

**Amicus curiae presentado ante la Corte Interamericana
de Derechos Humanos por la Organización Internacional
para las Migraciones (OIM)**

Solicitud de Opinión Consultiva sobre Niñez Migrante

CDH-OC-21/272



Febrero 17th, 2012

**AMICUS CURIAE PRESENTADO ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE
DERECHOS HUMANOS POR LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA
LAS MIGRACIONES (OIM)**

A. INTRODUCCIÓN: EL INTERES DE LA OIM EN PRESENTAR UN ESCRITO DE AMICUS CURIAE ANTE ESTA CORTE	3
B. PREGUNTAS PRESENTADAS ANTE LA CORTE	8
1. PROCEDIMIENTOS PARA IDENTIFICAR NECESIDADES DE PROTECCION INTERNACIONAL Y POTENCIALES SITUACIONES DE RIESGO PARA LOS DERECHOS DE NIÑOS Y NIÑAS MIGRANTES	8
2. SISTEMAS DE GARANTÍAS DE DEBIDO PROCESO & 6. GARANTÍAS DE DEBIDO PROCESO ANTE MEDIDAS QUE IMPLIQUEN RESTRICCIONES A LA LIBERTAD PERSONAL DE NIÑOS Y NIÑAS MIGRANTES.....	18
3. LA NO DETENCIÓN DE NIÑOS Y NIÑAS. ESTÁNDARES PARA LA APLICACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES EN UN PROCESO MIGRATORIO.....	27
4. MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE DERECHOS QUE NO IMPLICAN RESTRICCIONES A LA LIBERTAD.....	32
5. OBLIGACIONES DEL ESTADO EN CASOS DE CUSTODIA DE NIÑOS POR MOTIVOS MIGRATORIOS	42
7. EL PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN EN RELACIÓN CON LOS NIÑOS Y NIÑAS MIGRANTES.....	55
8. PROCEDIMIENTO PARA IDENTIFICACION DE NECESIDADES DE PROTECCION INTERNACIONAL DE REFUGIADOS.....	63
9. DERECHO A LA VIDA FAMILIAR DE LOS NIÑOS Y NIÑAS EN CASOS DE DISPONERSE LA EXPULSIÓN DE SUS PADRES.....	71
C. ANEXOS	78

A. INTRODUCCIÓN: EL INTERES DE LA OIM EN PRESENTAR UN ESCRITO DE AMICUS CURIAE ANTE ESTA CORTE

1. La Organización Internacional para las Migraciones (OIM) es una Organización intergubernamental creada en 1951, está consagrada al principio de que la migración en condiciones humanas y de forma ordenada beneficia a los migrantes y a la sociedad. Actualmente OIM cuenta con 146 Estados miembros y 13 Estados observadores alrededor de todo el mundo, con más de 440 oficinas para el desarrollo de las actividades de la organización.
2. En su calidad de principal organización internacional para las migraciones, la OIM trabaja con sus aliados de la comunidad internacional para fomentar la cooperación internacional en las cuestiones migratorias, asistir en la búsqueda de soluciones prácticas para los crecientes desafíos que plantea la gestión de la migración a nivel operativo, alentar el desarrollo social y económico a través de la migración; velar por el respeto de la dignidad humana y el bienestar de los migrantes y proveer asistencia humanitaria a personas migrantes necesitadas, sea éstas refugiadas, desplazadas u otras personas desarraigadas de su lugar de origen. La OIM trabaja de manera cercada con socios gubernamentales, intergubernamentales y no gubernamentales.¹
3. Para el cumplimiento de sus fines, la OIM ha establecido como sus enfoques estratégicos principales, entre otros, ser un punto de referencia primordial, en el ámbito de la migración, en lo que atañe a la información, investigación y mejores prácticas así como en el acopio, compatibilidad e intercambio de datos así como promover, facilitar y apoyar los debates y diálogos regionales y mundiales sobre migración, inclusive a través del Diálogo Internacional sobre la Migración, a fin de fomentar la comprensión sobre las oportunidades y retos que trae consigo la migración así como la identificación y el desarrollo de políticas efectivas para encarar dichos retos, y de determinar los enfoques exhaustivos y medidas que promuevan la cooperación internacional.
4. La OIM trabaja en las cuatro grandes áreas de la gestión migratoria: migración y desarrollo, migración facilitada, reglamentación de la migración, y migración

¹ La alianzas incluyen a gobiernos, organizaciones intergubernamentales, sociedad civil, investigadores, del sector privado y las propias personas migrantes. Estas alianzas sirven de importante plataforma para fomentar la cooperación en el ámbito de la migración. La OIM desempeña un papel preponderante a fin de alentar asociaciones y los medios para colaborar en los planos nacional, regional y mundial con miras a una gestión efectiva y mejor de la migración. La OIM promueve diálogos informales entre Estados y la cooperación entre organismos, e implica a diversos interlocutores, incluidos la sociedad civil y los migrantes, en su calidad de sujetos y agentes de la migración. En su empeño por desarrollar y reforzar la colaboración en el ámbito de la migración, la OIM ofrece una asistencia sustancial, experta e institucional a gobiernos y a otras instituciones.

forzada. Los temas/actividades transversales que se relacionan con las cuatro principales esferas de la gestión de la migración incluyen a la promoción del derecho internacional relacionado a la migración, debate y orientación sobre políticas públicas, la protección de los derechos de las personas migrantes, salud y migración y la dimensión de género en la migración.

5. En resumen, las oficinas de la OIM alrededor del mundo colaboran en el establecimiento de buenas prácticas para la implementación de servicios a las personas migrantes y a los gobiernos, mientras contribuyen al fortalecimiento de las capacidades nacionales en el tema y a garantizar que los derechos de las personas migrantes sea respetados de acuerdo a los estándares nacionales e internacionales aplicables.
6. En el contexto del trabajo de la OIM, el tema de los grupos que por diferentes condiciones se encuentran en situaciones de mayor vulnerabilidad ha merecido siempre un trato especial dentro de la agenda de la organización.² A partir del trabajo continuo y la investigación de la temática concreta en relación a estos grupos, OIM ha concluido que la niñez y la adolescencia que migra-sea entre o dentro de los Estados o sea acompañada o no acompañada por sus familiares-ha sido reconocida como una parte sumamente relevante de los flujos migratorios globales y mixtos del presente. Sin embargo, en el estudio y los debates políticos, la migración de personas menores de edad es considerada una nueva área de análisis y atención. La información sobre niñez migrante es consecuentemente poco reflejada en los debates globales sobre migración.³
7. Como consecuencia, la atención de OIM a la situación de la niñez migrante ha representado un eje central de atención para el establecimiento de procedimientos y coordinaciones que garanticen la protección de sus derechos, con un enfoque sensible según sea el momento en que se encuentren estas personas en el proceso migratorio: origen, tránsito, destino.
8. En el hemisferio americano, desde hace más de una década, la OIM ha organizado encuentros con sus principales socios para analizar sistemáticamente las áreas en que durante los procesos migratorios se vulneran más los derechos de los NNA, tanto cuando participan en estos flujos como parte de una unidad familiar,

2 Véase IOM (2008) International Migration Law. Human Rights of Migrant Children. No 15. Geneva, Switzerland, (Anexo 1) and IML Information Note on the Protection of Unaccompanied Migrant Children. January 2011 (Anexo 2).

3 Véase IOM (2011) Unaccompanied Children on the Move. The Work of the International Organization for Migration Geneva, Switzerland, p. 11. (Anexo 3)

acompañados de algún familiar o persona conocida, o finalmente totalmente en solitario.⁴

9. Como una parte fundamental de este abordaje en la región, OIM ha promovido un trabajo coordinado y un diálogo entre los institutos a cargo de la niñez o de la familia, autoridades migratorias, servicio consular, oficiales de salud y educación, entre otras tantas, todas ellas con una función específica a la hora de proveer asistencias, servicios o cualquier otro aspecto para garantizar los derechos de la niñez.
10. Este acompañamiento que la OIM ha dado a los gobiernos, con el concurso de otros organismos internacionales como UNICEF⁵, ACNUR⁶, OIT⁷, entre otros, ha permitido la elaboración de protocolos y guías para par respuestas precisas y coordinadas para una protección más efectiva de la niñez migrantes en condición de vulnerabilidad. Subsecuentemente, ha desarrollado y ejecutado proyectos nacionales y regionales que buscan traducir estos protocolos en acciones precisas por parte de las autoridades estatales competentes en los diferentes Estados de la región.
11. Para el cumplimiento de esos fines la organización mantiene un fuerte trabajo, entre otras cosas, en el área de capacitación a diferentes autoridades para orientarlas en su trato con niñez migrante en condición de vulnerabilidad, sobre cómo ser sensible a sus necesidades específicas, proveerles de herramientas para la comunicación con ellos y ellas, y finalmente facilitar la búsqueda de soluciones duraderas y sostenibles acordes con su edad y condiciones particulares⁸.
12. La OIM también ha realizado extensivas investigaciones sobre la participación de la niñez en los procesos migratorios. Ellas han permitido recabar evidencias sobre las

4 Para la definición de las diferentes categorías de personas migrantes y otros conceptos relacionados a la migración ver OIM (2006), *Glosario sobre Migración.. Derecho Internacional sobre Migración. No.7.* Ginebra, Suiza. (Anexo 4) and IOM (2011). *Glossary on Migration.. 2nd edition.* International Migration Law. No.25. Geneva, Switzerland. (Anexo 5).

5 Véase UNICEF/IOM (2010) *A Framework and Recommendations for Action on Children Affected by Migration in the Caribbean*, Geneva-Washington DC. (Anexo 6) or OIM Buenos Aires - UNICEF Argentina *Informe sobre trabajo infantil en la recuperación y reciclaje de residuos en Argentina.* 2005. (Anexo 7).

6 Véase FLACSO. *Diagnóstico sobre la situación actual, tendencias y necesidades de protección y asistencia de las personas migrantes y refugiadas extracontinentales en México y América Central.* 2011. Publication jointly required by IOM and UNHCR. (Anexo 8) and OIM/Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, ACNUR/ Red Regional de Organizaciones Civiles para las Migraciones, RROCM. *Memoria. Conferencia Regional sobre Migración (CRM) Seminario mujer y migración..* San Salvador, 2008. (Anexo 9).

7 Véase OIM/OIT (2009) *Migraciones con fines de empleo y trabajo infantil en América Latina.* Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (IPEC). Oficina Regional para América Latina y el Caribe. Lima, Perú (Anexo 10).

8 Véase por ejemplo OIM. (2010) *Niños, Niñas y Adolescentes Migrantes Centroamericanos en Poblaciones del Sur de México*, México. (Anexo 11).

razones que empujan a la niñez a migrar de forma no acompañada, o por qué en algún momento del proceso migratorio quedan no acompañados, y si se respetan o no sus derechos en estas circunstancias⁹. Los estudios han permitido llegar a conclusiones diversas sobre distintos tipos de migración con diferentes especificidades y retos, como por ejemplo movimientos migratorios a países desarrollados o entre países en desarrollo, o en relación a migración circular y temporal.

13. Una de las prioridades de la organización en la región ha sido la atención a la trata de personas, como una de las situaciones extremas que la niñez migrante se encuentra sufriendo a lo largo de la región. El principal objetivo de nuestro trabajo en el tema de trata de personas es el fortalecimiento de las capacidades institucionales de los Estados de origen, tránsito y destino para responder de manera efectiva a este crimen por medio de acciones de prevención y sanción de los responsables y la asistencia necesaria a favor de las víctimas¹⁰. La armonización y coordinación de acciones a nivel regional¹¹ y nacional¹² ha sido uno de los mayores retos en el combate a la trata de personas.
14. Asimismo, en el contexto de un diálogo constante con los gobiernos, otro de los temas en la agenda de la OIM es el relativo al tratamiento que hay que dar a la niñez migrante en condición migratoria irregular. El establecimiento de medidas alternativas a la detención y, ante todo, el fortalecimiento de las respuestas de las autoridades migratorias ha sido parte del trabajo que la OIM ha realizado con los gobiernos. Experiencias recientes se basan fundamentalmente en apoyar procesos

9 Véase IOM (2011) *Unaccompanied Children on the Move. The Work of the International Organization for Migration (IOM)*. Geneva, Switzerland. Op.cit, and OIM. (2011) *Situación de niños, niñas y adolescentes que viajan no acompañados por la Región Centroamericana*. San José. (Anexo 12)

10 Véase IOM (2007) *The IOM Handbook on Direct Assistance for Victims of Trafficking*. Geneva, Switzerland (Anexo 13) and *Guía de Intervención Psicosocial para la Asistencia directa con Personas Víctimas de Trata*. 1ed. OIM-Oficina Regional para Centroamérica y México/Save the Children. San José, Costa Rica, 2007 (Anexo 14).

11 Véase OIM. (2011) *Manual para la detección del delito de trata de personas orientado a las autoridades migratorias*. Oficina Regional para Centroamérica y México, San José. (Anexo 15); OIM. *La experiencia de las mujeres víctimas de trata en América Central y República Dominicana y la actuación de las instituciones*. 1st ed. See the guide for interviewing victims of trafficking in Anexo 5 of the document. San José, Costa Rica, 2008. (Anexo 16) and OIM (2010) *Trata de Personas: Asistencia a víctimas de trata de personas. Experiencias en la Triple Frontera*. (Argentina, Brasil, Paraguay). Buenos Aires, Argentina. (Anexo 17).

12 Véase OIM. *La trata de personas en México: Diagnóstico sobre la asistencia a víctimas*. Hélène Le Goff y Thomas Lothar Weiss. México, Junio 2011 (Anexo 18); OIM. *Manual de perfiles aplicados a la detección de víctimas y victimarios del delito de trata de personas*. San José, 2011 (Anexo 19); OIM y Ministerio Público Nacional. *Nuevo escenario en la lucha contra la trata de personas en la Argentina. Herramientas para la persecución del delito y asistencia a sus víctimas*. 2009 (Anexo 20) and OIM. *Panorama sobre la trata de personas, Desafíos y Respuestas: Colombia, Estados Unidos y República Dominicana*. Bogotá. Febrero, 2006. (Anexo 21).

de formación de autoridades migratorias y el desarrollo de unidades especializadas en la asistencia de la niñez migrante, incluida aquella en condición irregular.

15. Actualmente la OIM se encuentra trabajando en asocio con el ACNUR en el análisis para la elaboración de lineamientos regionales para la detección y referencia apropiada de personas migrantes en condición de vulnerabilidad (en condición regular o irregular), incluida la niñez migrante (particularmente la niñez no acompañada o separada), las víctimas de trata, mujeres migrantes, migrantes extracontinentales y refugiados, con base en el enfoque de necesidades diferenciadas e individualizadas¹³. La cooperación entre Estados y otros actores relevantes se ha ubicado en el centro de la discusión como un principio trascendental de acción en lo relacionado a la protección de personas migrantes en la región¹⁴.
16. El trabajo de la OIM en la asistencia directa de la niñez migrante ha logrado mostrar que en algunas circunstancias, el retorno voluntario a su lugar de origen (una vez determinado que está en el mejor interés del niño o niña)¹⁵ es la mejor solución para su bienestar y para la protección efectiva de sus derechos¹⁶. Con base en esa realidad, OIM ha sido por excelencia la organización que coopera con los gobiernos en el retorno voluntario de migrantes-lo que en millares de casos ha implicado el retorno y la reintegración de niñez migrante-a sus Estados de origen, trabajando la organización este tema de manera cercana con gobiernos y otros actores, tanto en el ámbito regional¹⁷ como nacional¹⁸.

13 ACNUR/OEA/OIM. Conferencia Regional sobre Protección de Refugiados y Migración Internacional en las Américas Consideraciones de Protección en el contexto de la Migración Mixta. 2009. (Anexo 22).

14 Ibid, p. 18.

15 OIM sigue diversos lineamientos internos que deben ser cumplidos siempre que se provea asistencia directa en los procesos de retorno de personas migrantes en condición de vulnerabilidad. En el caso de niñez migrante, el test que debe ser cumplido toma en consideración una evaluación del mejor interés de la persona menor de edad, y también si la persona ha sido víctima de trata, es un niño o niña no acompañado o separado, si estuvo en detención antes del proceso retorno y de reintegración, o bien si su bienestar y desarrollo se encuentra en riesgo si se retorna al país de origen o si permanece en el país de destino o tránsito.

16 Véase IOM. (2010) Managing Return Migration. Migration Policy and Research. No. 14. Geneva, Switzerland. (Anexo 23).

17 See in this regard: Conferencia Regional sobre Migración (CRM) (with the technical support of IOM Office for North America, Central America and the Caribbean). ,Lineamientos regionales para la atención de niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados en casos de repatriación.. Guatemala, 2009 (Anexo 24) and Conferencia Regional sobre Migración (CRM) (with the technical support of IOM Office for North America, Central America and the Caribbean). ,Lineamientos regionales para la protección especial en casos de repatriación de niños, niñas y adolescentes víctimas de trata de personas.. New Orleans, 2007. (Anexo 25)

18 See for example: OIM/Ministerio de Relaciones Exteriores Estado Plurinacional de Bolivia. ,Guía de Retorno para el Migrante Boliviano.. Bolivia, 2011 (Anexo 26) and OIM/Ministerio de Relaciones Exteriores Estado Plurinacional de Bolivia. ,Lineamientos para el diseño de un plan de retorno y reintegración sostenible para migrantes bolivianos y bolivianas., Bolivia, 2011. (Anexo 27).

17. Finalmente, la OIM trabaja en la implementación de programas de asistencia para la reintegración en los países de origen y también para casos en los cuales la mejor solución para un migrante en condición irregular es permanecer en su lugar de destino o ser reasentado en un tercer país¹⁹. Estos programas ayudan a reducir los riesgos que los empujen a migrar en condiciones irregulares nuevamente.
18. El interés de la OIM en presentar el presente escrito de *Amicus Curiae* ante esta Honorable Corte en el proceso de Opinión Consultiva de la referencia nace del compromiso permanente de la organización hacia la protección de los derechos humanos de las personas migrantes en el proceso migratorio, a lo largo de más de 60 años de trabajo desde su constitución. La resolución de este Tribunal en el contexto de esta Opinión Consultiva vendrá a informar de manera fundamental a los Estados sobre cómo responder a las necesidades de la niñez migrante a la luz de los estándares establecidos previamente en su propia jurisprudencia y con base también en una interpretación evolutiva de los derechos y garantías establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Opinión Consultiva será una piedra angular en los esfuerzos para asegurar de manera efectiva los derechos de un grupo en clara condición de vulnerabilidad en la región.

B. PREGUNTAS PRESENTADAS ANTE LA CORTE

1. PROCEDIMIENTOS PARA IDENTIFICAR NECESIDADES DE PROTECCION INTERNACIONAL Y POTENCIALES SITUACIONES DE RIESGO PARA LOS DERECHOS DE NIÑOS Y NIÑAS MIGRANTES

¿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?

19. Los tratados básicos en derechos humanos a nivel regional e internacional resultan aplicables para toda persona, incluidos, con pocas excepciones, a los no nacionales dentro del territorio de un Estado. Esto significa que los derechos humanos garantizados por estos tratados deben ser garantizados también por los

¹⁹ Véase por ejemplo IOM (2010) Assisted Voluntary Return and Reintegration. Annual Report of Activities. Geneva, Switzerland. (Anexo 28) and IOM (2010) International Migration Law. ,Rights, Residence, Rehabilitation: A Comparative Study Assessing Residence Options for Trafficked Persons. No.24. Geneva, Switzerland. (Anexo 29).

niños y niñas no nacionales. Como estándar relevante, el *Comité de los Derechos del Niño* [en adelante *El Comité*] ha establecido en este sentido que:

“Las obligaciones del Estado en virtud de la Convención [la CDN] se aplican con referencia a todos los menores que se encuentren dentro de su territorio y a los que estén por otro concepto sujetos a su jurisdicción. Estas 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. Por otra parte, las obligaciones del Estado de acuerdo con la Convención se aplican dentro de las fronteras de ese Estado, incluso con respecto a los menores que queden sometidos a la jurisdicción del Estado al tratar de penetrar en el territorio nacional. Por tanto, el disfrute de los derechos estipulados en la Convención 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 (...).”²⁰

20. De esta manera, los Estados tienen la obligación clara de respetar y proteger a las personas menores de edad no nacionales en el marco de un cumplimiento pleno y la implementación de todos los derechos establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño. Las obligaciones derivadas de la Convención (...) “se extienden a todos los poderes del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial). Se incluyen entre ellas la obligación de promulgar legislación, crear estructuras administrativas, y articular las actividades de investigación, información, acopio de datos y de formación general, necesarias para apoyar estas medidas. Estas obligaciones jurídicas tienen carácter tanto negativo como positivo, pues obligan a los Estados no sólo a abstenerse de medidas que infrinjan los derechos del menor, sino también a tomar medidas que garanticen el disfrute de estos derechos sin discriminación”.²¹

21. El *Comité* destaca la importancia de seguir principios²² como el de no discriminación (este principio no excluye-e incluso puede exigir-la diferenciación fundada en la diversidad de necesidades de protección, como la asociadas a la edad o al género), el interés superior del menor como consideración primordial en la búsqueda de soluciones a corto y largo plazo²³, el derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo, el derecho

20 Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 6, op.cit. para. 12

21 Ibid, para. 13

22 Ibid, párrs. 12-30.

23 Según la Observación General, si las autoridades competentes han internado al menor separado o no acompañado en un establecimiento "para los fines de atención, protección o tratamiento de su salud física o mental", el Estado reconoce el derecho del menor a "un examen periódico" del tratamiento "y de todas las demás circunstancias propias de su internación" (párr. 22).

del niño a expresar su opinión libremente, el respeto del principio de no devolución²⁴ y el principio de confidencialidad²⁵.

22. Ahora bien, como complemento a los principios generales señalados, el *Comité* también ha identificado un conjunto de principios aplicables al trato de niño y niñas no acompañados fuera de su país de origen como guía orientadora de mecanismos y procedimientos de identificación de riesgos y protección de los niños y niñas migrantes. Todos estos mecanismos y procedimientos tiene su fundamento en los principios mencionados anteriormente de la Convención sobre los Derechos del Niño.

23. La determinación de necesidades de protección de la persona menor de edad debe realizarse a partir de una evaluación de la situación específica y el mejor interés del niño o niña en cuestión. “Las medidas incluirán la determinación de la edad, para lo cual no sólo debe tenerse en cuenta el aspecto físico del individuo, sino también su madurez psicológica”.²⁶

24. La evaluación deberá realizarse con criterios científicos, seguridad e imparcialidad, atendiendo al interés del menor y a consideraciones de género, evitando todo riesgo de violación de su integridad física, respetando debidamente su dignidad humana, y, en caso de incertidumbre, otorgando al individuo el beneficio de la duda, de manera que, en la hipótesis de que se trate de un menor, se lo trate como tal; deberá realizarse una inspección inmediata en el registro tras una entrevista inicial adaptada a las necesidades, edad y sexo del menor, realizada por profesionales calificados en un idioma que el menor pueda comprender; y continuando con el proceso de inscripción y a fin de atender a las necesidades específicas de la persona menor, debe consignarse información adicional sobre su situación.²⁷

25. Además, la evaluación debe considerar 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. Toda la información de que se disponga para determinar la posible

24 En relación a este principio, la Observación General señala que “los Estados no trasladarán al menor a un país en el que haya motivos racionales para pensar que existe un peligro real de daño irreparable para el menor. La evaluación del riesgo de dichas violaciones graves deberá efectuarse teniendo en cuenta la edad y el género y tomando asimismo en consideración, por ejemplo, las consecuencias particularmente graves para los menores que presenta la insuficiencia de servicios alimentarios o sanitarios” (párr. 27).

25 En relación a este principio, la Observación General señala que “se ejercerá diligencia para evitar que la información recabada e intercambiada legítimamente con una finalidad no sea impropia utilizada para otra distinta” (párr. 29).

26 Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 6, op.cit. para. 31.1

27 Ibid.

existencia de necesidades de protección internacional se encuentra basada en el artículo 1A (2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, el artículo 1(2) de la Convención Africana sobre Aspectos Específicos de los Problemas de los Refugiados en África; y potenciales necesidades de protección establecidas en la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes [en adelante CCT] o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, particularmente el artículo 2.²⁸

26. Como ha sido enfatizado por *el Comité*, los Estados deberán nombrar un tutor o asesor además de un representante legal a las personas menores de edad no acompañadas. El tutor deberá ser consultado e informado sobre cualquier medida llevada a cabo en relación al niño o niña. El tutor estará autorizado a asistir a todos los procedimientos de planificación y adopción de decisiones, incluidas las comparecencias ante los servicios de inmigración y órganos de recurso, los encaminados a definir la atención del menor y buscar una solución duradera. El tutor o asesor tendrá los conocimientos necesarios especializados en atención de la infancia, para que los intereses del menor estén protegidos y sus necesidades en materia jurídica, social, sanitaria, psicológica, material y educativa, etc., debidamente satisfechas, y servirá de vínculo entre el niño y los especialistas, organismos e individuos que prestan la atención permanente que el menor necesita.²⁹

28. En línea con lo anterior, esta Honorable Corte ha señalado que durante de cualquiera de los procedimientos relacionados a personas menores de edad, es fundamental que se tome en cuenta el deber de los Estados, con fundamento en el artículo 19 de la Convención Americana de asumir una posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad en casos en que los niños no han podido recibir el debido cuidado por sus padres y carecen de satisfacción para afrontar sus necesidades sociales básicas.³⁰

28. Adicionalmente, esta Honorable Corte ha insistido en que los Estados tienen la obligación genérica de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones a los derechos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos³¹. El Tribunal ha señalado el deber de las autoridades estatales de impedir que sus agentes atenten contra estos derechos, así

28 Ibid.

29 Ibid, para. 33

30 Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 90.

31

como de prevenir y proteger a los individuos de actos criminales de otros individuos e investigar efectivamente estas situaciones.³²

29. Esta Honorable Corte ha reconocido que generalmente los migrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos mantenida por situaciones *de jure* (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y *de facto* (desigualdades estructurales).³³ Lo anterior debe agregarse a la especial condición de vulnerabilidad de la niñez migrante. La niñez migrante requiere por lo tanto de una protección particular de sus derechos a la vida, integridad, libertad, seguridad personal, tutela judicial efectiva y protección judicial. Adicionalmente, debe protegerse el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución.

30. Cuando se trata de personas en situación de especial vulnerabilidad con un importante riesgo de sufrir afectaciones, deben tomarse las medidas adecuadas para revertir esa situación y prevenir o evitar el riesgo a sus derechos³⁴. Como ha indicado este Tribunal, se debe prestar atención a las particulares necesidades de protección de la persona, en función de las necesidades de protección para cada caso en particular.³⁵

31. De acuerdo a lo anterior, la determinación individual de cada caso es crucial con el fin de asegurar una protección efectiva a la niñez migrante y una adecuada implementación de los estándares y obligaciones internacionales en la materia. Una evaluación individualizada hará posible decidir si la persona menor de edad es un potencial refugiado, una víctima de trata de personas o bien si presenta otras características que merezcan una atención particular con el objeto de abordar otras vulnerabilidades o situaciones de explotación y/o abuso y garantizar la protección y el respeto del que es titular el niño o niña con base en los instrumentos internacionales y regionales.

32. Ahora bien, “mientras que la categorización de los diferentes grupos de personas puede ser una herramienta útil, no es determinante por sí misma y las personas que viajan en los movimientos mixtos pueden tener necesidades diversas y encajar en diferentes categorías.³⁶ Es importante notar que también los niños y niñas que no

32 Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 120.

33 Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 112.

34 Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya. Op.cit, párr. 170

35 Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello. Op. Cit., párr. 117.

36 ACNUR. La Protección de los Refugiados y la Migración Mixta: El Plan de los 10 Puntos en Acción. Capítulo 6. Procesos y procedimientos diferenciados. Pág. 163. Como señala el ACNUR, “[p]or ejemplo, las

están “categorizados” como refugiados o víctimas de trata puede encontrarse en riesgo, o haber sido victimizados, y que generalmente su situación específica como persona menor de edad no nacional requiere una atención específica.

33. Siguiendo la jurisprudencia de este Tribunal, con fundamento en los artículos 8 y 25 de la CADH, todo procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de los niños y niñas migrantes, debe respetar ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y las garantías que los protegen³⁷. La Corte ha expresado que la administración no está excluida de cumplir con este deber³⁸.

34. Tanto esta Corte como el *Comité de los Derechos del Niño* han identificado algunas consideraciones generales mínimas que pueden aplicarse a cualquier procedimiento administrativo en el cual estén involucrados niños y niñas, lo que debe orientar los procedimientos de identificación de riesgos y determinación de necesidades de protección de la niñez migrante, a saber:

➤ Debe asegurarse la participación del niño en los procedimientos en que se discuten sus propios derechos y cuya decisión es relevante para su vida futura. Debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos de acuerdo a su grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan comprendidos en la categoría de persona menor de edad con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior³⁹.

➤ Se debe reconocer el derecho a la asistencia consular del Estado de origen del niño o niña migrante⁴⁰ (con excepción de los casos de refugiados y solicitantes de asilo a los cuales les asiste el derecho a la confidencialidad inclusive frente a las autoridades de su país).

➤ Suministrar la información al niño o niña sobre su situación jurídica e implementar los procedimientos adecuados adaptándolos a sus necesidades

víctimas de trata de personas y los menores no acompañados o separados también pueden tener necesidades de protección internacional a consecuencia de una persecución que ponga en peligro su vida, integridad personal o libertad, y en tales casos, pueden llevarse a cabo los procedimientos de asilo junto con otros procesos, incluida la asistencia y la prestación de servicios para satisfacer las necesidades inmediatas”. pág. 163

37 Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Op.cit, párr. 98.

38 Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párrs.124 y 125

39 Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Op.cit, párrs. 99-102.

40 Corte IDH. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 80.

particulares, garantizando que cuenten con asistencia letrada y de otra índole en todo momento, de acuerdo con sus necesidades⁴¹;

➤ Las medidas de protección que se adopten deben ajustarse estrictamente a la ley, y se debe apuntar a que el niño continúe vinculado con su núcleo familiar, si esto es posible y salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél.⁴²

➤ El personal debe estar debidamente capacitado para atender a los niños y niñas y las salas de entrevistas representen un entorno seguro y no intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para la persona menor de edad⁴³. En estos casos el apoyo a la víctima es fundamental para brindar seguridad y un marco adecuado para referirse a los hechos sufridos y facilitar su participación, de la mejor manera y con el mayor de los cuidados, en las diligencias de investigación⁴⁴.

➤ Procurar que los niños y niñas no sean interrogados en más ocasiones que las necesarias para evitar, en la medida de lo posible, la revictimización o un impacto traumático⁴⁵.

➤ Que sólo excepcionalmente se haga uso de medidas privativas de libertad, sin que la condición migratoria de la persona pueda conllevar una sanción penal⁴⁶.

35. Entre las medidas necesarias para garantizar el respeto continuo de los derechos de la niñez migrante se encuentran:

➤ Tan pronto como sea posible, entrega a los menores de documentos personales de identidad.

41 Comité de los Derechos del Niño. Observación General 5: Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44), 34º período de sesiones, 2003, U.N. Doc. CRC/GC/2003/5 (27 de noviembre de 2003), párr. 24, y Comité de los Derechos del Niño, Observación General 12: El derecho del niño a ser escuchado, 51º período de sesiones, 2009 U.N. Doc. CRC/C/GC/12 (20 de julio de 2009), párr. 64.

42 Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Op.cit, párrs. 71-77.

43 Comité de los Derechos del Niño. Observación General 12: El derecho del niño a ser escuchado. Op.cit, párr. 21 in fine, 34 y 64.

44 Corte IDH. 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 189.

45 Comité de los Derechos del Niño. Observación General 12: El derecho del niño a ser escuchado. Op.cit párr. 24.

46 Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Op.cit, párr. 103 y Corte IDH. Caso Vélez Lóor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párr 171.

- En el caso de los niños y niñas no acompañados o separados, debe darse el comienzo inmediato de la localización de los miembros de la familia, como se establece en el párrafo 2 del artículo 22, párrafo 3 del artículo 9 y párrafo 2 del artículo 10 de la CDN.
- En los casos de niños y niñas no acompañados o separados, se garantizará atención y alojamiento, tomando en cuenta las vulnerabilidades particulares que enfrente, no sólo por haber podido quedar desconectado de su medio familiar, sino también por encontrarse fuera de su país de origen, considerando la edad, el sexo y su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.⁴⁷
- Se garantizará el acceso permanente a la educación a todos los niveles durante todas las etapas del ciclo de desplazamiento del niño o niña sin discriminación alguna a tenor del artículo 28, apartado c) del párrafo 1 del artículo 29, y artículos 30 y 32 de la CDN. También se garantizará el acceso a la educación de calidad a los niños con necesidades especiales, en particular los niños con discapacidad y se respetará el derecho a mantener su identidad y sus valores culturales, y, en especial, a conservar y cultivar su idioma nativo.
- Se proporcionará asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda (artículo 27 de la CDN).
- Se proporcionará el mismo acceso a la atención de la salud que los nacionales. Se tendrán en cuenta, en particular, el hecho de que un menor no acompañado ha quedado separado de su familia y también, en mayor o menor grado, ha experimentado pérdidas, traumas, perturbaciones y violencia. Para facilitar la recuperación y reintegración, se deben establecer servicios de atención de la salud mental culturalmente adecuados y atentos a las cuestiones de género, y se prestará asesoramiento psicosocial calificado (artículos 23, 24 y 39 de la CDN).
- Se adoptarán las medidas necesarias para prevenir el reclutamiento o la utilización de esos niños por cualquiera de las partes en un conflicto armado. La norma también se aplica a los ex niños soldados que han desertado de sus unidades y deben ser protegidos contra un nuevo reclutamiento (artículos 38 y 39 de la CDN).

47 Artículos 20 y 22 de la CDN

36. En el caso de los niños y niñas no acompañadas y separadas, “[d]ebe procurarse por todos los medios que el menor no acompañado o separado se reúna con sus padres salvo cuando el interés superior de aquél requiera prolongar la separación, habida cuenta del derecho del menor a manifestar su opinión”.⁴⁸ Asimismo, “[l]a integración en el país de acogida constituye la opción principal si el retorno al país de origen se revela imposible por razones jurídicas o de hecho. Esta integración en el país de acogida debe basarse en un régimen jurídico estable (con inclusión del permiso de residencia) y estar regida por los derechos previstos en la Convención [de los Derechos del Niño] que son plenamente aplicables a todos los menores que permanecen en el país con independencia de que sea en razón de su reconocimiento como refugiados, de otros obstáculos jurídicos al retorno o de si el análisis de los intereses superiores del niño desaconseja el retorno”.⁴⁹

37. Dentro de los grupos específicamente vulnerables se encuentra la niñez refugiada (ver pregunta 8) y las víctimas de la trata de personas. En muchos destinos las víctimas de la trata pueden ser equivocadamente clasificadas como migrantes irregulares y deportadas sumariamente o puestas en centros de detención sin ser debidamente identificadas como víctimas. Debe evitarse el no hacer esta distinción.⁵⁰

38. Dada su condición de víctima, los niños y niñas objeto de la trata de personas no deben ser detenidas, acusadas ni procesadas por haber entrado o residir ilegalmente en los países de tránsito y destino, ni por haber participado en actividades ilícitas en la medida en que esa participación sea consecuencia directa de su situación de víctimas⁵¹.

39. Como bien ha señalado el *Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos* a este respecto “[s]i bien los elementos adicionales que distinguen la trata del contrabando de migrantes pueden a veces ser evidentes, en muchos casos es difícil probarlos sin una investigación activa. De no identificarse correctamente a una víctima de trata de personas, el resultado consistirá probablemente en seguir denegándole sus derechos. Por lo tanto, los Estados tienen la obligación de que esa identificación sea posible y se lleve a cabo”.⁵²

48 Comité de los Derechos del Niño. Observación General 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen. Op.cit, párr. 81

49 Ibid. párr. 89.

50 IOM. Direct Assistance for Victims of Trafficking. Chapter 2: Screening of Victims of Trafficking-Chapter 3: Referral and Reintegration Assistance. Op.cit, p. 17

51 O.N.U. Consejo Económico y Social. Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos al Consejo Económico y Social. Principio 7.

52 O.N.U. Consejo Económico y Social. Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos al

40. Una vez detectada una víctima de la trata, es necesario establecer los procedimientos adecuados para atender sus necesidades de protección y asistencia concretas. El Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas especialmente mujeres y niños [en adelante el Protocolo de Palermo], instrumento internacional por excelencia en la materia, recoge las medidas básicas a cumplir en este sentido en su artículo 6. Resulta importante acotar que los tratados básicos de derechos humanos- incluida la CDN-son aplicables en todo momento y debe ser respetados.

41. Los niños y niñas víctimas de la trata suelen presentar necesidades inmediatas de carácter físico, sexual y psicológico que deben ser atendidas con urgencia por instituciones y personal altamente capacitado en el tema, mediante los procedimientos al efecto⁵³. Así, además de estar altamente propensas al abuso físico y sexual, pueden sufrir otros padecimientos producto de las extenuantes jornadas de trabajo, la mala alimentación, la falta de sueño, el hacinamiento, la ausencia de higiene y de atención a su salud.⁵⁴

42. Según el artículo 7 del Protocolo de Palermo, los Estados “[a]demás de adoptar las medidas previstas en el artículo 6 del presente Protocolo, cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar medidas legislativas u otras medidas apropiadas que permitan a las víctimas de la trata de personas permanecer en su territorio, temporal o permanentemente, cuando proceda (...) [dando] la debida consideración a factores humanitarios y personales”.

43. Por otra parte, a tono con lo señalado por esta Honorable Corte⁵⁵ la seguridad de las víctimas de la trata y sus familias debe resguardarse como parte de los procedimientos. La posibilidad de que estas sean objeto de represalias siempre serán

Consejo Económico y Social. Directriz 2. Identificación de las víctimas de la trata de personas y de los tratantes. Op.cit, pág 6.

53 Véase O.N.U. Consejo Económico y Social. Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos al Consejo Económico y Social. Directriz 2. Identificación de las víctimas de la trata de personas y de los tratantes. Directriz 8: Medidas especiales para la protección y la asistencia a los niños víctimas de trata de personas. Pág. 13 y OIM. Guía de Intervención Psicosocial para la Asistencia directa con Personas Víctimas de Trata. IV. Consecuencias de la trata en la vida de las personas. Op.cit, párrs. 55 a 57.

54 Ibid. Directrices 2. Identificación de las víctimas de la trata de personas y de los tratantes. Directriz 8: Medidas especiales para la protección y la asistencia a los niños víctimas de trata de personas. Pág. 13. OIM. Guía de Intervención Psicosocial para la Asistencia directa con Personas Víctimas de Trata. IV. Consecuencias de la trata en la vida de las personas. Op.cit, párrs. 55 a 57.

55 Véase Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101 párr. 199.

aspectos típicos de delitos como la trata de personas en cual involucra comúnmente redes del crimen organizado.⁵⁶

44. Para todo niño o niña migrante el objetivo final es identificar una solución duradera que resuelva todas sus necesidades de protección, [y] tenga en cuenta las opiniones del menor.⁵⁷

2. SISTEMAS DE GARANTÍAS DE DEBIDO PROCESO & 6. GARANTÍAS DE DEBIDO PROCESO ANTE MEDIDAS QUE IMPLIQUEN RESTRICCIONES A LA LIBERTAD PERSONAL DE NIÑOS Y NIÑAS MIGRANTES.

¿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? Cuáles son a la luz de esos mismos artículos las garantías de debido proceso cuando en estos procesos se apliquen medidas que restrinjan la libertad personal de los niños?

45. A nivel universal, las normas relativas a las garantías del debido proceso se encuentran establecidas en los artículos 9, 14 y 15 del PIDCP⁵⁸ y en los artículos 7 y

56 O.N.U. Oficina contra la Droga y el Delito. Manual para la Lucha contra la Trata de Personas. Programa Mundial contra la Trata de Personas. Nueva York, 2007. Pág 92.

57 Comité de los Derechos del Niño. Observación General 6. Op.cit, párr.79.

58 PIDCP, Art. 9; 1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta. 2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella. 3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será 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. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo. 4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal. 5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación." Artículo 14 "Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores. 2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

10⁵⁹ de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Estas normas incluyen, entre otras, el acceso a tribunales y el derecho a exigir justicia, así como las garantías de igualdad y equidad durante el proceso. De acuerdo al Comité de Derechos Humanos “[e]l derecho a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia y a un juicio imparcial es un elemento fundamental de la protección de los derechos humanos”. El artículo 14 del PIDCP “sirve de medio procesal para salvaguardar el imperio de la ley” y se aplica a todas las personas, independientemente de su nacionalidad o estatus migratorio, si se encuentran en el territorio o sujetas a la jurisdicción de un Estado Parte del PIDCP.⁶⁰

46. De acuerdo a lo establecido en instrumentos internacionales⁶¹, las normas sobre el debido proceso deben aplicarse de manera no discriminatoria, por lo tanto, se

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella; b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección; c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas; d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo; e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo; f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal; g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable. 4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social. 5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley. 6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido. 7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.” Art. 15 “1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello. 2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.”

59 DUDH Art. 7 “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”. Art 10 “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oído públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en material penal”.

60 Véase, Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 32 (2007) “Artículo 14: El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia”, CCPR/C/GC/32.

61 Véase, PIDCP, Artículos 9, 14 y 15.

aplican a todas las personas independientemente de su estatus migratorio. Las garantías previstas en el artículo 14 del PIDCP deben ser respetadas por todos los Estados Partes, independientemente de sus tradiciones jurídicas y legislación nacional.⁶² A pesar de que los principios establecidos por el PIDCP se aplican también a los niños, la CDN establece normas adicionales del debido proceso específicas para estas personas.

47. El ex Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, Jorge Bustamante, ha manifestado que los Estados deberían aplicar las garantías procesales “acordes con la edad”, que incluyan, entre otras cosas, los derechos a disponer de un tutor y un representante legal, asistencia jurídica gratuita, acceso a la jurisdicción, a una reparación efectiva, a disponer de un intérprete en caso necesario y a ser oído.⁶³ A la hora de determinar la edad exacta de un individuo, en caso de incertidumbre, los Estados deberán otorgar al individuo el beneficio de la duda, de manera que, en la hipótesis de que se trate de una persona menor de edad, se le trate como tal.⁶⁴

48. A nivel regional, esta Honorable Corte ha señalado que el debido proceso debe respetarse tanto en los procedimientos judiciales como administrativos en los que se resuelva acerca de los derechos del niño, por lo que el debido proceso no sólo es relevante en materia de procedimientos penales.⁶⁵

49. El derecho a la protección y asistencia consular establecido en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 (en adelante “La Convención de Viena”) está estrechamente ligado al debido proceso. El artículo 5 de la Convención de Viena establece que las autoridades consulares de un Estado deben, entre otras cosas, prestar ayuda y asistencia en el Estado receptor, proteger sus intereses y tomar las medidas convenientes para su representación adecuada en los procedimientos en el Estado receptor.⁶⁶ En cuanto a las personas menores de edad específicamente, el

62 Véase, Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 32 (2007) “El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia”, párr. 4.

63 Véase, Informe de Relator Especial de la ONU sobre los derechos humanos de los migrantes, A/HRC/11/7 (2009), párr. 58.

64 CDN, Observación General N° 6, *Op.cit*, párr. 31.

65 Opinión Consultiva OC-17/2002, *Op.cit*, párr. 94.

66 Art. 5(a) “proteger en el Estado receptor los intereses del Estado que envía y de sus nacionales, sean personas naturales o jurídicas, dentro de los límites permitidos por el derecho internacional”; 5(e) “prestar ayuda y asistencia a los nacionales del Estado que envía, sean personas naturales o jurídicas”; 5(g) “velar, de acuerdo con las leyes y reglamentos del Estado receptor, por los intereses de los nacionales del Estado que envía, sean personas naturales o jurídicas, en los casos de sucesión por causa de muerte que se produzcan en el territorio del Estado receptor”; 5(i) “representar a los nacionales del Estado que envía o tomar las medidas convenientes para su representación ante los tribunales y otras autoridades del Estado receptor, de conformidad con la práctica y los procedimientos en vigor en este último, a fin de lograr que, de acuerdo con las leyes y reglamentos del mismo, se adopten las medidas provisionales de preservación de los

artículo 5(h) de la Convención de Viena establece que la oficina consular velará por los intereses de las personas menores de edad, en particular cuando se requiera instituir para ellas una tutela o una curatela. En el contexto de las migraciones, el artículo 65(2) de la CIPDTMF establece que “[l]os Estados Partes facilitarán, según corresponda, la provisión de servicios consulares adecuados y otros servicios que sean necesarios para atender a las necesidades sociales, culturales y de otra índole de los trabajadores migratorios y sus familiares”.

50. Por otra parte, está bien establecido que los no-nacionales deben tener la libertad, en cualquier momento, de comunicarse con los funcionarios consulares en el Estado receptor.⁶⁷ Este derecho aplica a todas las personas independientemente de su estatus migratorio. Sin embargo, el tema ha sido abordado más específicamente en relación con los trabajadores migratorios y sus familias en el artículo 23 de la CIPDTMF.⁶⁸ De conformidad con el artículo 36 de la Convención de Viena y el artículo 23 de la CIPDTMF, las personas migrantes tienen derecho a ser informadas sin retraso alguno sobre la posibilidad de recibir protección y asistencia consular.

51. Esto es particularmente importante en situaciones de detención, debido a que la experiencia de ser detenido en un país con un idioma y entorno jurídico diferente puede ser altamente perturbadora. Sin embargo, el derecho a que se le informe a la oficina consular sobre el arresto o detención de un individuo solamente es exigible por el individuo y no por el Estado de nacionalidad de la persona migrante, por lo que ésta puede negarse a que el consulado sea informado acerca de su paradero.⁶⁹ Si el individuo decide en favor de la notificación consular, el Estado debe respetar el derecho de la persona a comunicarse libremente con funcionarios consulares, incluyendo visitas periódicas al lugar de detención, etc.⁷⁰

derechos e intereses de esos nacionales, cuando, por estar ausentes o por cualquier otra causa, no puedan defenderlos oportunamente”.

67 Art. 36(a) de la CVRC “los funcionarios consulares podrán comunicarse libremente con los nacionales del Estado que envía y visitarlos. Los nacionales del Estado que envía deberán tener la misma libertad de comunicarse con los funcionarios consulares de ese Estado y de visitarlos”; véase también, Asamblea General, Resolución 40/144, *Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven*, 13 de diciembre de 1985. Art. 10 “Todo extranjero tendrá libertad en cualquier momento para comunicarse con el consulado o la misión diplomática del Estado de que sea nacional o, en su defecto, con el consulado o la misión diplomática de cualquier otro Estado al que se haya confiado la protección en el Estado en que resida de los intereses del Estado del que sea nacional”.

68 Art. 23 “Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a recurrir a la protección y la asistencia de las autoridades consulares o diplomáticas de su Estado de origen, o del Estado que represente los intereses de ese Estado, en todos los casos en que queden menoscabados los derechos reconocidos en la presente Convención. En particular, en caso de expulsión, se informará sin demora de ese derecho a la persona interesada, y las autoridades del Estado que haya dispuesto la expulsión facilitarán el ejercicio de ese derecho”.

69 Art. 36(c) de la CVRC.

70 *Ibid.*

52. Cabe destacar que, a pesar de que no se considera a la Convención de Viena como un instrumento de derechos humanos, esta Corte ha adoptado las disposiciones sobre el acceso consular como parte del debido proceso y del marco de derechos humanos.⁷¹ El acceso a servicios consulares es de suma importancia en el caso de la niñez migrante, especialmente los niños y niñas no acompañados o separados, ya que suelen ser más vulnerables que las personas adultas durante el proceso migratorio y necesitan toda la asistencia y orientación disponible.⁷²

53. De acuerdo al ex Relator Especial de la ONU sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, Jorge Bustamante, los Estados deben reconocer el importante papel que desempeñan las oficinas consulares en cuanto a la protección de la niñez migrante, y esas oficinas deben compartir buenas prácticas y fortalecer la cooperación.⁷³

54. Cabe destacar, también, que los Estados Partes de la CDN, en virtud del artículo 20(1) de la Convención, están obligados a proporcionar protección y asistencia especiales para los niños y niñas que han sido privados de su entorno familiar. Esto supone la designación pronta de un tutor para personas menores de edad migrantes no acompañadas o separadas⁷⁴, un derecho que ha sido reconocido en el artículo 18(2) de la CDN.⁷⁵

55. Los Estados deberán nombrar a un tutor para los niños y niñas que son identificados como no acompañados o separados de su familia tan pronto como sea posible y mantenerlo bajo su tutela hasta que la persona menor de edad llegue a la mayoría de edad, por lo general a los 18 años de edad, o hasta que abandone permanentemente el territorio o la jurisdicción del Estado.⁷⁶ El tutor debe poseer los conocimientos necesarios especializados en atención de la infancia con el fin de garantizar que se vele por el interés superior de la persona menor de edad. Por otra parte, el tutor debe funcionar como un vínculo entre el niño o niña y los organismos pertinentes con el fin de asegurar que las necesidades en materia jurídica, social, educativa, sanitaria, psicológica y material del niño sean satisfechas.⁷⁷ El Estado o los organismos estatales competentes deben consultar e informar al tutor sobre todas las

71 Véase, Opinión Consultiva OC-16/99, *Op.cit.*

72 Véase, Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos humanos de los migrantes, A/HRC/11/7 (2009), párr. 97.

73 *Ibid*, párr. 114.

74 Véase, CDN, Observación General N° 6, *Op.cit*, párr. 24.

75 Art. 18(2) CDN “A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños”.

76 Véase, CDN, Observación General N° 6, *Op.cit*, párr. 33.

77 *Ibid*.

medidas concernientes al niño o niña, y el tutor debe estar presente en todos los procesos de planificación y toma de decisiones.⁷⁸

56. Se recomienda que los Estados establezcan mecanismos de revisión que permitan evaluar la calidad de la tutoría⁷⁹ con el fin de evitar abusos y garantizar que se vele por el interés superior del niño o niña. Para que esta tutela sea conforme al artículo 3 de la CDN⁸⁰ y el interés superior del niño o niña, la persona menor de edad debe ser informada sin demora sobre sus opciones y se deberán tener en cuenta sus opiniones.⁸¹ Esta información debe proporcionarse en forma que sea acorde con la madurez y el nivel de comprensión del menor, y, dado que la participación está en función de una comunicación fiable, se deben proveer, en caso necesario, servicios de interpretación en todas las fases del procedimiento.⁸²

57. El derecho a la representación legal ante los tribunales y cortes de justicia está profundamente vinculado con el debido proceso y forma parte de las garantías mínimas del mismo. Esta garantía se establece en el artículo 14 del PIDCP y en el artículo 40 de la CDN. Además de un tutor, como mencionado anteriormente, a la persona menor de edad debe serle designado un representante legal, en caso necesario.⁸³

58. A nivel regional, la misma garantía se establece en el artículo 8(2)(d) de la Convención Americana. El sistema interamericano ha reconocido, además, que las garantías mínimas previstas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana también se aplican a las audiencias administrativas, y por lo tanto, deben respetarse durante los procedimientos de asilo, expulsión, etc.⁸⁴ Las garantías mínimas también se aplican a las personas menores de edad⁸⁵ y el acceso a representación legal competente debe ser gratuito⁸⁶, especialmente en procedimientos penales y de asilo. También es importante que los Estados proporcionen capacitación a los representantes legales que trabajan con personas menores de edad migrantes no

78 Véase, Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes (2009), *Op.cit.*, párr. 34.

79 *Ibid.*, párr. 35.

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

81 CDN, Observación General N° 6, *Op.cit.*, párr. 37; véase también, Art. 12(1) "Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño".

82 CDN, Observación General N° 6, *Op.cit.*, párr. 25.

83 *Ibid.*, párr. 34.

84 Véase, Opinión Consultiva OC-18/03, *Op.cit.*, párrs. 124-127.

85 Véase, Opinión Consultiva OC-17/2002, *Op.cit.*, párr. 55.

86 Véase, CDN, Observación General N° 6, *Op.cit.*, párr. 69.

acompañadas o separadas para garantizar que el interés superior de la persona menor de edad sea la consideración primordial durante todas las fases del procedimiento.⁸⁷

59. El derecho a la representación legal también está protegido por uno de los principios fundamentales de la CDN, a saber, el derecho a ser oído, y en artículo 12(2) de dicha Convención establece que “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”.

60. Como se mencionó anteriormente, la comunicación fiable es esencial durante los procedimientos, y conforme a lo dispuesto por el artículo 40(2)(vi) de la CDN, todos los niños tienen derecho a un intérprete durante los procedimientos judiciales si él o ella no habla el idioma utilizado. Además, todas las entrevistas y los procedimientos de registro de los niños, tanto cuando se encuentren con su familia como en caso de no estar acompañados o de estar separados, deben realizarse en un idioma que la persona menor de edad pueda entender y con el apoyo de un intérprete en caso necesario.⁸⁸ La asistencia de un intérprete se considera una garantía procesal mínima y esencial para que se cumpla el derecho del niño a ser escuchado y para que el interés superior de la persona menor sea una consideración primordial.⁸⁹

61. Destacando la importancia de la no detención de los niños, el artículo 37(b) de la CDN estipula que los niños solamente pueden ser privados de su libertad como medida de último recurso y durante el período más breve posible. De acuerdo con el artículo antes mencionado, el Comité de los Derechos del Niño ha subrayado que “deberá hacerse todo lo posible, incluso acelerar los procesos pertinentes, con objeto de que los menores no acompañados o separados de sus familias sean puestos en libertad y colocados en otras instituciones de alojamiento”.⁹⁰ (Ver Preguntas 3 y 4).

62. Sin embargo, en caso de privación de libertad de una persona menor de edad, es esencial que el niño tenga derecho a asistencia jurídica adecuada y a impugnar la legalidad de la privación ante un tribunal u otra autoridad competente, imparcial e independiente.⁹¹ Las causas que den lugar a la privación de libertad deben estar definidas previamente en la ley, en la que deberán contemplarse recursos adecuados

⁸⁷ *Ibid.*, párr. 95.

⁸⁸ *Ibid.*, párr. 31(ii).

⁸⁹ *Ibid.*, párr. 71.

⁹⁰ CDN, Observación General N° 6, *Op.cit.*, párr. 61.

⁹¹ Véase, CDN, Art. 37(d).

y efectivos, incluida la revisión judicial, a fin de evitar la detención arbitraria y garantizar el acceso a los servicios jurídicos.⁹²

63. Esta Corte ha afirmado que las mismas garantías mínimas establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana deben aplicarse también a procedimientos relativos a la privación de la libertad de las personas migrantes⁹³, dentro de lo cual no debe excluirse a la niñez migrante.

64. En lo que respecta al principio del interés superior, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que “[l]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 las vulnerabilidades y necesidades especiales de protección”. Asimismo, el proceso de evaluación debe efectuarse en un “ambiente de amistad y seguridad y a cargo de profesionales competentes formados en técnicas de entrevistas que tengan en cuenta la edad y el género”.⁹⁴

65. En el caso específico de personas menores de edad, el artículo 19 de la Convención Americana obliga a los Estados a proporcionarles protección por su condición de menor de edad. La Corte ha señalado que la obligación de los Estados Partes de proteger el interés superior del niño durante cualquier procedimiento, incluye, entre otras cosas:

“(i) suministrar la información e implementar los procedimientos adecuados adaptándolos a sus necesidades particulares, garantizando que cuenten con asistencia letrada y de otra índole en todo momento, de acuerdo con sus necesidades; ii) asegurar especialmente en casos en los cuales niños o niñas hayan sido víctimas de delitos como abusos sexuales u otras formas de maltrato, que su derecho a ser escuchados se ejerza garantizando su plena protección, vigilando que el personal esté capacitado para atenderlos y que las salas de entrevistas representen un entorno seguro y no intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado; y iii) procurar que los niños y niñas no sean interrogados en más ocasiones que las necesarias para evitar, en la medida de lo posible, la revictimización o un impacto traumático en el niño”.⁹⁵

66. En el caso de una posible expulsión de personas migrantes, incluyendo personas menores de edad, existen varios requisitos procesales que deben cumplirse.⁹⁶

⁹²Véase, Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes (2009), *Op.cit.*, párr. 109.

⁹³ Caso *Vélez Loor vs. Panamá*, *Op.cit.*, párr. 108.

⁹⁴ CDN, Observación General N° 6, *Op.cit.*, párr. 20.

⁹⁵ Caso *Rosendo Cantú y otra vs. México*, *Op.cit.*, párr. 201.

⁹⁶ Véase, Comisión de Derecho Internacional, Memorando sobre la Expulsión de Extranjeros (2006) A/CN.4/565, párr. 596.

67. En primer lugar, el principio de no discriminación se extiende a las expulsiones y, por ende, nadie puede ser expulsado por el simple hecho de pertenecer a un grupo de personas migrantes.⁹⁷ En segundo lugar, el artículo 13 del PIDCP establece, entre otras cosas, que una persona: (i) sólo podrá ser expulsada de un Estado en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; (ii) se le permitirá exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión; y (iii) deberá contar con representación legal.

68. Además, aunque no se menciona explícitamente, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que toda persona tiene derecho a una audiencia justa y completa.⁹⁸ Como se ha mencionado anteriormente, un individuo también tiene derecho a protección y asistencia consular conforme a lo dispuesto por los artículos 36 y 38 de la Convención de Viena.

69. Además, esta Honorable Corte ha reconocido y aplicado las garantías mínimas previstas en el artículo 8 a los procedimientos de expulsión.⁹⁹ En cuanto a las personas menores de edad, la expulsión debe ajustarse a lo estipulado en la CDN, por lo que debe considerarse el interés superior del niño o niña, sus opiniones y puntos de vista y asegurar que no sea separado/a de sus padres. (Ver Pregunta 7).

70. A nivel regional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante "TEDH") ha declarado que un niño tiene derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional en caso de que su deportación represente un riesgo para sus derechos humanos.¹⁰⁰ El Sistema Interamericano prevé la misma protección a través del artículo 25 de la Convención Americana, y los Estados Partes además están obligados a garantizar que las decisiones producto de esos recursos se cumplan por las autoridades.

71. Por último, de acuerdo a la Relatoría sobre los Trabajadores Migratorios y sus Familias: "[l]as decisiones en materia migratoria no pueden ser delegadas a funcionarios policiales o administrativos no especializados. El funcionario que toma estas determinaciones debe ser responsable ante la ley, ante sus superiores jerárquicos, y ante organismos de control horizontal, por la legalidad de las mismas.

97 Véase, Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 15 (1986) "La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto", párr. 10.

98 Véase, Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Suecia, 1 de noviembre de 1995, A/51/40 (vol. 1), párr. 88.

99 Opinión Consultiva OC-18/03, *Op.cit.*, párrs. 124-127.

100 Art. 13 del CEDH "Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales".

Su nombramiento y su ubicación en la estructura administrativa del Estado deben estar rodeados de garantías de imparcialidad y “blindados” contra posibles presiones e influencias”.¹⁰¹

3. LA NO DETENCIÓN DE NIÑOS Y NIÑAS. ESTÁNDARES PARA LA APLICACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES EN UN PROCESO MIGRATORIO.

¿Cómo debe interpretarse, a la luz de los artículos 1, 7, 8, 19 y 29 de la Convención Americana y del 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 niño/as no acompañados o separados de sus padres?

72. Los instrumentos internacionales de derechos humanos reconocen que toda persona tiene el derecho fundamental a la libertad y a la seguridad personales, y que nadie podrá ser sometido a detención arbitraria.¹⁰² Los derechos a la libertad y a la seguridad personales se establecen en el artículo 7 de la Convención Americana y el artículo 1 de la Declaración Americana.

73. La prohibición de la detención arbitraria se aplica por igual a las personas migrantes, refugiadas, apátridas y solicitantes de asilo.¹⁰³ En particular, el Comité de Derechos Humanos ha hecho hincapié en que el derecho a la libertad se aplica a todas las personas independientemente de su estatus migratorio y debe garantizarse “sin discriminación entre nacionales y extranjeros”.¹⁰⁴

101

Véase, <http://www.cidh.org/Migrantes/chap.62000beng.htm#VI.%20%20%20%20%20%20DUE%20PROCESS%20GUARANTEES> (citado 22/12/2011).

102 *Véase,* PIDCP. Art. 9(1) “Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta”; *véase también,* Comité de derechos Humanos, Observación General N° 8 (1982) “Trato humano de las personas privadas de libertad” – “El Comité señala que el párrafo 1 es aplicable a todas las formas de privación de libertad, ya sea como consecuencia de un delito o de otras razones, como por ejemplo las enfermedades mentales, la vagancia, la toxicomanía, las finalidades docentes, el control de la inmigración, etc.” *Véase también,* ONU, *Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*, 1988 (Adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/172, de 9 de diciembre de 1988) (“Conjunto de Principios sobre la Detención”), Principio 2 “El arresto, la detención o la prisión sólo se llevarán a cabo en estricto cumplimiento de la ley y por funcionarios competentes o personas autorizadas para ese fin”.

103 *Véase,* CIPDTMF Art. 16(1). *Véase también,* Directrices del ACNUR sobre los criterios y estándares aplicables con respecto a la detención de solicitantes de asilo (1999), párr. 1; Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, Art. 31(1).

104 *Véase,* Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 15, *Op.cit.*, párr. 2.

74. En principio, la detención debería ser la excepción y no la regla durante los procedimientos de control migratorio, y además aplicarse como último recurso.¹⁰⁵ También se ha hecho énfasis en que la violación de las leyes y reglamentos de migración no debe ser considerada delito. El Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias considera 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.¹⁰⁶ Esta Honorable Corte ha compartido este punto de vista.¹⁰⁷

75. En caso de niños y niñas, el artículo 37 de la CDN exige que se ofrezca protección especial para las personas menores de edad privadas de su libertad y proporciona directrices de acuerdo a las cuales la detención de éstas personas “se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”. Este enfoque se relaciona directamente con las normas generales de la CDN para la atención de la infancia en todas las circunstancias, incluyendo a las personas menores de edad acompañadas y no acompañadas en detención migratoria.

76. En el caso de personas menores de edad migrantes, el Comité de los Derechos del Niño establece explícitamente, en su Observación General N° 6, que:

“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. Cuando la privación de libertad esté excepcionalmente justificada por otras razones, [...] se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda. Por consiguiente, deberá hacerse todo lo posible, incluso acelerar los procesos pertinentes, con objeto de que los menores no acompañados o separados de su familia sean puestos en libertad y colocados en otras instituciones de alojamiento”.¹⁰⁸

77. Está bien documentado que el arresto y la detención puede conllevar efectos perjudiciales sobre el bienestar de un niño. De acuerdo al Comité de los Derechos del Niño, “El recurso a la privación de libertad tiene consecuencias muy negativas

105 Véase, Grupo de Trabajo de la ONU sobre la Detención Arbitraria, Informe Anual 2008, Doc. ONU A/HRC/10/21, 16 de febrero de 2009, párr. 67.

106 Informe del Grupo de Trabajo sobre la detención Arbitraria, E/CN.4/1999/63, 18 de diciembre de 1998.

107 Caso *Vélez Loor vs. Panamá*, *Op.cit.*, párr. 171.

108 CDN, Observación General N° 6, *Op.cit.*, párr. 61. Véase también, Informe de la visita del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria al Reino Unido sobre la cuestión de los inmigrantes y solicitantes de asilo, E/CN.4/1999/63/Add.3, párr. 37 “Nunca debería detenerse a menores no acompañados”; Subcomisión de Derechos Humanos Resolución 2002/23, “Protección internacional de los refugiados”, 2002 Párrafo 4 “[La Subcomisión] alienta a los Estados a tratar de encontrar alternativas a la detención y velar por que los menores de 18 años no sean detenidos.”; Véase, en general párr. 22 de las recomendaciones de la Conferencia de Berlín (16-18 de mayo de 2001).

en el desarrollo armonioso del niño y dificulta gravemente su reintegración en la sociedad”.¹⁰⁹ A pesar de que no se tiene una definición exacta de lo que es el interés superior del niño, este principio regulador se funda en “en la dignidad misma del ser humano en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades”.¹¹⁰

78. La inconveniencia de la detención de niños también ha sido observada por el TEDH el cual se pronunció respecto a un caso que involucró solicitantes de asilo menores de edad detenidos en un centro de detención cerrado a la espera de su expulsión. El TEDH se refirió al artículo 3 (interés superior del niño), artículo 22 (protección de las personas menores de edad solicitantes de asilo), y al artículo 37 (detención como último recurso) de la CDN como principios relevantes de derechos humanos. Teniendo en cuenta la corta edad de los niños, su estado de salud y la duración de su detención, la Corte concluyó que su detención violó el artículo 3 (prohibición de la tortura y los tratos inhumanos y degradantes) del Convenio Europeo de Derechos Humanos.¹¹¹

79. De conformidad con el fallo de la Corte en el caso de *Vélez Loor vs. Panamá*, en el contexto de procedimientos migratorios es necesario llevar a cabo una evaluación caso por caso, y de índole individualizada, sobre la posibilidad de aplicar medidas menos restrictivas que la detención para alcanzar los mismos fines. Si esta evaluación no respeta ni cumple las garantías procesales mínimas que deben aplicarse en los procedimientos migratorios (ver Preguntas 2 y 6), la detención de una persona migrante violaría no solamente el derecho a la libertad, sino también el derecho a las garantías judiciales de la persona migrante, estipulado en el artículo 8 de la Convención Americana.

80. En el caso de las víctimas de la trata, los “Principios y Directrices sobre la Trata de Personas” del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos son explícitos respecto a que la detención de las víctimas de la trata es inapropiada e (implícitamente) ilegal. Con arreglo a esos principios, los Estados deben velar por que las personas víctimas de trata no sean, en ninguna circunstancia, retenidas en centros de detención para inmigrantes o bajo otras formas de custodia”.¹¹²

109 CDN, Observación General N° 10 (2007) “Los derechos del niño en la justicia de menores” párr. 11.

110 CDN Art. 37; véase también CDN Art. 6 (“Todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. Los Estados Partes garantizarán la supervivencia y el desarrollo del niño”).

111 Caso *Muskhadzhiyeva y otros vs. Bélgica*, 19 de enero de 2010, TEDH, 41442/07.

112 Véase, ACNUDH, *Principios y directrices recomendados sobre derechos humanos y trata de personas*. Comentario. (2010) p.133, Directrices 2.6, 6.1.

81. En casos de niños acompañados de sus padres quienes se encuentran sujetos a procedimientos migratorios, y con base en el artículo 19 de la Convención Americana y la jurisprudencia de esta Corte, prevalece la norma de acuerdo a la cual el interés superior de la persona menor de edad debe ser protegido, por lo que su detención debe ser vista como una medida de último recurso durante los procedimientos migratorios.

82. Una cuestión jurídica compleja surge cuando los Estados detienen a los padres o al tutor legal de un niño extranjero como parte de procedimientos migratorios. En este sentido, esta Honorable Corte ha señalado que “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. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal”.¹¹³

83. Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales considera a la familia como “el elemento natural y fundamental de la sociedad” y le concede “la más amplia protección y asistencia posibles”¹¹⁴. El PIDCP también reconoce garantías específicas para las familias. El artículo 23 establece que “[l]a familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.¹¹⁵

84. La CDN corrobora los principios mencionados. De acuerdo con esta Convención, el derecho a la vida familiar se traduce en el derecho del niño o niña al cuidado de sus padres. Este derecho rige la obligación del Estado de asegurar que las personas menores de edad no sean separadas de sus padres sin las debidas garantías judiciales.¹¹⁶ La preservación de la unidad familiar es esencial para cumplir con el interés superior del niño.

85. A la luz de este principio, una tendencia preocupante en la gestión migratoria de los Estados es la interpretación de la preservación de la unidad familiar y el interés superior del niño como una justificación para la detención del menor. No obstante, un análisis adecuado del interés superior debe tomar en cuenta los impactos negativos permanentes de la detención en los niños, además de la importancia de la unidad familiar.

113 Véase, Opinión Consultiva OC-17/2002, *Op.cit.* párr. 77.

114 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 10(1).

115 PIDCP, Art. 23.

116 CDN Art.16 “Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación, y el niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques”.

86. Adicionalmente, el ex Relator Especial de la ONU, Jorge Bustamante, ha afirmado que la práctica de la detención no debería justificarse por el mantenimiento de la unidad familiar, ya que nunca podrá contribuir al interés superior del niño.¹¹⁷ Teniendo en cuenta que el interés superior de los niños y niñas debe ser una consideración primordial, se recomienda que los Estados busquen alternativas para la detención de las familias.

87. Esta Corte ha señalado que “[d]e conformidad con el artículo 29.b) de la Convención [Americana], si alguna ley del Estado Parte u otro tratado internacional del cual sea Parte dicho Estado otorga una mayor protección o regula con mayor amplitud el goce y ejercicio de algún derecho o libertad, éste deberá aplicar la norma más favorable para la tutela de los derechos humanos”.¹¹⁸

88. Con base en este enfoque, se ha aplicado el principio de la norma más favorable para interpretar la Convención Americana, de manera que siempre se elija la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado.¹¹⁹

89. Asimismo, el Relator Especial de la ONU sobre los Derechos Humanos de los Migrantes también manifestó con firmeza: “[f]amilias con niños no deberían ser colocadas en condiciones que se asemejen a las instalaciones carcelarias. Deben hacerse todos los esfuerzos para liberar a los niños y sus familias de centros de detención, y ubicarlos en alojamientos más apropiados para familias con niños”.¹²⁰

90. Como expresado por la Corte en el caso de *Vélez Loor vs. Panamá*, es esencial que los Estados dispongan, como mencionado anteriormente, de un catálogo de medidas alternativas¹²¹, que puedan resultar efectivas para la consecución de los fines descritos”. (Ver Pregunta 4).

91. Por lo tanto los Estados deberían abstenerse de separar a la persona menor de edad de uno o ambos padres y de detenerla, ya que ninguna de estas opciones cumple con el interés superior del mismo. Cuando por circunstancias excepcionales se opta por la detención, será necesario adoptar medidas especiales para que la

117 Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes (2009), *Op.cit.*, párr. 62.

118 Caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*. Sentencia del 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 180.

119 *Ibid.*, párr. 181.

120 Véase, Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Jorge Bustamante: Misión a los Estados Unidos de América, A/HRC/7/12/Add.2, 2008.

121 *Ibid.* Véase también, ONU, "Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo", Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, A/HRC/10/21, 16 de febrero de 2009, párr. 67.

persona menor de edad sea privada de su libertad en condiciones que cumplan con las normas de derechos humanos para la detención de personas menores de edad¹²² (ver Pregunta 5), que solamente sea separada de sus padres o tutor legal en circunstancias excepcionales cuando esta medida cumpla con su interés superior, durante el período más breve que proceda¹²³, y limitada estrictamente al tiempo requerido mientras se le asegura una situación alternativa adecuada.

4. MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE DERECHOS QUE NO IMPLICAN RESTRICCIONES A LA LIBERTAD

¿Qué características deben tener, a la luz de los artículos 2, 7, 19, 25 y 29 de la Convención Americana y del 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?

92. Debe hacerse una distinción entre una privación de libertad, producto de una detención, y una simple restricción de movimiento, considerada una medida no privativa. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado que “la diferencia entre una privación y una restricción a la libertad es meramente de grado o intensidad, y no de naturaleza o carácter sustancial”.¹²⁴

93. Como consecuencia de ello, “para determinar si una persona ha sido “privada de su libertad” (...) el punto de partida debe ser la situación concreta, y se debe prestar atención a una serie de criterios tales como el tipo, la duración, los efectos y la forma de ejecución de la medida en cuestión”.¹²⁵

122 Por ejemplo, “Los centros de detención no deberán localizarse en zonas aisladas donde no pueda accederse a recursos comunitarios adecuados desde el punto de vista cultural ni a asesoramiento jurídico. Los menores deberán tener oportunidad de establecer contactos periódicos con amigos y parientes y con su tutor y recibir la visita de éstos, así como asistencia espiritual, religiosa, social y jurídica. También podrán recibir productos de primera necesidad y, de ser necesario, tratamiento médico adecuado y ayuda psicológica. Durante el período de privación de libertad, los menores tendrán derecho a recibir enseñanza, de ser posible fuera del lugar de detención, a fin de facilitarles la continuación de su educación una vez en libertad. También tendrán derecho al esparcimiento y el juego con arreglo al artículo 31 de la Convención. Para garantizar eficazmente los derechos previstos en el apartado d) del artículo 37 de la Convención, deberá darse a los menores no acompañados o separados de su familia privados de libertad acceso rápido y gratuito a asistencia jurídica y de otra índole, y especialmente deberá nombrárseles un representante legal”. Véase, CDN, Observación general N° 6, *Op.cit.* párr. 63.

123 Véase, CDN Art. 37(b); Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (en adelante “Reglas de Beijing”), Regla 19.

124 Caso *Amuur vs. Francia*, sentencia de 25 de junio de 1996, 17/1995/523/609, TEDH, párr. 42.

125 *Ibid.*

94. Por ejemplo, se puede restringir el movimiento de una persona migrante dentro de una zona internacional de un aeropuerto; sin embargo, si esta restricción se prolonga, una restricción de movimiento puede convertirse en una privación de libertad.¹²⁶ En lo que respecta a las simples restricciones a la libertad, las salvaguardias existentes son las que el derecho internacional les impone a los Estados para los casos de privación de libertad. Por otro lado, si los Estados exceden los límites de una restricción de libertad legal y no arbitraria, la misma puede convertirse en una privación de libertad.¹²⁷

95. Reafirmando que todas las privaciones de la libertad deben ser respaldadas por un objetivo legítimo¹²⁸, ser proporcionales al objetivo perseguido y tener un justo equilibrio entre los intereses encontrados¹²⁹, el Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias ha afirmado que la detención de personas solicitantes de asilo, refugiadas y migrantes en situación irregular es una medida de último recurso¹³⁰ y la necesidad de recurrir a la detención debe ser evaluada en cada caso por separado.¹³¹

96. De acuerdo al Grupo de Trabajo, todas las formas de detención obligatoria o automática deben ser consideradas arbitrarias.¹³² Las condiciones bajo las cuales el derecho internacional permite el uso de la detención se establecen en el artículo 9 del PIDCP. Este artículo prohíbe la detención arbitraria. Esta prohibición se aplica a todas las personas independientemente de su condición o estatus. Las severas restricciones a la libertad de circulación, que equivalen a una privación de libertad, pueden caer dentro del ámbito del artículo 9. A fin de que una detención no infrinja lo estipulado en dicho artículo, debe: (a) estar autorizada por la ley; (b) ser razonable y necesaria bajo todas las circunstancias (incluyendo proporcionada y no discriminatoria); (c) ser objeto de revisión periódica; y (d) estar sujeta a revisión judicial.

126 *Ibid.*

127 *Ibid.*, párr. 43.

128 Véase también, Caso *Vélez Loor vs. Panamá*, *Op.cit.* párr. 162.

129 Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias, Informe sobre la visita a Australia, 24 de octubre de 2002, Doc. ONU E/CN.4/2003/8/Add.2, párr. 12.

130 Véase, Opiniones adoptadas por el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, 2 de marzo de 2010, Doc. ONU A/HRC/13/30/Add.1 y en particular el Dictamen N° 5/2009 (Líbano), p. 280, párr. 12.

131 El Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, de hecho, considera que “la arbitrariedad debe ser evaluada a la luz de todas las circunstancias relevantes de la detención en cuestión”. Informe Anual, 1 de diciembre de 2004, Doc. ONU E/CN.4/2005/6, párrafo 54. El mismo principio fue reiterado por la Corte en el caso de *Vélez Loor vs. Panamá*, *Op.cit.* párr. 171. Véase también, más recientemente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 28 de abril de 2011 (petición de decisión prejudicial), *M. El Dridi*, caso n. C-61/11 PPU, párr. 39.

132 Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Informe Anual de 15 de enero de 2010, *Op.cit.*, párr. 62. y el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Informe de la visita a Australia, 24 de octubre de 2002, *Op.cit.*, párr. 12. Véase también, *Vélez Loor vs Panamá*, *Op.cit.* párr. 171.

97. El carácter excepcional de la detención de personas migrantes, tal como lo han afirmado reiteradamente diferentes órganos de derechos humanos, implica la existencia de una obligación de los Estados de garantizar la disponibilidad de medidas no privativas. La resolución sobre *La detención de los solicitantes de asilo e inmigrantes irregulares* aprobada por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa invita a los Estados a considerar el establecimiento de una presunción a favor de la libertad en su legislación nacional.¹³³ Muchos Estados han establecido esta presunción en sus legislaciones nacionales o en sus políticas o prácticas migratorias.¹³⁴

98. El Grupo de Trabajo ha recomendado que “[a]ntes de recurrir a la detención deberían siempre examinarse otras medidas alternativas distintas a la detención, tales como la obligación de comparecer ante la policía”.¹³⁵ Además, el Grupo de Trabajo ha hecho la siguiente declaración: “El Grupo es del todo consciente del derecho soberano de los Estados a reglamentar la migración. Sin embargo, considera que la detención de inmigrantes debería suprimirse gradualmente”.¹³⁶

99. Asimismo, el Comité de Derechos Humanos ha reconocido que los Estados tienen la obligación de proporcionar medidas no privativas cuando éstas ya no se justifican a la luz del tiempo transcurrido o de las circunstancias del caso, como las dificultades de una detención prolongada¹³⁷ o en consideración de las circunstancias particulares de la persona detenida.¹³⁸

100. Las medidas no privativas de libertad deben ser conformes, en la ley y en la práctica, al derecho internacional y las normas de derechos humanos.¹³⁹ Algunas de

133 Asamblea Parlamentaria, *Detención de los solicitantes de asilo e inmigrantes irregulares en Europa*, Resolución 1707 (2010), párr. 9.3.1.

134 R. Sampson, Mitchell G. y L. Bowring, *There are alternatives: A handbook for preventing unnecessary immigration detention*, Melbourne: The International Detention Coalition, 2011 en p. 21 cita a los siguientes Estados: Argentina, Venezuela, Perú, Uruguay, Brasil, Austria, Alemania, Dinamarca, Países Bajos, Eslovenia y el Reino Unido.

135 Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Informe sobre la visita del Grupo de Trabajo al Reino Unido sobre la cuestión de los inmigrantes y solicitantes de asilo, 18 de diciembre de 1998, Doc. ONU. E/CN.4/1999/63/Add.3, párr. 33. Véase también, Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Informe a la Asamblea General, A/65/222 (2010) párr. 90. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reconocido que el hecho de recurrir a medidas alternativas debe estar justificado por las circunstancias excepcionales del caso, tales como la existencia de riesgo de fuga. Véase Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia del 28 de abril de 2011, el Sr. *El Dridi*, *Op.cit.* párr. 37.

136 Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Informe Anual, 15 de enero de 2010, Doc. ONU A/HCR/13/30, párr. 58.

137 Comité de Derechos Humanos, Sr. *Baban vs. Australia*, *Op.cit.*, párr. 7.2.

138 Comité de Derechos Humanos, Sr. *C. vs. Australia*, *Op.cit.*, párr. 8.2.

139 Relatora Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Informe a la Asamblea General, 4 de agosto de 2010, *Op.cit.* párr. 91.

las normas jurídicas internacionales aplicables a la detención también deben respetarse a la hora de recurrir a medidas no privativas. En particular, el ex Relator Especial de la ONU sobre los derechos humanos de los migrantes, Jorge Bustamante, aclaró que “[e]l recurso a medidas alternativas debe basarse en una evaluación individual de las circunstancias particulares de los migrantes y debe estar disponible en la práctica sin discriminación”.

101. Además, las medidas adoptadas deben “[s]er las menos invasivas y restrictivas, logrando los mismos objetivos de la detención relacionada con la inmigración”.¹⁴⁰ Las medidas no privativas de libertad deben siempre ir acompañadas de las siguientes garantías:

- la medida debe estar establecida en la legislación;
- debe garantizarse el pleno cumplimiento del principio de no discriminación en la selección y aplicación de la medida;
- la medida debe estar sujeta a examen judicial y los migrantes deberían tener la posibilidad de apelar ante una autoridad u órgano judicial u otro órgano competente e independiente.
- las personas migrantes deben tener acceso a asesoría legal.¹⁴¹

102. La CDN dispone que “[e]n todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial que se atenderá será la del interés superior del niño”. Esto significa que, aun cuando se cumplan con los criterios establecidos en el artículo 9 del PIDCP y el artículo 37(b) de la CDN, debe considerarse si la cuestión del interés superior del niño o niña ha sido una consideración primordial para determinar si la detención ha sido legal.

103. Además, el principio del interés superior del niño o niña debe ser considerado sistemáticamente por todos los órganos o instituciones legislativas, administrativas y judiciales cuando sus medidas afectan directa o indirectamente a la persona menor de edad.¹⁴² Por ende, el interés superior de la persona menor debe ser una consideración primordial aún cuando la detención no afecta al niño o niña

140 Relatora Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Informe a la Asamblea General, 4 de agosto de 2010, *Op.cit.* párr. 92(a).

141 Relatora Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Informe a la Asamblea General, 4 de agosto de 2010, *Op.cit.* párr. 92(b) y 95.

142 Véase, CDN, Observación General N° 5, *Op.cit.* Art. 3(1).

directamente y, además, debe ser considerado al momento de decidir sobre la detención de los padres.

104. De acuerdo a las normas internacionales de derechos humanos, para que la detención administrativa de una persona menor de edad resulte legal, se debe demostrar que ninguna otra medida alternativa bastaría.¹⁴³ Esto requiere que todas las alternativas posibles, incluida la liberación incondicional, deben ser revisadas antes de dictar una privación total de libertad. Estas disposiciones no se limitan a las personas menores de edad no acompañadas o separadas, sino que se aplican a todos los niños independientemente de su estatus migratorio.

105. En otras palabras, los Estados deben utilizar y adoptar medidas alternativas, tanto legislativas como prácticas, y considerar medidas menos invasivas para lograr los mismos fines.¹⁴⁴ Las medidas alternativas, como la obligación de reportarse, las garantías u otras condiciones, siempre deben considerarse antes de llevar a cabo una detención y deben tomarse en cuenta las circunstancias particulares del individuo.

106. El Grupo de Trabajo y el Comité de Derechos Humanos han subrayado en repetidas ocasiones las obligaciones de los Estados para asegurar que las alternativas a la detención sean bien valoradas al evaluar la necesidad, la proporcionalidad y la idoneidad de la detención de una persona¹⁴⁵, especialmente en el contexto de la detención de migrantes.¹⁴⁶

107. El Grupo de Trabajo declaró en 2010 que “[d]ada la existencia de alternativas a su detención, es difícil imaginar una situación en la que la detención de un niño no

143 CDN, Artículo 37(b) promueve la adopción de todas las medidas apropiadas con el fin de reducir la detención de niños. Esto incluye las alternativas; Véase, entre otros, la Convención Americana, Art. 17.

144 Comité de Derechos Humanos, *C. vs. Australia* (2002) párr. 8,2. (El caso consideró la necesidad y la proporcionalidad del uso de detención en contra de solicitantes de asilo).

145 Véase, un reciente estudio del ACNUR, *Alternatives to Detention of Asylum Seekers and Refugees*, en cual describe el sistema de varios Estados nórdicos, Suiza, Nueva Zelanda y Lituania, reconoció que lo mejor sería contar con una legislación que establezca una escala de medidas que vaya desde las menos a las más restrictivas, lo que permitiría analizar la proporcionalidad y necesidad de cada medida (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, *Alternatives to Detention of Asylum Seekers and Refugees*, abril de 2006, POLAS/2006/03). El estudio concluye que en los lugares en donde la detención y la libertad incondicional están en extremos opuestos de una serie de medidas, es más probable que los Estados garanticen en la práctica la aplicación de alternativas.

146 Comité de Derechos Humanos, *Ali Aqşar Bakhtiyari y Roqaiha Bakhtiyari vs. Australia*, 2003, párr. 9,3. El caso se refería a una denuncia por detención arbitraria hecha por una solicitante de asilo afgana y sus niños pequeños, debido a que la madre y sus dos hijos fueron detenidos durante más de dos años y diez meses sobre la base de su presencia ilegal en Australia. El Comité concluyó que, dado que las medidas menos drásticas de alcanzar el mismo objetivo no fueron consideradas, la detención de la denunciante y de sus hijos, sin que hubiera una justificación adecuada, fue arbitraria y contraria al párrafo 1 del artículo 9 del PIDCP. Véase también, *Omar Sharif vs. Australia*, Comité de Derechos Humanos, Doc. ONU CCPR/C/78/D/1014/2001, 18 de septiembre de 2003, párr. 7,2; *C. vs. Australia*, 2002, párr. 8,2.

acompañado sería compatible con lo dispuesto en la segunda frase del párrafo b) del artículo 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño, según la cual esa detención se llevará a cabo sólo como medida de último recurso”. A nivel regional, esta Honorable Corte ha señalado que cada vez que hay una posibilidad de hacerlo, los Estados tienen que encontrar una alternativa a la detención¹⁴⁷, en particular, cuando se trata de las personas menores de edad.¹⁴⁸

108. La obligación primordial de los Estados es el diseño de políticas que garanticen la protección de los derechos de los niños y su no detención¹⁴⁹ o su sometimiento a procedimientos judiciales.¹⁵⁰ Por otra parte, a la luz del Artículo 25 de la Declaración Americana, cualquier alternativa a la detención para la protección de los derechos del niño no sólo debe ser establecida en la ley y ordenada de conformidad con los procedimientos establecidos en la legislación nacional, sino que, además, no debe privar a un niño o niña de su libertad ilegalmente.¹⁵¹

109. La CDN establece que “[s]e dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción cometida”.¹⁵²

110. Estas disposiciones, según lo establecido en el artículo 40(4) de la CDN, deben ser abordadas en función del principio de interés superior del niño¹⁵³, ya que este principio es el elemento primordial a la hora de determinar medidas alternativas a la

147 Véase, *Vélez Loor vs. Panamá*, N° 218 (2010), párr. 171.

148 Véase, en general, las Directrices de Acción sobre el Niño en el Sistema de Justicia Penal (anexo de la Resolución 1997/30 - Administración de la justicia de menores (“Directrices de Viena”)) (1997) (“Los Estados deben velar por que las medidas sustitutivas cumplan con lo dispuesto por la Convención, por las reglas y normas de las Naciones Unidas en materia de justicia penal, así como por otras reglas y normas vigentes en materia de prevención del delito y justicia penal ... especialmente en lo referente a asegurar el respeto de las debidas garantías procesales al aplicar tales medidas y del principio de la intervención mínima.”)

149 Véase, CDN, Observación General N° 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, párr. 25 (2007) (... es obligación de los Estados Partes promover la adopción de medidas en relación con los niños que tienen conflictos con la justicia que no supongan el recurso a procedimientos judiciales...); Véase también, CDN, Artículo 37(b).

150 Véase, CDN Art. 40(3)(b); Véase también Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, párr. 25 (2007); Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, párr. 26 (2007).

151 Véase, UNICEF, “Administrative detention of children: A global report, Discussion Paper, Prof. Carolyn Hamilton et. al., Children’s Legal Centre, University of Essex, p. 8.

152 CDN, Art. 40(4).

153 Véase, CDN, Observación General N° 10, *Op.cit.* párr. 3 (2007).

detención.¹⁵⁴ Las alternativas a la detención y la privación de libertad contempladas en el artículo 40(4) de la CDN no son exhaustivas.¹⁵⁵ Por otra parte, en virtud del artículo 12 de la CDN, un niño tiene el derecho a ser escuchado en todo procedimiento que le afecte, y las opiniones y puntos de vista del niño deben ser considerados a la hora de decidir sobre las alternativas a la detención.¹⁵⁶

111. De acuerdo a las obligaciones internacionales, la legislación nacional debe ofrecer al poder judicial una amplia variedad de alternativas posibles a la detención administrativa.¹⁵⁷ A nivel regional, lo anterior también concuerda con el artículo 2 de la Convención Americana, que autoriza a los Estados Partes a adoptar medidas legislativas que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y las libertades de todas las personas¹⁵⁸.

112. De acuerdo con lo anterior, un niño debe estar siempre ubicado con su familia a menos que esta medida no esté de acuerdo con el interés superior del niño.¹⁵⁹ Asimismo, cuando un niño está acompañado por su familia y se enfrentan a la detención, de acuerdo con el interés superior del niño, las familias que no son consideradas un riesgo de seguridad deben ser liberadas. Deben considerarse alternativas menos punitivas que los centros de detención, tales como refugios.

113. Como señaló el ex Relator Especial de la ONU sobre los derechos humanos de los migrantes, Jorge Bustamante, es importante destacar que el internamiento de niños no debería justificarse por el mantenimiento de la unidad familiar.¹⁶⁰

114. Las legislaciones nacionales de muchos Estados incluyen una serie de medidas de control migratorio, estableciendo un rango de alternativas más o menos restrictivas a la detención. Las medidas más habituales son: libertad bajo fianza; caución o garantía¹⁶¹; liberación bajo la supervisión de una ONG; obligación de presentarse ante las autoridades¹⁶²; residencia dirigida; residencia en centros de

154 *Ibid.* párr. 10.

155 *Ibid.* párr. 70.

156 CDN, Observación General N° 12, El derecho del niño a ser escuchado, párr. 59 (2009).

157 Véase, CDN, Observación General N° 10, *Op.cit.* párr. 70.

158 Art. 2 de la Convención Americana - Disposiciones de Derecho Interno.

159 Véase, CDN Art. 9; Véase también, CDN, Art. 3, 4.

160 Véase, Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes (A/HRC/11/7) párr. 62 (2009).

161 La disponibilidad de esta medida es a menudo limitada por la falta de conocimiento y acceso a procedimientos legales, así como los recursos financieros limitados de las personas detenidas. En Canadá, el Programa de libertad bajo fianza de Toronto, financiado por el gobierno, tiene como objetivo hacer más accesible la libertad bajo fianza al ofrecer supervisión para las personas que no tienen familia u otros garantes que puedan ofrecer la fianza. Véase Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, *Alternatives to Detention of Asylum Seekers and Refugees*, abril de 2006, POLAS/2006/03, párr. 94.

162 *Ibid.*

régimen abierto; residencia en centros de régimen semi-abierto¹⁶³; vigilancia mediante dispositivos electrónicos¹⁶⁴. Ejemplos de estas medidas incluyen:

- Instalaciones abiertas o semi-abiertas: ésta es una de las medidas no privativas más comunes, a menudo usada para los solicitantes de asilo. En este tipo de centros, a la personas migrantes se les permite salir de la instalación durante el día pero deben volver por la noche. Estos centros deben respetar plenamente los derechos humanos de las personas internadas dentro de los límites reconocidos por el derecho internacional y, en particular, su derecho a la libertad y a la libertad de movimiento.¹⁶⁵
- Liberación con obligación de registro de residencia: esta medida supone la puesta en libertad, pero con la obligación de registrar el lugar de residencia del individuo con las autoridades responsables. Se requiere permiso para todos los cambios de dirección. A veces, a la persona migrante se le proporcionan, además, documentos de registro oficial. El trámite de documentos de identidad puede ser necesario también.¹⁶⁶
- Obligación de reportarse ante las autoridades: esta medida obliga a las personas migrantes a presentarse periódicamente, en persona o a reportarse por teléfono o por escrito, ante la policía, la oficina de inmigración u otra agencia especializada.¹⁶⁷ La frecuencia de dichas presentaciones puede variar

163 Los centros abiertos, centros de semi-abiertos, requisitos de residencia, y las restricciones dirigidas a una zona específica ya son utilizadas por muchos Estados, especialmente en Europa para los solicitantes de asilo durante la tramitación de su reclamación. Las características de los centros y las restricciones impuestas a la libertad de movimiento varían mucho. En algunos Estados la libertad de movimiento está limitada en la práctica por el hecho de que los solicitantes de asilo deben comunicar datos o estar en los centros de alojamiento en determinados momentos. Otros Estados no permiten a los solicitantes de asilo elegir su lugar de residencia. Otros lo permiten en determinadas condiciones o en determinada fase del procedimiento de asilo. En algunos Estados, los solicitantes de asilo pueden abandonar libremente su lugar de residencia sin necesidad de autorización o mediante una petición formal que suele ser concedida. Otros Estados han introducido unos sistemas de control más estrictos basados en la limitación de los días de ausencia permitidos, la obligación de comunicar datos o la imposibilidad práctica de abandonar el lugar salvo en circunstancias excepcionales. Comisión Europea, Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la aplicación de la Directiva 2003/9/CE, de 27 de enero de 2003, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo, COM/2007/0745, Bruselas, 26 de noviembre 2007, Sección 3.4.1.

164 La vigilancia mediante dispositivos electrónicos cubre una gama de distintos tipos de vigilancia, que varían en función de su intensidad y del grado en que limiten la libertad, intimidad o libre circulación de una persona. Por ejemplo, el “rastreo electrónico” del Sistema de Posicionamiento Global (GPS) permite hacer un seguimiento continuo de una persona. Véase Amnistía Internacional, Migrantes y solicitantes de asilo irregulares: Alternativas a la detención relacionada con la inmigración, abril de 2009.

165 Informe del Relator sobre la detención de solicitantes de asilo y migrantes en situación irregular en Europa del Comité de Migración, Refugiados y Población del Consejo Europeo, *Op.cit.* párr. 43.

166 Véase Amnistía Internacional, Migrantes y solicitantes de asilo irregulares: Alternativas a la detención relacionada con la inmigración, abril de 2009, p. 11.

167 Informe del Relator sobre la detención de solicitantes de asilo y migrantes en situación irregular en Europa, *Op.cit.*, párr. 44.

y ser diaria o semanal, e incluso menos frecuente.¹⁶⁸ Esta medida es ampliamente utilizada. Sin embargo, es importante que las autoridades estatales aseguren que la medida adoptada sea necesaria y proporcionada y que no imponga una carga excesiva para el individuo en términos de tiempo y recursos financieros (p. ej. para el transporte en el caso de que el individuo tiene que presentarse en persona).¹⁶⁹ Los requisitos de notificación se deben adaptar a la situación particular del individuo.

- Libertad con el deber de residir en un área administrativa o municipio específico¹⁷⁰: las personas migrantes pueden ser puestos en libertad con la obligación de residir en un área específica o una dirección específica. Esta medida también puede ser una herramienta eficaz para garantizar la distribución de la carga de las diferentes regiones de un país determinado.
- La libertad bajo fianza, caución o garantía¹⁷¹: este tipo de medida supone la entrega de una suma de dinero que garantice la comparecencia de una persona en vistas o citas oficiales en el contexto de la tramitación del caso de una persona migrante por las autoridades competentes. Una “fianza” es un depósito de una suma de dinero a fin de garantizar que la persona cumplirá en el futuro con los procedimientos migratorios. Una “caución” es un acuerdo por escrito con las autoridades mediante el cual la persona se compromete a cumplir con sus obligaciones. A veces incluye el depósito de una suma de dinero por parte de la persona o de un tercero. Una “garantía” es la caución dada por una tercera persona de que la persona en cuestión cumplirá con los procedimientos migratorios, para lo cual, la tercera persona accede a pagar una suma determinada de dinero en caso de huida. La posibilidad de que las personas migrantes hagan uso de estas medidas es a menudo limitada debido a la dificultad de encontrar una tercera persona dispuesta a pagar una suma de dinero o la constitución de una garantía para el migrante. Al aplicar estas medidas, es importante considerar los lazos familiares y la situación económica de las personas migrantes.¹⁷²
- Libertad controlada: una persona podrá ser puesta en libertad bajo la supervisión de otras personas, tales como miembros de la familia, parientes o miembros de organizaciones no gubernamentales, religiosas o comunitarias. Los garantes pueden verse obligados a pagar una multa si el

168 Véase Amnistía Internacional, *Migrantes y solicitantes de asilo irregulares: Alternativas a la detención relacionada con la inmigración*, *Op.cit.* p. 12.

169 *Ibid.*

170 Informe del Relator sobre la detención de solicitantes de asilo y migrantes en situación irregular en Europa, *Op.cit.*, párr. 46.

171 Véase Amnistía Internacional, *Migrantes y solicitantes de asilo irregulares: Alternativas a la detención relacionada con la inmigración*, *Op.cit.* p. 13.

172 Informe del Relator sobre la detención de solicitantes de asilo y migrantes en situación irregular en Europa, *Op.cit.*, párr. 47.

individuo no cumple con su obligación bajo la ley migratoria. Esta medida ha sido ampliamente utilizada en Canadá con un índice de éxito de 92 por ciento.¹⁷³

- La vigilancia mediante dispositivos electrónicos: es un sistema por el cual se adjunta un dispositivo magnético electrónico a la muñeca o el tobillo de una persona.¹⁷⁴ Es una de las medidas no privativas más delicadas en el sentido de que su utilización pone en riesgo el derecho del individuo a la libertad de movimiento, la libertad y el respeto de su privacidad.¹⁷⁵ En consecuencia, la utilización de esta medida debe ser considerada cuidadosamente tomando en cuenta los principios de necesidad y proporcionalidad, debe aplicarse de manera no discriminatoria y estar sujeta a revisión.¹⁷⁶ Las autoridades judiciales también deben prestar atención a la necesidad de respetar la dignidad de la persona en cuestión.

115. Además de ofrecer formas alternativas de detención, los Estados deben proporcionar atención médica, asistencia legal y educación para las personas menores de edad migrantes en todo momento.

116. La igualdad de acceso a la atención médica debe garantizarse a las personas detenidas independientemente de su estatus legal. En los centros de detención y recepción de todo el mundo, numerosos niños y adultos jóvenes se suicidan y muchos otros se hieren a sí mismos. El descuido de las necesidades médicas y de salud mental ha sido citado como un factor que contribuye a estas tragedias. Las evaluaciones de salud también permitirían a los Estados a verificar si existen problemas de salud, incluidas las enfermedades transmisibles y contagiosas, con el fin de abordarlos y así proteger a los niños migrantes, así como la salud pública en general.¹⁷⁷

117. En lo que respecta a la educación, todo niño debe tener acceso permanente a ésta, independientemente de su estatus migratorio, y los Estados también tienen la obligación de garantizar el acceso a la educación de calidad a los niños y niñas con necesidades especiales o con discapacidad.¹⁷⁸

173 *Ibid.*, párr. 48.

174 O. Field, *Non-custodial measures of Asylum seekers and Refugees*, Legal & Protection Policy Research Series, POLAS/2006/03, ACNUR, abril de 2006, párr. 127.

175 Véase, Amnistía Internacional, *Migrantes y solicitantes de asilo irregulares: Alternativas a la detención relacionada con la inmigración*, *Op.cit.* p. 15.

176 *Ibid.*

177 *There Are Alternatives: A Handbook for Preventing Unnecessary Immigration Detention*, International Detention Coalition, p. 23 (2011).

178 Véase CDN, *Observación General N° 6*, *Op.cit.* párr. 61

118. Asimismo, el derecho a la representación y asistencia legal es de suma importancia para asegurar que la persona menor de edad migrante tenga la oportunidad de ser debidamente informada al determinar “lo apropiado y conveniente” de sus alternativas a la detención y será esencial para que el niño tenga la oportunidad de expresar sus puntos de vista y opiniones sobre el tema.¹⁷⁹

5. OBLIGACIONES DEL ESTADO EN CASOS DE CUSTODIA DE NIÑOS POR MOTIVOS MIGRATORIOS

¿Cuáles son las condiciones básicas que debieran cumplimentar los espacios de alojamiento de los niños/las migrantes, y cuáles son las obligaciones principales de 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 sobre los Derechos y Deberes del Hombre?

119. La detención de personas menores de edad por el incumplimiento de las leyes de migratorias por sus familiares o por ellos mismos debe, por regla general, sólo utilizarse en circunstancias excepcionales, como último recurso¹⁸⁰, y durante el menor tiempo posible, de conformidad con el artículo 37 de la CDN y el principio del interés superior del niño. Por lo tanto, se puede deducir que las personas menores de edad migrantes no deben, por regla general, ser detenidas. Las vulnerabilidades específicas de los niños ameritan que se adopten garantías adicionales contra la privación arbitraria de la libertad. Como ha sido destacado por el TEDH en el caso de *Muskhadzhiyeva vs. Bélgica*¹⁸¹, la extrema vulnerabilidad de un niño o niña tiene prioridad sobre su situación como migrante en situación irregular.

120. El Comité de los Derechos del Niño ha expresado en su Observación General N° 10 sobre los derechos del niño en la justicia de menores, doc. ONU CRC/C/GC/10

¹⁷⁹ CDN, Observación General N° 12, *Op.cit.* párr. 59.

¹⁸⁰ Para adultos, véase Preguntas 3 y 4, entre otros, la detención sólo es aceptable cuando una evaluación del caso particular llega a la conclusión de que la medida es esencial para garantizar un interés legítimo del Estado y para garantizar que el sujeto acuda al procedimiento iniciado para determinar su estatus migratorio y su posible remoción. Rafael Ferrer-Mazorra et al. (Estados Unidos). Véase también *C. vs. Australia*, Comité de Derechos Humanos, Comunicación N° 900/1999: Australia. 13/11/2002 CCPR/C/76/D/900/1999, sobre la detención de personas vulnerables. “C”, un solicitante de asilo iraní, fue detenido después de su llegada a Australia y posteriormente a su solicitud de asilo en espera de la determinación de su derecho a recibir asilo en virtud de la legislación australiana. El actor se quejó, entre otras cosas, de una violación del artículo 7 del PIDCP. El Comité concluyó que la enfermedad psiquiátrica del demandante se desarrolló como resultado del prolongado período de detención migratoria. De acuerdo al Comité, la detención continua del actor, cuando el Estado Parte estaba al tanto de su estado mental y no tomó las medidas necesarias para impedir el deterioro mental del actor, constituye una violación de sus derechos en virtud del artículo 7 del Pacto [PIDCP].

¹⁸¹ Véase, *Muskhadzhiyeva y otros vs. Bélgica*, N° 41442/07, 19 de enero de 2010, TEDH.

(2007) que los principios fundamentales relativos a la privación de libertad son los siguientes: a) 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; y b) ningún niño será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. El Comité ha observado con preocupación que, en muchos países, hay menores que permanecen durante meses o incluso años en prisión preventiva, lo que constituye una grave vulneración del artículo 37(b) de la CDN. Un conjunto de alternativas eficaces deben estar disponibles para dar cumplimiento a la obligación de los Estados de cumplir su obligación de utilizar la privación de libertad tan sólo como medida de último recurso. La adopción de las mencionadas alternativas deberá estructurarse cuidadosamente para reducir también el recurso a la prisión preventiva, y no “ampliar la red” de menores condenados. Además, los Estados Partes deberán adoptar las medidas legislativas y de otro tipo que sean necesarias para limitar la utilización de la prisión preventiva.

121. La utilización de la prisión preventiva como castigo atenta contra la presunción de inocencia. La legislación debe establecer claramente las condiciones requeridas para determinar si el menor debe ingresar o permanecer en prisión preventiva, especialmente con el fin de garantizar su comparecencia ante el tribunal, y si el menor constituye un peligro inmediato para sí mismo o para los demás. La duración de la prisión preventiva debe estar limitada por ley y ser objeto de examen periódico. Estas declaraciones sobre la detención preventiva pueden aplicarse de manera análoga a la detención administrativa de personas migrantes.

122. Los instrumentos internacionales de derechos humanos, en particular el PIDCP y la Convención contra la Tortura, incluyen disposiciones claras y específicas en materia de protección contra la tortura y tratos crueles e inhumanos. El artículo 7 del PIDCP establece que nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes y el artículo 10(1) establece que toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente del ser humano.

123. La CTT establece en su artículo 2(1) que todo Estado Parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción. El artículo 2(2) afirma que en ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura. De acuerdo al artículo 2(3), una

orden de un funcionario superior o de una autoridad pública no podrá invocarse como justificación de la tortura.¹⁸²

124. Cuando una detención no pueda evitarse, deben cumplirse y aplicarse las normas internacionales con especial énfasis en las necesidades y derechos de la persona menor de edad. Como ha sido mencionado anteriormente, el artículo 10 (1) del PIDCP establece que toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. Por otro lado, el artículo 17(1) de la CIPDTMF establece que todo trabajador migratorio o familiar cuyo privado de libertad será tratado humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano y a su identidad cultural.¹⁸³

125. En otras palabras, las personas migrantes privadas de su libertad no sólo tienen derecho a no ser sometidas a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, sino también tienen derecho a condiciones de detención que tengan en cuenta su situación y necesidades particulares.

126. De acuerdo al artículo 17(3), todo trabajador migratorio o familiar cuyo que se encuentre detenido en un Estado de tránsito o en el Estado de empleo por violación de las disposiciones sobre migración, será alojado, en la medida de lo posible, en locales distintos de los destinados a las personas condenadas o a las personas detenidas que esperen ser juzgadas.

127. En virtud del artículo 17(7), los trabajadores migratorios y sus familiares sometidos a cualquier forma de detención o prisión prevista por las leyes vigentes del Estado de empleo o el Estado de tránsito gozarán de los mismos derechos que los nacionales de dichos Estados que se encuentren en igual situación.

128. En su Observación General N° 15, el Comité de Derechos Humanos destacó que “[s]i son privados de su libertad con arreglo a derecho, [los extranjeros] deben ser tratados con humanidad y con el respeto a la dignidad inherente de su persona”.¹⁸⁴

182 Véase, caso *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga vs. Bélgica* (el caso Tabitha), 12 de octubre de 2006, el TEDH determinó que la detención de Tabitha constituyó una violación del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. (Tabitha, una niña congoleña de 5 años de edad en ese momento, iba de visita desde su natal Congo a Canadá para visitar a su madre. Ella estaba acompañada por su tío. El objetivo era hacer una parada en el aeropuerto internacional de Bruselas, en Zaventem, antes de continuar hacia los Países Bajos donde planeaban tomar el avión hacia Canadá. A su llegada a Zaventem, el tío no pudo proporcionar a las autoridades belgas un permiso legal que permitiera a Tabitha entrar en el país. Tabitha fue llevada a un centro de detención para inmigrantes en situación irregular, mientras que su tío viajó a los Países Bajos.)

183 Véase también Art. 10 del PIDCP, “Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

184 Véase, Observación General N° 15 (1986) “La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto”, párr. 7.

129. Teniendo en cuenta el principio de no discriminación, éste es aplicable también a los migrantes, y por lo tanto a las condiciones de su detención.¹⁸⁵

130. Asimismo, los Gobiernos deben tomar medidas para garantizar el respeto de los derechos humanos de las personas migrantes en el contexto de la privación de su libertad, incluyendo: (i) “Velar por que los migrantes sometidos a detención administrativa sean alojados en establecimientos públicos destinados específicamente a ese fin o, cuando no sea posible, en instalaciones diferentes de las destinadas a los detenidos en aplicación de la ley penal...”; (ii) “Brindar a las autoridades con competencia para detener a los migrantes formación sobre cuestiones psicológicas relacionadas con la detención, la sensibilidad cultural y los procedimientos de derechos humanos, y velar por que los centros de detención administrativa de los migrantes no sean gestionados por empresas ni personal privados, a menos que tengan la debida formación y siempre que los centros sean objeto de supervisión periódica por parte de los poderes públicos para garantizar la aplicación de las normas internacionales y nacionales de derechos humanos”.¹⁸⁶

131. Las disposiciones anteriores se complementan, en el caso de la detención de personas menores de edad, con la protección especial establecida en la CDN. Además del principio del interés superior del niño, la Convención aborda la problemática de la detención de niños en un lenguaje preciso en el artículo 37.

132. Además, la CDN establece, entre otras cosas, que los niños y niñas no deben ser ubicados con los adultos, y que deben respetarse su derecho a la educación, a la atención de la salud, la participación, el desarrollo integral, y otros derechos establecidos en la CDN, cuando un Estado, de conformidad con las obligaciones internacionales que buscan evitar la detención ilegal o arbitraria, considera absolutamente necesaria la detención de una persona menor de edad.

133. En circunstancias excepcionales cuando las personas menores de edad son detenidos por razones migratorias, se ha establecido claramente que la detención debe realizarse en condiciones que no sean de carácter punitivo o penal, y que tengan en cuenta las necesidades del niño o niña y su situación como una persona detenida por razones administrativas y no penales.¹⁸⁷

185 Véase, Informe de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre los derechos humanos de los migrantes, Gabriela Rodríguez Pizarro, E/CN.4/2003/85 Párr. 54 indica que la detención administrativa no debería ser una medida punitiva.

186 Véase, Informe de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre los derechos humanos de los migrantes, Gabriela Rodríguez Pizarro, E/CN.4/2003/85 párr. 75.

187 Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Jorge Bustamante. Resumen de las temáticas principales (migración irregular y la criminalización de los migrantes; protección de la niñez en el proceso de migración; derecho a la vivienda y a la salud de los migrantes); A/HRC/17/33, 2011, y

134. El Comité de los Derechos del Niño ha establecido, más específicamente, que las condiciones de la privación de libertad, si se llegara al caso excepcionalmente, se regirán por el interés superior del menor y se atenderán en todo a lo previsto en los apartados a) y c) del artículo 37 de la Convención y otros instrumentos internacionales.¹⁸⁸ Se deben adoptar medidas específicas para que el alojamiento sea adecuado para los menores y esté separado del de los adultos, a menos que lo contrario se considere conveniente al interés superior del menor. Efectivamente, el programa tendrá como fundamento la “atención” y no la “privación de libertad”.

135. Las instalaciones no deberán localizarse en zonas aisladas donde no pueda accederse a recursos comunitarios adecuados desde el punto de vista cultural ni a asesoramiento jurídico. Los menores deberán tener oportunidad de establecer contactos periódicos con amigos y parientes y con su tutor y recibir la visita de éstos, así como asistencia espiritual, religiosa, social y jurídica. También podrán recibir productos de primera necesidad y, de ser necesario, tratamiento médico adecuado y ayuda psicológica.¹⁸⁹

136. En lo que respecta al derecho a la educación consagrado en el artículo 28 de la CDN; artículo 5(e)(v) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (en adelante “CIDR”); el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante “PIDESC”); y la Observación General N° 6 de la CDN¹⁹⁰, durante el período de privación de libertad, los menores tienen derecho a recibir enseñanza, de ser posible fuera del lugar de detención, a fin de facilitarles la continuación de su educación una vez en libertad.

el Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Jorge Bustamante, La migración y la protección internacional de que gozan los niños, A/HRC/11/7 de 2009 párr. 29 “La consideración de la migración irregular como delito, cuestión que el Relator Especial abordó en un informe anterior (A/HRC/7/12), por ejemplo, ha demostrado ser causa de malos tratos y otras violaciones de los derechos humanos. Eso es motivo de especial preocupación en el caso de los niños, especialmente los no acompañados e indocumentados, que se encuentran en países de tránsito y destino en los que la migración irregular se castiga con penas de prisión, especialmente cuando en las políticas de gestión de la migración todavía no se ha incorporado un enfoque compatible con los derechos del niño.”; Véase también Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Jorge Bustamante: Misión a los Estados Unidos de América, A/HRC/7/12/Add.2, 2008, párr. 28 “los términos y condiciones de su detención son a menudo similares a las carcelarias: se restringe la libertad de movimiento de los detenidos y están obligados a utilizar uniformes de prisión y están ubicados en un ambiente punitivo”.

188 Véase, CDN, Observación General N° 6. Asimismo, CDESC, Observación General N° 13, sobre el derecho a la educación, doc. ONU E/C.12/1999/10, 8 de diciembre de 1999, párr. 63

189 *Ibid.*

190 *Ibid.*, en párr. 34 “confirma que el principio de la no discriminación se aplica a todas las personas en edad escolar que residan en el territorio de un Estado Parte, comprendidos los no nacionales y con independencia de su situación jurídica”.

137. También tienen derecho a la recreación y el juego conforme a lo dispuesto en el artículo 31 de la CDN. Con el fin de garantizar eficazmente los derechos previstos en el artículo 37(d) de la CDN, deberá darse a los menores no acompañados o separados de su familia privados de libertad acceso rápido y gratuito a asistencia jurídica y de otra índole, incluyendo el nombramiento de un representante legal.

138. Desde el contacto inicial de un Estado con los niños y niñas migrantes, los organismos encargados de hacer cumplir la ley deben reconocer las vulnerabilidades de la persona, al mismo tiempo que deben proporcionar cuidado, evitar que sufran daños y considerar las necesidades específicas de cada niño y niña. Además, las instituciones encargadas de la aplicación de la ley deben evitar, haciendo uso de sus competencias discrecionales, que las personas menores de edad migrantes inicien un proceso judicial y audiencias formales, mediante la colaboración con las organizaciones no gubernamentales para proporcionarle al niño o niña opciones alternativas planteadas anteriormente.¹⁹¹

139. El Comité de los Derechos del Niño ha subrayado que el artículo 39 de la Convención exige a los Estados que adopten todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño o niña víctima de “cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”.¹⁹²

140. Los castigos corporales y otras formas de castigo degradantes pueden infligir graves daños al desarrollo físico, psicológico y social de los niños, lo que conlleva a la necesidad de tratamientos y cuidados de salud o de otro tipo adecuados. Éstos deberán tener lugar en un entorno que promueva la salud integral, el respeto a sí mismo y la dignidad de la persona menor de edad, y que sean extensivos, según proceda, al grupo familiar del niño o niña. Debería aplicarse un criterio interdisciplinario a la planificación y prestación de los cuidados y tratamientos, con una formación especializada de los profesionales involucrados. Las opiniones del niño o niña deberán tenerse debidamente en cuenta en lo que se refiere a todos los aspectos de su tratamiento y en la revisión de éste.

141. Toda persona menor de edad privada de libertad estará separada de los adultos. No podrá ser colocado en una prisión u otras instalaciones para los adultos. Hay abundante evidencia de que la colocación de personas menores de

191 Véase, en particular, las Reglas de Beijing, Regla 10.3 (1985).

192 Véase, CDN, Observación General N° 8 (2006), 2 de marzo de 2007, doc. ONU CRC/C/GC/8 sobre el derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes, párr. 37.

edad en cárceles para adultos pone en peligro su seguridad básica, su bienestar, y su capacidad futura de alejarse del crimen y reintegrarse a la sociedad. La única excepción a esta regla se indica en el artículo 37(c) de la CDN, “a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño”, lo cual debe interpretarse de forma restrictiva y, además, el interés superior del niño no implica la conveniencia de los Estados Partes. Los Estados Partes deben establecer instalaciones separadas para los niños privados de su libertad, con personal, políticas y prácticas diferenciadas y centradas al niño.

142. Todo niño o niña privada de libertad tiene derecho a mantener contacto con su familia a través de correspondencia y visitas. Con el fin de facilitar las visitas, el niño o niña debe ser colocado en una instalación que esté lo más cerca posible del lugar de residencia de su familia. Las circunstancias excepcionales en las que pueda limitarse este contacto deberán estar claramente establecidas en la ley y no dejadas a la discreción de la autoridad competente.¹⁹³

143. El Comité de los Derechos del Niño ha llamado la atención de los Estados Partes a fijarse en las *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad*, adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113 de 14 de diciembre de 1990. El Comité instó a los Estados Partes a aplicar plenamente dichas reglas, teniendo también en cuenta, en la medida que proceda, las *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos* (véase también la Regla 9 de las Reglas de Beijing).

144. En este sentido, el Comité recomienda que los Estados Partes incorporen estas reglas en sus leyes y reglamentos nacionales, y ponerlos a la disposición, utilizando el idioma nacional o regional, de todos los profesionales, las ONGs y las personas voluntarias que participan en la administración de justicia de menores. A continuación se presentarán algunos ejemplos de los principios y las normas que deben contemplarse en todos los casos de privación de libertad:

- Los niños y niñas deben contar con un entorno físico y alojamiento que respondan a los objetivos de rehabilitación de los menores en los lugares de internamiento, teniéndose debidamente en cuenta la necesidad del menor de intimidad, de estímulos sensoriales, de posibilidades de asociación con sus compañeros y de participación en actividades de esparcimiento, deportes y actividades artísticas;
- Todo niño o niña en edad de escolaridad obligatoria tendrá derecho a recibir una enseñanza adaptada a sus necesidades y capacidades y destinada a prepararlo para su reinserción en la sociedad. Adicionalmente, cuando sea

193 Véase Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10, *Op.cit.*

apropiado, tendrá derecho a recibir formación para ejercer una profesión que lo prepare para un futuro empleo;

- Todo niño o niña tendrá derecho a ser examinado/a por un médico inmediatamente después de su ingreso en un centro de menores y deberá recibir atención médica adecuada y proporcionada, cuando sea posible, por medio de los centros y los servicios de salud apropiados existentes en la comunidad;
- El personal del centro debe fomentar y facilitar los contactos frecuentes del niño o niña con el mundo exterior, incluyendo comunicación con sus familiares, sus amigos y otras personas o representantes de organizaciones prestigiosas del exterior, y la oportunidad de visitar su hogar y su familia;
- Sólo podrá hacerse uso de la fuerza o de instrumentos de coerción en casos excepcionales, cuando exista un riesgo que la persona menor de edad lesione a otros o a sí mismo y cuando se hayan agotado y hayan fracasado todos los demás medios de control. El uso de la coerción o la fuerza, incluyendo el uso de instrumentos de coerción física, mecánica o médica, debe ocurrir bajo el control directo y cercano de un profesional médico y/o psicológico. Nunca debe utilizarse como medio de castigo. El personal de planta debe recibir capacitación sobre las normas aplicables. Además, los miembros del personal que usan la coerción o la fuerza en violación de las reglas y normas deben ser castigados como corresponda;
- Todas las medidas disciplinarias deberán ser compatibles con el respeto de la dignidad inherente de la persona menor de edad y con el objetivo fundamental del cuidado institucional. Estarán estrictamente prohibidas todas las medidas disciplinarias que violan el Artículo 37 de la CDN, incluidos los castigos corporales, la reclusión en celda oscura y las penas de aislamiento o de celda solitaria, así como cualquier otra sanción que pueda poner en peligro la salud física o mental del menor.
- Todo de persona menor de edad debe tener derecho a dirigir, sin censura en cuanto al fondo, una petición o queja a la administración central de los centros para personas menores, a la autoridad judicial o cualquier otra autoridad competente, y a ser informado sin demora de la respuesta. Los niños y niñas deben conocer y tener fácil acceso a estos mecanismos;
- Inspectores calificados e independientes deben estar facultados para efectuar inspecciones regulares y a hacerlas sin previo aviso y por iniciativa propia.

Los inspectores deben poner énfasis en mantener conversaciones confidenciales con los niños y niñas en los centros, bajo un ambiente de confidencialidad.

145. El reporte de UNICEF *“White Paper on Administrative Detention of Children: A Global Report”* ofrece recomendaciones adicionales:

- Cualquier establecimiento de detención administrativa debe funcionar bajo un enfoque terapéutico y centrado en el niño o niña.
- Todos los Estados deben desarrollar e implementar estándares mínimos de calidad que establezcan las pautas para las condiciones de detención y el cuidado de los niños y niñas.
- Todos los Estados deben garantizar que se respete el derecho a la educación mediante el establecimiento de escuelas en todos los establecimientos de detención administrativa.
- Los Estados deben desarrollar e implementar mecanismos de inspección y vigilancia periódica e independiente. Todos los centros de detención deben ser inspeccionados periódicamente con el fin de asegurar que todos los niños y niñas se encuentren detenidos de manera legal y que las condiciones cumplan con estándares mínimos de calidad.
- Los enfoques orientados a la protección de la persona menor de edad deben ser los que inspiren los objetivos y las funciones de los centros de detención, y deben incluir, entre otros aspectos, el disfrute del derecho a la educación, al cuidado de la salud, al ocio, a la asistencia consular, a la protección de un tutor y a la representación legal.

146. De acuerdo a lo establecido por la Comisión Interamericana (en adelante “la Comisión”), basado en el principio de no discriminación e igualdad ante la ley, en el caso particular de detención de personas menores edad la protección de la integridad de las personas bajo custodia del Estado debe incluir a todos los niños y niñas que se encuentran privados de libertad, independientemente de su pertenencia o no a algún grupo específico – incluyendo a los no nacionales.¹⁹⁴

147. Durante el período de detención, toda persona tiene derecho a vivir en condiciones compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizar el

194 CIDH. Informe “Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas” (2011) párr. 435.

derecho a la vida, a la integridad personal¹⁹⁵ y al debido proceso.¹⁹⁶ En el caso de las personas privadas de libertad, el Estado se encuentra en una posición especial de garante, ya que las autoridades ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia.¹⁹⁷

148. En este sentido, la Corte ha pronunciado:

“De este modo, se produce una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna”.¹⁹⁸

149. Haciendo eco del TEDH¹⁹⁹, esta Honorable Corte adopta el principio de que los Estados deben “asegurar que una persona esté detenida en condiciones que sean compatibles con el respeto a su dignidad humana, que la manera y el método de ejercer la medida no le someta a angustia o dificultad que exceda el nivel inevitable de sufrimiento intrínseco a la detención, y que, dadas las exigencias prácticas del encarcelamiento, su salud y bienestar estén asegurados adecuadamente, brindándole, entre otras cosas, la asistencia médica requerida”.²⁰⁰

150. La Corte ha destacado la importancia de que toda persona, incluyendo las personas menores de edad migrantes, tenga acceso a un recurso rápido y sencillo, tales como el *hábeas corpus* o cualquier otra acción para combatir una detención ilegal.²⁰¹

151. Según la Corte, “[e]l *hábeas corpus* representa el medio idóneo tanto para garantizar la libertad, controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, e impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para proteger al individuo contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”.²⁰² Además, la Corte ha declarado que este derecho es

195 Caso *Bulacio*, párrs. 126 y 138; Caso *Hilaire, Constantine y Benjamin et al.* Sentencia del 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párr. 165; y Caso *Cantoral Benavides*. Sentencia del 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párr. 87.

196 Caso “*Instituto de Reeducación del Menor*” vs. *Paraguay*, párr. 155.

197 Véase Caso de los *Gómez Paquiyauri*, párr.98; y Caso *Juan Humberto Sánchez*. Sentencia del 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párr. 111; y Caso *Bulacio*, párr. 138.

198 Caso “*Instituto de Reeducación del Menor*” vs. *Paraguay*, *Op.cit.* párr. 152.

199 Caso *Kudla vs. Polonia*, Sentencia del 26 de octubre de 2000, TEDH, no. 30210/96, párr. 93-94.

200 Caso “*Instituto de Reeducación del Menor*” vs. *Paraguay*, *Op.cit.* párr. 159.

201 Véase, Opinión Consultiva OC-17/02, *Op.cit.* párr. 122

202 Caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, Sentencia del 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párr. 192.

inherente en el artículo 25 de la Convención Americana y no puede ser suspendido o dejado de lado ni siquiera en la situación de excepción.²⁰³

152. Además de las obligaciones hacia toda persona, el Estado debe asumir la posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad en los casos de niños detenidos, y adoptar medidas especiales en nombre del interés superior del niño.²⁰⁴ Esta es una obligación establecida en el artículo 19 de la Convención Americana y el principio del interés superior de la CDN.

153. En este sentido, los Estados tienen la obligación de garantizar en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño²⁰⁵, conceptos que el Comité de Derechos del Niño ha interpretado de una manera amplia, holística, que abarca lo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social.²⁰⁶

154. La Corte ha considerado que “los Estados tienen, respecto de niños privados de libertad, la obligación de, *inter alia*, proveerlos de asistencia de salud y de educación, para así asegurarse de que la detención a la que los niños están sujetos no destruirá sus proyectos de vida”.²⁰⁷ El incumplimiento de esta norma causa consecuencias todavía más serias cuando los niños privados de libertad provienen de sectores marginales de la sociedad, pues ello les limita sus posibilidades de reinserción efectiva en la sociedad.²⁰⁸

155. La Corte ha sugerido que las condiciones de detención inhumanas y degradantes, como la sobrepoblación, el hacinamiento, la mala alimentación, la falta de oportunidades de hacer ejercicio o realizar actividades recreativas, la falta de atención médica, dental y psicológica adecuada y oportuna, así como la exposición a un clima de violencia, inseguridad, abusos, corrupción, desconfianza y promiscuidad, donde se impone la ley del más fuerte, conlleva necesariamente una afectación en su salud mental, repercutiendo desfavorablemente en el desarrollo psíquico de su vida e integridad personal.²⁰⁹

203 Véase, Opinión Consultiva OC-17/02, *Op.cit.* párr. 122

204 Caso de los *Gómez Paquiyauri*, párrs. 124, 163-164 y 171; *Bulacio*, párrs. 126 y 134, y Caso de los “*Niños de la Calle*” (*Villagrán Morales y otros*) párrs. 146 y 191. En el mismo sentido, Opinión Consultiva OC-17/02, supra nota 150, párrs. 56 y 60.

205 Caso “*Instituto de Reeducción del Menor*” vs. *Paraguay*, párr. 161.

206 CDN, Observación General N° 5 *Op.cit.* párr. 12.

207 Opinión Consultiva OC-17/02, *Op.cit.* párrs. 80-81, 84 y 86-88; Caso de los “*Niños de la Calle*” (*Villagrán Morales y otros*), supra nota 152, párr. 196, y la Regla 13.5 de las Reglas de Beijing aprobadas por la Asamblea General en su resolución 40/33 del 28 de noviembre de 1985.

208 Caso “*Instituto de Reeducción del Menor*” vs. *Paraguay*, párr. 174.

209 *Ibid.* Párrs. 166 y 170.

156. La Comisión ha ampliado este tema y señalado que el espacio donde se desarrolla la privación de libertad debe disponer de infraestructura adecuada en lo que se refiere a superficie, ventilación, acceso a la luz natural y artificial, agua potable y servicios e insumos para la higiene.²¹⁰ Ha destacado, además, la importancia de garantizar el respeto de otros derechos como el libre ejercicio de la religión y la cultura con el fin de asegurar su desarrollo integral.²¹¹

157. La Comisión ha subrayado la importancia de tomar medidas para proteger a las personas migrantes detenidas que pertenecen a poblaciones vulnerables, como las mujeres embarazadas, o bien a personas detenidas con alguna discapacidad física o mental.²¹² Las necesidades y situaciones especiales de los niños hacen que tales consideraciones y medidas sean igualmente importantes en el caso excepcional de detención de niños migrantes.

158. Por otra parte, la Comisión observa que la detención de personas por razones migratorias requiere la estricta separación de los detenidos en base a sus categorías: En particular, se dispondrá la separación de mujeres y hombres; niños, niñas y adultos; jóvenes y adultos; personas adultas mayores; procesados y condenados; y personas privadas de libertad por razones civiles y por razones penales. En los casos de privación de libertad de los solicitantes de asilo o los refugiados, y en otros casos similares, los niños y niñas no deberán ser separados de sus padres. Los solicitantes de asilo o los refugiados y las personas privadas de libertad a causa de infracción de disposiciones migratorias no deberán estar privados de libertad en establecimientos destinados a personas condenadas o acusadas por infracciones penales.²¹³

159. La Comisión ha recomendado que debe detenerse en centros separados a los niños y niñas y las instalaciones deben contar con personal especialmente capacitado para atender sus necesidades especiales.²¹⁴ Asimismo, según la Corte, la detención de personas menores de edad con los adultos expone a los niños “a 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”.²¹⁵

210 CIDH. Informe "Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas", párr. 473.

211 *Ibid.* párr. 473.

212 CIDH, Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: Detenciones y Debido Proceso (2010) párr. 66.

213 *Ibid.*, párr. 76; Véase también Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, Principio 8; Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, Regla 8(c).

214 CIDH. Informe "Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas", *Op.cit.* párr.422.

215 Caso "Instituto de Reeducción del Menor" vs. Paraguay, párr. 175.

160. En este punto es importante tener en cuenta la observación hecha por la Comisión en relación con las personas menores de edad que cumplen 18 años mientras se encuentran detenidos. La Comisión, siguiendo la decisión del Comité sobre los Derechos del Niño, establece que una persona en estas circunstancias “debería poder permanecer en el centro de menores si ello coincide con el interés superior del niño y no atenta contra el interés superior de los niños de menor edad internados en el centro”.²¹⁶ Esto es consistente con el deber de los Estados de interpretar las normas de la Convención Americana en el sentido más favorable a la persona.

161. La Corte ha insistido en que es de suma importancia la separación de aquellas personas privadas de libertad por infracción a las leyes migratorias de quienes están detenidos, ya sea como procesados o como condenados, por transgresiones a la ley penal. En caso de que el Estado no cuente con dichas facilidades, deberá disponer de otros lugares, los cuales en ningún caso podrán ser los centros penitenciarios.²¹⁷

162. Como se señaló brevemente en las secciones anteriores, la Corte ha dado su opinión sobre la norma según la cual los Estados, de acuerdo con el principio de excepcionalidad, debe resguardar el rol preponderante de la familia en la protección de los niños y niñas y la asistencia a las personas menores mediante la adopción de medidas que promuevan la unidad familiar.²¹⁸ (Ver Pregunta 9) Por lo tanto, las personas menores de edad detenidas no deben ser separadas de sus padres, y la detención solo puede llevarse a cabo si la misma está en el interés superior del niño y de preferencia debe ser temporal.²¹⁹

163. En este sentido, la Comisión ha indicado que el contacto con la familia, amigos y comunidad es especialmente relevante al momento de garantizar la integración social de los niños y niñas que han sido privados de su libertad, por lo que en la ejecución de las medidas privativas de libertad se debe respetar su derecho a permanecer en contacto con su familia, comunidad y amigos.²²⁰ Este contacto puede desarrollarse por medio de la posibilidad de recibir correspondencia así como de acceder a salidas autorizadas o de recibir visitas regulares y frecuentes.²²¹

216 CIDH. Informe “Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas”, párr.427. Véase CDN, Observación General N° 10, *Op.cit.*

217 Caso *Vélez Loor*, *Op.cit.* párr. 208.

218 Opinión Consultiva OC-17/02 *Op.cit.* párrs. 77 y 88.

219 *Ibíd.*

220 CIDH. Informe "Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas", párr. 390.

221 *Ibíd.* Véase también CDN, Art. 37(c); Reglas de La Habana, Reglas 32 y 60; Reglas de Beijing, Regla 26.5; las Directrices de Acción sobre el Niño en el Sistema de Justicia Penal, según lo recomendado por la resolución 1997/30 del Consejo Económico y Social el 21 de julio de 1997, Directriz 20 .

164. Un punto crucial que también ha sido planteado por la Comisión en sus decisiones es que cuando la detención de personas migrantes es necesaria, deben ser alojados en instalaciones cuyos oficiales de custodia hayan recibido entrenamiento apropiado en cuanto a aspectos psicológicos relacionados con la detención, sensibilidad cultural y derechos humanos. Además, ha insistido que los centros de detención administrativa de inmigrantes no deben ser administrados por empresas privadas o con personal privado, a menos que esté adecuadamente capacitado y los centros estén sujetos a control público regular.²²²

7. EL PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN EN RELACIÓN CON LOS NIÑOS Y NIÑAS MIGRANTES

¿Cuál es el alcance y el 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, el artículo 13 inciso 4 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y de los artículos 1, 25, 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?.

165. El poder del Estado a expulsar a una persona migrante de su territorio cuando la presencia continua de esa persona no concuerda con los intereses de ese Estado, si bien es un atributo inherente a su soberanía, debe ser ejercido dentro de las limitaciones sustantivas y de procedimiento del derecho internacional contemporáneo relativo al tema migratorio. Por lo tanto, la potestad, también llamada derecho, de expulsar, no es tan “ilimitada” como solía ser.²²³

166. Hay varios derechos humanos que pueden ser relevantes a la hora de determinar la legalidad de una expulsión, como por ejemplo el derecho a la familia, los derechos de los niños y niñas, incluyendo el interés superior del menor, la libertad de expresión, los derechos sindicales, los derechos de propiedad, el derecho a entrar en su propio país, las garantías procesales, el derecho a la vida y el derecho

222 CIDH, Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: Detenciones y Debido Proceso, párr. 66.

223 Véase, Memorando sobre la “Expulsión de extranjeros” de 2006, Secretaría de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (CDI), que se refiere a: Karl Doehring, “Aliens, Expulsion and Deportation”, en: Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, pp. 109-112, pp. 110-111; “Desde 1914, la mayoría de los Estados ha reclamado amplias facultades de deportación”. Peter Malanczuk, *Akehurst’s Modern Introduction to International Law*, 7th rev. ed., Londres/Nueva York, Routledge, 1997, p. 261; Rainer Arnold, “Aliens”, en: Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 1, 1992, pp. 102-107, en p. 104; Quinto informe de F.V. García Amador, Relator Especial (Responsabilidad del Estado por daños causados en su territorio a la persona o bienes de los extranjeros - Medidas que afectan derechos adquiridos (continuación) y elementos constitutivos de la responsabilidad internacional), Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1960, vol. II, A/CN.4/125, párrs. 76 y 77.

a la integridad física, el derecho a un trato humano, y la prohibición de tortura.²²⁴ Estos derechos humanos han sido abordados en una serie de tratados y declaraciones adoptadas tanto en el marco de las Naciones Unidas²²⁵, como en el de las organizaciones regionales²²⁶.

167. Entre las garantías que rigen la expulsión, los Estados tienen la obligación bajo el derecho internacional de no devolver, expulsar, retornar o de cualquier manera transferir a una persona a un Estado donde corra el riesgo de ser sometida a tortura u otros tratos crueles e inhumanos u otro tipo graves violaciones a sus derechos humanos. Este principio de *no devolución*, consagrado por primera vez en el derecho relativo a los refugiados²²⁷ y luego desarrollado más ampliamente en materia de derechos humanos en los planos internacional y regional²²⁸, ahora se considera parte del derecho internacional consuetudinario y, por lo tanto, jurídicamente vinculante para todos los Estados.²²⁹

168. Aunque el principio, como se mencionó anteriormente, se desarrolló inicialmente teniendo en mente a las personas refugiadas, ahora se considera aplicable a todas las personas que migran, incluidas las personas migrantes en

224 Véase, R.C. Changani, "Expulsion of Benin Nationals and International Law", *Indian Journal of International Law*, vol. 20, 1980, pp. 149-154, en p. 151. Véase también Partes VII.B, VII.C, VIII.B y IX.B.

225 Véase, en particular, la Carta de las Naciones Unidas, Arts. 1(3), 13(1), 55, 56, 62(2) y 76; Resolución 217 (III), Carta Internacional de Derechos Humanos: Declaración Universal de los Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948; y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Nueva York, 16 de diciembre de 1966, Naciones Unidas, Treaty Series, vol. 999, N° 4668, p. 171.

226 Véase, por ejemplo, Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, modificado por el Protocolo N° 11, Roma, 4 de noviembre de 1950, European Treaty Series, N° 5; Protocolo N° 4 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, supra nota 55; Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José, San José (Costa Rica), 22 de noviembre de 1969, Naciones Unidas, Treaty Series, vol. 1144, N° 17955, p. 123; Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, Nairobi, 27 de junio de 1981, Naciones Unidas, Treaty Series, vol. 1520, N° 26363, p. 217; Protocolo N° 7 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, Estrasburgo, 22 de noviembre de 1984, European Treaty Series, N° 117.

227 Art. 33 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, Ginebra, 28 de julio de 1951, Naciones Unidas, Treaty Series, vol. 189, No. 2545, p. 150; véase también *Ibid.*, Memorando de la CDI, A/CN.4/565, p. 175.

228 Véase, Arts. 2 y 7 del PIDCP interpretados según las Observaciones Generales N° 31 y N° 20 del Comité de Derechos Humanos; Art. 3 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (adoptada el 10 de diciembre de 1984) (en adelante "CTT") según las directrices adoptadas con respecto a la aplicación de dicho artículo en la Observación General N° 1 del Comité contra la Tortura; Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, Observación General N° 11 sobre la discriminación contra los no ciudadanos (contiene declaraciones relativas a la expulsión); Art. 16 de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas. Véase también, para las Américas, los Arts. 22.8 y 25 de la Convención Americana; Art. 13(4) de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (adoptada el 9 de diciembre de 1985); y Arts. 1, 25 y 27 de la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre.

229 Lauterpacht & Bethlehem, *The Principle of No devolución* (2001), párrs. 196-216.

situación irregular.²³⁰ Aunque la entrada ilegal, es decir el paso de fronteras sin cumplir los requisitos necesarios para entrar legalmente en el Estado²³¹, es un motivo válido para la expulsión, el ex Relator Especial de la ONU sobre los derechos de los no ciudadanos, David Weissbrodt, subrayó que “[n]o debe tratarse como a delincuentes a los inmigrantes y solicitantes de asilo, ni siquiera a aquellos que se hallen ilegalmente en el país”.²³² Esto también es válido para los casos más frecuentes en los que los migrantes incumplen las condiciones necesarias para su permanencia continua en el país de destino. Este último caso de status irregular de los migrantes puede ser un motivo válido para expulsión siempre y cuando se respeten las garantías relativas a la expulsión.

169. Los tribunales internacionales han aplicado el principio de *no devolución* en casos de violación de la prohibición de tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, el derecho a la vida, la flagrante negación de un juicio justo y la detención arbitraria.²³³ El principio de *no devolución* también ha sido ampliado, como mencionado anteriormente, para incluir la prohibición de las más graves violaciones de los demás derechos humanos. El TEDH ha sostenido que el principio de *no devolución* protege “los valores fundamentales de sociedades democráticas”²³⁴, entre los que se encuentran la prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, el derecho a la vida²³⁵, y los aspectos fundamentales del derecho a un juicio justo²³⁶ y la libertad²³⁷.

230 Véase, CTT Art. 3; *Soering vs. Reino Unido*, TEDH, párrs. 87, 90 (1989) (véase también, Sir Elihu Lauterpacht CBE QC y Daniel Bethlehem, *The Scope and Content of the Principle of No devolución* (Opinión), 20 de julio de 2001, párr. 132, disponible en la página web del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Global Consultations, Second track, expert meetings, en <http://www.unhcr.ch>; *No devolución Under Threat*, Proceedings of a Seminar held jointly by the Redress Trust (REDRESS) and the Immigration Law Practitioners' Association (ILPA) (noviembre de 2006).

231 Art. 3, Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Asamblea General, Resolución 55/25 del 15 de noviembre de 2000.

232 Los derechos de los no ciudadanos, Informe final del Relator Especial, Sr. David Weissbrodt, presentado en cumplimiento de la decisión 2000/103 de la Subcomisión, la resolución 2000/104 de la Comisión y la decisión 2000/283 del Consejo Económico y Social, E/CN.4/Sub.2/2003/23, 26 de mayo de 2003, párr. 29.

233 Véase, en general, *Saadi vs. Italia*, TEDH, *Op.cit.*, NP. 308, párr. 127; *Chahal vs. Reino Unido*, TEDH, *Op.cit.*, NP. 43, párr.; Véase también Convención Americana, Arts. 4.1, 5 y 7.

234 *Saadi vs. Italia*, TEDH, *Op.cit.*, NP. 308, párr. 127; *Chahal vs. Reino Unido*, TEDH, *Op.cit.*, NP. 43, párr. 79.

235 *Bader y Kanbor vs. Suecia*, TEDH, Solicitud N° 13284/04, Sentencia del 8 de noviembre de 2005, párr. 48 (La deportación de un sujeto condenado a pena de muerte violaría el artículo 2 del CEDH, así como el artículo 3 del CEDH).

236 *Al-Moayad vs. Alemania*, TEDH, Petición No.35865/03, Decisión sobre admisibilidad, 20 de febrero de 2007, párrs. 100-102.

237 Véase, por ejemplo, *Z y T vs. Reino Unido*, TEDH, Petición N° 27034/05, Decisión sobre admisibilidad, 28 de febrero de 2006.

170. Una persona migrante puede solicitar protección bajo el principio de *no devolución* cuando enfrenta un riesgo real al regreso, lo que significa que el riesgo es una consecuencia previsible para la persona migrante que reclama protección bajo el principio de *no devolución*.²³⁸

171. Una cuestión importante ha surgido, en virtud de las normas internacionales de derechos humanos, sobre la devolución de personas a países donde no tienen acceso a servicios de salud adecuados y si este hecho constituye un trato inhumano o degradante. Esta problemática ha sido examinada por el TEDH en varias ocasiones. El TEDH ha sostenido que no se puede devolver a las personas que viven con condiciones médicas que ponen en riesgo su vida o enfermedades terminales sin posibilidad de continuar el tratamiento en su país de origen, ya que esto contribuiría a acelerar su muerte en circunstancias penosas, lo cual se traduce en una forma de trato inhumano de acuerdo al artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.²³⁹

172. En otro caso, ese mismo Tribunal amplió el alcance del artículo 3 del Convenio Europeo (el derecho a no ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes) a los casos de enfermedad mental grave.²⁴⁰ Sin embargo, decisiones más recientes parecen indicar que este principio solamente se aplica en ocasiones excepcionales.²⁴¹

173. Por lo tanto, deben considerarse, caso por caso, factores tales como la disponibilidad y accesibilidad física y económica de tratamiento en el país de origen, así como la presencia de miembros de familia u otras redes de apoyo, a fin de determinar la legalidad de la expulsión. Asimismo, algunos tribunales nacionales han sostenido que los extranjeros que sufren de problemas graves de salud no

238 CCPR, Observación General N° 31, *Op.cit.*, NP. 46, párr. 12; *Na vs. Reino Unido*, TEDH, Petición N° 25904/07, Sentencia del 17 de julio de 2008, párrs. 109, 113; *Saadi vs. Italia*, TEDH, GC, Petición N° 37201/06, Sentencia del 28 de febrero de 2008, párr. 125; *Nnyanzi vs. Reino Unido*, TEDH, Petición N° 21878/06, Sentencia del 8 de abril de 2008, párr. 51; *Cruz Varas y otros vs. Suecia*, TEDH, Plenario, Petición N° 15576/89, Sentencia del 20 de marzo de 1991, párr. 69; *Chahal vs. Reino Unido*, TEDH, *Op.cit.*, NP. 43, párr. 74; *Soering vs. Reino Unido*, TEDH, *Op.cit.*, NP. 294, párrs. 85-91.

239 *D. vs. Reino Unido*, 146/1996/767/964, Consejo de Europa: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2 de mayo de 1997, disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/46deb3452.html>. Véase también *BB vs. Francia*, 9 de marzo de 1998, RJD 1998-V.

240 *Bensaid vs. Reino Unido*, Appl. N° 44599/98, Consejo de Europa: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 6 de mayo de 2001, disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3deb8a1e4.html~~HEAD=NNS>.

241 Véase *Karara vs. Finlandia*, Petición N° 40900/98, 29 de mayo de 1998; *SCC vs. Suecia*, Solicitud N° 46553/99, 15 de febrero de 2000; *Henao vs. Holanda*, Petición N° 13669/03, 24 de junio de 2003; *Ndangoya vs. Suecia*, Petición N° 17868/03, 22 de junio de 2004; y *Amegnigan vs. Holanda*, Petición N° 25629/04, 25 de noviembre de 2004. En todos los casos, las peticiones fueron declaradas inadmisibles.

pueden ser expulsados cuando dicha expulsión constituiría una violación a los derechos humanos.²⁴²

174. Organismos y expertos internacionales concuerdan, en su mayoría, en que el principio de *no devolución*, en sus diversas aplicaciones, se aplica más allá de las doce millas náuticas del mar territorial de un Estado. Sin embargo, algunos tribunales nacionales han fallado en contra de la aplicabilidad extraterritorial de este principio, centrándose más bien en el lugar del rescate o la intercepción. La ubicación de la operación marítima no es un factor determinante: las obligaciones del Estado son originadas de la relación entre el Estado y las personas migrantes.

175. Una vez que las personas migrantes se encuentran bajo control efectivo del Estado, el Estado es responsable de asegurar que ningún individuo, y no sólo los que tienen derecho a protección internacional, sea devuelto a un lugar donde él o ella se arriesga a ser sometido a un trato contrario a la prohibición de la tortura o a tratos inhumanos y degradantes.

176. La necesidad de protección de un individuo da lugar a la obligación de *no devolución*, independientemente del lugar del rescate o la intercepción. Si la aplicabilidad del principio de *no devolución* fuera supeditado a la ubicación geográfica, la protección contra la tortura y otros tratos inhumanos y degradantes podría acabar dependiendo de la capacidad de eludir controles fronterizos, lo cual sería absolutamente incongruente.

177. Los niños disfrutan de los mismos derechos previstos a todas las personas, además de aquellos dirigidos a ellos específicamente. De acuerdo al Comité de los Derechos del Niño:

“En el marco del trato adecuado de los menores no acompañados o separados, los Estados deben respetar íntegramente las obligaciones de no devolución resultantes de los instrumentos internacionales de derechos humanos, del derecho humanitario y el relativo a los refugiados ... [al mismo tiempo que] en cumplimiento de las obligaciones resultantes de la Convención [CDN], los Estados no trasladarán al menor a un país en el que haya motivos racionales para pensar que existe un peligro real de daño irreparable para el menor, por ejemplo, pero no sólo, del tipo de los contemplados en los artículos 6 y 37 de la Convención, sea en el país hacia el que se efectuará el traslado, sea a todo país al que el menor pueda ser ulteriormente trasladado”.²⁴³

242 *Ibid.*; Véase también, PICUM, Undocumented and Seriously Ill: Residence Permits for Medical Reasons in Europe. Bruselas, Plataforma para la Cooperación Internacional de los Inmigrantes en Situación Irregular, 2009.

243 CDN, Observación General N° 6 *Op.cit.* párrs. 26, 27.

178. La expulsión de niños, especialmente los no acompañados, ha suscitado gran preocupación en la comunidad internacional. La expulsión de niños solo debe ser prohibida o bien permitida en supuestos muy limitados.²⁴⁴ La ex Relatora Especial de la ONU sobre los derechos humanos de los migrantes, Gabriela Rodríguez Pizarro, expresó “su preocupación ante situaciones de detención y expulsión de menores no acompañados y los obstáculos a la reunificación familiar que afectan a los mismos”.²⁴⁵

179. En relación con la expulsión de personas residentes de larga duración, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa expresó la opinión de que “[e]n ningún caso la expulsión se aplicará a [...] menores de edad”.²⁴⁶ La Asamblea Parlamentaria recomendó que el Comité de Ministros del Consejo de Europa invite a los Gobiernos de los Estados miembros: “h) a garantizar que los migrantes que han nacido o se han criado en el país anfitrión y sus hijos menores de edad no puedan ser expulsados en ninguna circunstancia”.²⁴⁷

180. La Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 29 de abril de 2004, relativa a la expulsión de los ciudadanos de la Unión Europea, en su Preámbulo, párrafo 24, indica:

“[C]uanto mayor sea la integración de los ciudadanos de la Unión Europea y de los miembros de su familia en el Estado miembro de acogida, tanto mayor debería ser la protección contra la expulsión. Únicamente en circunstancias excepcionales, cuando concurren razones de seguridad pública de carácter imperativo, debería adoptarse una medida de expulsión contra ciudadanos de la Unión que hayan residido durante varios años en el territorio del Estado miembro de acogida, en particular cuando hayan nacido y residido allí durante toda su vida. Además, este tipo de circunstancias excepcionales deberían también tenerse en cuenta a la hora de adoptar una medida de expulsión contra menores, a fin de salvaguardar sus relaciones familiares de acuerdo con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989”.

244 Véase, Memorando de la Secretaria, CDI, pp. 485-486.

245 Comisión de Derechos Humanos, Informe sobre los derechos humanos de los migrantes, presentado por Gabriela Rodríguez Pizarro, Relatora Especial de la Comisión de Derechos Humanos, de conformidad con la resolución 2002/62, aprobado por el Consejo Económico y Social en su decisión 2002/266, A/57/292, 9 de agosto de 2002, párr. 65.

246 Consejo de Europa, Asamblea Parlamentaria, Recomendación 1504 (2001): No expulsión de los inmigrantes de larga duración, 14 de marzo de 2001, párr. 7.

247 *Ibíd.*, Párr. 11, (ii).

181. La Directiva permite la expulsión de una persona menor de edad sólo si tal decisión se basa en “motivos imperiosos de seguridad pública” o si tal decisión “es necesaria en interés del menor”.²⁴⁸

182. En forma más amplia, y como en todas las etapas del proceso migratorio de niños, el principio del interés superior del CDN debe tomarse en cuenta. Por lo tanto, sólo se puede proceder al retorno de un niño a su país de origen, en principio, cuando ello redunde en su interés superior.²⁴⁹

183. Dicha determinación debe, entre otras cosas, tener en cuenta muchos factores determinantes. Estos factores incluyen, aunque no de manera exhaustiva, la seguridad y otras condiciones, incluidas las socioeconómicas (tanto en el país de acogida como en el país de origen), que encontrará la persona menor a su regreso²⁵⁰; de la “conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño” y se preste atención “a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico”²⁵¹; la edad, el sexo, el estado emocional, la educación y los antecedentes familiares²⁵²; la existencia de mecanismos para la atención individual de la persona menor²⁵³; las opiniones del menor manifestadas al amparo de su derecho en virtud del artículo 12, así como las de las personas que le atienden²⁵⁴; el nivel de integración del menor en el país de acogida y el período de ausencia de su país de origen²⁵⁵; la continuidad o discontinuidad de la atención en el país de acogida²⁵⁶; el derecho de la persona menor a “preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares”²⁵⁷; su derecho a preservar sus relaciones familiares²⁵⁸; las posibilidades a medio y largo plazo de reunión familiar sea en el país de origen, en el de acogida o en el de reasentamiento²⁵⁹; la duración prevista de obstáculos legales o de otra índole al retorno de la persona menor de edad a su país de origen²⁶⁰.

184. Asimismo, si los padres o miembros del círculo familiar ampliado no estuvieran en condiciones de atender al niño o niña, el retorno al país de origen no se efectuará,

248 Art. 28, párr. 3 (b).

249 Véase CDN Arts. 3, 6 y 37.

250 CDN, Observación General N° 6, *Op.cit.* párr. 84.

251 CDN, Art. 20.

252 CDN, Observación General N° 6, *Op.cit.* párr. 93.

253 *Ibid.*, párr. 84.

254 *Ibid.*

255 *Ibid.*

256 *Ibid.*, párr. 93.

257 *Ibid.*, párr. 84.

258 *Ibid.*

259 *Ibid.*, párr. 93.

260 *Ibid.*

en principio, sin tomar previamente disposiciones seguras y concretas de atención y custodia al regreso al país de origen.²⁶¹

185. Excepcionalmente, el retorno al país de origen podrá decidirse, una vez ponderados debidamente el interés superior del menor y otras consideraciones, tales como el interés del Estado, si estas últimas prevalecen sobre el interés superior del niño o niña.²⁶²

186. Se ha reconocido que ese puede ser el caso cuando el niño o niña representa un grave peligro para la seguridad del Estado o de la sociedad. No obstante, estos casos también deben estar incorporados dentro del marco de la legislación nacional. Los argumentos no fundados en un enfoque de derechos, por ejemplo, los basados en un enfoque de control general de la migración, no pueden prevalecer sobre las consideraciones fundadas en el interés superior.²⁶³

187. Por otro lado, cuando un Estado ha transferido de manera inapropiada a un niño o niña, o cualquier otra persona, en atención al principio de *no devolución*, se deben tomar medidas eficaces para reparar y restaurar la situación. Por ejemplo, en el caso de *Jiménez Vaca vs. Colombia* ante el Comité de Derechos Humanos, se conoció sobre el exilio forzado del peticionario debido a amenazas contra su vida en Colombia, y se obligó al Estado, como medida correctiva, a permitir que el solicitante regresara a Colombia en condiciones de seguridad.²⁶⁴

188. El Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas estableció en el caso de *Dar vs. Noruega* que al facilitar el retorno seguro del solicitante y la concesión de un permiso de residencia, Noruega había subsanado el incumplimiento de la Convención contra la Tortura al devolver al peticionario en contravención con unas medidas cautelares emitidas por el propio Comité.²⁶⁵

189. Además, el reasentamiento (emigración) en un tercer país puede ofrecer una solución duradera al menor no acompañado o separado que no pueda retornar a su país de origen y para el que no sea posible contemplar una solución duradera en el país de acogida.

190. El Comité de los Derechos del Niño explica que “[l]a decisión de reasentar al menor no acompañado o separado debe basarse en una evaluación actualizada,

261 CDN, Observación General N° 6, *Op.cit.* párr. 85.

262 *Ibid.*, párr. 86.

263 *Ibid.*

264 Comité de Derechos Humanos, Comunicación: Colombia CCPR/C/74/D/859/1999 (2002).

265 CTT, Comunicación: Noruega CAT/C/38/D/249/2004 (2007).

exhaustiva y fundada en el interés superior, habida cuenta en particular de las circunstancias internacionales del momento y demás imperativos de protección”.²⁶⁶ El reasentamiento (emigración) es particularmente recomendado si constituye el único medio para proteger efectiva y establemente a la persona menor contra la devolución o la persecución u otras graves violaciones a los derechos humanos en el país de estancia.²⁶⁷ El reasentamiento (emigración) responde también al interés superior del menor no acompañado y separado si contribuye a la reunión familiar en el país de reasentamiento.²⁶⁸ Los menores no acompañados o separados no deben nunca ser trasladados para reasentamiento a un tercer país si ello va en menoscabo o pone gravemente en peligro la futura reunión con su familia.²⁶⁹

191. La evaluación de riesgo de violaciones graves, independientemente de si un niño o niña es devuelto a su país de origen o reasentado en un tercer país, debe llevarse a cabo de forma que se tenga en cuenta su edad y género. En todo caso, las medidas de retorno se llevarán a efecto de una manera segura y teniendo presentes las necesidades específicas de la persona menor de edad y consideraciones de género.²⁷⁰

192. Cualquiera que sea la determinación final en cuanto al interés superior del niño o niña, y teniendo en cuenta que entre las opciones también podría figurarse la integración local en el país de destino, es importante llevar a cabo una evaluación seria y profunda que involucre a su familia.

8. PROCEDIMIENTO PARA IDENTIFICACION DE NECESIDADES DE PROTECCION INTERNACIONAL DE REFUGIADOS

¿Qué características, a la luz del artículo 22.7 de la Convención Americana y el artículo 27 de la Declaración Americanas 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?

193. Antes de examinar el marco jurídico específico aplicable a las personas menores de edad refugiadas, es esencial recordar que los Estados deben proteger y respetar los derechos humanos de todas las personas menores de edad migrantes, incluidos

266 CDN, Observación General N° 6, *Op.cit.* párr. 92

267 *Ibid.*

268 *Ibid.*

269 *Ibid.*, párr. 93.

270 *Ibid.* Art. 87.

las no acompañadas y los niños y niñas que migran junto con su familia, en todas las etapas del proceso migratorio, y con independencia de su intención de migrar.²⁷¹

194. Muchos niños y niñas migran a otro Estado no acompañados o bien con su familia con el fin de buscar protección internacional. El estatuto del refugiado se rige por la Convención de la ONU sobre el Estatuto de los Refugiados (en adelante “la Convención sobre Refugiados”) y su Protocolo Adicional de 1967. Estos dos instrumentos internacionales se aplican a las personas que se definen como refugiados de acuerdo a los criterios planteados en ellos. En lo que respecta a niños y niñas, el artículo 22(1) de la CDN exige a los Estados Partes a proporcionar protección y asistencia humanitaria para las personas menores de edad que han adquirido la condición de refugiado y para aquellos que buscan hacerlo. Además, el artículo 3(1) de la CDN establece que todas las medidas concernientes a los niños y niñas, incluyendo la toma de decisiones sobre el estatuto de refugiado, deben atender su interés superior como consideración primordial.

195. El principio del interés superior se aplica a todos los niños y niñas, independientemente de su estatus migratorio, y “[s]i se trata de un menor desplazado, el principio ha de respetarse durante todos los momentos de la situación de desplazamiento”.²⁷² El término “concernientes a” los niños y niñas tiene que interpretarse de manera amplia, por ejemplo, puede incluir las solicitudes de asilo de los padres de la persona menor y no solamente se aplica a los actos que afectan al niño o niña directamente.²⁷³

196. El artículo 1A.2 de la Convención sobre los Refugiados y su protocolo definen a una persona refugiada como alguien que:

“[d]ebido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país”.

197. Esta definición ha sido ampliada en los instrumentos regionales, tales como la Declaración de Cartagena que adoptó la definición de la Convención sobre los Refugiados y añadió “a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión

271 Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, A/HRC/11/7, (2009), párr. 27

272 CDN, Observación general Nº 6 (2005), *Op.cit.* párr. 19.

273 Véase, Caso del Tribunal Superior de Australia *Ministro de Inmigración y Asuntos Étnicos vs. Teoh* (1995) 183 C.L.R. 273, párr. 30 “una lectura y aplicación amplia de lo dispuesto en el Art. 3, una que dé a la palabra “concernientes a” un amplio campo de aplicación, tiene más probabilidad de lograr los objetivos de la Convención.”

extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”.²⁷⁴ La lista de motivos de persecución enunciados en la Convención sobre los Refugiados no es exhaustiva y se reconoce ampliamente que una persona puede ser perseguida por motivos adicionales, tales como el género y la orientación sexual.²⁷⁵

198. Es de suma importancia que la definición de refugiado de la Convención de Refugiados se interprete teniendo presentes la edad y el género, y las formas y manifestaciones de persecución sufridas por las personas menores de edad, como por ejemplo el reclutamiento de menores, la trata, etc.²⁷⁶ Por ejemplo, en relación a las niñas, el riesgo de ser sometidas a la mutilación genital ha sido reconocido como causa para justificar la concesión de la condición de refugiado en las definiciones nacionales.²⁷⁷

199. En virtud del artículo 33(1) de la Convención de Refugiados, los Estados Partes no podrán expulsar ni devolver a una persona que caiga dentro de la definición contenida en el artículo 1A.2, si su retorno pondría en peligro su vida o libertad por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo, o de sus opiniones políticas. Como se mencionó *supra*, esto se conoce como el principio de *no devolución*²⁷⁸, y en lo que respecta a los niños y niñas, es de vital importancia que los Estados no trasladen a una persona menor a un país en el que haya “motivos racionales para pensar que existe un peligro real de daño irreparable para el menor”.²⁷⁹ (Ver Pregunta 7.)

274 Véase, Declaración de Cartagena sobre los Refugiados, Coloquio sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá (1984), Art. 3. Véase también, la definición de “refugiado” de la Convención de la OUA por la que se regulan los aspectos específicos de los refugiados en África, Art. 1(2): “[e]l término “refugiado” se aplicará también a toda persona que, a causa de una agresión exterior, una ocupación o una dominación extranjera, o de acontecimientos que perturben gravemente el Orden público en una parte o en la totalidad de su país de origen, o del país de su nacionalidad, está obligada a abandonar su residencia habitual para buscar refugio en otro lugar fuera de su país de origen o del país de su nacionalidad”.

275 Véase, ACNUR, Directrices sobre 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 (2002); y, Directrices sobre la Protección Internacional: “Pertenencia a un determinado grupo social” en el contexto del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y/o su Protocolo de 1967 (2002).

276 CDN, Observación general Nº 6 (2005), *Op.cit.* párr. 74.

277 Véase, por ejemplo, un caso inglés *K (FC) y Fornah (FC) vs. Secretario de Estado del Ministerio del Interior* [2006] UKHL 46; *GZ (ciudadano camerunés) 220.268/0-X1/33/00*, Consejo Federal Austríaca de Refugiados, Tribunal Federal Independiente para el Asilo, 21 de marzo de 2002; *Re Fauziya Kasinga*, 3278, Junta de Apelaciones de Inmigración de los Estados Unidos, (1996).

278 Véase también, Art. 3(1) de la Convención contra la Tortura (1984), “Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución (“refoulement”) o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura”.

279 CDN, Observación General Nº 6 (2005), *Op.cit.* párr. 27.

200. En relación con el principio de *no devolución*, es importante mencionar un grupo específico de personas menores de edad migrantes, es decir, los niños y niñas víctimas de la trata de personas. Tanto el Comité de los Derechos del Niño como el Alto Comisionado para los Derechos Humanos han declarado que es de suma importancia que un niño o niña víctima de la trata no sea devuelto a su país de origen si el retorno constituye algún peligro para la persona menor de edad o su familia.²⁸⁰

201. La Convención sobre los Refugiados no menciona de manera específica la persecución por razón de la trata de personas. Sin embargo, otros instrumentos brindan protección a los niños y niñas contra devoluciones que podrían dar lugar al riesgo de ser nuevamente víctimas de la trata.

202. Por ejemplo, el artículo 9(b) del citado Protocolo de Palermo obliga a los Estados Partes a proteger a las víctimas de la trata de la revictimización, y en virtud del artículo 14 del Protocolo, parece existir la posibilidad para las víctimas de la trata de caer bajo la definición de refugiado en virtud de la Convención sobre los Refugiados.²⁸¹ Asimismo, el artículo 3 de la CDN y algunos instrumentos regionales, como la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (1994) hace hincapié en la importancia de considerar el interés superior del niño en caso de devolución.

203. Además de las obligaciones antes mencionadas, es esencial que los Estados brinden protección y asistencia adecuadas para un niño o niña víctima de la trata de personas, teniendo en cuenta sus necesidades específicas, tales como vivienda adecuada, asesoramiento jurídico, asistencia médica y psicológica y la educación, etc.²⁸²

280 Véase, CDN, Observación General N° 6 (2005), *Op.cit.* párr. 53; Principios y directrices recomendados del ACNUDH sobre derechos humanos y trata de personas, principio 11 y directriz 8(5).

281 Véase, Art. 14(1) del Protocolo contra la Trata (2000), “Nada de lo dispuesto en el presente Protocolo afectará a los derechos, obligaciones y responsabilidades de los Estados y las personas con arreglo al derecho internacional, incluidos el derecho internacional humanitario y la normativa internacional de derechos humanos y, en particular, cuando sean aplicables, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, así como el principio de no devolución consagrado en dichos instrumentos”. Véase también, CDN, Observación General N° 6 (2005), párr. 53 “Algunos menores sometidos a trata pueden solicitar el estatuto de refugiado, con arreglo a la Convención de 1951. Los Estados velarán por que los menores no acompañados o separados de su familia que, habiendo sido víctimas de trata, deseen solicitar asilo o sobre quienes haya otros indicios de que necesitan protección internacional, tengan acceso a los procedimientos de solicitud de asilo”.

282 Véase, Art. 6(3) y 6(4) del Protocolo sobre la Trata; Véase también, Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, A/HRC/11/7, (2009) párr. 125.

204. La expresión “fundados temores”, establecida en el artículo 1A.2 de la Convención sobre los Refugiados, contiene un elemento tanto subjetivo como objetivo y, al determinar si existen temores fundados, deben tomarse en consideración ambos elementos.²⁸³ Es indispensable tener en cuenta los antecedentes personales y familiares del solicitante, su pertenencia a un determinado grupo racial, religioso, nacional, social o político, sus experiencias personales, y su propia interpretación de la situación.²⁸⁴

205. Como se mencionó anteriormente, es esencial que la evaluación se lleve a cabo de una forma que tenga en cuenta su condición de niño o niña y de conformidad con los derechos establecidos en la CDN.²⁸⁵ Al momento de evaluar las pruebas sobre “temores fundados”, es importante que los Estados apliquen el beneficio de la duda en favor de la persona menor de edad, ya que la carga de la prueba no debe recaer sobre el niño o niña.²⁸⁶

206. El derecho a solicitar asilo se estableció por primera vez en el artículo 14(1) de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y está sustentado en varios instrumentos regionales, entre otros, el artículo 22.7 de la Convención Americana, el artículo 27 de la Declaración Americana y el artículo 12.3 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos.²⁸⁷ En virtud de la Convención sobre los Refugiados, los Estados no impondrán sanciones penales por causa de la entrada ilegal a las personas que solicitan asilo y protección. A nivel regional, la Comisión Interamericana ha afirmado que los Estados deben poner a disposición de los individuos procedimientos para solicitar y recibir asilo.²⁸⁸

207. Esta Honorable Corte ha señalado que las reglas del debido proceso y el derecho a un juicio justo, tal como se establece en el artículo 8 de la Convención

283 Véase, ACNUR, Manual 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 (1992) párr. 38.

284 *Ibid.*, párr. 41.

285 En particular, Art. 2 (no discriminación), Art. 3 (el interés superior) y Art. 12 (derecho a ser escuchado).

286 Véase, ACNUR, Los niños refugiados: Directrices sobre protección y cuidado (2001) *Op.cit.* p. 101.

287 Véase, Art. 14(1) DUDH 1948, “Toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país.”; Art. 22.7 de la Convención Americana (1969), “Toda persona tiene el derecho de 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.”; Art. XXVII de la Declaración Americana (1948), “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.”; y Art. 12.3 de la Carta Africana (1981), “Todo individuo tendrá derecho, cuando esté perseguido, a buscar y obtener asilo en otros países de conformidad con las leyes de esos países y los convenios internacionales”.

288 Véase Informe N° 6/02 respecto a la petición 12.071 a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2002).

Americana, se aplican a todas las actuaciones y procesos que lleve a cabo el Estado, por lo que también se aplican a los procedimientos de asilo.²⁸⁹

208. En relación con los niños y niñas solicitantes de asilo, si, en el curso del proceso de identificación e inscripción, viniera a saberse que la persona menor puede tener un temor fundado o, incluso en el caso de que no pudiera articular expresamente un temor concreto, pueda objetivamente encontrarse en peligro de persecución por las razones expuestas en la Convención sobre los Refugiados, o si necesitara por otras razones protección internacional, se debe entablar en favor del menor el procedimiento para la obtención del asilo y, en su caso, aplicar mecanismos de protección complementaria al amparo del derecho internacional y del derecho interno.²⁹⁰

209. Sin embargo, si no existe ningún indicio de que un niño o niña necesita protección internacional, no se iniciarán automáticamente o de otra forma procedimientos para la obtención del asilo, aunque recibirán protección al amparo de otros mecanismos pertinentes de protección de la infancia, como los previstos en la legislación sobre protección de la niñez y la adolescencia.²⁹¹

210. Además de la obligación que todos los procedimientos concernientes a los niños y niñas tienen que llevarse a cabo de manera no discriminatoria, tener en cuenta el interés superior de la persona menor y permitir que sea escuchado como estipulado en la CDN, es igualmente importante que los procedimientos y la asistencia se lleven a cabo de manera que se tenga en cuenta su contexto cultural.²⁹² La necesidad de brindar protección adicional para los niños niñas y solicitantes de asilo también es reconocida en el Artículo 19 de la Convención Americana, el que establece que todo niño o niña tiene derecho a medidas de protección especial.²⁹³

211. En materia de detención y solicitantes de asilo, el artículo 31(2) de la Convención sobre los Refugiados establece que los Estados Partes no deben restringir la circulación de los refugiados a menos que sea necesario y hasta que su situación haya sido regularizada. Además, las directrices sobre la detención de

289 Véase, Opinión Consultiva OC-17/2002, *Op.cit.* párr. 117.

290 CDN, Observación General N° 6 (2005), *Op.cit.* párr. 66.

291 *Ibid.* párr. 67.

292 Véase, CDN, Observación General N° 11 (2009): Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención, párr. 68.

293 Art. 19, "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".

ACNUR indican que, como principio general, los solicitantes de asilo no deberían ser detenidos.²⁹⁴

212. Sólo existen cuatro razones que justifican la detención de los solicitantes de asilo: (a) para verificar la identidad; (b) para determinar los elementos sobre los cuales se basa la solicitud de asilo o de reconocimiento de la condición de refugiado; (c) en casos en que los solicitantes de asilo han destruido sus documentos de viaje y/o identidad; o han utilizado documentos falsos para despistar a las autoridades del Estado en el cual tienen intención de solicitar asilo; y (d) para proteger la seguridad nacional o el orden público.²⁹⁵

213. Si un solicitante de asilo se encuentra detenido, la detención debe ser aplicada de manera no discriminatoria y debe estar sujeta a revisión judicial o administrativa para garantizar que, bajo las circunstancias existentes, continúa siendo necesaria; debe existir la posibilidad de ser dejado en libertad cuando no existan fundamentos para que continúe la detención.²⁹⁶ Como regla general, las personas menores de edad solicitantes de asilo no deben ser detenidas.²⁹⁷ Todas las medidas concernientes a los niños y niñas tienen que estar en conformidad con la CDN y su artículo 37(b) establece que la detención de un niño se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda. (Ver Preguntas 3, 5 y 4.)

214. El Comité Ejecutivo del Programa del ACNUR ha reconocido en su Conclusión N° 7 (XXVIII) que la expulsión de refugiados sólo debería permitirse en circunstancias excepcionales.²⁹⁸ La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados establece una protección especial para los refugiados que se hallen legalmente²⁹⁹ en el territorio de un Estado, a no ser por razones de seguridad nacional o de orden público.

215. El Subcomité Plenario sobre Protección Internacional de ACNUR ha proporcionado una interpretación restrictiva de los conceptos de “seguridad nacional” y “orden público” y ha hecho hincapié en que solamente se debe recurrir a la expulsión cuando ésta sea el único medio para proteger el interés legítimo del Estado: “El concepto de “seguridad nacional u orden público” puede ser difícil de

294 Véase, Directrices del ACNUR sobre los criterios y estándares aplicables con respecto a la detención de solicitantes de asilo (2009), directriz 2, p. 3.

295 *Ibid.*

296 *Ibid.*, párr. 5; véase también, Opinión del Comité de Derechos Humanos sobre la Comunicación N° 560/1993, Sesión 59ª, CCPR/C/D/560/1993.

297 *Ibid.*, directriz 6, p. 7.

298 Atle Grahl-Madsen, *Commentary on the Refugee Convention 1951 (Articles 32 and 33)*, 1963, publicado por la División de Protección Internacional del ACNUR, (1997).

299 Art. 32(1).

aplicar en un caso particular. Los *travaux préparatoires* de la disposición argumentan a favor de una interpretación restrictiva en el sentido de que un refugiado sólo debe ser expulsado como medida de último recurso y como el único medio viable para proteger los intereses legítimos del Estado.”³⁰⁰

216. El Sub-Comité antes mencionado ha señalado que las consideraciones relacionadas con la vida familiar deben considerarse a la hora de decidir sobre la expulsión un refugiado. El mismo Comité ha indicado que toda decisión sobre la expulsión de un refugiado debe tener en cuenta la admisibilidad del refugiado en un Estado distinto al del Estado de origen. El principio antes mencionado de *no devolución* es claramente muy importante en este contexto, y como establece el antiguo artículo 33 de la Convención sobre los Refugiados, este principio “no sólo aplica en cuanto al país de origen, sino a cualquier país en el que una persona tiene motivos para temer ser objeto de persecución”. Además, el principio no solamente abarca el traslado de una persona a un Estado donde la persona enfrenta un riesgo de persecución, sino también a un tercer Estado en donde la persona puede ser trasladada a otro territorio donde dicho riesgo existe. El artículo 33 también abarca a las personas refugiadas que se encuentran ilegalmente en el territorio del Estado.

217. En varias de sus Conclusiones, el Comité Ejecutivo del Programa del ACNUR ha interpretado el principio de *no devolución* en lo que respecta a los refugiados de acuerdo a la prohibición contenida en el artículo 33 de la Convención sobre los Refugiados y el artículo 3, párrafo 1, de la CTT (ver Pregunta 7). La Convención sobre los Refugiados establece ciertas normas procesales para la expulsión de un refugiado que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado.

218. En lo que respecta a las personas menores de edad refugiadas y su derecho a la unidad familiar, el artículo 23(1) del PIDCP establece que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”. Este principio se aplica independientemente de la nacionalidad y el estatus migratorio del niño o niña, por lo que abarca la protección de la familia de un refugiado. Para el caso de las personas menores de edad solicitantes no acompañadas o separadas, se necesita tan pronto como sea posible, hacer esfuerzos para iniciar la localización familiar.³⁰¹

300 Véase, ACNUR, Note on the expulsion of refugees, Subcomité Plenario sobre Protección Internacional, 24 de agosto de 1977, EC/SCP/3, párr. 4.

301 Véase, 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 (2009), párr. 68.

219. La reunificación familiar debe entenderse por lo general acorde con el interés superior de la persona menor de edad, a menos de que exista evidencia que sugiera lo contrario.³⁰² Por ejemplo, la reunificación familiar en el país de origen no favorece el interés superior del niño o niña y, por tanto, no debe procurarse cuando exista un “riesgo razonable” de que el retorno se traduzca en la violación de los derechos humanos fundamentales de la persona menor.³⁰³

220. Si no es posible la reunión familiar en el país de origen, entran en juego las obligaciones estipuladas en los artículos 9 y 10 de la Convención, que deben regir las decisiones del Estado de acogida sobre la reunificación familiar en su propio territorio.³⁰⁴ Según el artículo 9, los Estados Partes velarán por que el niño o niña no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando tal separación sea necesaria en su interés superior. El artículo 10 regula las normas de reagrupación familiar que establece que la reunificación familiar debe ser atendida de manera positiva, humanitaria y expedita.

9. DERECHO A LA VIDA FAMILIAR DE LOS NIÑOS Y NIÑAS EN CASOS DE DISPONERSE LA EXPULSIÓN DE SUS PADRES

¿Cuál es el alcance que debiera conferirse a la protección del derecho del niño/a a no ser separado 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 artículos 6 y 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre?

221. Los instrumentos internacionales de derechos humanos reconocen a la familia como una de las unidades más importantes de la sociedad y los Estados están obligados a proporcionar protección y asistencia a la unidad familiar en virtud del derecho internacional.³⁰⁵ El derecho a casarse y fundar una familia se aplica a todas

302 Véase, Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño (2008), p. 31.

303 CDN, Observación General N° 6 (2005), párr. 82.

304 *Ibid.*, párr. 83.

305 Véase, Declaración Universal de los Derechos Humanos, Art. 16(3) y el PIDCP Art. 23(1), “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.”; La CDN establece en su Preámbulo “Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad” y “Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”.

las personas, a partir de la edad legal para ello y sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión.³⁰⁶

222. Por lo tanto, el elemento de no discriminación se extiende también a las personas migrantes y sus familias. Los mismos principios están consagrados en instrumentos regionales, como el artículo 17 de la Convención Americana y el artículo 6 de la Declaración Americana.³⁰⁷ Un ejemplo de la protección a la familia en relación con las personas migrantes es el derecho a la reunificación familiar. La mayoría de los Estados proporcionan el marco jurídico para la reunificación familiar dentro de su legislación nacional, sin embargo, la reunificación familiar también se aborda a nivel internacional y regional.³⁰⁸

223. Como se ha mencionado, la CDN establece que, con el fin de garantizar el bienestar de un niño o niña, todas las medidas concernientes a sus derechos deberán incluir la consideración en cuanto a su interés superior.³⁰⁹ Como se indicó

306 Véase, DUDH, 1948, Art. 16(1) "Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio".

307 Véase, Declaración Americana, Art. 6 "Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella."; Convención Americana, Art. 17(1) "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado."; Art.17(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".

308 Véase, ICRMW, Art.44(1) "Los Estados Partes, reconociendo que la familia es el grupo básico natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a protección por parte de la sociedad y del Estado, adoptarán las medidas apropiadas para asegurar la protección de la unidad de la familia del trabajador migratorio."; y Art. 44(2) "Los Estados Partes tomarán las medidas que estimen apropiadas y entren en la esfera de su competencia para facilitar la reunión de los trabajadores migratorios con sus cónyuges o con aquellas personas que mantengan con el trabajador migratorio una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, al igual que con sus hijos solteros menores de edad que estén a su cargo."; Véase también, CDN, Art. 9(1) "Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño."; y Art. 10(1) "De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados Partes al tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9, toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunificación de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados Partes garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares."; La Directiva de la Unión Europea 2003/86/CE sobre el derecho a la reagrupación familiar proporciona directrices sobre quién es un miembro de la familia con el propósito de la reunificación familiar. Véase también, *Ngambi y Nébol vs. Francia*, PIDCP, Comunicación N° 1179/2003, en la que el Comité de Derechos Humanos consideró que el derecho a la reunificación familiar estaba protegido en virtud del artículo 23 del PIDCP.

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

anteriormente, el principio del interés superior es un elemento fundamental del derecho internacional relativo a los derechos humanos y se reconoce como parte del derecho internacional consuetudinario.³¹⁰

224. Con el fin de determinar el interés superior, es de vital importancia considerar la opinión y el punto de vista de la persona menor de edad afectada. El derecho del niño o niña a ser escuchado es uno de los principios rectores de la CDN.³¹¹ Este derecho se aplica a todas las actuaciones judiciales y administrativas y, por lo tanto, también se aplicará a los procedimientos de deportación, la separación de los padres, el asilo, etc.³¹²

225. El grado de consideración que se le dará a la opinión del niño o niña depende su nivel de madurez, el cual no se basa exclusivamente en la edad, sino en su capacidad para expresar sus opiniones sobre distintas cuestiones de forma razonable y autónoma.³¹³

226. En virtud del derecho internacional, un niño tiene derecho a ser cuidado por su familia y los Estados están obligados a velar por que la familia del niño no sea objeto de injerencias arbitrarias o ilegales.³¹⁴ Los mismos principios están incorporados en

310 Véase, Caso *Beharry vs. Reno*, 183 F. Supp. 2d 584, 604 (EDNY 2002), en donde un tribunal distrital de los Estados Unidos sostuvo que a pesar de que los EE.UU. no había ratificado la CDN, tenía la obligación de considerar el principio vinculante del derecho internacional consuetudinario sobre el interés superior del niño.

311 Véase, CDN, Art. 12(2) "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."; Observación General N° 12, *Op.cit.*, el Comité señala en el párrafo introductorio 2 que el derecho de todos los niños a ser escuchados y tomados en serio constituye uno de los valores fundamentales de la Convención.

312 Véase, CDN, Observación General N° 12 (2009), párr. 32 "El Comité recalca que esta disposición es aplicable a todos los procedimientos judiciales pertinentes que afecten al niño, sin limitaciones y con inclusión de, por ejemplo, cuestiones de separación de los padres, custodia, cuidado y adopción, niños en conflicto con la ley, niños víctimas de violencia física o psicológica, abusos sexuales u otros delitos, atención de salud, seguridad social, niños no acompañados, niños solicitantes de asilo y refugiados y víctimas de conflictos armados y otras emergencias. Los procedimientos administrativos típicos serían, por ejemplo, decisiones sobre la educación, la salud, el entorno, las condiciones de vida o la protección del niño. Ambos tipos de procedimientos pueden abarcar mecanismos alternativos de solución de diferencias, como la mediación o el arbitraje".

313 Véase, CDN, Observación General N° 12 (2009), párr. 29 "Los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica."; y párr. 30 "La madurez es difícil de definir; en el contexto del artículo 12, es la capacidad de un niño para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente. Los efectos del asunto en el niño también deben tenerse en consideración. Cuanto mayores sean los efectos del resultado en la vida del niño, más importante será la correcta evaluación de la madurez de ese niño".

314 Véase, CDN, 1989, Art. 7 "El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a

los instrumentos regionales y se aplican igualmente a los ciudadanos y los no ciudadanos de los Estados Partes.³¹⁵ Asimismo, los Estados tienen la obligación de no separar al niño de su familia a menos que tal separación sea necesaria en el interés superior de la persona menor de edad.³¹⁶ Puede haber situaciones en las que la separación de un niño o niña de sus padres sea necesaria, sin embargo, debe tenerse en cuenta la opinión de la persona menor de edad en relación a la separación.³¹⁷

227. En lo que se refiere a la deportación de niños y sus familias, es importante que los procedimientos de expulsión cumplan con ciertas garantías del debido proceso. Los instrumentos internacionales y regionales establecen que los extranjeros que se hallan legalmente en el territorio de otro Estado sólo pueden ser expulsados de él en cumplimiento de ciertas condiciones.³¹⁸

228. Estas condiciones requieren que la expulsión sea conforme a la ley³¹⁹, que el extranjero pueda exponer las razones en contra de su expulsión³²⁰, que el extranjero tenga acceso a representación legal³²¹ y acceso a apelar ante un tribunal

sus padres y a ser cuidado por ellos.”; y 16(1) “Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación”.

315 Véase, Convención Americana, Art. 11(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.”; Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Art. 8 “No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

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

317 Véase, CDN, Observación General Nº 12 (2009), párr. 53 “Cuando se adopte la decisión de apartar a un niño de su familia porque el niño es víctima de abusos o negligencia en su hogar, debe tenerse en cuenta la opinión del niño para determinar el interés superior del niño.”; y párr. 54 “El Comité recomienda que los Estados partes garanticen, mediante leyes, normas y directrices de política, que se recaben y se tengan en cuenta las opiniones del niño, en particular en las decisiones relativas a su asignación a hogares de acogimiento familiar o de guarda, la elaboración y revisión de planes de guarda y las visitas a los padres y la familia”.

318 Véase, PIDCP, 1966, Art. 13; Protocolo Nº 7 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, Art. 1.

319 Véase, *Maroufidou vs. Suecia*, CCPR, Comunicación Nº 58/1979, Dictamen del 8 de abril de 1981.

320 Véase, Observación General Nº 15: La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, 11 de abril de 1986.

321 Véase, Comité de Derechos Humanos, Examen de los informes presentados por los Estados Partes de conformidad con el artículo 40 del Pacto [PIDCP], Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Japón, 18 de diciembre de 2008, CCPR/C/JPN/CO/5, párr. 25 “velar por que todos los solicitantes de asilo

independiente³²². También está claro, en virtud del artículo 2(1) del PIDCP, que una orden de expulsión debe aplicarse de manera no discriminatoria.

229. Además, esta Honorable Corte ha indicado que las garantías mínimas del debido proceso legal también se aplican a los procedimientos de expulsión.³²³ Es razonable suponer que las mismas garantías mínimas de un juicio justo también se aplican a los niños y niñas, así como a sus familias. Y como se mencionó anteriormente, en virtud del artículo 3 de la CDN, todas las acciones y procedimientos deben tener en cuenta su interés superior.³²⁴ Por otra parte, se deberían aplicar unas garantías procesales “acordes con la edad” en los procesos concernientes a un niño o niña.³²⁵

230. En caso de detención, los instrumentos internacionales y regionales establecen que todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales y nadie podrá ser arbitraria o ilegalmente detenido.³²⁶ Los principios se aplican de manera no discriminatoria y, en lo que respecta a los niños y niñas, la CDN no sólo exige que dichos principios se apliquen también a éstos, sino, además, que la detención de un niño o niña debe llevarse a cabo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda.³²⁷ La detención de una familia debe conformarse a los mismos principios establecidos en la CDN. Es importante recordar que la detención nunca será en el interés superior de la persona menor de edad y que el

tengan acceso a asesoramiento, a asistencia jurídica y a los servicios de un intérprete, así como a una asistencia social o un empleo adecuados financiados por el Estado durante la totalidad de las actuaciones”.

322 Véase, Comité de Derechos Humanos, Informe N° 40 (A/51/40), párr. 96 “Debe reconocerse el derecho de revisión, por una autoridad competente, de todas las decisiones de detención, expulsión y denegación de la inmigración o el asilo”.

323 Opinión Consultiva OC-18/03, *Op.cit.*, párr. 124 “el elenco de garantías mínimas del debido proceso legal se aplica en la determinación de derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. Esto revela que el debido proceso incide sobre todos estos órdenes y no sólo sobre el penal.”; y párr. 125 “es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas”. Véase también, *Habbal e hijo vs. Argentina* (2008), CIDH, párr. 58 “La Comisión considera que, de resultar ciertos, estos hechos podrían caracterizar una violación al derecho que tiene el extranjero, que se halle legalmente en territorio de un Estado Parte, a ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley, establecido en el artículo 22 de la Convención”.

324 Véase, El caso australiano *Ministro de Estado de Inmigración y Asuntos Étnicos vs. Ah Hin Teoh* (1995) declaró que el interés superior del niño debe ser considerado en todos los procedimientos administrativos, incluyendo los de deportación.

325 Véase, Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes (2009), A/HRC/11/7, párr. 58 (reunificación familiar) “en el marco de esos procedimientos, los Estados deberían aplicar unas garantías procesales “acordes con la edad”, que incluyeran, entre otras cosas, los derechos a disponer de un tutor y un representante legal, asistencia jurídica gratuita, acceso a la jurisdicción, a una reparación efectiva, a disponer de un intérprete en caso necesario y a ser oído”.

326 Véase, PIDCP, 1966, Art. 9(1); DADDH, 1948, Art. 25; CADH, 1969, Art. 7; CEDH, 1950, Art. 5.

327 Véase, CDN, 1989, Art. 37(b). Ver Preguntas 3 y 5 para más información.

internamiento de niños o niñas no debería justificarse por el mantenimiento de la unidad familiar.³²⁸

231. Es bien conocido que la detención puede producir un efecto negativo en el disfrute de los derechos humanos del niño o niña y es esencial que los Estados consideren alternativas a la privación de libertad en casos que involucren personas menores de edad.³²⁹ Los Estados deben, además, respetar el artículo 9(1) de la CDN al detener a los padres y abstenerse de separar a la persona menor de sus padres a menos que esta medida esté en su interés superior. Sin embargo, si uno o ambos padres se encuentran detenidos y separados del niño o niña, es importante tener en cuenta la perspectiva de éstos últimos sobre el caso y recordar que el Estado es responsable de ofrecer protección y asistencia especial para la persona menor.³³⁰ (Ver Preguntas 3 y 5).

232. En lo que se refiere a la deportación de los padres de una persona menor de edad, varios aspectos deben considerarse. En primer lugar, como se mencionó anteriormente, el artículo 9 de la Convención requiere que los Estados Partes se abstengan de separar a los niños y niñas de sus padres, excepto cuando tal separación es necesaria en su interés superior debido a maltrato o descuido por parte de sus padres.

233. Asimismo, todos los niños y niñas, incluidos las personas migrantes y niños y niñas de padres migrantes, tienen derecho a estar con sus familias. Además, los Estados deben proteger a la familia y facilitar su reunificación.³³¹ En segundo lugar, los Estados tienen la obligación de asegurarse de que los derechos fundamentales del niño o niña no sean violados y, en caso de una deportación, todos los principios fundamentales y derechos humanos tienen que considerarse, por ejemplo, el principio de *no devolución*.³³² En tercer lugar, en caso de que separación sea conforme al interés superior de la persona menor, ésta debe ser autorizada por una autoridad competente y sujeta a revisión judicial.³³³

234. Existe el riesgo de que la medida de deportación en contra de uno o ambos padres entre en conflicto con los derechos de la persona menor de edad, en particular si ésta última es ciudadana del Estado que emite la orden de expulsión. En

328 Véase, Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes (2009), A/HRC/11/7, párr. 62.

329 Véase, Comité de Derechos Humanos, Derechos humanos de los migrantes: la migración y los derechos humanos del niño, A/HRC/12/L.16, 02/10/2009, párr.4(a).

330 CDN, Art. 12.

331 Asamblea General, Resolución 59/194: Protección a Migrantes (2005), párr. 18.

332 CDN, Observación General N° 6, *Op.cit*, párr. 82.

333 CDN, Art. 9(1) y Art. 20(1).

cuanto a la deportación de personas menores de edad no acompañadas, se recomienda adoptar esta medida solamente de manera protectora y no punitiva, y si contribuye a la reunificación familiar.³³⁴

235. El ex Relator Especial de la ONU sobre los derechos humanos de los migrantes, Jorge Bustamante, también ha recomendado a los Estados que adopten los mecanismos para velar por los derechos y las perspectivas de los niños y niñas en los procesos de deportación de sus padres.³³⁵

236. Como se mencionó anteriormente, en “todos los asuntos” que afectan al niño o niña deben considerarse sus opiniones y puntos de vista, por lo que es sumamente importante que su derecho a ser escuchado se respete en caso de deportación de su familia.³³⁶

237. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por ejemplo en los casos de *Keles vs. Alemania*³³⁷ y *Amrollahi vs. Dinamarca*³³⁸, ha declarado que, en lo que respecta a los niños y niñas con padres migrantes, la deportación de los padres sería una violación del artículo 8 (Derecho al respeto de la vida privada y familiar) del Convenio Europeo si se espera que el niño o niña pudiese encontrar dificultades si fuera a regresar con sus padres.³³⁹

238. En el caso de separación de los niños y niñas y sus padres, el Estado es responsable de proporcionar protección y asistencia especiales para la persona menor en virtud del artículo 20(1) de la CDN. Además, el Estado debe asumir ciertas obligaciones en cuanto a la relación continua del niño o niña con sus padres separados en virtud del artículo 9(3) de la CDN que establece que “Los Estados Partes respetarán el derecho del niño [...] a mantener relaciones personales y

334 Véase, Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes (2011), A/HRC/17/33, párr. 29 “Los niños sólo deben ser repatriados si ello redundaría en su interés superior, es decir, para contribuir a la reunificación familiar y con las debidas garantías procesales”.

335 Véase, Consejo de los Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes (2009), A/HRC/11/7, párr. 59.

336 Véase, CDN, Observación General N° 12 (2009), párr. 26. “Los Estados partes deben garantizar que el niño pueda expresar sus opiniones “en todos los asuntos” que lo afecten. Ello representa una segunda condición para este derecho: el niño debe ser escuchado si el asunto que se examina afecta al niño. Esta condición básica debe ser respetada y comprendida ampliamente”.

337 *Keles vs. Alemania* (2005), TEDH, párr. 69. En este caso las dificultades que los niños enfrentarían estaban relacionadas con la educación.

338 *Amrollahi vs. Dinamarca* (2002), TEDH. El Tribunal sostuvo que la deportación del padre a Irán lo separaría de sus hijos, ya que ellos habrían enfrentado serias dificultades si se hubieran vuelto a Irán.

339 Véase también, *Madafferi vs. Australia* (2004), CCPR. El Consejo de Derechos Humanos declaró que la deportación de un padre sería una injerencia en su familia, ya que el resto de la familia tendría que elegir entre quedarse sin su padre o ir con él a un país cuyo idioma o cultura no conocían.

contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”.

C. ANEXOS

1. IOM (2008) *International Migration Law. Human Rights of Migrant Children. No 15.* Geneva, Switzerland.
2. IOM (2011) *IML Information Note on the Protection of Unaccompanied Migrant Children.* January
3. IOM (2011) *Unaccompanied Children on the Move. The Work of the International Organization for Migration* Geneva, Switzerland.
4. OIM. (2006) *Glosario sobre Migración. Derecho Internacional sobre Migración. No.7.* Ginebra, Suiza.
5. IOM (2011). *Glossary on Migration.* 2nd edition. International Migration Law. No.25. Geneva, Switzerland.
6. UNICEF/IOM (2010) *A Framework and Recommendations for Action on Children Affected by Migration in the Caribbean,* Geneva-Washington DC.
7. OIM Buenos Aires - UNICEF Argentina. (2005) *Informe sobre trabajo infantil en la recuperación y reciclaje de residuos en Argentina.*
8. FLACSO. (2011). *Diagnóstico sobre la situación actual, tendencias y necesidades de protección y asistencia de las personas migrantes y refugiadas extracontinentales en México y América Central.* San José, Costa Rica.
9. OIM/Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, ACNUR/ Red Regional de Organizaciones Civiles para las Migraciones, RROCM. (2008) *Memoria. Conferencia Regional sobre Migración (CRM) Seminario mujer y migración.* San Salvador.
10. OIM/OIT (2009) *Migraciones con fines de empleo y trabajo infantil en América Latina.* Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (IPEC). Oficina Regional para América Latina y el Caribe. Lima, Perú.

11. OIM. (2010) *Niños, Niñas y Adolescentes Migrantes Centroamericanos en Poblaciones del Sur de México*, México.
12. OIM. (2011) *Situación de niños, niñas y adolescentes que viajan no acompañados por la Región Centroamericana*. San José.
13. IOM (2007) *The IOM Handbook on Direct Assistance for Victims of Trafficking*. Geneva, Switzerland.
14. OIM-Oficina Regional para Centroamérica y México/Save the Children. (2007) *Guía de Intervención Psicosocial para la Asistencia directa con Personas Víctimas de Trata*. 1ed. San José, Costa Rica.
15. OIM. (2011). *Manual para la detección del delito de trata de personas orientado a las autoridades migratorias*. Oficina Regional para Centroamérica y México, San José.
16. OIM. (2008). *La experiencia de las mujeres víctimas de trata en América Central y República Dominicana y la actuación de las instituciones*. 1st ed. San José, Costa Rica. .
17. OIM (2010). *Trata de Personas: Asistencia a víctimas de trata de personas. Experiencias en la Triple Frontera*. (Argentina, Brasil, Paraguay). Buenos Aires, Argentina.
18. OIM. (2011). *La trata de personas en México: Diagnóstico sobre la asistencia a víctimas*. Hélène Le Goff y Thomas Lothar Weiss. México, Junio.
19. OIM. (2011). *Manual de perfiles aplicados a la detección de víctimas y victimarios del delito de trata de personas*. San José.
20. OIM y Ministerio Público Nacional. (2009). *Nuevo escenario en la lucha contra la trata de personas en la Argentina. Herramientas para la persecución del delito y asistencia a sus víctimas*. Argentina.
21. OIM. (2006). *Panorama sobre la trata de personas, Desafíos y Respuestas: Colombia, Estados Unidos y República Dominicana*. Bogotá, Colombia.
22. ACNUR/OEA/OIM. (2009). Conferencia Regional sobre Protección de Refugiados y Migración Internacional en las Américas. *Consideraciones de Protección en el contexto de la Migración Mixta*. San José, Costa Rica.
23. IOM. (2010) *Managing Return Migration. Migration Policy and Research*. No. 14. Geneva, Switzerland.

24. Conferencia Regional sobre Migración (CRM) *Lineamientos regionales para la atención de niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados en casos de repatriación*. Guatemala, 2009.
25. Conferencia Regional sobre Migración (CRM) *Lineamientos regionales para la protección especial en casos de repatriación de niños, niñas y adolescentes víctimas de trata de personas*. New Orleans, 2007.
26. OIM/Ministerio de Relaciones Exteriores Estado Plurinacional de Bolivia. (2011). *Guía de Retorno para el Migrante Boliviano*. Bolivia.
27. OIM/Ministerio de Relaciones Exteriores Estado Plurinacional de Bolivia. (2011). *Lineamientos para el diseño de un plan de retorno y reintegración sostenible para migrantes bolivianos y bolivianas*. Bolivia.
28. IOM (2010) *Assisted Voluntary Return and Reintegration. Annual Report of Activities*. Geneva, Switzerland.
29. IOM (2010) *International Migration Law. Rights, Residence, Rehabilitation: A Comparative Study Assessing Residence Options for Trafficked Persons*. No.24. Geneva, Switzerland.