirma que:

“La regularidad de los padres impacta en los NNAS **en todo sentido** por ejemplo si un padre es irregular en el país, de pronto no puedes ver o es más difícil de acceder a un trabajo a un contrato y esto obviamente va repercutir en el niño, en sus hijos porque va a seguir manteniéndose con carencias, desde ahí un impacto, y también en que muchos trámites y servicios en el país requiere necesariamente de contar con los documentos de los padres y eso impacta en el derecho de los niños, obviamente si el padre no tiene documentos, lo más probable es que el niño también se encuentre en situación de irregular, impactando en todo sentido” (Comisionado 2)

Por otro lado, la única en discrepar es la Investigadora, quien expresa que:

“Considero con o sin padres no es que la situación se traslada a los hijos, igual si ingresan de manera irregular tendrían dicha condición, creo que depende en la práctica de cada entidad, no hay una uniformización en todo el sector público de todos los trámites para acceso a derechos y resulta gravemente preocupante que unos lugares exijan PTP, y en otros Carnet de Extranjería, en otros que no reconozcan la solicitud de refugio, en algunas extra documentos, eso creo puede complicar la situación, pero me cuesta ver alguna situación puntual que la situación de irregularidad migratoria se traslade a los hijos, porque si se mueven en grupo familiar todos están bajo el paraguas de irregularidad migratoria.” (Investigadora)

Ante lo expuesto, cabe precisar que más allá de cómo se adquiere la condición migratoria, lo que se busca evidenciar con este punto es que justamente, los padres al poseer además una situación administrativa irregular va a desencadenar una serie de posibles afectaciones para los niños, ese en “todo sentido” que refiere el comisionado alude a problemas en la alimentación, en higiene, en vivienda, en acceso a servicios médicos, en falta de asistencia al colegio, niños trabajando ante carencias económicas,

etc., donde más de un derecho del niño se vulnera, una realidad que no es la misma para un padre o madre en situación administrativa regular.

5.5. Recomendaciones de los expertos para mejorar la situación de los NNAS migrantes en situación administrativa irregular

a. Sistema migratorio

Para el sistema a cargo de la Superintendencia Nacional de Migraciones, los expertos enfatizan en mejorar su plan de regularización, y coinciden en recomendar que los trámites para acceder a ello, sean más flexibles y ágiles, con una uniformización en los criterios en todas las sedes de Migraciones, teniendo en consideración que las limitaciones que imponen, o la larga espera para brindar respuestas en cada proceso, afectan directamente a los niños.

Además, entre las recomendaciones está presente una mayor articulación institucional de Migraciones con otras entidades, en donde los funcionarios sean capacitados y se pueda brindar la aplicación de un enfoque etario, es decir que se comprendan las necesidades y poder orientar específicamente a NNAS.

b. Sistema de refugio

Para el presente sistema, en comparación con el migratorio, los expertos sugieren que exista una data visible, que la calidad migratoria humanitaria incluya NNAS en mayor medida en la práctica y un aspecto importante que se incorpore un enfoque de niñez, y adolescencia, para poder brindar una atención diferenciada ya que los niños no solo son parte del grupo familiar, de ser necesario en el caso de niños no acompañados podrían tramitar de manera personal la calidad de refugiado, para lo que necesitarían una orientación adecuada.

De esta manera, en el presente capítulo hemos analizado la metodología usada en la investigación, mediante la cual hemos tenido un acercamiento con la realidad, y que nos permitirá tener las conclusiones que plasmaremos a continuación.

CONCLUSIONES

En virtud de lo esbozado en la presente investigación, se ha llegado a las siguientes conclusiones:

- En el Siglo XX, se dio a través de la Convención de los Derechos del Niño, el cambio de paradigma en cuanto a los derechos del Niño. Así, se abandonó la Doctrina de la Situación Irregular para tomar la Doctrina de la Protección Integral. Ello supuso una nueva concepción, no solo teórica sino jurídica al reconocer ahora al niño como sujeto de derecho, volviéndose partícipe en el ejercicio de sus derechos fundamentales.
- El ISN es un concepto recogido en diversos tratados internacionales, así como en la normativa nacional. Dicho principio no tiene definición concreta, sin embargo, las instituciones internacionales y las legislaciones nacionales han ido concretando su significado y cómo se aplica en la práctica. En el caso del Perú, al ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño, hizo parte de su legislación interna el referido ISN, buscando brindar directrices para los operadores jurídicos en la evaluación y consideración de garantías procedimentales, dando como resultado la promulgación de la Ley N° 30466 y su Reglamento. A pesar de ello es cuestionable si dichos operadores en la práctica aplican estas directrices o imponen su propio criterio.
- En el contexto de migración, donde se encuentran involucrados los NNAS, la evaluación, determinación y aplicación del ISN en cada caso particular se vuelve fundamental, ya que al abandonar su país de origen y ser acogidos en otro, sea en proceso de migración o de refugio, cada estado, como indica la Opinión Consultiva N° 21 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, debe proteger

de forma primordial el interés superior del niño, niña o adolescente afectado.

- Los niños, niñas y adolescentes migrantes, pueden llegar a poseer una triple vulnerabilidad: como migrantes, cuando presentan situación administrativa irregular, y por ser niños, todo lo cual conlleva como consecuencia la vulneración a sus derechos fundamentales como la salud y la educación, quedando en una situación de desprotección. No obstante, cabe precisar que jurídicamente no lo están ya que, a pesar de no existir una normativa específica para la niñez migrante, existen diversos instrumentos normativos internacionales, que pueden ser exigibles a los estados adscritos a los mismos, así como normativa nacional en el caso de nuestro país que considera a la infancia; el detalle no es un vacío jurídico sino una ausencia de aplicación en la realidad.
- La regularización, al no encontrarse reconocida como derecho en algún instrumento jurídico que permita su exigibilidad a los estados, dificulta en gran medida el desarrollo de la niñez migrante y su ejercicio de derechos en el país de acogida, por la exigibilidad de medidas y requisitos instaurados por las entidades migratorias de cada Estado para considerar a la persona extranjera que ingresa a su territorio en una situación administrativa regular. Dicho esto, en nuestro país tanto en el sistema migratorio, por medio de las calidades migratorias, como en el sistema de refugio, los NNAS migrantes podrían optar por la regularización, se debe evidenciar que la niñez migrante en situación administrativa irregular, sea por su forma de ingreso o en su permanencia, poseen opciones reducidas al no encajar con los requisitos solicitados, viéndose excluidos y en consecuencia desprotegidos. Entonces se estaría incumpliendo con dar prioridad al interés superior del niño.
- De las entrevistas realizadas para el presente trabajo de investigación que tiene como objetivo general estudiar el interés superior del niño y las dificultades en el acceso a la regularización por una calidad migratoria por parte de los niños, niñas y adolescentes migrantes venezolanos en situación irregular, se evidenció lo siguiente:
- En las entrevistas se aprecia que existe una opinión unánime respecto que el

acceso a una documentación es básico para la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes. Ello significa que en caso de que el Estado no brinde facilidades para la regularización de los menores, estaría yendo en contra del ISN, dicho principio está contemplado en la ley nacional y en tratados internacionales, y supone desde su dimensión de derecho sustantivo que sea una consideración primordial al adoptar una decisión favoreciendo siempre al niño; en este caso debería ser realizado por las entidades migratorias, ya que la Convención de los Derechos del Niño, artículo segundo, inciso primero, hace referencia que los Estados partes respetarán los derechos estipulados en la presente Convención y asegurarán su aplicación “a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna”, es decir más allá de su status migratorio.

- Se destaca en las entrevistas que la mayor dificultad de acceso a derechos está vinculada a la salud y educación. Sin embargo, como se ha visto en el desarrollo de la investigación, los múltiples tratados internacionales y la legislación nacional afirman que los niños y niñas tienen estos derechos protegidos por parte del Estado. Además, se estaría vulnerando el interés superior del niño como principio jurídico fundamental con prioridad del bienestar del niño, así como también el cumplimiento de los derechos contemplados en la Convención para su disfrute. Ambos derechos al encontrarse contemplados en el mencionado instrumento jurídico internacional, en los artículos 24 y 28 respectivamente, donde los Estados se comprometen a garantizar una serie de condiciones para acceso total de los NNAS a dichos derechos básicos, existiría un incumplimiento por parte del Estado.
- En las entrevistas, los expertos exponen las dificultades para acceder a las calidades migratorias, y enfatizan en la práctica la ausencia de criterios específicos para su otorgamiento, acompañado del desconocimiento que tienen las entidades como en el caso de la acreditación por vulnerabilidad. Ello evidencia una falta de aplicación del interés superior del niño ya que como indica el Comité de Derechos del Niño, en su Observación General N° 14, se debe realizar una debida evaluación y determinación del ISN, recogido a su vez por la Ley N° 30466 y su Reglamento, en el cual en su artículo 12.6 precisa que todas las decisiones tomadas por las autoridades en los tres niveles de gobiernos, deben ser motivadas, justificadas y

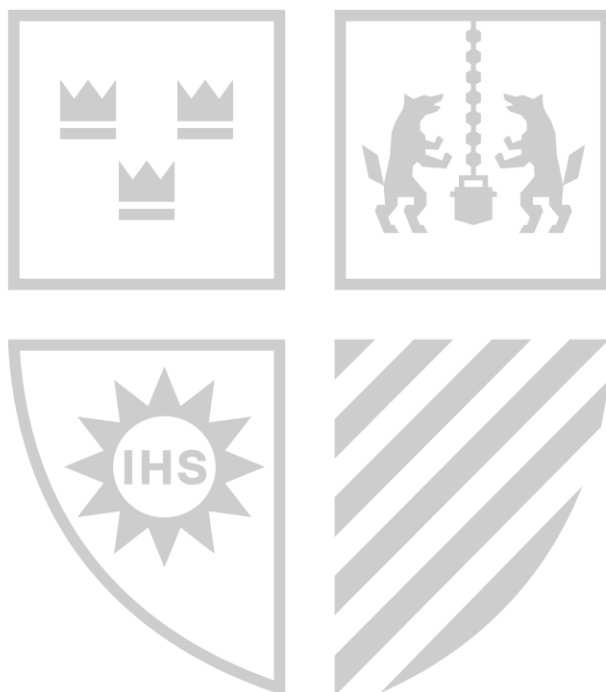
explicadas, enfatizando que, si la decisión se acoge a otros intereses, no bastará con argumentar de manera general, sino de forma explícita al encontrarse niños involucrados. A pesar de esta guía brindada por la normativa nacional, se evidencia que no es tomada en consideración.

- De lo recogido en las entrevistas, un aspecto relevante que los expertos manifiestan es que en la práctica, tanto en la aplicación de la calidad humanitaria como en el sistema de refugio, los niños no son considerados como titulares o solicitantes principales dentro de los procedimientos, ello afectaría primero al paradigma de protección integral al no considerar al niño como sujeto de derecho y un ciudadano participativo dentro de la sociedad misma, así como también al derecho que es un estándar jurídico, como lo es el acceso a la justicia, reconocido internacionalmente y en la normativa nacional en el Código de NNAS; el Estado se compromete a garantizar un sistema de administración de justicia especializado para la infancia, lo cual abarcaría también a los niños migrantes que se encuentra bajo su jurisdicción, sin embargo las entidades no lo implementan obviando así el ISN.
- En las entrevistas, casi en su totalidad, los expertos estuvieron de acuerdo en manifestar que la situación migratoria de los padres posee una afectación directa en los NNAS migrantes, ante lo cual si bien por respeto al principio de unidad familiar, las entidades migratorias no deberían expulsar a los padres, sin embargo ello no cambia su situación administrativa irregular o mejoría en su realidad y por ende la de sus hijos, lo que realizando un análisis se estaría vulnerando el interés superior del niño, ya que si partimos de la aplicación del referido interés, desde su dimensión de derecho sustantivo, en las decisiones como estas, una prioridad para la entidad migratoria, como operador de justicia, debería ser primar el interés superior del niño en sus decisiones, y ponderar más allá de los requisitos migratorios o las multas por exceso de permanencia que deberán asumir los padres, por el hecho de tener niños en triple vulnerabilidad como ya se hizo mención, ellos serían los que más sufren las consecuencias, en especial en el acceso a sus derechos.

RECOMENDACIONES

- Que la próxima Política Nacional Migratoria considere en su desarrollo un enfoque de aplicación exclusivo para la atención de niñez migrante, más allá de considerar la falta de multa, es necesario incorporar medidas para lograr una regularización total de la infancia. Ello supondría la aplicación del paradigma de la protección integral de los niños y niñas como sujetos de derecho.
- Que, tanto en el sistema migratorio como en el sistema de refugio, se realicen procesos donde los niños, niñas y adolescentes migrantes sean los titulares de los mismos; donde como sujetos de derecho ejerzan su derecho de participación, donde sean escuchados y expresen su opinión libremente, tal como lo contempla el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño.
- Que se instalen ventanillas o canales de atención exclusivos para NNAS migrantes especialmente en las entidades migratorias, con profesionales capacitados como precisa el art. 12.4 del Reglamento de la Ley N° 30466; ello permitirá que exista mejor evaluación y determinación del Interés Superior del Niño. Por medio de estos canales de atención se podrá explicar al niño que esté solo o acompañado, en qué consiste el proceso, cómo participar o realizarlo por sí mismo de ser el caso, ello permitiría que se concrete el ejercicio del derecho de acceso a la justicia para los niños migrantes.
- Que la Superintendencia Nacional de Migraciones, analizando cada caso en específico, brinde mayores facilidades a los padres en situación administrativa irregular para lograr su regularización, debido a la afectación directa que posee su situación en el ejercicio de los derechos de sus hijos, respondiendo así al interés superior del niño y la obligación como Estado de asegurar una adecuada

protección y cuidado de los niños que se encuentren bajo su jurisdicción, como lo son los niños migrantes



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Publicaciones

- Adorna, C. (1998) “La participación de niños y adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño: Visiones y perspectivas Actas del Seminario Bogotá”. Bogotá, Colombia
- Alegre S., Hernández X., & Camille R. (2014) El Interés Superior del Niño: Interpretaciones y Experiencias Latinoamericano. Sistema de Información sobre Primera Infancia en América Latina, Buenos Aires, Argentina
- Apap, J., De Bruycker, P. & Schmitter, C. (2000). Regularisation of illegal aliens in the European Union. Summary report of a Comparative Study. European Journal of Migration and Law, 2. University of Nijmegen, USA, 263-308
- Arana, J. (2015) Sobre el concepto de los derechos sociales fundamentales. AFDUC 19, ISSN: 1138-039X, 115-140
- Armas, T. (2009) El Principio del Interés Superior del Niño en el proceso relativo a los menores en conflicto con la Ley Penal en Cuba. Habana, Cuba, 2-6
- Barletta, M. (2018) Derecho de la niñez y adolescencia. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial. Lima, Perú
- Blouin, C. (2019) Después de la llegada realidades de la migración venezolana. Editorial Themis. Lima, Perú, 20-25
- Bofill, A. & Cots, J. (1999) La Declaración de Ginebra: Pequeña historia de la primera carta de los derechos de la infancia. Barcelona, España
- Cappelletti, M. & Garth, B. (1996) El acceso a la justicia: la tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos. Fondo de Cultura Económica, México
- Castillo, P. (2014) Desigualdad e Infancia: lectura crítica de la Historia de la Infancia en Chile y América Latina. Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud 13 (1). Chile, 97-109.

- Chunga, F. (2016) Comentarios al Código de los Niños y Adolescentes: La infracción penal y los derechos humanos. Lima, Perú
- CIDH (2015) Violencia, niñez y crimen organizado. Plan Internacional, USA
- CIDH (2019) Compendio sobre la igualdad y no discriminación. Estándares interamericanos. USAID, USA
- Cillero, M. (1999) El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México (2017) El interés Superior del Niñas, Niños y Adolescentes, una consideración primordial. Ciudad de México
- Comité de los Derechos del Niño (2011): Sobre el derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia. Observación general n° 13, párr. 61
- Comité de los Derechos del Niño (2013) Sobre el Derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Observación General n° 14
- Cumbre Mundial en favor de la Infancia (1990) Declaración Mundial sobre la supervivencia, la protección y el desarrollo del niño”
- Dávila, P. & Naya, L. (2005) Infancia y Educación en el marco de los Derechos Humanos. La educación y los derechos humanos. Donostia: Erein, 91-135
- De Armas, T. (2009) El principio del interés superior del niño en el proceso relativo a los menores en conflicto con la ley penal en Cuba
- De Mause, L.I. (1994) Historia de la Infancia. Alianza Editorial, Madrid, España.
- Del Moral, A. (2007) El derecho a opinar de niños, niñas y adolescentes en la Convención sobre los Derechos del Niño. Cuestiones Jurídicas, vol. I, núm. 2. Universidad Rafael Urdaneta. Maracaibo, Venezuela, 73-99
- Díaz, A. (1998) El interés superior del niño a la luz de la doctrina de la protección integral de las Naciones Unidas, Propuestas de proyectos legislativos sobre niños y adolescentes. Centro de Estudios Jurídicos y Sociales
- Díaz-Bravo, L.; Torruco-García, U.; Martínez-Hernández, M.; Varela-Ruiz, M. (2013) La entrevista, recurso flexible y dinámico. Universidad Nacional Autónoma de México, Investigación en Educación Médica, vol. 2, núm. 7, julio-septiembre, 162-167
- Doig, J. (2015) Regularización y naturalización de inmigrantes irregulares en república dominicana. estudio de la sentencia 0168/13 del tribunal constitucional dominicano y sus efectos en materia de nacionalidad. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional ISSN-L 1138-4824, núm. 19. Madrid (2015), 185-219.
- Granados, S. (2016) Evolución del Derecho Internacional de la Infancia. Revista Colombiana de derecho Internacional. Bogotá, Colombia

- Instituto para la investigación educativa y el desarrollo (IDEP) & Universidad Distrital Francisco José de Caldas (2015). Bogotá, Colombia
- Iud, A. (2019) La adecuación normativa a la Convención sobre los Derechos del Niño en América Latina Avances y deudas con la niñez. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. Panamá, República de Panamá
- Key, E. (1990) Barnets arhundrade (Vol. I y II) El siglo del niño. USA
- Landra, C. (2017) Los derechos fundamentales. Colección Lo esencial del derecho, Fondo Editorial PUCP. Lima, Perú
- Landsdown G. (2005) La evolución de las facultades del niño Publicación en colaboración de Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), Centro de Investigaciones Innocenti y Save The Children. Siena, Italia
- León, A. (2007) ¿Qué es la educación? Educere, vol. 11, núm. 39. Universidad de los Andes Venezuela, 595-604
- Martínez Laura Victoria (2014) Niñez, migración y derechos: aportes para un abordaje antropológico. Rev. Sociedad & Equidad N° 6. Santiago, Chile, 237-257
- Medina De Villarroel, M. (1993) Situación Irregular del menor. Caracas, Librosca
- Miranda, M. (2006) La convención frente al desamparo del menor. En Desarrollo de la convención sobre los derechos del niño en España, Edit. Bosch. Barcelona, España. 109 y ss.
- Morineau, M. & Iglesias, R. (1998) Derecho Romano, 4ta. Edición. Oxford University Press. México
- Oficina de las Naciones Unidas (2010) El derecho a una vivienda adecuada Folleto Informativo N° 21/ Rev 21. Ginebra, Suiza
- Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (2013) Migración y Derechos Humanos: Mejoramiento de la Gobernanza en los Derechos Humanos de la Migración Internacional. Ginebra, Suiza.
- OIM (2013) Migración internacional salud y derechos humanos. Ginebra
- OIM, ACNUR y UNICEF (2012) Los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes, refugiados y víctimas de trata internacional en Chile. Santiago de Chile, Chile
- OMS (2003) “Migración internacional salud y derechos humanos. Serie de Publicaciones de salud y derechos humanos N° 4. Ginebra, Suiza, 19-21
- ONU (2014) Los derechos económicos, sociales y culturales de los migrantes en situación irregular. Nueva York y Ginebra
- ONU, UNICEF (2006) Convención sobre los derechos del niño. Madrid, España

- ONU, UNICEF (2011), Estado de la Niñez en el Perú. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. Lima, Perú
- Organización Internacional para las Migraciones (2006) Glosario sobre Migración. Ginebra, Suiza
- Ortega, E. (2014) Los niños migrantes irregulares y sus derechos humanos en la práctica europea y americana: entre el control y la protección. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLVIII, núm. 142, 185-221
- Perdiguero, E. (2004) Salvad al niño. Universidad de Valencia Servicio de Publicaciones. Valencia, España
- Pérez, J. (2016) La igualdad y no discriminación en el derecho interamericano de los derechos humano. CNDH, México
- Piérola, M. y Rodríguez, M. (2020) Migrantes en América Latina: disparidades en el estado de salud y en el acceso a la atención médica. Banco Interamericano de Desarrollo, 1-11
- Pita, S. & Pértegas, S. (2002) Investigación cuantitativa y cualitativa. Cadena atención primaria (9), 76-78
- Plácido, A. (2015) Manual de Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes. Instituto Pacífico. Lima, Perú
- Plácido, A. (2015) Manual de Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes. Instituto Pacífico, Lima, Perú
- Planella, J. (2005) Los Hijos de Zotikos”. Edit Nau Llibres, Cataluña, España
- Poblete, R & Galaz, C. (2017) Aperturas y cierres para la inclusión educativa de niño/as migrantes en Chile. Estudios Pedagógicos XLIII, N° 3, 239-257
- Ravellat, I. (2015) “Aproximación Histórica a la Construcción Sociojurídica de la Categoría Infancia”. Editorial Universitat Politècnica de Valencia. España
- Rea Granados, Sergio Alejandro (2016) “Int Law: Rev. Colomb. Derecho Int. Bogotá (Colombia) N° 29: 147-192, julio - diciembre de 2016”
- Rodríguez, M. (2016) ¿Qué conocemos del derecho a la salud propuesta de marco conceptual en perspectiva crítica para Venezuela? Quito, Ecuador
- Rodríguez, P. & Manarelli, M. (2007) Historia de la infancia en América Latina. Editorial Universidad Externado. Bogotá, Colombia.
- Rodríguez, V., Román. Y. y Escorial, A. (2012) Infancia y Justicia una cuestión de derechos. Edita Save The Children, España
- Sánchez, C. (2013) Exclusiones y resistencias de niños inmigrantes en escuelas de Quito. Quito, Ecuador, 11-12

- Sánchez, V. & Guijarro, T. (2002) Apuntes para una historia de las instituciones de menores en España. Revista Asociación Española de Neuropsiquiatría, vol. XXII, nº 84
- Sarabia, A. & Trapani, C. (2019) Informe Especial de peligros y vulneraciones a los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes en contextos de movilidad humana. Cecocap. Caracas
- Save The Children (2019) Mis derechos viajan conmigo: Soy un niño o una niña migrante, estos son mis derechos. Panamá.
- Scioscioli, S. (2014) El derecho a la educación como derecho fundamental y sus alcances en el derecho internacional de los derechos humanos. Rev. Journal of Supranational Policies of Education, USA, 6-24
- Seda, E. (2010) El nuevo paradigma de la niña y el niño en América Latina. En Ávila Santamaría, R. y Corredores Ledesma, M. (Ed). Derechos y garantías de la niñez y la adolescencia: Hacia la consolidación de la doctrina de protección integral. Quito, Ecuador, 110-113
- Serra, M. (2011) La migración y los derechos del niño. Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja, Año V
- Sokolich, M. (2013) La aplicación del principio del interés superior del Niño por el sistema judicial peruano. Revista Vox Juris (25) 1, USMP, Lima, Perú
- Soler, P. (2001) Edición e impresión Universidad Autónoma de Barcelona, Bellatera, España
- Suarez, G. (2014) La patria potestad en el derecho romano y en el derecho alto medieval visigodo Revista de Estudios Histórico-Jurídicos. Núm. XXXVI. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile, 159-187
- UNICEF (2011) La travesía migración e infancia. México
- UNICEF (2017) Niños y niñas migrantes y refugiados, proteger a los niños y las niñas en tránsito contra la violencia, el abuso y la explotación. Nueva York, USA
- UNICEF (2020) La regularización migratoria como condición esencial para la protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes en contexto de movilidad humana. Panamá, República de Panamá
- UNESCO (2020) Derecho a la educación bajo presión principales desafíos y acciones transformadoras en la respuesta educativa al flujo migratorio mixto de población venezolana en el Perú. Santiago de Chile, Chile
- UNICEF Y CEPAL (2006) El derecho a la educación una tarea pendiente para Latinoamérica y el Caribe. Santiago de Chile, Chile

UNICEF, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Ecuador (2010) Derechos y Garantías de la Niñez y la Adolescencia hacia la consolidación de la doctrina de protección legal. Quito, Ecuador

Verhellen, E. (2002) La convención de los derechos del niño: trasfondo, motivos, estrategias, temas principales. Departamento de Trabajo Social y Pedagogía. Editorial Garant, Antwerpen, Bélgica

Vicente, R. (2008) Conferencia sobre niñez y adolescencia: del Estado Paternalista al Estado Regulador (garante de derechos). Universidad de Costa Rica

Zermatten, J. (2003) El interés Superior del Niño: Del Análisis Literal al Alcance Filosófico. Instituto Internacional Des Droits de L'enfant. Informe Traducido. Suecia

Legislación

Nacional

Decreto Política Nacional Migratoria 2017-2025 (2017)

Decreto Supremo N° 001-2018-IN (2017)

Decreto Supremo N° 002-2017-IN (2017)

Decreto Supremo N° 007-2018-IN (2017)

Decreto Supremo N° 010-2020 (2020)

Decreto Supremo N° 023-2017-IN (2017)

Ley 27337 - Código de Niños, Niñas y Adolescentes (2000)

Ley N° 1350 - Ley de Migraciones (2017)

Ley N° 27891 - Ley de Refugio (2002)

Ley N° 29344 - Ley marco de aseguramiento universal en salud en el Perú (2009)

Ley N° 30466 - Ley que establece parámetros para la consideración primordial de los derechos del niño (2016)

Reglamento de la Ley N° 1350 (2017)

Reglamento de la Ley N° 27891 (2002)

Reglamento de la Ley N° 30466 (2018)

Resolución de Superintendencia N° 000056-2019 (2019)

Internacional

Código Civil de Chile (1855)

Código de Familia de Nicaragua (2014)

Código de Familia de Panamá (1994)

Conferencia Sudamericana sobre Migraciones, Décima Conferencia Sudamericana de Migraciones. Cochabamba, Estado Plurinacional de Bolivia (2010)

Conferencia Sudamericana sobre Migraciones, Declaración de Cartagena de Indias (2013)

Constitución de la Organización Mundial de la Salud, Conferencia Sanitaria (1946)

Convención Internacional sobre la Protección de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (1990)

Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños, UNICEF (2004)

Convención sobre Derechos del Niño (1989)

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948)

Declaración de Asunción, Sexta Conferencia Sudamericana de Migraciones (2006)

Declaración de Ginebra sobre los Derechos de los Niños (1924)

Declaración de Santiago sobre Principios Migratorios (2004)

Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)

Declaración Universal de los Derechos del Niño (1959)

Ley N° 19968 - Ley de creación de Tribunales de Familia de Chile (2004)

Ley N° 548 - Código del Niño, Niña y Adolescente de Bolivia (2014)

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1976)

Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular, Marruecos (2018)

Instrumentos Legales Complementarios

Informe A/HRC/25/35 - Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los derechos humanos: Acceso de los niños a la justicia (2013)

Observación General Conjunta N° 4, Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, y N° 23, Comité de los derechos del

- niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno (2017)
- Observación General N° 1 - Propósitos de la educación (2001)
- Observación General N° 4 - La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la convención sobre los derechos del niño (2003)
- Observación General N° 6 - Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen (2005)
- Observación General N° 12 - El derecho del niño a ser escuchado (2009)
- Observación General N°13 - Aplicación del pacto internacional de derechos económicos sociales y culturales (1999) El derecho a la Educación (artículo 13 del Pacto)
- Observación General N° 14 - El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (2000)
- Opinión Consultiva N° 18 - Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados (2003)
- Opinión Consultiva N° 21 - Derechos y Garantías de niñas y niños en el contexto de migración y/o necesidad de protección internacional (2014)
- Opinión Consultiva N° 21, República Federativa de Brasil, la República de Paraguay y la República Oriental de Paraguay - Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de migración y/o en necesidad de protección internacional (2014)
- Opinión Consultiva, Costa Rica - Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo (2017)

Jurisprudencia

Nacional

Sentencia del Tribunal Constitucional N° 01665-2014-PHC/TC

Sentencia del Tribunal Constitucional N° 04058-2012-PA/TC

Sentencia del Tribunal Constitucional N° 02132-2008-PA/TC

Sentencia del Tribunal Constitucional N° 04058-2012-PA/TC

Sentencia del Tribunal Constitucional N° 04058-2012-PA/TC

Internacional

Fallos N° 328:2870/2014, 331:2047/ 2014. Argentina

Sentencia del 19 de noviembre 1999. Caso “Niños de la Calle” Villagrán Morales y otros vs. Guatemala

Sentencia del 25 de noviembre de 2013. Caso Familia Pacheco vs Estado plurinacional de Bolivia

Sentencia N° 12458/2011. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica

Sentencia N° T-397/2004. Colombia

Sentencia N° T-580A/2011. Colombia

Publicaciones electrónicas

ACNUR (2012) *Un Marco para la protección de los niños*. Ginebra, Suiza. Extraído de: <https://acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2014/9456.pdf>

Birgin, H. & Gherardi, N. (2012) *La Garantía de Acceso a la Justicia: Aportes Empíricos y Conceptuales*. Colección Género, Derecho y Justicia, N° 6. Recuperado de: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/28920.pdf>

Defensoría del Pueblo (2012) *Guía Básica para la persona migrante*. Ediciones Lima. Extraído de <https://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/defensoriales/cartilla-a-migrantes-informe-146.pdf>

Domenech, E. (2013) *Las migraciones son como el agua: Hacia la instauración de políticas de “control con rostro humano*, p. 62. consulté le 17 juillet 2020. Extraído de <http://journals.openedition.org/polis/9280>

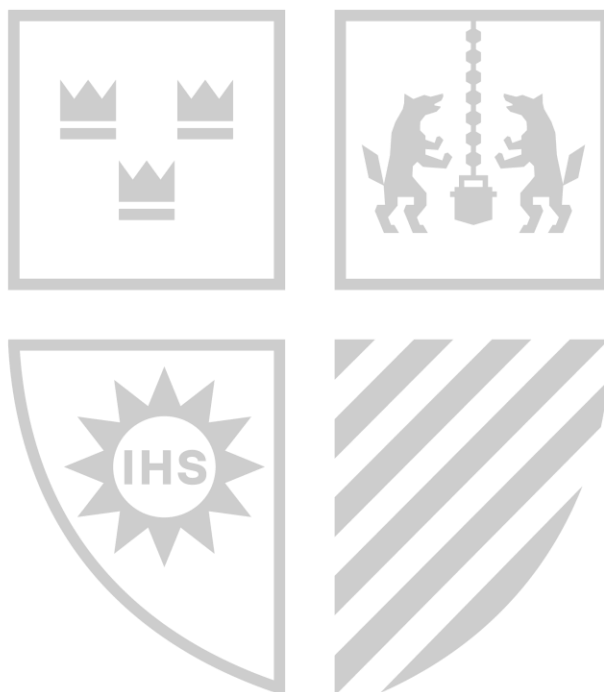
Fowks, Jacqueline. (21 de diciembre de 2020). Más del 60% de los venezolanos menores de 17 años que vive en Perú no va a la escuela. Diario El País. Extraído de <https://elpais.com/sociedad/2020-12-21/mas-del-60-de-los-venezolanos-menores-de-17-anos-que-viven-en-peru-no-va-a-la-escuela.html>

Guía de Información para Refugiados y Solicitantes (2018) Extraído de [https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/RefugiadosAmericas/Peru/Guia para refugiados y solicitantes de la condicion de refugiado en Peru.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/RefugiadosAmericas/Peru/Guia_para_refugiados_y_solicitantes_de_la_condicion_de_refugiado_en_Peru.pdf)
<https://cdn01.pucp.edu.pe/idehpucp/wp-content/uploads/2020/12/21213437/Versi%C3%B3n-Digital-Informe-alternativo-diagramado.pdf>

Informe Alternativo al Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares Perú (2020) Extraído de:
<https://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2020/12/21213437/Versi%C3%B3n-Digital-Informe-alternativo-diagramado.pdf>

Liwski, N. (2008). *Migraciones de niñas, niños y adolescentes bajo el enfoque de derechos*. Revista iberoamericana, de http://www.derechosinfancia.org.mx/Documentos/Migraciones_liwski.pdf

SIS Perú (2022) Requisitos para afiliación al SIS. Extraído de <https://www.gob.pe/133-afiliarte-al-sis-gratuito-afiliacion-al-sis-gratuito>



ANEXO

ANEXO 1: GUÍA DE ENTREVISTA

Guía de entrevista para expertos en materia migratoria

Este instrumento de recojo de información fue realizado a expertos que en los diversos campos profesionales en que se desenvuelven, tienen conocimiento y experiencia respecto a la materia migratoria, el objetivo es aproximarnos en el tema de interés superior del niño y las consecuencias que podrían desencadenarse ante las dificultades legales en el acceso a la regularización por una calidad migratoria por parte de los niños, niñas y adolescentes migrantes venezolanos en situación irregular.

Comenzar diciendo:

La presente entrevista se realiza en atención a la investigación sobre el Interés Superior del Niño y la problemática en torno a sus derechos que enfrentan los niños, niñas y adolescentes venezolanos respecto a su regularización en el país, desarrollada por la Bachiller de Derecho Ángela Arenas de la Universidad Antonio Ruiz de Montoya. Por lo tanto, la información personal proporcionada tiene únicamente fines de investigación y no será exhibida ni develada".

I. Fecha de entrevista

II. Perfil

Nombre:	Cargo que desempeña:
Profesión:	Institución en la que trabaja actualmente:

--	--

III. Integración a nivel estructural

IV. Preguntas respecto a la Regularización

1. Al haberse desarrollado en la tesis el Interés Superior del Niño y el acceso a una situación migratoria regular o al sistema de refugio para la niñez migrante, desde su campo de trabajo ¿Cuáles considera son los 3 mayores obstáculos que enfrentan los niños migrantes venezolanos en situación irregular en nuestro país?
2. Respecto al proceso de regularización migratoria o acceso al sistema de refugio ¿considera que las posibilidades para que los niños migrantes en situación irregular, accedan a lo establecido en la ley migratoria con las diversas calidades migratorias que se ofrecen, tienen en consideración el ISN? y, ¿en el caso del sistema de refugio en el país se considera también el ISN?
3. Por otro lado, centrándonos solo en la Acreditación de personas extranjeras por Vulnerabilidad ¿Sabe usted si se aplica en la realidad teniendo en cuenta a niños en situación irregular?, ante esta situación ¿qué principios toma en cuenta migraciones para otorgar esta acreditación para los niños migrantes?
4. ¿Considera que el CPP (El Carné de Permiso Temporal de Permanencia), el nuevo carné aprobado por Migraciones establecido desde el 22 de octubre del año pasado, va a facilitar la regularización de los niños migrantes en situación irregular? ¿responde al ISN esta medida por parte de Migraciones?
5. Respecto a la activación de la Calidad Humanitaria ¿considera usted podría significar una manera beneficiosa de regularización para los niños en situación irregular? ¿qué barreras desde su punto de vista existen en su práctica para su aplicación?

V. Preguntas respecto al sector salud

6. Teniendo de forma obligatoria el Estado la aplicación del ISN ¿Cuáles considera usted que son las mayores vulneraciones que en el día de hoy están pasando respecto al ISN en el campo de la salud?
7. ¿De qué manera usted considera la situación regulatoria de los padres afecta que los niños migrantes en situación administrativa de irregularidad puedan acceder al servicio de salud?

VI. Preguntas respecto al sector educación

8. ¿Cuáles considera que son las mayores vulneraciones que en el día de hoy están pasando respecto al ISN en el campo de la educación?
9. ¿De qué manera usted considera la situación regulatoria de los padres afecta que los niños migrantes puedan acceder al servicio de salud?

VII. Pregunta de cierre

10. Finalmente, ¿qué recomendación brindaría usted a nuestro sistema migratorio y de refugio para lograr una mayor y accesible regularización de la niñez migrante en situación irregular en la práctica que sea respetuosa del ISN?