

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

OPINIÓN CONSULTIVA OC-21/14

DE 19 DE AGOSTO DE 2014

SOLICITADA POR LA REPÚBLICA ARGENTINA, LA REPÚBLICA FEDERATIVA DE BRASIL, LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY Y LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

DERECHOS Y GARANTÍAS DE NIÑAS Y NIÑOS EN EL CONTEXTO DE LA MIGRACIÓN Y/O EN NECESIDAD DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL

la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte Interamericana”, “la Corte” o “el Tribunal”), integrada por los siguientes Jueces*:

Humberto Antonio Sierra Porto, Presidente;
Roberto F. Caldas, Vicepresidente;
Manuel E. Ventura Robles, Juez;
Diego García-Sayán, Juez;
Eduardo Vio Grossi, Juez; y
Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Juez;

presentes, además,

Pablo Saavedra Alessandri, Secretario, y
Emilia Segares Rodríguez, Secretaria Adjunta,

de conformidad con el artículo 64.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención Americana” o “la Convención”) y con los artículos 70 a 75 del Reglamento de la Corte (en adelante “el Reglamento”), emite la siguiente Opinión Consultiva, que se estructura en el siguiente orden:

* El Juez Alberto Pérez Pérez no participó, por motivos de fuerza mayor, en la deliberación y firma de esta Opinión Consultiva.

ÍNDICE

I PRESENTACIÓN DE LA CONSULTA.....	3
II PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE	5
III COMPETENCIA	9
IV CONSIDERACIONES GENERALES.....	13
V CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN	18
VI OBLIGACIONES GENERALES Y PRINCIPIOS RECTORES	22
VII PROCEDIMIENTOS PARA IDENTIFICAR NECESIDADES DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑAS Y NIÑOS MIGRANTES Y, EN SU CASO, ADOPTAR MEDIDAS DE PROTECCIÓN ESPECIAL.....	27
VIII GARANTÍAS DE DEBIDO PROCESO APLICABLES EN PROCESOS MIGRATORIOS QUE INVOLUCRAN A NIÑAS Y NIÑOS	41
IX PRINCIPIO DE NO PRIVACIÓN DE LIBERTAD DE NIÑAS O NIÑOS POR SU SITUACIÓN MIGRATORIA IRREGULAR.....	52
X CARACTERÍSTICAS DE LAS MEDIDAS PRIORITARIAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE NIÑAS Y NIÑOS MIGRANTES Y GARANTÍAS PARA SU APLICACIÓN	59
XI CONDICIONES BÁSICAS DE LOS ESPACIOS DE ALOJAMIENTO DE NIÑAS Y NIÑOS MIGRANTES Y LAS OBLIGACIONES ESTATALES CORRESPONDIENTES A LA CUSTODIA POR RAZONES MIGRATORIAS	63
XII GARANTÍAS DE DEBIDO PROCESO ANTE MEDIDAS QUE IMPLIQUEN RESTRICCIONES O PRIVACIONES DE LA LIBERTAD PERSONAL DE NIÑAS Y NIÑOS POR RAZONES MIGRATORIAS	68
XIII PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN (<i>NON-REFOULEMENT</i>)	77
XIV PROCEDIMIENTOS PARA GARANTIZAR EL DERECHO DE LAS NIÑAS Y NIÑOS A BUSCAR Y RECIBIR ASILO	92
XV DERECHO A LA VIDA FAMILIAR DE LAS NIÑAS Y LOS NIÑOS EN EL MARCO DE PROCEDIMIENTOS DE EXPULSIÓN O DEPORTACIÓN DE SUS PROGENITORES POR MOTIVOS MIGRATORIOS.....	98
XVI OPINIÓN	106

I

PRESENTACIÓN DE LA CONSULTA

1. El 7 de julio de 2011 la República Argentina (en adelante "Argentina"), la República Federativa de Brasil (en adelante "Brasil"), la República del Paraguay (en adelante "Paraguay") y la República Oriental del Uruguay (en adelante "Uruguay"), las cuales en adelante se denominarán en conjunto "los Estados solicitantes", con fundamento en el artículo 64.1 de la Convención Americana y de conformidad con lo establecido en el artículo 70.1 y 70.2 del Reglamento, presentaron una solicitud de Opinión Consultiva sobre niñez migrante (en adelante "la solicitud" o "la consulta") a fin de que el Tribunal "determin[e] con mayor precisión cuáles son las obligaciones de los Estados con relación a las medidas pasibles de ser adoptadas respecto de niñas y niños, asociada a su condición migratoria, o a la de sus padres, a la luz de la interpretación autorizada de los artículos 1.1, 2, 4.1, 5, 7, 8, 11, 17, 19, 22.7, 22.8, 25 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los artículos 1, 6, 8, 25 y 27 de la Declaración Americana de [los] Derechos y Deberes del Hombre y el artículo 13 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura"¹.

2. Los Estados solicitantes expusieron las consideraciones que originaron la consulta y, entre ellas, señalaron que:

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

[... L]os niños y niñas [...] migran por motivos diversos, sea por reagrupación familiar, búsqueda de mejores condiciones económicas, sociales o culturales, para escapar de la pobreza extrema, la degradación ambiental, la violencia u otras formas de abuso y persecución a las que se ven sometidos. [...]

[... L]as personas migrantes en situación migratoria irregular, por un lado, y los niños y niñas, por el otro, son grupos sociales que se encuentran en una condición de vulnerabilidad. Ambos colectivos requieren, por ello, un compromiso especial por parte de los Estados que deben procurar el respeto, la protección y la garantía de sus derechos fundamentales[, teniendo en cuenta] un enfoque transversal de edad que tenga debidamente en [consideración] los derechos de los niños y niñas afectados por la migración. [...]

En la actualidad, la utilización de la privación de libertad de migrantes (adultos y niños) asociada a la infracción de las normas migratorias constituye una problemática que suscita una profunda preocupación en diferentes ámbitos nacionales e internacionales. [...]

Sentado el principio de no criminalización, aún restan muchas cuestiones pendientes en relación con el reconocimiento de los derechos humanos de los migrantes y en particular sobre el reconocimiento y la protección de los derechos de niños migrantes. [...]

En este escenario, resulta fundamental que la [...] Corte Interamericana de Derechos Humanos defina con mayor precisión cuáles son los estándares, principios y obligaciones concretas que los Estados deben cumplimentar en materia de derechos humanos de las personas migrantes, en particular en lo que respecta a los derechos de las niñas y niños migrantes e hijos/as de migrantes [...] en los siguientes temas: 1. Procedimientos para la determinación de necesidades de protección internacional y de medidas de protección especial de los niños, niñas y adolescentes migrantes. 2. Sistema de garantías que debería aplicarse en los procedimientos migratorios que involucran a niños, niñas y adolescentes migrantes. 3. Estándares para la aplicación de medidas cautelares en un procedimiento migratorio sobre la base del principio de no detención de niñas y niños migrantes. 4. Medidas de protección de derechos que deberían disponerse de manera prioritaria y que no impliquen restricciones a la libertad personal. 5. Obligaciones estatales en casos de custodia de niñas y niños por motivos migratorios. 6. Garantías de debido proceso ante medidas que impliquen privación de libertad de niñas y niños en el marco de procedimientos migratorios. 7. Principio de no devolución en relación con niñas y niños migrantes. 8. Procedimientos para la identificación y el tratamiento de niñas y niños

¹ El texto completo de la solicitud puede ser consultada en el siguiente enlace de la página *web* de la Corte: http://www.corteidh.or.cr/solicitudoc/solicitud_esp.pdf

eventuales solicitantes de asilo o refugio. 9. El derecho a la vida familiar de los niños y niñas en caso de disponerse la expulsión por motivos migratorios de sus padres.

3. Con base en lo anterior, los Estados solicitantes presentaron a la Corte las siguientes consultas específicas:

[1.] ¿Cuáles son, a la luz de los artículos 1, 2, 5, 7, 8, 19, 22.7 y 25 de la Convención Americana y de los artículos 1, 25 y 27 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, los procedimientos que deberían adoptarse a fin de identificar los diferentes riesgos para los derechos de niños y niñas migrantes; determinar las necesidades de protección internacional; y adoptar en su caso, las medidas de protección especial que se requieran?

[2.] ¿Cuáles son, a la luz de los artículos 1, 2, 7, 8, 19 y 25 de la Convención Americana y del artículo 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, las garantías de debido proceso que debieran regir en los procesos migratorios que involucran niños y niñas migrantes?

[3.] ¿Cómo debe interpretarse, a la luz de los artículos 1, 7, 8, 19 y 29 de la Convención Americana y el artículo 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el principio de última *ratio* de la detención como medida cautelar en el marco de procedimientos migratorios cuando están involucrados niños y niñas que se encuentran junto a sus padres, y cuando están involucrados niños/as no acompañados o separados de sus padres?

[4.] ¿Qué características deben tener, a la luz de los artículos 2, 7, 19, 25 y 29 de la Convención Americana y el artículo 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, las medidas alternativas adecuadas de protección de derechos del niño que debieran constituir la respuesta estatal prioritaria para evitar cualquier tipo de restricción a la libertad ambulatoria? ¿Cuáles son las garantías de debido proceso que deberían aplicarse en el procedimiento de decisión acerca de medidas alternativas a la detención?

[5.] ¿Cuáles son las condiciones básicas que debieran cumplimentar los espacios de alojamiento de niños/as migrantes y cuáles son las obligaciones principales que tienen los Estados respecto de los niños y niñas (solos o acompañados) que se encuentran bajo la custodia estatal por razones migratorias, a la luz de los artículos 1, 2, 4.1, 5, 7, 17 y 19 de la Convención Americana y de los artículos 1 y 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre?

[6.] ¿Cuáles son a la luz de los artículos 1, 2, 7, 8, 19 y 25 de la Convención Americana y del artículo 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, las garantías de debido proceso que debieran regir en los procesos migratorios que involucran a niños y niñas, cuando en estos procesos se apliquen medidas que restrinjan la libertad personal de los niños?

[7.] ¿Cuál es el alcance y contenido del principio de no devolución a la luz de los artículos 1, 2, 4.1, 5, 7, 8, 19, 22.7, 22.8 y 25 de la Convención Americana, artículo 13 inciso 4 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y de los artículos 1, 25 y 27 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, al adoptarse medidas que puedan implicar el retorno de un niño/a a un país determinado?

[8.] ¿Qué características, a la luz del artículo 22.7 de la Convención Americana y el artículo 27 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, deberían tener los procedimientos a emplearse cuando se identifica una potencial solicitud de asilo o de reconocimiento de la condición de refugiado de un niño/a migrante?

[9.] ¿Cuál es el alcance que debiera conferirse a la protección del derecho de los niños/as a no ser separados de sus padres en los casos en que pudiera aplicarse una medida de deportación a uno o ambos progenitores, como consecuencia de su condición migratoria, a la luz de los artículos 8, 17, 19 y 25 de la Convención Americana y los artículos 6 y 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre?

4. Argentina designó al señor Luis Hipólito Alen, como agente, y a los señores Alberto Javier Salgado y Julio Ayala, como agentes alternos. Brasil designó como agentes a la Embajadora María Dulce Silva Barros y, como agentes alternos, a la señora Juliana de Moura Gomes y a los señores Carlos Eduardo da Cunha Oliveira, Fábio Balestro Floriano, Rafael Rodrigues Soares y Francisco George de Lima Beserra. Paraguay designó como agentes a la señora Inés Martínez Vilanotti y al señor Ricardo González. Como agentes por Uruguay fueron designados los señores Javier Miranda y Federico Perazza.

II PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE

5. Mediante notas de 13 de septiembre de 2011 la Secretaría de la Corte (en adelante "la Secretaría"), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 73.1 del Reglamento, transmitió la consulta a los demás Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos (en adelante "la OEA"), al Secretario General de la OEA, al Presidente del Consejo Permanente de la OEA, a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Comisión Interamericana" o "la Comisión"), y al Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes. En dichas comunicaciones, informó que el Presidente de la Corte, en consulta con el Tribunal, había fijado el 15 de diciembre de 2011 como fecha límite para la presentación de las observaciones escritas u otros documentos relevantes respecto de la solicitud mencionada. Igualmente, siguiendo instrucciones del Presidente y de acuerdo con lo establecido en el artículo 73.3 de dicho Reglamento, la Secretaría, mediante notas de 23 y 26 de septiembre de 2011 invitó a diversas organizaciones internacionales y de la sociedad civil así como a instituciones académicas de la región a remitir en el plazo anteriormente señalado su opinión escrita sobre los puntos sometidos a consulta. Finalmente, se realizó una invitación abierta a través del sitio *web* de la Corte Interamericana a todos los interesados a presentar su opinión escrita sobre los puntos sometidos a consulta. El plazo previamente establecido fue prorrogado hasta el 17 de febrero de 2012, por lo que contaron con aproximadamente cinco meses para remitir sus presentaciones.

6. El plazo otorgado llegó a su vencimiento y se recibieron en la Secretaría los siguientes escritos de observaciones²:

Observaciones escritas presentadas por Estados de la OEA:

- 1) Brasil
- 2) República de Costa Rica (en adelante "Costa Rica")
- 3) República del Ecuador (en adelante "Ecuador")
- 4) República de Honduras (en adelante "Honduras")
- 5) Estados Unidos Mexicanos (en adelante "México")

Observaciones escritas presentadas por órganos de la OEA:

- 6) Comisión Interamericana de Derechos Humanos
- 7) Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes

Observaciones escritas presentadas por Organismos Internacionales:

- 8) Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)
- 9) Oficina Regional para América del Sur del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH)
- 10) Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF)
- 11) Oficina Regional para Centroamérica, Norteamérica y el Caribe de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM)

² El 22 de junio de 2012 el Estado de Nicaragua presentó observaciones escritas fuera del plazo otorgado a tal efecto. Al respecto, se le informó que podría presentar los argumentos y la documentación que estimara pertinente durante la audiencia pública a celebrarse.

Observaciones escritas presentadas por organismos estatales, asociaciones internacionales y nacionales, instituciones académicas, organizaciones no gubernamentales e individuos de la sociedad civil:

- 12) Defensoría General de la Nación de la República Argentina
- 13) Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal y el Centro para el Desarrollo de la Justicia Internacional, A.C.
- 14) Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEP)
- 15) Women's Link Worldwide
- 16) Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM)
- 17) Servicio Social Internacional (SSI) y Red Latinoamericana de Acogimiento Familiar (RELAF)
- 18) Centro de Direitos Humanos e Cidadania do Imigrante (CDHIC)
- 19) Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y Servicio de Apoyo y Orientación a Inmigrantes y Refugiados (CAREF)
- 20) Grupo Jurídico de Antioquia (GJA)
- 21) Consejo Uruguayo para las Relaciones Internacionales (CURI)
- 22) Programa de Defensa e Incidencia Binacional de la Iniciativa Frontera Norte de México, conformado por el Centro de Derechos Humanos del Migrante A.C, Centro de Recursos Migrantes, Red de Casas YMCA para Menores Migrantes y Coalición Pro Defensa del Migrante A.C.
- 23) Señoras y señores María Elena Vásquez Rodríguez, Directora del Programa "Niños y niñas sin fronteras" de la Corporación Colectivo Sin Fronteras de Chile; Carlos Roberto Muñoz Reyes, vocero de la Red de ONGs de Infancia y Juventud de Chile; Julio Esteban Cortés Morales, académico de la Clínica de Infancia de la Escuela de Derecho de la Universidad Central de Chile; e Iskra Leyva Pavez Soto, académica de la Escuela de Trabajo Social de la Universidad Tecnológica Metropolitana de Chile
- 24) Comisión Nro. 1309 del Departamento de Práctica Profesional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (en adelante "Comisión Nro. 1309")
- 25) Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús
- 26) Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales
- 27) Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario
- 28) Académicos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México
- 29) Centro Estratégico de Litigio Latinoamericano, A.C. y el Programa de Derechos Humanos de la Universidad Veracruzana
- 30) Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador
- 31) Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú
- 32) Centro de Estudios de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres
- 33) Centro de Derechos Humanos e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello
- 34) International Human Rights Law Clinic del Washington College of Law de American University, en representación de Women's Refugee Commission, Kids in Need of Defense e Immigrant Children's Legal Program of the U.S. Committee for Refugees & Immigrants (anteriormente National Center for Refugee and Immigrant Children)
- 35) Immigration Law Clinic de Southwestern Law School
- 36) Child Law Clinic de University College Cork
- 37) Señor Boris Wilson Arias López

- 38) Señores Ezequiel Heffes y Fernando Alberto Goldar
- 39) Señor Luis Peraza Parga
- 40) Señora Beatriz Eugenia Sánchez Mojica
- 41) Señores Álvaro Francisco Amaya-Villarreal, Felipe Franco Gutiérrez y señora Viviana Ordóñez Salazar
- 42) Señora Juliana Poveda Clavijo y señor Oscar Yesid Osorio Barragán

7. Una vez concluido el procedimiento escrito, el 11 de mayo de 2012 la Presidencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 73.4 del Reglamento, emitió una Resolución³, mediante la cual convocó a una audiencia pública e invitó a los Estados Miembros de la OEA, a su Secretario General, al Presidente del Consejo Permanente, a la Comisión Interamericana, al Instituto Interamericano del Niño, Niña y Adolescentes y a todos aquellos miembros de diversas organizaciones, sociedad civil, instituciones académicas y personas que remitieron observaciones escritas, con el propósito de presentar al Tribunal sus comentarios orales respecto de la consulta. La audiencia pública se convocó para el 26 y el 27 de junio de 2012 en la sede de la Corte.

8. El 25 de junio de 2012 Argentina, en ejercicio de la presidencia *pro tempore* del MERCOSUR (Mercado Común del Sur) y en representación de Brasil y Uruguay, solicitó que “[...] en vista de la situación en la República del Paraguay, que [era] de público conocimiento, las audiencias citadas [fueran] pospuestas para una fecha [a] ser determinada oportunamente”.

9. El 26 de junio de 2012 la Secretaría del Tribunal comunicó que el Pleno de la Corte acordó, a pedido de tres de los países solicitantes, posponer la realización de la audiencia pública a la luz de los acontecimientos políticos en Paraguay. De igual forma, informó a los Estados solicitantes, a los demás Estados Miembros de la OEA, a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así como a los organismos internacionales y estatales, asociaciones internacionales y nacionales, organizaciones no gubernamentales e instituciones académicas que habían confirmado su participación en la audiencia, que se les notificaría la nueva fecha para la realización de la misma.

10. El 30 de mayo de 2013, tras las consultas formuladas con los Estados solicitantes, se procedió a retomar el curso normal del procedimiento y se informó que la audiencia pública sobre la opinión consultiva de referencia se llevaría a cabo durante alguno de los períodos de sesiones que iba a celebrarse en el último trimestre del 2013.

11. El 5 de septiembre de 2013 el Presidente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 73.4 del Reglamento, emitió una Resolución⁴, mediante la cual convocó a una audiencia pública e invitó a los Estados Miembros de la OEA, a su Secretario General, al Presidente del Consejo Permanente, a la Comisión Interamericana, al Instituto Interamericano del Niño, Niña y Adolescentes y a todos aquellos miembros de diversas organizaciones, sociedad civil, instituciones académicas y personas que remitieron observaciones escritas y/o que confirmaron su participación, a presentar al Tribunal sus comentarios orales respecto de la consulta.

12. La audiencia pública se celebró los días 9 y 10 de octubre de 2013 en la ciudad de México, Estados Unidos Mexicanos, en el marco del 48° Período Extraordinario de Sesiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

13. Comparecieron ante la Corte las siguientes personas:

³ Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/oc21110512esp.pdf>

⁴ Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/sol_oc_21_esp.pdf

Por Argentina, Luis Hipólito Alen, Subsecretario de Protección de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación; María Julia Loreto, abogada de la Dirección Contencioso Internacional en materia de Derechos Humanos de la Cancillería; Víctor Abramovich Cosarín, Secretario Ejecutivo del Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos (IPPDH) del MERCOSUR, y Francisco Tropepi, Secretario de la Sección Política de la Embajada de la República Argentina en los Estados Unidos Mexicanos;

Por Brasil, la Embajadora María Dulce Silva Barros, Agente del Estado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos; Victoria Balthar, Asesora Internacional de la Secretaría de Derechos Humanos de la Presidencia de la República, y Juliana Soares Santos, Primer Secretaria de la Embajada de la República Federativa de Brasil en los Estados Unidos Mexicanos;

Por Paraguay, Embajador Carlos Heriberto Riveros Salcedo, Embajador Extraordinario y Plenipotenciario de la República del Paraguay en los Estados Unidos Mexicanos; María Leticia Casati, Consejera de la Embajada de la República del Paraguay en los Estados Unidos Mexicanos, y Juan José Mancuello, Primer Secretario de la Embajada de la República del Paraguay en los Estados Unidos Mexicanos;

Por Uruguay, el Embajador Federico Perazza, Director General Adjunto para Asuntos Políticos del Ministerio de Relaciones Exteriores;

Por México, el Embajador Juan Manuel Gómez Robledo, Subsecretario para Asuntos Multilaterales y Derechos Humanos de la Secretaría de Relaciones Exteriores; Laura Vargas Carrillo, Titular del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia; Max Alberto Diener Sala, Consultor Jurídico de la Secretaría de Relaciones Exteriores; Erasmo Lara Cabrera, Director General Adjunto de Casos, Democracia y Derechos Humanos de la Secretaría de Relaciones Exteriores; Lilian Espinoza Fernández, Directora General de Enlace Interinstitucional del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia; Ana Cecilia Oliva Balcarcel, Directora General de Protección al Migrante y Vinculación del Instituto Nacional de Migración; Lorena Lagarde González, Directora de Asuntos Internacionales del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia; Luis Jardón Piña, Director de Litigio Internacional en Materia de Derechos Humanos de la Secretaría de Relaciones Exteriores, y Carlos Ramírez Bracho, Secretario Particular de la Titular del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia;

Por Costa Rica, José Carlos Jiménez Alpízar, Asesor Legal del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, y Fernando Ching Chang, Asesor de la Presidencia Ejecutiva del Patronato Nacional de la Infancia;

Por Guatemala, Embajador José Rodrigo Vielmann de León, Embajador de Guatemala ante la Organización de los Estados Americanos; Rodrigo Villagrán Sandoval, Director de Seguimiento de Casos Internacionales en Materia de Derechos Humanos, y Verónica Jiménez, Subdirectora de la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores;

Por República Dominicana, el Embajador Fernando Pérez Memén, Embajador Extraordinario y Plenipotenciario de la República Dominicana ante los Estados Unidos Mexicanos; Santo Miguel Román, Subdirector de la Dirección General de Migración adscrita al Ministerio de Interior y Policía, y José Casado-Liberato, Abogado-Analista de Derechos Humanos para asuntos de la OEA ante el Ministerio de Relaciones Exteriores;

Por Panamá, Magdalena Brandao, Abogada de Derechos Humanos de la Dirección de Asuntos Jurídicos y Tratados del Ministerio de Relaciones Exteriores; Rosario Granda, Abogada; José Cedeño, Abogado, y Rocío Medina, Abogada;

Por la Comisión Interamericana, el Comisionado Felipe González; la Comisionada Rosa María Ortiz; Emilio Álvarez Icaza L., Secretario Ejecutivo; Elizabeth Abi-Mershed, Secretaria Ejecutiva Adjunta; Silvia Serrano Guzmán, Asesora, y Jorge Humberto Meza, Asesor;

Por ACNUR, Juan Carlos Murillo González, Asesor Jurídico Regional;

Por UNICEF, Karla Gallo, Oficial Nacional de Protección de UNICEF en México;

Por la OIM, Salvador Gutiérrez, Oficial Regional de Enlace y Políticas;

Por la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEP), Migdalia Brown;

Por la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal y el Centro para el Desarrollo de la Justicia Internacional, A.C., Fernando Coronado Franco, Nancy Jocelyn López Pérez, Patricia Uribe Granados, Edgar Alejandro Gómez Jaimes, Leonardo Mier Bueno, y Mario Patrón Sánchez;

Por el Servicio Social Internacional (SSI) y la Red Latinoamericana de Acogimiento Familiar (RELAF), Leticia Irene Virosta;

Por el Programa de Defensa e Incidencia Binacional de la Iniciativa Frontera Norte de México, conformado por el Centro de Derechos Humanos del Migrante A.C, Centro de Recursos Migrantes, Red de Casas YMCA para Menores Migrantes y Coalición Pro Defensa del Migrante A.C., Silvia Esmeralda Flores Rodríguez;

Por el Centro Estratégico de Litigio Latinoamericano A.C. y el Programa de Derechos Humanos de la Universidad Veracruzana, Rafael Beltrán Ramos y Chasel Colorado Piña;

Por la Comisión Nro. 1309 del Departamento de Práctica Profesional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Santiago Gabriel Bertinat Gonnet;

Por la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, María Teresa Palacios Sanabria;

Por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús, Diego Lorente y Lourdes Rosas Aguilar;

Por el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Adriana Inés Monesterolo Lencioni;

Por la International Human Rights Law Clinic del Washington College of Law de American University en representación de Women's Refugee Commission, Kids in Need of Defense y the Immigrant Children's Legal Program of the U.S. Committee for Refugees & Immigrants (anteriormente National Center for Refugee and Immigrant Children), Richard J. Wilson, Diana Navas y Jacqueline Zamarripa;

Por la Child Law Clinic de University College Cork, Emily Bartholomew;

Por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, María Leoba Castañeda Rivas, y Los señores Álvaro Francisco Amaya Villarreal y Luis Peraza Parga.

14. Con posterioridad a la audiencia, se recibieron escritos complementarios de: 1) el señor Luis Peraza Parga; 2) ACNUR; 3) la Comisión Nro. 1309; 4) Costa Rica; 5) OIM; 6) Guatemala; 7) el Secretario Ejecutivo del Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos (IPPDH) del MERCOSUR, en representación de los Estados solicitantes; 8) Child Law Clinic de University College Cork; 9) la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, y 10) Brasil.

15. La solicitud de opinión consultiva presentada por los Estados solicitantes, las observaciones escritas y orales de los Estados participantes, de la Comisión Interamericana, del Instituto Interamericano de la Niña, Niño y Adolescentes, de diferentes organismos internacionales, así como de organismos estatales, asociaciones internacionales y nacionales, instituciones académicas, organizaciones no gubernamentales e individuos de la sociedad civil, pueden ser consultadas en el sitio *web* de la Corte⁵ y, asimismo, figuran resumidas en el anexo a la presente opinión⁶.

III COMPETENCIA

16. Esta consulta ha sido sometida a la Corte por los Estados solicitantes, en uso de la facultad que les otorga el artículo 64.1 de la Convención Americana. Los Estados solicitantes son Estados Miembros de la OEA y, por tanto, tienen el derecho de solicitar a la Corte Interamericana opiniones consultivas acerca de la interpretación de dicho tratado o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos.

17. Asimismo, la Corte considera que, como órgano con funciones de carácter jurisdiccional y consultivo, tiene la facultad inherente a sus atribuciones, y aún cuando ello no haya sido controvertido como es lo que acontece en autos, de determinar el alcance de su propia competencia (*compétence de la compétence/Kompetenz-Kompetenz*), lo que, por lo dispuesto en el artículo 64.1 de la Convención, también tiene aplicación en lo referente al ejercicio de su función consultiva o no contenciosa, tal como ocurre en lo atinente a su competencia contenciosa⁷, en particular, dado que la sola circunstancia de recurrir a aquella presupone la

⁵ Disponibles en el siguiente enlace: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/observaciones>

⁶ El anexo con los resúmenes se encuentra únicamente en idioma español.

⁷ Cfr. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Competencia*. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 55, párr. 33, y *Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275, párr. 18.

admisión, por parte del Estado o Estados que realizan la consulta, del derecho de la Corte a resolver sobre el alcance de su jurisdicción al respecto.

18. Los Estados solicitantes requieren una interpretación de la Convención Americana, de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante “Declaración Americana” o “Declaración”).

19. En cuanto a la Convención Americana, la función consultiva permite al Tribunal interpretar cualquier norma de la misma, sin que ninguna parte o aspecto de dicho instrumento esté excluido del ámbito de interpretación. En este sentido, es evidente que la Corte tiene, en virtud de ser “intérprete última de la Convención Americana”⁸, competencia para emitir con plena autoridad interpretaciones sobre todas las disposiciones de la Convención, incluso aquellas de carácter procesal⁹.

20. Asimismo, la Corte ha considerado que el artículo 64.1 de la Convención, al referirse a la facultad de la Corte de emitir una opinión sobre “otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos” es amplio y no restrictivo. Es decir,

[...] la competencia consultiva de la Corte puede ejercerse, en general, sobre toda disposición, concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes del mismo Estados ajenos al sistema interamericano¹⁰.

21. En el caso de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, este instrumento ha sido adoptado en el ámbito de la OEA y ratificado por 18 Estados Miembros¹¹, e indudablemente constituye un tratado de trascendencia regional que se relaciona con la protección de los derechos humanos y, específicamente, con la protección contra la tortura en los Estados americanos.

22. Además, el artículo 64.1 de la Convención Americana autoriza a la Corte para rendir opiniones consultivas sobre la interpretación de la Declaración Americana, en el marco y dentro de los límites de su competencia en relación con la Carta de la OEA (en adelante “la Carta”) y la Convención u otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos¹². Por ende, la Corte al interpretar la Convención en el marco de su función consultiva recurrirá a la Declaración Americana cuando corresponda y en los términos del artículo 29.d) de la Convención.

23. Al afirmar su competencia, el Tribunal recuerda el amplio alcance de su función consultiva, única en el derecho internacional contemporáneo, en virtud de la cual y a diferencia

⁸ *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124, y *Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276, párr. 87.

⁹ *Cfr. Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.* Opinión Consultiva OC-20/09 de 29 de septiembre de 2009. Serie A No. 20, párr. 18, y *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 15.

¹⁰ “Otros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1, punto decisivo primero.

¹¹ Son parte de este tratado: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Uruguay y Venezuela.

¹² *Cfr. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.* Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A No. 10, punto decisivo primero y único.

de lo dispuesto para otros tribunales internacionales, se encuentran legitimados para solicitar opiniones consultivas la totalidad de los órganos de la OEA enumerados en el Capítulo X de la Carta y los Estados Miembros de la OEA, aunque no fueran partes de la Convención¹³. Otra característica de la amplitud de esta función se relaciona con el objeto de la consulta, el cual no está limitado a la Convención Americana, sino que alcanza a otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos y, además, se concede a todos los Estados Miembros de la OEA la posibilidad de solicitar opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales¹⁴.

24. La solicitud cumple formalmente con las exigencias de lo dispuesto en los artículos 70¹⁵ y 71¹⁶ del Reglamento, según los cuales para que una solicitud sea considerada por la Corte las preguntas deben ser formuladas con precisión, especificar las disposiciones que deben ser interpretadas, indicar las consideraciones que la originan y suministrar el nombre y dirección del agente.

25. En reiteradas oportunidades este Tribunal ha establecido que el cumplimiento de los requisitos reglamentarios para la formulación de una consulta no implica que esté obligado a responder a ella¹⁷. Así, la Corte recuerda que su competencia consultiva no debe, en principio, ejercerse mediante especulaciones abstractas, sin una previsible aplicación a situaciones concretas que justifiquen el interés de que se emita una opinión consultiva¹⁸.

26. Al respecto, en la solicitud de opinión consultiva los Estados solicitantes manifestaron que existe un “déficit de la legislación y de las políticas públicas en relación con diferentes temas que se examinan en [la] solicitud. [...]n rasgo aún frecuente en algunas leyes y políticas migratorias, es la falta de la correspondiente articulación con el sistema de protección de derechos de la niñez, lo que limita la posibilidad de las instituciones públicas de definir de forma adecuada las medidas que tienen que adoptar cuando ingresa [una niña o un niño] al país de manera irregular”, lo cual comúnmente resulta en “la ausencia de procedimientos

¹³ Cfr. “Otros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), *supra*, párrs. 14 a 17, y Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, *supra*, párr. 18.

¹⁴ Cfr. “Otros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), *supra*, párrs. 14 a 17, y Control de Legalidad en el Ejercicio de las Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-19/05 de 28 de noviembre de 2005. Serie A No. 19, párr. 18.

¹⁵ Artículo 70. Interpretación de la Convención

1. Las solicitudes de opinión consultiva previstas en el artículo 64.1 de la Convención deberán formular con precisión las preguntas específicas sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la Corte.
2. Las solicitudes de opinión consultiva formuladas por un Estado miembro o por la Comisión, deberán indicar, además, las disposiciones cuya interpretación se pide, las consideraciones que originan la consulta y el nombre y dirección del Agente o de los Delegados. [...]

¹⁶ Artículo 71. Interpretación de otros tratados

1. Si la solicitud se refiere a la interpretación de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos prevista en el artículo 64.1 de la Convención, deberá ser identificado el tratado y las partes en él, las preguntas específicas sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la Corte y las consideraciones que originan la consulta. [...]

¹⁷ Cfr. Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-15/97 del 14 de noviembre de 1997. Serie A No. 15, párr. 31, y Control de Legalidad en el Ejercicio de las Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), *supra*, párr. 17.

¹⁸ Cfr. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 16, y Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, *supra*, párr. 15.

adecuados para identificar las diferentes situaciones de riesgo que enfrentan los niños que integran flujos migratorios mixtos o de composición diversa”.

27. Desde esa perspectiva, la Corte entiende que su respuesta a la consulta planteada prestará una utilidad concreta dentro de una realidad regional en la cual aspectos sobre las obligaciones estatales en cuanto a la niñez migrante no han sido establecidas en forma clara y sistemática, a partir de la interpretación de las normas relevantes. Esta utilidad se demuestra por el alto interés manifestado por todos los participantes a lo largo del presente procedimiento consultivo. En primer lugar, la propia solicitud presentada por cuatro Estados, la cual ofrece a través de la posición acordada y unificada de los Estados solicitantes un piso mínimo de estándares consensuados en la materia. Además, fueron recibidos 42 escritos de observaciones presentados por cinco Estados Miembros de la OEA, la Comisión Interamericana, el Instituto Interamericano del Niño, Niña y Adolescentes, cuatro organismos internacionales y 31 instituciones e individuos miembros de diversas organizaciones, sociedad civil en general e instituciones académicas. De forma similar, se verificó una activa participación en la audiencia pública por parte de nueve Estados Miembros de la OEA, la Comisión Interamericana, tres organismos internacionales y 14 instituciones e individuos miembros de diversas organizaciones, sociedad civil en general e instituciones académicas.

28. Al recordar que la función consultiva constituye “un servicio que la Corte está en capacidad de prestar a todos los integrantes del sistema interamericano, con el propósito de coadyuvar al cumplimiento de sus compromisos internacionales” sobre derechos humanos¹⁹, la Corte considera de importancia transcendental 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.

29. Al respecto, la Corte recuerda, como lo ha hecho en otras oportunidades²⁰, que la labor interpretativa que debe cumplir en ejercicio de su función consultiva busca no sólo desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos, sino, sobre todo, coadyuvar a los Estados Miembros y a los órganos de la OEA para que cumplan de manera cabal y efectiva sus obligaciones internacionales en la materia y definan y desarrollen políticas públicas en derechos humanos, en este caso para las niñas y los niños en el contexto de la migración. Se trata, en efecto, de interpretaciones que contribuyan a fortalecer el sistema de protección de los derechos humanos.

30. Por ende, la Corte estima que no solo no queda necesariamente constreñida a los literales términos de las consultas que se le formulan sino que, en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva y en vista de lo previsto en el artículo 2 de la Convención y del propósito de las opiniones consultiva de “coadyuvar al cumplimiento de sus compromisos internacionales” sobre derechos humanos (*supra* párr. 28), puede también sugerir, en tanto medidas de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos humanos, la adopción de tratados u otro tipo de normas internacionales sobre las materias objeto de aquellas.

¹⁹ Cfr. “Otros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), *supra*, párr. 39, y *Control de Legalidad en el Ejercicio de las Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (Arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), *supra*, párr. 18.

²⁰ Cfr. “Otros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), *supra*, párr. 25, y *Control de Legalidad en el Ejercicio de las Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (Arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), *supra*, párr. 18.

31. Del mismo modo, la Corte estima necesario recordar que, conforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo²¹, por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquél²². Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad²³, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”²⁴. A su vez, a partir de la norma convencional interpretada²⁵ a través de la emisión de una opinión consultiva, todos los órganos de los Estados Miembros de la OEA, incluyendo a los que no son Parte de la Convención pero que se han obligado a respetar los derechos humanos en virtud de la Carta de la OEA (artículo 3.I) y la Carta Democrática Interamericana (artículos 3, 7, 8 y 9), cuentan con una fuente que, acorde a su propia naturaleza, contribuye también y especialmente de manera preventiva, a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos y, en particular, constituye una guía a ser utilizada para resolver las cuestiones sobre infancia en el contexto de la migración y así evitar eventuales vulneraciones de derechos humanos.

32. Dado el amplio alcance de la función consultiva de la Corte que, como ya se expuso, involucra no sólo a los Estados Partes de la Convención Americana (*supra* párr. 23), todo lo que se señala en la presente Opinión Consultiva también tiene relevancia jurídica para todos los Estados Miembros de la OEA que han acordado la Declaración Americana, independientemente de que hayan o no ratificado la Convención Americana²⁶, así como para los órganos de la OEA cuya esfera de competencia se refiera al tema de la consulta.

33. En definitiva, la Corte considera que tiene competencia para pronunciarse sobre las preguntas planteadas por los Estados solicitantes y no encuentra en la presente consulta razones para abstenerse de absolverla, por lo cual la admite y procede a resolverla.

IV CONSIDERACIONES GENERALES

34. Al año 2013, existían a nivel mundial 231.522.215 personas migrantes, de las cuales 61.617.229 correspondían a las Américas²⁷. A su vez, del total de personas migrantes en

²¹ Cfr. *Caso Fontevecchia y D`Amico Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238, párr. 93, y *Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260, párr. 221.

²² Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 164, y *Caso Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 197.

²³ Cfr. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, supra*, párr. 124, y *Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname, supra*, párr. 124.

²⁴ *El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2, párr. 29, y *Caso Boyce y otros Vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169, párr. 15.

²⁵ Cfr. *Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013, Considerandos 65 a 90.

²⁶ Cfr. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 60.

²⁷ Véase Naciones Unidas, Department of Economic and Social Affairs, Population Division (2013), *Trends in International Migrant Stock: The 2013 Revision - Migrants by Age and Sex* (United Nations database, POP/DB/MIG/Stock/Rev.2013/Age).

nuestro continente, 6.817.466 eran menores de 19 años²⁸. Según datos de finales de 2013, en el continente americano había alrededor de 806.000 personas refugiadas y personas en situación similar a la de los refugiados²⁹. En ese año, se presentaron más de 25.300 solicitudes de asilo individuales de niñas y niños no acompañados o separados en 77 países alrededor del mundo³⁰.

35. Las niñas y los niños se movilizan internacionalmente por muy variadas razones: en busca de oportunidades, ya sea por consideraciones económicas o educacionales; con fines de reunificación familiar, a fin de reagruparse con familiares que ya migraron; por cambios repentinos o progresivos del medio ambiente que afectan adversamente su vida o sus condiciones de vida; por afectaciones derivadas del crimen organizado, desastres naturales, abuso familiar o extrema pobreza; para ser transportados en el contexto de una situación de explotación, incluida la trata infantil; para huir de su país, ya sea por temor fundado a ser perseguidos por determinados motivos o porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público. Si bien las niñas y los niños generalmente se trasladan junto a sus padres, miembros de la familia ampliada u otros adultos, en la actualidad un número creciente y significativo migra en forma independiente y sin compañía³¹.

36. La migración internacional es un fenómeno complejo que puede involucrar a dos o más Estados, entre países de origen, de tránsito y de destino, tanto de migrantes como de solicitantes de asilo y refugiados. En este contexto y, en particular, de los flujos migratorios mixtos que implican movimientos poblacionales de carácter diverso, las causas y características del traslado que emprenden niñas y niños por aire, mar o tierra hacia países distintos a los de su nacionalidad o residencia habitual pueden abarcar tanto personas que requieren de una protección internacional, como otras que se movilizan en busca de mejores oportunidades por motivos de índole diversa, los cuales pueden alterarse en el propio transcurso del proceso migratorio. Esto hace que las necesidades y requerimientos de protección puedan variar ampliamente.

37. Por protección internacional se entiende aquella que ofrece un Estado a una persona extranjera debido a que sus derechos humanos se ven amenazados o vulnerados en su país de nacionalidad o residencia habitual, y en el cual no pudo obtener la protección debida por no ser accesible, disponible y/o efectiva. Si bien la protección internacional del Estado de acogida se encuentra ligada inicialmente a la condición o estatuto de refugiado, las diversas fuentes del derecho internacional -y en particular del derecho de los refugiados, del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario-, revelan que esta noción abarca también otro tipo de marcos normativos de protección. De este modo, la expresión protección internacional comprende: (a) la protección recibida por las personas solicitantes de asilo y refugiadas con fundamento en los convenios internacionales o las legislaciones internas; (b) la protección recibida por las personas solicitantes de asilo y refugiadas con fundamento en la definición ampliada de la Declaración de Cartagena; (c) la protección

²⁸ Véase Naciones Unidas, Department of Economic and Social Affairs, Population Division (2013), *Trends in International Migrant Stock: The 2013 Revision - Migrants by Age and Sex* (United Nations database, POP/DB/MIG/Stock/Rev.2013/Age).

²⁹ Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *El coste humano de la guerra. Tendencias Globales 2013*, pág. 12.

³⁰ Esta cifra no incluye información respecto de algunos países que son receptores de solicitantes de asilo, como por ejemplo, los Estados Unidos de América. Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *El coste humano de la guerra. Tendencias Globales 2013*, pág. 28.

³¹ Cfr. Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, *Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo*, UN Doc. A/HRC/11/7, 14 de mayo de 2009, párr. 19.

recibida por cualquier extranjero con base en las obligaciones internacionales de derechos humanos y, en particular, el principio de no devolución y la denominada protección complementaria u otras formas de protección humanitaria, y (d) la protección recibida por las personas apátridas de conformidad con los instrumentos internacionales sobre la materia.

38. Sólo es posible asegurar la protección internacional, de conformidad con los compromisos internacionales derivados del derecho internacional de los derechos humanos, del derecho internacional humanitario y del derecho de los refugiados, admitiendo a un potencial solicitante de asilo en un país seguro, garantizando el derecho a buscar y recibir asilo y el respeto del principio de no devolución, entre otros derechos, hasta lograr una solución duradera.

39. Bajo este panorama, este Tribunal ha insistido en su jurisprudencia consultiva³² y contenciosa³³ en el hecho de que, en el ejercicio de su facultad de fijar políticas migratorias³⁴, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingreso a su territorio y salida de él con respecto a personas que no sean nacionales suyas, siempre que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana³⁵. En efecto, si bien los Estados guardan un ámbito de discrecionalidad al determinar sus políticas migratorias, los objetivos perseguidos por las mismas deben respetar los derechos humanos de las personas migrantes³⁶. Esto no significa que no se pueda iniciar acción alguna contra las personas migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal, sino que al adoptar las medidas que correspondan, los Estados deben respetar sus derechos humanos y garantizar su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna. Además, los Estados deben respetar las obligaciones internacionales conexas resultantes de los instrumentos internacionales del derecho humanitario y del derecho de los refugiados.

40. En esta línea, los Estados se han comprometido a “[p]romover el fortalecimiento de los derechos humanos como un componente central de las políticas y prácticas migratorias de los países de origen, de tránsito y de destino, asegurando la protección de los derechos humanos de los migrantes en el marco del ordenamiento jurídico de cada Estado, independientemente de su condición migratoria, y cualquiera que sea su nacionalidad, origen étnico, género o

³² Cfr. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, supra, párr. 168.

³³ Cfr. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 97, y *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272, párr. 129.

³⁴ La política migratoria de un Estado está constituida por todo acto, medida u omisión institucional (leyes, decretos, resoluciones, directrices, actos administrativos, etc.) que versa sobre la entrada, salida o permanencia de población nacional o extranjera dentro de su territorio. Cfr. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, supra, párr. 163.

³⁵ Cfr. *Asuntos Haitianos y Dominicanos de origen Haitiano en la República Dominicana respecto República Dominicana*. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de agosto de 2000, Considerando 4, y *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, supra, párr. 97.

³⁶ Cfr. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, supra, párr. 168, y *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, supra, párr. 97. De igual forma, el Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos de los migrantes, ha sostenido que “[a]unque todos los Estados tienen el derecho soberano de proteger sus fronteras y regular sus políticas de migración, al promulgar y aplicar la legislación nacional en materia de inmigración también deben asegurar el respeto de los derechos humanos de los migrantes”. Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, *Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo*, UN Doc. A/HRC/20/24, 25 de febrero de 2008, párr. 14.

edad”³⁷. Asimismo, han reiterado su compromiso con las personas que tienen el derecho a la protección internacional de los refugiados en América Latina³⁸.

41. Lo anterior comporta la necesidad imperiosa de adoptar un enfoque de derechos humanos con relación a las políticas migratorias³⁹ y respecto a las necesidades de protección internacional⁴⁰, asumiendo la interrelación y convergencia entre estas diferentes ramas del derecho internacional. Pero, más aún, por tratarse de niñas y niños debe prevalecer un enfoque encaminado a la protección y garantía de sus derechos en forma integral⁴¹.

42. Bajo esta óptica, la Corte considera pertinente, primeramente, establecer la metodología de la interpretación que utilizará para responder a la consulta planteada, así como desarrollar las obligaciones generales y los principios rectores que se aplican de forma transversal a todas y cada una de las cuestiones que serán abordadas. En este sentido, la Corte advierte que las diversas preguntas presentadas en la consulta sometida por los Estados solicitantes abarcan una serie de etapas del proceso migratorio, iniciando con la movilización transfronteriza de la niña o del niño y su contacto inicial con las autoridades del Estado receptor hasta la consecución de una solución duradera.

43. La primera pregunta, que será abordada en el capítulo VII, se refiere al momento posterior al ingreso, que se relaciona con la cuestión de los procedimientos para la identificación de las necesidades de protección internacional, con base en los diversos riesgos para los derechos de las niñas y de los niños y, en su caso, la adopción de medidas de protección especial adecuadas.

44. Los capítulos VIII a XII se refieren exclusivamente a procesos migratorios relacionados con una situación irregular, en casos en que no se vislumbran situaciones que requieran una protección internacional. En este marco, las preguntas que se abordan tocan temas relacionados con el principio de no detención de niñas y niños por irregularidad migratoria, las medidas prioritarias que no impliquen privación de la libertad, las obligaciones estatales en caso de custodia de niñas y niños, así como las garantías aplicables tanto en los procesos migratorios como en situaciones que afecten la libertad personal.

45. El capítulo XIII desarrolla la pregunta relativa al principio de no devolución o *non-refoulement*, conceptualizándolo como un principio que permite dotar de eficacia al derecho a buscar y recibir asilo, pero también como un derecho autónomo establecido en la Convención y una obligación derivada de la prohibición de la tortura y otras normas de derechos humanos y, en particular, de la protección de la niñez.

46. El capítulo XIV especifica los procedimientos para garantizar el derecho de las niñas y niños a buscar y recibir asilo, los cuales solo finalizan hasta lograr una solución duradera, sea la repatriación voluntaria y en condiciones dignas y seguras al país de origen, la integración local en el país de acogida, o el reasentamiento en un tercer país seguro.

³⁷ Compromiso de Montevideo sobre Migraciones y Desarrollo de los Jefes de Estado y de Gobierno de la Comunidad Iberoamericana, adoptado en ocasión de la XVI Cumbre Iberoamericana, realizada en Montevideo, Uruguay, los días 4 y 5 de noviembre de 2006, párr. 25.g).

³⁸ Cfr. Declaración y Plan de Acción de México para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina, Ciudad de México, 16 de noviembre de 2004.

³⁹ Cfr. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, *supra*, párrs. 162 a 171.

⁴⁰ Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Comité Ejecutivo, *Conclusión sobre los niños en situación de riesgo*, UN Doc. 107 (LVIII)-2007, publicada el 5 de octubre de 2007, párr. b).x).

⁴¹ Ver, en igual sentido, Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, *Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo*, UN Doc. A/HRC/11/7, 14 de mayo de 2009, párr. 43.

47. Por último, el capítulo XV toca una situación específica que se relaciona con niñas o niños cuyos progenitores se enfrentan a una expulsión o deportación por motivos migratorios, lo que impone fijar el alcance del derecho a la protección de la familia y la no injerencia arbitraria o abusiva en la vida de familia de aquéllos.

48. Finalmente, resulta conveniente recordar que es inherente a las facultades de esta Corte la de estructurar sus pronunciamientos en la forma que estime más adecuada a los intereses de la justicia y a los efectos de una opinión consultiva. En la presente Opinión Consultiva, la Corte ha resuelto establecer, en primer término, un glosario con el fin de delimitar el alcance conceptual de los términos por utilizar y luego procederá al análisis de los asuntos específicos sometidos a su consideración, para lo cual responderá a las preguntas que le han sido formuladas en el orden planteado por los Estados solicitantes.

49. Para efectos de la presente Opinión Consultiva, la Corte utilizará los siguientes términos con el significado señalado:

- a) niña o niño** toda persona que no haya cumplido 18 años de edad⁴², salvo que hubiese alcanzado antes la mayoría de edad por mandato de ley. El término “niña o niño” utilizado en la presente Opinión Consultiva incluye, evidentemente, a los adolescentes.
- b) niña o niño no acompañado** niña o niño que está separado de ambos progenitores y otros parientes y no está al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumbe esa responsabilidad⁴³.
- c) niña o niño separado** niña o niño separado de ambos progenitores o de sus tutores legales o habituales, pero no necesariamente de otros parientes. Por tanto, puede encontrarse acompañado por otros miembros adultos de la familia⁴⁴.
- d) emigrante** persona que deja un Estado con el propósito de trasladarse a otro y establecerse en él⁴⁵.
- e) inmigrar** llegar a otro Estado con el propósito de residir en él⁴⁶.
- f) inmigrante** persona que llega a otro Estado con el propósito de residir en él⁴⁷.
- g) migrante** término genérico que abarca tanto al emigrante como al inmigrante⁴⁸.
- h) estatus migratorio** situación jurídica en la que se encuentra un migrante, de conformidad con la normativa interna del Estado de acogida o receptor⁴⁹.

⁴² Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 42.

⁴³ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, UN Doc. CRC/GC/2005/6, 1 de septiembre de 2005, párr. 7.

⁴⁴ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párr. 8.

⁴⁵ Cfr. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, *supra*, párr. 69.

⁴⁶ Cfr. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, *supra*, párr. 69.

⁴⁷ Cfr. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, *supra*, párr. 69.

⁴⁸ Cfr. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, *supra*, párr. 69.

- i) Estado o país de origen** Estado o país del cual una persona es nacional o, en caso de la persona apátrida, Estado o país de residencia habitual.
- j) Estado de acogida o Estado receptor** Estado al cual se moviliza la persona, sea de tránsito o de destino.
- k) persona apátrida** aquella persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme su legislación.
- l) solicitante de asilo** aquella persona que ha solicitado el reconocimiento del estatuto o condición de refugiado y cuya petición está pendiente de resolución.
- m) refugiado(a)** aquella persona que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de su país; o que careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores no quiera regresar a él. El término “refugiado(a)” es aplicable también a aquellas personas que han huido de sus países de origen porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.
- n) protección internacional** aquella protección que ofrece un Estado a una persona extranjera debido a que sus derechos humanos se ven amenazados o vulnerados en su país de nacionalidad o de residencia habitual, y en el cual no pudo obtener la protección debida por no ser accesible, disponible y/o efectiva.

50. A continuación, acorde a lo requerido por los Estados solicitantes, la presente Opinión Consultiva determina seguidamente, con la mayor precisión posible y de conformidad a las normas traídas a consulta, las obligaciones estatales respecto de niñas y niños, asociadas a su condición migratoria o a la de sus padres y que deben, en consecuencia, los Estados considerar al diseñar, adoptar, implementar y aplicar sus políticas migratorias.

V CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN

51. La facultad de la Corte Interamericana consiste esencialmente en interpretar y aplicar la Convención Americana⁵⁰ u otros tratados sobre los cuales tenga competencia⁵¹ para

⁴⁹ Cfr. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, *supra*, párr. 69.

⁵⁰ El artículo 62 de la Convención Americana indica que:

1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.

[...]

3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan

consecuentemente determinar, de acuerdo a la norma internacional, tanto convencional como consuetudinaria, la responsabilidad internacional del Estado de acuerdo al Derecho Internacional⁵². La Corte recuerda, como lo ha hecho en otras oportunidades⁵³, que la labor interpretativa que debe cumplir en ejercicio de su función consultiva difiere de su competencia contenciosa en que no existen “partes” involucradas en el procedimiento consultivo, y no existe tampoco un litigio a resolver. El propósito central de la función consultiva es obtener una interpretación judicial sobre una o varias disposiciones de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos⁵⁴.

52. Para emitir su opinión sobre la interpretación de las disposiciones jurídicas traídas a consulta, la Corte recurrirá a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la cual recoge la regla general de interpretación de los tratados internacionales de naturaleza consuetudinaria⁵⁵, que implica la aplicación simultánea de la buena fe, el sentido natural de los términos empleados en el tratado de que se trate, el contexto de éstos y el objeto y fin de aquél. En lo pertinente, esta Convención señala:

Artículo 31. Regla general de interpretación. 1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

[...]

Artículo 32. Medios de interpretación complementarios. Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

- a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o
- b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

53. En el caso de la Convención Americana, el objeto y fin del tratado es “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”⁵⁶, a propósito de lo cual fue diseñada para proteger los derechos humanos de las personas independientemente de su nacionalidad, frente

reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.

⁵¹ Cfr. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párrs. 45 a 58 y 77.

⁵² El artículo 27 (El derecho interno y la observancia de los tratados) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dispone que:

Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

Ver también, Resolución de la Asamblea General de la ONU, *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, UN Doc. A/RES/56/83, publicada el 28 de enero de 2002, artículo 3 (Calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito): “[I]a calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional. Tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno”.

⁵³ Cfr. *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, *supra*, párrs. 25 y 26, y *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, *supra*, párr. 63.

⁵⁴ Cfr. *Restricciones a la Pena de Muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983. Serie A No. 3, párr. 22.

⁵⁵ Cfr., entre otros, Corte Internacional de Justicia, *Caso relativo a la soberanía sobre Pulau Ligitan y Pulau Sipadan (Indonesia contra Malasia)*, Sentencia de 17 de diciembre de 2002, párr. 37, y Corte Internacional de Justicia, *Avena y otros nacionales mexicanos (México contra los Estados Unidos de América)*, Sentencia de 31 de marzo de 2004, párr. 83.

⁵⁶ *El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, *supra*, párr. 29, y *Caso Boyce y otros Vs. Barbados*, *supra*, párr. 15.

a su propio Estado o a cualquier otro⁵⁷. En este punto es fundamental tener presente la especificidad de los tratados de derechos humanos, los cuales crean un orden legal en el cual los Estados asumen obligaciones hacia los individuos bajo su jurisdicción⁵⁸ y cuyas violaciones pueden ser reclamadas por éstos y por la comunidad de Estados Partes de la Convención a través de la acción de la Comisión⁵⁹ e incluso ante la Corte⁶⁰, todo lo cual tiene como efecto que la interpretación de las normas deba desarrollarse también a partir de un modelo basado en valores que el sistema interamericano pretende resguardar, desde el “mejor ángulo” para la protección de la persona⁶¹.

54. Es en este sentido que la Convención Americana prevé expresamente determinadas pautas de interpretación en su artículo 29⁶², entre las que alberga el principio *pro persona*, que implican que ninguna disposición de dicho tratado puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados, o bien de excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

55. Además, la Corte ha reiteradamente señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales⁶³. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación dispuestas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁶⁴.

56. Aunado a lo anterior, es preciso considerar que la presente Opinión Consultiva tiene como foco de atención los derechos y garantías de las niñas y los niños en las diferentes etapas del proceso migratorio. La Corte estableció en su *Opinión Consultiva OC-17/02* que, por niña o niño, debe entenderse “a toda persona que no ha cumplido 18 años de edad, salvo que

⁵⁷ Cfr. *El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (arts. 74 y 75), *supra*, párr. 33.

⁵⁸ Cfr. *El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, *supra*, párr. 29, y *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 39.

⁵⁹ Cfr. Artículos 43 y 44 de la Convención Americana.

⁶⁰ Cfr. Artículo 61 de la Convención Americana.

⁶¹ Cfr. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*, *supra*, párr. 33.

⁶² Artículo 29. Normas de Interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

⁶³ Cfr. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 114, y *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 245.

⁶⁴ Cfr. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, *supra*, párr. 114, y *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) Vs. Costa Rica*, *supra*, párr. 245.

hubiese alcanzado antes la mayoría de edad por mandato de ley”⁶⁵. Las niñas y los niños son titulares de los derechos humanos que corresponden a todos los seres humanos y gozan, además, de derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado⁶⁶.

57. En esta línea, la Corte ha recalcado reiteradamente la existencia de un “muy comprensivo *corpus iuris* de derecho internacional de protección de los derechos de los niños”, que debe ser utilizado como fuente de derecho por el Tribunal para establecer “el contenido y los alcances” de las obligaciones que han asumido los Estados a través del artículo 19 de la Convención Americana⁶⁷ respecto a las niñas y niños, en particular al precisar las “medidas de protección” a las que se hace referencia en el mencionado precepto⁶⁸. Específicamente, la Corte ya ha resaltado que la Convención sobre los Derechos del Niño⁶⁹ es el tratado internacional que posee mayor vocación de universalidad, lo cual “pone de manifiesto un amplio consenso internacional (*opinio iuris comunis*) favorable a los principios e instituciones acogidos por dicho instrumento, que refleja el desarrollo actual de esta materia”⁷⁰, habiendo sido ratificada además por casi todos los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos. En el marco de la presente Opinión Consultiva, la Corte desea subrayar que, aunque no corresponde que emita una interpretación directa de la Convención sobre los Derechos del Niño pues sus disposiciones no han sido objeto de la consulta, indudablemente los principios y derechos allí reconocidos contribuyen en forma decisiva a fijar el alcance de la Convención Americana, cuando el titular de derechos es una niña o un niño. A este respecto, el propio Comité de los Derechos del Niño ha aclarado que “el disfrute de los derechos estipulados en la Convención [sobre los Derechos del Niño] no está limitado a los menores que sean nacionales del Estado Parte, de modo que, salvo estipulación expresa en contrario en la Convención, serán también aplicables a todos los menores -sin excluir a los solicitantes de asilo, los refugiados y los niños migrantes- con independencia de su nacionalidad o apatridia, y situación en términos de inmigración”⁷¹.

58. En virtud de la materia sometida a consulta, que concierne centralmente a niñas y niños que se encuentran fuera de su país de origen, bajo la jurisdicción de un Estado del cual no son nacional o, en su caso, que no corresponde a su residencia habitual, es que la Corte tendrá en consideración, como fuentes de derecho internacional adicionales, otras convenciones relevantes en que sean parte los Estados americanos a fin de efectuar una interpretación armónica de las obligaciones internacionales en los términos de la disposición citada. En particular, la Corte considerará los tratados aplicables y la jurisprudencia y

⁶⁵ *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, supra*, párr. 42.

⁶⁶ *Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, supra*, párr. 54, y *Caso Mendoza y otros Vs. Argentina, supra*, párr. 140.

⁶⁷ Artículo 19. Derechos del Niño

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

⁶⁸ *Cfr. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párrs. 192 a 194, y Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, supra*, párr. 24.

⁶⁹ *Convención sobre los Derechos del Niño*, adoptada el 20 de noviembre de 1989, entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990. Los siguientes 34 Estados Miembros de la OEA son parte de este tratado: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

⁷⁰ *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, supra*, párr. 29.

⁷¹ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, supra*, párr. 12.

decisiones al respecto, así como las resoluciones, pronunciamientos y declaraciones referentes al tema adoptados a nivel internacional.

59. Por consiguiente, al tratarse de un tema en el cual convergen los derechos de niñas y niños con los derechos de las personas en el contexto de las diversas situaciones que rodean la migración, en la presente Opinión Consultiva este Tribunal interpretará y dará contenido a los derechos reconocidos en la Convención, de acuerdo con la evolución del *corpus iuris* internacional existente en relación con los derechos humanos de las niñas y los niños, así como de las personas migrantes y lo relativo a la protección internacional debida por los Estados, en específico el derecho internacional de refugiados, tomando en cuenta que la comunidad internacional ha reconocido la necesidad de adoptar medidas especiales para garantizar la protección de los derechos humanos de estos grupos en situación de vulnerabilidad⁷².

60. En suma, al dar respuesta a la presente consulta, la Corte actúa en su condición de tribunal de derechos humanos, guiada por las normas que gobiernan su competencia consultiva y procede al análisis estrictamente jurídico de las cuestiones planteadas ante ella, conforme al derecho internacional de los derechos humanos teniendo en cuenta las fuentes de derecho internacional relevantes. Al respecto, corresponde precisar que el *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos se compone de una serie de reglas expresamente establecidas en tratados internacionales o recogidas en el derecho internacional consuetudinario como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho, así como de los principios generales de derecho y de un conjunto de normas de carácter general o de *soft law*, que sirven como guía de interpretación de las primeras, pues dotan de mayor precisión a los contenidos mínimos fijados convencionalmente. Asimismo, la Corte se basará en su propia jurisprudencia ya sentada, tanto en materia de niñez como de derechos de las personas migrantes, solicitantes de asilo y refugiados.

VI OBLIGACIONES GENERALES Y PRINCIPIOS RECTORES

61. Sobre este particular y sin perjuicio de que más adelante vuelva a referirse a ellas, la Corte estima de la mayor importancia aludir expresamente, desde ya y a modo introductorio, a tres disposiciones de la Convención Americana que inspiran a todo el desarrollo de esta Opinión Consultiva. Una, es lo dispuesto en el artículo 1.1 de aquella en cuanto establece el deber estatal de respeto y garantía de los derechos humanos respecto de “toda persona que esté sujeta a [la] jurisdicción” del Estado de que se trate, es decir, que se encuentre en su territorio⁷³ o que de cualquier forma sea sometida a su autoridad, responsabilidad o control, en este caso, al intentar ingresar al mismo, y ello sin discriminación alguna por cualquier motivo de los estipulados en la citada norma⁷⁴. El término jurisdicción utilizado por dicha norma está

⁷² La vulnerabilidad de las personas migrantes se funda primeramente en el hecho de su condición de no nacionales. Esta condición de vulnerabilidad tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones *de jure* (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y *de facto* (desigualdades estructurales). Asimismo, los migrantes indocumentados o en situación irregular son los más expuestos a las violaciones potenciales o reales de sus derechos. *Cfr. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, supra*, párr. 112; *Caso Vélez Loor Vs. Panamá, supra*, párr. 99, y *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, supra*, párr. 128.

⁷³ Obviamente, el Estado también tiene jurisdicción, ciertamente más limitada, respecto de sus nacionales que se encuentran en el extranjero. Pero, la Corte ha estimado más conveniente excluir dicha jurisdicción, expresada en la competencia personal del Estado, de la presente Opinión Consultiva.

⁷⁴ La Corte ya ha resaltado que el principio de la igualdad y no discriminación tiene carácter fundamental y que todos los Estados deben garantizarlo a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio. Sin perjuicio de ello, es permisible que el Estado otorgue un trato distinto a los migrantes documentados en relación con los migrantes indocumentados, o bien entre migrantes y nacionales, siempre que ese trato sea razonable, objetivo y proporcional y no lesione derechos humanos. *Cfr. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, supra*, párr. 119, y *Caso Vélez Loor Vs. Panamá, supra*, párr. 248.

referido, entonces, a toda persona respecto de la que el Estado ejerce sea su competencia territorial⁷⁵ sea su competencia personal⁷⁶ e incluso, sea su competencia relativa a servicios públicos⁷⁷. Empero, en esta Opinión Consultiva se considerará únicamente la situación vinculada a la primera, especialmente en su dimensión fáctica, cual es, el efectivo sometimiento de la persona, en este caso, del menor de edad extranjero, a la jurisdicción de dicho Estado desde el momento que intenta ingresar a su territorio.

62. La segunda consideración respecto de la señalada disposición convencional es que dicha competencia territorial del Estado se encuentra limitada por el compromiso que éste soberanamente ha contraído⁷⁸ de respetar y hacer respetar los derechos humanos de las personas que sujeta a su jurisdicción. Ello importa, entonces, que no reviste relevancia alguna el motivo, causa o razón por la que la persona se encuentre en el territorio del Estado a los efectos de la obligación de éste de respetarle y hacer que se le respeten sus derechos humanos. En particular, no tiene significancia alguna, a este respecto, si el ingreso de la persona al territorio estatal fue acorde o no a lo dispuesto en la legislación estatal. El respectivo Estado debe, en toda circunstancia, respetar tales derechos puesto que ellos tienen su fundamento precisamente en los atributos de la persona humana⁷⁹, es decir, más allá de la circunstancia de que sea o no su nacional o residente en su territorio o se encuentre transitoriamente o de paso en él o esté allí legalmente o en situación migratoria irregular.

63. Empero, la Corte considera necesario agregar que, si bien el principal obligado en la situación sometida a esta Opinión Consultiva es el Estado que recibe a la niña o al niño extranjero, ello no implica que el Estado de origen de dicho menor de edad no tenga obligación alguna referida a la señalada situación, derivada, por cierto, de su competencia personal. Como se alude más adelante (*infra* párrs. 126 a 128 y 202 a 203), la institución de la asistencia consular se inserta en ese marco. Sin embargo, en la presente Opinión Consultiva, la Corte ha considerado adecuado no incursionar mayormente en las obligaciones del Estado de origen de la niña o del niño migrante vinculadas, a su respecto, al ejercicio de su competencia personal o a su competencia relativa a servicios públicos, sino limitarse a lo que se le ha requerido, cual es, a las obligaciones del Estado receptor, sea de tránsito o de destino, en relación con las niñas o niños migrantes respecto de los que ejerce su competencia territorial o que se encuentran de otro modo bajo su jurisdicción.

64. Aunque la Corte no va a ahondar en las obligaciones del Estado de origen, es pertinente recordar que éstos deben observar las obligaciones generales referentes a la materia y, en particular, su deber de prevención, lo cual requiere generar y asegurar las condiciones para que sus nacionales no se vean forzados a migrar, así como subsanar las causas generadoras de los flujos migratorios.

⁷⁵ En virtud de ella, el Estado ejerce en forma plena y exclusiva el poder jurídico que le reconoce el Derecho Internacional sobre todo su territorio, esto es, sobre todos los bienes y todas las situaciones, actividades y personas que, por cualquier causa o motivo ingresen, se encuentren o actúen en él, asumiendo en consecuencia las funciones necesarias, sean ejecutivas, legislativas o judiciales, para la organización de la comunidad que ingresa, habita o actúa en el mismo.

⁷⁶ En razón de ella, el Estado ejerce su autoridad respecto de sus nacionales que se encuentran en el extranjero, regulando su estatuto personal y ejerciendo a su respecto su protección.

⁷⁷ Implica el derecho del Estado a reglamentar la organización, funcionamiento y defensa y seguridad de sus servicios públicos, aún los que se encuentren en el extranjero.

⁷⁸ *Cfr.* Artículo 33 de la Convención Americana.

⁷⁹ *Cfr.* Segundo párrafo del Preámbulo de la Convención Americana que expresa: "*Reconociendo* que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos".

65. La segunda norma convencional que merece ser invocada a modo introductorio, es el artículo 2 de la Convención. Al efecto, la Corte ya se ha referido a la obligación general de los Estados de adecuar su normativa interna a las normas de la Convención Americana, recogida en dicho artículo, que prescribe que cada Estado Parte debe adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma para garantizar los derechos en ella reconocidos, lo cual implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio de *effet utile*)⁸⁰. Este deber implica, por un lado, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención y, por el otro, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías⁸¹. La obligación estatal de adecuar la legislación interna a las disposiciones convencionales no se limita al texto constitucional o legislativo, sino que debe irradiar a todas las disposiciones jurídicas de carácter reglamentario y traducirse en la efectiva aplicación práctica de los estándares de protección de los derechos humanos de las personas migrantes⁸².

66. La tercera disposición que, en términos generales, inspira a esta Opinión Consultiva es el artículo 19 de la Convención, que al igual que el artículo VII de la Declaración⁸³, se refiere a la obligación de adoptar medidas de protección a favor de toda niña o niño en virtud de su condición de tal, la cual irradia sus efectos en la interpretación de todos los demás derechos cuando el caso se refiera a menores de edad. El Tribunal entiende que la debida protección de los derechos de las niñas y niños, en su calidad de sujetos de derechos, debe tomar en consideración sus características propias y la necesidad de propiciar su desarrollo, ofreciéndoles las condiciones necesarias para que vivan y desarrollen sus aptitudes con pleno aprovechamiento de sus potencialidades⁸⁴. Sobre el particular, es procedente por de pronto resaltar que dichas normas son de las pocas que se contemplan sobre la base o en consideración de la condición particular o peculiar del beneficiario⁸⁵. En este sentido, las niñas y niños ejercen por sí mismos sus derechos de manera progresiva, a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal⁸⁶. Por tal motivo, entonces, dispone que las pertinentes medidas de protección a favor de las niñas o niños sean especiales o más específicas que las que se decretan para el resto de las personas, es decir, los adultos. Téngase presente a este respecto, que la Corte ha señalado que las niñas y niños gozan de los mismos derechos que los adultos y, además, poseen derechos adicionales y que, por tanto, el artículo 19 “debe entenderse como un derecho adicional, complementario, que el tratado establece para seres que por su desarrollo físico y emocional necesitan de protección especial”⁸⁷. En tal orden de

⁸⁰ Cfr. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 87, y *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 179.

⁸¹ Cfr. *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 207, y *Caso Mendoza y otros Vs. Argentina, supra*, párr. 293.

⁸² Cfr. *Caso Vélez Looor Vs. Panamá, supra*, párr. 286.

⁸³ Artículo VII. Derecho de protección a la maternidad y a la infancia.

Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales.

⁸⁴ Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, supra*, párr. 56, y *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, supra*, párr. 218.

⁸⁵ Otras normas son los artículos 4.5 (prohibición de pena de muerte a niños, personas mayores de 60 años y mujeres en estado de gravidez); 5.5 (menores procesados); 12.4 (derecho de padres y tutores respecto de educación de hijos o pupilos); 17 (protección a la familia), y 23 (derechos políticos).

⁸⁶ Cfr. *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina, supra*, párr. 203, y *Caso Mendoza y otros Vs. Argentina, supra*, párr. 143. Ver también, Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 7: Realización de los derechos del niño en la primera infancia*, UN Doc. CRC/GC/7/Rev. 1, 20 de septiembre de 2006, párr. 17.

⁸⁷ *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 147, y *Caso Masacres de Río Negro Vs.*

ideas, la Convención y la Declaración consagran un trato preferente a las niñas o niños en razón precisamente de su peculiar vulnerabilidad y, de esa forma, procuran proporcionarles el instrumento adecuado para que se logre la efectiva igualdad ante la ley de que gozan los adultos por su condición de tales.

67. Pero, además, la indicada norma es también prácticamente la única que, en la Convención, consagra una obligación no solo para el Estado⁸⁸, sino también para la sociedad y la familia. Obviamente, es en cuanto a estas últimas que el Estado tiene el deber de hacer que ellas adopten las medidas de protección que toda niña y niño requiera de su parte. En este sentido, el derecho de las niñas o niños a que se adopten las citadas medidas de protección es contemplado en términos más amplios que los otros derechos reconocidos en la Convención, puesto que en este caso no se trata únicamente que el Estado, adoptando las medidas pertinentes, respete un derecho humano o que lo haga respetar en su territorio y por todas las personas sujetas a su jurisdicción, sino que también las correspondientes familia y sociedad, por su parte, las adopten. Así, las medidas de protección que la niña o el niño requiera por su condición de tal y sean adoptadas por el Estado, pueden ser, por sí solas, insuficientes y deban, en consecuencia, ser complementarias a las que deban adoptar la sociedad y la familia. En esa perspectiva, el estatuto de la niña o del niño no se limita al ámbito de su relación con el Estado sino que se extiende a la que tenga o deba tener con su familia y la sociedad toda, relaciones estas últimas que el Estado debe, por su parte, posibilitar y garantizar y, en el caso de la niña o niño migrante, asegurarse de que los adultos no lo utilicen para sus propios fines migratorios y que, si ello, pese a todo, aconteciere, en definitiva no resulte perjudicado.

68. Por todo lo expuesto, la Corte es de la opinión que, al diseñar, adoptar e implementar sus políticas migratorias relativas a personas menores de 18 años de edad, los Estados deben priorizar el enfoque de los derechos humanos desde una perspectiva que tenga en cuenta en forma transversal los derechos de niñas y niños y, en particular, su protección y desarrollo integral, los cuales deben primar por sobre cualquier consideración de la nacionalidad o el estatus migratorio, a fin de asegurar la plena vigencia de sus derechos⁸⁹, en los términos de los artículos 1.1, 2 y 19 de la Convención Americana y VII de la Declaración Americana.

69. Cuando se trata de la protección de los derechos de niñas y niños y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, los siguientes cuatro principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño deben inspirar de forma transversal e implementarse en todo sistema de protección integral⁹⁰: el principio de no discriminación⁹¹, el principio del interés superior de la niña o del niño⁹², el principio de respeto al derecho a la vida, la

Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C No. 250, párr. 142.

⁸⁸ La otra es el artículo 17.1 (protección a la familia por parte de la sociedad y del Estado).

⁸⁹ *Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, supra*, párr. 91. Ver también, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Comité Ejecutivo, *Conclusión sobre los niños en situación de riesgo*, UN Doc. 107 (LVIII)-2007, publicada el 5 de octubre de 2007.

⁹⁰ *Cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 5: Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4, 42 y párrafo 6 del artículo 44)*, UN Doc. CRC/GC/2003/5, 27 de noviembre de 2003, párr. 12.

⁹¹ El artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño prevé la obligación de los Estados de respetar los derechos enunciados en dicho instrumento y de asegurar su aplicación a cada niña y niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, lo cual "exige que los Estados identifiquen activamente a los niños y grupos de niños cuando el reconocimiento y la efectividad de sus derechos pueda exigir la adopción de medidas especiales". Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 5: Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4, 42 y párrafo 6 del artículo 44)*, *supra*, párr. 12. Ver también, Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, supra*, párr. 1.

⁹² El párrafo 1 del artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño obliga a que el interés superior de la niña o del niño sea una consideración primordial en todas las medidas que les conciernen. *Cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 5: Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*

supervivencia y el desarrollo⁹³, y el principio de respeto a la opinión de la niña o del niño en todo procedimiento que lo afecte, de modo que se garantice su participación⁹⁴. Al interpretar las disposiciones traídas a consulta, la Corte también dará aplicación concreta a estos principios rectores en lo que resulte pertinente para responder cada pregunta e identificar las medidas especiales que son requeridas para dotar de efectividad a los derechos de niñas y niños.

70. Por de pronto, es necesario recordar que el principio de interés superior implica, como criterio rector, tanto su consideración primordial en el diseño de las políticas públicas y en la elaboración de normativa concerniente a la infancia, como su aplicación en todos los órdenes relativos a la vida de la niña o del niño⁹⁵. 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. En estrecha conexión con lo anterior, destaca la obligación de respetar plenamente el derecho de la niña o del niño a ser oído sobre todos los aspectos relativos a los procedimientos de migración y asilo y que sus opiniones sean debidamente tenidas en cuenta⁹⁶.

71. Ahora bien, la Corte considera que es preciso evaluar no sólo el requerimiento de medidas especiales en los términos expuestos anteriormente, sino también ponderar factores personales, como por ejemplo el hecho de pertenecer a un grupo étnico minoritario, ser una persona con discapacidad o vivir con el VIH/SIDA, así como las características particulares de la situación en la que se halla la niña o el niño, tales como ser víctima de trata, encontrarse separado o no acompañado⁹⁷, para determinar la necesidad de medidas positivas adicionales y específicas. Por consiguiente, en aplicación del principio del efecto útil y de las necesidades de protección en casos de personas y grupos en situación de vulnerabilidad⁹⁸, la Corte también pondrá especial énfasis en aquellas condiciones y circunstancias en que las niñas y los niños en el contexto de la migración pueden encontrarse en una situación de vulnerabilidad adicional

(artículos 4, 42 y párrafo 6 del artículo 44), *supra*, párr. 12, y Comité de los Derechos del Niño, *Observación general N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial* (artículo 3, párrafo 1), UN Doc. CRC/C/CG/14, 29 de mayo de 2013.

⁹³ El artículo 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce el derecho intrínseco de la niña y del niño a la vida y la obligación de los Estados Partes de garantizar en la máxima medida posible su supervivencia y desarrollo en su sentido más amplio, como concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social de la niña y del niño. *Cfr.* Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 5: Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño* (artículos 4, 42 y párrafo 6 del artículo 44), *supra*, párr. 12.

⁹⁴ El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece el derecho del niño a expresar su opinión libremente en "todos los asuntos que afectan al niño" y a que se tengan debidamente en cuenta esas opiniones, teniendo en cuenta su edad y grado de madurez. *Cfr.* Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 5: Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño* (artículos 4, 42 y párrafo 6 del artículo 44), *supra*, párr. 12, y Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 12: El derecho del niño a ser escuchado*, UN Doc. CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009.

⁹⁵ *Cfr.* *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, *supra*, punto decisivo segundo.

⁹⁶ *Cfr.* Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 12: El derecho del niño a ser escuchado*, *supra*, párr. 123.

⁹⁷ *Cfr.* Comité de los Derechos del Niño, *Observación general N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial* (artículo 3, párrafo 1), *supra*, párr. 75. Ver también, Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, *Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo*, UN Doc. A/HRC/11/7, 14 de mayo de 2009, párr. 23.

⁹⁸ *Cfr.* *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 189, y *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 250.

que conlleve un riesgo agravado de vulneración de sus derechos, a fin de que los Estados adopten medidas para prevenir y revertir este tipo de situaciones en forma prioritaria, así como para asegurar que todas las niñas y los niños, sin excepciones, puedan gozar y ejercer plenamente sus derechos en condiciones de igualdad.

VII PROCEDIMIENTOS PARA IDENTIFICAR NECESIDADES DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑAS Y NIÑOS MIGRANTES Y, EN SU CASO, ADOPTAR MEDIDAS DE PROTECCIÓN ESPECIAL

72. La Corte Interamericana ha sido consultada sobre los procedimientos que deberían adoptarse a fin de identificar los diferentes riesgos para los derechos de niñas y niños migrantes, determinar las necesidades de protección internacional y adoptar, en su caso, las medidas de protección especial que se requieran, a la luz de los artículos 1⁹⁹, 2¹⁰⁰, 5¹⁰¹, 7¹⁰²,

⁹⁹ Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

¹⁰⁰ Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

¹⁰¹ Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.

4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.

5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.

6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

¹⁰² Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.

2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.

5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

8¹⁰³, 19¹⁰⁴, 22.7¹⁰⁵ y 25¹⁰⁶ de la Convención Americana y de los artículos I¹⁰⁷, XXV¹⁰⁸ y XXVII¹⁰⁹ de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

¹⁰³ Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
- b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;
- c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
- f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
- g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
- h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

¹⁰⁴ Artículo 19. Derechos del Niño

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

¹⁰⁵ Artículo 22. Derecho de Circulación y de Residencia

[...]

7. Toda persona tiene el derecho a buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales. [...]

¹⁰⁶ Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
- c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

¹⁰⁷ Artículo I. Derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona

Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

¹⁰⁸ Artículo XXV. Derecho de protección contra la detención arbitraria

73. La Corte ha reconocido previamente¹¹⁰ que, tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 22.7 como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su artículo XXVII, han cristalizado el derecho subjetivo de todas las personas, incluidas las niñas y los niños, a buscar y recibir asilo superando el entendimiento histórico de esta institución como una “mera prerrogativa estatal” bajo las diversas convenciones interamericanas sobre asilo¹¹¹.

74. En esta línea, es pertinente recordar que el propio texto de los artículos 22.7 de la Convención y XXVII de la Declaración prescribe dos criterios para la determinación de las personas titulares del derecho, por un lado, “la legislación de cada país”, esto es, del país en el que se procura el asilo; y por el otro, “los convenios internacionales”¹¹². Es decir, es a través de los convenios internacionales o de la legislación interna que se regula los supuestos en los cuales la persona puede ejercer el derecho a buscar y recibir asilo y acceder a la protección internacional¹¹³. Es, entonces que debe tenerse presente que, si bien la noción de asilo se encontraba inicialmente anclada en la llamada *tradicón latinoamericana del asilo*, que comprendía el asilo diplomático y territorial así como la no extradición por motivos o delitos políticos¹¹⁴, lo cierto es que a partir de la adopción de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados¹¹⁵ (en adelante “Convención de 1951”) y su Protocolo de 1967¹¹⁶, la institución del asilo asumió una específica forma y modalidad a nivel universal: la del estatuto del refugiado.

75. Conforme la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967, los elementos de inclusión para el reconocimiento de la condición de refugiado son: a) estar fuera del país de origen, esto es el país de nacionalidad o, en caso de las personas apátridas, de residencia habitual; b)

Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes.

Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil.

Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad.

¹⁰⁹ Artículo XXVII. Derecho de asilo

Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales.

¹¹⁰ Cfr. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, *supra*, párrs. 137 a 140.

¹¹¹ Cfr. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, *supra*, párr. 137.

¹¹² Cfr. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, *supra*, párrs. 137 y 140.

¹¹³ Evidentemente, y en consonancia con el artículo 29.a) y b) de la Convención Americana, las legislaciones internas pueden ampliar el ámbito de protección mas nunca restringirlo más allá de los mínimos fijados por el derecho internacional.

¹¹⁴ El derecho al asilo fue específicamente codificado por medio de tratados de carácter regional, iniciando con el *Tratado sobre Derecho Penal Internacional de Montevideo* en 1889 hasta llegar a la adopción de la *Convención sobre Asilo Territorial* y de la *Convención sobre Asilo Diplomático*, ambas en 1954.

¹¹⁵ *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados*, adoptada el 28 de julio de 1951, entrada en vigor el 22 de abril de 1954. Los siguientes 28 Estados Miembros de la OEA son parte de este tratado: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Saint Kitts y Nevis, San Vicente y las Granadinas, Suriname, Trinidad y Tobago, y Uruguay.

¹¹⁶ *Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados*, adoptado el 31 de enero de 1967, entrado en vigor el 4 de octubre de 1967. Los siguientes 29 Estados Miembros de la OEA son parte de este protocolo: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos de América, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, San Vicente y las Granadinas, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

tener un temor fundado; c) de persecución o amenaza de la misma; d) que el motivo de ésta haya sido la raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, y e) que no se pueda o, a causa de temores, no se quiera acoger a la protección interna del país de origen. La definición de refugiado es integral, lo cual significa que se debe cumplir con todos y cada uno de los elementos mencionados para obtener el reconocimiento.

76. Además, con la adopción hace 30 años, esto es en 1984, de la Declaración de Cartagena¹¹⁷, la cual, si bien no es un acuerdo entre Estados, ha sido respaldada por la OEA desde 1985¹¹⁸ al recomendar a sus Estados Miembros que apliquen su contenido en el tratamiento de los refugiados que se encuentren en su territorio, se ha ampliado la definición de refugiado en los siguientes términos:

Tercera. Reiterar que, en vista de la experiencia recogida con motivo de la afluencia masiva de refugiados en el área centroamericana, se hace necesario encarar la extensión del concepto de refugiado, teniendo en cuenta, en lo pertinente, y dentro de las características de la situación existente en la región, el precedente de la Convención de la OUA (artículo 1, párrafo 2) y la doctrina utilizada en los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. De este modo, 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 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.

77. En concordancia, diversos Estados Miembros de la OEA han incorporado en su normativa interna lo prescrito en los instrumentos internacionales en materia de refugiados, inclusive con sustento en lineamientos establecidos por ACNUR¹¹⁹, y adoptado la definición

¹¹⁷ *Declaración de Cartagena sobre Refugiados*, adoptada por el “Coloquio sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios”, celebrado en Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984, el cual fue auspiciado por el Gobierno de Colombia y copatrocinado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Cartagena de Indias, el Centro Regional de Estudios del Tercer Mundo y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.

¹¹⁸ *Cfr. Asamblea General de la OEA, Situación jurídica de los asilados, refugiados y personas desplazadas en el continente americano*, Resolución AG/RES. 774(XV-O/85), aprobada en la tercera sesión plenaria, celebrada el 9 de diciembre de 1985, punto resolutivo tercero.

¹¹⁹ De este modo, la normatividad interna de Argentina, Belice, Brasil, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela refleja un creciente consenso en la región en cuanto a que la protección de las personas refugiadas y solicitantes de ese estatuto a nivel interno sea regulada de conformidad con las disposiciones del Derecho Internacional sobre Refugiados, de modo que deba realizarse a través de autoridades competentes y previamente establecidas, mediante procedimientos específicos y que respeten garantías del debido proceso. *Cfr. Ley No. 26.165. Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado*, promulgada el 28 de noviembre de 2006, artículos 1 a 3 y 36 (Argentina); *Refugees Act. August, 16th, 1991*, artículo 5 (Belice); *Ley N° 251 de protección a personas refugiadas*, de 20 de junio de 2012, artículo 1 (Bolivia); *Ley No. 9.474*, de 22 de julio de 1997, artículos 5 y 9 (Brasil); *Ley No. 20.430 - Establece disposiciones sobre protección de refugiados*, promulgada el 8 abril de 2010, artículos 10, 19, 20, 25 y 30 (Chile); *Decreto No. 2840, por el cual se establece el Procedimiento para el Reconocimiento de la Condición de Refugiado, se dictan normas sobre la Comisión Asesora para la Determinación de la Condición de Refugiado y otras disposiciones*, de 6 de diciembre de 2013, artículo 13 (Colombia); *Ley General de Migración y Extranjería N° 8764*, de 1° de septiembre de 2009, artículos 1 y 41 (Costa Rica); *Decreto No. 1.182 - Reglamento para la aplicación del derecho de refugio*, de 30 de mayo de 2012, artículos 1 y 36 (Ecuador); *Decreto Ley No. 918 - Ley para la determinación de la condición de personas refugiadas*, publicada el 14 de agosto de 2002, artículos 2 y 15 (El Salvador); *Acuerdo Gubernativo No. 383-2001, Reglamento para la protección y determinación del estatuto de refugiado en el territorio del Estado de Guatemala*, de 14 de septiembre de 2001, artículo 28 (Guatemala); *Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria*, de 27 de enero de 2011, artículo 5 y *Reglamento de la ley sobre refugiados y protección complementaria*, de 21 de febrero de 2012, artículo 27 (México); *Ley No. 655 de Protección a Refugiados*, de 26 de junio de 2008, artículo 24 (Nicaragua); *Decreto Ejecutivo No. 23*, de 10 de febrero de 1998, artículos 3 y 31 (Panamá); *Ley No. 1938 General sobre Refugiados*, de 9 de julio de 2002, artículo 14 (Paraguay); *Ley No. 27.891 - Ley del Refugiado*, publicada el 22 de diciembre de 2002, artículos 1 y 2 (Perú); *Decreto No. 2330 - Reglamento de la Comisión Nacional para los Refugiados*, de 10 de septiembre de 1984, artículo 7 (República Dominicana); *Ley No. 18.076 - Derecho al refugio y a los refugiados*, publicada el 5 de enero de 2007, artículo 31 (Uruguay), y *Decreto No. 2.491 - Reglamento de la Ley Orgánica sobre refugiados o refugiadas, asilados o asiladas*, de 4 de julio de 2003, artículo 10 (Venezuela).

ampliada de refugiado¹²⁰ para abarcar, además de los elementos de la Convención de 1951 y del Protocolo de 1967, “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 derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”¹²¹.

78. En suma, a través de una interpretación armónica de la normativa interna e internacional que informa de forma convergente y complementaria el contenido del derecho previsto en los artículos 22.7 de la Convención y XXVII de la Declaración y tomando en cuenta las pautas específicas de interpretación contenidas en el artículo 29 de la Convención Americana (*supra* párr. 54), la Corte es de la opinión que el derecho a buscar y recibir asilo en el marco del sistema interamericano se encuentra configurado como un derecho humano individual a buscar y recibir protección internacional en territorio extranjero, incluyendo con esta expresión el estatuto de refugiado según los instrumentos pertinentes de las Naciones Unidas o las correspondientes leyes nacionales, y el asilo conforme a las diversas convenciones interamericanas sobre la materia.

79. Adicionalmente, la Corte nota que los desarrollos producidos en el derecho de refugiados en las últimas décadas han generado prácticas estatales, consistentes en otorgar protección internacional como refugiados a las personas que huyen de su país de origen debido a 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. Atendiendo al desarrollo progresivo del derecho internacional, la Corte considera que las obligaciones derivadas del derecho a buscar y recibir asilo resultan operativas respecto de aquellas personas que reúnan los componentes de la definición ampliada de la Declaración de Cartagena, la cual responde no sólo a las dinámicas de desplazamiento forzado que la originaron, sino que también satisface los desafíos de protección que derivan de otros patrones de desplazamiento que suceden en la actualidad. Este criterio refleja una tendencia a consolidar en la región una definición más incluyente que debe ser tomada en cuenta por los Estados a fin de otorgar la protección como refugiado a personas cuya necesidad de protección internacional es evidente.

80. Ahora bien, es necesario reconocer que los elementos de la definición de refugiado fueron tradicionalmente interpretados a partir de las experiencias de personas adultas o mayores de 18 años¹²². Por ende, dado que las niñas y los niños son titulares del derecho a

¹²⁰ Este es el caso de Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú y Uruguay. *Cfr. Ley No. 26.165. Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado*, promulgada el 28 de noviembre de 2006, artículo 4 (Argentina); *Refugees Act. August, 16th, 1991*, sección 4(i)(c) (Belice); *Ley N° 251 de protección a personas refugiadas*, de 20 de junio de 2012, artículo 15 (Bolivia); *Ley No. 9.474*, de 22 de julio de 1997, artículo 1.III (Brasil); *Ley No. 20.430 - Establece disposiciones sobre protección de refugiados*, promulgada el 8 abril de 2010, artículo 2.2 (Chile); *Decreto No. 2840, por el cual se establece el Procedimiento para el Reconocimiento de la Condición de Refugiado, se dictan normas sobre la Comisión Asesora para la Determinación de la Condición de Refugiado y otras disposiciones*, de 6 de diciembre de 2013, artículo 1.b) (Colombia); *Decreto Ley No. 918 - Ley para la determinación de la condición de personas refugiadas*, publicada el 14 de agosto de 2002, artículo 4.c) (El Salvador); *Acuerdo Gubernativo No. 383-2001, Reglamento para la protección y determinación del estatuto de refugiado en el territorio del Estado de Guatemala*, de 14 de septiembre de 2001, artículo 11.c) (Guatemala); *Decreto No. 208 - Ley de Migración y Extranjería*, publicado el 3 de marzo de 2004, artículo 42.3 (Honduras); *Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria*, de 27 de enero de 2011, artículo 13.II y 13.III (México); *Ley No. 655 de Protección a Refugiados*, de 26 de junio de 2008, artículo 1.c) (Nicaragua); *Ley No. 1938 General sobre Refugiados*, de 9 de julio de 2002, artículo 1.b) (Paraguay); *Ley No. 27.891 - Ley del Refugiado*, publicada el 22 de diciembre de 2002, artículo 3.b) (Perú), y *Ley No. 18.076 - Derecho al refugio y a los refugiados*, publicada el 5 de enero de 2007, artículo 2.b) (Uruguay).

¹²¹ *Declaración de Cartagena sobre Refugiados*, adoptada por el “Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios”, celebrado en Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984, sección III, tercera conclusión.

¹²² *Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Directrices de protección internacional. Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, publicadas el 22 de diciembre de 2009, UN Doc. HCR/GIP/09/08, párr. 1.

solicitar y recibir asilo¹²³ y pueden, consecuentemente, presentar solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiados en calidad propia, se encuentren acompañados o no, debe darse a los elementos de la definición una interpretación que tenga en cuenta las formas particulares en que puede manifestarse la persecución de niñas y niños, tales como el reclutamiento, la trata y la mutilación genital femenina¹²⁴, así como el modo en que éstos pueden experimentar estas situaciones¹²⁵. En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha resaltado la necesidad de que la definición de refugiado se interprete también a la luz de la edad y del género¹²⁶. Por otra parte, junto con las referidas causas tradicionales de refugio, resulta pertinente alertar sobre los nuevos factores que llevan a las personas y, en particular a las niñas y niños, a desplazarse forzosamente de sus países de origen, entre los cuales destaca el crimen organizado transnacional y la violencia asociada a la actuación de grupos no estatales.

81. Este derecho a buscar y recibir asilo comporta, en los términos de los artículos 1.1¹²⁷ y 2¹²⁸ de la Convención Americana, determinados deberes específicos por parte del Estado receptor, los cuales incluyen: (i) permitir que la niña o el niño pueda peticionar el asilo o el estatuto de refugiado, razón por la cual no pueden ser rechazados en la frontera sin un análisis adecuado e individualizado de sus peticiones con las debidas garantías mediante el procedimiento respectivo; (ii) no devolver a la niña o al niño a un país en el cual puede sufrir riesgo de ser afectada su vida, libertad, seguridad o integridad, o a un tercer país desde el cual pueda ulteriormente ser devuelto al Estado donde sufre dicho riesgo; y (iii) otorgar la protección internacional cuando la niña o el niño califique para ello y beneficiar con ese reconocimiento a otros miembros de la familia, en atención al principio de unidad familiar¹²⁹.

¹²³ Según ACNUR, incluso a una corta edad el niño puede ser considerado el solicitante de asilo principal. *Cfr.* Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices de protección internacional. Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, publicadas el 22 de diciembre de 2009, UN Doc. HCR/GIP/09/08, párr. 8.

¹²⁴ Según ACNUR, “[o]tros ejemplos incluyen, pero no están limitados a, violencia doméstica o familiar, matrimonio forzado o de menores de edad, trabajo infantil obligatorio o peligroso, trabajo forzado, prostitución forzada y pornografía infantil. Tales formas de persecución también abarcan violaciones a la sobrevivencia y derechos de desarrollo así como discriminación grave a los niños nacidos fuera de las reglas estrictas de la planificación familiar y niños apátridas como resultado de la pérdida de nacionalidad y derechos concomitantes”. *Cfr.* Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices de protección internacional. Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, publicadas el 22 de diciembre de 2009, UN Doc. HCR/GIP/09/08, párr. 18. Ver también, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Comité Ejecutivo, *Conclusión sobre los niños en situación de riesgo*, UN Doc. 107 (LVIII)-2007, publicada el 5 de octubre de 2007, párr. g.viii).

¹²⁵ *Cfr.* Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices de protección internacional. Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, publicadas el 22 de diciembre de 2009, UN Doc. HCR/GIP/09/08, párrs. 2 a 5.

¹²⁶ *Cfr.* Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párr. 59.

¹²⁷ A la luz del artículo 1.1 de la Convención Americana, los Estados parte tienen la obligación de respetar y garantizar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna. Esto es, son exigibles por todas las niñas y niños, sean solicitantes de asilo, refugiados o migrantes, independientemente de su nacionalidad o condición de apátrida, de su situación de niña o niño no acompañado o separado de la familia, y de su estatus migratorio o el de su familia. *Cfr.* Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párrs. 12 y 18.

¹²⁸ Por su parte, el artículo 2 de la Convención impone a los Estados parte la obligación general de adecuar su derecho interno a las normas de la propia Convención, para garantizar así los derechos reconocidos en ésta. Las disposiciones de derecho interno que sirvan a este fin han de ser efectivas (principio del *effet utile*), lo que significa que el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido. *Cfr.* Caso “La Última Tentación de Cristo” (*Olmedo Bustos y otros*) Vs. Chile, *supra*, párr. 87, y Caso *Heliodoro Portugal Vs. Panamá*, *supra*, párr. 179.

¹²⁹ *Cfr.* Caso *Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, *supra*, párr. 225. Véase, en general, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Normas procedimentales para la determinación de la condición de refugiado bajo el mandato del ACNUR, estatuto derivado de refugiado*. Ver también, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices de protección internacional. Solicitudes de asilo de niños bajo los*

Todo lo anterior conlleva, tal como ha resaltado previamente este Tribunal, el correspondiente derecho de los solicitantes de asilo a que se asegure una correcta evaluación por las autoridades nacionales de las solicitudes y del riesgo que pueda sufrir en caso de devolución al país de origen¹³⁰.

82. Por consiguiente, a raíz del abanico de situaciones que pueden llevar a que una niña o un niño se desplace de su país de origen (*supra* párr. 35), resulta relevante diferenciar entre aquellos que migran en búsqueda de oportunidades para mejorar su nivel de vida, de quienes requieren de algún tipo de protección internacional, incluyendo pero no limitada a la protección de refugiados y solicitantes de asilo (*supra* párr. 37). Es por ello que, para cumplir con los compromisos internacionales, los Estados se encuentran obligados a identificar a las niñas y niños extranjeros que requieren de protección internacional dentro de sus jurisdicciones, ya sea como refugiado o de algún otro tipo, a través de una evaluación inicial con garantías de seguridad y privacidad, con el fin de proporcionarles el tratamiento adecuado e individualizado que sea necesario mediante la adopción de medidas de protección especial. La Corte considera que el establecimiento de procedimientos de identificación de necesidades de protección es una obligación positiva de los Estados y el no instituirlos constituiría una falta de debida diligencia¹³¹.

83. La Corte considera que, en virtud de las normas internacionales invocadas, incluyendo en especial los artículos 19 de la Convención y VII de la Declaración, las autoridades fronterizas no deben impedir el ingreso de niñas y niños extranjeros al territorio nacional, aún cuando se encuentren solos, no deben exigirles documentación que no pueden tener y deben proceder a dirigirlos de inmediato a personal que pueda evaluar sus necesidades de protección, desde un enfoque en el cual prevalezca su condición de niñas y niños. En esta línea, resulta indispensable que los Estados permitan el acceso de la niña o niño al territorio como condición previa para llevar a cabo el procedimiento de evaluación inicial¹³². Asimismo, la Corte es de la opinión que la creación de una base de datos con el registro de las niñas y los niños que ingresen al país es necesaria para una protección adecuada de sus derechos¹³³.

84. La Corte considera que el procedimiento de evaluación inicial debería contar con mecanismos efectivos, cuyo objetivo sea obtener información tras la llegada de la niña o niño al lugar, puesto o puerto de entrada o tan pronto como las autoridades tomen conocimiento de su presencia en el país, para determinar su identidad, y de ser posible, la de sus padres y hermanos, a fin de transmitirla a las entidades estatales encargadas de evaluar y brindar las medidas de protección, de conformidad con el principio del interés superior de la niña o del niño. En esta línea, el Comité de los Derechos del Niño ha especificado que “[I]a determinación del interés superior del niño exige una evaluación clara y a fondo de la identidad de éste y, en particular, de su nacionalidad, crianza, antecedentes étnicos, culturales y lingüísticos, así como

artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, publicadas el 22 de diciembre de 2009, UN Doc. HCR/GIP/09/08, párrs. 8 y 9.

¹³⁰ *Cfr. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, supra, párr. 139, citando TEDH, Caso Jabari Vs. Turquía, No. 40035/98. Sentencia de 11 de julio de 2000, párrs. 48 a 50.*

¹³¹ En el caso *Velásquez Rodríguez* la Corte estableció que la omisión estatal que lleve a violación de derechos humanos puede acarrear su responsabilidad internacional. *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo, supra, párrs. 164 a 177.*

¹³² *Cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, supra, párr. 20.*

¹³³ El Comité Ejecutivo del ACNUR también ha reconocido que “el registro individual, minucioso y pronto de los niños puede ser útil para los Estados, el ACNUR y otros organismos y asociadas competentes en la tarea de identificar niños expuestos a mayor riesgo”. *Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Comité Ejecutivo, Conclusión sobre los niños en situación de riesgo, UN Doc. 107 (LVIII)-2007, publicada el 5 de octubre de 2007, párr. e).*

las vulnerabilidades y necesidades especiales de protección”¹³⁴. La obtención de dicha información se debe realizar mediante un procedimiento que tome en cuenta la diferenciación de niñas y niños con adultos y el tratamiento sea acorde a la situación¹³⁵.

85. Este procedimiento de evaluación inicial debe efectuarse en un ambiente amigable y que otorgue garantías de seguridad y privacidad, así como encontrarse a cargo de profesionales competentes formados en técnicas de entrevistas que tengan en cuenta la edad y el género¹³⁶. Además, los Estados deben tomar en cuenta las garantías procedimentales mínimas acordes a los principios de interés superior de la niña o del niño y su protección integral, los cuales incluyen, pero no están limitadas a las siguientes: que la entrevista se realice en un idioma que la niña o el niño pueda comprender¹³⁷; que sea centrado en las niñas y niños, sensible al género, y asegure su participación¹³⁸; que el análisis tome en cuenta la seguridad y la posible reunificación familiar¹³⁹; que reconozca la cultura de la niña o niño¹⁴⁰ y considere su rechazo a pronunciarse en presencia de adultos o familiares¹⁴¹; que provea de un intérprete en caso de ser necesario¹⁴²; que cuente con personal altamente calificado para tratar con niñas y niños y facilidades adecuadas¹⁴³; que provea asesoría legal en caso de ser requerida¹⁴⁴; que brinde información clara y entendible sobre los derechos y obligaciones que tiene la niña o el niño y sobre la continuación del procedimiento¹⁴⁵.

86. Al ser una etapa inicial de identificación y evaluación, la Corte considera que el mecanismo procedimental que los Estados adopten, aparte de ofrecer ciertas garantías mínimas, debe tener como meta, acorde a la práctica generalmente seguida, los siguientes objetivos prioritarios básicos: (i) tratamiento acorde a su condición de niña o niño y, en caso de duda sobre la edad, evaluación y determinación de la misma; (ii) determinación de si se trata de una niña o un niño no acompañado o separado; (iii) determinación de la nacionalidad de la niña o del niño o, en su caso, de su condición de apátrida; (iv) obtención de información sobre los motivos de su salida del país de origen, de su separación familiar si es el caso, de sus vulnerabilidades y cualquier otro elemento que evidencie o niegue su necesidad de algún

¹³⁴ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, supra, párr. 20.

¹³⁵ Cfr. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, supra, párr. 96.

¹³⁶ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, supra, párr. 20.

¹³⁷ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, supra, párr. 31, ii).

¹³⁸ Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño*, mayo, 2008, pág. 58.

¹³⁹ Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño*, mayo, 2008, págs. 31 y 32.

¹⁴⁰ Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño*, mayo, 2008, pág. 68.

¹⁴¹ Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño*, mayo, 2008, págs. 60 y 61.

¹⁴² Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, supra, párr. 71.

¹⁴³ Cfr. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, supra, párrs. 78 y 79.

¹⁴⁴ Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Comité Ejecutivo, *Conclusión sobre los niños en situación de riesgo*, UN Doc. 107 (LVIII)-2007, publicada el 5 de octubre de 2007, párr. g.viii), y Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices de protección internacional: Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, UN Doc. HCR/GIP/09/08, publicadas el 22 de diciembre de 2009, párr. 69.

¹⁴⁵ Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño*, mayo, 2008, págs. 59 y 60.

tipo de protección internacional; y (v) adopción, en caso de ser necesario y pertinente de acuerdo con el interés superior de la niña o del niño, de medidas de protección especial. Estos datos deberían recabarse en la entrevista inicial y registrarse adecuadamente, de modo tal que se asegure la confidencialidad de la información¹⁴⁶.

87. A continuación, la Corte desarrollará los componentes específicos de dichos objetivos prioritarios básicos a satisfacer durante el procedimiento de evaluación inicial, sin que ello implique que las cuestiones a abordar deban indefectiblemente limitarse a las indicadas por la Corte, es decir, que tengan un carácter taxativo, o que sean etapas necesariamente sucesivas.

Tratamiento acorde a su condición de niña o niño y, en caso de duda sobre la edad, evaluación y determinación de la misma

88. La verificación de la edad de una persona es una cuestión crucial, toda vez que la determinación de que se trata de una persona menor de 18 años exige que el tratamiento otorgado por el Estado deba ser prioritario, diferenciado y de forma excluyente acorde a dicha condición. En caso de que haya dudas acerca de la edad¹⁴⁷, se procederá a determinar la misma con base no sólo en la apariencia física, sino también en la madurez psicológica del individuo¹⁴⁸ y, en su caso, deberá realizarse una evaluación con criterios científicos, de forma segura, respetando la dignidad humana, que sea culturalmente apropiada y con consideraciones de género¹⁴⁹. Cuando no sea posible llegar a una determinación certera de la edad, debe considerarse que se trata de una niña o niño y brindarle un tratamiento acorde, esto es, el Estado debe otorgar “al individuo el beneficio de la duda, de manera que, en la hipótesis de que se trate de un menor, se lo trate como tal”¹⁵⁰.

Determinación de si se trata de una niña o un niño no acompañado o separado

89. La determinación temprana de la situación de una niña o un niño no acompañado o separado de su familia (*supra* párr. 49) debe realizarse con carácter preferente¹⁵¹, dada su especial vulnerabilidad bajo dichas circunstancias¹⁵², lo que tiene como consecuencia que el Estado deba actuar con un mayor escrutinio y rijan algunas garantías diferenciadas, como será desarrollado en los capítulos subsiguientes. De igual forma, resulta pertinente que consten las razones por las que se encuentra separado de su familia o no acompañado¹⁵³.

¹⁴⁶ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párrs. 29 y 30.

¹⁴⁷ Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Comité Ejecutivo, *Conclusión sobre los niños en situación de riesgo*, UN Doc. 107 (LVIII)-2007, publicada el 5 de octubre de 2007, párr. g).ix).

¹⁴⁸ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párr. 31.

¹⁴⁹ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párr. 31.

¹⁵⁰ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párr. 31.

¹⁵¹ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párr. 31.

¹⁵² Véase artículo 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Ver también, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párr. 16, e Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, *Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo*, UN Doc. A/HRC/11/7, 14 de mayo de 2009, párr. 23.

¹⁵³ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párr. 31.

90. En este sentido, la Corte resalta que la situación de niña o niño no acompañado o separado los expone a “diversos riesgos que afectan a la vida, supervivencia y desarrollo, [como] por ejemplo, la trata dirigida a la explotación sexual o de otra índole o la participación en actividades delictivas de las que puede resultar perjuicio para el menor o, en casos extremos, la muerte”¹⁵⁴, especialmente en aquellos países o regiones con presencia del crimen organizado.

91. En particular, las niñas o niños no acompañados o separados de su familia que se encuentran fuera de su país de origen son particularmente vulnerables a la trata infantil¹⁵⁵, a la explotación y los malos tratos¹⁵⁶. La Corte reconoce que las niñas pueden ser aún más vulnerables a ser víctimas de trata¹⁵⁷, en especial para la explotación sexual y laboral¹⁵⁸. Por esta razón, resulta esencial que los Estados adopten todas aquellas medidas necesarias para prevenir y combatir la trata de personas¹⁵⁹, entre las que destacan todas aquellas medidas de investigación, protección para las víctimas y campañas de información y difusión¹⁶⁰.

92. Específicamente, los Estados tienen la obligación de adoptar determinadas medidas de control de frontera con el objeto de prevenir, detectar y perseguir cualquier tipo de trata de seres humanos¹⁶¹. Para ello, deben disponer de funcionarios especializados encargados de

¹⁵⁴ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párr. 23.

¹⁵⁵ A los fines de definir la trata de personas, resulta relevante recurrir al artículo 3 del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, el cual adopta la siguiente definición: “a) Por ‘trata de personas’ se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”. La trata de niños recibe un tratamiento diferenciado en el apartado c) del artículo 3 del Protocolo. En estos casos se considera que la conducta consistente en “la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación” también se configura en la hipótesis en la que no se utilice ninguno de los medios coercitivos enunciados en el apartado a). *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, adoptado el 15 de noviembre de 2000, entrada en vigor el 25 de diciembre de 2003. Los siguientes 34 Estados Miembros de la OEA son parte de este instrumento: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Dominica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos de América, Granada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay, y Venezuela.

¹⁵⁶ *Cfr.* Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párr. 50.

¹⁵⁷ La Convención Americana en su artículo 6.1 prohíbe expresamente la trata de mujeres.

¹⁵⁸ *Cfr.* Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párr. 50.

¹⁵⁹ Véase artículo 9.1.a del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

¹⁶⁰ Véase artículo 9.2 del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

¹⁶¹ Véase artículo 11 del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Según el Convenio de Naciones Unidas para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, todos los Estados Parte deben adoptar “las medidas adecuadas para garantizar la vigilancia en las estaciones de ferrocarril, en los aeropuertos, en los puertos marítimos y durante los viajes y en otros lugares públicos, a fin de impedir la trata internacional de personas para fines de prostitución”, así como “las medidas adecuadas para informar a las autoridades competentes de la llegada de personas que *prima facie* parezcan ser culpables o cómplices de dicha trata o víctimas de ella”. *Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena*, adoptado el 2 de diciembre de 1949, entrada en vigor el 25 de julio de 1951, artículo 17. Los siguientes 10 Estados Miembros de la OEA son parte de este convenio: Argentina, Bolivia, Brasil,

identificar a todas aquellas víctimas de la trata de seres humanos, prestando especial atención a las que sean mujeres, niñas o niños¹⁶². A tal fin, resulta esencial que se tome la declaración de la víctima con el objeto de establecer su identidad y de determinar las causas que le obligaron a salir de su país de origen¹⁶³, tomando en cuenta que las víctimas o víctimas potenciales de trata de personas pueden ser refugiadas en caso de reunir los elementos para ello¹⁶⁴. Para asegurar un trato adecuado a las víctimas o víctimas potenciales de trata infantil, los Estados deben otorgar las debidas capacitaciones a los funcionarios que actúan en frontera, sobre todo en materia de trata infantil, con el objeto de poder brindar a la niña o al niño un asesoramiento eficaz y una asistencia integral¹⁶⁵.

93. En los casos de niñas y niños que se encuentren acompañados de adultos, la autoridad fronteriza u otra debe asegurarse que aquellos conozcan a sus acompañantes para evitar casos de trata y explotación¹⁶⁶. Esto no conlleva, de modo alguno, a que todo caso en que una niña o niño se haya movilizadado en forma independiente y se encuentre acompañado de un adulto que no sea familiar deba automáticamente ser considerado un caso de trata por las autoridades correspondientes y devuelto a su país de origen. Al respecto, se exige la más estricta diligencia por parte de las autoridades fronterizas para identificar las diferentes situaciones que requieren de una actuación oportuna, adecuada y justa.

Determinación de la nacionalidad de la niña o del niño o, en su caso, de su condición de apátrida

94. Un apátrida es "toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación"¹⁶⁷. Esta condición podría originarse por varias razones, entre las cuales destaca la pérdida de la nacionalidad; la privación de la nacionalidad; la interpretación o aplicación de legislaciones relativas a la adquisición de la nacionalidad, y la sucesión de Estados. Sobre esta base, la Corte entiende que la prueba de la condición de apátrida viene de considerar un relato combinado con información del país de origen. La Corte reitera que la apatridia ocasiona una condición de extrema vulnerabilidad¹⁶⁸ y los Estados

Cuba, Ecuador, Guatemala, Haití, Honduras, México, y Venezuela. Ver también, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH), *Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas*, UN Doc. E/2002/68/Add.1, publicados el 20 de mayo de 2002.

¹⁶² Cfr. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH), *Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas*, UN Doc. E/2002/68/Add.1, publicados el 20 de mayo de 2002.

¹⁶³ Véase artículo 18 del Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena. Ver también, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (OACNUDH), *Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas*, UN Doc. E/2002/68/Add.1, publicados el 20 de mayo de 2002.

¹⁶⁴ Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices de protección internacional: La aplicación del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados en relación con las víctimas de la trata de personas y las personas que están en riesgo de ser víctimas de la trata*, UN Doc. HCR/GIP/06/07, publicadas el 7 de abril de 2006.

¹⁶⁵ Véase artículo 10.2 del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

¹⁶⁶ Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño*, mayo, 2008, págs. 51 y 69.

¹⁶⁷ *Convención sobre el Estatuto de los Apátridas*, adoptada el 28 de septiembre de 1954, entrada en vigor el 6 de junio de 1960, artículo 1. Los siguientes 18 Estados Miembros de la OEA son parte de este tratado: Antigua y Barbuda, Argentina, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, San Vicente y las Granadinas, Trinidad y Tobago, y Uruguay.

¹⁶⁸ Cfr. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 142.

tienen el deber de identificar¹⁶⁹, prevenir y reducir la apatridia, así como proteger a la persona apátrida¹⁷⁰. Entre otras, los Estados tienen la obligación de no adoptar prácticas o legislación, respecto al otorgamiento de la nacionalidad, cuya aplicación favorezca el incremento del número de personas apátridas y conceder su nacionalidad a la persona nacida en su territorio, que de otro modo quedaría en condición de ser apátrida¹⁷¹.

95. La determinación de la nacionalidad o, en su caso, de la condición de apátrida resulta relevante en situaciones variadas, tales como las siguientes¹⁷²: (i) cuando se cuestiona el derecho de una persona de permanecer en un país en los procedimientos de expulsión; (ii) en la identificación del país o países en relación con los cuales la persona alega poseer un temor fundado de ser perseguida, en el sentido de la definición de refugiado; o (iii) cuando una persona busca la aplicación de las garantías establecidas en la Convención para Reducir los Casos de Apatridia de 1961¹⁷³.

96. En el contexto migratorio, constituye una obligación del Estado receptor determinar si la niña o el niño es apátrida, sea refugiado o no, a fin de asegurar su protección como tal¹⁷⁴ y, dependiendo de los motivos de salida del país de residencia habitual, referirlo a un procedimiento de determinación de la condición de refugiado y/o de apátrida, o a un mecanismo complementario de protección¹⁷⁵.

Obtención de información sobre los motivos de su salida del país de origen, de su separación familiar si es el caso, de sus vulnerabilidades y cualquier otro elemento que evidencie o niegue su necesidad de algún tipo de protección internacional

97. A fin de atender a la situación concreta de la niña o del niño, es necesario recabar información adicional que permita determinar la posible existencia de necesidades de protección internacional, en razón de su edad¹⁷⁶, ya sea como refugiado o bajo otras formas, y una vez identificada la necesidad de protección específica o la potencial necesidad de protección de la persona, asegurar la remisión de su caso a las entidades competentes.

¹⁶⁹ La obligación de los Estados de identificar, dentro de sus jurisdicciones, a las niñas o niños apátridas para proporcionarles un tratamiento adecuado a su condición, requiere el establecimiento o fortalecimiento, según sea el caso, de procedimientos justos y eficientes para determinar si es una persona apátrida, que sean sensibles a las necesidades diferenciadas de las niñas y los niños, de acuerdo a su edad, género y diversidad. Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices sobre la apatridia No. 2: Procedimientos para determinar si un individuo es una persona apátrida*, UN Doc. HCR/GS/12/02, publicadas el 5 de abril de 2012.

¹⁷⁰ Cfr. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, supra, párr. 140. Ver también, entre otros, el artículo 1.1 de la Convención para Reducir los Casos de Apatridia; el artículo 29 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, y el artículo 24.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y el artículo 7.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

¹⁷¹ Cfr. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, supra, párrs. 142 y 143.

¹⁷² Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices sobre la apatridia No. 2: Procedimientos para determinar si un individuo es una persona apátrida*, publicadas el 5 de abril de 2012, UN Doc. HCR/GS/12/02, párr. 2.

¹⁷³ *Convención para Reducir los Casos de Apatridia*, adoptada el 30 de agosto de 1961, entrada en vigor el 13 de diciembre de 1975. Los siguientes 7 Estados Miembros de la OEA son parte de este tratado: Bolivia, Brasil, Canadá, Costa Rica, Guatemala, Panamá y Uruguay.

¹⁷⁴ Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices sobre la apatridia No. 2: Procedimientos para determinar si un individuo es una persona apátrida*, publicadas el 5 de abril de 2012, UN Doc. HCR/GS/12/02, párr. 6.

¹⁷⁵ Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices sobre la apatridia No. 2: Procedimientos para determinar si un individuo es una persona apátrida*, publicadas el 5 de abril de 2012, UN Doc. HCR/GS/12/02, párrs. 26 y 27.

¹⁷⁶ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, supra, párr. 31.

98. En caso de identificarse necesidad de protección internacional, al constatarse los elementos de inclusión para la determinación de la condición de refugiado, es obligación del Estado explicar en un lenguaje comprensible a la niña o niño su derecho a solicitar y recibir asilo conforme el artículo 22.7 de la Convención Americana y XXVII de la Declaración Americana y referirlo a la entidad encargada del mismo, sea una entidad estatal o un organismo internacional como el ACNUR¹⁷⁷. Al respecto, la Corte ha interpretado previamente que el derecho de buscar y recibir asilo, leído en conjunto con los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, garantiza el acceso efectivo a un procedimiento justo y eficiente para determinar la condición de refugiado, de modo tal que la persona solicitante del estatuto de refugiado sea oída por el Estado al que se solicita, con las debidas garantías mediante el procedimiento respectivo¹⁷⁸ (*infra* Capítulo XIV).

99. La Corte reconoce que también pueden existir casos de afluencia masiva. En este supuesto, los Estados podrán proceder a realizar una evaluación inicial con base en el relato de una de las personas del grupo y, en caso de determinar que del mismo surgen factores que reflejan necesidad de protección internacional, otorgar la misma con base en el reconocimiento grupal, colectivo o *prima facie* (*infra* párr. 262).

100. Los Estados también se encuentran en la obligación de realizar una identificación temprana de niñas y niños que huyen por temor al reclutamiento forzoso, ya sea por las partes en un conflicto armado o por estructuras del crimen organizado, para así poder esclarecer si su caso amerita la solicitud de asilo o requiere de protección complementaria¹⁷⁹.

101. Ahora bien, la Corte reconoce que no todos los casos de niñas y niños migrantes llegan al nivel de requerir protección internacional en los términos de los párrafos anteriores. Sin embargo, pueden presentarse situaciones de afectación de derechos de niñas y niños, que se encuentran protegidos internacionalmente, las cuales provocan el desplazamiento del país de origen. Es por ello que se hace necesario recabar información sobre factores personales, tales como la historia personal y su condición de salud, física y psicológica, así como el entorno ambiental en que se desarrolló la migración, para determinar la situación concreta de riesgo de vulneración de derechos en su país de origen, de tránsito o en el receptor que amerite una protección complementaria o evidencie otras necesidades de protección o asistencia humanitaria, como las que provienen de la tortura, la violencia, la trata o experiencias traumáticas¹⁸⁰.

102. Al evaluar las necesidades de protección internacional es necesario recordar que, “si bien tanto las niñas como los niños hacen frente a muchos de los mismos riesgos que requieren protección, también pueden verse expuestos a problemas de protección propios de su género”¹⁸¹, por lo que la información debe ser recabada y analizada tomando en cuenta la perspectiva de género. En este sentido, es necesario identificar los riesgos específicos de sufrir

¹⁷⁷ En algunos casos, de manera excepcional, el ACNUR puede determinar el que una persona deba tener el estatuto de refugiado, pero ésta es una práctica que ha estado presente sólo en aquellos países no firmantes de ningún instrumento internacional de refugiados, donde las autoridades nacionales han pedido al ACNUR desempeñar este papel. *Cfr. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, supra*, nota al pie 185.

¹⁷⁸ *Cfr. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, supra*, párr. 154.

¹⁷⁹ *Cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, supra*, párrs. 54 a 63.

¹⁸⁰ *Cfr. Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo, UN Doc. A/HRC/11/7, 14 de mayo de 2009, párr. 35.*

¹⁸¹ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Comité Ejecutivo, *Conclusión sobre los niños en situación de riesgo*, UN Doc. 107 (LVIII)-2007, publicada el 5 de octubre de 2007.

violaciones a sus derechos enfrentados por las niñas a raíz de su género, su posición cultural y socioeconómica y su condición jurídica¹⁸².

Adopción, en caso de ser necesario y pertinente de acuerdo con el interés superior de la niña o del niño, de medidas de protección especial

103. Una vez recabada la información sobre los diferentes factores que pueden hacer que las niñas o niños se encuentren en una situación concreta de vulnerabilidad, corresponde al Estado determinar, en los términos de los artículos 19 de la Convención y VII de la Declaración y de conformidad con una evaluación del interés superior de la niña o del niño, las medidas de protección especial que se requieren para asegurar su vida, supervivencia y desarrollo (*infra* Capítulo X). En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha afirmado que se requiere también la “[e]valuación de aspectos particulares de vulnerabilidad, en especial relativos a la salud, y de índole física, psicosocial y material, y de otras necesidades de protección como las derivadas de la violencia en el hogar, la trata o el trauma”¹⁸³.

104. En esta línea, resulta necesario que el Estado receptor de la niña o del niño evalúe, a través de procedimientos adecuados que permitan determinar de forma individualizada su interés superior en cada caso concreto, la necesidad y pertinencia de adoptar medidas de protección integral, incluyendo aquellas que propendan al acceso a la atención en salud, tanto física como psicosocial, que sea culturalmente adecuada y con consideración de las cuestiones de género¹⁸⁴; que brinden un nivel de vida acorde con su desarrollo físico, mental, espiritual y moral a través de la asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda¹⁸⁵; y aseguren un pleno acceso a la educación en condiciones de igualdad¹⁸⁶. Y, ciertamente, ésta y las demás obligaciones señaladas precedentemente, adquieren particular relevancia tratándose de niñas o niños migrantes afectados por alguna discapacidad física o mental que, consecuentemente, el Estado que los recibe debe prestarle particular atención y proceder a su respecto con la máxima diligencia¹⁸⁷.

105. En lo que se refiere a las niñas o niños en situación de no acompañados o separados de su familia, resulta indispensable que los Estados procuren la localización de los miembros de su familia, no sin antes verificar que estas medidas correspondan al interés superior de la niña o del niño y, si resulta posible y satisface el interés superior de la niña o del niño, procedan a su reunificación o reagrupación lo antes posible¹⁸⁸.

¹⁸² Cfr., Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices de protección internacional: La persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967*, UN Doc. HCR/GIP/02/01, publicadas el 7 de mayo de 2002, y Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Manual del ACNUR para la Protección de Mujeres y Niñas*, enero de 2008.

¹⁸³ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párr. 31.

¹⁸⁴ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párrs. 31, 47 y 48.

¹⁸⁵ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párr. 44.

¹⁸⁶ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párrs. 41 y 42.

¹⁸⁷ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 9: Los derechos de los niños con discapacidad*, UN Doc. CRC/C/GC/9, 27 de febrero de 2007, párrs. 42 y 43.

¹⁸⁸ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párrs. 13 y 31. Ver también, artículo 10 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

106. En cuanto a las niñas y niños víctimas o víctimas potenciales de trata, quienes se encuentran en una situación de extrema vulnerabilidad, los Estados tiene el deber de protegerles contra un nuevo riesgo de victimización¹⁸⁹ y prestarles asistencia jurídica y médica¹⁹⁰, intentando, en la medida de lo posible, proteger la privacidad e identidad de la víctima¹⁹¹. Asimismo, los Estados, en la medida de lo posible, deben considerar la posibilidad de cumplir con los anteriores propósitos a través del suministro de: a) un alojamiento adecuado; b) asesoramiento e información, en particular con respecto a sus derechos jurídicos, en un idioma que las víctimas de la trata de personas puedan comprender; c) asistencia médica, psicológica y material; y d) oportunidades de educación y/o capacitación¹⁹². Adicionalmente, debido a la especial situación de vulnerabilidad de las víctimas de este delito, los Estados deben cuando proceda facilitar la obtención de un permiso para permanecer en su territorio, sobre todo en aquellos casos en los que su interés superior así lo aconseja o a los efectos de continuar con la investigación penal del perpetrador del delito¹⁹³.

107. Finalmente, la Corte considera crucial que los Estados definan de forma clara y dentro de su diseño institucional, la correspondiente asignación de funciones en el marco de las competencias que incumben a cada órgano estatal y, en caso que fuese necesario, adopten las medidas pertinentes para lograr una eficaz coordinación interinstitucional en la determinación y adopción de las medidas de protección especial que correspondan, dotando a las entidades competentes de recursos presupuestales adecuados y brindando la capacitación especializada a su personal.

VIII GARANTÍAS DE DEBIDO PROCESO APLICABLES EN PROCESOS MIGRATORIOS QUE INVOLUCRAN A NIÑAS Y NIÑOS

108. La Corte Interamericana ha sido consultada respecto a cuáles son las garantías de debido proceso que debieran regir en los procesos migratorios que involucran a niñas y niños migrantes a la luz de los artículos 1¹⁹⁴, 2¹⁹⁵, 7¹⁹⁶, 8¹⁹⁷, 19¹⁹⁸ y 25¹⁹⁹ de la Convención

¹⁸⁹ Véase el artículo 9.1.b del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

¹⁹⁰ Véase el artículo 6 del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

¹⁹¹ Véase el artículo 6.1 del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

¹⁹² Véase el artículo 6.3 del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

¹⁹³ Véase el artículo 7.1 del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Ver también, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (OACNUDH), *Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas*, UN Doc. E/2002/68/Add.1, publicados el 20 de mayo de 2002, directriz 8.

¹⁹⁴ Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos:

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

¹⁹⁵ Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus

procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

¹⁹⁶ Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.
6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.
7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

¹⁹⁷ Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.
2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
 - a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
 - b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;
 - c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
 - d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
 - e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
 - f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
 - g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
 - h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.
3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.
4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.
5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

¹⁹⁸ Artículo 19. Derechos del Niño

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado".

¹⁹⁹ Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales

Americana sobre Derechos Humanos, y del artículo XXV²⁰⁰ de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

109. La Corte ha señalado que el derecho al debido proceso se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado, adoptado por cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que pueda afectarlos²⁰¹. El debido proceso se encuentra, a su vez, íntimamente ligado con la noción de justicia²⁰², que se refleja en: (i) un acceso a la justicia no sólo formal, sino que reconozca y resuelva los factores de desigualdad real de los justiciables, (ii) el desarrollo de un juicio justo y (iii) la resolución de las controversias de forma tal que la decisión adoptada se acerque al mayor nivel de corrección del derecho, es decir que se asegure, en la mayor medida posible, su solución justa.

110. Ahora bien, aunque en términos convencionales el debido proceso se traduce centralmente en las “garantías judiciales” reconocidas en el artículo 8 de la Convención Americana, lo cierto es que diversas disposiciones de dicho instrumento internacional, tales como los artículos 4, 5, 7, 9, 19, 25 y 27 de la Convención, también contienen regulaciones que se corresponden materialmente con los componentes sustantivos y procesales del debido proceso. De igual forma, en la Declaración Americana el debido proceso se expresa en la regulación de los artículos XVIII (Derecho de justicia), XXV (Derecho de protección contra la detención arbitraria) y XXVI (Derecho a proceso regular). En este capítulo, la Corte se va a concentrar principalmente en las garantías de debido proceso, interpretadas en conjunto con los artículos 19 de la Convención y VII de la Declaración Americana, aplicables a los procesos migratorios, en el entendido que a través de los mismos se definen controversias respecto al estatus migratorio de una persona y pueden además, en función de tal determinación, redundar en una expulsión o deportación. Aunado a ello, las decisiones a adoptarse pueden tener repercusiones profundas sobre la vida y el desarrollo de las niñas y los niños migrantes.

111. En lo que concierne al artículo 8 de la Convención, el Tribunal ya ha establecido que los requisitos establecidos en su inciso 1 no solo resultan aplicables a los procesos ante los órganos estrictamente jurisdiccionales –juez o tribunal-, sino que se hacen extensivas a las decisiones de órganos administrativos a los cuales les corresponda la determinación de los

reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

²⁰⁰ Artículo XXV. Derecho de protección contra la detención arbitraria

Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes.

Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil.

Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad.

²⁰¹ Cfr. *Garantías judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), *supra*, párr. 27; *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 69, y *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, *supra*, párr. 130.

²⁰² Cfr. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, *supra*, párr. 117.

derechos de las personas o cuando ejerzan funciones de carácter materialmente jurisdiccional²⁰³, como ocurre en algunos países respecto de los procesos migratorios²⁰⁴.

112. A su vez, el elenco de garantías mínimas del debido proceso legal es aplicable en lo que corresponda en la determinación de derechos y obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”²⁰⁵. De este modo, en procesos tales como los que puedan desembocar en la expulsión o deportación de extranjeros, el Estado no puede dictar actos administrativos o adoptar decisiones judiciales sin respetar determinadas garantías mínimas, cuyo contenido es sustancialmente coincidente con las establecidas en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención²⁰⁶.

113. Asimismo, las garantías de debido proceso se aplican a cualquier persona independiente de su edad y condición de estancia en un país. En esta línea, la Corte ha precisado que el debido proceso legal es un derecho que debe ser garantizado a toda persona, independientemente de su estatus migratorio²⁰⁷. Esto implica que el Estado debe garantizar que toda persona extranjera, aún cuando fuere un migrante en situación irregular, tenga la posibilidad de hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables²⁰⁸.

114. Las garantías reconocidas en el artículo 8 de la Convención deben ser respetadas y aseguradas a todas las personas sin distinción, y deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye, además, el artículo 19 de dicho tratado, de tal forma que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se encuentre en controversia algún derecho de una niña o niño²⁰⁹. De esta forma, la protección especial derivada de los artículos 19 de la Convención y VII de la Declaración implica que la observancia por parte de los Estados de las garantías de debido proceso se traduce en algunas garantías o componentes diferenciados en el caso de niñas y niños, que se fundan en el reconocimiento de que su participación en un proceso migratorio no se da en las mismas condiciones que un adulto²¹⁰. Por ello, el proceso tiene que estar adaptado a las niñas o niños y ser accesible para ellos²¹¹.

115. En definitiva, tal y como lo ha sostenido anteriormente esta Corte²¹², si bien el debido proceso y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de las niñas y niños migrantes, el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de asegurar un

²⁰³ Cfr. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*, supra, párr. 71, y *Caso Barbani Duarte y otros Vs. Uruguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C No. 234, párrs. 118 y 119.

²⁰⁴ Cfr. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, supra, párrs. 117 y 124.

²⁰⁵ Cfr. *Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. Serie A No. 11, párr. 28, y *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, supra, párr. 130.

²⁰⁶ Cfr. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, supra, párr. 142, y *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, supra, párr. 132.

²⁰⁷ Cfr. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, supra, párrs. 121 y 122, y *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, supra, párr. 143.

²⁰⁸ Cfr. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, supra, párr. 143.

²⁰⁹ Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, supra, párr. 95, y *Caso Mendoza y otros Vs. Argentina*, supra, párr. 148.

²¹⁰ Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, supra, párr. 96.

²¹¹ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 12: El derecho del niño a ser escuchado*, supra, párr. 66.

²¹² Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, supra, párrs. 96 a 98, y *Caso Mendoza y otros Vs. Argentina*, supra, párr. 148.

acceso a la justicia en condiciones de igualdad, garantizar un efectivo debido proceso y velar por que el interés superior se erija en una consideración primordial en todas las decisiones administrativas o judiciales que se adopten²¹³. Sobre estas consideraciones se deben formular los procesos administrativos o judiciales en los que se resuelva acerca de derechos de las niñas o niños migrantes y, en su caso, de las personas bajo cuya potestad o tutela se hallan aquéllos²¹⁴ (*infra* Capítulo XV), los cuales deben ajustarse a su condición, necesidades y derechos.

116. Ahora bien, aún cuando la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, en algunos Estados otros órganos o autoridades públicas adoptan decisiones, como sucede en los procesos migratorios, que afectan derechos fundamentales. En estos casos, la actuación de la administración tiene límites infranqueables, entre los que ocupa un primerísimo lugar el respeto de los derechos humanos, por lo que se torna necesario que su actuación se encuentre regulada²¹⁵. Teniendo como base las anteriores consideraciones, la Corte se referirá a continuación a las garantías que, conforme al derecho internacional de los derechos humanos, deben regir en todo proceso migratorio que involucre a niñas o niños, haciendo mención especial, cuando corresponda, a aquellas que cobran relevancia crítica en este tipo de proceso. En consecuencia, la Corte se referirá a los siguientes aspectos: (i) el derecho a ser notificado de la existencia de un procedimiento y de la decisión que se adopte en el marco del proceso migratorio; (ii) el derecho a que los procesos migratorios sean llevados por un funcionario o juez especializado; (iii) el derecho de la niña o niño a ser oído y a participar en las diferentes etapas procesales; (iv) el derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor y/o intérprete; (v) el acceso efectivo a la comunicación y asistencia consular; (vi) el derecho a ser asistido por un representante legal y a comunicarse libremente con dicho representante; (vii) el deber de designar a un tutor en caso de niñas o niños no acompañados o separados; (viii) el derecho a que la decisión que se adopte evalúe el interés superior de la niña o del niño y sea debidamente fundamentada; (ix) el derecho a recurrir la decisión ante un juez o tribunal superior con efectos suspensivos; y (x) el plazo razonable de duración del proceso.

Derecho a ser notificado de la existencia de un procedimiento y de la decisión que se adopte en el marco del proceso migratorio

117. Todo migrante tiene derecho a que se le notifique la existencia de un proceso en su contra, pues, de lo contrario, mal podría garantizarse su derecho a la defensa. En el caso de niñas y niños migrantes, ello se extiende a todo tipo de procedimiento que lo involucre. Es por ello que la existencia de personal capacitado para comunicarle a la niña o niño, de acuerdo al desarrollo de sus capacidades cognitivas, que su situación está siendo sometida a consideración administrativa o judicial garantizará que el derecho a la defensa pueda ser ejercido por la niña o niño, en el sentido de entender lo que está sucediendo y poder dar su opinión en lo que estime pertinente²¹⁶.

118. Además, esta Corte ya ha destacado la importancia de la notificación de la decisión final a fin de ejercer el derecho a recurrir la decisión. Sobre el particular, la Corte ha establecido que la falta de notificación es en sí misma violatoria del artículo 8 de la Convención, pues

²¹³ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación general N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, *supra*, párr. 14.b).

²¹⁴ Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, *supra*, párr. 94.

²¹⁵ Cfr. *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 126, y *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, *supra*, párr. 141.

²¹⁶ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párr. 25, y Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 12: El derecho del niño a ser escuchado*, *supra*, párrs. 40 a 47 y 82.

coloca al extranjero en un estado de incertidumbre respecto de su situación jurídica y torna impracticable el ejercicio del derecho a recurrir del fallo sancionatorio²¹⁷.

119. En consonancia con lo anterior, y para garantizar efectivamente el derecho a recurrir eventualmente una decisión desfavorable, las decisiones acerca del ingreso, permanencia o expulsión, deberán ser debidamente notificadas, lo que también refuerza el derecho a que la resolución sea debidamente motivada²¹⁸.

Derecho a que los procesos migratorios sean llevados por un funcionario o juez especializado

120. En materia migratoria, si el proceso se encuentra a cargo de un juez o tribunal, éste evidentemente debe cumplir con las características de imparcialidad e independencia. Si se trata de un funcionario administrativo que tome estas determinaciones debe ser responsable ante la ley, ante sus superiores jerárquicos y, en su caso, ante organismos de control, por la legalidad de las mismas.

121. Ahora bien, al tratarse de procesos en los que se ven involucrados migrantes menores de edad, las decisiones en materia migratoria no pueden ser delegadas a funcionarios no especializados. En consecuencia, en lo que concierne a procedimientos que involucren a niñas y niños, los Estados deben garantizar que las personas que intervengan en los mismos se encuentren debidamente capacitadas, de forma que puedan identificar las necesidades especiales de protección de la niña o niño, de conformidad con el interés superior.

Derecho de la niña o niño a ser oído y a participar en las diferentes etapas procesales

122. Resulta pertinente primeramente señalar que los Estados tienen el deber de facilitar la posibilidad de que la niña o niño participe en todas y cada una de las diferentes etapas del proceso. A estos efectos, la niña o niño tendrá derecho a ser oído, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por la autoridad competente. Dicho derecho debe ser interpretado a la luz del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño²¹⁹, el cual contiene adecuadas previsiones, con el objeto de que la participación de la niña o niño se ajuste a su condición y no redunde en perjuicio de su interés genuino²²⁰. La Corte recuerda que las niñas y niños deben ser oídos con el objeto de poder resolver de acuerdo a su mejor interés, siendo que incluso las opiniones de sus padres o tutores no pueden reemplazar la de las niñas o niños²²¹. En esta línea, es necesario que los Estados tomen las previsiones pertinentes para considerar las formas no verbales de comunicación, como el juego, la

²¹⁷ Cfr. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, *supra*, párr. 180.

²¹⁸ Cfr. *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, párr. 175.

²¹⁹ El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone que:

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.

Ver también, Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 12: El derecho del niño a ser escuchado*, *supra*, párrs. 65 a 67.

²²⁰ Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, *supra*, párr. 102, y *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 196. Ver también, Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 12: El derecho del niño a ser escuchado*, *supra*, párrs. 65 a 67.

²²¹ Cfr. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Participación de las niñas*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de noviembre de 2011, Considerandos 9 a 12.

expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, mediante las cuales los infantes demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias²²². De igual forma, constituye una obligación para los Estados adoptar las medidas pertinentes para garantizar este derecho a las niñas o niños con discapacidades tales que conlleven dificultades para hacer oír su opinión²²³.

123. En el caso de las niñas y niños migrantes, y particularmente, en el caso de aquellos no acompañados o separados de sus familias, el derecho a ser oído cobra una especial relevancia. Asimismo, cualquier declaración de una niña o niño debe sujetarse a las medidas de protección procesal que corresponden a éste, entre ellos, la posibilidad de no declarar, la asistencia del representante legal y la emisión de aquélla ante la autoridad legalmente facultada para recibirla²²⁴. En este orden de cosas, a fin de asegurar efectivamente el derecho a ser oído, los Estados deben garantizar que el proceso se desarrolle en un entorno que no sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado a la edad de la niña o niño y que el personal encargado de recibir el relato esté debidamente capacitado²²⁵, de modo que la niña o el niño se sienta respetado y seguro al momento de expresar su opinión en un entorno físico, psíquico y emocional adecuado.

Derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor y/o intérprete

124. Con el objeto de poder garantizar el derecho a ser oído, los Estados deben garantizar que toda niña o niño sea asistido por un traductor o intérprete en el caso de que no comprendiera o no hablara el idioma del ente decisor²²⁶. En este orden de ideas, la asistencia de un traductor o intérprete se considera una garantía procesal mínima y esencial para que se cumpla el derecho de la niña o del niño a ser oído y para que su interés superior sea una consideración primordial²²⁷. De lo contrario, la participación efectiva de la niña o del niño en el procedimiento se tornaría ilusoria.

125. Esta garantía debe ser particularmente respetada en el caso de niñas o niños pertenecientes a comunidades indígenas a fin de respetar su identidad cultural y garantizar un efectivo acceso a la justicia. Al respecto, la Corte ha interpretado previamente que para garantizar el acceso a la justicia de los miembros de comunidades indígenas, "es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres"²²⁸.

Acceso efectivo a la comunicación y asistencia consular

²²² Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 12: El derecho del niño a ser escuchado*, supra, párr. 21.

²²³ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 12: El derecho del niño a ser escuchado*, supra, párr. 21.

²²⁴ Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, supra, párr. 129.

²²⁵ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 12: El derecho del niño a ser escuchado*, supra, párr. 34.

²²⁶ Véase artículo 40.2.VI de la Convención sobre los Derechos del Niño. Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, supra, párr. 31. Ver también, Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias en el hemisferio*, OEA/Ser./L/V/II.111 doc. 20 rev., 16 de abril de 2001, párr. 99.c).

²²⁷ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, supra, párr. 71.

²²⁸ *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 63, y *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párr. 184.

126. La Corte ha entendido previamente que “la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares reconoce, como una función primordial del funcionario consular, el otorgamiento de asistencia al nacional del Estado que envía en la defensa de sus derechos ante las autoridades del Estado receptor”, de modo tal que correlativamente el nacional del Estado que envía tiene derecho a acceder al funcionario consular con el fin de procurar dicha asistencia²²⁹. El acceso efectivo a la comunicación consular debe darse sin dilación, de manera que puedan disponer de una defensa eficaz, para lo cual todos los extranjeros deben ser informados de este derecho²³⁰.

127. En el caso de niñas o niños, el artículo 5, incisos e) y h)²³¹, de dicho instrumento internacional, leídos a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño, imponen la obligación al funcionario consular de velar por los intereses de la niña o del niño, en el sentido de que las decisiones administrativas o judiciales que se adopten en el país receptor hayan evaluado y tomado en consideración su interés superior.

128. Debido a la especial vulnerabilidad de las niñas o niños que se encuentran fuera de su país de origen y, en especial, de aquellos no acompañados o separados, el acceso a la comunicación y asistencia consular se convierte en un derecho que cobra una especial relevancia y que debe ser garantizado y tratado de manera prioritaria por todos los Estados, en especial por las implicancias que puede tener en el proceso de recabar información y documentación en el país de origen, así como para velar por que la repatriación voluntaria únicamente sea dispuesta si así lo recomienda el resultado de un procedimiento de determinación del interés superior de la niña o del niño, de conformidad con las debidas garantías, y una vez que se haya verificado que la misma puede realizarse en condiciones seguras, de modo tal que la niña o niño recibirá atención y cuidado a su regreso.

Derecho a ser asistido por un representante legal y a comunicarse libremente con dicho representante

129. La Corte ha precisado que “las circunstancias de un procedimiento particular, su significación, su carácter y su contexto en un sistema legal particular, son factores que fundamentan la determinación de si la representación legal es o no necesaria para el debido proceso”²³².

130. El Tribunal considera que los Estados tienen la obligación de garantizar a toda niña o niño involucrado en un proceso migratorio la asistencia jurídica a través del ofrecimiento de servicios estatales gratuitos de representación legal²³³.

²²⁹ Cfr. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, *supra*, párr. 80.

²³⁰ La protección consular no aplica respecto de los solicitantes de asilo y refugiados, dada las consecuencias que puede acarrear contra el principio de confidencialidad y la propia seguridad del refugiado y sus familiares.

²³¹ El mismo dispone que las funciones consulares consistirán en:

e) prestar ayuda y asistencia a los nacionales del Estado que envía, sean personas naturales o jurídicas;

[...]

h) velar, dentro de los límites que impongan las leyes y reglamentos del Estado receptor, por los intereses de los menores y de otras personas que carezcan de capacidad plena y que sean nacionales del Estado que envía, en particular cuando se requiera instituir para ellos una tutela o una curatela[.]

²³² *Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, *supra*, párr. 28.

²³³ Cfr. Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. François Crépeau, *Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo*, UN Doc. A/HRC/20/24, 2 de abril de 2012, párr. 38.

131. Asimismo, este tipo de asistencia jurídica debe estar especializada, tanto en los derechos que asisten al migrante²³⁴, como en atención específica en relación con la edad, de forma tal que permita garantizar un efectivo acceso a la justicia a la niña o niño migrante y velar por que su interés superior sea una consideración primordial en toda decisión que lo afecte.

Deber de designar a un tutor en caso de niñas o niños no acompañados o separados

132. Adicionalmente, en casos de niñas o niños no acompañados o separados de su familia, el Comité de los Derechos del Niño ha afirmado que el nombramiento de un tutor competente lo antes posible constituye una garantía procesal importantísima en aras de garantizar el interés superior de los mismos. La Corte estima necesario recalcar que los procesos administrativos o judiciales, que involucren a niñas o niños no acompañados o separados de sus familias, no podrán ser iniciados hasta tanto no haya sido nombrado un tutor²³⁵. Específicamente, a fin de garantizar eficazmente el derecho a la libertad personal, el acceso rápido y gratuito a la asistencia jurídica y de otra índole, así como defender sus intereses y asegurar su bienestar²³⁶.

133. En efecto, los Estados tienen el deber de nombrar a un tutor para las niñas y niños que son identificados como no acompañados o separados de su familia, aún en las zonas de frontera, tan pronto como sea posible y mantenerlo bajo su tutela hasta que llegue a la mayoría de edad, por lo general a los 18 años de edad; hasta que abandone permanentemente el territorio o la jurisdicción del Estado²³⁷; o, en su caso, hasta que desaparezca la causa por la cual fue nombrado el tutor. El tutor deberá conocer suficientemente los intereses y situación de la niña o niño, y estar autorizado a asistir a todos los procedimientos de planificación y adopción de decisiones, incluidas las comparecencias ante los servicios de inmigración y órganos de recurso, los encaminados a definir la atención de la niña o niño y a buscar una solución duradera²³⁸.

134. Deberá, además, poseer los conocimientos necesarios especializados en atención de la infancia con el fin de garantizar que se vele por el interés superior de la niña o del niño. Por otra parte, el tutor debe funcionar como un vínculo entre la niña o el niño y los organismos pertinentes con el fin de asegurar que las necesidades de la niña o niño en materia jurídica, social, educativa, sanitaria, psicológica y material sean satisfechas²³⁹.

135. Cuando se trata de niñas o niños no acompañados, no podrán ejercer la función de tutor los organismos o individuos cuyos intereses puedan entrar en conflicto con los de la niña o niño²⁴⁰. En el caso de una niña o niño separado de su familia, "normalmente se nombrará tutor al familiar adulto que lo acompañe o quien le dispense cuidados sin ser familiar directo,

²³⁴ Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias en el hemisferio*, OEA/Ser./L/V/II.111 doc. 20 rev., 16 de abril de 2001, párr. 99.d).

²³⁵ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párr. 21.

²³⁶ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párr. 33.

²³⁷ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párr. 33.

²³⁸ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párr. 33.

²³⁹ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párr. 33.

²⁴⁰ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párr. 33.

salvo que haya indicios de que ese arreglo no va a beneficiar al menor, por ejemplo, cuando éste haya sido maltratado por el adulto acompañante”²⁴¹.

136. Como corolario de lo anterior, resulta necesario que los Estados creen mecanismos que permitan evaluar el ejercicio de la tutoría, a fin de que el interés superior de la niña o del niño esté debidamente representado durante todo el proceso de adopción de decisiones y, en particular, se prevengan los malos tratos²⁴².

Derecho a que la decisión que se adopte evalúe el interés superior de la niña o del niño y sea debidamente fundamentada

137. Por otro lado, resulta esencial que todas las decisiones adoptadas en el marco de un proceso migratorio que involucre a niñas o niños estén debidamente motivadas, es decir, posean la exteriorización de la justificación razonada que permita llegar a una conclusión²⁴³. El deber de motivación es una de las debidas garantías para salvaguardar el derecho a un debido proceso²⁴⁴. La Corte recuerda que el deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de las personas a ser juzgadas por las razones que el derecho suministra, y otorga credibilidad a las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática²⁴⁵. Por ello, las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias²⁴⁶.

138. En este sentido, la argumentación de un fallo y de ciertos actos administrativos debe permitir conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión, a fin de descartar cualquier indicio de arbitrariedad²⁴⁷. Además, debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado.

139. En consonancia con lo anterior, y particularmente en el caso de niñas y niños, la resolución deberá dar cuenta motivadamente de la forma en que se tuvieron en cuenta las opiniones expresadas por la niña o niño, como también, la forma en que se ha evaluado su interés superior²⁴⁸. Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño ha resaltado la íntima relación existente entre el interés superior de la niña o del niño y el derecho a ser oído, al afirmar que “no es posible una aplicación correcta del artículo 3 [(interés superior)] si no se respetan los componentes del artículo 12 [(derecho a participar y que su opinión sea tenida en

²⁴¹ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párr. 34.

²⁴² *Cfr.* Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párr. 35.

²⁴³ *Cfr.* *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador*, *supra*, párr. 107, y *Caso J. Vs. Perú*, *supra*, párr. 224.

²⁴⁴ *Cfr.* *Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233, párr. 141.

²⁴⁵ *Cfr.* *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 77, y *Caso J. Vs. Perú*, *supra*, párr. 224.

²⁴⁶ *Cfr.* *Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 152, y *Caso J. Vs. Perú*, *supra*, párr. 224.

²⁴⁷ *Cfr.* *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 122, y *Caso J. Vs. Perú*, *supra*, párr. 224.

²⁴⁸ Lo anterior, en palabras del Comité de los Derechos del Niño, consiste en “una garantía de que las opiniones del niño no se escuchan solamente como mera formalidad, sino que se toman en serio”. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 12: El derecho del niño a ser escuchado*, *supra*, párr. 45.

cuenta)]²⁴⁹. Del mismo modo, “el artículo 3 refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten su vida”²⁵⁰.

Derecho a recurrir la decisión ante un juez o tribunal superior con efectos suspensivos

140. Esta Corte reafirma el derecho de toda persona a recurrir todas aquellas decisiones finales que se adopten en el marco de procesos migratorios, sean de carácter administrativo o judicial, especialmente aquellas que ordenen la expulsión o deportación de un país o denieguen un permiso de ingreso o permanencia. Esto es, en caso de decisión desfavorable, la persona debe tener derecho a someter su caso a revisión ante la autoridad judicial competente y presentarse ante ella para tal fin²⁵¹. En caso de que la decisión fuera adoptada por la autoridad administrativa, la revisión por parte de un juez o tribunal es un requisito fundamental para garantizar un adecuado control y escrutinio de los actos de la administración que afectan los derechos fundamentales²⁵².

141. La Corte destaca que este derecho adquiere una relevancia especial en aquellos casos en los que la niña o el niño considera que no ha sido debidamente escuchado o que sus opiniones no han sido tenidas en consideración. Por consiguiente, esta instancia de revisión debe permitir, entre otras cuestiones, identificar si la decisión ha tenido debidamente en consideración el principio del interés superior²⁵³.

142. En complemento con lo anterior, en aras de que el derecho a recurrir ante una autoridad judicial y a la protección judicial sea eficaz, es necesario que el recurso judicial mediante el cual se impugna una decisión en materia migratoria tenga efectos suspensivos, de manera que de tratarse de una orden de deportación ésta debe ser suspendida hasta tanto no se haya proferido decisión judicial de la instancia ante la que se recurre²⁵⁴. Sólo de esa forma se pueden proteger de manera efectiva los derechos de las niñas y niños migrantes.

Plazo razonable de duración del proceso

143. Finalmente, y debido al particular grado de afectación que podría suponer este tipo de procesos en una niña o niño, es particularmente importante hacer hincapié en que la duración del proceso hasta la adopción de la decisión final debe respetar un plazo razonable, lo que implica que los procesos administrativos o judiciales que conciernen a la protección de derechos humanos de niñas y niños “deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcional por parte de las autoridades”²⁵⁵. Lo anterior no solo revela una necesidad de

²⁴⁹ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 12: El derecho del niño a ser escuchado*, *supra*, párr. 74.

²⁵⁰ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 12: El derecho del niño a ser escuchado*, *supra*, párr. 74.

²⁵¹ Cfr. *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*, *supra*, párr. 175, y *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, *supra*, párr. 133.

²⁵² Cfr. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, *supra*, párr. 126.

²⁵³ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, *supra*, párr. 98.

²⁵⁴ Cfr. TEDH, *Caso Čonka Vs. Bélgica*, No. 51564/99. Sentencia de 5 de febrero de 2002, párr. 79, y *Caso Gebremedhin [Gaberamadhien] Vs. Francia*, No. 25389/05, Sentencia de 26 de abril de 2007, párr. 58.

²⁵⁵ *Asunto L.M. respecto de Paraguay. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de julio de 2011, Considerando 16. Ver también, TEDH, *Caso H. Vs. Reino Unido*, No. 9580/81. Sentencia de 8 de julio de 1987, párr. 85; *Caso Paulsen-Medalen y Svensson Vs. Suecia*, No. 149/1996/770/967. Sentencia de 19 de febrero de 1998, párrs. 39 y 42; *Caso Laino Vs. Italia*, No. 33158/96. Sentencia de 18 de febrero de 1999, párr. 18; *Caso Monory Vs. Rumania y Hungría*, No. 71099/01. Sentencia de 5 de abril de 2005, párr. 82, y *Caso V.A.M. Vs. Serbia*, No. 39177/05. Sentencia de 13 de marzo de 2007, párrs. 99 y 101.

cautelar y de proteger el interés superior de la niña o del niño²⁵⁶, sino que contribuye asimismo a mantener la situación de incertidumbre por el menor tiempo posible generando el menor impacto a la integridad física, psíquica y emocional de la niña o niño. Sin embargo, la duración debe extenderse lo suficiente como para garantizar que la niña o el niño sea adecuadamente oído. En este sentido, no se puede afectar el derecho de la niña o niño con base en justificaciones de mera celeridad del proceso.

IX PRINCIPIO DE NO PRIVACIÓN DE LIBERTAD DE NIÑAS O NIÑOS POR SU SITUACIÓN MIGRATORIA IRREGULAR

144. La Corte Interamericana ha sido consultada sobre la interpretación que ha de otorgarse al principio de *ultima ratio* de la detención como medida cautelar en el marco de procedimientos migratorios cuando están involucrados niñas y niños que se encuentran junto a sus progenitores, así como en aquellos casos en que están involucrados niñas o niños no acompañados o separados de sus progenitores, a la luz de los artículos 1²⁵⁷, 7²⁵⁸, 8²⁵⁹, 19²⁶⁰ y

²⁵⁶ Cfr. *Asunto L.M. respecto de Paraguay. Medidas Provisionales, supra*, Considerando 16.

²⁵⁷ Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos:

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

²⁵⁸ Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.

2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.

5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

²⁵⁹ Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;

29²⁶¹ de la Convención Americana y del artículo XXV²⁶² de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

145. A fin de abordar la presente temática que tiene como objeto central la interpretación del derecho a la libertad personal reconocido en los artículos 7 de la Convención Americana y XXV de la Declaración, resulta pertinente dejar sentado que la pregunta, al hacer referencia al término “detención”, lo emplea en un sentido amplio equivalente al de privación de libertad. En esta misma línea, la Corte procederá a utilizar el concepto de privación de libertad pues resulta más inclusivo. Al respecto, la Corte adopta un criterio amplio, de conformidad con el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos²⁶³ y autónomo de lo establecido en las

- c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
- f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
- g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
- h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

²⁶⁰ Artículo 19. Derechos del Niño

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

²⁶¹ Artículo 29. Normas de Interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

²⁶² Artículo XXV. Derecho de protección contra la detención arbitraria

Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes.

Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil.

Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad.

²⁶³ El artículo 4.2 del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes establece que privación de libertad significa “cualquier forma de detención o encarcelamiento o de custodia de una persona en una institución pública o privada de la cual no pueda salir libremente, por orden de una autoridad judicial o administrativa o de otra autoridad pública”. *Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, UN Doc. A/RES/57/199, adoptado el 18 de diciembre de 2002, entrada en vigor el 22 junio de 2006. De conformidad con la Regla 11.b de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, por privación de libertad se entiende “toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o

legislaciones nacionales²⁶⁴, en el entendido que el componente particular que permite individualizar a una medida como privativa de libertad más allá de la denominación específica que reciba a nivel local²⁶⁵ es el hecho de que la persona, en este caso la niña y/o el niño, no pueden o no tienen la posibilidad de salir o abandonar por su propia voluntad el recinto o establecimiento en el cual se encuentra o ha sido alojado. De este modo, cualquier situación o medida que sea caracterizada bajo la anterior definición tornará aplicables todas las garantías asociadas (*infra* Capítulo XII).

146. Más específicamente, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados ha entendido, en el ámbito de las personas en búsqueda de protección internacional, que la detención equivale a “la privación de la libertad o al confinamiento dentro de un lugar cerrado donde al solicitante de asilo no se le permite salir a su voluntad, incluso, aunque sin limitarse, prisiones o instalaciones de detención, centros de recepción cerrados, instalaciones o centros de retención”²⁶⁶. Asimismo, entiende que “[l]as distinciones entre la privación de la libertad (detención) y restricciones menores a la circulación son de ‘grado o intensidad y no de naturaleza o sustancia’”²⁶⁷. Por consiguiente, “[i]ndependientemente del nombre que se le dé a un determinado lugar de detención, las cuestiones importantes son si el solicitante de asilo está siendo privado de *facto* de su libertad y si esta privación es legal según el derecho internacional”²⁶⁸. Se otorga así, pues, una precisión adicional al concepto de privación de libertad en supuestos en que se restringe la libertad ambulatoria pero que dicha restricción genera, en la situación concreta, una afectación de tal envergadura a los derechos de la persona, como puede ser el derecho a solicitar y recibir asilo, que dicha restricción resulta asimilable a una medida privativa de libertad por el “tipo, duración, efectos y forma de

privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública”. *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad*, UN Doc. A/RES/45/113, adoptadas el 14 de diciembre de 1990. A los efectos de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas adoptados por la Comisión Interamericana, se entiende por “privación de libertad”: “[c]ualquier forma de detención, encarcelamiento, institucionalización, o custodia de una persona, por razones de asistencia humanitaria, tratamiento, tutela, protección, o por delitos e infracciones a la ley, ordenada por o bajo el control *de facto* de una autoridad judicial o administrativa o cualquier otra autoridad, ya sea en una institución pública o privada, en la cual no pueda disponer de su libertad ambulatoria. Se entiende entre esta categoría de personas, no sólo a las personas privadas de libertad por delitos o por infracciones e incumplimientos a la ley, ya sean éstas procesadas o condenadas, sino también a las personas que están bajo la custodia y la responsabilidad de ciertas instituciones, tales como: hospitales psiquiátricos y otros establecimientos para personas con discapacidades físicas, mentales o sensoriales; instituciones para niños, niñas y adultos mayores; centros para migrantes, refugiados, solicitantes de asilo o refugio, apátridas e indocumentados, y cualquier otra institución similar destinada a la privación de libertad de personas”. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Resolución 1/08: Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas*, adoptados durante el 131º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008.

²⁶⁴ En particular, considerando lo dispuesto en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que versa sobre el derecho interno y la observancia de los tratados y establece que “[u]na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”.

²⁶⁵ Esto es, si se denomina aprehensión, detención, encarcelamiento, internamiento, institucionalización, etc.

²⁶⁶ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices del sobre los criterios y estándares aplicables a la detención de solicitantes de asilo y las alternativas a la detención*, publicadas en 2012, introducción, párr. 5.

²⁶⁷ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices del sobre los criterios y estándares aplicables a la detención de solicitantes de asilo y las alternativas a la detención*, publicadas en 2012, introducción, párr. 6.

²⁶⁸ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices del sobre los criterios y estándares aplicables a la detención de solicitantes de asilo y las alternativas a la detención*, publicadas en 2012, introducción, párr. 7, citando TEDH, *Caso Guzzardi Vs. Italia*, No. 7367/76. Sentencia de 6 de noviembre de 1980, párr. 93.

implementación”²⁶⁹.

147. En el contexto migratorio, la privación de libertad puede afectar a solicitantes de asilo, refugiados, apátridas y migrantes en situación irregular. Sin embargo, la Corte entiende que el ámbito de consulta de esta pregunta se sitúa en aquellos casos relativos específicamente a niñas o niños en situación migratoria irregular, producto de una entrada o permanencia en el país sin cumplir con los requisitos de la legislación interna, así como a niñas o niños solicitantes de asilo que no obtuvieron el reconocimiento del estatuto de refugiado, por no contar con elementos de inclusión o por razones de exclusión, que son sometidas a un procedimiento que puede finalizar ordenando la expulsión o deportación al país de origen, o bien permitiendo la estancia²⁷⁰. Por otra parte, quedan fuera del ámbito de la pregunta las medidas privativas de libertad de carácter punitivo o sancionatorio en la esfera del control migratorio pues, de conformidad con la jurisprudencia de este Tribunal, habrán de reputarse arbitrarias y, por consiguiente, contrarias a la Convención y Declaración Americana²⁷¹.

148. Como puede advertirse de los términos de la propia consulta, la pregunta sometida parte de dos premisas fundadas en el derecho internacional de los derechos humanos y acogidas por la jurisprudencia de esta Corte, esto es, (i) el principio de *ultima ratio* de la privación de libertad de niñas y niños y (ii) la exigencia de motivar la necesidad de recurrir a medidas privativas de libertad de carácter cautelar por infracciones a la ley migratoria, como medida excepcional.

149. En efecto, constituye un principio del derecho internacional de los derechos humanos²⁷² cristalizado en la Convención sobre los Derechos del Niño²⁷³ y desarrollado por la jurisprudencia de esta Corte en el marco del derecho a la libertad personal en casos relativos a

²⁶⁹ TEDH, *Caso Amuur Vs. Francia*, No. 19776/92. Sentencia de 25 de junio de 1996, párr. 42 (traducción de la Secretaría de la Corte).

²⁷⁰ Respecto a la no detención de solicitantes de asilo y refugiados por motivos migratorios, aplican las salvaguardas específicas contenidas en el artículo 31 de la Convención de 1951 y los lineamientos de ACNUR. Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices sobre los criterios y estándares aplicables a la detención de solicitantes de asilo y las alternativas a la detención*, publicadas en 2012.

²⁷¹ Cfr. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, *supra*, párr. 169. La Relatora Especial de Naciones Unidas sobre los derechos humanos de los migrantes ha sostenido que “[l]a detención de los migrantes con motivo de su condición irregular no debería bajo ninguna circunstancia tener un carácter punitivo”. Informe presentado por la Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, *Grupos específicos e individuos: Trabajadores migrantes*, de conformidad con la resolución 2002/62 de la Comisión de Derechos Humanos, UN Doc. E/CN.4/2003/85, 30 de diciembre de 2002, párr. 73. Asimismo, el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria ha afirmado que “la penalización de la entrada irregular en un país supera el interés legítimo de los Estados en controlar y regular la inmigración irregular y puede dar lugar a detenciones innecesarias”. Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Informe del Grupo, *Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo*, UN Doc. A/HRC/7/4, 10 de enero de 2008, párr. 53. Ver también, Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, *Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo*, UN Doc. A/HRC/11/7, 14 de mayo de 2009, párr. 65.

²⁷² Véase la regla 13.1 de las *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing)*, UN Doc. A/RES/40/33, adoptadas el 29 de noviembre de 1985; la regla 6.1 de las *Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio)*, UN Doc. A/RES/45/110, adoptadas el 14 de diciembre de 1990; la regla 17 de las *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (Reglas de la Habana)*, UN Doc. A/RES/45/113, adoptadas el 14 de diciembre de 1990, y el principio III de los *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, adoptados durante el 131º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008.

²⁷³ El artículo 37.b) de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone que los Estados Partes velarán por que:

Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda.

jóvenes en conflicto con la ley penal²⁷⁴, que la privación de libertad, ya sea en su faceta cautelar o en tanto sanción penal, constituye una medida de último recurso que debe ser aplicada, cuando proceda, por el menor tiempo posible²⁷⁵, dado el objeto fundamentalmente pedagógico del proceso penal relativo a personas menores de edad²⁷⁶. Es así que la privación de libertad en el contexto de la justicia penal juvenil debe respetar los principios de legalidad, excepcionalidad y máxima brevedad²⁷⁷. Asimismo, la excepcionalidad de la prisión preventiva opera con mayor rigurosidad, ya que la regla debe ser la libertad y, en caso de que se verifique la necesidad de cautela, debe primar la aplicación de medidas sustitutorias²⁷⁸.

150. En razón de que las infracciones relacionadas con el ingreso o permanencia en un país no pueden, bajo ningún concepto, tener consecuencias iguales o similares a aquellas que derivan de la comisión de un delito y en atención a las diferentes finalidades procesales existentes entre los procesos migratorios y los penales, la Corte estima que el principio de *ultima ratio* de la privación de libertad de niñas y niños no constituye un parámetro operativo en el ámbito sometido a consulta, esto es, a los procedimientos migratorios²⁷⁹.

151. Por otra parte, en el caso *Vélez Loor Vs. Panamá* la Corte estableció la incompatibilidad con la Convención Americana de medidas privativas de libertad de carácter punitivo para el control de los flujos migratorios, en particular de aquellos de carácter irregular²⁸⁰. Específicamente, determinó que la detención de personas por incumplimiento de las leyes migratorias nunca debe ser con fines punitivos, de modo tal que las medidas privativas de libertad sólo deberán ser utilizadas cuando fuere necesario y proporcionado en el caso en concreto a los fines de asegurar la comparecencia de la persona al proceso migratorio o para garantizar la aplicación de una orden de deportación y únicamente durante el menor tiempo posible²⁸¹. En consecuencia, la Corte objetó por arbitrarias aquellas políticas migratorias cuyo eje central es la detención obligatoria de los migrantes irregulares, sin que las autoridades competentes verifiquen en cada caso en particular, y mediante una evaluación individualizada, la posibilidad de utilizar medidas menos restrictivas que sean efectivas para alcanzar aquellos fines²⁸².

²⁷⁴ Cfr. *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay*, *supra*, párrs. 230 y 231, y *Caso Mendoza y otros Vs. Argentina*, *supra*, párr. 162.

²⁷⁵ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 10: Los derechos del niño en la justicia de menores*, UN Doc. CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párrs. 70, 79 y 80. Ver también Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párr. 61.

²⁷⁶ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 10: Los derechos del niño en la justicia de menores*, *supra*, párr. 51.

²⁷⁷ Véase artículo 37.b) y d) de la Convención sobre los Derechos del Niño.

²⁷⁸ Cfr. *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay*, *supra*, párr. 230. Ver también, las reglas 13.1 y 13.2 de las *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing)*.

²⁷⁹ De hecho, el Comité de los Derechos del Niño ha hecho hincapié en que el respeto de las exigencias del párrafo b) del artículo 37 de la Convención, en cuanto establece que "la detención, encarcelamiento o prisión se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda", procederá en aquellos supuestos en que la privación de libertad de niñas o niños no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen esté excepcionalmente justificada "por otras razones". Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párr. 61.

²⁸⁰ Cfr. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, *supra*, párrs. 163 a 172.

²⁸¹ Cfr. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, *supra*, párrs. 169 y 171.

²⁸² Cfr. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, *supra*, párr. 171, citando Comité de Derechos Humanos, *C. c. Australia* (Comunicación No. 900/1999), UN Doc. CCPR/C/76/D/900/1999, dictamen adoptado el 13 de noviembre de 2002, párr. 8.2.

152. Sobre esta base, la consulta procura que la Corte interprete, a la luz de los artículos 7 de la Convención y XXV de la Declaración, el alcance de las medidas privativas de libertad en el marco de procedimientos migratorios desglosando dos supuestos diferenciados: cuando se ven involucrados niñas y niños que se encuentran junto a sus progenitores, así como en aquellos casos en que las niñas y niños se encuentran no acompañados o separados.

153. Ahora bien, corresponde realizar un análisis de la compatibilidad de la privación de libertad de niñas y niños por razones de índole migratoria con las disposiciones de la Convención y de la Declaración traídas a consulta a la luz de los requisitos para proceder a una restricción legítima del derecho a la libertad personal que se han explicitado en su jurisprudencia, teniendo en consideración las circunstancias específicas de la niña o del niño, es decir, su condición de persona en desarrollo y su interés superior. A tal fin y con base en el artículo 30 de la Convención, la Corte evaluará: (i) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención; (ii) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; (iii) que sean necesarias, y (iv) que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida²⁸³.

154. Entonces, la medida de privación de libertad, si bien puede perseguir una finalidad legítima y resultar idónea para alcanzarla, al conjugar los criterios desarrollados y en virtud del principio de interés superior de la niña o del niño, la Corte es de la opinión que la privación de libertad de niñas o de niños por razones exclusivas de índole migratoria excede el requisito de necesidad²⁸⁴, toda vez que tal medida no resulta absolutamente indispensable a los fines de asegurar su comparecencia al proceso migratorio o para garantizar la aplicación de una orden de deportación (*supra* párr. 151). Aunado a ello, la Corte es de la opinión que la privación de libertad de una niña o niño en este contexto de ninguna manera podría ser entendida como una medida que responda a su interés superior²⁸⁵. En este sentido, la Corte considera que existen medidas menos gravosas (*infra* párr. 162) que podrían ser idóneas para alcanzar tal fin y, al mismo tiempo, responder al interés superior de la niña o del niño. En suma, la Corte es de la opinión que la privación de libertad de un niño o niña migrante en situación irregular, decretada por esta única circunstancia, es arbitraria, y por ende, contraria tanto a la Convención como a la Declaración Americana.

155. En consideración de la condición especial de vulnerabilidad de las niñas y los niños migrantes en situación irregular, los Estados tienen la obligación, de acuerdo a los artículos 19 de la Convención Americana y VII de la Declaración, de optar por medidas²⁸⁶ que propendan al cuidado y bienestar de la niña o del niño con miras a su protección integral antes que a su

²⁸³ Cfr. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, *supra*, párr. 166.

²⁸⁴ Este requisito implica que la medida debe ser absolutamente indispensable para conseguir el fin deseado y que no existe una medida menos gravosa respecto al derecho restringido, entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad, para alcanzar el objetivo propuesto. Cfr. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, *supra*, párr. 166.

²⁸⁵ Ver en igual sentido, STEPS Consulting Social, *The conditions in centres for third country national (detention camps, open centres as well as transit centres and transit zones) with a particular focus on provisions and facilities for persons with special needs in the 25 EU member states*, estudio elaborado para la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos Internos del Parlamento Europeo, Ref. IP/C/LIBE/IC/2006-181, diciembre de 2007, pág. 22, afirmando que “[e]l confinamiento de menores de edad debe estar prohibido. El interés superior del niño debe ser la base de cualquier decisión tomada sobre ese niño. Privar a un niño de su libertad no puede de ninguna manera corresponder a su mejor interés, otras prácticas pueden utilizarse y ya se han aplicado en algunos países” (traducción de la Secretaría de la Corte).

²⁸⁶ Cfr. Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Informe del Grupo, *Informe sobre la visita del Grupo de Trabajo al Reino Unido sobre la cuestión de los inmigrantes y solicitantes de asilo*, UN Doc. E/CN.4/1999/63/Add.3, 18 de diciembre de 1998, párr. 33, e Informe presentado por la Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, Grupos específicos e individuos: Trabajadores migrantes, de conformidad con la resolución 2002/62 de la Comisión de Derechos Humanos, UN Doc. E/CN.4/2003/85, 30 de diciembre de 2002, párrs. 39 y 40.

privación de libertad²⁸⁷ (*infra* Capítulo X). La Corte considera que el parámetro de actuación estatal debe, por ende, tener como objetivo asegurar en la mayor medida posible la prevalencia del interés superior de la niña o del niño migrante y el principio rector de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y a su desarrollo, en los términos desarrollados en el capítulo siguiente, a través de medidas adecuadas a sus necesidades²⁸⁸.

156. Como corolario de lo antedicho, la Corte entiende que el alcance de la respuesta estatal a la luz del interés superior de la niña o del niño adquiere características particulares dependiendo de la situación concreta en la que se halle la niña o el niño²⁸⁹, es decir, si se encuentra junto a sus progenitores o si por el contrario se trata de una niña o un niño no acompañado o separado de sus progenitores (*supra* párr. 49). Ello teniendo en cuenta, por un lado, la especial vulnerabilidad en que se encuentran las niñas y los niños no acompañados o separados y, por el otro, que corresponde a los progenitores la obligación primaria de la crianza y el desarrollo de la niña o del niño y, subsidiariamente, al Estado “asegurar [a la niña o] al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de [ella o] él ante la ley”²⁹⁰.

157. De acuerdo con las consideraciones precedentes, la Corte considera que, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, la privación de libertad resulta improcedente cuando las niñas y los niños se encuentran no acompañados o separados de su familia, pues bajo esta óptica el Estado se encuentra obligado a promover en forma prioritaria las medidas de protección especial orientadas en el principio del interés superior de la niña o del niño²⁹¹, asumiendo su posición de garante con mayor cuidado y responsabilidad²⁹². En la misma línea, el Comité de los Derechos del Niño ha sostenido:

En aplicación del artículo 37 de la Convención y del principio del interés superior del menor, no debe privarse de libertad, por regla general, a los menores no acompañados o separados de su familia. La privación de libertad no podrá justificarse solamente por que el menor esté solo o separado de su familia, ni por su condición de inmigrante o residente. [...] Por consiguiente, deber hacerse todo lo posible, incluso acelerar los procesos pertinentes, con objeto de que los menores no acompañados o separados de su familia sean puestos en libertad y colocados en otras instituciones de alojamiento²⁹³.

158. Por otra parte, la Corte ha resaltado que “[e]l niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas”²⁹⁴. De esta forma, cuando se trata de niñas y/o de niños que se encuentran junto a sus progenitores, el

²⁸⁷ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párr. 63.

²⁸⁸ Cfr. Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, *Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo*, UN Doc. A/HRC/11/7, 14 de mayo de 2009, párrs. 60 a 62.

²⁸⁹ Cfr. *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*, *supra*, párr. 126.

²⁹⁰ Véase el artículo 3.2, relacionado con los artículos 18 y 27, de la Convención sobre los Derechos del Niño.

²⁹¹ Véase el artículo 20.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que dispone “[l]os niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado”.

²⁹² Cfr. *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*, *supra*, párr. 126.

²⁹³ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párr. 61. Ver también, Informe presentado por la Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, *Grupos específicos e individuos: Trabajadores migrantes*, de conformidad con la resolución 2002/62 de la Comisión de Derechos Humanos, UN Doc. E/CN.4/2003/85, 30 de diciembre de 2002, párr. 75.a).

²⁹⁴ *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, *supra*, párr. 71, y *Caso Fornerón e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242, párr. 46. Ver también, el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

mantenimiento de la unidad familiar en razón de su interés superior no constituye razón suficiente para legitimar o justificar la procedencia excepcional de una privación de libertad de la niña o del niño junto con sus progenitores, dado el efecto perjudicial para su desarrollo emocional y su bienestar físico. Por el contrario, cuando el interés superior de la niña o del niño exige el mantenimiento de la unidad familiar, el imperativo de no privación de libertad se extiende a sus progenitores y obliga a las autoridades a optar por medidas alternativas a la detención para la familia y que a su vez sean adecuadas a las necesidades de las niñas y los niños²⁹⁵. Evidentemente, esto conlleva un deber estatal correlativo de diseñar, adoptar e implementar soluciones alternativas a los centros de detención en régimen cerrado a fin de preservar y mantener el vínculo familiar y propender a la protección de la familia, sin imponer un sacrificio desmedido a los derechos de la niña o del niño a través de la privación de libertad para toda o parte de la familia²⁹⁶.

159. En definitiva y a juicio de la Corte, la privación de libertad en el ámbito de la justicia penal juvenil -esto es, cuando se relaciona con la comisión de una conducta tipificada como delito- solo podrá excepcionalmente justificarse en los casos previstos en la ley y siempre que se aplique como una medida de último recurso y por el tiempo más breve posible.

160. En cambio y también a criterio de la Corte, los Estados no pueden recurrir a la privación de libertad de niñas o niños que se encuentran junto a sus progenitores, así como de aquellos que se encuentran no acompañados o separados de sus progenitores, para cautelar los fines de un proceso migratorio ni tampoco pueden fundamentar tal medida en el incumplimiento de los requisitos para ingresar y permanecer en un país, en el hecho de que la niña o el niño se encuentre solo o separado de su familia, o en la finalidad de asegurar la unidad familiar, toda vez que pueden y deben disponer de alternativas menos lesivas y, al mismo tiempo, proteger de forma prioritaria e integral los derechos de la niña o del niño.

X

CARACTERÍSTICAS DE LAS MEDIDAS PRIORITARIAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE NIÑAS Y NIÑOS MIGRANTES Y GARANTÍAS PARA SU APLICACIÓN

161. La Corte Interamericana ha sido consultada sobre las características que deberían incorporar las medidas alternativas adecuadas de protección de derechos de la niña o del niño migrante que debieran constituir la respuesta estatal prioritaria para evitar cualquier tipo de restricción a la libertad ambulatoria y respecto de las garantías de debido proceso que deberían aplicarse en el procedimiento en el cual se adopte una decisión al respecto, a la luz de los artículos 2²⁹⁷, 7²⁹⁸, 19²⁹⁹, 25³⁰⁰ y 29³⁰¹ de la Convención Americana y del artículo XXV³⁰² de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

²⁹⁵ Cfr. Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. François Crépeau, *Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo*, UN Doc. A/HRC/20/24, 2 de abril de 2012, párr. 40. Ver también, Comité de los Derechos del Niño, *Report of the 2012 Day of General Discussion: the rights of all children in the context of international migration [Informe del Día de Debate General de 2012: los derechos de todos los niños en el contexto de la migración internacional]*, 28 de septiembre de 2012, recomendación en párr. 78: “[!]os niños no deben ser criminalizados o sujetos a medidas punitivas a causa de su situación migratoria o la de sus padres. La detención de un niño debido a su estatus migratorio o el de sus padres constituye una violación de los derechos del niño y siempre contraviene el principio del interés superior del niño. En este sentido, los Estados deberían cesar en forma expedita y completa la detención de los niños sobre la base de su estatus migratorio” (traducción de la Secretaría de la Corte).

²⁹⁶ Cfr. Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, *Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo*, UN Doc. A/HRC/11/7, 14 de mayo de 2009, párr. 62; Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, UN Doc. A/65/222, 3 de agosto de 2010, párr. 48, y TEDH, *Caso Popov Vs. Francia*, Nos. 39472/07 y 39474/07, Sentencia de 19 de enero de 2013, párrs. 140, 141 y 147. Ver también, Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, *Adición: Misión a los Estados Unidos de América*, UN Doc. A/HRC/7/12/Add.2, 5 de marzo de 2008, párr. 125.

²⁹⁷ Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

298

Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.
6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.
7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

299

Artículo 19. Derechos del Niño

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

300

Artículo 25. Protección Judicial

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

301

Artículo 29. Normas de Interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

302

Artículo XXV. Derecho de protección contra la detención arbitraria

Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes.

Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil.

162. Primeramente, la Corte interpreta que, conforme a las pertinentes normas internacionales, en la propia ontología del concepto de medida alternativa a la detención se encuentra la primera característica, es decir, tales medidas deben ser concebidas justamente por oposición a lo que se entiende por una medida privativa de libertad y conllevar un nivel menor de lesividad en los derechos de la persona, como por ejemplo la notificación periódica a las autoridades o la permanencia en centros de alojamiento abiertos o en un lugar designado³⁰³.

163. Sin embargo, habiendo establecido previamente el alcance del derecho a la libertad personal (artículos 7 de la Convención y XXV de la Declaración) respecto a las niñas y niños migrantes por motivo del solo incumplimiento de la legislación migratoria, al interpretar que éste implica un principio general de no privación de libertad (*supra* Capítulo IX), la Corte reafirma que la libertad es la regla mientras se resuelve la situación migratoria o se procede a la repatriación voluntaria y segura, y las medidas a disponerse no debieran concebirse en sí como alternativas a la detención, sino como medidas de aplicación prioritaria que deben tener como principal objetivo la protección integral de derechos, de acuerdo a una evaluación individualizada y atendiendo al interés superior.

164. A este respecto el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere “cuidados especiales”, y los artículos 19 de la Convención Americana y VII de la Declaración señalan, respectivamente, que debe recibir “medidas especiales de protección” y “protección, cuidados y ayuda especiales”. Estas medidas de protección deben, pues, a juicio de la Corte, definirse en la lógica de protección integral, esto es, deben propender al pleno disfrute de todos los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño y en otros instrumentos aplicables³⁰⁴, en especial el derecho a la salud, a una alimentación adecuada, a la educación³⁰⁵, así como al juego y a las actividades recreativas propias de su edad. En particular, la Corte considera que deben estar inspiradas en la promoción del bienestar y el aseguramiento del desarrollo de la niña o del niño través de tres ejes principales: (i) la satisfacción de las necesidades materiales, físicas y educativas básicas, (ii) el cuidado emocional y (iii) la seguridad en tanto protección efectiva contra cualquier tipo de abuso, explotación o forma de violencia³⁰⁶.

165. En este sentido, adquiere una relevancia central la obligación estatal de disponer de un conjunto de medidas que procuren los fines indicados, la cual se orienta en dos direcciones: por un lado, impone en el ámbito de competencia del órgano legislativo el deber de establecer, a través de la expedición de normas, un abanico de medidas que cumplan con los lineamientos descritos y, por el otro, sujeta al juez o al funcionario competente a aplicar dichas medidas en el marco de su esfera de actuación, de conformidad con el interés superior.

Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad.

³⁰³ Cfr. Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Informe del Grupo, *Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo*, UN Doc. A/HRC/13/30, 18 de enero de 2010, párrs. 61 y 65.

³⁰⁴ Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, *supra*, párrs. 26 y 88.

³⁰⁵ Sobre el particular, la Corte ha sostenido que “de acuerdo al deber de protección especial de los niños consagrado en el artículo 19 de la Convención Americana, interpretado a la luz de la Convención para los Derechos del Niño y del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en relación con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la Convención, el Estado debe proveer educación primaria gratuita a todos los menores, en un ambiente y condiciones propicias para su pleno desarrollo intelectual”. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, *supra*, párr. 185.

³⁰⁶ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación general N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, *supra*, párrs. 71 a 74.

166. Ahora bien, sin perjuicio de que corresponde a cada Estado la decisión sobre el diseño legislativo e institucional para la aplicación de las referidas medidas, el derecho internacional de los derechos humanos dispone una aproximación al tema considerando que su objetivo principal es la atención y cuidado que se requiere por su calidad particular de niñas y niños. Por este motivo, la Corte estima que, por tanto y en este ámbito, debería prevalecer la aplicación del sistema de protección de la infancia con sus servicios asociados por sobre las instituciones que ejercen el control migratorio³⁰⁷.

167. En lo que se refiere a las niñas y niños no acompañados o separados, el derecho internacional impone sobre el Estado obligaciones específicas atendiendo a esta situación particular³⁰⁸. Aún cuando no se cuenta con normativa específica para la protección de niñas y niños en situación de irregularidad migratoria, las directrices sobre modalidades alternativas de cuidado a niñas y niños³⁰⁹ contienen pautas respecto al acogimiento de niñas y niños que se encuentran en el extranjero “sea cual fuere el motivo”³¹⁰ y, en particular, de aquellos no acompañados o separados. Dado que los Estados deben garantizar que la niña o niño tenga un lugar adecuado donde alojarse, resulta pertinente tener en cuenta las referidas directrices en relación con las modalidades de acogida. En este sentido, se deben priorizar soluciones basadas en la familia o la comunidad antes que la institucionalización³¹¹. Los Estados se encuentran, además, obligados a adoptar las medidas necesarias tendientes a la determinación de la identidad y composición familiar de la niña o del niño en tal situación (*supra* párr. 84); localizar a su familia y propender a su reunificación familiar³¹², teniendo en cuenta su opinión e interés superior³¹³, y velar por la repatriación voluntaria y segura a su país de origen. En caso de no ser posible esto último, otras soluciones duraderas debieran tenerse en cuenta³¹⁴.

168. En lo que se refiere a niñas y niños pertenecientes a comunidades indígenas, la Corte ha señalado que “para el desarrollo pleno y armonioso de su personalidad, los niños indígenas, de acuerdo con su cosmovisión, preferiblemente requieren formarse y crecer dentro de su entorno natural y cultural, ya que poseen una identidad distintiva que los vincula con su tierra, cultura, religión, e idioma”³¹⁵. Por ende, cuando se han desplazado voluntaria o forzosamente

³⁰⁷ Véase Comité de los Derechos del Niño, *Report of the 2012 Day of General Discussion: the rights of all children in the context of international migration [Informe del Día de Debate General de 2012: los derechos de todos los niños en el contexto de la migración internacional]*, 28 de septiembre de 2012, párr. 57.

³⁰⁸ Véase el artículo 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, supra*.

³⁰⁹ Cfr. *Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional*, UN Doc. A/RES/41/85, adoptada el 3 de diciembre de 1986, y *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños*, UN Doc. A/RES/64/142, adoptadas el 18 de diciembre de 2009.

³¹⁰ *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños*, párr. 139.

³¹¹ Cfr. Comité Internacional de la Cruz Roja y otros, *Directrices Generales Inter-Agenciales sobre Niñas y Niños No Acompañados y Separados*, enero de 2004, pág. 26.

³¹² Cfr. TEDH, *Caso de Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga Vs. Bélgica*, No. 13178/03. Sentencia de 12 de octubre de 2006, párr. 85.

³¹³ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, supra*, párr. 80.

³¹⁴ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, supra*, párrs. 89 a 92.

³¹⁵ *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 169.

fuera de su territorio y comunidad, las medidas de protección deben ser adoptadas e implementadas teniendo en consideración su contexto cultural³¹⁶.

169. Específicamente, la Corte considera que el referido conjunto de medidas a ser aplicadas a niñas y niños por motivo de irregularidad migratoria debe estar contemplado en el ordenamiento interno de cada Estado. De forma similar, se debe reglamentar la forma procedimental de la aplicación procurando que se respeten las siguientes garantías mínimas: contar con una autoridad administrativa o judicial competente; tomar en cuenta las opiniones de niñas y niños sobre su preferencia³¹⁷; velar por que el interés superior de la niña o del niño sea una consideración primordial al tomar la decisión³¹⁸; y garantizar el derecho a revisión de la decisión en caso de considerarse que no es la medida adecuada, la menos lesiva o que se está utilizando de forma punitiva³¹⁹.

170. En suma, la Corte es de opinión que las niñas y los niños migrantes y, en particular aquellos en situación migratoria irregular, quienes se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad, requieren del Estado receptor una actuación específicamente orientada a la protección prioritaria de sus derechos, que debe ser definida según las circunstancias particulares de cada caso concreto, es decir, si se encuentran junto con su familia, separados o no acompañados, y atendiendo a su interés superior. A tal fin, los Estados, en cumplimiento de sus obligaciones internacionales en la materia, deben diseñar e incorporar en su ordenamiento interno un conjunto de medidas no privativas de libertad a ser ordenadas y aplicadas mientras se desarrollan los procesos migratorios que propendan de forma prioritaria a la protección integral de los derechos de la niña o del niño, de conformidad con las características descriptas, con estricto respeto de sus derechos humanos y al principio de legalidad.

XI

CONDICIONES BÁSICAS DE LOS ESPACIOS DE ALOJAMIENTO DE NIÑAS Y NIÑOS MIGRANTES Y LAS OBLIGACIONES ESTATALES CORRESPONDIENTES A LA CUSTODIA POR RAZONES MIGRATORIAS

171. La Corte Interamericana ha sido consultada sobre las condiciones básicas que debieran satisfacer los espacios de alojamiento de niñas y niños migrantes, así como sobre las obligaciones estatales principales respecto a las niñas y niños que se encuentren bajo su custodia por razones migratorias, a la luz de los artículos 1³²⁰, 2³²¹, 4.1³²², 5³²³, 7³²⁴, 17³²⁵ y

³¹⁶ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 11: Los Niños Indígenas y sus derechos en virtud de la Convención*, UN Doc. CRC/GC/2009/11, 11 de febrero de 2009.

³¹⁷ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, supra, párr. 89.

³¹⁸ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, supra.

³¹⁹ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, supra, párr. 98.

³²⁰ Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

³²¹ Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

³²² Artículo 4. Derecho a la Vida

19³²⁶ de la Convención Americana y los artículos I³²⁷ y XXV³²⁸ de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente. [...]

³²³ Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.

4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.

5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.

6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

³²⁴ Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.

2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.

5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

³²⁵ Artículo 17. Protección a la Familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

³²⁶ Artículo 19. Derechos del Niño

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

³²⁷ Artículo I. Derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona

Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

172. La Corte estima necesario reiterar, en primer lugar, la posición especial de garante que asume el Estado con respecto a personas que se encuentran bajo su custodia o cuidado, a quienes debe de proveer, en tanto obligación positiva, las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y recibir un trato humano acorde con su dignidad personal³²⁹, de conformidad con los artículos 4.1 y 5 de la Convención y I y XXV de la Declaración, lo que se aplica de forma peculiar o preferente a las niñas y a los niños migrantes, que requieren de las medidas de protección especial de acuerdo a los artículos 19 de la Convención y VII de la Declaración (*supra* párr. 66).

173. De conformidad con los criterios desarrollados anteriormente (*supra* Capítulos IX y X), los Estados deben, en cumplimiento de sus compromisos internacionales, priorizar las medidas que propendan al cuidado de la niña o del niño con miras a su protección integral, cuando se ve involucrado en procedimientos migratorios. En determinadas circunstancias, como por ejemplo cuando la niña o el niño se encuentra junto a su familia y se comprueba una necesidad excepcional, ineludible o imperiosa de cautelar en forma preferente los fines del proceso migratorio y no hay otra opción menos lesiva que la institucionalización en un centro donde se permita la convivencia entre la niña o el niño y su grupo familiar, o cuando la niña o el niño se encuentra no acompañado o separado de su familia y no existe la posibilidad de otorgar una medida basada en un entorno familiar o comunitario de forma tal que es necesario acogerlo en un centro, es posible que los Estados recurran a medidas tales como el alojamiento o albergue de la niña o del niño, ya sea por un período breve o durante el tiempo que sea necesario para resolver la situación migratoria. En este sentido, la Corte recuerda que ya se ha pronunciado con respecto a la necesidad de separación de las personas migrantes bajo custodia de las personas acusadas o condenadas por delitos penales, al establecer que los centros para alojar a las personas migrantes deben estar destinados específicamente a tal fin³³⁰.

174. Tales centros de acogida pueden ser establecimientos estatales o privados. No obstante, la delegación a la iniciativa privada de proveer esos servicios, exige, como elemento fundamental y acorde en especial a lo previsto en el artículo 1.1 de la Convención, la obligación del Estado de fiscalizar tales centros para garantizar una efectiva protección de los derechos humanos de las personas bajo su jurisdicción y para que los servicios públicos sean provistos a la colectividad sin ningún tipo de discriminación, y de la forma más efectiva posible³³¹. En el mismo sentido, la Corte considera que los Estados tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias a efectos de regular y fiscalizar que los espacios de alojamiento cumplan criterios técnicos para su acreditación y habilitación en consonancia con las necesidades diferenciadas de las niñas y niños migrantes y que, en consecuencia, el sistema estatal prevea un método de supervisión de dichos espacios de alojamiento³³².

³²⁸ Artículo XXV. Derecho de protección contra la detención arbitraria

Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes.

Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil.

Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad.

³²⁹ Cfr. *Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párrs. 126 y 138; *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay, supra*, párr. 151, y *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 138.

³³⁰ Cfr. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá, supra*, párr. 208.

³³¹ Cfr., *mutatis mutandi*, *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil, supra*, párr. 96.

³³² Cfr. *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños*, párrs. 127 a 129.

175. En este contexto, la Corte abordará las siguientes obligaciones estatales sobre condiciones básicas y desarrollará su alcance: (i) principio de separación y derecho a la unidad familiar, (ii) centros de alojamiento abiertos, y (iii) condiciones materiales y un régimen adecuado que asegure la protección integral de derechos.

Principio de separación y derecho a la unidad familiar

176. La Corte ha sostenido, con base en el artículo 5.5 de la Convención Americana y 37.c) de la Convención sobre los Derechos del Niño, que debe separarse a las niñas y niños de los adultos, ya que mantenerlos en un mismo espacio crea circunstancias que “son altamente perjudiciales para su desarrollo y los hace vulnerables ante terceros que, por su calidad de adultos, pueden abusar de su superioridad”³³³.

177. Asimismo, el Comité de los Derechos del Niño se ha referido a la aplicabilidad de tal principio en caso de niñas o niños migrantes indicando que debe disponerse “lo necesario para que el alojamiento sea adecuado para los menores y esté separado del de los adultos, a menos que lo contrario se considere conveniente en interés superior [de la niña o] del niño”³³⁴. En esta línea, la Corte considera que, para valorar la necesidad de la separación respecto de los adultos, es necesario conocer si se trata de niñas o niños no acompañados o separados, o bien que se encuentran junto con su familia, y evaluar la decisión a la luz del interés superior de la niña o del niño. En el caso de niñas y niños no acompañados o separados, la Corte comparte el criterio del Comité de los Derechos del Niño en orden a que, en tal caso, las niñas y los niños requieren un cuidado especial por parte de las personas encargadas del centro y en ningún sentido debe alojarlos junto con adultos³³⁵. En cuanto al caso de niñas y niños que se encuentran junto a sus familiares, de conformidad con los artículos 17 de la Convención y VI de la Declaración que disponen el derecho a la protección de la familia, la regla debe ser que permanezcan con sus padres o quienes hagan sus veces, evitando en lo posible la desintegración de núcleos familiares³³⁶ en los términos expuestos anteriormente (*supra* párrs. 158 y 160), salvo que el interés superior de la niña o del niño dicte lo contrario.

178. En suma, al tratarse de migrantes menores de edad el principio de separación adquiere, según el derecho internacional de los derechos humanos, dos dimensiones: (i) si se trata de niñas o niños no acompañados o separados, deben alojarse en sitios distintos al que corresponde a los adultos y (ii) si se trata de niñas o niños acompañados, deben alojarse con sus familiares, salvo que lo más conveniente sea la separación en aplicación del principio del interés superior de la niña o del niño.

179. Como cuestión adicional, la Corte considera que, en aplicación de las normas internacionales pertinentes, se debe tomar en cuenta la edad de las niñas y niños para su atención y cuidado en el centro de alojamiento, ya que es usualmente un indicativo de madurez que llega a determinar el comportamiento común de grupos de niñas y de niños, si bien cada caso debe ser individualizado, en especial en consideración a sus necesidades. Por consiguiente, la Corte es de opinión que es una obligación internacional del Estado correspondiente establecer y garantizar que el espacio de alojamiento de niñas y niños no acompañados o separados esté dividido según las necesidades específicas de grupos etarios y diferenciados de los centros para familias, y así adecuar los recursos humanos y materiales de forma acorde.

³³³ Caso “Instituto de Reeducación del Menor” Vs. Paraguay, *supra*, párr. 175.

³³⁴ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párr. 63.

³³⁵ *Cfr.* Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párr. 63.

³³⁶ *Cfr.* Caso Vélez Loo Vs. Panamá, *supra*, párr. 209.

Centros de alojamiento abiertos

180. La Corte es del parecer que se deduce del ordenamiento jurídico internacional en la materia y en atención a lo establecido previamente en cuanto al alcance de los artículos 7 de la Convención y XXV de la Declaración Americana, que cualquier medida de alojamiento debe permitir la salida del establecimiento donde se encuentre la niña o el niño, esto es, debe desarrollarse en un ambiente no privativo de libertad. En igual sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido que los centros cerrados no son adecuados para la extrema vulnerabilidad de una niña migrante no acompañada, *inter alia*, debido a que las instalaciones no responden a sus necesidades especiales³³⁷. En tal sentido, la Corte estima que las medidas deben representar y brindar una opción material y cualitativamente distinta a la privación de libertad en centros cerrados, priorizando un tratamiento que se adecúe a las necesidades de protección integral.

Condiciones materiales y un régimen adecuado que asegure la protección integral de derechos

181. Respecto a las condiciones mínimas obligatorias que el Estado debe procurar para las personas bajo su custodia según las normas citadas, se encuentra la referida a que el alojamiento de niñas y niños debe, en virtud del principio de interés superior y protección integral de ellos, permitir su desarrollo holístico. Por lo mismo, es fundamental que los espacios de alojamiento de niñas y niños migrantes, más allá de si se encuentran junto a su familia o no acompañados o separados, aseguren condiciones materiales y un régimen adecuado para las niñas y niños, resguardando en todo momento la protección de sus derechos³³⁸. En esta línea, resulta relevante tener en cuenta, en cada caso, la diversidad de las niñas y los niños en cuanto a su origen étnico, cultural, lingüístico y religioso³³⁹.

182. Igualmente, la Corte deduce de las normas internacionales que estos centros deben garantizar el alojamiento, la manutención, el reconocimiento médico, el asesoramiento legal, el apoyo educativo y la atención integral a las niñas y a los niños. También deben disponer de una serie de servicios de atención especializada en razón de las necesidades particulares de cada niña o niño, atendiendo, por ejemplo, a las niñas y los niños con discapacidad³⁴⁰, las niñas y los niños que viven con VIH/SIDA³⁴¹, las y los lactantes, las niñas y los niños pertenecientes a la primera infancia³⁴², las niñas y los niños víctimas de trata, entre otros. Asimismo, deben asegurar que no sea un escenario en el cual niñas y niños puedan ser objeto de violencia, explotación o abuso.

³³⁷ Cfr. TEDH, *Caso de Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga Vs. Bélgica*, No. 13178/03. Sentencia de 12 de octubre de 2006, párr. 103.

³³⁸ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, supra, párr. 12, e Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, *Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo*, UN Doc. A/HRC/14/30, 16 de abril de 2010, párrs. 56 y 57.

³³⁹ Cfr. *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños*, párr. 141, e Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, *Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo*, UN Doc. A/HRC/14/30, 16 de abril de 2010, párr. 61.

³⁴⁰ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 9: Los derechos de los niños con discapacidad*, UN Doc. CRC/C/GC/9, 27 de febrero de 2007.

³⁴¹ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 3: El VIH/SIDA y los derechos del niño*, UN Doc. CRC/GC/2003/3, 17 de marzo de 2003.

³⁴² Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 7: Realización de los derechos del niño en la primera infancia*, UN Doc. CRC/C/GC/7/Rev.1, 20 de septiembre de 2006.

183. La Corte considera que para que un espacio de alojamiento cumpla con las condiciones para el ejercicio de los derechos establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, debe contar con una infraestructura física que permita el desarrollo mencionado. Algunas de esas condiciones son las siguientes: lograr que las niñas y niños tengan cierto nivel de privacidad para que su intimidad sea respetada; el espacio de alojamiento debe proveer un lugar donde tener sus cosas de forma segura; debe asegurarse la alimentación completa y nutritiva durante el tiempo de estadía; se debe otorgar acceso a servicios de salud, ya sea física y/o psicosocial; se debe proveer acceso continuo a la educación fuera del establecimiento; se debe contar con sitio para el esparcimiento y el juego, y las niñas y niños que quieran participar de actividades culturales, sociales y religiosas, deben contar con un tutor que los acompañe.

184. En cuanto al personal del centro, deberá estar especializado y recibir formación en psicología infantil, protección de la infancia y derechos humanos de las niñas y niños³⁴³.

XII GARANTÍAS DE DEBIDO PROCESO ANTE MEDIDAS QUE IMPLIQUEN RESTRICCIONES O PRIVACIONES DE LA LIBERTAD PERSONAL DE NIÑAS Y NIÑOS POR RAZONES MIGRATORIAS

185. La Corte Interamericana ha sido consultada sobre las garantías de debido proceso que debieran regir en los procesos migratorios que involucran a niñas y niños, cuando en estos procesos se apliquen medidas que restrinjan su libertad personal, todo ello a la luz de los artículos 1³⁴⁴, 2³⁴⁵, 7³⁴⁶, 8³⁴⁷, 19³⁴⁸ y 25³⁴⁹ de la Convención Americana y del artículo XXV³⁵⁰ de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

³⁴³ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, supra, párr. 96.

³⁴⁴ Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

³⁴⁵ Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

³⁴⁶ Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.

2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.

5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que

éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

347

Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
- b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;
- c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
- f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
- g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
- h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

348

Artículo 19. Derechos del Niño

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

349

Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
- c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

350

Artículo XXV. Derecho de protección contra la detención arbitraria

Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes.

Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil.

Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad.

186. Tomando como punto de partida el alcance otorgado al derecho a la libertad personal en cuanto a que rige un principio general de no privación de libertad de niñas y niños migrantes por motivo del solo incumplimiento de la legislación migratoria (*supra* Capítulo IX), la Corte especificará e individualizará en el presente capítulo una serie de garantías relevantes que se tornan operativas ante situaciones de restricción de libertad personal –entre otras, interferencias severas a la libertad ambulatoria, retenciones, aprehensiones, arrestos o detenciones breves- que pueden constituir o eventualmente derivar, por las circunstancias del caso en concreto, en una medida que materialmente se corresponda a una privación de libertad en el entendido que tales situaciones podrían ocurrir en la práctica.

187. A fin de abordar la presente temática es esencial primeramente definir el concepto de “restricción de la libertad personal”. A estos efectos, la Corte entiende que restricción de la libertad personal es toda aquella medida que implique una afectación a este derecho, ya sea a través de la privación total mediante la reclusión en un lugar cerrado o cualquier otra restricción menor que, por su forma, duración, efectos y manera de implementación, supone una injerencia en el derecho de todo ciudadano a la libertad personal³⁵¹ (*supra* párrs. 145 y 146). La diferencia entre la privación de la libertad y la restricción de la libertad radicará en el grado de intensidad de la medida³⁵². En tal sentido, bajo determinadas circunstancias una “demora”, así sea con meros fines de identificación de la persona, puede constituir una privación de la libertad física³⁵³.

188. Como ha sido señalado, las garantías de debido proceso constituyen un conjunto de requisitos sustantivos y procesales que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos³⁵⁴. En lo que respecta a las garantías aplicables a las situaciones de restricción de la libertad, los artículos 7 de la Convención y XXV de la Declaración adquieren una centralidad manifiesta. Dichas disposiciones, cada una según sus propios alcances, procuran reconocer la condición de vulnerabilidad de la persona generada por una situación de privación de libertad, proteger contra toda interferencia ilegal o arbitraria de la libertad física³⁵⁵, otorgar garantías que representan límites al ejercicio de la autoridad por parte de agentes del Estado a fin de prevenir detenciones que puedan reputarse ilegales o arbitrarias y dotar a la persona de mecanismos de control frente a éstas. En particular, contienen los mandatos normativos que prohíben la detención ilegal³⁵⁶ y la

³⁵¹ Cfr. TEDH, *Caso Guzzardi Vs. Italia*, No. 7367/76. Sentencia de 6 de noviembre de 1980, párrs. 92 y 93; *Caso Nielsen Vs. Dinamarca*, No. 10929/84. Sentencia de 28 de noviembre de 1988, párr. 67, y *Caso Medvedyev y otros Vs. Francia* [GS], No. 3394/03. Sentencia de 29 de marzo de 2010, párr. 73. Ver también, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) sobre los criterios y estándares aplicables a la detención de solicitantes de asilo y las alternativas a la detención*, publicadas en 2012.

³⁵² Cfr. TEDH, *Caso Engel y otros Vs. Países Bajos*, Nos. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, y 5370/72. Sentencia de 8 de junio de 1976, párrs. 58 y 59; *Caso Guzzardi Vs. Italia*, No. 7367/76. Sentencia de 6 de noviembre de 1980, párr. 93; *Caso Amuur Vs. Francia*, No. 19776/92. Sentencia de 25 de junio de 1996, párr. 42, y *Caso Medvedyev y otros Vs. Francia*, No. 3394/03. Sentencia de 29 de marzo de 2010, párr. 73.

³⁵³ Cfr. *Caso Torres Millacura y otros Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de agosto de 2011. Serie C No. 229, párr. 76.

³⁵⁴ Cfr. *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (artículos 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), *supra*, párr. 27, y *Caso Yatama Vs. Nicaragua, supra*, párr. 147.

³⁵⁵ Cfr. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador, supra*, párr. 53, y *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párr. 80.

³⁵⁶ Ello implica que “nadie puede verse privado de la libertad sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal)”. *Caso Gangaram Panday Vs. Suriname. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C No. 16, párr. 47.

arbitraria³⁵⁷ y establecen, entre otros, los siguientes derechos y garantías procesales a favor de la persona retenida o detenida: a ser informada de las razones de la detención; a ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales; a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad, y la posibilidad de recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decidiera, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y, si fueran ilegales, ordenara su libertad.

189. A lo anterior y en virtud de los artículos 19 de la Convención Americana y VII de la Declaración, cabe sumar garantías especiales de las que gozan las niñas y los niños debido al impacto mayor que les genera el ser sometidos a una medida privativa de libertad. En particular, el artículo 37.d) de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone que “[t]odo 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”.

190. Las niñas y los niños, especialmente cuando son extranjeros detenidos en un medio social y jurídico diferente de los suyos y muchas veces con un idioma que desconocen, experimentan una condición de extrema vulnerabilidad³⁵⁸. Esta presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses³⁵⁹. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación³⁶⁰. En consecuencia, la Corte se referirá a los siguientes aspectos: (i) legalidad de la privación de libertad; (ii) prohibición de detenciones o encarcelamientos arbitrarios; (iii) derecho a ser informado de los motivos del arresto o detención en un idioma que comprenda; (iv) derecho a ser llevado, sin demora, ante un juez u otro funcionario competente; (v) derecho a notificar a un familiar, tutor o representante legal y a comunicarse con el exterior y, en particular, con los organismos internacionales especializados; (vi) derecho a la información y acceso efectivo a la asistencia consular; (vii) derecho a la asistencia jurídica a través de un representante legal y, en caso de niñas y niños no acompañados o separados, a que se nombre un tutor; y (viii) derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención.

Legalidad de la privación de libertad

191. Con respecto a la garantía específica consagrada en los artículos 7.2 de la Convención y XXV de la Declaración, la Corte reitera que cualquier restricción o privación de la libertad debe respetar el principio de legalidad y, por consiguiente, ajustarse a las causas y a los procedimientos establecidos de antemano en la legislación interna. Así, este Tribunal ha previamente establecido que la limitación de la libertad física, así sea por un período breve,

³⁵⁷ Se prohíbe, en consecuencia, la detención o encarcelamiento por métodos que pueden ser legales, pero que en la práctica resultan irrazonables, imprevisibles o carentes de proporcionalidad. Además, la detención podrá tornarse arbitraria si en su curso se producen hechos atribuibles al Estado que sean incompatibles con el respeto a los derechos humanos del detenido. *Cfr. Caso Gangaram Panday Vs. Suriname, supra, párr. 47, y Caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 66. El Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria ha afirmado también que cuando la ausencia de garantías o su violación, elusión o no aplicación son muy graves, puede llegar a la conclusión de que la detención reviste un carácter arbitrario. Cfr. Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Informe del Grupo, *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con la tortura y la detención*, UN Doc. E/CN.4/1999/63, 18 de diciembre de 1998, párr. 70.*

³⁵⁸ *Cfr. Caso Vélez Loor Vs. Panamá, supra, párr. 152.*

³⁵⁹ *Cfr. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, supra, párr. 119; Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, supra, párr. 121, y Caso Vélez Loor Vs. Panamá, supra, párr. 152.*

³⁶⁰ *Cfr. Caso Vélez Loor Vs. Panamá, supra, párr. 152.*

inclusive aquellas con meros fines de identificación, debe “ajustarse estrictamente a lo que la Convención Americana y la legislación interna establezcan al efecto, siempre y cuando ésta sea compatible con la Convención”³⁶¹.

Prohibición de detenciones o encarcelamientos arbitrarios

192. En cuanto a la arbitrariedad de la detención a que se refieren los artículos 7.3 de la Convención y XXV de la Declaración, la Corte ha considerado que “nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que –aún calificados de legales– puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad”³⁶². Por lo tanto, cualquier detención debe llevarse a cabo no sólo de acuerdo a las disposiciones de derecho interno, sino que además es necesario que la “la ley interna, el procedimiento aplicable y los principios generales expresos o tácitos correspondientes sean, en sí mismos, compatibles con la Convención”³⁶³.

193. En el contexto migratorio y teniendo en cuenta el artículo 1.1 de la Convención, la Corte pone especial énfasis en que las detenciones no deben conllevar una afectación desproporcionada a un determinado grupo racial, religioso o de cualquier otra índole o condición social, sin una justificación razonable y objetiva³⁶⁴. Esto es, las legislaciones, políticas y prácticas relativas a la privación de la libertad no podrán establecer *de jure* o generar *de facto* discriminación contra las personas por, entre otros, motivos de raza, color u origen nacional³⁶⁵.

194. Asimismo, una restricción de la libertad por un tiempo excesivo podría desembocar en una privación de libertad incompatible con las disposiciones de la Convención o Declaración Americana, al igual que las privaciones de libertad por tiempo indefinido³⁶⁶.

Derecho a ser informado de los motivos del arresto o detención en un idioma que comprenda

195. Ha sido jurisprudencia reiterada de esta Corte que la información de los “motivos y razones” del arresto o de la detención debe darse “cuando ésta se produce”, lo cual “constituye un mecanismo para evitar detenciones ilegales o arbitrarias desde el momento mismo de la privación de libertad y, a su vez, garantiza el derecho de defensa del individuo”³⁶⁷. De igual forma, la observancia del derecho a ser informado de los motivos del arresto o de la detención “permite al detenido impugnar la legalidad de la misma, haciendo uso de los mecanismos legales que todo Estado debe ofrecer”³⁶⁸.

³⁶¹ *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana, supra*, párr. 126.

³⁶² *Caso Gangaram Panday Vs. Suriname, supra*, párr. 47, y *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana, supra*, párr. 133.

³⁶³ *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador, supra*, párr. 91, y *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana, supra*, párr. 133.

³⁶⁴ Cfr. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Observación General N° 30: Discriminación contra los no ciudadanos*, UN Doc. A/59/18, 1 de octubre de 2004, párrs. 19 y 21.

³⁶⁵ Cfr. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Observación General N° 30: Discriminación contra los no ciudadanos, supra*, párrs. 19 y 21.

³⁶⁶ Cfr. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá, supra*, párr. 117. Ver también TEDH, *Caso Amuur Vs. Francia*, No. 19776/92. Sentencia de 25 de junio de 1996, párr. 43.

³⁶⁷ *Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párr. 82, y *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador, supra*, párr. 70.

³⁶⁸ *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador, supra*, párr. 70.

196. La información sobre los motivos y razones del arresto o de la detención necesariamente supone informar, en primer lugar, de la detención misma. La persona debe tener claro que está siendo arrestada o detenida³⁶⁹. En segundo lugar, el agente que lleva a cabo el arresto o la detención debe informar en un lenguaje simple, libre de tecnicismos, los hechos y bases jurídicas esenciales en los que se basa la medida³⁷⁰. De igual forma, en el ámbito migratorio la Corte estima que resulta relevante que la persona sea informada de los procedimientos disponibles para cuestionar la restricción o privación de la libertad, a fin de procurar su puesta en libertad.

197. Al respecto, tratándose de personas extranjeras, la Corte considera relevante establecer que el idioma que se utiliza debe ser uno que la persona comprenda. Del mismo modo, al tratarse de niñas o niños debe utilizarse un lenguaje adecuado a su desarrollo y edad. Es necesario que la niña o el niño tenga a su disposición toda la información necesaria y que sea comunicada de acuerdo a su edad y madurez, en cuanto a sus derechos, servicios de los cuales dispone y procedimientos de los cuales se puede hacer valer. Especialmente, deberá informársele sobre su derecho a solicitar asilo; su derecho a contar con asistencia jurídica; su derecho a ser oído; su derecho de acceso a la información sobre la asistencia consular y, en su caso, su derecho a que se le designe un tutor. Aunado a ello, los Estados deben garantizar que toda niña o niño sujeto a un proceso del que derive una eventual injerencia a su derecho a la libertad personal sea asistido por un traductor o intérprete, en el caso de que no comprendiera o no hablara el idioma del país receptor.

Derecho a ser llevado, sin demora, ante un juez u otro funcionario competente

198. De conformidad con lo preceptuado en los artículos 7.5 de la Convención Americana y XXV de la Declaración Americana, toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales³⁷¹. Esta Corte ya ha interpretado que esta garantía debe ser satisfecha siempre que exista una retención o una detención de una persona a causa de su situación migratoria, conforme a los principios de control judicial e intermediación procesal³⁷². Para que constituya un verdadero mecanismo de control frente a detenciones ilegales o arbitrarias, la revisión judicial debe realizarse sin demora y en forma tal que garantice el cumplimiento de la ley y el goce efectivo de los derechos del detenido, tomando en cuenta la especial vulnerabilidad de aquél³⁷³. Asimismo, esta Corte ya ha señalado que para satisfacer la garantía establecida en el artículo 7.5 de la Convención en materia migratoria, la legislación interna debe asegurar que el funcionario autorizado por la ley cumpla con las características de imparcialidad e independencia que deben regir a todo órgano encargado de determinar derechos y obligaciones de las personas³⁷⁴. Toda vez que en relación con esta garantía corresponde al

³⁶⁹ Cfr. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador*, *supra*, párr. 71.

³⁷⁰ Cfr. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador*, *supra*, párr. 71.

³⁷¹ A este respecto, cabe señalar que el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre la Detención Arbitraria estableció que “[t]odo [...] inmigrante retenido deberá comparecer cuanto antes ante un juez u otra autoridad”. Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Informe del Grupo, Anexo II, *Deliberación No. 5: Situación relativa a los inmigrantes o a los solicitantes de asilo*, 1999, UN Doc. E/CN.4/2000/4, Principio 3. Ver también, Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Informe del Grupo, *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con la tortura y la detención*, UN Doc. E/CN.4/1999/63, 18 de diciembre de 1998, párr. 69, Garantía 3.

³⁷² Cfr. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, *supra*, párr. 107, y *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*, *supra*, párr. 136.

³⁷³ Cfr. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, *supra*, párr. 107, y *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*, *supra*, párr. 136.

³⁷⁴ Cfr. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, *supra*, párr. 108, y *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*, *supra*, párr. 137.

funcionario la tarea de prevenir o hacer cesar las detenciones ilegales o arbitrarias³⁷⁵, resulta imprescindible que dicho funcionario esté facultado para poner en libertad a la persona si su detención es ilegal o arbitraria³⁷⁶.

Derecho a notificar a un familiar, tutor o representante legal y a comunicarse con el exterior y, en particular, con los organismos internacionales especializados

199. La persona arrestada o detenida tiene el derecho a notificar a una tercera persona que está bajo custodia del Estado³⁷⁷. Esta notificación se hará, por ejemplo, a un familiar, tutor o representante legal, según corresponda³⁷⁸.

200. El derecho de establecer contacto con un familiar, tutor o representante legal cobra especial importancia cuando se trata de niñas o niños³⁷⁹ y, en especial, cuando éstos se encuentran no acompañados. La notificación sobre el derecho a establecer contacto con un familiar, tutor o representante legal, debe ser hecha al momento de la retención o detención³⁸⁰, pero cuando se trata de menores de edad deben adoptarse, además, las providencias necesarias para que efectivamente se haga la notificación³⁸¹, teniendo en cuenta el interés superior de la niña o del niño.

201. Por otra parte, debe asegurarse que la niña o el niño tenga la posibilidad de comunicarse por cualquier medio con el exterior y, en especial, de ponerse en contacto con sus familiares, amigos, representante legal y, en su caso, su tutor, así como recibir la visita de estas personas³⁸². La Corte también resalta que, en los casos en que resulte procedente, la niña o el niño debe tener la posibilidad de contactarse con organismos internacionales, como el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) o la Organización Internacional para las Migraciones (OIM)³⁸³.

³⁷⁵ Cfr. *Caso Bayarri Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187, párr. 67, y *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana, supra*, párr. 137.

³⁷⁶ Cfr. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá, supra*, párr. 108, y *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana, supra*, párr. 137.

³⁷⁷ Cfr. *Caso Bulacio Vs. Argentina, supra*, párr. 130, y *Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 112.

³⁷⁸ Cfr. *Caso Tibi Vs. Ecuador, supra*, párr. 112, y Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Informe del Grupo, *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con la tortura y la detención*, UN Doc. E/CN.4/1999/63, 18 de diciembre de 1998, párr. 69, Garantías 6 y 7.

³⁷⁹ La Corte ha señalado que “[e]l derecho de establecer contacto con un familiar cobra especial importancia cuando se trate de detenciones de menores de edad. En esta hipótesis la autoridad que practica la detención y la que se halla a cargo del lugar en el que se encuentra el menor, debe inmediatamente notificar a los familiares, o en su defecto, a sus representantes para que el menor pueda recibir oportunamente la asistencia de la persona notificada”. *Caso Bulacio Vs. Argentina, supra*, párr. 130.

³⁸⁰ Cfr. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, supra*, párr. 106.

³⁸¹ Cfr. *Caso Bulacio Vs. Argentina, supra*, párr. 130.

³⁸² Cfr. Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Informe del Grupo, Anexo II, *Deliberación No. 5: Situación relativa a los inmigrantes o a los solicitantes de asilo*, 1999, UN Doc. E/CN.4/2000/4, Principio 2, y Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, supra*, párr. 63.

³⁸³ Cfr. Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Informe del Grupo, Anexo II, *Deliberación No. 5: Situación relativa a los inmigrantes o a los solicitantes de asilo*, 1999, UN Doc. E/CN.4/2000/4, Principio 10, y Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Informe del Grupo, *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con la tortura y la detención*, UN Doc. E/CN.4/1999/63, 18 de diciembre de 1998, párr. 69, Garantía 14.

Derecho a la información y acceso efectivo a la asistencia consular

202. Primeramente, resulta pertinente señalar que las niñas y los niños gozan del derecho a la asistencia consular reconocido a toda persona extranjera detenida fuera de su país de origen³⁸⁴. La Corte ya ha especificado que, desde la óptica de los derechos de la persona detenida, tres son los componentes esenciales del derecho debido al individuo por el Estado³⁸⁵: (i) el derecho a ser notificado de sus derechos bajo la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares³⁸⁶; (ii) el derecho de acceso efectivo a la comunicación con el funcionario consular, y (iii) el derecho a la asistencia misma.

203. La vigencia de este derecho implica, para la persona detenida, cualquiera sea la modalidad, que sea notificada al momento de ser privada de la libertad de su derecho de establecer contacto con una tercera persona, tal como el funcionario consular, para informarle que se halla bajo custodia del Estado³⁸⁷. La posibilidad de comunicarse con un funcionario consular de su país, salvedad hecha del caso de las personas solicitantes de asilo, refugiadas u otras personas beneficiarias de protección internacional, se erige también en una garantía fundamental de acceso a la justicia y permite el ejercicio efectivo del derecho de defensa, pues el cónsul puede asistir al detenido en diversos actos de defensa, como el otorgamiento o contratación de patrocinio letrado, la obtención de pruebas en el país de origen, la verificación de las condiciones en que se ejerce la asistencia legal y la observación de la situación de privación de libertad³⁸⁸.

Derecho a la asistencia jurídica a través de un representante legal y, en caso de niñas y niños no acompañados o separados, a que se nombre un tutor

204. Por otro lado, los Estados tienen la obligación de garantizar a todas las niñas y los niños cuya libertad se ve restringida por asuntos migratorios el derecho a la defensa a través del ofrecimiento de servicios estatales de representación legal³⁸⁹. Específicamente, es necesario que los Estados brinden a las niñas y niños privados de libertad acceso rápido y gratuito a un representante legal que le brinde asistencia jurídica. La Corte considera que la asistencia jurídica debe ser ejercida por un profesional del derecho para poder satisfacer los requisitos de

³⁸⁴ Véase el artículo 36 de la *Convención de Viena sobre las Relaciones Consulares*, adoptada el 24 de abril de 1963, entrada en vigor el 19 de marzo de 1967, de la cual son parte los 35 Estados Miembros de la OEA, y el artículo 16.7 de la *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares*, UN Doc. A/RES/45/158, adoptada el 18 de diciembre de 1990, entrada en vigor el 1 de julio de 2003. Los siguientes 17 Estados Miembros de la OEA son parte de este tratado: Argentina, Belice, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Guyana, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, San Vicente y las Granadinas, y Uruguay.

³⁸⁵ *Cfr. Caso Vélez Loor Vs. Panamá, supra*, párr. 153.

³⁸⁶ Así, el detenido extranjero tiene el derecho a ser informado de su derecho: 1) a que el Estado receptor le informe a la oficina consular competente sobre su situación; y 2) a que el Estado receptor transmita sin demora "cualquier comunicación dirigida a la oficina consular" por el detenido. *Cfr.* Artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre las Relaciones Consulares. Esta notificación le debe ser hecha antes de que "rinda su primera declaración". Así como los otros derechos que tiene quien es privado de libertad, éste "constituye un mecanismo para evitar detenciones ilegales o arbitrarias desde el momento mismo de la privación de libertad y, a su vez, garantiza el derecho de defensa del individuo". *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, supra*, párr. 106, y *Caso Vélez Loor Vs. Panamá, supra*, nota al pie 157.

³⁸⁷ *Cfr. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, supra*, párrs. 106 y 120, y *Caso Vélez Loor Vs. Panamá, supra*, párr. 154.

³⁸⁸ *Cfr. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, supra*, párr. 86, y *Caso Vélez Loor Vs. Panamá, supra*, párr. 154.

³⁸⁹ Véase el artículo 37.d) de la Convención sobre los Derechos del Niño. *Cfr.* Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. François Crépeau, *Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo*, UN Doc. A/HRC/20/24, 2 de abril de 2012, párr. 38.

una defensa técnica a través de la cual se asesore a la persona sometida a proceso, *inter alia*, sobre la posibilidad de ejercer recursos contra actos que afecten derechos³⁹⁰.

205. Asimismo, en relación con niñas y niños no acompañados o separados de sus familias resulta de suma importancia, a fin de garantizar eficazmente el derecho a la libertad personal, nombrarles un tutor a fin de defender sus intereses y asegurar su bienestar³⁹¹.

Derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención

206. A su vez, también es de aplicación la garantía contenida en el artículo 7.6 de la Convención Americana, el cual señala que “toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales”³⁹². Esta Corte ya ha señalado que “los procedimientos jurídicos consagrados en los artículos 25.1 y 7.6 de la Convención Americana [...] no pueden ser suspendidos conforme al artículo 27.2 de la misma, porque constituyen garantías judiciales indispensables para proteger derechos y libertades que tampoco pueden suspenderse según la misma disposición”³⁹³. La Corte también se ha pronunciado sobre dichos preceptos y ha determinado que el artículo 7.6 posee un contenido jurídico propio, al contemplar específicamente el derecho de toda persona privada de libertad a recurrir ante un juez o tribunal competente para que decida sobre la legalidad de su arresto o detención, también denominado *hábeas corpus*, que consiste en tutelar de manera directa la libertad personal o física, por medio del mandato judicial dirigido a las autoridades correspondientes a fin de que se lleve al detenido a la presencia del juez para que éste pueda examinar la legalidad de la privación y, en su caso, decretar su libertad³⁹⁴. El artículo 7.6 de la Convención es claro al disponer que la autoridad que debe decidir la legalidad del “arresto o detención” debe ser “un juez o tribunal” independiente e imparcial³⁹⁵. Al respecto, la jurisprudencia de este Tribunal ya ha referido que estos recursos no solo deben existir formalmente en la legislación sino que deben ser efectivos, esto es, cumplir con el objetivo de obtener sin demora una decisión sobre la legalidad del arresto o de la detención³⁹⁶. En el caso de niñas o niños migrantes, éste

³⁹⁰ Cfr. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, *supra*, párr. 132.

³⁹¹ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párr. 33.

³⁹² De igual forma, véase Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Informe del Grupo, *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con la tortura y la detención*, UN Doc. E/CN.4/1999/63, 18 de diciembre de 1998, párr. 69, Garantía 3.

³⁹³ *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (artículos 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, párr. 44. Ver también, *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (artículos 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), *supra*, párr. 30, y *Caso Neira Alegria y otros Vs. Perú. Fondo*. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C No. 20, párrs. 82 a 84.

³⁹⁴ Cfr. *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (artículos 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, *supra*, párr. 33, y *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, *supra*, párr. 124. Ver también, el artículo 37.d) de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.

³⁹⁵ Cfr. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, *supra*, párr. 126.

³⁹⁶ Cfr. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, *supra*, párr. 129, y *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*, *supra*, párr. 141. Asimismo, resulta ilustrativo lo sostenido por el Relator Especial de Migrantes en cuanto a que “[a]lgunas leyes nacionales no prevén la revisión judicial de la detención administrativa de los migrantes. En otros casos, la revisión judicial de la detención administrativa se inicia únicamente a petición del migrante. En esos casos, el desconocimiento del derecho a apelar, el desconocimiento de los motivos de la detención, el difícil acceso a los expedientes, la falta de acceso a asistencia jurídica gratuita, la falta de intérpretes y servicios de traducción, y una ausencia general de información en un idioma que puedan entender los detenidos sobre el derecho a contratar a un abogado y darle instrucciones, así como la ubicación de las instalaciones donde están detenidos, pueden impedir a los migrantes ejercer sus derechos en la práctica. En ausencia de abogados y/o intérpretes, a menudo los migrantes se

procedimiento debiera ostentar un carácter prioritario, de tal forma que permitiera una rápida decisión sobre la acción interpuesta³⁹⁷.

XIII PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN (*NON-REFOULEMENT*)

207. La Corte Interamericana ha sido consultada respecto a cuál es el alcance y contenido del principio de no devolución a la luz de los artículos 1³⁹⁸, 2³⁹⁹, 4.1⁴⁰⁰, 5⁴⁰¹, 7⁴⁰², 8⁴⁰³, 19⁴⁰⁴,

sienten intimidados y obligados a firmar documentos sin entender su contenido" Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, *Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo*, UN Doc. A/HRC/7/12, 25 de febrero de de 2008, párr. 46.

³⁹⁷ Cfr. Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. François Crépeau, *Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo*, UN Doc. A/HRC/20/24, 2 de abril de 2012, párr. 38.

³⁹⁸ Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

³⁹⁹ Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

⁴⁰⁰ Artículo 4. Derecho a la Vida

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente. [...]

⁴⁰¹ Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.

4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.

5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.

6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

⁴⁰² Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.

2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.

5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

22.7⁴⁰⁵, 22.8⁴⁰⁶ y 25⁴⁰⁷ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del artículo 13.4⁴⁰⁸ de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, y de los

6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

403

Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
- b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;
- c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
- f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
- g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
- h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

404

Artículo 19. Derechos del Niño

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

405

Artículo 22. Derecho de Circulación y de Residencia

[...]

7. Toda persona tiene el derecho a buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales. [...]

406

Artículo 22. Derecho de Circulación y de Residencia

[...]

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. [...]

407

Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

artículos I⁴⁰⁹, XXV⁴¹⁰ y XXVII⁴¹¹ de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, al adoptarse medidas que puedan implicar la devolución de una niña o un niño a un país determinado.

208. La Corte procederá a continuación a establecer el contenido del principio de no devolución, recordando que las niñas y los niños son titulares de todos los derechos establecidos en la Convención Americana y la Declaración Americana. Asimismo, precisará el alcance de dicho principio en casos en que puedan implicar la devolución de una niña o niño a un Estado determinado, sea este su país de origen o un tercer país desde el cual pueda ser subsecuentemente devuelto.

209. La Corte ya ha resaltado que el principio de no devolución o *non-refoulement* constituye la piedra angular de la protección internacional de las personas refugiadas y de las personas solicitantes de asilo⁴¹². La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 fue el primer instrumento internacional en codificar, en su artículo 33.1, el principio de no devolución como una medida efectiva para garantizar el ejercicio del derecho a buscar y recibir asilo⁴¹³ - que bajo dicho tratado asume la modalidad específica del estatuto del refugiado⁴¹⁴ - y como un

2. Los Estados Partes se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

⁴⁰⁸ Artículo 13, cuarto párrafo:

[...]

No se concederá la extradición ni se procederá a la devolución de la persona requerida cuando haya presunción fundada de que corre peligro su vida, de que será sometido a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes o de que será juzgada por tribunales de excepción o ad hoc en el Estado requirente.

⁴⁰⁹ Artículo I. Derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona

Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

⁴¹⁰ Artículo XXV. Derecho de protección contra la detención arbitraria

Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes.

Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil.

Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad.

⁴¹¹ Artículo XXVII. Derecho de asilo

Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales.

⁴¹² Cfr. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, supra, párr. 151, citando Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Comité Ejecutivo, *Conclusiones Generales sobre la protección internacional de los refugiados*, UN Doc. 65 (XLII)-1991, publicadas el 11 de octubre de 1991, párr. c.

⁴¹³ Aún si la Convención de 1951 no establece el derecho al asilo como un derecho de manera explícita, se considera incorporado de manera implícita en su texto. Cfr. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, supra, párr. 139.

⁴¹⁴ Cfr. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, supra, párr. 139, sosteniendo que “[e]sto se encuentra evidenciado en el Preámbulo de la propia Convención del 1951, al plantearse la importancia de la cooperación internacional para asegurar el otorgamiento del asilo por medio del propio tratado, y ha sido reiterada por el Comité Ejecutivo del ACNUR”. Este último ha afirmado que “la institución del asilo, que es una emanación directa del derecho a buscar asilo y a disfrutar de él, enunciado en el párrafo 1 del artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, es uno de los mecanismos más fundamentales para la protección internacional de los refugiados”. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Comité Ejecutivo, *Conclusión sobre la*

componente integral de la protección internacional garantizada a las personas solicitantes de asilo y refugiadas⁴¹⁵, al establecer que “ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas”.

210. Dado el carácter declarativo de la determinación de la condición de refugiado⁴¹⁶, la protección brindada por el principio de no devolución aplica a todos los refugiados hayan o no sido reconocidos aún como tales por las autoridades con base en los requerimientos de la definición del artículo 1 de la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967⁴¹⁷ o la legislación nacional. Es decir, que el mismo se encuentra destinado también a solicitantes de asilo⁴¹⁸, cuya condición todavía no ha sido determinada, y a los refugiados que no han sido aún reconocidos oficialmente como tales⁴¹⁹. Igualmente, es oponible por aquellos que quieran hacer valer su derecho a buscar y recibir asilo⁴²⁰ y se encuentren ya sea en la frontera o crucen la misma sin ser admitidos formal o legalmente en el territorio del país⁴²¹, pues de lo

salvaguarda de la institución del asilo, UN Doc. 82 (XLVIII)-1997, publicadas el 17 de octubre de 1997, párr. b. El Comité Ejecutivo, por medio de su Conclusión número 5 de 1977, ya había hecho un llamamiento a los Estados Partes de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 a aplicar prácticas liberales y conceder asilo permanente o al menos temporal a los refugiados que hubiesen llegado directamente a su territorio. *Cfr.* Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Comité Ejecutivo, *Asilo*, UN Doc. 5 (XXVIII)-1977, publicado en 1977, párr. a.

⁴¹⁵ *Cfr. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, supra*, párr. 152.

⁴¹⁶ La Corte ha señalado que “[d]e acuerdo con la Convención de 1951, una persona es un refugiado tan pronto como reúne los requisitos enunciados en la definición, lo que necesariamente ocurre antes de que se determine formalmente su condición de refugiado. Así pues, el reconocimiento de la condición de refugiado de una persona no tiene carácter constitutivo, sino declarativo”. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, supra*, párr. 145.

⁴¹⁷ El Protocolo de 1967 amplió la aplicabilidad de la Convención de 1951 al eliminar las restricciones geográficas y temporales allí contenidas. *Cfr. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, supra*, párr. 144.

⁴¹⁸ La Corte reitera que “solicitante de asilo” en sentido técnico equivale en el Derecho Internacional a “solicitante de reconocimiento de la condición de refugiado”. *Cfr. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, supra*, nota al pie 141.

⁴¹⁹ *Cfr.* Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967*, publicada el 26 de enero de 2007, párr. 6, y Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Manual y Directrices de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en Virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, diciembre de 2011, UN Doc. HCR/1P/4/ENG/REV.3, párr. 28.

⁴²⁰ Véase *Ley No. 26.165. Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado*, promulgada el 28 de noviembre de 2006, artículos 2, 3 y 39 (Argentina); *Decreto Supremo No. 1440 - Reglamento de la Ley N° 251 de protección a personas refugiadas*, 19 de diciembre de 2012, artículos 4 y 30 (Bolivia); *Ley No. 9.474*, de 22 de julio de 1997, artículos 8, 9 y 10 (Brasil); *Ley No. 20.430 - Establece disposiciones sobre protección de refugiados*, promulgada el 8 abril de 2010, artículos 3 y 4 (Chile); *Decreto No. 36831-G* de 2011, *Reglamento de Personas Refugiadas*, 28 de septiembre de 2008, artículo 134 (Costa Rica); *Decreto No. 1.182 - Reglamento para la aplicación del derecho de refugio*, de 30 de mayo de 2012, artículos 5 y 9 (Ecuador); *Decreto No. 208 - Ley de Migración y Extranjería*, publicado el 3 de marzo de 2004, artículo 44 (Honduras); *Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria*, de 27 de enero de 2011, artículos 6 y 21 y *Reglamento de la ley sobre refugiados y protección complementaria*, de 21 de febrero de 2012, artículo 9 (México); *Decreto Ejecutivo No. 23*, de 10 de febrero de 1998, artículos 28, 53 y 82 (Panamá); y *Ley No. 18.076 - Derecho al refugio y a los refugiados*, publicada el 5 de enero de 2007, artículos 10, 12 y 32, así como el artículo 45 de la *Ley No. 18.250 de Migración*, publicada el 17 de enero de 2008 (Uruguay).

⁴²¹ *Cfr.* Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Comité Ejecutivo, *No-Devolución*, UN Doc. 6 (XXVIII)-1977, publicado en 1977, reafirmando la importancia fundamental de la observancia del principio de no devolución, tanto en la frontera como en el territorio de un Estado, de personas que pueden ser objeto de persecución si regresan a su país de origen, independientemente de si han sido o no formalmente reconocidos como refugiados. (“(c) Reafirmó la importancia fundamental de la observancia del principio de no devolución - tanto en la frontera como dentro del territorio de un Estado - de las personas que, reconocidas o no oficialmente como refugiadas, podían ser objeto de persecución si se las devolvía a su país de origen”). La Declaración de Brasilia sobre la Protección de Personas Refugiadas y Apátridas en el Continente Americano, establece en su preámbulo lo siguiente: “Reiterando el respeto irrestricto al principio de la no devolución (*non-refoulement*), incluyendo el no rechazo en frontera y la no devolución indirecta, así como de la no sanción por ingreso ilegal, y de la no discriminación, como principios fundamentales del derecho internacional de refugiados”. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados

contrario se tornaría este derecho ilusorio y vacío de contenido, es decir, sin ningún valor o efecto. Esto necesariamente implica que esas personas no pueden ser rechazadas en la frontera o expulsadas sin un análisis adecuado e individualizado de sus peticiones⁴²².

211. El principio de no devolución constituye, además, una norma consuetudinaria de Derecho Internacional⁴²³ y es, por ende, vinculante para todos los Estados, sean o no partes en la Convención de 1951 o el Protocolo de 1967⁴²⁴. Sin embargo, tal como ha sido codificado, dicho principio no es absoluto en tanto permite excepciones. En efecto, el mismo artículo 33 de la Convención de 1951 especifica los supuestos que permiten a un Estado no brindar la protección de la no devolución, aún cuando la persona cumpla con la definición de refugiado⁴²⁵. Sin embargo, éstas deben ser interpretadas en forma taxativa y restrictiva⁴²⁶, así como en relación con las obligaciones derivadas de derechos inderogables, como la prohibición de la tortura (*infra* párrs. 224 a 227).

212. En el ámbito del sistema interamericano, este principio se ve reforzado por el reconocimiento del derecho de toda persona a buscar y recibir asilo, originalmente en el artículo XXVII de la Declaración Americana y luego en el artículo 22.7 de la Convención Americana. Por consiguiente, como corolario de los deberes fundamentales de respeto y garantía del artículo 1.1 de la Convención, contraídos en relación con cada uno de los derechos

(ACNUR), *La Declaración de Brasilia sobre la Protección de Personas Refugiadas y Apátridas en el Continente Americano*, publicada el 11 de noviembre de 2010, pág. 1. Ver también las legislaciones de diversos países del continente, incluyendo Argentina, Bolivia, Chile, Ecuador, Honduras, México, Panamá y Uruguay, que adoptan expresamente la prohibición de rechazo en frontera. Cfr. *Ley No. 26.165. Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado*, promulgada el 28 de noviembre de 2006, artículo 2 (Argentina); *Ley N° 251 de protección a personas refugiadas*, de 20 de junio de 2012, artículo 4.II (Bolivia); *Ley No. 20.430 - Establece disposiciones sobre protección de refugiados*, promulgada el 8 abril de 2010, artículo 3 (Chile); *Decreto No. 1.182 - Reglamento para la aplicación del derecho de refugio*, de 30 de mayo de 2012, artículo 9 (Ecuador); *Ley de Migración y Extranjería*, 3 de mayo de 2004, artículo 44 (Honduras); *Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria*, de 27 de enero de 2011, artículo 6 y *Reglamento de la ley sobre refugiados y protección complementaria*, de 21 de febrero de 2012, artículo 9 (México); *Decreto Ejecutivo No. 23*, de 10 de febrero de 1998, artículos 53 y 82 (Panamá); y *Ley No. 18.076 - Derecho al refugio y a los refugiados*, publicada el 5 de enero de 2007, artículo 12 (Uruguay).

⁴²² Cfr. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, *supra*, párr. 153, citando Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el Marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado*, OEA/Ser.L/V/II.106. Doc. 40. Rev. 1, 28 de febrero de 2000, párr. 25. Ver también, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967*, publicada el 26 de enero de 2007, párr. 8.

⁴²³ Cfr. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, *supra*, párr. 151, citando Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Consultas globales sobre protección internacional: Reunión Ministerial de los Estados Partes de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados (12-13 de diciembre 2001) - Declaración de los Estados Partes de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, UN Doc. HCR/MMSP/2001/9, adoptada el 13 de diciembre de 2001, que en su párrafo 4 indica: "Aceptando la continua relevancia y adaptabilidad de este régimen internacional de derechos y principios, centrado en el principio de no devolución (*non-refoulement*) cuya aplicabilidad se inserta en el derecho consuetudinario internacional". Ver también, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967*, publicada el 26 de enero de 2007, párrs. 14 a 16.

⁴²⁴ En las Américas, 28 Estados Miembros de la OEA son Parte en la Convención de 1951, y 29 Estados de la OEA son Parte en su Protocolo de 1967. A su vez, no son parte de los instrumentos internacionales sobre refugiados los siguientes cinco Estados Miembros de la OEA: Barbados, Cuba, Granada, Guyana y Santa Lucía. Ver también, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967*, publicada el 26 de enero de 2007, párr. 15.

⁴²⁵ En particular, el artículo 33.2 establece que "[...] no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país".

⁴²⁶ Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *UNHCR Note on the Principle of Non-Refoulement [Nota del ACNUR sobre el principio de no devolución]*, noviembre de 1997, sección F.

protegidos y en este caso respecto al derecho de cada persona a solicitar y recibir asilo, se desprende el principio de no devolución, en virtud del cual los Estados se encuentran obligados a no devolver o expulsar a una persona -solicitante de asilo o refugiada- a un Estado donde exista la posibilidad de que su vida o libertad esté amenazada como consecuencia de persecución por determinados motivos o 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 público⁴²⁷, así como a un tercer Estado desde el cual pueda ulteriormente ser devuelto al Estado donde sufre dicho riesgo, situación esta última que ha dado en llamarse “devolución indirecta”⁴²⁸.

213. Ahora bien, tras reconocer que el derecho de los refugiados ha sido la rama del derecho internacional pionera en acoger el principio de no devolución, también es importante evidenciar que, además de incluir el derecho a solicitar y recibir asilo, la Convención Americana posee una disposición expresa que trata sobre la no devolución. Bajo este entendido y a fin de responder a esta consulta, la Corte analizará primeramente la interpretación del artículo 22.8 de la Convención Americana para desentrañar si la norma equivale al principio de no devolución tal como ha sido desarrollado en los párrafos precedentes y, posteriormente, abordará las otras disposiciones convencionales que se encuentran asociadas al principio de no devolución. Al interpretar dichas disposiciones, la Corte también tendrá en cuenta las otras fuentes de derecho internacional relevantes.

214. La Convención Americana establece en su artículo 22.8 la prohibición de expulsión o devolución de cualquier “extranjero” a “otro país, sea o no de origen” -es decir, a su país de nacionalidad o, en caso de una persona apátrida, al de residencia habitual o bien a un tercer Estado-, en el cual “su derecho a la vida o a la libertad” estén “en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas”⁴²⁹.

215. En el caso *Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, la Corte ha tenido la oportunidad de interpretar dicha norma, de modo tal de concluir que “es posible considerar que en el sistema interamericano está reconocido 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 estén en riesgo de violación, sin importar su estatuto legal o condición migratoria en el país en que se encuentre”⁴³⁰. La protección del principio de no devolución establecido en la disposición bajo análisis de la Convención Americana alcanza, en consecuencia, a toda persona extranjera y no sólo a una categoría específica dentro de los extranjeros, como sería los solicitantes de asilo y refugiados. A esta conclusión se llega a partir de una interpretación literal de los términos del artículo.

⁴²⁷ *Declaración de Cartagena sobre Refugiados*, adoptada por el “Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios”, celebrado en Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984, sección III, tercera conclusión. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que: “[e]n nuestro hemisferio y también fuera de él, el principio de *non-refoulement* se ha extendido gradualmente para incluir a aquellas personas que huyen de situaciones generalizadas de violencia política o de guerra interna (Declaración de Cartagena de 1984, Declaración de San José de 1994)”. Comisión de Derechos Humanos (CIDH), *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 2000: Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias*, OEA/Ser.L/V/II.111 doc. 20 rev., 16 de abril de 2000, párr. 97(2). Había hecho un llamamiento similar en el Informe Anual de 1984-1985.

⁴²⁸ *Cfr. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, *supra*, párr. 153, citando Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Submission by the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees in the case of Hirsi and Others v. Italy* [Comunicación presentada por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados en el caso de Hirsi y otros Vs. Italia] (traducción de la Secretaría de la Corte), marzo de 2010, párr. 4.3.4.

⁴²⁹ *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, *supra*, párr. 134.

⁴³⁰ *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, *supra*, párr. 135.

216. Los trabajos preparatorios de la Convención Americana confirman el sentido otorgado a la referida disposición. Se advierte que la propuesta inicial de incluir el principio de no devolución a la Convención Americana fue impulsada por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) a tenor de la siguiente redacción: “el derecho del refugiado a no ser, en ningún caso expulsado o devuelto a otro país donde su derecho a la vida o a la libertad personal peligran a causa de su raza, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o por razón de su situación política”⁴³¹. El texto sugerido aludía al derecho del “refugiado” a no ser expulsado o devuelto y no del “extranjero”, como fue finalmente enmendado e incorporado a la Convención⁴³². Por consiguiente, es inequívoca la voluntad de los Estados de extender el principio de no devolución a todo extranjero y no limitarlo a los refugiados.

217. En suma, en el marco de la Convención Americana el principio de no devolución establecido en el artículo 22.8 asume una expresión singular, a pesar de que dicha disposición fuera incluida a continuación de la consagración del derecho individual a buscar y recibir asilo, siendo un derecho más amplio en su sentido y alcance que el que opera en la aplicación del derecho internacional de refugiados. De este modo, la prohibición de devolución establecida en el artículo 22.8 de la Convención ofrece una protección complementaria para extranjeros que no son solicitantes de asilo o refugiados en casos en que su derecho a la vida o libertad se encuentre amenazado por los motivos enlistados. Así, la lectura de los trabajos preparatorios de la Convención confirma la interpretación desarrollada conforme al sentido corriente de los términos del artículo 22.8 de la Convención, dentro del contexto del tratado y teniendo en cuenta su objeto y fin.

218. Ahondando en los componentes de la prohibición de devolución codificada en el artículo 22.8 de la Convención, la Corte es de la opinión que, a partir de la interpretación del artículo 22 en su conjunto, el término “extranjero” incluido en el referido inciso 8, debe entenderse como toda persona⁴³³, que no sea nacional del Estado en cuestión o que no sea considerada como nacional suyo por el Estado conforme a su legislación. Ello abarca aquellas personas que no son consideradas como nacional suyo por el Estado conforme a su legislación, ya sea por una pérdida *ex lege* de la nacionalidad o por una decisión de privación de la misma, siempre que tal pérdida automática o determinación estatal no vaya en contravención con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. A tenor de lo anterior, la Corte considera que si existe controversia respecto a la conformidad de tal decisión o pérdida con las obligaciones derivadas de la Convención Americana, y en particular con la prohibición de privación arbitraria de la nacionalidad u otras normas aplicables, debe primar la consideración de que la persona es nacional hasta tanto no se emita una decisión definitiva al respecto y, por ende, no puede ser objeto de una expulsión⁴³⁴. En esta línea, no sobra recordar que las normas contenidas en los tratados de derechos humanos, como el artículo 22.5 de la Convención, prohíben expresamente la expulsión de nacionales.

219. En relación con este punto, debe tenerse en cuenta también los términos del artículo 1.1 de la Convención. Evidentemente, que una persona se encuentre sometida a la jurisdicción

⁴³¹ Secretaría de la OEA, *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos*, San José, Costa Rica, celebrada del 7 al 22 de noviembre de 1969, Actas y Documentos, OEA/Ser.K/XVI/1.2, Washington, D.C., 1978, pág. 301.

⁴³² Cfr. Secretaría de la OEA, *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos*, San José, Costa Rica, celebrada del 7 al 22 de noviembre de 1969, Actas y Documentos, OEA/Ser.K/XVI/1.2, Washington, D.C., 1978, págs. 244, 245, 247, 249 y 301.

⁴³³ Esto es, todo ser humano en los términos el artículo 1.2 de la Convención Americana.

⁴³⁴ Ver en este mismo sentido, Organización de las Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Informe del Secretario General, *Los derechos humanos y la privación arbitraria de la nacionalidad*, UN Doc. A/HRC/25/28, 19 de diciembre de 2013, párr. 26.

del Estado no equivale a que se encuentre en su territorio⁴³⁵. En consecuencia, el principio de no devolución es exigible por cualquier persona extranjera sobre la que el Estado en cuestión esté ejerciendo autoridad o que se encuentre bajo su control efectivo⁴³⁶, con independencia de que se encuentre en el territorio terrestre, fluvial, marítimo o aéreo del Estado.

220. Ahora bien, en el contexto del principio de no devolución, la Corte considera necesario realizar algunas precisiones adicionales. Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño ha afirmado que “[las] obligaciones a cargo del Estado no podrán ser arbitraria y unilateralmente recortadas, sea mediante la exclusión de zonas o áreas del territorio del Estado, sea estableciendo zonas o áreas específicas que quedan total o parcialmente fuera de la jurisdicción del Estado”⁴³⁷. En cuanto a la interceptación de solicitantes de asilo en aguas internacionales para no permitir que sus peticiones sean evaluadas en potenciales Estados de acogida, la Corte entiende que esta práctica resulta contraria al principio de no devolución, pues no permite evaluar los factores de riesgo concretos de cada persona⁴³⁸.

221. Respecto al riesgo a los derechos a la vida o libertad de la persona extranjera, es pertinente precisar que éste debe ser real, es decir, ser una consecuencia previsible. En este sentido, el Estado debe realizar un examen individualizado a fin de verificar y evaluar las circunstancias aducidas por la persona que revelen que pueda sufrir un menoscabo en su vida o libertad en el país al cual se pretende devolverla, es decir, a su país de origen o que siendo retornada a un tercer país, esa persona corra el peligro de ser enviada luego al lugar donde sufre tal riesgo. Si su narrativa resulta creíble, convincente o coherente en orden a que puede haber una probable situación de riesgo para ella, debe regir el principio de no devolución.

⁴³⁵ De igual forma, el artículo 1 del Convenio Europeo dispone que “[l]as Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio”. Consejo de Europa, *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, adoptado el 4 de noviembre de 1950, entrada en vigor el 3 de septiembre de 1953, artículo 1. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que el deber de asegurar los derechos humanos contenidos en el Convenio Europeo a todas las personas bajo la jurisdicción del Estado, no está limitado al territorio del Estado parte, sino que se extiende a las zonas en que ejerce control efectivo fuera de su territorio nacional. Cfr. TEDH, *Loizidou Vs. Turquía* (Excepciones Preliminares), No. 15318/89. Sentencia de 23 de marzo de 1995, párr. 62. Ver también, *Caso Medvedyev y otros Vs. Francia* [GS], No. 3394/03. Sentencia de 29 de marzo de 2010, párrs. 62 a 67. Aún cuando el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo 2.1 que “[c]ada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto”, se ha interpretado que éste es aplicable con respecto a los actos de un Estado en el ejercicio de su jurisdicción fuera de su propio territorio. Cfr. Corte Internacional de Justicia, *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*. Opinión consultiva de 9 de julio de 2004, párrs. 108 a 111. Ver también, Comité de Derechos Humanos, *Observación General N° 31, La índole de la obligación jurídica general impuesta*, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 de mayo de 2004, párr. 10, manifestando que “[e]sto significa que un Estado Parte debe respetar y garantizar los derechos establecidos en el Pacto a cualquier persona sometida al poder o al control efectivo de ese Estado Parte, incluso si no se encuentra en el territorio del Estado Parte”.

⁴³⁶ En este mismo sentido, lo decidió la Comisión Interamericana: “[l]a Comisión, sin embargo, no cree que la noción de ‘jurisdicción’ contenida en el artículo 1(1) esté limitada o sea meramente extensiva al territorio nacional. Más bien, considera que un Estado parte de la Convención Americana puede ser responsable por los actos y omisiones de sus agentes llevados a cabo, o que tienen efecto, fuera de su territorio [...]” y que “[l]a interpretación de la jurisdicción —y por lo tanto del alcance de la responsabilidad por el cumplimiento con obligaciones internacionales— como una noción ligada a la autoridad y el control efectivo y no meramente a los límites territoriales, ha sido confirmada y elaborada en otras decisiones de la Comisión y la Corte Europea”. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Informe de admisibilidad No. 38/99, *Victor Saldaña Vs. Argentina*, 11 de marzo de 1999, párrs. 17 y 19.

⁴³⁷ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, supra, párr. 12. Ver también TEDH, *Caso Amuur Vs. Francia*, No. 19776/92. Sentencia de 25 de junio de 1996, párr. 52.

⁴³⁸ Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Informe de fondo No. 51/96, Caso 10.675, *Interdicción de Haitianos Vs. Estados Unidos*, 13 de marzo de 1997, párrs. 156, 157 y 163, y TEDH, *Caso Hirsi Jamaa y otros Vs. Italia* [GS], No. 27765/09. Sentencia de 23 de febrero de 2012, párrs. 133 y 134.

222. En cuanto al riesgo de violación a los derechos de la niña o del niño, la Corte considera que éstos deben ser entendidos y analizados con un enfoque de edad y de género, así como dentro de la lógica establecida por la propia Convención sobre los Derechos del Niño, que contempla la garantía efectiva e interdependiente de los derechos civiles y políticos y la progresiva plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales⁴³⁹, y en el marco del cual el derecho a la vida incorpora también el componente de desarrollo adecuado y supervivencia. En este sentido, los artículos 6 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño incluyen en el derecho a la vida la obligación del Estado de garantizar “en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”. El Comité de los Derechos del Niño ha interpretado la palabra “desarrollo” de una manera amplia y holística, que abarca lo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social⁴⁴⁰. Estas medidas adquieren fundamental importancia debido a que las niñas y los niños se encuentran en una etapa crucial de su desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social que impactará de una u otra forma su proyecto de vida⁴⁴¹. En esta línea, el Comité listó una serie de circunstancias a evaluar, que incluyen⁴⁴²: a) la seguridad personal y pública y otras condiciones, en particular socioeconómicas, que encontrará el niño a su regreso, efectuando, en su caso, las organizaciones sociales un estudio sobre las condiciones en el país; b) la existencia de mecanismos para la atención individual del niño; c) las opiniones del niño manifestadas al amparo de su derecho en virtud del artículo 12, así como las de las personas que le atienden; d) el nivel de integración del niño en el país de acogida y el período de ausencia de su país de origen; e) el derecho del niño a “preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares” (art. 8); f) la “conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño” y se preste atención “a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico” (art. 20); g) si los padres o miembros del círculo familiar ampliado no estuvieran en condiciones de atender al niño, el retorno al país de origen no se efectuará, en principio, sin tomar previamente disposiciones seguras y concretas de atención y custodia al regreso.

223. Habiendo sentado la interpretación que otorga esta Corte al artículo 22.8 de la Convención, resulta necesario abordar las otras disposiciones traídas a consulta, en particular aquellas que se refieren a la prohibición de la tortura. En efecto, los tratados internacionales generales, como la Convención Americana, contienen disposiciones que recogen el mandato normativo que prohíbe los actos de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

224. La Convención Americana reconoce expresamente el derecho a la integridad personal en su artículo 5, bien jurídico cuya protección encierra la finalidad principal de la prohibición absoluta e imperativa de derecho internacional consuetudinario de la tortura y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes⁴⁴³. Este Tribunal ha considerado de forma constante en su jurisprudencia que dicha prohibición pertenece hoy día al dominio del *ius cogens*⁴⁴⁴. De esta forma, se ha conformado un régimen jurídico internacional de prohibición absoluta de todas las

⁴³⁹ A este respecto el Comité de los Derechos del Niño ha resaltado que el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales está indisolublemente unido al goce de los derechos civiles y políticos. Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 5: Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4, 42 y párrafo 6 del artículo 44)*, supra, párr. 6. Ver también, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, supra, pág. 86, punto decisivo octavo; el artículo 26 de la Convención Americana, y el artículo 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

⁴⁴⁰ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 5: Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4, 42 y párrafo 6 del artículo 44)*, supra, párr. 12.

⁴⁴¹ Cfr. *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” Vs. Paraguay*, supra, párr. 172.

⁴⁴² Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, supra, párrs. 84 y 85.

⁴⁴³ Cfr. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*, supra, párr. 126.

⁴⁴⁴ Cfr. *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Fondo*. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párr. 95, y *Caso Bayarri Vs. Argentina*, supra, párr. 81.

formas de tortura, tanto física como psicológica, y respecto a esta última, se ha reconocido que las amenazas y el peligro real de someter a una persona a graves lesiones físicas produce, en determinadas circunstancias, una angustia moral de tal grado que puede ser considerada "tortura psicológica"⁴⁴⁵.

225. Desde sus primeras sentencias⁴⁴⁶, la Corte se ha pronunciado acerca de la intrínseca conexión existente entre las obligaciones generales de respeto y garantía señaladas en el artículo 1.1 de la Convención y los derechos específicos protegidos por este instrumento que impone, respecto de cada uno de los derechos y libertades reconocidos, deberes concretos que deben ser determinados caso por caso y según el derecho o libertad de que se trate⁴⁴⁷. Una de las obligaciones internacionales asociadas con la prohibición de la tortura es el principio de no devolución o *non-refoulement*⁴⁴⁸. Dicho principio busca, de manera primordial, asegurar la efectividad de la prohibición de la tortura en toda circunstancia y respecto de toda persona, sin discriminación alguna. Siendo una obligación derivada de la prohibición de tortura, el principio de no devolución en este ámbito es absoluto y adquiere también el carácter de norma imperativa de derecho internacional consuetudinario, es decir, de *ius cogens*⁴⁴⁹.

226. Es así que a partir del artículo 5 de la Convención Americana, leído en conjunto con las obligaciones *erga omnes* de respetar y hacer respetar las normas de protección de los derechos humanos, se desprende el deber del Estado de no deportar, devolver, expulsar, extraditar o remover de otro modo a una persona que esté sujeta a su jurisdicción a otro Estado, o a un tercer Estado que no sea seguro, cuando exista presunción fundada para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes⁴⁵⁰.

⁴⁴⁵ Cfr. *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú*, *supra*, párr. 102, y *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 272.

⁴⁴⁶ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo, supra*, párr. 162; *Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Fondo*. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5, párr. 171, y *Caso Neira Alegría y Otros Vs. Perú, supra*, párr. 85.

⁴⁴⁷ Cfr. *Caso Vargas Areco Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 155, párr. 73, y *Caso García Prieto y otros Vs. El Salvador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 168, párr. 98.

⁴⁴⁸ Cfr. TEDH, *Caso Soering Vs. Reino Unido*, No. 14038/88. Sentencia de 7 de julio de 1989, párr. 88.

⁴⁴⁹ Cfr. Informe presentado por el Relator Especial sobre la tortura, Sr. Theo van Boven, *Los Derechos Civiles y Políticos, en Particular las Cuestiones Relacionadas con la Tortura y la Detención*, UN Doc. E/CN.4/2002/137, 26 de febrero de 2002, párr. 14.

⁴⁵⁰ De igual forma, el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece: "[n]adie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos". *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, adoptado el 16 de diciembre 1966, entrada en vigor el 23 de marzo de 1976. Los siguientes 31 Estados Miembros de la OEA son parte de este tratado: Argentina, Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos de América, Granada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, San Vicente y las Granadinas, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha interpretado dicha norma en el sentido de incluir un deber de los Estados Partes de "no [...] exponer a las personas al peligro de ser sometidas a torturas o a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes al regresar a otro país tras la extradición, la expulsión o la devolución". Comité de Derechos Humanos, *Observación General N° 20, Reemplaza a la Observación General N° 7. Prohibición de la tortura y los tratos o penas crueles (Artículo 7)*, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 10 de marzo de 1992, párr. 9. Dicho deber surge de las obligaciones generales del artículo 2 del Pacto que exige que los Estados Partes respeten y garanticen los derechos del Pacto a todos los individuos que se encuentren en su territorio y a todas las personas sujetas a su jurisdicción, lo cual entraña "la obligación de no extraditar, deportar, expulsar o retirar de otro modo a una persona de su territorio, cuando hay razones de peso para creer que existe un riesgo real de provocar un daño irreparable, como el contemplado por los artículos 6 [derecho a la vida] y 7 [prohibición de tortura y otros tratos, crueles, inhumanos o degradantes] del Pacto, en el país hacia el que se va a efectuar esa salida forzada o en cualquier país al que la persona sea expulsada posteriormente". Comité de Derechos Humanos, *Observación General N° 31, La índole de la obligación jurídica general impuesta*, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 de mayo de 2004, párr. 12. Asimismo, en varias decisiones concernientes a casos individuales, el Comité ha afirmado que no es posible extraditar, deportar, expulsar o remover de ninguna manera a una persona del territorio de un Estado si existen motivos suficientes para creer que existe riesgo de daño irreparable contra sus derechos, y sin antes tomar en consideración los alegatos de la persona sobre el riesgo existente. Comité

227. A su vez, los Estados han acordado, tanto a nivel universal⁴⁵¹ como interamericano, tratados internacionales específicos sobre la temática, que desarrollan las obligaciones que surgen de las normas sobre prohibición de la tortura⁴⁵², al precisar determinadas medidas que los Estados deben implementar a nivel interno, toda vez que se consideran eficaces para atender el objetivo y fin último de dichos convenios cual es la prevención y sanción de la tortura y asegurar su no repetición⁴⁵³. El sistema interamericano cuenta con un tratado específico, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, que obliga a los Estados Parte a adoptar medidas efectivas para prevenir y sancionar la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes en el ámbito de su jurisdicción. Una de las medidas identificadas es justamente el principio de no devolución, recogido en el cuarto párrafo de su artículo 13, relacionado con las personas requeridas por casos de tortura, de la siguiente forma: “[n]o se concederá la extradición ni se procederá a la devolución de la persona requerida cuando haya presunción fundada de que corre peligro su vida, de que será sometido a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes o de que será juzgada por tribunales de excepción o ad hoc en el Estado requirente”. Por otra parte, el principio, tal como se encuentra regulado, está asociado también a la protección del derecho a la vida y de determinadas garantías judiciales, de modo tal que no se limita únicamente a la protección contra la tortura.

228. Ahora bien, el análisis del principio de no devolución, tal como ha sido conceptualizado en virtud de la interpretación de los artículos 22.7, 22.8 y 5 de la Convención Americana, así como del artículo XXVII de la Declaración Americana y del artículo 13, cuarto párrafo, de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, requiere del análisis de la conexión que éstos guardan con el resto de las disposiciones. En particular, fueron traídos a consulta los artículos 1 (Obligaciones de respeto y garantía y principio de no discriminación), 2 (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno), 4.1 (Derecho a la vida), 7 (Libertad personal), 8 (Garantías judiciales), 19 (Derechos del niño) y 25 (Protección judicial) de la Convención Americana y los artículos I (Derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona) y XXV (Derecho de protección contra la detención arbitraria) de la Declaración Americana. Lo contrario conduciría a una interpretación fragmentada de las normas que desatienda la lógica de la función interpretativa conforme a la regla general contenida en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

de Derechos Humanos, Comité de Derechos Humanos, *Joseph Kindler c. Canadá* (Comunicación No. 470/1991), UN Doc. CCPR/C/48/D/470/1991, dictamen adoptado el 11 de noviembre de 1993, párr. 6.2; *Charles Chitat Ng c. Canadá* (Comunicación No. 469/991), UN Doc. CCPR/C/49/D/469/1991, dictamen adoptado el 7 de enero de 1994, párr. 6.2; *Jonny Rubin Byahuranga c. Dinamarca* (Comunicación No. 1222/2003), UN Doc. CCPR/C/82/D/1222/2003, dictamen adoptado el 9 de diciembre 2004, párr. 11.3, y *Jama Warsame c. Canadá*, (Comunicación No. 1959/2010), UN Doc. CCPR/C/102/D/1959/2010, dictamen adoptado el 1 de septiembre 2011, párr. 8.3.

⁴⁵¹ Véase la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes que en su artículo 3 dispone:

1. Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura.
2. A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos.

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada el 10 de diciembre de 1984, entrada en vigor el 26 de junio de 1987. Los siguientes 25 Estados Miembros de la OEA son parte de este tratado: Antigua y Barbuda, Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos de América, Guatemala, Guyana, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, San Vicente y las Granadinas, Uruguay y Venezuela.

⁴⁵² Véase, por ejemplo, el preámbulo de la *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura*, adoptada el 9 de diciembre de 1985, entrada en vigor el 28 de febrero de 1987.

⁴⁵³ Cfr. Comité contra la Tortura, *Observación General N° 2: Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes*, UN Doc. CAT/C/GC/2, publicada el 24 de enero de 2008, párrs. 1 y 2.

229. En esta línea, esta Corte ya ha resaltado la vinculación directa e inmediata que existe entre los derechos a la vida y a la integridad personal con la atención a la salud humana⁴⁵⁴. Así, la expulsión o devolución de una persona podría considerarse violatoria de las obligaciones internacionales, dependiendo de las circunstancias concretas de la persona en particular, en casos en que dicha medida redunde en la afectación o el deterioro grave de la salud de la misma o, incluso, cuando pueda derivar en su muerte. A efectos de evaluar una posible vulneración de la Convención o de la Declaración habrá de tenerse en cuenta el estado de salud o el tipo de dolencia que padece la persona, así como la atención en salud disponible en el país de origen y la accesibilidad física y económica a la misma, entre otros aspectos. Así lo ha entendido también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴⁵⁵, el Comité de Derechos Humanos⁴⁵⁶ y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁴⁵⁷.

230. Esta Corte también ha tenido la oportunidad de expedirse, en el marco de su función contenciosa, respecto a las garantías mínimas de debido proceso que deben asegurarse a los extranjeros en procedimientos administrativos relacionados con una situación migratoria irregular⁴⁵⁸, en procedimientos de expulsión o deportación, ya sea para personas que han ingresado o permanecido sin cumplir con los requisitos de la ley inmigratoria así como aquellos que se encuentren legalmente en el país⁴⁵⁹; y en procedimientos para determinar la condición o estatuto de refugiado⁴⁶⁰. La Corte considera que la flagrante violación de las garantías mínimas de debido proceso puede acarrear la violación del principio de no devolución⁴⁶¹.

231. Es más, en lo que se refiere a niñas y niños, el Comité de los Derechos del Niño ha concluido que la obligación de no devolver no se limita al peligro real que pueda existir para la niña o el niño de daño irreparable a sus derechos contenidos en los artículos 6⁴⁶² y 37⁴⁶³ de la

⁴⁵⁴ Cfr. *Caso Vera Vera y otra Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de mayo de 2011. Serie C No. 226, párr. 43.

⁴⁵⁵ Véase, en el sistema europeo, TEDH, *Caso D. Vs. Reino Unido*, No. 30240/96. Sentencia de 2 de mayo de 1997, párr. 53 (“En vista de estas circunstancias excepcionales y teniendo en cuenta la etapa crítica ahora alcanzada en la enfermedad fatal de la demandante, la ejecución del decisión de enviarlo a St. Kitts equivaldría a un trato inhumano por el Estado demandado en violación del artículo 3 (art. 3). [...] A pesar de que no se puede decir que las condiciones a las que debería hacer frente en el país receptor son en sí mismas una infracción de las normas del artículo 3 (art. 3), su expulsión le expondría a un riesgo real de morir bajo las circunstancias más angustiosas y, por tanto, constituiría un trato inhumano” [traducción de la Secretaría de la Corte]).

⁴⁵⁶ Véase Comité de Derechos Humanos, *C. c. Australia* (Comunicación No. 900/1999), UN Doc. CCPR/C/76/D/900/1999, dictamen adoptado el 13 de noviembre de 2002, párr. 8.5 (“[...] En circunstancias en que el Estado Parte ha reconocido la obligación de proteger al autor, el Comité considera que la expulsión del autor a un país donde es poco probable que recibiría el tratamiento necesario para una enfermedad debida, en su totalidad o en parte, a causa de violación de los derechos del autor por el Estado Parte constituiría una violación del artículo 7 del Pacto” [traducción de la Secretaría de la Corte]).

⁴⁵⁷ Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Caso Andrea Mortlock Vs. Estados Unidos*, Informe de admisibilidad y fondo No. 63/08, 25 de julio de 2008, párr. 94 (“En esas circunstancias, la Comisión concluye que enviar conscientemente a Andrea Mortlock a Jamaica, a sabiendas de su actual régimen de atención médica y del insuficiente acceso en el país receptor a servicios similares de salud para los portadores de VIH/SIDA, sería violatorio de sus derechos y constituiría una sentencia *de facto* a un sufrimiento prolongado y una muerte prematura”).

⁴⁵⁸ Cfr. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá, supra*.

⁴⁵⁹ Cfr. *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana, supra*.

⁴⁶⁰ Cfr. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, supra*.

⁴⁶¹ Véase, en el sistema europeo, TEDH, *Caso Chahal Vs. Reino Unido* [GS], No. 22414/93. Sentencia de 15 de noviembre de 1996, párr. 79; TEDH, *Caso Al-Moayad Vs. Alemania*, No. 35865/03. Decisión de 20 de febrero de 2007, párrs. 100-102; TEDH, *Saadi Vs. Italia* [GS], No. 37201/06. Sentencia de 28 de febrero de 2008, párr. 127; TEDH, *Caso Z y T Vs. Reino Unido*, No. 27034/05. Decisión de 28 de febrero de 2006, pág. 6; TEDH, *Caso Bader y Kanbor Vs. Suecia*, No. 13284/04. Decisión de 26 de octubre de 2004, párr. 48; TEDH, *Caso Ahmed Vs. Austria*, No. 25964/94. Decisión de 2 de marzo de 1995, y TEDH, *Caso Pérez Vs. Suecia*, No. 29482/95. Decisión de 18 de abril de 1996.

⁴⁶² Artículo 6:

1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.

Convención sobre los Derechos del Niño, sino que también aplica a otras violaciones de los derechos garantizados por dicho instrumento consideradas graves, como por ejemplo “la insuficiencia de servicios alimentarios o sanitarios”⁴⁶⁴, “sean imputables a actores no estatales o de que las violaciones en cuestión sean directamente premeditadas o sean consecuencia indirecta de la acción o inacción”⁴⁶⁵. La Corte concuerda con el Comité de los Derechos del Niño en cuanto a que “[e]l retorno al país de origen sólo podrá contemplarse en principio si redundará en el interés superior” por lo que se encuentra prohibido cuando “produce un ‘riesgo razonable’ de traducirse en la violación de los derechos humanos fundamentales del [niño o niña] y, en particular, si es aplicable el principio de no devolución”⁴⁶⁶.

232. Por consiguiente, considerando la norma general en orden a que 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, dándole la debida oportunidad de exponer las razones que lo asistan en contra de la devolución⁴⁶⁷, y realizar una evaluación previa o preliminar a efectos de determinar si existe o no ese riesgo y, de constatarse, no debería ser devuelto a su país de origen o donde exista el riesgo⁴⁶⁸, en el caso de niñas y niños se impone también determinar su interés superior en los términos previamente expuestos.

233. De este modo, la prohibición de devolver, expulsar, deportar, retornar, rechazar en frontera o no admitir, o de cualquier manera transferir o remover a una niña o niño a un Estado cuando su vida, seguridad y/o libertad estén en riesgo de violación a causa de persecución o amenaza de la misma, violencia generalizada o violaciones masivas a los derechos humanos, entre otros, así como donde corra el riesgo de ser sometido a tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, o a un tercer Estado desde el cual pueda ser enviado a uno en el cual pueda correr dichos riesgos, encuentra en otras normas de derechos humanos una protección adicional que se extiende a otro tipo de graves violaciones a sus derechos humanos, entendidos y analizados con un enfoque de edad y de género, así como dentro de la lógica establecida por la propia Convención sobre los Derechos del Niño, que hace de la determinación del interés superior rodeada de las debidas garantías un aspecto central al

2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

⁴⁶³ Artículo 37. Los Estados Partes velarán por que:

a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad;

b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda;

c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales;

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.

⁴⁶⁴ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, supra*, párrs. 26 y 27.

⁴⁶⁵ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, supra*, párrs. 26 y 27.

⁴⁶⁶ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, supra*, párr. 84.

⁴⁶⁷ Cfr. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, supra*, párr. 136.

⁴⁶⁸ Cfr. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, supra*, párr. 136.

adoptar cualquier decisión que concierne a la niña o al niño y, especialmente, si el principio de no devolución se ve involucrado.

234. De todo lo anteriormente expuesto se colige que la competencia de las autoridades internas para decidir sobre las personas que pueden permanecer en su territorio y, por ende, la potestad de devolver a una persona a su país de origen o a un tercer país está condicionada por las obligaciones derivadas del derecho internacional y, en particular, del derecho de los refugiados, del derecho internacional de los derechos humanos, de la prohibición de la tortura y del artículo 22.8 de la Convención Americana. En efecto, el principio de no devolución es consustancial a estas diferentes ramas del derecho internacional en que se ha desarrollado y codificado el mismo. No obstante, en cada una de estos contextos, el contenido del principio de no devolución reconoce un ámbito de aplicación personal y material particular y obligaciones correlativas específicas, las que deben entenderse como de naturaleza complementaria, en los términos del artículo 29 de la Convención Americana y el principio *pro persona*. Ello implica, en definitiva, efectuar la interpretación más favorable para el efectivo goce y ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, aplicando aquella norma que otorgue mayor protección al ser humano.

235. Aunado a ello, es importante para la Corte resaltar que para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos y, en este caso en particular del principio de no devolución, no basta con que los Estados se abstengan de incurrir en una violación de dicho principio, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas.

236. En situaciones en las cuales la persona se encuentra frente a un riesgo de tortura el principio de no devolución es absoluto. Sin embargo, pueden existir situaciones en las cuales exista motivos fundados para considerar que una persona extranjera representa una amenaza a la seguridad nacional o al orden público, pero que no puede ser devuelta al país de origen y no existe un tercer país seguro donde devolverla⁴⁶⁹. La Corte reconoce que en los casos de no reconocimiento de la condición de refugiado ni de un estatus migratorio regular y ante la imposibilidad de la devolución, es necesario precisar si la persona en dicha situación solamente tiene el derecho a no ser devuelta o si, además, es titular de otros derechos que obligarían a la actuación estatal.

237. La Corte considera que debe existir algún tipo de protección estandarizada para las personas que no han sido reconocidas como migrantes regulares o no califican como refugiados pero que su devolución sería, sin embargo, contraria a las obligaciones generales sobre no devolución bajo el derecho internacional. En el caso *M.S.S. Vs. Bélgica y Grecia*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que el hecho de que se deje a una persona solicitante de asilo en una situación precaria, sin acceso a determinadas condiciones mínimas

⁴⁶⁹ La Comisión ha señalado que “[e]n el caso de personas que han sido sometidas a ciertas formas de persecución, como, por ejemplo, la tortura, el retorno a sus países de origen las colocaría en una situación de riesgo que no es permisible en virtud del derecho internacional. Como se señaló anteriormente, la prohibición de la tortura como norma de derecho imperativo -- codificada en la Declaración Americana de manera general y en el artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura en el contexto de la expulsión-- se aplica más ampliamente que los términos de la Convención de 1951. El hecho de que se sospeche o considere que una persona está relacionada con el terrorismo no modifica la obligación del Estado de abstenerse de devolverla en los casos en los cuales existen elementos substanciales que indiquen la existencia de un verdadero riesgo de trato inhumano. La devolución es también altamente problemática en términos prácticos en el caso de personas apátridas o personas con respecto a las cuales no es posible obtener documentos de viaje. La información con que cuenta la Comisión no indica claramente cuáles son las otras opciones efectivas de que disponen estas personas o si existen salvaguardas adecuadas para garantizar que la expulsión no ponga en riesgo su vida o su integridad física.” Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el Marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado*, OEA/Ser.L/V/II.106. Doc. 40. Rev. 1, 28 de febrero de 2000, párr. 154.

de vida, puede llegar a constituir una violación a la prohibición de trato inhumano o degradante⁴⁷⁰.

238. La Corte ha constatado que en algunos países de la región⁴⁷¹ existe la figura que contempla un tipo de protección similar a la otorgada a solicitantes de asilo y refugiados, que impediría colocar a una persona en una situación en la cual su vida, libertad, seguridad o integridad peligran. Dicha figura, conocida como protección complementaria, se podría definir como la protección que la entidad autorizada en el país de acogida otorga al extranjero que no tiene regularidad migratoria y que no califica como refugiado bajo la definición tradicional o la ampliada, consistente, principalmente, en no devolverlo al territorio de otro país en donde su vida, libertad, seguridad o integridad se verían amenazadas. La Corte considera que la protección complementaria es una manera en la cual el Estado reconoce la situación de la persona, identifica su riesgo y tiene conocimiento de sus necesidades⁴⁷².

239. Adicionalmente, la Corte observa que los refugiados y aquellos que reciben protección complementaria tienen en común el haber huido de sus países para evitar la violación o la continuación de la violación de sus derechos humanos, por lo que la protección que obtengan debe ser similar. Según el ACNUR, los privilegios y derechos derivados de la protección internacional se deberían basar en las necesidades de la persona solicitante y no en la clase de protección internacional otorgada⁴⁷³.

240. Sobre la base de lo expuesto anteriormente, la Corte considera que la protección complementaria configura un desarrollo normativo consecuente con el principio de no devolución, a través del cual los Estados velan por los derechos de las personas que no califican como refugiados o en otra calidad migratoria, pero no pueden ser devueltas. La protección complementaria debe contar con el reconocimiento de los derechos básicos de las personas protegidas. Los Estados podrían limitar el ejercicio de ciertos derechos al otorgar esta protección, siempre que se basen en motivos objetivos y razonables, y no viole el principio de no discriminación.

241. En este marco, resulta relevante hacer referencia al artículo 22 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual reconoce el derecho a que los Estados logren que el niño que intente obtener el estatuto de refugiado, o que sea considerado refugiado de conformidad con el derecho y los procedimientos internacionales o internos aplicables, reciba la protección y asistencia necesaria para salvaguardar sus derechos. Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño determinó que “[s]i no se cumplieran los requisitos para obtener la condición de refugiado al amparo de la Convención de 1951, los menores separados o no acompañados disfrutarán de la protección complementaria disponible en la medida determinada por sus necesidades de protección[, incluyendo] la obligación [estatal] de atender las necesidades

⁴⁷⁰ Cfr. TEDH, *Caso M.S.S. Vs. Bélgica y Grecia* [GS], No. 30696/09. Sentencia de 21 de enero de 2011, párrs. 249 a 264.

⁴⁷¹ Véase *Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria*, de 27 de enero de 2011, artículo 2.IV (México); *Ley No. 761 – Ley General de Migración y Extranjería*, de 7 de julio de 2011, artículo 220 (Nicaragua), y *Ley General de Migración y Extranjería N° 8764*, de 1° de septiembre de 2009, artículos 6.6 y 94.12 (Costa Rica).

⁴⁷² En algunos países el reconocimiento formal por parte del Estado de la calidad migratoria de personas que no califican como refugiados y no pueden ser devueltas se ha dado a través del otorgamiento de visas humanitarias. Las mismas, en diferentes variaciones, son utilizadas en: Argentina, Brasil, Costa Rica, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Uruguay, Venezuela.

⁴⁷³ Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *UNHCR's Observations on the European Commission's Proposal for a Council Directive on Minimum Standards for the Qualification and Status of Third Country Nationals and Stateless Persons as Refugees or as Persons Who Otherwise Need International Protection (Brussels, 12 September 2001, COM(2001) 510 final, 2001/0207 (CNS))* [*Observaciones del ACNUR a la propuesta de la Comisión Europea para la creación de una Directiva de Estándares Mínimos para la Calificación y Estatus de Nacionales de Estados de Tercer Consejo y Personas Apátridas como Refugiados o Personas que Necesitan Protección Internacional (Bruselas, 12 de septiembre de 2001, COM(2001) 510 final, 2001/10207 (CNS))*] (traducción de la Secretaría de la Corte), 1 de noviembre de 2001.

específicas de protección del menor no acompañado y separado de su familia”⁴⁷⁴. Ello implica necesariamente que deberá asegurarse, “en la máxima medida posible, [el disfrute] de todos los derechos humanos que se reconocen a los niños en el territorio perteneciente o sujeto a la jurisdicción del Estado, con inclusión de los derechos que presuponen la estancia legal en dicho territorio”⁴⁷⁵.

242. En conclusión, una interpretación de las disposiciones relativas al principio de no devolución, en virtud de la protección especial derivada de los artículos 19 de la Convención y VII de la Declaración y considerando el régimen establecido por la Convención sobre los Derechos del Niño, lleva a esta Corte a afirmar la vigencia del muy consolidado principio de no devolución en el caso de niñas y niños, de modo tal que cualquier decisión sobre su devolución al país de origen o a un tercer país seguro sólo podrá basarse en los requerimientos de su interés superior, teniendo en cuenta que el riesgo de vulneración de sus derechos puede adquirir manifestaciones particulares y específicas en razón de la edad.

XIV PROCEDIMIENTOS PARA GARANTIZAR EL DERECHO DE LAS NIÑAS Y NIÑOS A BUSCAR Y RECIBIR ASILO

243. La Corte Interamericana ha sido consultada sobre las características que deberían incorporar los procedimientos a emplearse cuando se identifica una potencial solicitud de asilo o de reconocimiento de la condición de refugiado de una niña o niño migrante, a la luz del artículo 22.7⁴⁷⁶ de la Convención Americana y del artículo XXVII⁴⁷⁷ de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

244. A fin de otorgarle efecto útil al derecho a buscar y recibir asilo previsto en los artículos 22.7 de la Convención y XXVII de la Declaración Americana (*supra* párrs. 73 a 81 y 98 a 99) y garantizar su ejercicio en condiciones de igualdad y sin discriminación, la Corte ha resaltado la necesidad primordial de que los Estados diseñen y hagan operativos procedimientos justos y eficientes destinados a determinar si la persona solicitante reúne los criterios para ejercer dicho derecho y solicitar el estatuto de refugiado, tomando en cuenta que las definiciones contienen elementos subjetivos y objetivos (*supra* párrs. 75, 76 y 80) que sólo pueden conocerse por medio de procedimientos individualizados y que, a su vez, permitan un correcto examen de la solicitud de asilo y prevengan devoluciones contrarias al derecho internacional⁴⁷⁸.

⁴⁷⁴ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párr. 77.

⁴⁷⁵ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párr. 77.

⁴⁷⁶ Artículo 22. Derecho de Circulación y de Residencia

[...]

7. Toda persona tiene el derecho a buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales. [...]

⁴⁷⁷ Artículo XXVII. Derecho de asilo

Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales.

⁴⁷⁸ *Cfr. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, *supra*, párrs. 147 y 159. El Comité Ejecutivo del ACNUR ha señalado “la importancia de establecer, de conformidad con la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, procedimientos justos y eficientes, a los que tengan acceso todos los solicitantes de asilo, con el fin de asegurar que se identifique y se otorgue protección a los refugiados y otras personas que reúnan las condiciones para acogerse a protección en virtud del derecho internacional o nacional”. *Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Comité Ejecutivo, Conclusiones Adoptadas por el Comité Ejecutivo para la Protección Internacional de Refugiados*, publicadas el 8 de octubre de 1993, UN Doc. 71 (XLIV)-1993, párr. (i). Ver también Alto

245. Los tratados aplicables del derecho internacional de refugiados, y en particular la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967, no contienen referencias explícitas sobre los procedimientos a seguir para la determinación de la condición de refugiado y las garantías procesales, por lo que correspondería a los propios Estados determinar dichos procedimientos y las autoridades competentes para hacer efectivo ese derecho. Sin embargo, el Tribunal ha resaltado que todo procedimiento relativo a la determinación de la condición de refugiado de una persona implica una valoración y decisión sobre el posible riesgo de afectación a sus derechos más básicos, como la vida, la integridad y la libertad personal. En razón de “la naturaleza de los derechos que podrían verse afectados por una determinación errónea del riesgo o una respuesta desfavorable, las garantías de debido proceso resultan aplicables, en lo que corresponda, a este tipo de procedimientos”⁴⁷⁹. Por ello, esta Corte ha considerado que, en aplicación de los principios de no discriminación y debido proceso, se hacen necesarios procedimientos previsibles que aseguren a la persona solicitante, incluyendo las niñas y los niños, su derecho a ser oído con las debidas garantías de conformidad con los artículos 8 y 25 de la Convención Americana⁴⁸⁰, así como coherencia y objetividad en la toma de decisiones en cada etapa del procedimiento para evitar decisiones arbitrarias⁴⁸¹.

246. Ahora bien, en virtud de la protección especial derivada de los artículos 19 de la Convención y VII de la Declaración, la Corte entiende que la obligación estatal de establecer y seguir procedimientos justos y eficientes para poder identificar a los potenciales solicitantes de asilo, y determinar la condición de refugiado a quienes satisfagan los requisitos para obtener la protección internacional, debe incorporar también los componentes y las garantías específicas desarrolladas a la luz de la protección integral debida a todas las niñas y niños. De este modo, los principios contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño deben orientar tanto los aspectos sustantivos como procedimentales de la determinación de la solicitud de la condición de refugiado de la niña o del niño⁴⁸². Así, cuando son solicitantes, las niñas y los niños deben gozar, además de las garantías generales en los términos de los artículos 8 y 25 la Convención Americana, de garantías procedimentales específicas y probatorias para garantizar su acceso a dicho procedimiento y que decisiones justas sean tomadas en la determinación de sus solicitudes para la condición de refugiado⁴⁸³, lo cual requiere de un desarrollo e integración de

Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Consultas globales sobre protección internacional: Reunión Ministerial de los Estados Partes de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados (12-13 de diciembre 2001) - Declaración de los Estados Partes de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, UN Doc. HCR/MMSP/2001/9, adoptada el 13 de diciembre de 2001, publicada el 16 de diciembre de 2002, párrafo operativo 6. Asimismo, Asamblea General de la ONU, *Resolución 52/132 Derechos humanos y éxodos en masa*, UN Doc. A/RES/52/132, adoptada y publicada el 27 de febrero de 1998; *Resolución 49/169 de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados*, UN Doc. A/RES/49/169, adoptada y publicada el 24 de febrero de 1995, y *Resolución 45/140 de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados*, UN Doc. A/RES/45/140, adoptada y publicada el 14 de diciembre de 1990. El Comité contra la Tortura ha indicado la importancia de “la regulación de procedimientos de tramitación y decisión de las solicitudes de asilo y refugio, que contemplen la oportunidad del requirente de ser formalmente oído y de hacer valer lo que convenga al derecho que invoca, incluido su prueba, con resguardo de las características del debido proceso de derecho”. Comité contra la Tortura, *Observaciones finales del Comité contra la Tortura: Venezuela*, UN Doc. A/54/44, 5 de mayo de 1999, párr. 148.

⁴⁷⁹ *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, *supra*, párr. 157.

⁴⁸⁰ *Cfr. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, *supra*, párr. 154.

⁴⁸¹ *Cfr. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, *supra*, párr. 157.

⁴⁸² *Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Directrices de protección internacional: Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, UN Doc. HCR/GIP/09/08, publicadas el 22 de diciembre de 2009, párr. 5.

⁴⁸³ *Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Directrices de protección internacional: Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, UN Doc. HCR/GIP/09/08, publicadas el 22 de diciembre de 2009, párr. 65.

procedimientos apropiados y seguros para las niñas y los niños, y un ambiente que les genere confianza en todas las etapas del proceso de asilo⁴⁸⁴.

247. Para cerciorarse que los procedimientos para atender solicitudes de asilo o de reconocimiento de la condición de refugiado sean adecuados, los Estados deben aplicar a cabalidad los principios rectores (*supra* párr. 69). En especial, lo referente al interés superior de la niña o del niño, como consideración primordial en todas las acciones que los afecten, y a su participación, que involucra el derecho de las niñas y los niños solicitantes de asilo y refugiados de gozar de la oportunidad de ser escuchados en todo procedimiento administrativo o judicial que los afecte. Sobre la relación significativa entre estos dos principios, la Corte ya ha resaltado que la misma “facilita el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten su vida”⁴⁸⁵, incluyendo los procedimientos de asilo o para la determinación de la condición de refugiado. Además, es relevante referirse al contenido del artículo 22 de la Convención sobre los Derechos del Niño⁴⁸⁶, el cual reconoce el derecho a que los Estados aseguren que el niño que intente obtener el estatuto de refugiado, o que sea considerado refugiado de conformidad con el derecho y los procedimientos internacionales o internos aplicables, reciba la protección y asistencia necesaria para salvaguardar sus derechos.

248. Específicamente, el Comité Ejecutivo del ACNUR ha hecho hincapié en que la adaptación de dichos procedimientos a las necesidades específicas de la infancia incluya “los requisitos de prueba pertinentes, prioridad en la tramitación de las solicitudes de asilo de niños no acompañados o separados de su familia, representación letrada cualificada y gratuita o representación de otra índole para los niños no acompañados o separados de su familias, y [...] la posibilidad de aplicar la Convención de 1951 teniendo en cuenta la edad y el género y reconociendo, a esos efectos, las manifestaciones y formas de persecución específicamente dirigidas contra los niños”⁴⁸⁷.

249. De este modo, es posible considerar que los artículos 19, 22.7 y 22.8 de la Convención Americana, VII y XXVII de la Declaración Americana, 22 de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como la Convención de 1951, su Protocolo de 1967 y la definición regional de la Declaración de Cartagena, conforman el *corpus iuris* internacional para la protección de los derechos humanos de las niñas y los niños solicitantes de asilo y refugiados en el continente americano. Bajo el marco desarrollado, la Corte procederá a continuación a exponer los componentes esenciales que se derivan de la obligación estatal de establecer y seguir procedimientos justos y eficientes para poder identificar a los potenciales solicitantes de asilo y, en su caso, determinar la condición de refugiado a quienes satisfagan los requisitos para obtener este tipo de protección internacional teniendo en cuenta las formas particulares que

⁴⁸⁴ Cfr. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, *supra*, párr. 224.

⁴⁸⁵ *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, *supra*, párr. 220.

⁴⁸⁶ El cual dispone:

1. Los Estados Partes adoptarán medidas adecuadas para lograr que el niño que trate de obtener el estatuto de refugiado o que sea considerado refugiado de conformidad con el derecho y los procedimientos internacionales o internos aplicables reciba, tanto si está solo como si está acompañado de sus padres o de cualquier otra persona, la protección y la asistencia humanitaria adecuadas para el disfrute de los derechos pertinentes enunciados en la presente Convención y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos o de carácter humanitario en que dichos Estados sean partes.

2. A tal efecto los Estados Partes cooperarán, en la forma que estimen apropiada, en todos los esfuerzos de las Naciones Unidas y demás organizaciones intergubernamentales competentes u organizaciones no gubernamentales que cooperen con las Naciones Unidas por proteger y ayudar a todo niño refugiado y localizar a sus padres o a otros miembros de su familia, a fin de obtener la información necesaria para que se reúna con su familia. En los casos en que no se pueda localizar a ninguno de los padres o miembros de la familia, se concederá al niño la misma protección que a cualquier otro niño privado permanente o temporalmente de su medio familiar, por cualquier motivo, como se dispone en la presente Convención.

⁴⁸⁷ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Comité Ejecutivo, *Conclusión sobre los niños en situación de riesgo*, UN Doc. 107 (LVIII)-2007, publicada el 5 de octubre de 2007, párr. g).viii).

puede adquirir la persecución de niñas y niños (*supra* párr. 80), así como aquellos específicos que se requieren para asegurar un procedimiento accesible y adecuado para las niñas y niños.

250. En este sentido, cuando se identifica a una niña o un niño migrante como un potencial solicitante de asilo o de reconocimiento de la condición de refugiado, ésta o éste debe recibir la orientación necesaria en cuanto al procedimiento que ha de seguirse⁴⁸⁸, en un lenguaje y modo que pueda comprender y, en su caso, se le debe dar la oportunidad de ponerse en contacto con un representante de ACNUR o la entidad que haga sus funciones en caso de no encontrarse en el país⁴⁸⁹.

251. Del mismo modo, la Corte ha previamente señalado que integra la referida obligación el otorgamiento al solicitante de asilo de las facilidades necesarias⁴⁹⁰, incluyendo los servicios de un intérprete competente⁴⁹¹, así como, en su caso, el acceso a asesoría y representación legal⁴⁹², tanto para someter su solicitud ante las autoridades⁴⁹³ como durante el trámite de la misma. En el caso de niñas y niños, la representación legal debe ser gratuita y contar con capacitación especializada⁴⁹⁴. Al igual que en los procedimientos migratorios (*supra* párrs. 132 a 136), en caso que se trate de una niña o niño no acompañado o separado, deviene una obligación ineludible el nombramiento de un tutor que vele por el bienestar e interés superior de la niña o del niño⁴⁹⁵.

252. Una vez que la niña o el niño es referido a la autoridad competente, la cual debe estar claramente identificada en el marco del procedimiento establecido, corresponde que la misma realice el examen de la solicitud con objetividad⁴⁹⁶. A este efecto, constituye un requisito ineludible la realización de una entrevista personal a fin de que el solicitante exponga su caso⁴⁹⁷, de modo tal que se garantice su derecho a ser oído. El derecho de las niñas y los niños a expresar sus opiniones y participar de una manera significativa es también importante en el contexto de los procedimientos de asilo o para la determinación de la condición de

⁴⁸⁸ Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Comité Ejecutivo, *Determinación de la condición de refugiado*, UN Doc. 8 (XXVIII)-1977, publicada el 12 de octubre de 1977, párr. e(ii).

⁴⁸⁹ Cfr. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, *supra*, párr. 159.a). Ver también, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Comité Ejecutivo, *Determinación de la condición de refugiado*, UN Doc. 8 (XXVIII)-1977, publicada el 12 de octubre de 1977, párr. e(iv).

⁴⁹⁰ Cfr. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, *supra*, párr. 159.a). Ver también Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Procedimientos de asilo justos y eficientes: Una visión no exhaustiva de las normas internacionales aplicables*, 2 de septiembre de 2005, pág. 3.

⁴⁹¹ Cfr. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, *supra*, párr. 159.a). Ver también Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Procedimientos de asilo justos y eficientes: Una visión no exhaustiva de las normas internacionales aplicables*, 2 de septiembre de 2005, pág. 3.

⁴⁹² Cfr. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, *supra*, párr. 159.a). Ver también Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Procedimientos de asilo justos y eficientes: Una visión no exhaustiva de las normas internacionales aplicables*, 2 de septiembre de 2005, pág. 3.

⁴⁹³ Cfr. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, *supra*, párr. 159.a).

⁴⁹⁴ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, *supra*, párrs. 94 y 96, y Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices de protección internacional: Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, UN Doc. HCR/GIP/09/08, publicadas el 22 de diciembre de 2009, párr. 69.

⁴⁹⁵ Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices de protección internacional: Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, UN Doc. HCR/GIP/09/08, publicadas el 22 de diciembre de 2009, párr. 69.

⁴⁹⁶ Cfr. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, *supra*, párr. 159.b).

⁴⁹⁷ Cfr. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, *supra*, párr. 159.b).

refugiado⁴⁹⁸, cuyos alcances pueden depender de si la niña o el niño es solicitante o no, independientemente de que sea acompañado, no acompañado o separado de sus padres o de las personas encargadas de su cuidado⁴⁹⁹. En los supuestos en que las niñas o los niños no pudieran dar una entrevista, corresponde atender a los métodos de comunicación no verbales que resulten más idóneos en cada caso concreto para dar cumplimiento al principio de participación.

253. Asimismo, la Corte considera que se cumple con lo dispuesto en los citados artículos 19 de la Convención y VII de la Declaración, cuando se sigue la práctica de otorgar una atención prioritaria para la entrevista a niñas y niños no acompañados, luego a los separados, después de estos a los acompañados de un solo progenitor y, finalmente, a los que vienen como parte de una familia⁵⁰⁰, a fin de atender oportunamente y determinar la urgencia de la necesidad de protección.

254. La entrevista debe ser realizada en un lugar adecuado a las necesidades y seguridad de las niñas y niños, lo cual significa un espacio que no resulte amenazante, y por un profesional que cuente con una capacitación especializada. Al inicio de la entrevista la autoridad debe informar a la niña o niño lo que sucederá, procurando en todo momento evitar la incomodidad y resaltando que se trata de una entrevista confidencial. Al respecto, la Corte ya ha determinado⁵⁰¹ que, con la finalidad de proteger los derechos de los solicitantes que puedan estar en riesgo, el procedimiento debe respetar en todas sus etapas la protección de los datos del solicitante y de la solicitud, así como el principio de confidencialidad⁵⁰².

255. La Corte estima que la entrevista no sólo constituye una forma de recabar información sobre la situación actual de la niña o niño solicitante y de obtener y comprobar todos los elementos de prueba accesibles, sino también permite identificar necesidades inmediatas de asistencia como ropa, comida e higiene, entre otras.

256. La Corte recuerda que los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen la protección de los derechos humanos de niñas y niños deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcional por parte de las autoridades (*supra* párr. 143). Por tal motivo, debe existir la menor demora posible en el reconocimiento de la condición de refugiado a las niñas y niños. La Corte considera que el Estado es responsable de brindar protección y cuidado a la niña o niño solicitante de manera especial durante el tiempo que dure la toma de decisión. Esto significa asegurar vivienda y comida, así como acceso a la salud, atención psicosocial y educación⁵⁰³.

⁴⁹⁸ La Convención sobre los Derechos del Niño no establece límite alguno inferior de edad en el derecho del niño para expresar libremente sus opiniones, ya que es evidente que los niños pueden y tienen opiniones desde una edad muy temprana. *Cfr.* Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 12: El derecho del niño a ser escuchado*, *supra*, párr. 21.

⁴⁹⁹ *Cfr.* *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, *supra*, párr. 223.

⁵⁰⁰ *Cfr.* Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Comité Ejecutivo, *Conclusión sobre los niños en situación de riesgo*, UN Doc. No. 107 (LVIII)-2007, publicada el 5 de octubre de 2007, párr. g).viii).

⁵⁰¹ *Cfr.* *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, *supra*, párr. 159.d).

⁵⁰² *Cfr.* Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Procesos de asilo (Procedimientos de asilo justos y eficientes). Consultas globales sobre protección internacional*, UN. Doc. EC/GC/01/12, publicado el 31 de mayo de 2001, párr. 50(m). Ver también, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Guidelines on international protection No. 5: Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees [Directrices sobre protección internacional No. 5: La aplicación de las cláusulas de exclusión: El artículo 1F de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados]* (traducción de la Secretaría de la Corte), UN Doc. HCR/GIP/03/05, 4 de septiembre de 2003, párr. 33.

⁵⁰³ *Cfr.* Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Guidelines on Policies and Procedures dealing with Unaccompanied Children Seeking Asylum*, febrero de 1997.

257. La decisión que adopte la autoridad competente respecto a la solicitud, en cuanto a reconocer o no la condición de refugiado al solicitante en base a las determinaciones de hecho y de derecho, debe estar debida y expresamente fundamentada⁵⁰⁴, a fin de posibilitar en su caso el ejercicio del derecho al recurso. Asimismo, dicha decisión debe ser comunicada a la niña o niño en un lenguaje y modo adecuado a la edad y en presencia de su tutor, representante legal y/o de otra persona de apoyo⁵⁰⁵. En caso de reconocerse la condición de refugiado, la autoridad competente debe otorgar un documento que lo certifique.

258. Por otra parte, la Corte ya ha indicado que si no se reconoce al solicitante la condición de refugiado, se le debe brindar la información sobre cómo recurrir la decisión y concedérsele un plazo razonable para ello, a fin de que se reconsidere formalmente la decisión adoptada⁵⁰⁶. En el caso de niñas y niños se deberá procurar, en tal eventualidad, evitar o reducir cualquier posibilidad de estrés o daño psicológico⁵⁰⁷.

259. De igual forma, la Corte ha señalado que el recurso de revisión o apelación debe tener efectos suspensivos y debe permitirse al solicitante que permanezca en el país hasta que la autoridad competente adopte la decisión del caso, e inclusive mientras esté pendiente el medio de impugnación⁵⁰⁸.

260. A tal fin, la Corte señala que la emisión de un documento que demuestre el estatus migratorio del solicitante constituye una salvaguarda contra la expulsión arbitraria o la devolución. Este documento debe ser emitido durante la tramitación del procedimiento de asilo o de determinación de la condición de refugiado y debe permitir el acceso a servicios sin que estigmatice al solicitante⁵⁰⁹.

261. En suma, para garantizar de forma efectiva el derecho comprendido en los artículos 22.7 de la Convención Americana y XXVII de la Declaración Americana, los Estados deben adecuar los procedimientos de asilo o de determinación de la condición de refugiado para brindar a las niñas y niños un acceso efectivo a los mismos que permita considerar su situación específica. La Corte considera que dicha obligación conlleva⁵¹⁰: no obstaculizar el

⁵⁰⁴ Cfr. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, supra*, párrs. 159.c) y 171. Ver también, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Manual y Directrices de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en Virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, UN Doc. HCR/1P/4/ENG/REV.3, diciembre de 2011, párrs. 29, 203 y 204.

⁵⁰⁵ Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices de protección internacional: Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, UN Doc. HCR/GIP/09/08, publicadas el 22 de diciembre de 2009, párr. 77.

⁵⁰⁶ Cfr. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, supra*, párr. 159.e). Ver también, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Comité Ejecutivo, *Determinación de la condición de refugiado*, UN Doc. 8 (XXVIII)-1977, publicada el 12 de octubre de 1977, párr. e(vi), y Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Mejorando los procedimientos de asilo: Análisis comparativo y recomendaciones para el Derecho y Práctica - Principales conclusiones y recomendaciones: Un proyecto de investigación de ACNUR sobre la aplicación de las disposiciones clave de la Directiva de Procedimientos de Asilo en Determinados Estados Miembros*, marzo de 2010, pág. 89.

⁵⁰⁷ Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices de protección internacional: Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, UN Doc. HCR/GIP/09/08, publicadas el 22 de diciembre de 2009, párr. 77.

⁵⁰⁸ Cfr. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, supra*, párr. 159.f). Ver también, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Procesos de asilo (Procedimientos de asilo justos y eficientes). Consultas globales sobre protección internacional*, UN Doc. EC/GC/01/12, publicado el 31 de mayo de 2001, párr. 43..

⁵⁰⁹ Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Conclusión sobre la recepción de los solicitantes de asilo en el contexto de los diferentes sistemas de asilo*, UN Doc. 93 (LIII)-2002, publicada el 8 de octubre de 2002, párr. b(i) al (ix).

⁵¹⁰ Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices de protección internacional: Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo*

ingreso al país; si se identifican riesgos y necesidades dar a la persona acceso a la entidad estatal encargada de otorgar el asilo o el reconocimiento de la condición de refugiado o a otros procedimientos que sean idóneos para la protección y atención específica según las circunstancias de cada caso; tramitar de forma prioritaria las solicitudes de asilo de niñas y niños como solicitante principal; contar con personal de recepción en la entidad que pueda examinar a la niña o niño para determinar su estado de salud; realizar un registro y entrevista procurando no causar mayor trauma o re-victimización; disponer de un lugar para la estadía de la persona solicitante, si no lo tiene ya; emitir un documento de identidad para evitar la devolución; estudiar el caso con consideración de flexibilidad en cuanto a la prueba; asignarle un tutor independiente y capacitado en caso de niñas o niños no acompañados o separados; en caso de reconocerse la condición de refugiado, proceder a trámites de reunificación familiar, si fuere necesario de conformidad con el interés superior, y finalmente, buscar como solución duradera la repatriación voluntaria, el reasentamiento o la integración social, de acuerdo a la determinación del interés superior de la niña o del niño⁵¹¹.

262. Ahora bien, es cierto que en la determinación de la condición de refugiado los Estados generalmente evalúan los casos de forma individual. Sin embargo, en situaciones de afluencia masiva de personas⁵¹², en que la determinación individual de la condición de refugiado por lo general no resulta viable, pero existe una apremiante necesidad de brindar protección y asistencia, particularmente cuando se trata de niñas o niños, los Estados deben garantizar el acceso “a la protección, la no devolución y un trato humanitario mínimo”⁵¹³, pudiendo recurrir al reconocimiento grupal, colectivo o *prima facie*. Bajo este precepto, es necesario reconocer la figura de la responsabilidad compartida que implica, por un lado, que el Estado de acogida tiene la obligación de admitir a las personas que buscan asilo dentro del territorio sin discriminación y respetar los principios de no devolución y no rechazo en frontera, así como otorgar la protección internacional que corresponda, y por el otro, el Estado de origen debe propender a resolver y eliminar las causas del desplazamiento para poder garantizar una solución duradera y, en particular, la repatriación voluntaria.

XV DERECHO A LA VIDA FAMILIAR DE LAS NIÑAS Y LOS NIÑOS EN EL MARCO DE

de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, UN Doc. HCR/GIP/09/08, publicadas el 22 de diciembre de 2009, párrs. 65 a 77.

⁵¹¹ Véase Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño*, mayo de 2008.

⁵¹² El ACNUR ha indicado que no es posible definir en términos absolutos aquello que constituye una “afluencia masiva o a gran escala”, sino que ha de ser definido en función de los recursos de que disponga el país receptor. En esta línea ha sostenido que “[h]a de entenderse esta expresión como refiriéndose a un elevado número de llegadas a un país, durante un período breve de tiempo, de personas provenientes del mismo país de origen, que han sido desplazadas bajo circunstancias que indiquen que los miembros del grupo merecerían protección internacional, y para los cuales, dado lo elevado de su número, es materialmente imposible llevar a cabo una determinación de estatuto de refugiado a nivel individual”. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Comentario del ACNUR sobre el Borrador de Directiva de la Unión Europea sobre Protección Temporal en caso de afluencia masiva*, 15 de septiembre de 2000, parte 3(a), citado en Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Manual y Directrices de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en Virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, UN Doc. HCR/1P/4/ENG/REV.3, diciembre de 2011, párr. 44. Asimismo, el Comité Ejecutivo del ACNUR ha observado que la afluencia masiva es un fenómeno que no se ha definido, pero que tal situación estará caracterizada por, entre otros, los siguientes aspectos: (i) un número considerable de personas que llegan a través de una frontera internacional; (ii) un ritmo rápido de llegada; (iii) una insuficiente capacidad de absorción o de respuesta en los países de acogida, en particular durante la emergencia; (iv) los procedimientos de asilo individuales, cuando se encuentren disponibles, son incapaces de hacer frente a la evaluación de un número tan grande. *Cfr.* Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Comité Ejecutivo, *Conclusión sobre cooperación internacional y distribución de la carga y las responsabilidades en las situaciones de desplazamientos en gran escala*, UN Doc. A/AC.96/1003, No. 100 (XLV), publicada el 12 de octubre de 2004.

⁵¹³ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *La protección de los refugiados en situaciones de afluencia masiva: marco global para la protección*, UN Doc. EC/GC/01/4, 19 de febrero de 2001, párr. 6.

PROCEDIMIENTOS DE EXPULSIÓN O DEPORTACIÓN DE SUS PROGENITORES POR MOTIVOS MIGRATORIOS

263. La Corte Interamericana ha sido consultada sobre el alcance que debiera conferirse a la protección del derecho de las niñas y niños a no ser separados de sus padres en los casos en los que pudiera aplicarse una medida de deportación a uno o ambos progenitores, como consecuencia de su condición migratoria, a la luz de los artículos 8⁵¹⁴, 17⁵¹⁵, 19⁵¹⁶ y 25⁵¹⁷ de la

514 Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.
2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
 - a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
 - b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;
 - c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
 - d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
 - e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
 - f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
 - g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
 - h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.
3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.
4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.
5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

515 Artículo 17. Protección a la Familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.
3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.
4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.
5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

516 Artículo 19. Derechos del Niño

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

517 Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

Convención Americana y los artículos VI⁵¹⁸ y XXV⁵¹⁹ de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

264. El artículo 17 de la Convención Americana, así como el artículo VI de la Declaración Americana, articulan el derecho de protección a la familia, reconociendo que la familia es el elemento fundamental de la sociedad y que debe ser protegida. La Corte ya ha señalado que este derecho implica no sólo disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar⁵²⁰, toda vez que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia⁵²¹.

265. La Corte también ha precisado que el artículo 11.2 de la Convención Americana⁵²², el cual reconoce el derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o abusivas en la vida de familia -también denominada “vida familiar” en lo sucesivo- forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia⁵²³. En esta línea, el Tribunal considera que para dar respuesta a la consulta planteada es necesario analizar conjuntamente los artículos 17.1 y 11.2 de la Convención, así como el artículo VI de la Declaración, pues corresponde a la Corte interpretar el alcance del referido derecho en el marco de un supuesto específico, que es en los casos de un procedimiento de expulsión o deportación de uno o ambos progenitores, como consecuencia de su condición migratoria, lo cual puede configurar una injerencia en el disfrute de la vida familiar al separar a la niña o al niño de uno o ambos progenitores. En particular, corresponde determinar los parámetros bajo los cuales tal interferencia no resulte arbitraria ni abusiva y, por ende, la restricción a la vida familiar sea legítima.

2. Los Estados Partes se comprometen:

- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
- c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

⁵¹⁸ Artículo VI. Derecho a la constitución y a la protección de la familia

Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella.

⁵¹⁹ Artículo XXV. Derecho de protección contra la detención arbitraria

Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes.

Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil.

Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad.

⁵²⁰ Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, supra, párr. 66, y *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, supra, párr. 226.

⁵²¹ Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, supra, párr. 72, y *Caso Fornerón e hija Vs. Argentina*, supra, párr. 47.

⁵²² Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad

[...]

2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. [...]

⁵²³ Cfr. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*, supra, párr. 170.

266. Ahora bien, lo anterior requiere realizar una serie de precisiones conceptuales previo a contestar la consulta planteada. Primeramente, la Corte advierte que en el título de la consulta se emplea el término expulsión, mientras en la pregunta específica se recurre al de deportación. Si bien los conceptos de expulsión y deportación son generalmente utilizados indistintamente, también es cierto que adquieren su particular significado en el marco de las legislaciones nacionales o en las diferentes ramas de derecho internacional.

267. En el ámbito de sus respectivas competencias, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y la Comisión de Derecho Internacional han proporcionado definiciones sobre estos términos. Para el ACNUR, de conformidad con el artículo 32 de la Convención de 1951, la expulsión es el desalojo de una persona refugiada que reside legalmente en el territorio de un Estado por las autoridades públicas⁵²⁴. Según la Comisión de Derecho Internacional, la noción de expulsión se refiere al ejercicio del derecho o la facultad de un Estado de solicitar a un extranjero, a través de una decisión u orden emitida por el órgano judicial o administrativo competente de conformidad con el derecho interno del Estado, que abandone su territorio cuando su presencia continua es contraria a los intereses del Estado territorial⁵²⁵. A su vez, el concepto de deportación se relaciona específicamente con la ejecución de la referida decisión u orden que consiste en enviar obligatoriamente a la persona a su país de origen o de procedencia, impidiéndole su regreso por un término determinado⁵²⁶.

268. El Comité de Derechos Humanos, por su parte, ha adoptado un criterio funcional en la aplicación del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵²⁷ relativo a la expulsión de extranjeros, según se explica a continuación: “[el referido] artículo es aplicable a todos los procedimientos que tengan por objeto la salida obligatoria de un extranjero, se describa ésta en el derecho nacional como expulsión o de otra forma”⁵²⁸.

269. A los efectos prácticos de esta opinión, se adopta una definición funcional como la del Comité de Derechos Humanos, sin que ello implique pronunciamiento respecto de la validez o fundamento de las definiciones proporcionadas por ACNUR y la Comisión de Derecho Internacional en el ámbito de sus respectivas competencias. Por consiguiente, en el marco de la presente consulta, la Corte entiende la expulsión como cualquier decisión, orden, acto o procedimiento ante el órgano administrativo o judicial competente, independientemente de la denominación que reciba en la legislación nacional, relacionado con la salida obligatoria de una persona del Estado receptor que tiene como consecuencia que ésta efectivamente abandone el territorio de dicho Estado o sea trasladada fuera de las fronteras del mismo. De este modo, al referirse a la expulsión, se abarca también lo que en términos específicos o estatales internos pudiera consistir en una deportación.

⁵²⁴ Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Glosario de Términos claves relativos a la protección internacional de los refugiados, Junio 2006, Rev. 1.

⁵²⁵ Cfr. Comisión de Derecho Internacional, *Expulsión de extranjeros: Memorando de la Secretaría*, UN Doc. A/CN.4/565, publicado el 10 de julio de 2006, párr. 67.

⁵²⁶ Cfr. Comisión de Derecho Internacional, *Expulsión de extranjeros: Memorando de la Secretaría*, UN Doc. A/CN.4/565, publicado el 10 de julio de 2006, párrs. 91 y 92.

⁵²⁷ El cual dispone:

El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas.

⁵²⁸ Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 15: La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto*, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, publicada el 11 de abril de 1986, párr. 9.

270. Vinculado con lo anterior, es preciso recordar que pueden existir distintos supuestos que pueden activar una expulsión. El artículo 32 de la Convención de 1951 determina que la expulsión de un refugiado únicamente puede justificarse por razones de seguridad nacional o de orden público. A su vez, en el marco del derecho internacional de los derechos humanos se prohíbe la expulsión de nacionales y se protege al extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado, quien únicamente podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley⁵²⁹. Dichas previsiones, también son operativas en casos que pueden desembocar en una expulsión o deportación al resolver la controversia en torno a la licitud de su entrada o permanencia⁵³⁰.

271. La Corte entiende que la pregunta se centra en este último supuesto, esto es, en aquellos casos en que la expulsión del progenitor, que no es nacional del Estado receptor, se funda únicamente en su situación migratoria irregular, excluyendo a aquellos que hubieran cometido delito en el país de origen o en el receptor.

272. Además, es pertinente recordar que la familia a la que toda niña y niño tiene derecho es, principalmente, a su familia biológica, incluyendo a los familiares más cercanos, la cual debe brindar la protección a la niña y al niño y, a su vez, debe ser objeto primordial de medidas de protección por parte del Estado⁵³¹. No obstante, la Corte recuerda que no existe un modelo único de familia⁵³². Por ello, la definición de familia no debe restringirse por la noción tradicional de una pareja y sus hijos, pues también pueden ser titulares del derecho a la vida familiar otros parientes, como los tíos, primos y abuelos, para enumerar sólo algunos miembros posibles de la familia extensa, siempre que tengan lazos cercanos personales. Además, en muchas familias la(s) persona(s) a cargo de la atención, el cuidado y el desarrollo de una niña o niño en forma legal o habitual no son los padres biológicos. Más aún, en el contexto migratorio, los “lazos familiares” pueden haberse constituido entre personas que no

⁵²⁹ Véase el artículo 22.6 de la Convención Americana, y el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁵³⁰ Cfr. *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*, supra, párr. 161. Ver también, Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 15: La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto*, supra, párr. 9.

⁵³¹ Cfr. *Caso Fornerón e hija Vs. Argentina*, supra, párr. 119.

⁵³² Cfr. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendación General No. 21: La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares*, 4 de febrero de 1994, párr. 13 (“La forma y el concepto de familia varían de un Estado a otro y hasta de una región a otra en un mismo Estado. Cualquiera que sea la forma que adopte y cualesquiera que sean el ordenamiento jurídico, la religión, las costumbres o la tradición en el país, el tratamiento de la mujer en la familia tanto ante la ley como en privado debe conformarse con los principios de igualdad y justicia para todas las personas, como lo exige el artículo 2 de la Convención”); Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 7: Realización de los derechos del niño en la primera infancia*, supra, párrs. 15 y 19 (“El Comité reconoce que ‘familia’ aquí se refiere a una variedad de estructuras que pueden ocuparse de la atención, el cuidado y el desarrollo de los niños pequeños y que incluyen a la familia nuclear, la familia ampliada y otras modalidades tradicionales y modernas de base comunitaria, siempre que sean acordes con los derechos y el interés superior del niño. [...] El Comité observa que en la práctica los modelos familiares son variables y cambiantes en muchas regiones, al igual que la disponibilidad de redes no estructuradas de apoyo a los padres, y existe una tendencia global hacia una mayor diversidad en el tamaño de la familia, las funciones parentales y las estructuras para la crianza de los niños”); Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 19: La familia (artículo 23)*, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), 27 de mayo de 2008, párr. 2 (“El Comité observa que el concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de un Estado a otro, y aun entre regiones dentro de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto”); Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 16: Derecho a la intimidad (artículo 17)*, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), 8 de abril de 1998, párr. 5 (“En cuanto al término ‘familia’, los objetivos del Pacto exigen que, a los efectos del artículo 17, se lo interprete como un criterio amplio que incluya a todas las personas que componen la familia, tal como se entienda ésta en la sociedad del Estado Parte de que se trate”), y TEDH, *Caso X, Y y Z Vs. Reino Unido*, No. 21830/93. Sentencia de 22 de abril de 1997, párr. 36 (“Al decidir si una relación puede considerarse como ‘vida familiar’, una serie de factores pueden ser relevantes, incluyendo si la pareja vive junta, la duración de su relación y si se ha demostrado el compromiso mutuo al tener hijos conjuntamente o por otros medios” [traducción de la Secretaría de la Corte]). Ver también, TEDH, *Caso Marckx Vs. Bélgica*, No. 6833/74. Sentencia de 13 de junio de 1979, párr. 31; *Caso Keegan Vs. Irlanda*, No. 16969/90. Sentencia de 26 de mayo de 1994, párr. 44, y *Caso Kroon y otros Vs. Países Bajos*, No. 18535/91. Sentencia de 27 de octubre de 1994, párr. 30.

necesariamente sean jurídicamente parientes, máxime cuando, en lo que respecta a niñas y niños, no han contado o convivido con sus padres en tales procesos. Es por ello que el Estado tiene la obligación de determinar en cada caso la constitución del núcleo familiar de la niña o del niño⁵³³. Por consiguiente, en el desarrollo de la presente consulta en el marco de la situación de las personas migrantes, la Corte utilizará en un sentido amplio el término “progenitores” de la niña o del niño empleado en la consulta formulada a la Corte, comprendiendo en él a quienes efectivamente constituyen parte de la familia de la niña o del niño y, por lo tanto, son titulares de la protección a la familia acordada en los artículos 17 de la Convención y VI de la Declaración Americana. En igual sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha sostenido que “el término ‘familia’ debe interpretarse en un sentido amplio que incluya a los padres biológicos, adoptivos o de acogida o, en su caso, a los miembros de la familia ampliada o la comunidad, según establezca la costumbre local”⁵³⁴, de conformidad con el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y que las previsiones del artículo 9 relativo a la separación de las niñas y los niños de los progenitores, es aplicable “a cualquier persona que tenga el derecho de custodia, los tutores legales o habituales, los padres adoptivos y las personas con las que el niño tenga una relación personal estrecha”⁵³⁵.

273. Habiendo sentado y delimitado el objeto de la presente pregunta, es pertinente recordar que los Estados receptores tienen derecho a elaborar y ejecutar sus propias políticas migratorias, incluyendo el control del ingreso, residencia y expulsión de extranjeros⁵³⁶. A su vez, cuando un Estado adopta una decisión que involucra alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de una niña o un niño, debe tomar en cuenta su interés superior y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia⁵³⁷. Al respecto, la Corte ha establecido que “[c]ualquier decisión relativa a la separación del niño de su familia debe estar justificada por el interés del niño”⁵³⁸. Específicamente, ha entendido que la niña o “el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia”⁵³⁹. Por ende, las separaciones legales de la niña o del niño de su familia solo pueden proceder si están debidamente justificadas en su interés superior, son excepcionales y, en lo posible, temporales⁵⁴⁰. En esta línea, la Convención sobre los Derechos del Niño prevé, como parte del régimen de protección integral, la obligación de prevenir la separación familiar y preservar la unidad familiar⁵⁴¹, incluyendo a modo ejemplificativo dos situaciones particulares en que la separación es necesaria en el interés superior de la niña o del niño, a saber: en los casos en que la niña o el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia de la niña o del niño⁵⁴².

⁵³³ Cfr. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*, supra, párr. 177.

⁵³⁴ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, supra, párr. 59.

⁵³⁵ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, supra, párr. 60.

⁵³⁶ Cfr. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, supra, párr. 97.

⁵³⁷ Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, supra, párr. 65.

⁵³⁸ *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, supra, párr. 73.

⁵³⁹ *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, supra, párr. 77.

⁵⁴⁰ Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, supra, párr. 77, y *Caso Fornerón e hija Vs. Argentina*, supra, párr. 116.

⁵⁴¹ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, supra, párr. 60.

⁵⁴² Artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño:

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

274. Bajo las consideraciones precedentes, el derecho de la niña o del niño a la protección de la familia, y en particular al disfrute de la vida de familia manteniendo la unidad familiar en la mayor medida posible, siempre prevalecería excepto en aquellos casos en los cuales la separación de la niña o del niño de uno o ambos progenitores sería necesaria en función de su interés superior. No obstante, el derecho a la vida familiar de la niña o del niño *per se* no supera la facultad de los Estados de implementar sus propias políticas migratorias en consonancia con los derechos humanos, en el marco de los procedimientos relativos a una expulsión de uno o ambos progenitores. Lo cierto es que la propia Convención sobre los Derechos del Niño también contempla la posibilidad de separación familiar a raíz de la deportación de uno o ambos progenitores⁵⁴³.

275. Por consiguiente, es posible identificar que surgen dos intereses conflictivos en los casos en que debe adoptarse una decisión respecto a la eventual expulsión de uno o ambos progenitores: (a) la facultad del Estado implicado de implementar su propia política migratoria para alcanzar fines legítimos que procuren el bienestar general y la vigencia de los derechos humanos, y (b) el derecho de la niña o del niño a la protección de la familia y, en particular, al disfrute de la vida de familia manteniendo la unidad familiar en la mayor medida posible. No obstante, las exigencias del bienestar general no debe en forma alguna ser interpretada de manera tal que habilite cualquier viso de arbitrariedad en detrimento de los derechos. A fin de sopesar los intereses en conflicto, es necesario evaluar que la medida: esté prevista en ley⁵⁴⁴ y cumpla con los requisitos de (a) idoneidad, (b) necesidad y (c) proporcionalidad, es decir, debe ser necesaria en una sociedad democrática⁵⁴⁵.

276. En cuanto al requisito de idoneidad, la medida debe perseguir un fin legítimo, es decir, una finalidad acorde con la Convención Americana⁵⁴⁶. No obstante, debido a la naturaleza de

determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adaptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. [...]

⁵⁴³ Artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño:

[...]

4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

⁵⁴⁴ El primer paso para evaluar si una restricción a un derecho establecido en la Convención Americana es permitida a la luz del artículo 30 de dicho tratado, consiste en examinar si la medida limitativa cumple con el requisito de legalidad. Ello significa que las condiciones y circunstancias generales que autorizan una restricción al ejercicio de un derecho humano determinado deben estar claramente establecidas por ley. La norma que establece la restricción debe ser una ley en el sentido formal y material. *Cfr. Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párr. 176, y *La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párrs. 27 y 32.

⁵⁴⁵ La Corte Interamericana ha sostenido que para que una restricción sea permitida a la luz de la Convención debe ser *necesaria para una sociedad democrática*. Este requisito, que la Convención Americana establece de manera explícita en ciertos derechos (de reunión, artículo 15; de asociación, artículo 16; de circulación, artículo 22), ha sido incorporado como pauta de interpretación por el Tribunal y como requisito que califica a todas las restricciones a los derechos de la Convención. *Cfr. Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos, supra*, párr. 185.

⁵⁴⁶ El segundo límite de toda restricción se relaciona con la finalidad de la medida restrictiva; esto es, que la causa que se invoque para justificar la restricción sea de aquellas permitidas por la Convención Americana, previstas en disposiciones específicas que se incluyen en determinados derechos (por ejemplo las finalidades de protección del orden o salud públicas, de los artículos 12.3, 13.2.b y 15, entre otras), o bien, en las normas que establecen finalidades generales legítimas (por ejemplo, "los derechos y libertades de las demás personas", o "las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática", ambas en el artículo 32). *Cfr. Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos, supra*, párr. 180. Ver también, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29

los derechos que pueden resultar afectados, no puede atender cualquier finalidad sino que debe satisfacer un interés público imperativo.

277. La medida debe ser necesaria en el sentido que, dentro del universo de medidas posibles, no exista otra que sea igualmente efectiva y que resulte menos gravosa respecto del derecho de la niña o del niño a la protección de la familia y, en particular, al mantenimiento de la unidad familiar. Para ello, evidentemente, los Estados deben contemplar medidas alternativas a la expulsión que faciliten la unidad familiar y la regularización migratoria⁵⁴⁷.

278. Finalmente, la medida debe ser proporcionada en sentido estricto, por lo tanto debe ser la que restringe en menor grado el derecho protegido y se ajuste estrechamente al logro del objetivo legítimo⁵⁴⁸. En efecto, para evaluar los intereses en conflicto, es preciso tener en cuenta que una expulsión puede tener efectos perjudiciales sobre la vida, bienestar y desarrollo de la niña o del niño, por lo que el interés superior debe ser una consideración primordial⁵⁴⁹. De este modo, dado que en abstracto la expulsión de uno o ambos progenitores prácticamente en ninguna circunstancia redundaría en el interés superior de la niña o del niño sino que lo afectaría, se impone al correspondiente Estado la obligación de realizar una adecuada y rigurosa o estricta ponderación entre la protección de la unidad familiar y los intereses estatales legítimos, correspondiendo determinar, en el contexto de cada caso concreto, que la expulsión de uno o ambos progenitores, no conlleve una injerencia abusiva o arbitraria en la vida familiar de la niña o del niño⁵⁵⁰.

279. A tal fin, el Estado tendrá subsiguientemente que evaluar las circunstancias particulares de las personas concernidas, entre las cuales destaca: (a) la historia inmigratoria, el lapso temporal de la estadía y la extensión de los lazos del progenitor y/o de su familia con el país receptor; (b) la consideración sobre la nacionalidad⁵⁵¹, guarda y residencia de los hijos de la persona que se pretende expulsar; (c) el alcance de la afectación que genera la ruptura familiar debido a la expulsión, incluyendo las personas con quienes vive la niña o el niño, así como el tiempo que ha permanecido en esta unidad familiar, y (d) el alcance de la perturbación en la vida diaria de la niña o del niño si cambiara su situación familiar debido a una medida de expulsión de una persona a cargo de la niña o del niño, de forma tal de ponderar estrictamente dichas circunstancias a la luz del interés superior de la niña o del niño en relación con el interés público imperativo que se busca proteger.

280. En aquellos supuestos en que la niña o el niño tiene derecho a la nacionalidad – originaria⁵⁵², por naturalización o por cualquier otra causa establecida en la legislación interna–

Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 67.

⁵⁴⁷ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Report of the 2012 Day of General Discussion: the rights of all children in the context of international migration [Informe del Día de Debate General de 2012: los derechos de todos los niños en el contexto de la migración internacional]*, 28 de septiembre de 2012, párr. 84.

⁵⁴⁸ Cfr. *Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos*, *supra*, párr. 186.

⁵⁴⁹ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, *supra*.

⁵⁵⁰ Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, *supra*, párr. 72.

⁵⁵¹ La Corte recuerda que “el estatus migratorio de una persona no se trasmite a sus hijos”, y “la condición del nacimiento en el territorio del Estado es la única a ser demostrada para la adquisición de la nacionalidad, en lo que se refiere a personas que no tendrían derecho a otra nacionalidad, si no adquieren la del Estado en donde nacieron”. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, *supra*, párr. 134, y *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, *supra*, párr. 156.

⁵⁵² En la mayoría de los países de la región rige el *ius soli*, que determina que la persona adquiere la nacionalidad del territorio del Estado en que nació. A su vez, el artículo 20.2 de la Convención Americana establece el derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nace una persona, si ésta “no tiene derecho a otra”. Sobre esto, la Corte resalta que es necesario, como garantía del derecho a la identidad y del ejercicio de otros derechos, que los Estados aseguren el debido registro de los nacimientos que se verifican en su territorio. Véase el artículo 7.1 de la Convención

del país del cual uno o ambos progenitores pueden ser expulsados a raíz de una situación migratoria irregular, o bien cumple con las condiciones legales para residir permanentemente allí, resulta axiomático que la niña o el niño conserva el derecho a seguir disfrutando de su vida familiar en el referido país y, como componente de ello, el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos. La Corte encuentra, en aplicación de los criterios sentados, que la ruptura de la unidad familiar a través de la expulsión de uno o ambos progenitores por infracciones migratorias relacionadas con el ingreso o permanencia resulta desproporcionada en estos supuestos, pues el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la vida familiar que puede traer aparejado repercusiones en la vida y el desarrollo de la niña o del niño aparece como irrazonable o desmedido frente a las ventajas que se obtienen al forzar al progenitor a abandonar el territorio por causa de una infracción de carácter administrativo.

281. En definitiva, la Corte es de la opinión que cualquier órgano administrativo o judicial que deba decidir acerca de la separación familiar por expulsión motivada por la condición migratoria de uno o ambos progenitores debe, al emplear el análisis de ponderación, contemplar las circunstancias particulares del caso concreto y garantizar, del mismo modo, una decisión individual⁵⁵³, de acuerdo a los parámetros desarrollados en los párrafos precedentes, evaluando y determinando el interés superior de la niña o del niño⁵⁵⁴.

282. En esta línea, la Corte estima esencial que, al realizar tal evaluación, los Estados aseguren el derecho de las niñas y niños de tener la oportunidad de ser oídos en función de su edad y madurez⁵⁵⁵ y que su opinión sea debidamente tenida en cuenta en aquellos procedimientos administrativos o judiciales en los cuales se pueda adoptar una decisión que implique la expulsión de sus progenitores⁵⁵⁶. En el caso en que la niña o el niño es nacional del país receptor, pero uno o ninguno de sus padres lo es, escuchar a la niña o al niño es necesario para entender el impacto que una medida de expulsión del progenitor podría generar sobre la misma o el mismo. A su vez, otorgarle a la niña o al niño el derecho a ser oído es fundamental para determinar si hay una alternativa más apropiada a su interés superior.

XVI OPINIÓN

283. Por las razones expuestas, en interpretación de los artículos 1.1, 2, 4.1, 5, 7, 8, 11, 17, 19, 22.7, 22.8, 25 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los artículos I,

sobre los Derechos del Niño y el artículo 29 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. *Cfr.* Comité Jurídico Interamericano, *Opinión "sobre el alcance del derecho a la identidad"*, 71º Período ordinario de sesiones, Río de Janeiro, Brasil, Documento CJI/doc. 276/07 rev. 1, de 10 de agosto de 2007, párrs. 18.3.3 a 18.3.6, aprobado en el mismo período de sesiones mediante Resolución CJI/RES.137 (LXXI-O/07), de 10 de agosto de 2007, punto resolutivo segundo.

⁵⁵³ El artículo 22.9 de la Convención Americana establece que: “[e]s prohibida la expulsión colectiva de extranjeros”. En el marco del sistema interamericano de protección de derechos humanos, la Corte ha considerado que el carácter “colectivo” de una expulsión implica una decisión que no desarrolla un análisis objetivo de las circunstancias individuales de cada extranjero y, por ende, recae en arbitrariedad. Asimismo, un proceso que pueda resultar en la expulsión o deportación de un extranjero debe, además de ser individual, observar determinadas garantías mínimas de debido proceso. *Cfr. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana, supra*, párrs. 171 y 175.

⁵⁵⁴ *Cfr.* Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, *supra*, párr. 58.

⁵⁵⁵ Véase el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño. *Cfr.* Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, *Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo*, UN Doc. A/HRC/11/7, 14 de mayo de 2009, párr. 59, y Comité de los Derechos del Niño, *Report of the 2012 Day of General Discussion: the rights of all children in the context of international migration [Informe del Día de Debate General de 2012: los derechos de todos los niños en el contexto de la migración internacional]*, 28 de septiembre de 2012, párr. 84.

⁵⁵⁶ *Cfr. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, supra*, párr. 227.

VI, VII, VIII, XXV y XXVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el artículo 13 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura,

LA CORTE,

DECIDE

por unanimidad, que:

1. Es competente para emitir la presente Opinión Consultiva.

Y ES DE OPINIÓN

por unanimidad, que:

1. Acorde a lo requerido por los Estados solicitantes, la presente Opinión Consultiva determina seguidamente, con la mayor precisión posible y de conformidad a las normas citadas precedentemente, las obligaciones estatales respecto de niñas y niños, asociadas a su condición migratoria o a la de sus padres y que deben, en consecuencia, los Estados considerar al diseñar, adoptar, implementar y aplicar sus políticas migratorias, incluyendo en ellas, según corresponda, tanto la adopción o aplicación de las correspondientes normas de derecho interno como la suscripción o aplicación de los pertinentes tratados y/u otros instrumentos internacionales.

2. Teniendo presente, a estos efectos, que es niña o niño toda persona menor de 18 años de edad, los Estados deben priorizar el enfoque de los derechos humanos desde una perspectiva que tenga en cuenta en forma transversal los derechos de niñas y niños y, en particular, su protección y desarrollo integral, los cuales deben primar por sobre cualquier consideración de la nacionalidad o el estatus migratorio, a fin de asegurar la plena vigencia de sus derechos, en los términos de los párrafos 34 a 41 y 51 a 71.

3. Los Estados se encuentran obligados a identificar a las niñas y niños extranjeros que requieren de protección internacional dentro de sus jurisdicciones, a través de una evaluación inicial con garantías de seguridad y privacidad, con el fin de proporcionarles el tratamiento adecuado e individualizado que sea necesario acorde a su condición de niña o niño y, en caso de duda sobre la edad, evaluar y determinar la misma; determinar si se trata de una niña o un niño no acompañado o separado, así como su nacionalidad o, en su caso, su condición de apátrida; obtener información sobre los motivos de su salida del país de origen, de su separación familiar si es el caso, de sus vulnerabilidades y cualquier otro elemento que evidencie o niegue su necesidad de algún tipo de protección internacional; y adoptar, en caso de ser necesario y pertinente de acuerdo con el interés superior de la niña o del niño, medidas de protección especial, en los términos de los párrafos 72 a 107.

4. Con el propósito de asegurar un acceso a la justicia en condiciones de igualdad, garantizar un efectivo debido proceso y velar por que el interés superior de la niña o del niño haya sido una consideración primordial en todas las decisiones que se adopten, los Estados deben garantizar que los procesos administrativos o judiciales en los que se resuelva acerca de derechos de las niñas o niños migrantes estén adaptados a sus necesidades y sean accesibles para ellos, en los términos de los párrafos 108 a 115.

5. Las garantías de debido proceso que, conforme al derecho internacional de los derechos humanos, deben regir en todo proceso migratorio, sea administrativo o judicial, que involucre a niñas o niños son: el derecho a ser notificado de la existencia de un procedimiento y de la decisión que se adopte en el marco del proceso migratorio; el derecho a que los procesos migratorios sean llevados por un funcionario o juez especializado; el derecho a ser oído y a

participar en las diferentes etapas procesales; el derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor y/o intérprete; el acceso efectivo a la comunicación y asistencia consular; el derecho a ser asistido por un representante legal y a comunicarse libremente con dicho representante; el deber de designar a un tutor en caso de niñas o niños no acompañados o separados; el derecho a que la decisión que se adopte evalúe el interés superior de la niña o del niño y sea debidamente fundamentada; el derecho a recurrir la decisión ante un juez o tribunal superior con efectos suspensivos; y el plazo razonable de duración del proceso, en los términos de los párrafos 116 a 143.

6. Los Estados no pueden recurrir a la privación de libertad de niñas o niños para cautelar los fines de un proceso migratorio ni tampoco pueden fundamentar tal medida en el incumplimiento de los requisitos para ingresar y permanecer en un país, en el hecho de que la niña o el niño se encuentre solo o separado de su familia, o en la finalidad de asegurar la unidad familiar, toda vez que pueden y deben disponer de alternativas menos lesivas y, al mismo tiempo, proteger de forma prioritaria e integral los derechos de la niña o del niño, en los términos de los párrafos 144 a 160.

7. Los Estados deben diseñar e incorporar en sus respectivos ordenamientos internos un conjunto de medidas no privativas de libertad a ser aplicadas mientras se desarrollan los procesos migratorios, que propendan de forma prioritaria a la protección integral de los derechos de la niña o del niño, con estricto respeto de sus derechos humanos y al principio de legalidad, y las decisiones que ordenen dichas medidas deben adoptarse por una autoridad administrativa o judicial competente en un procedimiento que respete determinadas garantías mínimas, en los términos de los párrafos 161 a 170.

8. Los espacios de alojamiento deben respetar el principio de separación y el derecho a la unidad familiar, de modo tal que si se trata de niñas o niños no acompañados o separados deben alojarse en sitios distintos al que corresponde a los adultos y, si se trata de niñas o niños acompañados, alojarse con sus familiares, salvo que lo más conveniente sea la separación en aplicación del principio del interés superior de la niña o del niño y, además, asegurar condiciones materiales y un régimen adecuado para las niñas y los niños en un ambiente no privativo de libertad, en los términos de los párrafos 171 a 184.

9. En situaciones de restricción de libertad personal que pueden constituir o eventualmente derivar, por las circunstancias del caso en concreto, en una medida que materialmente se corresponda a una privación de libertad, los Estados deben respetar las garantías que se tornan operativas ante dichas situaciones, en los términos de los párrafos 185 a 206.

10. Los Estados tienen la prohibición de devolver, expulsar, deportar, retornar, rechazar en frontera o no admitir, o de cualquier manera transferir o remover a una niña o niño a un Estado cuando su vida, seguridad y/o libertad estén en riesgo de violación a causa de persecución o amenaza de la misma, violencia generalizada o violaciones masivas a los derechos humanos, entre otros, así como donde corra el riesgo de ser sometido a tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, o a un tercer Estado desde el cual pueda ser enviado a uno en el cual pueda correr dichos riesgos, en los términos de los párrafos 207 a 242.

11. De acuerdo a lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño y otras normas de protección de los derechos humanos, cualquier decisión sobre la devolución de una niña o niño al país de origen o a un tercer país seguro sólo podrá basarse en los requerimientos de su interés superior, teniendo en cuenta que el riesgo de vulneración de sus derechos humanos puede adquirir manifestaciones particulares y específicas en razón de la edad, en los términos de los párrafos 207 a 242.

12. La obligación estatal de establecer y seguir procedimientos justos y eficientes para poder identificar a los potenciales solicitantes de asilo y determinar la condición de refugiado a través de un análisis adecuado e individualizado de las peticiones con las correspondientes garantías, debe incorporar los componentes específicos desarrollados a la luz de la protección integral debida a todos las niñas y niños, aplicando a cabalidad los principios rectores y, en especial, lo referente al interés superior de la niña o del niño y su participación, en los términos de los párrafos 243 a 262.

13. Cualquier órgano administrativo o judicial que deba decidir acerca de la separación familiar por expulsión motivada por la condición migratoria de uno o ambos progenitores debe emplear un análisis de ponderación, que contemple las circunstancias particulares del caso concreto y garantice una decisión individual, priorizando en cada caso el interés superior de la niña o del niño. En aquellos supuestos en que la niña o el niño tiene derecho a la nacionalidad del país del cual uno o ambos progenitores pueden ser expulsados, o bien cumple con las condiciones legales para residir permanentemente allí, los Estados no pueden expulsar a uno o ambos progenitores por infracciones migratorias de carácter administrativo, pues se sacrifica de forma irrazonable o desmedida el derecho a la vida familiar de la niña o del niño, en los términos de los párrafos 263 a 282.

14. En atención a que las obligaciones determinadas precedentemente se refieren a un tema tan propio, complejo y cambiante de la época actual, ellas deben ser entendidas como parte del desarrollo progresivo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, proceso en el que, consecuentemente, esta Opinión Consultiva se inserta.

Redactada en español y portugués, haciendo fe el texto en español, en San José, Costa Rica, el 19 de agosto de 2014.

Humberto Antonio Sierra Porto
Presidente

Roberto F. Caldas

Manuel E. Ventura Robles

Diego García-Sayán

Eduardo Vio Grossi

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario

Comuníquese y ejecútese,

Humberto Antonio Sierra Porto
Presidente

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario