



Buenos Aires, 29 de diciembre de 2011.-

**Al Sr. Presidente de la Corte Interamericana
de Derechos Humanos (CorteIDH)**

Dr. Diego García Sayán

S/D

André Luis Machado de Castro y Stella Maris Martínez, en nuestras calidades de Coordinador General y Secretaria General –respectivamente– de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEF), tenemos el agrado de dirigirnos al Sr. Presidente, con motivo de la invitación realizada a esta Asociación en razón de lo establecido en el artículo 73.3 del Reglamento de la CorteIDH, siguiendo instrucciones del Presidente de la Corte, Juez Diego García-Sayán, a fin de presentar nuestra opinión escrita sobre los puntos sometidos a consulta en la solicitud de opinión consultiva realizada por los Ilustrados Estados de Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay en la Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para que el Tribunal “determin[e] con mayor precisión cuáles son las obligaciones de los Estados con relación a las medidas pasibles de ser adoptadas respecto de niños y niñas, asociada a su condición migratoria, o a la de sus padres, a la luz de la interpretación autorizada de los artículos 1.1, 2, 4.1, 5, 7, 8, 11, 17, 19, 22.7, 22.8, 25 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los artículos 1, 6, 8, 25 y 27 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y el artículo 13 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura”.

En este sentido, cabe destacar que el presente constituye la opinión representativa de la AIDEF resultado de un trabajo conjunto realizado por los Defensores Públicos Interamericanos de la AIDEF, en particular, se destaca la participación de Clara Leite Alvez (Uruguay), Gustavo Zapata Baez (Paraguay), Rodolfo Valentín Santos (República Dominicana) y José Arnoldo González Castro (Costa Rica), y la colaboración del Defensor Nacional de Chile, Dr. Georgy Schubert Studer y de la Directora de la Defensa Pública de Costa Rica, Licda. Marta Iris Muñoz Cascante. Por lo cual bajo dichas circunstancias procedemos a la presentación del informe solicitado y lo hacemos de la siguiente forma:



INTRODUCCION:

La solicitud de Opinión Consultiva de los países proponentes constituye nueve aspectos específicos, sobre los cuales piden expresamente a este Alto Tribunal se pronuncie y los cuales son:

- 1. Procedimientos para la determinación de necesidades de protección internacional y de medidas de protección especial de las niñas y niños y adolescentes migrantes;*
- 2. Sistemas de garantías que deberían aplicarse en los sistemas migratorios que involucran niños, niñas y adolescentes migrantes;*
- 3. Estándares para medidas cautelares en un procedimiento migratorio sobre la base del principio de no detención de niños y niñas migrantes;*
- 4. Medidas de protección que deberían disponerse de manera prioritaria y que no implican restricciones a la libertad personal;*
- 5. obligaciones estatales en caso de custodia de niños y niñas por motivos migratorios;*
- 6. garantías de debido proceso ante medidas que impliquen privación de la libertad de niño y niñas en el marco de procedimientos migratorios;*
- 7. Principio de no devolución en relación con niños y niñas migrantes;*
- 8. Procedimientos para el tratamiento de niños y niñas eventuales solicitantes de asilo o refugio;*
- 9. El derecho a la vida familiar en casos de disponerse la expulsión por motivos migratorios de sus padres.*

El análisis de los diversos temas sobre los cuales los países consultantes solicitan expresamente a la Corte Interamericana se pronuncie, tienen su origen en la problemática de los Niños y Niñas Migrantes, por lo que se hace necesario antes de proceder a la revisión de cada uno de los nueve temas sobre los cuales se solicita en forma expresa a la Corte Interamericana se pronuncie, se deben analizar principios que se consideran básicos por tratarse la temática de fondo, relacionada con un tema de Niñez y Adolescencia. En este sentido, todos aquellos temas que gravitan sobre la Niñez, deben analizarse conforme a principios que regulan dicha materia, nos referimos a los temas del Interés Superior del Niño/Niña; la protección integral; el



derecho a la vida familiar (el cual será abordado al momento de analizar los aspectos más específicos) y la condición de vulnerabilidad de los Niños y Niñas. Una vez que se realice la enunciación de estos principios, se procederá al análisis de cada uno de los nueve puntos concretos sobre los cuales se estructura la Opinión Consultiva presentada por parte de los países consultantes. Debe indicarse que cada uno de los nueve sub-temas se desarrollara con la finalidad de generar al final de cada uno de ellos, el señalamiento de las obligaciones concretas que desde nuestra óptica deben surgir para los Estados con respecto a los Niños Migrantes

Por lo que a continuación se inicia con el análisis del principio del interés superior del Niño/Niña.

EI PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO/NIÑA

De previo a analizar lo que constituye el principio del interés superior del Niño, se hace necesario indicar que se debe entender por Niño. En este sentido la propia Corte Interamericana ha indicado en términos muy claros: “En definitiva, tomando en cuenta la normativa internacional y el criterio sustentado por la Corte en otros casos, se entiende por “niño” a toda persona que no ha cumplido 18 años de edad.” En igual sentido, se manifiesta la Convención Sobre los Derechos de los Niños en su artículo 1. Entendiendo que con el término niño se abarca, evidentemente, los niños, las niñas y los adolescentes.¹

Y ahora con respecto a los principios que se consideran fundamentales y sobre los cuales se sustenta el tema de la Niñez y por ende que deben ser considerados al momento de analizar la problemática de los Niños Migrantes, nos avocamos a analizar el principio del interés superior del Niño.

¿Qué es el interés superior del Niño y Niña y como debe ser interpretado? Este principio se encuentra regulado en la Convención Sobre Derechos del Niño, en su artículo 3 para ello se indica:

¹Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva =C-17/2002, de 28 de agosto de 2002, Solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.



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*. (Lo resaltado en negrita no es del original)

A pesar de que dicha norma regula en forma directa el principio del interés superior del Niño, no informa o detalla sobre su contenido o alcance real. Por lo que en aclaración de dicho principio ha señalado la Corte Interamericana: “La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad.²

Se entiende el interés superior del niño, como la necesidad de satisfacer todos los derechos del Niño. Para mayor claridad de lo que debe entenderse por el principio del interés superior del Niño, resulta oportuno el criterio del jurista Argentino Emilio García Méndez, quien sobre dicho principio, recientemente en un peritaje brindado y en relación al principio del interés superior del niño, señalo: “En el contexto de la Convención Internacional de los derechos del Niño, el interés superior del niño solo puede concretarse con la satisfacción integral de sus derechos... Y luego además agrego:

“Y en este sentido, es que el interés superior del niño se establece también y básicamente a través de su opinión. El artículo 12 de la Convención Internacional de los derechos del Niños, dice que los niños tienen derecho a formarse una opinión y a expresarla libremente. Esta opinión del niño no es una opinión absoluta, pero es un principio central exige que el eventual contraste con la opinión del niño se exprese a través de argumentos. Lo que quiere decir para

²CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso de las Niñas Yean y Bósico Vs. República Dominicana, sentencia de 8 de septiembre de 2005, párrafo 134.



sintetizar esto es que sin escucha de la opinión del niño, no hay interés superior del niño”.³

De esta forma según el criterio de García Méndez, más allá de la plena satisfacción de los derechos del Niño, el principio del interés superior del Niño, implica el derecho que le asiste de ser escuchado, expresando su opinión, la cual no es absoluta en la medida que la misma no vincula en forma invariable a quien deba tomar la decisión, sino que más bien lo que produce es la obligación de que la misma sea analizada en forma adecuada y rebatida con argumentos también adecuados, cuando no se deba resolver conforme a la misma. Tal circunstancia es acorde al hecho de que con la Convención Sobre derechos del Niño, paso de ser objeto de derecho, a ser en sí mismo un sujeto de derecho. Con anterioridad a la Convención Sobre los Derechos del Niño, tal principio perneaba la cultura jurídica tutelar, pero tal y como señala García Méndez:

“en ese contexto el interés superior del niño constituía una formula abstracta para legitimar cualquier decisión de carácter parental o institucional de tipo discrecional, en donde ese carácter parental o institucional se mezclaban, el Tribunal de Menores de Chicago le exigía al Juez actuar como un buen padre de Familia. Lo que significaba tomar decisiones de carácter discrecional. En ese contexto cultural que se entiende el interés superior del niño como una formula abstracta para legitimar a posteriori cualquier decisión parental o institucional de tipo discrecional.”

Es decir el principio del interés superior del niño, ya existía con anterioridad a la Convención Sobre Derechos del Niño, pero a partir de la vigencia de dicha Convención, adquiere una dimensión real, en cuanto pone de manifiesto al Niño

³ Peritaje dado por Emilio García Méndez, en Audiencias celebradas en Bogota, Colombia, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 22 al 25 de agosto de 2011, en el Caso Karen Átala Riffo e Hijos Vs. Chile.

Asimismo, se recomienda ver los trabajos de Cillero, Miguel, “El interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño” en *Justicia y Derechos del Niño* N° 1, UNICEF, Santiago de Chile, 1999, pp.45-62, disponible en: http://www.unicef.cl/unicef/public/archivos_documento/202/Justicia_N_.pdf; y Baratta, Alessandro, “Infancia y democracia” en González; Mauricio y Vargas, Elieth, compiladores, *Derechos de la Niñez y la Adolescencia. Antología*, CONAMAJ, ESCUELA JUDICIAL, UNICEF, COSTA RICA, 2001, pp.85-106.



como sujeto y no mero objeto de derechos, es por ello que bajo este nuevo paradigma su opinión ahora es válida y debe ser tomada en consideración para efectos de tomar la resolución que corresponda.

El principio del interés superior del niño, adquiere una nueva dimensión, y se manifiesta no como una mera posibilidad, sino como una obligación del Estado y de todas aquellas instituciones que deban tomar decisiones que afecten a una persona menor, el escucharlo, oírlo y analizar su opinión. En este sentido, se marca una diferencia esencial con respecto a lo que acontecía antes de existir la Convención Sobre Derechos del Niño, pues el interés superior lo que mandaba era tomar una decisión en aras de la protección del interés del infante, pero posterior a la entrada en vigencia de la Convención, ya no es suficiente con tomar una decisión que proteja sus intereses, sino que se requiere la escucha efectiva de la opinión del menor, lo que se genera como consecuencia de concebir al menor, ya no como objeto, sino como sujeto de derechos. Bajo esta perspectiva se dignifica el menor y al decir de García Méndez, tal hecho o circunstancia surge como parte de la democratización de las relaciones familiares.⁴

Otro aspecto al cual se refirió García Méndez en dicho peritaje es lo que ocurre con el hecho de que el niño pase a ser sujeto de derechos, y para ello indico:

La Convención entiende al Niño como un sujeto de derechos y este entender al Niño como sujeto de derechos ha dado pie a interpretaciones que a mi juicio son falsas, una interpretación falsa, supuestamente reaccionaria que dice si los Niños tienen derechos yo no tengo más autoridad y una interpretación falsa supuestamente progresista, que dice si los Niños tienen derecho yo ya no tengo más responsabilidad, yo soy de los que creen que hoy más que nunca los niños necesitan de autoridad de sus padres y de la autoridad de las instituciones, pero los Niños necesitan de la autoridad y no del autoritarismo. Y la diferencia de la autoridad y del autoritarismo, es que el autoritarismo es la autoridad desprovista de razones, es decir no es autoridad.

⁴ Audiencias celebradas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 22 al 25 de agosto de 2011, en el Caso Karen Átala Ríffo e Hijas Vs. Chile, en la Ciudad de Bogotá.



En la forma señalada por el reconocido Jurista Argentino, el hecho de que la opinión del Niño tenga necesariamente que escucharse y valorarse, lo cual surge como un derecho que antes de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño no existía, no implica que los padres y las instituciones que deben intervenir en la resolución de una decisión concreta, dejen de tener las responsabilidades y la obligaciones para con el niño. El artículo 12 de la Convención Internacional de los derechos del Niños, dice que los niños tienen derecho a formarse una opinión y a expresarla libremente. Esta opinión del niño no es una opinión absoluta, pero es un principio central que exige que el eventual contraste con la opinión del niño se exprese a través de argumentos.

Se dice que el principio del interés del Niño regulado en el artículo 3 de la Convención Sobre Derechos del Niño, vino a ampliar los alcances del artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en el cual se estipula: 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.” En este sentido se protege al niño al conformar una familia, estableciendo la obligación que recae sobre el propio estado a efectos de brindar dicha protección. En igual sentido, el inciso 4 del artículo 17 de la Convención Americana, indica que en caso de disolución matrimonial, se adoptaran las disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base del interés y conveniencia de ellos. Es decir ya la Convención Americana de Derechos Humanos, contemplaba el interés superior del Niño, como uno de los principios rectores del tema de la niñez, con la diferencia que la Convención Sobre Derechos Humanos, como cuerpo normativo especializado en la temática de la niñez, viene a aclararlo y desarrollarlo y por ende a poner de manifiesto ese proceso evolutivo a través del cual el niño pasa de objeto a sujeto de derechos.

Hay un aspecto que se manifiesta fundamental para entender la trascendencia del interés superior del niño y es la forma como el estado debe garantizarlo, aspecto sobre el cual García Méndez fue interrogado en su comparecencia ante la Corte Interamericana ante lo cual refirió:

Estas obligaciones del Estado no son obligaciones taxativas, pero son obligaciones que se desprenden a mi juicio de principios generales del derecho. Es decir, la obligación del



Estado en la medida que los Estados se comprometen a asegurar el interés superior del Niño y el interés superior del Niño no se puede realizar sino es a través de la escucha de la opinión del Niño, dicho sea de paso aquí uno podría decir que el 50% del problema es la voz de los Niños y el otro 50% son los oídos de los adultos, porque de nada sirve el derecho a expresar una opinión, sin el derecho a que este Niño sea escuchado. En ese sentido, yo diría que las obligaciones básicas del Estado, recalco lo de básicas del Estado, tienen que ver con asegurar que esa manifestación de voluntad del Niño, sea lo que se plantea en derecho civil, sea libre de cualquier vicio del consentimiento, asegurar las condiciones para que esta opinión del niño se pueda dar en los términos más libres posibles y en los términos que permitan por parte de las autoridades y los adultos, una escucha lo más racional y lo más y franca posible de la opinión del Niño.

Tal y como se desprende de las manifestaciones del reconocido jurista argentino, el interés superior del niño obliga al Estado, a garantizar que la manifestación, la opinión del Niño, se origine en la forma más libre posible, es decir sin la ausencia de elementos que de alguna forma perturbe esa libre manifestación, pero por el otro lado, y como complemento de ello surge la necesidad de que las autoridades y los adultos realicen una escucha racional y lo más franca de la opinión del niño, ello con la finalidad de que dicha opinión sea tomada en consideración a efecto de tomar las decisiones que más favorecerán al niño. De esta forma se garantiza que el niño brinde su opinión en la forma más libre posible, a la vez que su opinión será escuchada, -lo que implica a su vez- adecuadamente analizada.

Con fundamento en lo anterior, por el principio del interés superior del niño se debe entender, la satisfacción de los derechos del niño, previa escucha y valoración de su opinión. De esta forma toda decisión que deba tomarse y que afectará al niño no puede tomarse en forma válida, sino se le ha escuchado, para lo cual se debió garantizar que tal manifestación de voluntad se haya concretado en un ambiente de total libertad, es decir sin vicios que de alguna forma alteren la autenticidad de sus manifestaciones. Es por ello que el principio superior del niño, surge como un principio estructural, por lo que debe ser considerado, por las instituciones públicas o privadas, cuando de tomar relaciones se trata y éstas van afectar a un niño.



De esta forma se ha desarrollado el principio del interés superior del niño, como uno de los principios rectores de la materia de niñez y que permitirá sentar las bases sobre la problemática puesta en discusión, a través de la Opinión Consultiva presentada, sea el tema de la Niñez Migrante.

Otro principio que debe revisarse la temática de fondo relacionada con la niñez, es el tema de la protección integral, por lo que surgen interrogantes con respecto a dicho principio, que ha continuación procuraremos aclarar.

LA PROTECCION INTEGRAL DEL NIÑO

Qué es la protección integral del niño? Que implicaciones tiene este principio? Son precisamente las interrogantes que en este apartado del informe ocuparán nuestra atención. En este sentido, se indica:

“nos aproximarnos a la definición de PROTECCION INTEGRAL al considerarla como el conjunto de acciones, políticas, planes y Programas que con Prioridad Absoluta se dictan y ejecutan desde el Estado, con la firme participación y solidaridad de la Familia y la sociedad para garantizar que todos los Niños y Niñas gocen de manera efectiva y sin discriminación de los derechos humanos a la Supervivencia, al Desarrollo y a la Participación, al tiempo que atienda las situaciones especiales en que se encuentran los niños individualmente considerados o determinado grupo de niños que han sido vulnerados en sus derechos.⁵

El concepto de lo que constituye el principio de la protección integral, se refiere a todas aquellas acciones desplegadas por el Estado, en función de, garantizar los derechos humanos de los niños, a la Supervivencia, al Desarrollo y a la

⁵ Buaz Yuri Emilio, LA DOCTRINA PARA LA PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS NIÑOS: APROXIMACIONES A SU DEFINICIÓN Y PRINCIPALES CONSIDERACIONES, página de Internet visitada el 17 de nov. 2011, en esta dirección electrónica:, http://www.ministeriodesalud.go.cr/gestores_en_salud/derechos%20humanos/infancia/derechonezunicef.pdf



Participación. Es por ello que se indica que: La Convención es el dispositivo central de la llamada “Doctrina de la Protección Integral”, que involucra a la totalidad de la niñez y la adolescencia y convierte a cada niño y niña y a los adolescentes en un sujeto pleno de derechos, abandonando el concepto de la población infanto-juvenil como objeto pasivo de intervención por parte de la familia, el Estado y la sociedad. En este sentido, la Convención Sobre Derechos del Niño, como ya se ha indicado anteriormente dignifica al Niño al concebirlo como sujeto y no mero objeto de derechos, tal y como acontecía con la situación irregular que prevalecía antes de la vigencia de dicho cuerpo normativo.

La doctrina de la protección integral surgió como respuesta a su antecesora la doctrina de la situación irregular. Teoría esta última que se manifestaba totalmente antojadiza y arbitraria por cuanto admitía dentro de su concepto cualquier situación que se consideraba anómala, lo introducía al sistema tutelar, con el pretexto de brindarle la protección que necesitaba. Pero de esta forma introducía al menor a un régimen de justicia que no contemplaba la existencia de garantías y el respeto de sus derechos fundamentales y bajo estos principios se le imponían sanciones tutelares. Es decir en realidad la doctrina de la situación irregular en lugar de justicia propicio injusticias, por cuanto no reconocía al Niño derecho alguno. Es por ello tan importante el aporte de la protección integral, por cuanto con dicha teoría surge el reconocimiento de los niños y niñas como sujetos de derecho, lo cual ha permitido dejar atrás la “teoría de la situación irregular” atento su incompatibilidad con las garantías procesales en las medidas de infracciones a la ley penal cometidas por adolescentes, que implicaban un directo derecho penal de autor.⁶

Bajo estas circunstancias la doctrina de la protección integral representa para un nuevo paradigma en el tratamiento de los derechos humanos del niño. La doctrina de la protección integral plantea que el Estado, la Sociedad y la Familia tienen la obligación de adoptar todas las medidas políticas, sociales, administrativas, económicas y jurídicas para lograr la vigencia del ejercicio, goce, garantía, protección y exigibilidad de la totalidad de los derechos que el niño tiene como ser humano, pero además de aquellos derechos que surgen en razón de su edad.

⁶ Consultado el 20 de noviembre de 2011 y se puede revisar en: <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,343,0,0,1,0>



De esta forma el principio de la protección integral propone que sobre la base de un trabajo coordinado, el estado, la Familia y la sociedad, están en la obligación de realizar todas las acciones necesarias para garantizar el disfrute por parte del niño de todos los derechos que concierne a todo ser humano y en especial a todos aquellos derechos que tienen su razón de ser en su condición de niño. Bajo esta óptica el niño, será considerado para todos los efectos sujeto y no mero objeto de derechos.

Finalmente, cabe destacar que la particular condición de migrante de un niño, no sólo no debe afectarlo en su condición de sujeto de derechos, sino que obliga, sin perjuicio de este principio de protección integral, a la adopción de medidas especiales a favor de estos niños, lo que se desprende de lo dispuesto en el Art.19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, complementando esta norma con los artículos 20 y 22 de la Convención sobre Derechos del Niño. Asimismo, en razón de la existencia de ciertas actividades ilícitas frecuentemente asociadas a fenómenos migratorios se deben tener presente las obligaciones emanadas del Protocolo facultativo de la Convención sobre Derechos del Niño relativo a la venta de niños, prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.

LA CONDICION DE VULNERABILIDAD DE LOS NIÑOS

Otro aspecto que se considera esencial tener claro para efectos de proceder a analizar los nueve puntos concretos en los cuales los países que presentan la solicitud de Opinión Consultiva, sobre la problemática de los Niños Migrantes, es la condición de vulnerabilidad en la que se encuentran los niños en general y en especial los niños migrantes.

Las propias 100 Reglas de Brasilia, -a pesar de no constituir propiamente una tratado internacional, si constituye la voluntad declarada de todos los estados solicitantes de esta Opinión Consultiva, por lo que en la interpretación de sus obligaciones, en este caso, para con los niños migrantes, estas reglas deben servir para ilustrarlas de manera más precisa-, señalan a los niños entre otros sujetos en condición de vulnerabilidad, para lo cual indica:

1.- Concepto de las personas en situación de vulnerabilidad

(3) Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por



circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.⁷

Y la Regla número 5 señala quien es niño, para tales efectos indica:

(5) Se considera *niño, niña y adolescente* a toda persona menor de dieciocho años de edad, salvo que haya alcanzado antes la mayoría de edad en virtud de la legislación nacional aplicable. Todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo.

Las 100 Reglas de Brasilia en razón de la edad, considera a las personas menores de 18 años en condición de vulnerabilidad, ello es lógico si se toma en consideración que antes de dicha edad el ser humano se encuentra en una fase de maduración física, psicológica y emocional, razón por la cual el estado, la sociedad y la familia en general tienen la responsabilidad de velar por la plena satisfacción de todos sus derechos como ser humano, y de aquellos que surgen en razón de su condición especial de niño. En este mismo sentido, la regla número 5 de las Reglas de Brasilia, señala que todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia, sin embargo, esa tutela especial es una obligación que surge y permea todos aquellos ámbitos de la administración estatal, en aras de favorecer la satisfacción de todos los derechos que en razón de su situación concreta tienen los niños.

Se refiere el termino de vulnerabilidad, en razón de que el menor no se encuentra capacitado para hacer valer por si mismo todos sus derechos, es decir su

⁷ “**100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad**”, aprobadas por la Asamblea Plenaria de la **XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana**, realizada en la ciudad de Brasilia, (República Federativa del Brasil) los días 4, 5 y 6 de Marzo de 2008



edad lo pone en una situación de desventaja frente al resto de seres humanos, es por lo que 100 Reglas de Brasilia, se le ha contemplado en situación de vulnerabilidad.

Sobre la forma como se ha introducido el concepto de vulnerabilidad en estas materias se indica en doctrina:

Ustedes pueden ver que cualquiera sea la corriente que analicemos en las distintas especialidades —derecho público, privado u ordenamiento internacional— vemos que en los últimos años hubo un decidido avance de la noción de igualdad, el valor igualdad, del principio protectorio y el desarrollo de una gran cantidad de instrumentos de la dogmática jurídica a los fines de hacerlo realidad dentro del ordenamiento. Yo diría que para sintetizar las características principales de este movimiento podríamos decir que ha surgido la noción de vulnerabilidad, debilidad, hiposuficiencia, como se la quiera llamar, pero es alguien al cual se le reconoce que no está en igualdad de condiciones que los demás por distintas razones —y ya veremos algunas de ellas—. Pero esta es una admisión importantísima que contraría una larga tradición jurídica. El segundo elemento es que hemos pasado de admitirlo en sujetos individuales para considerar la posibilidad de que existan grupos, y por eso el título de esta conferencia es sectores vulnerables. Es decir, que hoy se apunta más a los grupos que a los individuos. La idea de que hay grupos identificados por su situación de vulnerabilidad que tienen un elemento homogéneo que los identifica. Esto es importante para la técnica legislativa y también para las sentencias que reconocen efectos expansivos.

El tercer elemento, yo diría que es importante para señalar, es la visibilidad. Antes estaban invisibles los vulnerables, los débiles en el sistema. En situaciones históricamente anteriores esta noción no aparecía porque se partía de la igualdad. Y la igualdad formal parte de un presupuesto que es la neutralidad respecto de las asignaciones previas que realiza el mercado o en los casos de riqueza o pobreza, que realiza el mercado también en los casos de asignaciones referidas al grado de conocimiento: expertos o profanos. Es neutral respecto de las asignaciones que la filosofía actual llama el sorteo natural, es decir, la capacidad mayor o menor que alguien puede tener, la



situación familiar... Neutral respecto de todo. Así se edificó el sistema jurídico.

Nuestro edificio normativo está basado siempre en esa neutralidad, y esto es lo que ha ido cambiando. Por lo tanto, podemos hablar de visibilidad de los débiles jurídicos. Aparecen en la escena del ordenamiento jurídico con todo vigor, motivando una enorme cantidad de regulaciones. Pero este es un movimiento que está en plena expansión y no es un movimiento agotado.⁸

En la cita anterior se contempla toda una explicación debidamente fundamentada del por qué surge la noción de vulnerabilidad y es precisamente esa noción la que permite visualizar que no todas los seres humanos e incluso los grupos, se encuentran en una misma situación de igualdad. Se apunta como segundo elemento que dicha condición de vulnerabilidad puede afectar a grupos y que precisamente esa condición los identifica como tales. Y como tercer elemento a identificar es que esa condición de vulnerabilidad se pone de manifiesto y por ello la necesidad de introducir los cambios que permitan a esos grupos, a esos seres humanos alcanzar una condición o una situación de igualdad con el resto de seres humanos.

Esa condición de vulnerabilidad de todos aceptada con respecto al Niño, pone de manifiesto la protección especial que debe brindar el Estado, La Familia y la Sociedad como única forma de garantizar a favor de los Niños, el uso y disfrute de todos sus derechos como ser humano, pero principalmente de aquellos que surgen de su condición especial de Niño. En este sentido, la importante contribución de la Convención Sobre Derechos del Niño, la que aboga por la democratización de los derechos Familiares, propiciando que el Niño sea no objeto, sino sujeto de derechos. Es el camino para encontrar ese principio de igualdad sustantivo que se requiere para propiciar un día, en el que todos los seres humanos realmente seamos iguales, sin distinción alguna, ante la ley y ante Dios.

⁸ Acceso a la Justicia de los Sectores Vulnerables, Ricardo Lorenzetti, Conferencia pronunciada en ocasión del acto de clausura de las Jornadas Patagónicas Preparatorias del III Congreso de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEF), realizadas en El Calafate, 12, 13 y 14 de marzo de 2008.



En el tema que nos ocupa la consideración del Niño en situación de vulnerabilidad, resulta esencial a efectos de llamar la atención sobre la obligación de los Estados, la Familia y la Sociedad, sobre la necesidad de brindar al menor un trato adecuado a sus circunstancias y características concretas, es decir un trato tomando en consideración sus diferencias. Es por ello que la consideración de Niño en condición vulnerable, cuando además se analiza el tema de la Niñez migrante, surge con una doble vertiente de vulnerabilidad: por un lado su condición de niño, pero además por su condición de persona migrante con todas las desventajas que tal circunstancia genera a cualquier ser humano y mucho más cuando se trata de un niño.

En los apartados anteriores en forma muy sencilla y directa se han tratado tres principios que consideramos quienes participamos en la redacción de este informe, trascendentales a efectos de adentrarse en el análisis de los nueve puntos concretos en los cuales los países consultantes, sustentan la opinión consultiva sobre la problemática de la niñez migrante. El principio del interés superior del niño, el principio de la protección integral del Niño y el principio o condición de vulnerabilidad, ponen de manifiesto en su conjunto las serias obligaciones que surgen sobre el Estado, la Sociedad y la Familia cuando se trata el tema de la Niños. Por ello es que el problema de la niñez migrante no puede analizarse e interpretarse con independencia de estas circunstancias que son precisamente las que nutren la estructura de su análisis. En este sentido, no puede tratarse el tema de la niñez, sin considerar las implicaciones que genera el principio del interés superior del niño, igual sucede con el principio de la protección integral o con la condición de vulnerabilidad que es propia de todo Niño por sus características concretas. Es por ello que se ha considerado que tales principios deben ser tomados en cuenta, al momento de realizar el análisis de cada uno de los nueve puntos concretos sobre los cuales los países que han presentado esta solicitud de opinión consultiva, han estructurado el tema de la niñez migrante y en forma expresa han solicitado a la Distinguida Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronuncie.

En razón de lo anterior procedemos a analizar cada uno de los nueve puntos que sobre el tema de la Niñez Migrante, solicitan los países Consultantes a la Corte externe su criterio, pero teniendo en cuenta que cada uno de estos temas se debe



analizar considerando el principio del interés superior del niño, el principio de la protección integral y su condición de vulnerabilidad.

1.- PROCEDIMIENTOS PARA LA DETERMINACION DE NECESIDADES DE PROTECCION INTERNACIONAL Y DE MEDIDAS DE PROTECCION ESPECIAL DE LAS NIÑAS Y NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

Toda persona tiene atributos inherentes a su dignidad humana e inviolable, que le hacen titular de derechos fundamentales,⁹ en consecuencia los derechos humanos deben ser respetados y garantizados por todos los Estados.

Al respecto, la Corte ha señalado que:

[e]l artículo 1.1 es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado Parte. En efecto, dicho artículo pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención.

Conforme al artículo 1.1 es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. En tal sentido, en toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público lesione indebidamente uno de tales derechos, se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto consagrado en ese artículo.

Esa conclusión es independiente de que el órgano o funcionario haya actuado en contravención

⁹ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Artículo I. Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.



de disposiciones del derecho interno o desbordado los límites de su propia competencia, puesto que es un principio de Derecho internacional que el Estado responde por los actos de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial y por las omisiones de los mismos aun si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno.¹⁰

Todos los instrumentos internacionales establecen la obligación general de los Estados de respetar y garantizar los derechos fundamentales sin discriminación alguna y en una base de igualdad ¹¹;"con este propósito deben adoptar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental, y suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental"¹²,

En la formulación de la solicitud de opinión consultiva se expresa que el análisis relativo a los derechos de la niñez migrante debe tener en cuenta la obligación fundamental del Estado de garantizar el acceso a los derechos de los niños y niñas migrantes en condiciones de igualdad.

Al respecto la Corte ha señalado que:

Esta obligación general de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos tiene un carácter erga omnes. Dicha obligación se impone a los Estados, en beneficio de los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones, e independientemente del estatus migratorio de las personas protegidas. La mencionada obligación alcanza la totalidad de los derechos contemplados por la Convención Americana y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y

¹⁰ Caso "Cinco Pensionistas" sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No 98, párr. 163; y cfr. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 154; y caso Baena Ricardo y otros. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr.178

¹¹ Se desprende "directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona" Cfr: Condición jurídica y derechos humanos del niño, Párr.45

¹² OC.-18/03 párr. 81



Políticos, inclusive el derecho a las garantías judiciales. De ese modo, se preserva el derecho de acceso de todos a la justicia, entendido como el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Agregando que:

Generalmente los migrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos, en una condición individual de ausencia o diferencia de poder con respecto a los no-migrantes (nacionales o residentes). Esta condición de vulnerabilidad tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones de jure (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y de facto (desigualdades estructurales). Esta situación conduce al establecimiento de diferencias en el acceso de unos y otros a los recursos públicos administrados por el Estado.

Existen también prejuicios culturales acerca de los migrantes, que permiten la reproducción de las condiciones de vulnerabilidad, tales como los prejuicios étnicos, la xenofobia y el racismo, que dificultan la integración de los migrantes a la sociedad y llevan la impunidad de las violaciones de derechos humanos cometidas en su contra.

Es pertinente, al respecto, lo señalado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución sobre "Protección de los migrantes", según la cual se debe tener presente "la situación de vulnerabilidad en que suelen encontrarse los migrantes debido, entre otras cosas, a que no viven en sus Estados de origen y a las dificultades que afrontan a causa de diferencias de idioma, costumbres y culturas, así como las dificultades económicas y sociales y los obstáculos para regresar a sus Estados de origen a que deben hacer frente los migrantes sin documentación o en situación irregular". La mencionada Asamblea expresó, asimismo, su preocupación "por las manifestaciones de violencia, racismo, xenofobia y otras formas de discriminación y trato inhumano y degradante de que son objeto los migrantes, especialmente las mujeres y los niños, en diferentes partes del mundo". Con base en estas consideraciones, la Asamblea General reiteró "la necesidad de que todos los Estados protejan plenamente los derechos humanos universalmente reconocidos de los migrantes, en particular de las mujeres y los niños,



independientemente de su situación jurídica, y que los traten con humanidad, sobre todo en lo relativo a la asistencia y la protección [...]”¹³

La Corte ha señalado que revisten especial gravedad los casos en que las víctimas de violaciones a los derechos humanos son niños¹⁴, por la que la prevalencia del interés superior del niño.

Al respecto del concepto “interés superior del Niño” la Corte se ha pronunciado:

Que la expresión “interés superior del niño”, consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.¹⁵

Los niños y niñas migrantes, incluidos los menores no acompañados, que migran huyendo no solo de la pobreza, sino también de la violencia y abandono de sus familiares y sociedad, constituyen una cuestión que suscita cada vez mayor preocupación dadas las “situaciones de riesgo, amenazas y afectación –o potencial afectación- de derechos en que se encuentran”

Tanto para los niños y niñas que los migrantes dejan atrás, como para los propios niños que migran, la pérdida de referentes afectivos -padres, madres, abuelos u otros- aumenta la probabilidad de que no reciban el mismo cuidado de salud, alimentación ni la protección adecuada contra todas las formas de violencia.

¹³ OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003 Párr. 112, 113, 114 y Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución A/RES/54/166 sobre “Protección de los Migrantes” de 24 de febrero de 2000

¹⁴ Cfr. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales) Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C. No. 64 párr. 146; y Caso Balucio. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr.133

¹⁵ Condición Jurídica y Humano del Niño de 28 de agosto de 2002 Párr. 2, Pág. 86



Las ausencias que supone la desintegración familiar conllevan un efecto psicosocial significativo que puede traducirse en sentimientos de abandono y vulnerabilidad.¹⁶

Cuando la migración no es regular, muchos niños, niñas y adolescentes viven en los países de destino sin documentación, violándose de esta forma sus derechos a una nacionalidad y a un nombre, dificultándose su acceso a los servicios de educación y salud, y haciéndolos más vulnerables a la trata y a las adopciones ilegales.

La Corte ha expresado:

Que la verdadera y plena protección de los niños significa que éstos puedan disfrutar ampliamente de todos sus derechos, entre ellos los económicos, sociales y culturales, que les asignan diversos instrumentos internacionales. Los Estados Partes en los tratados internacionales de derechos humanos tienen la obligación de adoptar medidas positivas para asegurar la protección de todos los derechos del niño.

Que los Estados Partes en la Convención Americana tienen el deber, conforme a los artículos 19 y 17, en relación con el artículo 1.1 de la misma, de tomar todas las medidas positivas que aseguren la protección a los niños contra malos tratos, sea en su relación con las autoridades públicas, o en las relaciones interindividuales o con entes no estatales.¹⁷

En los instrumentos internacionales de promoción y protección de Derechos Humanos, encontramos que el derecho a migrar no está considerado explícitamente, reconociéndose la libertad de circulación y residencia de las personas¹⁸.

¹⁶ Cfr. LIWSKI, Norberto en "Migraciones de niñas, niños y adolescentes bajo en enfoque de los derechos humanos" IIN .Organismo especializado de OEA. 17 de abril de 2008

¹⁷ Condición Jurídica y Humana del Niño, Párr. 8 y 9 Pág. 87

¹⁸ Específicamente se encuentra reconocida en los siguientes instrumentos internacionales: Convención sobre los Derechos del Niño (Artículos 10 y 11); Declaración Universal de Derechos Humanos (Artículo 13); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Artículo VIII); Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Artículo 22); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Artículos 12 Y 13); Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación



Si bien los Estados son soberanos para definir sus políticas migratorias, todos deben proteger y garantizar en forma integral los derechos de niños, niñas y adolescentes en virtud del principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación, consagrado en muchos instrumentos internacionales¹⁹ que supone la obligación de prevenir, sancionar y castigar toda violación de derechos reconocidos, así como también restablecer el derecho violado²⁰.

Sin embargo la discriminación a niños, niñas y adolescentes por su condición de migrantes regularizados, irregulares o hijos de inmigrantes, es un problema regional, pudiéndose identificar la afectación a los derechos económicos, sociales y culturales a los que no pueden acceder, asimismo la diferenciación de los niños en migrantes y no migrantes, o dentro de esta categoría, en subcategorías como regularizados o no regularizados, trae aparejada la vulneración de derechos humanos básicos como el derecho a la salud y a la educación.²¹, en este sentido, una primera medida fundamental de los Estados receptores es tomar todas las disposiciones necesarias para identificarlos como tales lo antes posible.

Para que el procedimiento de identificación sea idóneo los Estados deben asumir el compromiso de capacitar y sensibilizar en derechos humanos a los funcionarios y encargados de interactuar con niños, niñas y adolescentes migrantes y

Racial (Artículo 5 d) i. y ii.) y en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Artículo 15).

¹⁹ OC-17 /03 Párr. 86 Algunos de estos instrumentos internacionales son: Carta de la OEA (art. 3.1) Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 1 y 24), Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art.2), Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador" (art.3) Carta de las Naciones Unidas (art.1.3) Declaración Universal de Derechos Humanos (Art.2 y 7) Convención sobre los Derechos del Niño (art.2)

²⁰ Ver: Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de Julio de 1988. En dicha oportunidad la Corte fijó el alcance del Artículo 1 de la CADH: "La primera obligación asumida por los Estados Partes (...) es la de "respetar los derechos y libertades" reconocidos en la Convención. El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado." "La segunda obligación de los Estados Partes es la de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos".

²¹ Cfr. LIWSKI obra cit. Pág.3



sus familias a efectos de garantizar la protección integral de los derechos de la niñez migrante, incluidos los no acompañados

En ejercicio de su función consultiva prevista por el artículo 64.1 de la Convención Americana sobre Derecho Humanos, la Corte emitió el 28 de agosto de 2002 la Opinión Consultiva 17 a la que denominó “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, donde por primera vez, la Corte reconoció al niño como sujeto de derecho. En palabras del voto concurrente del Juez Cancado Trindade:

“Es éste, a mi juicio, el Leitmotiv que permea toda la presente Opinión Consultiva sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos no titubea en afirmar que todos los seres humanos, independientemente de su condición existencial, son sujetos de derechos inalienables, que le son inherentes (párr. 41), y en subrayar el imperativo de atender a las necesidades del niño "como verdadero sujeto de derecho y no sólo como objeto de protección" (párr. 28).”²²

“son sujetos de derecho los niños y no la infancia o la niñez...El titular de derechos es el ser humanos de carne y hueso y alma, y no la condición existencial en que se encuentra temporalmente”²³

Como sujetos de derecho, los niños deben ser respetados en su dignidad humana, respetándoseles su integridad física, psíquica y moral²⁴ independientemente de su condición existencial, requiriendo de mayor protección en razón de su inmadurez y vulnerabilidad. El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) establece:

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 afecten al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

²² Voto concurrente del Juez A.A. Cancado Trindade, Párr. 40

²³ Ibídem , Párr. 6

²⁴ Convención Americana, art. 5.1. “Toda persona tiene derecho a que se le respete su integridad física, psíquica y moral”



Saber cuál es la opinión del niño respecto del desplazamiento –decisión que transforma radicalmente su vida- es primordial para poder pensar en forma integral la satisfacción o vulneración de otros derechos. El derecho a ser oído y que de sus opiniones sean tenidas en cuenta, estructura la lógica del sistema de protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes. Por ello, una vez identificado, todas las decisiones que tengan repercusiones importantes en la vida del niño deben efectuarse considerando el interés superior, como principio fundamental que resguardan el conjunto de derechos, siendo imprescindible informarles a los niños en un lenguaje adecuado, cuáles son sus derechos y responder a todas sus dudas sobre el procedimiento migratorio, pero desde luego escuchar cual es su opinión, y tomarla en consideración al momento de tomar la decisión final, recordando que tal y como lo señala García Méndez, el Estado debe garantizar que la expresión de su opinión sea lo más libre posible, y en los términos que permitan por parte de las autoridades y los adultos, una escucha lo más racional y lo más y franca posible de la opinión del Niño.

Los Estados deben garantizar, en aplicación del artículo 7 de la Convención Americana, el artículo 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el artículo 37 de la CDN,²⁵ que la privación de libertad del niño no podrá

²⁵ Convención Americana; Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

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



justificarse por el hecho de que el niño se encuentre solo o separado de su familia, ni por su condición de inmigrante.

Las razones de que un niño esté en situación de no acompañado o separado de su familia son variadas y entre ellas figuran la persecución del menor o de sus padres²⁶, la trata en diversos contextos y manifestaciones y la búsqueda de mejores

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

Declaración Americana: Artículo 25. Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes.

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

Convención de los Derechos del Niño. Artículo 37 Los Estados Partes velarán por que:

a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad;

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

c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales;

d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.

²⁶ Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 22.7 "Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delito políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales"; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Artículo 25. 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.



oportunidades económicas. Si bien los instrumentos internacionales²⁷ sientan un fuerte marco de protección contra la explotación a la infancia y la adolescencia, la falta de capacitación de los funcionarios hace que muchas veces se le niegue la protección específica que requieren los niños víctima de trata (explotación de la persona que fue despojada de sus documentos y trasladada en forma involuntaria) por identificarlos equivocadamente como migrantes irregulares (relacionado con el tráfico o traslado ilícito).

La búsqueda de una solución duradera comienza con una análisis de las posibilidades de reunificación familiar, la localización de la familia es un ingrediente esencial en el diseño y aplicación de las políticas públicas en la materia. Esta reunificación de la familia debe ser consignada bajo la perspectiva del interés superior del niño, en cuanto pueda implicar un riesgo el retorno de los niños que migran huyendo no solo de la pobreza, sino también de la violencia y abandono de sus familiares. Existiendo señales claras de que serán devueltos a un entorno seguro se deberá acompañarlos en los procesos de repatriación a sus países, garantizando su protección en todo momento

La adopción de medidas especiales de los derechos de los niños y niñas previstas en el artículo 19 de la Convención Americana, así como el disfrute de los derechos estipulados en la Convención de los Derechos del Niño, son aplicables a todos los niños, sin excluir a los solicitantes de asilo, los refugiados y los niños migrantes, con independencia de su nacionalidad o apátrida, ni su situación en términos de inmigración.

En los procedimientos migratorios la expulsión de niños no debería ser de recibo. Los niños y niñas desarraigados de su comunidad de origen, lejos de toda red

²⁷ Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 11, 20, 34, 36 y 39) particularmente el art. 34 establece que " los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma", Protocolo facultativo de la CDN relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores de 1994, Convenio 182 y su Recomendación 190 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), Protocolo de las Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños.



de contención familiar o comunitaria, tienen derecho a una protección especial, por ello de ninguna manera puede penalizarse, sino que debe prestársele asistencia necesaria como niños vulnerables.

En el procedimiento migratorio se deberá evaluar, de acuerdo al interés superior del niño, el impacto de las soluciones a que se arribe, sea repatriación al país de origen, devolución al país de procedencia u otorgamiento de residencia.

En los casos de niños migrantes no acompañados se deberá poner especial atención a la duración de la estancia en los procesos de deportación (que deberán realizarse con todas las garantías judiciales²⁸) la relación con los funcionarios consulares y las medidas de reintegración y rehabilitación.

²⁸ Convención Americana. Artículo 8. Garantías Judiciales

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

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

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

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

c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.



Se deberá principalmente detectar y atender de manera especial las necesidades mas urgentes de los niños migrantes, manejar las herramientas necesarias para la intervención en situaciones de crisis, de solicitud de refugio y casos de trata; elaborando políticas nacionales de apoyo a los niños migrantes y programas de asistencia social.

La Corte ha reiterado la necesidad de que los Estados adopten medidas especiales de protección desde el principio del interés superior del niño²⁹ a fin de que alcancen una vida digna³⁰ y ha entendido que esta protección especial “debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores”³¹

En definitiva, 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, niñas migrantes que determinan necesidades de protección internacional deberían ser:

1) Para que el procedimiento de identificación de la situación sea idóneo, los Estados deberían asumir el compromiso de capacitar y sensibilizar en derechos humanos a las autoridades migratorias u otros funcionarios y encargados de

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

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

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

²⁹ Corte IDH. Caso de los hermanos Gómez Paquiyauri. Sentencia de 8 de junio de 2004. Serie C Nº 110, Párr. 162.

³⁰ Corte IDH. Caso Bulacio, Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No.100 Párr. 133 y 134.

³¹ Corte IDH Caso de las Niñas Yean y Basico, Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, Párr. 134



interactuar con niños y niñas migrantes y sus familias, a efectos de garantizar la protección integral de los derechos de los mismos. Haciendo especial énfasis en el principio del interés superior del niño, mediante el cual se le debe garantizar el derecho de brindar con total libertad su opinión, sobre cualquier situación relacionada con su situación migratoria o cualquier otra que de cualquier forma puede afectarle

2) Se debería implementar un protocolo de medidas mínimas en el proceso de evaluación inicial, inmediatamente que el niño llega a un país de tránsito o destino, o en su defecto inmediatamente a tomarse conocimiento de su presencia en el país; teniéndose presente en todo momento que los niños deben ser respetados en su dignidad humana.

Las medidas mínimas consistirían en:³²

a) Determinación de la condición de niño acompañado o no, acompañado o separado de sus padres, incluida la determinación de sexo y edad. Con relación a la edad y de conformidad a la Observación General N° 6/2005 del Comité de los Derechos del niño debe tomarse en cuenta no solo el aspecto físico sino también la madurez psicológica.

b) la inscripción y la determinación inmediata, de una manera adaptada a su edad y sexo, de la identidad del niño realizada por profesionales calificados quienes irán informando, en un idioma que el niño pueda entender y con un lenguaje adecuado a la edad, cuáles son sus derechos.

En este punto, debe hacerse especial énfasis en que la importancia del registro de nacimiento -y, también, la posibilidad de acceder a él- es evidente pues facilita la realización práctica de otras medidas sugeridas en el informe. Así, al tratar las garantías de debido proceso que debieran regir en los procedimientos migratorios que involucren a niños y niñas, se especifica como una de las medidas la obligación de establecer contactos con los familiares del niño, lo que evidentemente ganará en factibilidad y seguridad si se está inscrito y si es posible acceder a ese registro de nacimiento. Como ha sostenido UNICEF³³, si cuando un niño nace no se registra su nacimiento ni se redacta un acta de nacimiento, tampoco tendrá más tarde un

³² Se sigue en este punto como base de trabajo- el Informe del Relator de la ONU sobre Derechos de Migrantes, presentado ante el Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/11/7, Párr. 35, mencionado en la solicitud de opinión consultiva Pág.17

³³ "El Registro de Nacimiento: El derecho a tener derechos", *Innocenti Digest* n° 9, UNICEF, Centro de Investigaciones Innocenti, Florencia-Italia, 2002, p.2.



certificado de nacimiento, con todo lo que implica verse privado de los importantísimos datos que el mismo sirve para demostrar: el nombre y la relación con los padres y con el Estado.

El Art.7 de la Convención sobre Derechos del Niño señala:

“El niño será inscrito 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 sus padres y a ser cuidado por ellos.”

Esta norma complementa lo dispuesto en el Art.18 de la Convención Americana que garantiza el Derecho al Nombre, prescribiendo que “[t]oda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos, agregando que la ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario”, así como el Art.20 de la misma Convención que reconoce que “[t]oda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra nacionalidad”

Son numerosos los derechos de los niños que se relacionan con el registro de nacimiento, y especialmente en materias como a las que se refiere el informe es particularmente relevante. Desde ya, en ciertos casos, como en el del derecho a la reunificación familiar, la prueba de identidad que brinda el registro de nacimiento es de importancia decisiva. Algunos de los derechos reconocidos por la Convención sobre Derechos del Niño, que deben entenderse como complemento de la Convención Americana de Derechos Humanos son³⁴: Como nos recuerda UNICEF,

³⁴ Sin perjuicio de otros instrumentos internacionales que también reconocen derechos para cuya realización el registro de nacimiento es fundamental, como por ejemplo:

- Declaración Universal de Derechos Humanos, Artículo 15: “Toda persona tiene derecho a una nacionalidad”.
- Convención para Reducir los Casos de Apatridia, Artículo 1: “Todo Estado Contratante concederá su nacionalidad a la persona nacida en su territorio que, de otro modo, sería apátrida”.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 24: “Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre. ... Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad”.
- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), Artículo 9: a las mujeres se garantizarán “los mismos derechos que al hombre con respecto a la nacionalidad de sus hijos”.
- 35a Sesión del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos nota la importancia del registro de nacimiento para la protección del niño, sobre todo en el caso de los hijos ilegítimos, y para reducir la venta y el tráfico de niños.
- Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, Artículo 29: “Todos los hijos de los trabajadores



“[e]l registro de nacimiento es uno de los derechos humanos fundamentales. No sólo otorga al niño el reconocimiento legal de su existencia e identidad, sino que además señala que el niño “pertenece” a una familia, a una comunidad y a una nación. Demuestra que el niño tiene un lugar (y derecho a participar) en todas y cada una de dichas instituciones. Abre el camino a los demás derechos, como el acceso a los servicios sanitarios y a la educación, ofrece protección contra la discriminación y el abandono, determina el tratamiento del niño por parte del sistema jurídico y dura toda la vida, garantizando el derecho del individuo a ocupar su puesto en la vida social y política del país”.³⁵

Y derechamente relacionado con el fenómeno migratorio, “[a]ntes, cuando diversas familias permanecían en el mismo lugar durante varias generaciones, el registro de nacimientos podía parecer menos importante. Cada individuo era conocido por toda la comunidad que lo rodeaba. Pero al acelerarse la globalización y al multiplicarse las migraciones de enteros pueblos tanto dentro como a través de los confines nacionales, el hecho de poseer una identidad legal reconocida se ha convertido en un factor de importancia crucial”.³⁶

En consecuencia, los Estados debieran adoptar diversas medidas a este respecto:

- Campañas de información y motivación a la inscripción, especialmente en zonas rurales y otras en las que se tenga información o prevea la falta de inscripción de los nacimientos;
- Estudios de determinación de la magnitud del problema de subinscripción de nacimientos;
- Programas permanentes de inscripción y de acceso al registro como oficinas móviles y otras hábiles para el logro de dicho objetivo.
- Acuerdos de cooperación intersectoriales o interinstitucionales que faciliten la detección de personas no inscritas y materialicen el registro. Estos acuerdos debieran involucrar a organismos de la sociedad civil y representantes de la comunidad para generar mayor información, capacitación y ampliar la red de detección y solución de los casos.
- Avanzar, al menos progresivamente, hacia la gratuidad de los certificados de nacimiento.

migratorios tendrán derecho a tener un nombre, al registro de su nacimiento y a tener una nacionalidad”.

³⁵ “El Registro de Nacimiento: El derecho a tener derechos”... op.cit. p.22

³⁶ Ibid.



c) consignación de información adicional, a fin de atender la situación concreta del niño, que incluya, entre otras cosas, las razones por las cuales se ha desplazado.

d) conocer cuál es opinión del niño respecto del desplazamiento y tomar todas las medidas que permitan tener certeza de que las manifestaciones del niño en ese sentido, son libre de toda coacción o elementos externos que la puedan de alguna forma influenciar. Esto con la finalidad de analizar dicha opinión, conforme al interés superior del niño, siempre buscando la satisfacción de la mayoría de sus derechos.

e) evaluación de aspectos particulares de vulnerabilidad (salud, discapacidad física o mental, necesidad material o psicosocial) y de otras necesidades de protección (derivadas de la violencia en el hogar, abuso o trata).

f) análisis de las posibilidades de localización de la familia consignada bajo la perspectiva del interés superior del niño.

3) La información que se recabe debería ser confidencial

4) Los Estados deben elaborar políticas nacionales de apoyo a los niños migrantes y programas de asistencia social a fin de atender de manera especial las necesidades más urgentes y manejar las herramientas necesarias para la intervención en situaciones de crisis, de solicitud de refugio y casos de trata de niños. Estas respuestas estatales variaran conforme a la identificación de situaciones de vulneraciones de derechos constatadas en el procedimiento de identificación.

5) Los Estados deberán garantizar el acceso permanente a la educación durante todas las etapas del ciclo de desplazamiento y al cuidado de la salud accediendo a servicios médicos³⁷

6) Las políticas migratorias deberían guiarse por los principios y estándares fundamentales en materia de derechos de los niños y niñas y en consonancia, los procedimientos migratorios, dotados de garantías procesales estrictas, se deben establecer para determinar y salvaguardar siempre el interés superior del niño y su protección integral.

2.- SISTEMA DE GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO

³⁷ Convención Sobre los Derechos del Niño arts. 23, 24,28,29,30,31, 32, 37 y 39



El artículo 8 de la Convención Americana, que consagra las “garantías judiciales” “no se limita a los recursos judiciales en un sentido estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales o administrativas a efectos de que las personas puedan defenderse ante cualquier acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos”³⁸, por lo que el artículo 8 se aplica “a las situaciones en que alguna autoridad pública, no judicial, dicte resoluciones que afecten la determinación de tales derechos”³⁹.

En la Opinión Consultiva OC-17/2002, “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, la Corte ha sostenido:

(c)onviene señalar que hay niños expuestos a graves riesgos o daños que no pueden valerse por sí mismos, resolver los problemas que les aquejan o encauzar adecuadamente su propia vida, sea porque carecen absolutamente de un medio familiar favorable, que apoye su desarrollo, sea porque presentan insuficiencias educativas, alteraciones de salud o desviaciones de comportamiento que requieren la intervención oportuna y esmerada de instituciones debidamente dotadas y personal competente para resolver estos problemas o mitigar sus consecuencias.⁴⁰

Obviamente, estos niños no quedan inmediatamente privados de sus derechos y sustraídos a la relación con sus padres o tutores y a la autoridad de éstos. No pasan al “dominio” de la autoridad, de manera tal que ésta asuma, fuera de procedimiento legal y sin garantías que preserven los derechos e intereses del menor, la responsabilidad del caso y la autoridad plena sobre aquél. Cualquier actuación que afecte a éste debe hallarse perfectamente motivada conforme a la ley, ser razonable y pertinente en el fondo y en la forma, atender al interés superior del niño y sujetarse a

³⁸ Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein, párr 108.

³⁹ *Ibidem*, Párr. 105

⁴⁰ OC-17/03, Párr. 112



procedimientos y garantías que permitan verificar en todo momento su idoneidad y legitimidad.⁴¹

Las reglas del debido proceso se hallan establecidas, principal pero no expresamente, en la Convención de los Derechos del Niño, las Reglas de Beijing, las Reglas de Tokio y las Directrices de RIAD, que sirven al propósito de salvaguardar los derechos de los niños sometidos a diferentes actuaciones por parte del Estado, la sociedad y la familia.⁴²

Las reglas del debido proceso y las garantías judiciales deben aplicarse no sólo a los procesos judiciales, sino a cualquiera otro proceso que siga el Estado, o bien, que estén bajo la supervisión del mismo.⁴³

En mérito a que generalmente los migrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad que es mantenida por situaciones *de jure* (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y/o *de facto* (desigualdades estructurales), “la comunidad internacional ha reconocido la necesidad de adoptar medidas especiales para garantizar la protección de los derechos humanos de los migrantes”⁴⁴. Esta situación de vulnerabilidad se agudiza particularmente cuando los migrantes son niños o niñas por lo que requiere especial atención.

Los **estándares internacionales** reconocen que cualquier actuación de los órganos estatales en un proceso administrativo o jurisdiccional debe respetar el

⁴¹ Ibídem, Párr.113

⁴² Ibídem, Párr. 116

⁴³ Ibídem, Párr. 117

⁴⁴ Cfr. OC-18/03 – Párr.117 ; Cfr: Naciones Unidas, Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social celebrada en Copenhague en marzo de 1995, Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo celebrada en El Cairo del 5 al 13 de septiembre de 1994, Programa de Acción, Capítulo X. A. 19.2 a10.20, Asamblea General de las Naciones Unidas, A/CNF. 157/23 12 de julio de 1993, Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos celebrada en Viena, Austria, del 14 al 25 de junio de 1993, Declaración y Programa de Acción, I.24 y II.33-35



debido proceso legal y las garantías mínimas se aplican a todo migrante independientemente de su estatus migratorio, la Corte ha indicado en la Opinión Consultiva OC-18/03:

Que el derecho al debido proceso legal debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se deben brindar a todo migrante, independientemente de su estatus migratorio. El amplio avance de la intangibilidad del debido proceso se aplica no solo *ratione materiae* sino también *ratione personae* sin discriminación alguna.⁴⁵

Asimismo, la Corte ha indicado que el elenco de garantías mínimas del debido proceso legal se aplica en la determinación de derechos y obligaciones del orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”⁴⁶. Esto revela que el debido proceso incide sobre todos los órdenes y no sólo sobre el penal.⁴⁷

Como se expresa en la consulta realizada por los Estados del MERCOSUR, **el Tribunal en su jurisprudencia ha delimitado “con claridad las garantías del debido proceso que deben respetarse a lo largo de todo procedimiento migratorio”⁴⁸**, en relación a funcionarios o autoridad pública que adopten decisiones que puedan afectar los derechos de las personas, estos deben cumplir con las características de imparcialidad e independencia con pleno respeto de las garantías del debido proceso legal.⁴⁹

En otras palabras, los estándares internacionales reconocen que cualquier actuación de los órganos estatales en un proceso administrativo o jurisdiccional debe respetar el debido proceso y que estas garantías mínimas se aplican en todos los

⁴⁵ Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Párr.122

⁴⁶ Cfr. Artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

⁴⁷ OC-18/03, Párr.124. Cfr. Caso Ivcher Bronstein, Párr.103, Caso Baena Ricardo y otros, Párr. 125, Caso del Tribunal Constitucional, Párr. 70

⁴⁸ Solicitud de Opinión Consultiva, Pág.22

⁴⁹ Cfr. OC-18/03. Párr. 173.7



órdenes en los cuales puedan afectarse los derechos de las personas, los que incluyen los procedimientos de índole migratoria.⁵⁰

La Corte ya ha señalado que los niños participan en los procesos en diferentes condiciones que los hace un adulto, por lo que las garantías reconocidas en los artículos. 8 y 25 de la Convención deben relacionarse con las medidas de protección especial establecidas en el artículo 19, debiendo tener los Estados el deber de adoptar medidas especiales para la específica protección de los derechos de los niños, que requieren un trato diferente en condiciones diferentes.⁵¹

Dentro de las garantías reconocidas se encuentra el derecho a un proceso y a que éste se encuentre regulado por ley, el derecho a una decisión fundada, a recurrir la decisión y el acceso a la justicia que requiere la asistencia letrada gratuita de quien se encuentra sometido a un proceso migratorio a efectos de evitar la vulneración de garantías, este es un derecho a garantizar, ya que de lo contrario se trataría de un servicio prestado en forma discriminatoria en virtud de la condición económica de la persona. Por tal razón la Corte ha manifestado que se vulnera el derecho a las garantías y a la protección judicial “por la negativa de la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal” a migrantes en caso de expulsiones.⁵² El asesor legal, (o el cuerpo de asesores, preferentemente), debe ser una persona debidamente capacitada en los derechos de la infancia y en la temática migratoria.

La defensa técnica por parte de los niños significa la necesidad de asignar al niño la asistencia jurídica necesaria para intervenir útilmente en el proceso, que actúe en carácter de patrocinante del niño y no en lugar de éste, cruzándose aquí la consideración del tema de la capacidad (no podemos olvidar que hay niños de muy

⁵⁰ Corte IDH Caso Baena Ricardo y otros. Sentencia de 2 de febrero de 2001, Párr. 124; Caso Ivcher Bronstein. Sentencia de 6 de febrero de 2001, Párr. 102; OC-17/02 Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, cit. Párr. 115-136; OC-18/03 Condición Jurídica y Derechos de Migrantes Indocumentados, cit. párr. 121-126

⁵¹ Cfr. OC- 17/02 Párr. 95 y 96

⁵² OC-18/ 03, Párr 126. En el mismo sentido: Tribunal Constitucional de España, Sentencia STC 95/2003 del 22 de mayo de 2003, declaró la inconstitucionalidad del artículo 2.0 de la ley sobre asistencia jurídica gratuita nº 1/1996, que únicamente reconocía el derecho a la asistencia jurídica gratuita a los extranjeros que tuvieran residencia legal en el país.



corta edad que viajan con sus hermanos de 10, 12 años), por lo que será menester designarles un representante (tutor) si careciera de representante legal.⁵³

Asimismo al niño o niña migrante tiene derecho a la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado⁵⁴ pues es necesario "...tomar en consideración los datos que diferencian a los miembros de los pueblos (indígenas) de la población en general, y que conforman la identidad cultural de aquéllos. La lengua es uno de los más importantes elementos de identidad de un pueblo, precisamente porque garantiza la expresión, difusión y transmisión de su cultura"⁵⁵.

Los principios del interés superior del niño y de autonomía progresiva de la voluntad operan como límites a los poderes discrecionales del mundo adulto, a los poderes del Estado a través de actos administrativos como judiciales.

Saber cuál es la opinión del niño respecto del desplazamiento –decisión que transforma radicalmente su vida- es primordial para poder pensar en forma integral la satisfacción o vulneración de otros derechos. El derecho a ser oído⁵⁶ y que de sus opiniones sean tenidas en cuenta, estructura la lógica del sistema de protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes. Recordemos que conforme lo señala Emilio García Méndez, experto argentino en temas de Infancia, sólo se garantiza el respeto del principio del interés superior del niño, cuando se escucha su opinión, la que debe ser lo más libre posible, a efectos de analizarla en forma adecuada y solo podrá ser rebatida con argumentos.

Debe distinguirse el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta en todos los asuntos jurisdiccionales o administrativos que lo afecten, del derecho a su participación en tales procedimientos. Dado que la Convención sobre

⁵³ Siguiendo en este punto a PEREZ MANRIQUE, Ricardo "Participación Judicial de los niños, niñas y adolescentes" en Justicia y Derechos del Niño Nº9 UNICEF

⁵⁴ Convención sobre los Derechos del Niño artículo 40 b)vi)

⁵⁵ Corte IDH Caso López Álvarez. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C Nº 141, Párr. 117

⁵⁶ CDN art. 12.2



los Derechos del Niño deriva a las normas de procedimiento a nivel nacional definir la forma y el grado de participación. En la Opinión Consultiva OC-17/2002 la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene que “... el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso al menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso.”⁵⁷ Esto lo que implica es que la opinión del mayor no solo debe ser escuchada, sino que debe ser analizada seriamente.

El derecho a ser oído está, a su vez, intrínsecamente ligado al derecho a expresarse y a recibir información. Por ello, a fin de formarse una opinión que pueda expresar y ser escuchada en dichos procedimientos, el niño tiene derecho a buscar, recibir y difundir información de ideas de todo tipo.

Se impone, pues, el deber de informar a los niños migrantes, haciéndoles saber su derecho de participación. Se les debe invitar a participar y explicar los medios y facilidades que el sistema jurídico les ofrece para cumplir con tal participación “ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado”.

Con relación al derecho de información⁵⁸, en la Opinión Consultiva OC-16/1999⁵⁹, si bien no menciona a los migrantes, la Corte entendió:

(q)ue (sic) la identificación del imputado, requisito indispensable para la individualización penal, es un deber que recae en el Estado que lo tiene bajo su custodia. Dicha identificación es esencial, por ejemplo, para determinar la edad del sujeto privado de libertad y

⁵⁷ OC-17/02 Párr. 102

⁵⁸ “Derecho a la información” o “derecho a la información sobre la asistencia consular: El derecho del nacional del Estado que envía, que es arrestado, detenido o puesto en prisión preventiva, a ser informado “sin dilación” que tiene los siguientes derechos: i) el derecho a la notificación consular, y ii) el derecho a que cualquier comunicación que dirige a la oficina consular sea transcrita sin demora (art. 36.1.b) Convención de Viena sobre Relaciones Consulares

⁵⁹ Realizada por México y relacionada con las garantías judiciales mínimas y el debido proceso en el marco de la pena de muerte



asegurarle un tratamiento adecuado a sus circunstancias. En el cumplimiento del deber de identificar al detenido, el Estado utiliza los mecanismos que han sido establecidos en su derecho interno con este propósito y que necesariamente incluyen los registros de control migratorio, en el caso de extranjeros.

No escapa a la atención de esta Corte la posibilidad de que el propio detenido haga difícil el conocimiento de su condición de extranjero. Algunos detenidos podrían encubrir esta condición para evitar ser deportados. En estos casos, los registros de control migratorio no serán útiles -o suficientes- para que el Estado pueda determinar la identidad del sujeto. También surgen problemas cuando el detenido siente temor de las acciones de su Estado de procedencia y, por lo tanto, procura obstaculizar la averiguación de su nacionalidad.⁶⁰

La no mención a los migrantes no hace inaplicable el derecho a la información consular, en mérito a la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección. Sobre este tema en particular se ha indicado:

Esta orientación adquiere particular relevancia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que ha avanzado mucho mediante la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación de los tratados consagradas en la Convención de Viena de 1969. Tanto esta Corte, en la Opinión Consultiva sobre la Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1989)⁶¹, como la

⁶⁰ OC-16/99 Párr. 94 y 95.

⁶¹ En lo que se refiere a la Declaración Americana, la Corte ha declarado que: a manera de interpretación autorizada, los Estados miembros han entendido que [ésta] contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta [de la Organización] se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar [esta última] en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes en ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración. (Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989. Serie A No. 10; párr. 43).

De esta manera, la Corte ha reconocido que la Declaración constituye una fuente de obligaciones internacionales para los Estados de nuestra región, las cuales también



Corte Europea de Derechos Humanos, en los casos *Tyrer versus Reino Unido* (1978)⁶², *Marckx versus Bélgica* (1979)⁶³, *Loizidou versus Turquía* (1995)⁶⁴, entre otros, han señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales.⁶⁵

El *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo.⁶⁶

La Corte en la Opinión Consultiva acerca de la Condición Jurídica y Derechos del Niño refiriéndose a las garantías del debido proceso señaló que:

(s)i (sic) bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en la que se encuentran los menores, la adopción de ciertas medidas específicas

pueden ser interpretadas en el marco de la evolución del "derecho americano" en esta materia.

⁶² Eur. Court HR, *Tyrer v. United Kingdom* judgment of 25 April 1978, Series A no. 26; págs. 15-16, párr. 31.

⁶³ Eur. Court HR, *Marckx case*, judgment of 13 June 1979, Series A no. 31; pág. 19, párr. 41.

⁶⁴ Eur. Court HR, *Loizidou v. Turkey* (Preliminary Objections) judgment of 23 March 1995, Series A no. 310; pág. 26, párr. 71.

⁶⁵ OC-16/1999. Párr. 114

⁶⁶ *Ibidem* Párr. 115



con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías⁶⁷

En definitiva, a la luz de los artículos 1, 2, 7, 8, 19 y 25 de la Convención Americana y del artículo 25 de la Declaración Americana de los derechos y deberes del Hombre, las garantías de debido proceso que debieran regir en los procesos migratorios que involucran a niños y niñas migrantes deberían ser:

1) De conformidad a los estándares internacionales, el debido proceso y las garantías mínimas se aplican a todo migrante independientemente de su estatus migratorio, hombres, mujeres, niños, niñas y adolescentes.

2) Los Estados Partes deberían realizar una revisión de su legislación y las prácticas migratorias con el objeto de introducir transversalmente un enfoque basado en las necesidades y los derechos específicos de la niñez, de conformidad con el principio del interés superior del niño, en particular en los procesos migratorios referidos al ingreso, permanencia o salida del país tanto de los niños y niñas como de sus padres.

3) Implementado el protocolo de medidas mínimas en el proceso de evaluación inicial, a efectos de garantizar el debido proceso se deberían tomar medidas especiales para la específica protección de los derechos de los niños, que requieren un trato diferente en condiciones diferentes, entre ellas:

- a) otorgarle sin demora asistencia letrada gratuita.
- b) de ser necesario, ser asistido gratuitamente por un intérprete.
- c) designarle representante, si careciera de representante legal.
- d) respetar su derecho a la información.
- e) establecer contacto familiares, si el niño aporta ese dato.

⁶⁷ OC-17/ 2002 , Párr.98



f) comunicarse con un funcionario consular de su país.

3.- LA NO DETENCION DE NIÑAS Y NIÑOS. ESTANDARES PARA LA APLICACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES EN UN PROCESO MIGRATORIO.

El derecho a la libertad y seguridad personal se encuentra consagrado en el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁶⁸, tutelando un ámbito específico de la libertad en sentido amplio: la libertad física de desplazarse sin restricciones por lo que cualquier privación de libertad que implique la detención de una persona, toda reclusión, pertenecería al ámbito de este derecho.

⁶⁸ Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

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



En el mismo sentido se ha interpretado al artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶⁹, disposición similar que protege, según el Comité de Derechos Humanos “toda 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.”

La Corte ha sostenido que:

La restricción del derecho a la libertad personal, como es la detención, debe darse únicamente por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas o por las leyes dictadas conforme a ellas (aspecto material), y además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma (aspecto formal). A su vez, la legislación que establece las causales de restricción de la libertad personal debe ser dictada de

⁶⁹ Artículo 9: 1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. 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.



conformidad con los principios que rigen la Convención y ser conducente a la efectiva observancia de las garantías en ella previstas.⁷⁰

Las necesidades particulares de protección que tienen los niños y las niñas⁷¹ migrantes, dada su situación de vulnerabilidad, se hacen más visibles en ciertas circunstancias; una de ellas es, sin dudas la privación de libertad dispuesta en razón de haber ingresado a un Estado sin la documentación requerida por éste, (tal como lo ha evidenciado un informe solicitado por el Parlamento Europeo⁷²) por lo que esta particular circunstancia debe ser evaluada con base a los principios, normas y estándares que rigen el derecho a la libertad personal.

⁷⁰ Corte IDH Caso Servellón García. Párr. 89; Declaración Americana: Artículo XXV. Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes. Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil. Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad. Convención Americana Artículo 29. Normas de Interpretación : Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

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

⁷¹ Convención Americana Artículo 19. Derechos del Niño. Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

⁷² Estudio solicitado por la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos internos del Parlamento Europeo: ref.: IP/C/LIBE/IC/2006-181, Bruselas, 12/2007, pp. 29 -35, 205 – 217.(Citado en UNICEF-Universidad Nacional de Lanús, Bs. As, Febrero 1998)



Los Estados Partes están obligados a garantizar a las personas migrantes – documentadas indocumentadas- sus derechos humanos incluidos los derechos a la libertad personal, a un trato humano, a las garantías mínimas del debido proceso⁷³, a la igualdad y no discriminación y a la protección a la vida privada y familiar⁷⁴, así como ha conceder los derechos humanos básicos a todas las personas dentro de su

⁷³ Convención Americana: Artículo 8. Garantías Judiciales: 1.Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

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

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

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

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

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

⁷⁴ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre



territorio, independientemente de su condición legal, de acuerdo con los principios de igualdad y no discriminación.⁷⁵

En virtud de que entre las diferentes respuestas que los estados implementan a fin de gestionar la inmigración irregular, se encuentra la de recurrir a la detención o privación temporal de la libertad ambulatoria de los migrantes, es necesario subrayar desde un enfoque basado en los estándares internacionales de derechos humanos, que la detención de migrantes (adultos o niños) no debería constituir un castigo por el ingreso irregular a un Estado.

En este sentido es posición de los organismos especializados que la detención administrativa de migrantes nunca debe tener carácter punitivo⁷⁶; al respecto, el Comité de Naciones Unidas para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, al examinar disposiciones que establecen la privación de libertad por infringir la regulación relativa al ingreso a un país ha recomendado que, a fin de ajustar la legislación a la Convención (sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias) y a los instrumentos internacionales, se debe eliminar como delito penado con privación de libertad la entrada irregular de una persona al territorio de otro Estado⁷⁷. En el mismo sentido, todos los Estados del ámbito iberoamericano han afirmado unánimemente que “en tanto migrar no es un delito... los Estados no desarrollarán políticas orientadas a criminalizar al inmigrante”⁷⁸

⁷⁵ Condición Jurídica...OC-18/03, párr 117; Convención Americana: Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos:

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

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

⁷⁶ Informe de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos de Migrantes, Gabriela Rodríguez Pizarro, E/CN.4/2003/85, Párr. 43 y 73. Informe del Relator Especial sobre Derechos Humanos de Migrantes, Jorge Bustamante, A/HRC/12, de 25 de febrero de 2008, párr. 15, 19, 42 y 43

⁷⁷ Observaciones Finales, México, CMW/MEX/CO/01, del 8 de diciembre de 2006, Párr. 15

⁷⁸ Compromiso de Montevideo sobre Migración y Desarrollo de los Jefes de Estado y de Gobierno de la Comunidad Iberoamericana de Naciones. XVI Cumbre Iberoamericana, Montevideo, 5 de noviembre de 2006, Párr. 17



De estas disposiciones se deriva una precisa obligación negativa para los Estados: la prohibición de imponer penas de prisión a personas migrantes como sanción a una infracción a las regulaciones acerca del ingreso y la permanencia en el territorio.

Solamente podría analizarse la legitimidad y pertinencia de una eventual detención por motivos migratorios; con base en los principios del DIDH, **como medida cautelar** en el marco de una decisión acerca del ingreso o permanencia de un extranjero al territorio de un Estado, o durante un procedimiento de deportación o expulsión de un país, pero siempre teniendo presente que **los estándares internacionales establecen, como punto de partida, que la privación de libertad de un niño sólo podría ser adoptada como medida de último recurso, por el período más breve que proceda y solo en casos excepcionales** ⁷⁹.

La Corte ha destacado que **la prisión preventiva**, en el ámbito penal y respecto de personas adultas, debe ser aplicada como una **medida excepcional** por ser *“la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por el derecho a la presunción de inocencia, así como por los principios de necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática”*⁸⁰, y **esta excepcionalidad cobra una considerable trascendencia en caso de niños y niñas.**

⁷⁹ Convención Sobre Derechos del Niño, Artículo 37: Los Estados Partes velarán por qué: a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad; b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda; c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales; d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.

⁸⁰ Corte IDH: Caso Instituto de Reeducción del Menor, Párr 228 y 229, en igual sentido: Caso Acosta Calderón de 24 de junio de 2005, Párr. 24-25



Si se tiene en cuenta que la migración irregular, por sí, no lesiona ningún bien jurídico que deba ser protegido por la ley penal, y que los niños y niñas migrantes se encuentran en una particular situación de vulnerabilidad, se refuerza la aplicación del principio que prohíbe la detención de niños por razones de índole migratoria.

Por otra parte principios generales como *pro homine* (ahora mejor conocido como *pro persona*) y el interés superior del niño, en este contexto estarían simbolizados en el principio *favor libertatis*, protegiendo un derecho como la libertad personal que goza de especial protección en el derecho internacional que solo puede restringirse en particulares circunstancias y con el debido respeto de requisitos formales y sustantivos.

Como destaca la Corte en estas ocasiones:

La regla de prisión preventiva se debe aplicar con mayor rigurosidad, ya que la norma debe ser la aplicación de medidas sustitutorias.⁸¹

Si la detención de niños y niñas migrantes supone una medida de último recurso y absolutamente excepcional –que difícilmente sería compatible con el principio del interés superior del niño– acatar seriamente estos criterios implica diseñar e implementar políticas públicas consecuentes y coherentes con esos estándares, lo cual conlleva una serie de obligaciones; siendo la primera de ellas el prever en la legislación una serie de opciones alternativas a la privación de libertad de las personas migrantes en el marco de procedimientos relativos a su ingreso y permanencia en el país de destino o su eventual retorno al país de origen.⁸²

En el caso excepcional de que no pudiera imponerse ninguna medida alternativa, es preciso evaluar si corresponde recurrir a la medida más gravosa

⁸¹ Ibídem Párr. 230

⁸² UNICEF-Universidad Nacional de Lanus, Bs. As, Febrero 1998, pág.28.



posible, la detención, en el marco de un procedimiento que pudiera finalizar con la expulsión de una persona migrante; debiendo ser particularmente estricto dicho examen cuando se encuentren involucrados niños y niñas.

Cuando los niños migrantes se encuentran junto a sus padres, la privación de libertad se suele justificar en razón de un equilibrio entre el principio de la unidad familiar y el interés estatal en el control de la migración, sin embargo, tales argumentos no pueden invocarse en detrimento de los otros estándares señalados, como la detención como último recurso y como medida excepcional. El interés superior del niño y la noción integral de la infancia debería conducir, antes que a la detención de la familia, al mantenimiento de la unidad familia sin recurrir a una medida privativa de libertad.

En los casos de niños migrantes no acompañados o separados (como principio general no deberían nunca ser detenidos), en el caso excepcional que se opte por una medida privativa de libertad, esta “no podrá justificarse solamente en el hecho de que el menor esté solo o separado de su familia, ni por su condición de inmigrante o residente”⁸³, Por el contrario, cuando una persona menor de edad se encuentra en tales circunstancias, se debe procurar su liberación inmediata y su ubicación en lugares más apropiados.

En definitiva, 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 ultima ratio de la detención como medida cautelar en el marco de los procedimientos migratorios cuando están involucrados niños y niñas que se encuentran junto a sus padres, y cuando están involucrados niño/niñas no acompañados o separados de sus padres, debería interpretarse:

En el mismo sentido en que lo expresa la Corte Interamericana en su Opinión Consultiva OC-17/02:

⁸³ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N6, 2005, Párr. 61



“Entre estos valores fundamentales figura la salvaguarda de los niños, tanto por su condición de seres humanos y la dignidad inherente a éstos, como por la situación especial en que se encuentran. En razón de su inmadurez y vulnerabilidad, requieren protección que garantice el ejercicio de sus derechos dentro de la familia, la sociedad y con respecto al Estado. Estas consideraciones se deben proyectar sobre la regulación de los procedimientos, judiciales o administrativos, en los que se resuelva acerca de los derechos de los niños y, en su caso, de las personas cuya potestad o tutela se hallan aquéllas.”⁸⁴

Si la detención de niños y niñas migrantes supone una medida de último recurso y absolutamente excepcional –que difícilmente sería compatible con el principio de interés superior del niño- acatar seriamente estos criterios implicaría diseñar e implementar políticas públicas consecuentes y coherentes con esos estándares, lo cual conlleva una serie de obligaciones; siendo la primera de ellas el prever en la legislación una serie de opciones alternativas a la privación de libertad de las personas migrantes en el marco de procedimientos relativos a su ingreso y permanencia en el país de destino o su eventual retorno al país de origen⁸⁵, este marco normativo debería incluir medidas especiales para niños y niñas con el objeto de brindar una protección integral centrada en asegurar los derechos humanos y en el caso concreto el interés superior del Niño.

En el caso excepcional de que no pudiera imponerse ninguna medida alternativa, sería preciso evaluar si corresponde recurrir a la medida más gravosa posible, la detención, en el marco de un procedimiento que pudiera finalizar con la expulsión de una persona migrante; debiendo ser **particularmente estricto** dicho examen cuando se encuentren involucrados niños y niñas. En este caso se debería requerir a los Estados el desarrollo de medidas y mecanismos que aseguren que, efectivamente, de manera previa y durante la ejecución de la medida, estén dadas las garantías fundamentales del debido proceso, adecuadas a la condición y edad del niño o niña, centrándose en la protección especial de la cual es titular y sin perjuicio de su condición migratoria.

⁸⁴ OC17/02. Párr. 93-94.

⁸⁵ UNICEF-Universidad Nacional de Lanus, Bs. As, Febrero 1998, pág.28



Cuando los niños migrantes se encuentran junto a sus padres, la privación de libertad se suele justificar en razón de un equilibrio entre el principio de la unidad familiar y el interés estatal en el control de la migración, sin embargo, tales argumentos no pueden invocarse en detrimento de los otros estándares señalados, como la detención como último recurso y como medida excepcional. El interés superior del niño y la noción integral de la infancia debería conducir, antes que a la detención de la familia, al mantenimiento de la unidad familiar sin recurrir a una medida privativa de libertad. Es razonable entender que la decisión de migrar ha sido de los padres, por lo que difícilmente el Estado de destino puede imponer una sanción a los niños o niñas en razón de aquello que han determinado sus padres, si la medida cautelar como ultima ratio es imprescindible no debería disponerse con el carácter de sanción sino como una medida de protección para la familia y los niños, en razón del principio de unidad familiar y siempre que ello sea en su interés superior ; lo que implica, entre otras cuestiones, asegurar su derecho a expresarse y a ser oído, atendiendo a su edad y madurez.

En los casos de niños migrantes no acompañados o separados (como principio general no deberían nunca ser detenidos) en el caso excepcional que se opte por una medida privativa de libertad esta “no podrá justificarse solamente en el hecho de que el menor esté solo o separado de su familia, ni por su condición de inmigrante o residente”⁸⁶, Por el contrario, cuando una persona menor de edad se encuentra en tales circunstancias, se debe procurar su liberación inmediata y su ubicación en lugares más apropiados. El Comité de los Derechos del Niño ha señalado que, en el caso excepcional que se disponga su detención “las condiciones de la privación de libertad...se regirán por el interés superior del niño...se dispondrá lo necesario para que el alojamiento sea adecuado para los menores y esté separado de los adultos, a menos que lo contrario se considere conveniente en interés superior del niño... 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.”⁸⁷.

⁸⁶ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N6, 2005, Párr. 61

⁸⁷ Comité de los Derechos del Niño. Observación General N° 6, Párr. 63



Si se arriba a la decisión de repatriar a niños migrantes no acompañados, se debería poner especial atención a la duración de la estancia en los procesos de deportación (que deberán realizarse con todas las garantías judiciales⁸⁸) la relación con los funcionarios consulares y las medidas de reintegración y rehabilitación. La

⁸⁸ Convención Americana. Artículo 8. Garantías Judiciales

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

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

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

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

c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

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

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

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



medida debería estar enmarcada en una lógica de protección integral y no de sanción.

4-) MEDIDAS DE PROTECCIÓN QUE DEBERÍAN DISPONERSE DE MANERA PRIORITARIA Y QUE NO IMPLICAN RESTRICCIONES A LA LIBERTAD PERSONAL.

En virtud de lo señalado anteriormente, es posible afirmar que sólo podría analizarse la legitimidad y pertinencia de una eventual detención por motivos migratorios, con base en los principios del DIDH, como medida cautelar, en circunstancias como: en el marco de una decisión acerca del ingreso o permanencia de un extranjero al territorio de un Estado, o durante un procedimiento de deportación o expulsión del país.

En estos casos, usualmente se alega que la detención procedería a fin de asegurar objetivos legítimos de un Estado, esto es, evitar la entrada irregular al país (o la permanencia no autorizada) o asegurar la ejecución efectiva de una orden de expulsión. Es por ello que, al momento de analizar los estándares aplicables a esta situación, es preciso, primero, evaluar si está permitido disponer la privación de la libertad de niños y niñas migrantes y, en su caso, identificar en qué ocasiones y con qué condiciones y alcance puede ordenarse esa medida como medio para alcanzar uno de dichos objetivos de control migratorio.

Los estándares internacionales establecen, como punto de partida, que la privación de libertad de un niño sólo podría ser adoptada como medida de último recurso, por el período más breve que proceda y sólo en casos excepcionales⁸⁹. Si la prisión preventiva, en el ámbito penal y respecto de personas adultas, debe ser

⁸⁹ Artículo 37 de la Convención sobre Derechos del Niño y párrafo I.2 de 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).



aplicada como una medida excepcional⁹⁰, esta excepcionalidad cobra una considerable trascendencia en caso de niños y niñas. Como destaca la Corte Interamericana, en estas ocasiones “la regla de la prisión preventiva se debe aplicar con mayor rigurosidad, ya que la norma debe ser la aplicación de medidas sustitutorias”⁹¹. Si tenemos en cuenta que una infracción migratoria no equivale a una de orden penal y que los niños y niñas migrantes que carecen de residencia legal se encuentran, como hemos comentado, en una particular situación de vulnerabilidad, se refuerza la aplicación del principio que prohíbe la detención de niños por razones de índole migratoria⁹².

Por otra parte, principios generales como el pro homine (ahora sustituido por pro persona en la corriente de los derechos humanos) y el interés superior del niño, que en este contexto estarían simbolizado en el principio favor libertatis (protegiendo un derecho esencial como la libertad personal⁹³), tendrían un especial vigor en estos casos. Con este criterio, en las conclusiones de un extenso informe elaborado a petición del Parlamento Europeo, que supuso la visita y evaluación de cerca de 130 centros de detención de migrantes existentes en la Unión Europea. Los expertos subrayaron, por un lado, que la detención de niños, niñas y familias “deberían estar prohibidas”, y por el otro, que la privación de la libertad no podría, de ningún modo,

⁹⁰ Como ha destacado la Corte Interamericana, “la prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por el derecho a la presunción de inocencia, así como por los principios de necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática (...) No cumplir con estos requisitos equivale a anticipar una pena sin sentencia, lo cual contradice principios generales del derecho universalmente reconocidos.” (Corte IDH, caso Instituto de Reeducación del Menor, cit., párr. 228 y 229). En igual sentido, véase Corte IDH, caso Acosta Calderón v. Ecuador, del 24 de junio de 2005, párrafos. 24-25.

⁹¹ Corte IDH, Caso Instituto de Reeducación del Menor, cit., párr. 230.

⁹² Véase, en este sentido: Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 6, Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, CRC/GC/2005/6, del 1 de septiembre de 2005, párrafos. 40, 61; En igual sentido, Touzenis, Kristina, Human rights of migrant children, en International Migration Law, No. 15, IOM, 2008, p. 33.

⁹³ El derecho a la libertad personal goza de una protección especial en el derecho internacional (y constitucional), dado que es considerado un derecho angular para la democracia y el Estado de Derecho, y por ende la restricción a este derecho sólo puede ser adoptada en particulares circunstancias y con el debido respeto de requisitos sustantivos y formales.



ser en el “interés superior del niño”, por lo que debería recurrirse a medidas de otra naturaleza⁹⁴.

En cuanto a los niños y niñas migrantes no acompañados o separados de sus padres, los organismos internacionales subrayan, como principio general, que no deberían nunca ser detenidos⁹⁵. En el caso excepcional de que se opte por una medida privativa de libertad, ésta “no podrá justificarse solamente [en razón de que] el menor esté solo o separado de su familia, ni por su condición de inmigrante o residente”⁹⁶. En estas ocasiones, deben realizarse todos los esfuerzos posibles para permitir la liberación inmediata de los niños y niñas no acompañados o separados, y su posterior ubicación en otras formas más apropiadas de alojamiento⁹⁷.

Por estas razones, resulta pertinente evaluar -previo a examinar en qué consistirían esas excepcionales circunstancias que podrían derivar en la necesidad de disponer esta medida- qué implicaciones y derivaciones concretas tiene el principio o regla general que debe guiar esta materia: la no privación de la libertad.

Si la detención de niños y niñas migrantes supone una medida de último recurso y absolutamente excepcional, que muy difícilmente sería compatible con el principio de interés superior del niño, acatar seriamente estos criterios implica

⁹⁴ The conditions in centres for third country national (detention camps, open centres as well as transit centres and transit zones) with a particular focus on provisions and facilities for persons with special needs in the 25 EU member states, cit., p. 22, recommendations to Member States, y p. 210, recommendations to European Institutions.

⁹⁵ Informe del Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria, en su visita al Reino Unido, sobre la cuestión de inmigrantes y solicitantes de asilo, E/CN.4/1999/63/Add.3, p. 37. Véase también, Informe de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos de Migrantes, E/CN.4/2003/85, cit., párr. 75.a.

⁹⁶ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 6 (2005), Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, cit., párr. 61.

⁹⁷ *Ibidem*. A su vez, el Comité ha subrayado que “los Estados deberán tener en cuenta que la entrada o la estancia ilegales en un país de un menor no acompañado o separado de su familia también pueden justificarse a la luz de los principios generales del derecho, cuando la entrada o la estancia sean la única forma de impedir una violación de los derechos humanos fundamentales del menor” (*Ibidem*, párr. 62).



diseñar e implementar políticas públicas consecuentes y coherentes con esos estándares, lo cual conlleva a la necesidad de implementar una serie de obligaciones.

La primera y fundamental, obligación es prever en la legislación una serie de opciones alternativas a la privación de la libertad de las personas migrantes en el marco de procedimientos relativos a su ingreso y permanencia en el país de destino o su eventual retorno al país de origen. En este sentido, según subraya el Comité Australiano del UNICEF, los niños y niñas no deberían estar detenidos ni en “centros de migrantes” ni en ningún otro establecimiento, siendo de imperiosa necesidad que los Estados establezcan medidas alternativas a la detención de niños migrantes y sus familias⁹⁸.

Estos criterios, tal como lo ha señalado el Relator Especial de la ONU para los derechos de los Migrantes:

“deberían incluir opciones expresamente adecuadas a los niños y niñas migrantes, tanto cuando se encuentren con su familia como en caso de no estar acompañados. Entre otras, mencionamos a continuación algunas alternativas: el alojamiento en centros de protección social, no cerrados; el albergue de niños y niñas no acompañados en instituciones de atención social cuya finalidad sea su protección integral y la garantía de sus derechos fundamentales; la exigencia de una caución juratoria (compromiso jurado ante la autoridad competente); la fijación de medidas para asegurar la presencia de las personas migrantes (niños y niñas, en su caso, sus padres) en las diferentes etapas de los procesos (administrativos y judiciales) ligados a su ingreso y/o residencia en el país, como podría ser la presentación periódica en determinada institución pública; el nombramiento de un garante; etc.”⁹⁹

⁹⁸ UNICEF Australia, Submission to the National Inquiry into Children in Immigration Detention, written submission to the Human Rights and Equal Opportunity Commission, HREOC, 2003, Summary of Recommendations.

⁹⁹ Informe del Relator Especial sobre Derechos Humanos de los Migrantes, presentado ante el Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/11/7, 14 de mayo de 2009, párrafos. 60-62.



Estas responsabilidades incluyen, a su vez, que la autoridad competente (administrativa y/o judicial), en caso de emitir una decisión que suponga la aplicación de una de esas opciones, acate debidamente las prioridades y obligaciones resultantes de estos criterios derivados de estándares internacionales y las leyes que los desarrollan en cada país. Así, cualquier resolución que no constituya la aplicación de la alternativa menos lesiva para el niño o niña migrante, debería estar suficientemente fundamentada. En primer lugar, indicando los argumentos que permitan concluir que la elección tiene en cuenta el interés superior del niño y luego demostrando por qué se descarta cada una de las posibilidades existentes, no privativas de la libertad, exigidas por las normas y disponibles a través de las políticas públicas que hayan sido adoptadas. Recordando que el tener en consideración el interés superior del niño implica escuchar su opinión, oírla y analizarla en el momento de tomar la resolución que corresponda y en caso de desatender el criterio del menor, dar la argumentación requerida para efectos de contradecir la voluntad del menor, es decir la autoridad se puede apartar del criterio del menor pero no puede hacerlo arbitrariamente, sino que lo debe hacer a través de una fundamentación adecuada.

En el contexto de América Latina y el Caribe, sin embargo, son considerablemente pocos los Estados que siguen fielmente los criterios y estándares consagrados a nivel internacional: en la mayoría de las legislaciones que prevén la detención de personas migrantes en el marco de procesos de control migratorio, la medida que debería ser excepcional y de último recurso (la detención, incluida la de niños y niñas) se transforma en la regla general, ya sea por la ausencia de opciones alternativas y prioritarias en la normativa o por la no aplicación de esas variantes menos gravosas para el derecho a la libertad personal. Es decir, que en varios casos, la herramienta excepcional y más extrema (severa) posible es no sólo la respuesta prioritaria, sino la única que ofrece el marco normativo o la práctica que llevan adelante las autoridades competentes.

En otros casos, las medidas alternativas no se aplican, bien por la ausencia de políticas públicas que aseguren su efectiva existencia, bien por la falta de voluntad o conocimiento de la persona u organismo a cargo de su ejecución. El otro aspecto que caracteriza a casi todas las normas vigentes es la omisión de medidas destinadas específicamente a regular la situación de los niños y niñas migrantes.



Para describir este escenario más detalladamente, nos encontramos con leyes que establecen la detención como único mecanismo cautelar que podría imponerse durante la tramitación de procedimientos de deportación o expulsión, sin hacer referencia alguna a medidas de otra índole o, más precisamente, a opciones que no supongan la privación de la libertad¹⁰⁰. A su vez, otro grupo de países, al regular los mecanismos de expulsión de una persona migrante en razón de su condición migratoria, no instituyen ninguna clase de medida provisoria¹⁰¹. En unos pocos Estados, aunque sin establecer prioridad alguna entre ambas medidas, la legislación prevé, además de la detención, alternativas como la libertad vigilada¹⁰², la permanencia en una localidad determinada y la comparecencia en sede policial¹⁰³, o, de manera excepcional, la custodia a cargo de instituciones o personas “de reconocida solvencia”¹⁰⁴.

En otro caso, se reconoce la posibilidad de disponer de la libertad bajo caución si no se puede ejecutar la expulsión luego de un plazo prudencial.¹⁰⁵ La nueva ley

¹⁰⁰ Antigua y Barbuda, The Immigration and Passport Act, arts. 19 y 25; Argentina, Ley de Migraciones, No. 25871, sancionada el 17 de diciembre de 2003, art. 70; Barbados, Immigration Act, Chapter 190, del 2 de febrero de 1976, art. 22; Belice, Inmigración Act, arts. 28 y 29; Colombia, Decreto 4.000/04, Normas sobre Expedición de Visas, Control de Extranjeros y Migración, del 27 de diciembre de 2004; arts. 72 y 109; Cuba, Ley de Extranjería N° 1313, del 20 de septiembre de 1976, art. 21; Ecuador, Decreto Supremo No. 1899, del 30 de diciembre de 1971, art. 31; Guatemala, Ley de Migración, Decreto N° 95/98: art. 111; Jamaica, The Aliens Act, del 28 de febrero de 1946, art. 15; Nicaragua, Ley de Extranjería, N° 154, del 2 de junio de 1993, art. 65; Panamá, Decreto Ley No. 3, del 22 de febrero de 2008, art. 93; Paraguay, Ley N° 978, Ley de Migraciones, del 27 de junio de 1996, art. 83; República Dominicana, Ley sobre Migración, N° 285, del 15 de agosto de 2004, art. 126.

¹⁰¹ Bolivia, Régimen Legal de Migración, Decreto Supremo N° 24423, del 29 de noviembre de 1996; El Salvador, Ley de Migración, Decreto Legislativo N° 2772, del 19 de diciembre de 1958; Honduras, Decreto N° 208-2003, Ley de Migración y Extranjería, del 3 de marzo de 2004; Perú, Ley de Extranjería, Decreto Legislativo N° 703, del 5 de noviembre de 1991; Uruguay, Ley N° 18.250, Ley de Migración, del 17 de enero de 2008.

¹⁰² Brasil, Ley N° 6.815, Ley sobre la Situación Jurídica del Extranjero en Brasil, de 19 de agosto de 1980, art. 73.

¹⁰³ Chile, Normas sobre extranjeros en Chile, Decreto Ley 1094, del 14 de julio de 1975, art. 82.

¹⁰⁴ México, Ley General de Población, del 7 de enero de 1974, arts. 152 y 153.

¹⁰⁵ Argentina, Ley 25.871, art. 71.



migratoria de Costa Rica establece las siguientes medidas cautelares: Presentación y firma periódica ante las autoridades competentes; Orden de aprehensión; Caucción; Decomiso temporal de documentos; y Detención domiciliaria. Y luego, dispone que el derecho a la libertad de las personas migrantes podrá ser limitado con carácter excepcional y “siempre y cuando no exista otra medida menos gravosa”.¹⁰⁶

Por otra parte, cabe señalar que únicamente la normativa de Panamá prevé que la retención sólo podría aplicarse a personas mayores de 18 años de edad¹⁰⁷. Las demás legislaciones no contienen una excepción a fin de que la privación de libertad no se aplique a niños y niñas o adolescentes, sea acompañados o migrantes con sus familias. Igualmente, sin perjuicio de la necesidad de garantizar por ley la no detención de niños y niñas en razón de infracciones a la normativa migratoria, la ausencia de protección normativa no implica que no existan -en la práctica o en reglamentos administrativos- mecanismos dirigidos a evitar tal privación de la libertad.

Como señalamos al inicio, la ausencia de mecanismos de protección específicos para niños y niñas migrantes en las normativas migratorias, conlleva en la práctica a la absoluta inexistencia de medidas alternativas para cumplir con la obligación exigida por el derecho internacional. Por el contrario, siendo la no detención de niños migrantes la regla general, el deber prioritario de los Estados es diseñar políticas dirigidas a asegurar la protección de este grupo social sin que éstas incluyan la privación de libertad como posibilidad.

En este escenario, consideramos pertinente efectuar una serie de recomendaciones relativas a las medidas alternativas a la detención de migrantes en general y de niños migrantes en particular.

Entendemos que, sobre la base del principio “El interés Superior del Niño, no debe ser posible la aplicación de medidas que restrinjan la libertad de los niños y

¹⁰⁶ Costa Rica, Ley 8764, arts. 31.5 y 211, publicada el 01/09/2009, en vigor desde 02/03/2010

¹⁰⁷ Panamá, Decreto Ley No. 3, del 22 de febrero de 2008, art. 93.



niñas, por lo tanto, **pueden tomarse medidas prioritarias para la protección de los mismos**, como las siguientes:

1. Inmediatamente es detenido el niño, trasladarlo a una casa de atención social, donde cuente con todos los servicios necesarios para preservar su salud, alimentación, dignidad, e integridad personal, hasta tanto se determine la condición en que llegó al país o en el estado regular en que se encuentre. Esto es, siempre y cuando no esté acompañado de sus padres, pues de ser así se investiga la condición de los padres y se resolverá de acuerdo al interés superior del niño, con todas las implicaciones que la puesta en práctica de este principio provoca y obliga al Estado.
2. Mientras dure el proceso migratorio, asignarle una maestra a los fines de que el niño o niña pueda recibir educación como un derecho fundamental que le asiste.
3. Si el menor tiene algún tutor en el país de destino, hasta que se resuelva lo de su estatus, establecer mediante resolución administrativa la presentación periódica ante la autoridad competente en materia de extranjería y migración.
4. Para asegurar que el menor no sea objeto de abuso o del crimen de trata de persona, se establecerá la prohibición de salir de la localidad en la cual resida sin la correspondiente autorización.
5. Si el menor cuenta con padres o tutor en el país de destino los mismos deberán establecer cuál será la residencia mientras dure el procedimiento administrativo en una determinada localidad.
6. Además, se establecerá una comisión o cuerpo especializados en el trato de niños y niñas a los fines de que los mismos sean supervisados para el respeto y las garantías de sus derechos fundamentales y velar para que los mismos no se encuentren en condición de presos preventivos.

5-) OBLIGACIONES ESTATALES EN CASO DE CUSTODIA DE NIÑOS Y NIÑAS POR MOTIVOS MIGRATORIOS.



Como principio general, los estándares internacionales exigen que toda persona privada de libertad sea tratada humanamente, respetando su dignidad inherente, sus derechos y garantías fundamentales. Asimismo, y tomando en cuenta la posición especial de garante que tienen los Estados, éstos deben respetar y garantizar la vida e Integridad personal de quienes se encuentran en tales circunstancias. Esto supone la adopción de medidas vinculadas no solamente con el lugar donde las personas son detenidas sino también con las condiciones en las que se ejecuta la privación de la libertad.

Ahora bien, en el caso de las personas migrantes -que como ya se señaló no pueden ser detenidas como sanción sino, y excepcionalmente, en tanto medida cautelar y previo cumplimiento de una serie de requisitos formales y sustanciales¹⁰⁸, hay ciertos estándares específicos a garantizar en cuanto al lugar y las condiciones en que debería desarrollarse esta detención, algunos referidos concretamente a los niños y niñas.

En este sentido, cabe señalar en primer lugar que las personas migrantes no pueden ser alojadas en establecimientos carcelarios u otros destinados a personas condenadas o acusadas de haber cometido infracciones de naturaleza penal¹⁰⁹. La detención en este tipo de instituciones resulta “incompatible con las garantías básicas de los derechos humanos”¹¹⁰.

¹⁰⁸ CIDH, Relatoría sobre Trabajadores Migratorios, Segundo Informe de Progreso, cit., párr. 115.

¹⁰⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, Resolución 01/08, marzo de 2008, Principio XIX. Véase también, Convención Internacional para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y sus Familiares, artículo 17; CIDH, Segundo Informe de Progreso de la Relatoría Especial sobre Trabajadores Migrantes y sus Familias en el Hemisferio, cit., párr. 110; Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria, Deliberación N° 5 sobre la situación de los inmigrantes y solicitantes de asilo, cit., principio 9.

¹¹⁰ CIDH, Resolución 03/08. En igual sentido, véase el Segundo Informe de Progreso, Relatoría sobre Trabajadores migratorios y sus Familias de la CIDH, cit., párr. 110.



Respecto de las condiciones de la detención, se ha establecido que los migrantes detenidos no deben ser expuestos a circunstancias que atenten contra sus derechos fundamentales y que puedan poner en riesgo su integridad física o su vida¹¹¹. Al respecto, la CIDH se refirió a las condiciones de detención apropiadas subrayando:

“la responsabilidad que le cabe a los Estados de garantizar que los extranjeros detenidos, sobre todo aquellos retenidos por razones administrativas, no sean expuestos a condiciones que atentan contra sus derechos fundamentales y pueden poner en riesgo su integridad física o su vida”¹¹². En relación con las personas menores de edad, deben tenerse en consideración los principios generales (interés superior del niño, derecho a una protección especial e integral¹¹³) al momento de diseñar y desarrollar las condiciones en que se debe ejecutar una medida privativa de libertad en circunstancias tan especiales y excepcionales: se trata de niños y niñas en una especial condición de vulnerabilidad quienes, en el peor de los casos, han infringido una normativa administrativa¹¹⁴.

En lo que respecta a los niños y niñas migrantes que se encuentran en el país de tránsito o destino junto a sus padres, deben interpretarse, armónicamente y en el marco de los estándares generales del DIDH, diversos principios:

¹¹¹ Informe del Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria, A/HRC/7/4, cit., párrafos. 57 y 58. En igual sentido, CIDH, Relatoría para los Trabajadores Migratorios, Segundo Informe de Progreso, cit., párr. 99.g.

¹¹² CIDH. Relatoría sobre Trabajadores Migratorios, Segundo Informe de Progreso, cit., párr.94.

¹¹³ Esto “debe entenderse como un derecho adicional, complementario, que el tratado establece para seres que por su desarrollo físico y emocional necesitan protección especial” (Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, OC-17/02, cit., párr.54)

¹¹⁴ La Corte IDH entiende que “la forma en que se trata a un detenido debe estar sujeta al escrutinio más estricto, tomando en cuenta la especial vulnerabilidad de aquél, función estatal de garantía que reviste de particular importancia cuando el detenido es un menor de edad” y agregó que “esta circunstancia obliga al Estado a ejercer su función de garante adaptando todos los cuidados que reclama la debilidad, el desconocimiento y la indefensión que presentan naturalmente, en tales circunstancias, los menores de edad”; Corte IDH, Caso Bulacio v. Argentina, cit., párr. 126.



Nos referimos a las exigencias de que “todo niño, amigos y parientes y con su tutor y recibir la visita de éstos, así como asistencia espiritual, religiosa, social y jurídica”. Por otra parte, en cuanto al ejercicio de los derechos fundamentales del niño en estas circunstancias, el Comité destacó el derecho de los niños y niñas migrantes “a 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”¹¹⁵.

En cualquier caso, siguiendo los lineamientos del Comité, resulta fundamental destacar que cualquier medida privativa de la libertad de niños y niñas migrantes, debe estar acompañada por una serie de políticas públicas que aseguren que tanto la determinación de los espacios como las condiciones de detención (así como la causa que justifica tal decisión) se orienten por el principio de “atención” y no de “privación de libertad” del niño¹¹⁶. Para ello, como indica la Corte Interamericana, las personas encargadas de los centros en los que disponga la detención de niños y niñas, deben estar debidamente capacitadas para el desempeño de su cometido¹¹⁷. La efectiva garantía y aplicación de estas obligaciones, principios y estándares, requiere la adopción de políticas estatales, a partir de un marco jurídico adecuado. Resulta verdaderamente difícil dar cumplimiento a tales exigencias sin el desarrollo de medidas que, entre otras, creen lugares de atención y protección social (e integral) para niños migrantes o que aseguren su acceso a derechos tales como la educación, el esparcimiento.

¹¹⁵ Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 6, cit., párr. 63

¹¹⁶ Comité de Derechos del Niño, Obs. Gral. 6, cit., párr. 63. El mismo Comité recomendó al Estado mexicano que los niños que buscan asilo y los que no tienen un estatus migratorio regular, “no sean detenidos y tengan acceso a servicios especiales de recepción y atención” (CDN, Observaciones Finales, México, CRC/C/MEX/CO/3, del 8 de junio de 2006, párr. 61.d). Véase también, Corte Suprema de Sudáfrica (Transvaal Provincial División), Caso Centre for Child Law and Isabelle Ellis v The Minister for Home Affairs and others, Caso no. 22866/2004, del 8 de septiembre de 2004.

¹¹⁷ Corte IDH, Caso Bulacio v. Argentina, cit., párr. 136.



Otro aspecto central a tener en cuenta en relación con las condiciones de detención de menores migrantes, es el de las normas de funcionamiento y los objetivos de los lugares en que se concreta la privación de libertad. Si, por un lado, la detención de migrantes no es un castigo, y por el otro, el principio central es la protección de los niños y niñas, resulta obligatoria la elaboración de políticas públicas que regulen, desde estos enfoques, el funcionamiento de dichos centros, particularmente en cuanto al régimen disciplinario, las actividades a realizar, las facultades de sanción y castigo de las autoridades responsables, el uso de armas y otros instrumentos de coerción, o las relaciones de las personas allí alojadas con la comunidad y las instituciones sociales y estatales de la localidad en que se encuentran, entre otras cuestiones.

En este sentido, es necesario que los Estados, con la participación de instituciones competentes (gubernamentales, internacionales y de la sociedad civil), diseñen centros de alojamiento que no tengan relación ni similitud alguna con lugares destinados al cumplimiento de sanciones, y sí con medidas alternativas. No resulta legítimo ni adecuado, por lo tanto, partir de un paradigma asociado a un régimen carcelario pues las circunstancias son radicalmente diferentes. Un sistema con mecanismos coercitivos otros lo hacen en dependencias policiales o carcelarias¹¹⁸. En otros casos, la normativa deja a la discrecionalidad de la autoridad competente la decisión acerca del lugar donde retener a las personas migrantes en este tipo de procedimientos, o bien no dice nada al respecto¹¹⁹. Algunos países han reformado su legislación, pasando de un régimen que preveía la detención en centros carcelarios o policiales a otro en el cual la privación de libertad sólo podría realizarse en albergues preventivos de corta estancia u otros centros especialmente creados al efecto¹²⁰. Ello, sin perjuicio de lo ya señalado sobre la ausencia de medidas alternativas o de las

¹¹⁸ Chile, Decreto 1094/75, art. 89; Ecuador, Decreto Supremo No. 1899/71, art. 31. En Argentina, hasta 2004, la detención se efectuaba en comisarías y centros penitenciarios (Véase, Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria sobre su visita a Argentina, del 23 de diciembre de 2004, E/CN.4/2004/3/Add.3, párr. 58).

¹¹⁹ Antigua y Barbuda, Immigration Act, art. 35.1; Argentina, Ley de Migraciones, art. 72; Jamaica, Immigration Restriction (Commonwealth Citizens) Act, del 27 de diciembre de 1945, art. 32.4.1; Paraguay, Ley de Migraciones, art. 83; República Dominicana, ley 285, art. 126.

¹²⁰ Panamá, Decreto Ley No. 3, del 22 de febrero de 2008, art. 93 (a diferencia de lo que disponía el art. 67 del Decreto Ley 16, del 30 de junio de 1960).



inferencias que puedan existir en cada lugar respecto de las condiciones de detención.

En países cuya legislación indica que la detención debe efectuarse en centros especializados, se ha informado sobre la detención de migrantes (incluyendo niños y adolescentes) en comisarías o penitenciarias, ante la ausencia de espacio suficiente en los centros de detención migratorios¹²¹. En las instituciones penitenciarias, a su vez, se ha evidenciado que la detención de migrantes no se produce en un espacio separado al que ocupan las personas acusadas por la comisión de delitos.

Por otra parte, sin perjuicio de la falta de regulación de la particular situación de los niños y niñas, en la práctica de varios países se dispone su detención junto a sus familiares en los mismos centros de detención que albergan a otros adultos¹²². En pocos casos, los niños y niñas son alojados en centros de atención, a veces junto a sus familias y otras veces de manera separada a sus padres. A su vez, la normativa de muy pocos países establece, en leyes o reglamentos administrativos, la prioridad el alojamiento de niños y niñas migrantes en centros separados, destinados a asegurar su desarrollo y atención integral en tales circunstancias. En escasas oportunidades, la normativa señala que cuando se trate del aseguramiento de familias, se alojarán en la misma instalación y la autoridad permitirá la convivencia diaria, de conformidad con las disposiciones administrativas aplicables¹²³.

Por otra parte, aún cuando la normativa establece expresamente la opción de detención de migrantes, en la generalidad de los países no está explícitamente fijado el plazo máximo que puede tener esa privación de libertad. En ningún caso se hace una distinción, en cuanto al plazo de esa duración según se trate de niños o adultos.

¹²¹ Relatoría de la CIDH sobre Trabajadores Migratorios, Segundo Informe de Progreso, cit., capítulo VII.

¹²² Es el caso de las Estaciones migratorias en México, especialmente cuando los niños son mayores de 12 años. Ver también, Amnistía Internacional, Bahamas, Forgotten Detainees? Human Rights in Detention, AMR 14/005/2003, octubre de 2003; Coalición Interinstitucional para el seguimiento y difusión de la Convención sobre la protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias, Informe sombra al primer informe del Estado ecuatoriano sobre cumplimiento de la Convención, Ecuador, abril de 2007, p. 16.

¹²³ Reglamento de la Ley General de Población, México, art. 208.VIII



En la práctica, esa detención puede durar horas, días, semanas, meses o incluso años¹²⁴. En ciertas ocasiones, situaciones como la inexistencia de un plazo legal, la ausencia de plazo en la orden de detención o la superación del plazo previsto en la ley o en la decisión de la autoridad competente, han sido impugnadas por tribunales de justicia. En alguno de estos casos, se ha prolongado la detención bajo el argumento de la carencia de recursos económicos para costear los gastos de traslado al país de origen¹²⁵. La detención también se extiende por problemas logísticos, o por la falta de representación consular o diplomática para determinar la nacionalidad de la persona migrante, sobre todo cuando ésta no es nacional de países de la región.

En otro orden de ideas, cabe subrayar que en la mayoría de los países en los que existen instituciones destinadas a la detención de personas migrantes, éstos carecen de una regulación que establezca las condiciones para su funcionamiento¹²⁶. Al respecto, informes de organizaciones no gubernamentales, organismos internacionales o bien resoluciones de tribunales judiciales, han dado cuenta de las inadecuadas condiciones de estos lugares. En estos diagnósticos cuestiones como las siguientes: escasez de camas, la mala calidad nutricional de los alimentos suministrados, las condiciones de hacinamiento, la insuficiencia de ventilación y de luz, tanto natural como artificial, la falta o deficiente atención médica, las malas condiciones higiénicas, etc.¹²⁷. Asimismo, se ha señalado que hay centros de

¹²⁴ Según CERD, en Bahamas algunas detenciones se han prolongado por un año o más (CERD, Observaciones Finales, Bahamas, CERD/C/64/CO/1, del 28 de abril de 2004, párr. 17). En Brasil, por su parte, la detención puede extenderse por 90 días, prorrogable por 90 días más (Lei No. 6.815, art. 69).

¹²⁵ CIDH, caso Jesús Vélez Llor v. Panamá, cit., caso 12.581, Audiencia del 28 de octubre de 2008, en www.cidh.org/audiencias; Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos de El Salvador, Informe del Procurador al Comité de la ONU sobre Trabajadores Migrantes y sus Familias, El Salvador, abril de 2008, párrafos. 196-198 y 236.

¹²⁶ En el caso mexicano, las Normas para el funcionamiento de las Estaciones Migratorias del Instituto Nacional de Migración,

¹²⁷ Entre los organismos internacionales, véanse: CIDH, Relatoría de Trabajadores Migrantes, Visita in loco a Guatemala, en Cuarto Informe de Progreso, 2002, párrafos. 385-389, y Segundo Informe de Progreso, cit., cap. VII; Comité de Derecho Humanos, Observaciones Finales, Costa Rica, CCPR/C/CRI/CO/5, del 16 de noviembre de 2007, párr. 9. En cuanto a resoluciones judiciales, ver Corte Suprema de Costa Rica, Tribunal Constitucional, Sala Constitucional, voto N° 12819-07, del 4 de septiembre del 2007; Guatemala, caso Exhibición personal C-24-2002, de la Sala duodécima de la Corte de Apelaciones, constituida en Tribunal Constitucional de exhibición personal, del 13 de



detención de migrantes en aeropuertos internacionales, espacios que resultan inadecuados cuando la detención se prolonga por más de un día, debido a la falta de instalaciones básicas (camas, duchas, comedores, cocinas, etc.)¹²⁸.

En cuanto a los niños y niñas, la revisión de la normativa y las políticas aplicadas en cada país, así como informes existentes al respecto, demuestran la ausencia de políticas específicamente destinadas a considerar sus necesidades, intereses y derechos. En la generalidad de los casos, la falta de actividades y espacios de recreación, la falta de provisión de servicios educativos y, en general, la no aplicación (en estas circunstancias) de los mecanismos existentes en el país para la protección integral de la infancia, contribuyen a generar condiciones arbitrarias de privación de libertad y al incremento del nivel de vulnerabilidad de la situación en que se encuentran muchos de esos niños y niñas.

Para finalizar, tanto el marco normativo existente en diversos países, que regula la detención de migrantes, independientemente del lugar concreto, a partir de una perspectiva que prioriza la cuestión de la seguridad -cuando no del castigo-, como la información existente sobre el funcionamiento real de esos espacios, dan cuenta de regímenes de privación de libertad que se asimilan a los previstos para las instituciones carcelarias.

En la amplia mayoría de los países de América Latina y el Caribe, las personas migrantes se ven sometidas a sistemas de retención que lejos de procurar la protección y la atención, se caracterizan por regímenes disciplinarios, de castigo y de restricción de la libertad y los derechos. Estos parámetros no varían en el caso de los niños y niñas migrantes que son alojados en tales establecimientos¹²⁹.

febrero de 2002. Entre los informes de organizaciones no gubernamentales, véase Amnistía Internacional, Bahamas, *Forgotten Detainees?*, cit.

¹²⁸ CERD, Observaciones Finales, Bahamas, CERD/C/64/CO/1, del 28 de abril de 2004, párr. 20; Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos de El Salvador, Informe al Comité de Trabajadores Migrantes, cit., 2008.

¹²⁹ Existen legislaciones, como las Normas para el Funcionamiento de las Estaciones Migratorias del Instituto Nacional de Migración (México) que prevén la imposición de medidas disciplinarias de hasta 20 días de encierro como castigo (art. 39). Organizaciones no gubernamentales tomaron conocimiento de medidas de "aislamiento"



A partir de este repaso sucinto sobre las características de los ámbitos y condiciones en que se priva de la libertad a personas migrantes en los países de América Latina y el Caribe, y a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos aplicables a estas circunstancias, consideramos apropiado formular las siguientes recomendaciones que como medidas pudiesen ser aplicadas por los Estados y otros actores del sistema.

Para los casos en que correspondiera aplicar alguna medida que implique la detención de personas migrantes en el marco de procedimientos migratorios, los Estados deben regular, en su legislación, el funcionamiento de los ámbitos físicos en los que se concretará a privación de libertad. Del mismo modo, se debe establecer legalmente el plazo máximo y las condiciones de esa detención.

Dicha regulación debería establecer explícitamente que el enfoque de derechos humanos y el principio de protección y no castigo, constituirán los vectores fundamentales a partir de los cuales se definirán esos centros y las condiciones de la detención.

En cuanto a la detención de niños y niñas migrantes, los Estados deben asegurar que la ley regule dicha posibilidad (salvo que expresamente la prohíba), con base en los estándares internacionales de derechos humanos, en particular el interés superior del niño y la obligación de proteger integralmente sus derechos, entre los aspectos prioritarios y por ende las obligaciones estatales a considerar en el caso de la custodia de Niños y Niñas por motivos migratorios, **consideramos que se deben tomar en consideración los siguientes aspectos:**

- Cuando se trate de niños niñas no acompañados, respetando la regla general que impide su detención, la ley debe crear los centros de atención y protección social adecuados.



- En el caso de niños y niñas migrantes con sus padres, la normativa debe diseñar centros sociales apropiados para asegurar un alojamiento respetuoso del principio de unidad familiar.
- En cualquier caso en que los niños y niñas migrantes sean alojados en un centro determinado en razón de su condición migratoria, y sin perjuicio del tipo de establecimiento, la legislación deberá establecer que el plazo y las condiciones de detención se definan en función del interés superior del niño, para su protección integral y el aseguramiento efectivo de sus derechos fundamentales.
- Los Estados deben diseñar las políticas públicas correspondientes a fin de hacer efectiva la existencia de lugares que cuenten con las características y condiciones antes señaladas. Ello incluye, por un lado, el aseguramiento de los recursos necesarios, y por el otro, la realización de acciones que garanticen una adecuada capacitación de las personas que desempeñen tareas en estas dependencias.
- Las políticas relativas a regular los centros de detención o alojamiento de personas migrantes deberán asegurar el diseño de un sistema completamente diferente al existente en centros penitenciarios, ya que se trata de personas en situación de vulnerabilidad cuyo alojamiento en tales sitios no se motiva en la comisión de un delito.
- Los Estados deberían crear, por ley, mecanismos independientes de control de los centros, en particular de las condiciones de detención y el efectivo ejercicio de los derechos y garantías fundamentales por parte de las personas allí alojadas.
- Los Estados deben asegurar mecanismos independientes que evalúen las denuncias de malos tratos efectuadas en contra de migrantes detenidos en estos establecimientos, así como el cumplimiento por parte del poder judicial del deber de investigar seria y diligentemente este tipo de delitos. Un mecanismo que supervise esta clase de hechos debería estar específicamente adecuado a los casos en que las víctimas sean niños y niñas.



- Los Estados deben reconocer por ley -y reglamentar razonablemente-, la posibilidad de acceso permanente a estos centros para las organizaciones sociales, incluidas las entidades defensoras de derechos humanos, las asociaciones de migrantes y demás instituciones concernidas.
- Los funcionarios y personal de dichos establecimientos deben estar particularmente capacitados para atender y proteger a grupos sociales en tal nivel de vulnerabilidad, como son las personas migrantes en situación irregular, y especialmente los niños y niñas. A tal fin, se deberían diseñar los mecanismos apropiados para alcanzar y certificar esa capacitación, que debe estar basada en un enfoque de derechos humanos y la noción de protección integral de la infancia.
- Deben implementarse las medidas dirigidas a asegurar las condiciones de higiene, alimentación y salubridad, entre otras, tomando en consideración, y como objetivos prioritarios, el mejor interés y desarrollo de los niños.
- Deben arbitrarse las medidas y los mecanismos oportunos para garantizar que los niños y niñas ejerzan, en tales circunstancias, derechos fundamentales tales como la recreación, la salud (física y psíquica) y la educación (que debe procurarse fuera del lugar de retención, salvo que el centro -no cerrado- cuente con las instalaciones adecuadas).
- Las oficinas de UNICEF podrían desarrollar, en la región y junto a otras instituciones concernidas, iniciativas que permitan supervisar eficazmente los lugares creados por los Estados para el alojamiento o detención de personas migrantes (niños y niñas, en particular) en el marco de procedimientos migratorios. Entre otros aspectos, podrían evaluarse los marcos normativos que regulan estos establecimientos, su ubicación, el cumplimiento de los plazos de detención, las condiciones de habitabilidad, el régimen disciplinario, la capacitación del personal a cargo, la garantía de derechos en esas circunstancias, el rol del poder judicial y otros organismos públicos (defensorías del pueblo, institutos de protección de la infancia, entre otros), el acceso de instituciones sociales, etc.



6-) GARANTÍAS DE DEBIDO PROCESO ANTE MEDIDAS QUE IMPLIQUEN PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD DE NIÑO Y NIÑAS EN EL MARCO DE PROCEDIMIENTOS MIGRATORIOS.

Las necesidades particulares de protección que tienen los niños y niñas migrantes, dada su situación de vulnerabilidad, se visibilizan con especial intensidad en ciertas circunstancias. Una de ellas es, sin dudas, la privación de la libertad dispuesta en razón de haber ingresado a otro país sin autorización o de encontrarse allí sin permiso de residencia o con éste vencido, tal como ha evidenciado un informe solicitado por el Parlamento Europeo¹³⁰. En la actualidad, la detención de migrantes (adultos y niños) debido a la infracción de las normas migratorias constituye una problemática que suscita una profunda preocupación en diferentes ámbitos nacionales e internacionales. La afectación del derecho a la libertad de las personas migrantes ha llevado a la Asamblea General de Naciones Unidas a instar a los Estados “a adoptar medidas efectivas para poner fin a los arrestos y detenciones arbitrarios de migrantes y a tomar acción para prevenir y castigar cualquier forma de privación ilegal de la libertad de migrantes”¹³¹.

Al examinar la problemática de la detención de personas migrantes, corresponde aclarar que, sin perjuicio de la diferente terminología que cada país pueda utilizar para denominar esta situación (albergar, aprehender, asegurar, internar, retener, etc.), lo relevante está en sus implicaciones prácticas y su naturaleza jurídica. Es decir, si una persona está privada de su libertad, sin tener la posibilidad

¹³⁰ Estudio The conditions in centres for third country national (detention camps, open centres as well as transit centres and transit zones) with a particular focus on provisions and facilities for persons with special needs in the 25 EU member states, elaborado por STEPS Consulting Social, por solicitud de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos Internos del Parlamento Europeo, Ref. IP/C/LIBE/IC/2006-181, Bruselas, 12/2007, pp. 29-35, 205-217.

¹³¹ Asamblea General, Resolución 59/194, Protección de migrantes, 2005. En los mismos términos se expresó la (extinta) Comisión de Derechos Humanos, en la Decisión 2001/52 sobre Derechos humanos de los migrantes, E/CN.4/RES/2001/52, del 24 de abril de 2001, párr. 18. A su vez, el Comité sobre la Eliminación de la Discriminación Racial recomendó a los Estados “asegurar la seguridad de los no-ciudadanos, en particular con respecto a la detención arbitraria...” (CERD, Recomendación General XXX, Discriminación Contra No Nacionales, 2004).



de entrar y salir libremente (o abandonar) el lugar donde ha sido alojada¹³², entonces las circunstancias deben ser evaluadas con base en los principios, normas y estándares que rigen el derecho a la libertad personal¹³³.

Sin perjuicio de las limitaciones y prohibiciones que los estándares de derechos humanos imponen respecto de la posibilidad de detener personas migrantes en razón de su condición migratoria, y especialmente cuando se trata de niños y niñas, en caso de que se decida recurrir a una medida privativa de libertad es preciso cumplir con ciertos requisitos relativos al procedimiento a seguir.

En tal sentido, las normas internacionales que consagran el derecho a la libertad personal establecen una serie de condiciones que deben satisfacerse a fin de que una privación de la libertad sea legítima. Estos requisitos constituyen garantías procesales que buscan asegurar el derecho a no ser detenido arbitrariamente y que conforman el “debido proceso legal” que precisa ser observado en todas las instancias procesales a efectos de que las personas puedan defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos¹³⁴.

Los estándares internacionales reconocen –con particular intensidad, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos– que cualquier actuación de los órganos estatales en un proceso administrativo o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal y que estas garantías mínimas se aplican en todos los órdenes en los cuales puedan afectarse los derechos de las personas, lo que incluye los procedimientos de índole migratoria¹³⁵. La Corte Interamericana ha subrayado que:

¹³² En este sentido, véase, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría de Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, Cuarto Informe de Progreso. Visita in loco a Guatemala, en Informe Anual 2002, párr. 376.

¹³³ Entre otros instrumentos internacionales, este derecho se encuentra consagrado en: Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 9); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 9); Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (art. 25); y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 7).

¹³⁴ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, cit., párr. 123.

¹³⁵ Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros, sentencia de 2 de febrero de 2001, párr. 124; Caso Ivcher Bronstein v. Perú, sentencia de 6 de febrero de 2001, párr. 102; OC-17/02, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, cit., párrafos. 115-136; OC-18/03, Condición Jurídica y Derechos de Migrantes Indocumentados, cit., párrafos. 121-126.



“...sin perjuicio de que los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingresos y salidas de migrantes “indocumentados”, esas medidas “deben siempre aplicarse con apego estricto a las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana”¹³⁶.

Estas garantías incluyen el derecho a ser informado de los motivos y razones de la detención, el control judicial inmediato de la privación de libertad por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial previamente establecido por ley, el derecho a ser oído, el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a que se informe sobre la detención a una tercera persona -por ejemplo, un familiar, un abogado y/o al cónsul del país de origen, según corresponda-, el derecho a recibir asistencia legal gratuita, a ser asistido por un intérprete si fuera necesario, etc.

El debido proceso legal debe ser reconocido a todas las personas que se encuentren bajo la jurisdicción de un Estado, lo que indudablemente incluye a las personas migrantes sin perjuicio de su condición migratoria¹³⁷, y con especial atención, cuando se trata de niños y niñas.

Por lo tanto, además de las garantías sustantivas y procesales que exigen los estándares internacionales para evitar una detención arbitraria, deben contemplarse los mecanismos específicos de protección para adecuar dichas garantías a las condiciones de los niños y niñas (entre otras, la regla general de no detención, el fiel cumplimiento del principio de interés superior del niño, etc.). Para los niños y niñas

¹³⁶ Corte IDH, OC-18/03, cit., párr. 119.

¹³⁷ Véase, al respecto, los principios establecidos en el Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Anexo II, Deliberación N° 5: Situación relativa a los inmigrantes y a los solicitantes de asilo, E/CN.4/2000/4, del 28 de diciembre de 1999. La Corte Interamericana afirmó que “el derecho al debido proceso legal debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se deben brindar a todo migrante, independientemente de su estatus migratorio” y que “el amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso comprende todas las materias y todas las personas, sin discriminación alguna” (Corte IDH, OC-18/03, cit., párr. 173.7). En igual sentido se expresó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, Relatoría Especial sobre Trabajadores Migratorios y miembros de sus familias en el hemisferio, Segundo informe de progreso, cit., párrafos. 89 y 90).



migrantes, y particularmente para aquellos no acompañados, el derecho a ser oído (consagrado en el artículo 9.2 de la CDN) cobra una especial relevancia. También respecto de niños y niñas no acompañados o separados de sus familias es de suma importancia, a fin de garantizar eficazmente el derecho a la libertad personal, brindarles acceso rápido y gratuito a la asistencia jurídica y de otra índole, y nombrarles un tutor y representante legal a fin de defender sus intereses y asegurar su bienestar¹³⁸. Cabe tener en cuenta que la dilación en la adopción de estas medidas representa una amenaza a la seguridad de los niños y niñas, dejándolos más expuestos al riesgo de ser víctimas de trata y otros abusos¹³⁹. Estas garantías deben ser tenidas en cuenta también en el marco de los procedimientos relativos a las medidas alternativas a la detención (o incluso, para determinar la opción más adecuada al caso).

El artículo 37 de la CDN consagra el derecho de todo niño a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción. Esta garantía también incluye el derecho a contar con un recurso efectivo para evitar una detención arbitraria¹⁴⁰. La intervención judicial, bien como autoridad competente para disponer la eventual privación de la libertad, o bien para verificar de forma inmediata la legalidad y racionalidad de la medida dictada por un organismo administrativo, también supone una garantía esencial en el marco de los mecanismos de control migratorio, y especialmente si la medida involucra a niños y niñas.

El derecho a establecer contacto con un familiar, por su parte, puede ser esencial cuando se trata de detenciones de menores de edad. En esos casos, tanto la autoridad que practica la detención como la responsable del lugar en que se

¹³⁸ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, cit., párr. 63.

¹³⁹ Así lo entendió la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en su Recomendación 1703 (2005) sobre protección y asistencia para niños no acompañados solicitantes de asilo.

¹⁴⁰ Sobre el derecho a un recurso efectivo, véase la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre los artículos 25 y 13 de la Convenciones Americana y europea de derechos humanos, respectivamente. A modo de ejemplo, véase la Opinión Consultiva OC-18/03 de la Corte IDH (cit., párr. 126) y la sentencia del caso Conka v. Bélgica (TEDH, caso No. 51564/1999, del 5 de febrero de 2002).



encuentra alojado el niño o niña, deben notificar inmediatamente a sus familiares o representantes, teniendo en cuenta el interés superior del niño. La finalidad de la notificación es que el menor de edad pueda recibir oportunamente la asistencia de la persona a quien se ha contactado¹⁴¹. Es importante recordar que los niños y niñas migrantes gozan también del derecho a la asistencia consular reconocido a toda persona extranjera detenida fuera de su país de origen¹⁴². La vigencia de este derecho implica, para la persona detenida, la posibilidad de comunicarse con un funcionario consular de su país, al tiempo que el Estado en cuyo territorio ocurre la detención tiene la obligación de informar al extranjero sobre dicho derecho y asegurar los medios para su vigencia efectiva¹⁴³.

Por otra parte, un problema recurrente que enfrentan los niños y niñas migrantes es el debate en torno a las modalidades y criterios para la definición de su edad. En muchos casos, los niños y niñas se encuentran en el país de tránsito o destino sin ningún documento que acredite su identidad y su edad, ante lo cual suelen ser tratados como adultos y no se les brinda la atención y protección adecuada a su condición. Al respecto, el Comité de Derechos del Niño ha establecido que la determinación de la edad debe tomar en cuenta no sólo el aspecto físico del individuo sino también su madurez psicológica, y que la evaluación debe realizarse con criterios científicos, seguridad e imparcialidad, atendiendo al interés del niño 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

¹⁴¹ 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, párr. 106; Caso Bulacio v. Argentina, cit., párr. 130; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri v. Perú, sentencia de 8 de julio de 2004, párr. 93

¹⁴² Artículo 36 de la Convención de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares y artículo 16.7 de la Convención para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y Miembros de sus Familias.

¹⁴³ Según la Corte Interamericana, este derecho, al igual que el derecho a contar con un traductor cuando la persona (el niño, en este caso) desconoce el idioma en que se desarrolla el procedimiento, se fundamenta en la necesidad de "reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia" para alcanzar los objetivos del proceso atendiendo el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y la prohibición de discriminación (Corte IDH, OC-16/99, cit., párr. 119).



se trate de un menor de edad, se le trate como tal¹⁴⁴, incluso al momento de resolver si correspondería adoptar una medida privativa de la libertad.

Por lo antes expresado, recurrir excepcionalmente a la detención de niños y niñas migrantes requiere el desarrollo de medidas y mecanismos que aseguren efectivamente, de manera previa y durante la ejecución de la medida, las garantías fundamentales de debido proceso, adecuadas a la condición y edad de la persona, centrándose en la protección especial de la cual es titular.

En la mayoría de los países, la privación de libertad de migrantes es dispuesta por organismos del poder ejecutivo¹⁴⁵, aunque en ciertas ocasiones la autoridad competente es un juez o tribunal de justicia¹⁴⁶. Aquellas legislaciones que disponen que sea un organismo administrativo, difieren en relación con la posibilidad y alcance de un control posterior de la medida por parte del poder judicial o de otro órgano administrativo: en ocasiones, la normativa dispone de un recurso de apelación ante un tribunal administrativo (sin efecto suspensivo)¹⁴⁷, o un recurso sumario ante un tribunal judicial; en otros casos, la normativa establece que la medida privativa de la libertad de migrantes no puede ser revisada por tribunal alguno¹⁴⁸. A su vez, hay leyes que, aún cuando regulan el procedimiento relativo al ingreso o expulsión del país, no fijan ningún tipo de recurso contra una orden de detención¹⁴⁹. En algunos Estados, en los que la ley no prevé la interposición de

¹⁴⁴ Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 6 (2005): Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen (CRC/GC/2005/6, 1º de septiembre de 2005), párr. 31.

¹⁴⁵ Barbados, Immigration Act, art. 22 (puede ser detenido por un oficial de inmigración o por la policía); Brasil, Ley No. 6.815, art. 69 (Ministro de Justicia); Colombia, Decreto 4.000/04, art. 109 (autoridad migratoria); Costa Rica, Ley General de Migración y Extranjería, art. 211 (Dirección General de Migración y Extranjería); Ecuador, Ley de Migración, art. 31 (Intendente General de Policía); Guatemala, Ley de Migración, art. 111 (Dirección General de Migración); Nicaragua, Ley de Extranjería, art. 65 (Director de Migración y Extranjería); Panamá, Decreto Ley 3/2008, art. 93 (Servicio Nacional de Migración); República Dominicana, Ley 285, art. 126 (Director General de Migración).

¹⁴⁶ Argentina, ley 25.871, art. 70; Paraguay, Ley Nº 978 de Migraciones, art. 83.

¹⁴⁷ Costa Rica, Ley General de Migración y Extranjería, art. 194.

¹⁴⁸ Barbados, Immigration Act, art. 23.1; Colombia, Decreto 4.000/04, art. 72 (en relación a la decisión de inadmisión al territorio y -eventual- retención por 36 horas).

¹⁴⁹ Entre otros casos, cabe mencionar la legislación de Argentina, Brasil, Chile, Ecuador, Guatemala, Paraguay y República Dominicana. De ello no se deriva que, en la práctica,



recursos contra la detención ni regula el procedimiento a seguir, ha sido la intervención judicial (en particular, a través del recurso de hábeas corpus) la que ha reconocido las garantías de debido proceso¹⁵⁰.

Contrario a lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁵¹, la gran mayoría de las legislaciones de la región no contemplan garantías para el ejercicio del derecho a la defensa gratuita, específicamente para los migrantes que se encuentran detenidos en el marco de procedimientos migratorios¹⁵². En alguno de los pocos países cuyas legislaciones contemplan la asistencia jurídica gratuita, resta adoptar políticas que la hagan plenamente efectiva¹⁵³. No obstante, en ningún caso se disponen formas específicas de asegurar este derecho a las personas menores de edad, particularmente a los niños y niñas no acompañados. En alguno de los pocos países cuyas legislaciones contemplan la asistencia jurídica gratuita, resta adoptar políticas que la hagan plenamente efectiva¹⁵⁴. No obstante, en ningún caso se

las personas detenidas no puedan utilizar las vías recursivas previstas en el ordenamiento jurídico para cualquier caso de privación de libertad.

¹⁵⁰ Al respecto véase, por ejemplo, las sentencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, en los casos 10-J-96 (Cañas y otros v. Dirección Nacional de Migración) y 70-98 (Rosales v. Ministerio del Interior y Director Nacional de Migración). En igual sentido, ver Guatemala, caso Exhibición personal C-24-2002, de la Sala duodécima de la Corte de Apelaciones, constituida en Tribunal Constitucional de exhibición personal, del 13 de febrero de 2002.

¹⁵¹ La Corte IDH señaló que “se vulnera el derecho a las garantías y a la protección judicial por varios motivos: por el riesgo de la persona cuando acude a las instancias administrativas o judiciales de ser deportada, expulsada o privada de su libertad, y por la negativa de la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a su favor, lo cual impide que se hagan valer los derechos en juicio”, por lo que “el Estado debe garantizar que el acceso a la justicia sea no solo formal sino real” (OC-18/03, cit., párr. 126).

¹⁵² Relator de Naciones Unidas sobre derechos de Trabajadores Migrantes, Relator especial sobre los derechos humanos de los migrantes concluye su visita oficial a Guatemala, Nota de prensa, Guatemala, 28 de marzo de 2008.

¹⁵³ Argentina, ley 25.871, art. 86. Sin embargo, a fines de 2008, cinco años después de la sanción de la ley de migraciones, ésta aún ha sido reglamentada, lo que ha demorado la puesta en funcionamiento de diversas disposiciones de esta normativa, como el referido a la asistencia jurídica gratuita.

¹⁵⁴ Argentina, ley 25.871, art. 86. Sin embargo, a fines de 2008, cinco años después de la sanción de la ley de migraciones, ésta aún ha sido reglamentada, lo que ha demorado la puesta en funcionamiento de diversas disposiciones de esta normativa, como el referido a la asistencia jurídica gratuita.



disponen formas específicas de asegurar este derecho a las personas menores de edad, particularmente a los niños y niñas no acompañados.

Prácticamente, ninguna de las leyes vigentes en los países de América Latina y el Caribe, regula de manera expresa garantías procesales como el derecho a comunicarse con un abogado y con los representantes consulares¹⁵⁵ o a contar con la asistencia de un intérprete¹⁵⁶. En la mayoría de las normas analizadas tampoco se establece explícitamente la obligación de motivar la orden de detención de una persona migrante en un procedimiento relativo al ingreso o permanencia en el país, ni el deber de revisar periódicamente la pertinencia de mantener una medida privativa de la libertad.

Por último, y sin perjuicio de la mayor o menor regulación legal de las garantías de debido proceso, diversos informes elaborados especialmente por organizaciones de la sociedad civil¹⁵⁷, organismos internacionales o, como hemos señalado, también por tribunales de justicia, han dado cuenta de la vulneración de estas garantías en las prácticas de detención y expulsión de migrantes, adultos y niños. Se ha denunciado, en tal sentido, la falta de previsión normativa de los recursos correspondientes, la inexistencia de un proceso debida e íntegramente regulado y el incumplimiento, por parte de las autoridades competentes, de los procedimientos vigentes.

¹⁵⁵ Uno de los países que sí lo hace es Panamá (Decreto Ley Nº 3/08, art. 94).

¹⁵⁶ Entre las excepciones, el Reglamento de la Ley General de Población, México, del 14 de abril de 2000, art. 209.V.

¹⁵⁷ Al respecto, véase, entre otros: Amnistía Internacional, República Dominicana. Vidas en Tránsito: la difícil situación de la población migrante haitiana y de la población dominicana de ascendencia haitiana, Ref.: AI: AMR 27/001/2007; Centro de Documentación en Derechos Humanos, Segundos Montes Mozo, Informe para el Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias, Misión al Ecuador, Detenciones arbitrarias a extranjeros/as, inmigrantes irregulares, solicitantes de refugio y refugiados, febrero de 2006.



Frente a este escenario, descrito hace unos años por la Relatoría sobre Trabajadores Migrantes de la Comisión Interamericana¹⁵⁸, **se considera oportuno efectuar las recomendaciones de las medidas que se presentan a continuación:**

- Los Estados que aún no contemplen las garantías de debido proceso expresamente reconocidas en relación con la privación de libertad de migrantes menores de edad, en el marco de procedimientos migratorios (averiguación de identidad, edad, ingreso, permanencia), deben reformar el marco jurídico a fin de introducir dichas garantías.
- La legislación de los distintos Estados debe contener garantías específicas para niños y niñas migrantes, en el caso excepcional de que se prevea, como último recurso, la posibilidad de adoptar una medida privativa de la libertad, tanto si se encuentran con su familia como no acompañados. Las garantías fundamentales de debido proceso deben estar plenamente adecuadas a la edad y madurez de cada niño y niña.
- En particular, todo niño o niña migrante debe tener reconocido normativamente, entre otros derechos, los siguientes: su derecho a ser oído, a contar con un abogado y a la asistencia jurídica gratuita, a tener un representante legal cuando estuviera separado o no acompañado por sus padres, al derecho a acceder a la justicia, encarnado en un tribunal independiente e imparcial frente al cual impugnar la medida privativa de su libertad, el derecho a que la decisión sobre su libertad esté escrita y debidamente fundamentada, el derecho a disponer de un recurso efectivo, a contar con un intérprete, a la asistencia consular, y a la revisión judicial inmediata y periódica de la orden de detención.
- Esta protección normativa debe estar acompañada de los mecanismos y las políticas adecuadas. Para ello los Estados deben asignar los recursos que sean necesarios, a fin de asegurar el ejercicio pleno de estas garantías.
- Como principio general, la legislación debería establecer que sólo la autoridad judicial sea competente para disponer la privación de libertad de una persona. En el caso excepcional que se otorgue competencia a una autoridad

¹⁵⁸ Relatoría de Trabajadores Migratorios y sus Familiares, Segundo Informe de Progreso, CIDH, Informe Anual 2002.



administrativa, debe exigirse la revisión judicial inmediata de dicha medida, así como el control posterior sobre su ejecución y sobre la necesidad de mantener vigente la decisión adoptada.

- A fin de evaluar el cumplimiento del debido control judicial sobre la privación de libertad de personas migrantes, en especial cuando se trata de niños y niñas, los Estados deberían llevar una base de datos actualizada sobre la jurisprudencia en la materia, respetando debidamente el principio de confidencialidad en casos que involucren a menores de edad.
- A fin de garantizar un efectivo derecho a la asistencia jurídica gratuita, los Estados deberían desarrollar planes de formación y capacitación para abogados, jueces y otros agentes del sistema de administración de justicia y autoridades competentes en el área migratoria, con especial énfasis en derechos humanos y, más específicamente, en derechos de los niños y derechos de personas migrantes.

Las oficinas de UNICEF podrían diseñar iniciativas dirigidas a cooperar con los Estados para la adecuación del marco normativo migratorio, y de las prácticas consecuentes, a los estándares en materia de garantías procesales de niños y niñas, en casos relativos a la privación de la libertad. Junto a otros actores concernidos, UNICEF podría evaluar la aplicación efectiva de estas medidas, desde un enfoque centrado en el interés superior del niño, la obligación de protección integral.

7.-) PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN EN RELACIÓN CON NIÑAS Y NIÑOS MIGRANTES.

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



Una reformulación de la interrogante contenida en el punto 7 de la opinión consultiva presentada sería: ¿Cuál es el alcance y contenido del principio de no devolución, al adoptarse medidas que puedan implicar el retorno de un niño/a a un país determinado? **La respuesta requerida involucra el alcance y contenido de los Artículos 1 (Obligación de Respetar los Derechos), 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) , 4.1 (Derecho a la Vida) , 5 (Derecho a la Integridad Personal) , 7(Derecho a la Libertad Personal), 8 (Garantías Judiciales), 19 (Derechos del Niño), 22.7(Derecho de Circulación y de Residencia... de buscar y recibir Asilo en territorio extranjero..) , 22.8 (Derecho de Circulación y de Residencia... prohibición de expulsión o devolución a otro país que no sea de origen..) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana; Artículo 13 inciso 4 (Prohibición de concesión de extradición y de devolución de persona requerida..) de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, y a los Artículos 1 (Derecho a la vida, a la libertad , a la seguridad e integridad de las personas), 25 (Derecho a la Protección contra la detención arbitraria) y 27 (Derecho de Asilo) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.**

La consulta, sobre el tema puntual, viene precedida de una serie de casuísticas que grafican potenciales violaciones de los derechos humanos de los niños/as migrantes, consagrados en los textos internacionales invocados, con particular énfasis en la prohibición de no devolución de los mismos, lo que exigiría a los Estados – en la elaboración de su política migratoria - compatibilizarla con los estándares internacionales que rigen la materia, lo que propicia la necesidad de que la Corte Interamericana de Derechos Humano, en ese contexto y vía consultiva, identifique las coberturas que el Estado debe brindar para satisfacer las necesidades de protección integral de los derechos de los niños y niñas que se encuentran en las coyunturas descriptas, que, básicamente, incluyen la identificación de especiales necesidades de protección; la referencia al sistema de asilo; la tramitación de solicitud a través de un procedimiento diferenciado que contemple las necesidades específicas de los niños/as refugiados/as, recaudos que deben ser evaluados sobre la base del interés superior del niño/a y del principio de protección especial de las diversas medidas susceptibles de ser adoptadas durante el procedimiento administrativo migratorio y, en su caso, en el trámite de reconocimiento de asilo, así como los arreglos institucionales para brindar soluciones temporales y definitivas.



Debe admitirse -salvo casos puntuales en los que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha fijado pautas interpretativas en opiniones consultivas¹⁵⁹ y casos contenciosos,¹⁶⁰ entre otros, que se relaciona con niños/as migrantes- que no abundan estándares jurisprudenciales específicos sobre los que se formula la consulta. Así, en su Opinión Consultiva sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados¹⁶¹, describió, en general, los principios básicos de derechos humanos que deben regir la política de inmigración de los Estados miembros de la OEA. Específicamente la Corte Interamericana indicó que los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingresos y salidas de migrantes indocumentados a su territorio, los cuales deben siempre aplicarse con apego estricto a las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana. Igualmente destacó que los Estados deben respetar los derechos humanos y garantizar su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa¹⁶².

Empero, tratándose de niños/as, la protección de sus derechos humanos, como obligación estatal, se debe construir sobre la base del "*Interés Superior del Niño*". En la Opinión Consultiva N° 17¹⁶³, la Corte Interamericana aborda puntualmente el tema del Interés Superior del Niño¹⁶⁴, instrumento que se incorpora al corpus juris de

¹⁵⁹ OC- N° 17 Sobre Derechos del Niño, párr. 82.

¹⁶⁰ Caso de las Niñas Yean y Bósico vs República Dominicana, párrafo, 156.

¹⁶¹ OC – N° 18/03

¹⁶² Ídem, párrafos. 118, 119.

¹⁶³ Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.

¹⁶⁴ "Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda 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 así como en la naturaleza y alcances de la Convención Sobre Los Derechos del Niño... la Convención sobre Derechos del Niño alude al interés superior de éste (artículos 3, 9, 18, 20, 21, 37 y 40) como punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en ese instrumento, cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades. A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos... La expresión "interés superior del niño", consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.."



los derechos humanos de los niños y niñas, aportando sustanciales avances con rango de interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos de aquellos, permitiendo una mayor flexibilidad interpretativa según las particularidades de cada caso, haciendo posible una línea jurisprudencial activa y actualizada sobre la compleja relación del niño con el Estado, la sociedad y la familia, según lo exija la cultura jurídica del tiempo en que se deba realizar dicho análisis.

De la noción del interés superior del niño y su aplicación matizado con otros instrumentos internacionales comprometidos en la consulta analizada, puede afirmarse, en síntesis, que es un principio garantista, ya que en toda decisión que afecte a un niño, el axioma se ubica en la cúspide del orden de prelación, por lo que asigna su primacía en la interpretación de sus derechos humanos, observancia imperativa que es impuesta al legislador, a las autoridades e instituciones (públicas y privadas), y a los padres; opera como regla de interpretación y/o resolución de conflictos jurídicos que involucran a niños; actúa como línea de directriz u orientación para la formulación de políticas y actuaciones públicas tendientes a la satisfacción plena de sus derechos en aras de su desarrollo integral y armónico.

Por consiguiente, el hecho de que no sean profusos los estándares concretos sobre la materia que motiva la consulta, no debe ser obstáculo para construirla a partir de los numerosos instrumentos manifestados por Relatorías Temáticas, Informes, Observaciones y Recomendaciones de la OEA y de las Naciones Unidas que contienen, a la luz del interés superior del niño, importantes referencias de buenas prácticas aplicables al caso, pues tal como lo ha afirmado la Corte Interamericana:

“El corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas



jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo¹⁶⁵...”

A efectos de lo anterior, se debe considerar que la situación de los migrantes, desde la perspectiva de los derechos humanos, siempre ha sido una materia inquietante, pues como ha señalado la Corte Interamericana¹⁶⁶, generalmente los migrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos, en una condición individual de ausencia o diferencia de poder con respecto a los no-migrantes (nacionales o residentes). Esta condición de vulnerabilidad tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones de jure (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y de facto (desigualdades estructurales). Esta situación conduce al establecimiento de diferencias en el acceso de unos y otros a los recursos públicos administrados por el Estado. Existen también prejuicios culturales acerca de los migrantes, que permiten la reproducción de las condiciones de vulnerabilidad, tales como los prejuicios étnicos, la xenofobia y el racismo, que dificultan la integración de los migrantes a la sociedad y llevan a la impunidad de las violaciones de derechos humanos cometidos en su contra.

Asimismo - apoyado en lo señalado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución sobre “Protección de los migrantes” - adujo que se debe tener presente “la situación de vulnerabilidad en que suelen encontrarse los migrantes debido, entre otras cosas, a que no viven en sus Estados de origen y a las dificultades que afrontan a causa de diferencias de idioma, costumbres y culturas, así como las dificultades económicas y sociales y los obstáculos para regresar a sus Estados de origen a que deben hacer frente los migrantes sin documentación o en situación irregular”. La mencionada Asamblea expresó, asimismo, su preocupación “por las manifestaciones de violencia, racismo, xenofobia y otras formas de discriminación y trato inhumano y degradante de que son objeto los migrantes, especialmente las mujeres y los niños, en diferentes partes del mundo”. Con base en estas consideraciones, la Asamblea General reiteró la necesidad de que todos los

¹⁶⁵ OC- Nº 16 Sobre Derecho de Información de Asistencia Consular, párrafo. 115

¹⁶⁶ OC-18/03 Sobre Condición Jurídica y Derechos de Migrantes Indocumentados, párrafos 112,113, 114.



Estados protejan plenamente los derechos humanos universalmente reconocidos de los migrantes, en particular de las mujeres y los niños, independientemente de su situación jurídica, y que los traten con humanidad, sobre todo en lo relativo a la asistencia y la protección.

A propósito de niños migrantes, el Relator Especial¹⁶⁷ ha observado, inter alias, que los niños siempre han formado parte de los movimientos migratorios y se han visto afectados por ese hecho de diversas maneras. En los países de origen, se ven afectados los niños a los cuales los familiares migrantes dejan atrás. En los países de tránsito los niños en movimiento se ven afectados también, en la etapa anterior a la partida y en la etapa de llegada del proceso migratorio. Y en los países de destino y receptores, los niños se ven afectados a la llegada, después de la llegada, durante la larga permanencia y durante el proceso de integración. Explica que los niños pueden emigrar de diversas maneras, siendo la forma más natural atravesar las fronteras con sus padres o acompañados por otros miembros de la familia u otros adultos. Sin embargo, los niños buscan cada vez con mayor frecuencia la posibilidad de emigrar a través de las fronteras en forma autónoma y sin compañía. También los niños forman parte cada vez más de corrientes migratorias mixtas, movimientos de población en masa que incluyen a refugiados, solicitantes de asilo, migrantes económicos y otros migrantes. Convertirse en presa de la delincuencia organizada transnacional y ser objeto de prácticas de explotaciones como el contrabando, la trata de personas y las formas contemporáneas de la esclavitud, lo que en algunos casos se describe como formas abusivas de migración, son problemas que muchos niños pueden encarar como parte de su experiencia migratoria.

Refiere también el Relator Especial que la protección de los niños durante la migración conlleva necesariamente una perspectiva de género, por cuanto las mujeres y las niñas representan casi el 50% de los migrantes internacionales. La necesidad de tener en cuenta la especial vulnerabilidad de las niñas ante la violencia y la discriminación por motivos de género queda ilustrada, entre otras cosas, por el hecho de que las restricciones de viaje adicionales relacionadas con la necesidad de contar obligatoriamente con la tutela de un varón pueden incidir en el número de niñas que recurren a canales irregulares para migrar. La dimensión de género de la

¹⁶⁷ INFORME DEL RELATOR ESPECIAL SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES, de conformidad con las Resoluciones 63/184 de la Asamblea General y 8/10 del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (A/64/213)



migración incluye también cuestiones relacionadas a la trata de personas con fines de explotación sexual, trabajo forzoso y otras formas de explotación, así como otros abusos a los que las niñas son más vulnerables durante la migración, como la solicitud de favores sexuales a cambio de protección o promesa de cruzar una frontera, etc.

De lo expuesto se colige como característica fundamental de las personas migrantes, el carácter de vulnerabilidad entendida como la situación de falta de poder, impuesta a una persona por la estructura de poder de un país. Es necesario precisar que la vulnerabilidad no es una condición que lleve consigo un migrante; lo que sí le es inherente, como a todo ser humano, es la facultad de trascender situaciones impuestas no deseadas, y es aquí donde la función habilitadora de la protección de los derechos humanos juega un rol importante y con más razón, con positividad reforzada, cuando los involucrados son niñas/os migrantes, tal como lo ha interpretado la Corte Interamericana al afirmar:

“..Esta Corte ha establecido que los niños y niñas tienen derechos especiales a los que corresponden deberes específicos por parte de la familia, la sociedad y el Estado. Además, su condición exige una protección especial que debe ser entendida como un derecho adicional y complementario a los demás derechos que la Convención reconoce a toda persona.”¹⁶⁸

Todo lo anterior nos aproxima a proponer una respuesta a la interrogante consultiva consistente en la determinación del alcance y contenido del principio de no devolución, al adoptarse medidas que puedan implicar el retorno de un niño/a a un país determinado, en el contexto de los diversos preceptos internacionales invocados. Aun cuando la solicitud se circunscribe a concretas normas internacionales (declaraciones y convenciones), estas no pueden ser interpretadas aisladamente de otros preceptos de igual naturaleza que regulan materias afines y específicas vinculadas al catálogo de interrogantes que propone la consulta y que están focalizadas hacia los derechos humanos de niños/as Migrantes. Por consiguiente, una exegesis integral y armónica exige que las estipulaciones

¹⁶⁸ Campo Algodonero vs México:



involucradas en la consulta, para contribuir a fijar el sentido y alcance de las mismas, sean examinadas en función a las Convenciones, Tratados , Principios¹⁶⁹, etc. concernientes a los derechos humanos de los niños, de modo tal a que la interpretación atienda a “la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”, y cooperen a la aplicación más favorable de las disposiciones cuya interpretación se requiere; máxime considerando que pertenecen al sistema interamericano, o fueron adoptados dentro del marco o bajo los auspicios de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana.

Amén de lo expuesto, los derechos de los niños y las correlativas obligaciones estatales comprometidos en la consulta están íntimamente conectados, como sostuvo, en su voto concurrente, el Juez Antônio Augusto Cançado Trindade, al afirmar, inter alias

“.. Siendo así, no hay, jurídica y epistemológicamente, impedimento alguno a que dichas medidas, que hasta el presente han sido aplicadas por la Corte Interamericana en relación con los derechos fundamentales a la vida y a la integridad personal (artículos 4 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), sean aplicadas también en relación con otros derechos protegidos por la Convención Americana. Siendo todos estos derechos interrelacionados..”; y “En cuanto a los derechos protegidos, entiendo que la muy grave complejidad del problema del desarraigo acarrea la extensión de la

¹⁶⁹ El primer instrumento internacional relativo a aquéllos fue la Declaración de Ginebra de 1924, adoptada por la Unión Internacional para la Protección de la Infancia . Otros instrumentos internacionales aplicables, en diversa medida, a los niños, la Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (1959), las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing, 1985) , las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio, 1990) , y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad, 1990) . En este mismo círculo de protección del niño figuran también el Convenio 138 y la Recomendación 146 de la Organización Internacional del Trabajo y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En el sistema interamericano se destaca el principio 8 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948) y el artículo 19 de la Convención Americana, así como los artículos 13, 15 y 16 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”).



aplicación de las medidas provisionales tanto a los derechos a la vida y a la integridad personal (artículos 4 y 5 de la Convención Americana) como a los derechos a la libertad personal, a la protección especial de los niños en la familia, y de circulación y residencia (artículos 7, 19 y 22 de la Convención)..”¹⁷⁰

Y en tal sentido, el alcance y contenido del principio de no devolución de niños y niñas migrantes, no puede sino tener su fuente inspiradora en el “Interés Superior del Niño” que constituye el paradigma clave e insoslayable para la interpretación de sus derechos y, correlativamente, de los deberes de todos los que se relacionan con los niños, sean personas, instituciones y los mismos Estados. Tal criterio ha sido reconocido por la CIDH al sostener: “...en todos los casos que involucren decisiones que afecten la vida, la libertad, la integridad física o moral, el desarrollo, la educación, la salud u otros derechos de los menores de edad, dichas decisiones sean tomadas a la luz del interés más ventajoso para el niño¹⁷¹.” La postura de referencia es consecuente con la dimensión interpretativa que la Corte Interamericana asigna a dicho principio al sustentar lo que sigue:

“La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de la infancia y la adolescencia, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad¹⁷²...”

En esa misma línea de pensamiento se ubica el Relator Especial¹⁷³, quien al expresar su preocupación sobre los derechos humanos de los niños migrantes y al abordar el tema de la deportación - como una modalidad de la devolución - insta a los Estados a tener en cuenta el principio de no devolución de los niños no

¹⁷⁰ Resolución de la Corte Interamericana de fecha 18 de agosto de 2000 (Medidas Provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República Dominicana – Caso de Haitianos y Dominicanos de origen Haitiano en la República Dominicana -). Párrafos. 14, 15.

¹⁷¹ CIDH. INFORME ANUAL 1997. CAPITULO VII.

¹⁷² Campo Algodonero vs México.

¹⁷³ INFORME DEL RELATOR ESPECIAL SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES, de conformidad con las Resoluciones 63/184 de la Asamblea General y 8/10 del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (A/64/213)



acompañados, en virtud del cual los niños solo deben ser repatriados si ello redundara en su interés, es decir, con el objeto de contribuir a la reunificación familiar y con las debidas garantías procesales. Señala también que para hacer realidad la aplicación de ese principio, habría que adoptar políticas públicas y establecer un marco jurídico en los países de origen y de destino.

Sobre el tema puntual, el Comité de Derechos del Niño¹⁷⁴, ha dicho que 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 y, en particular, deben atenerse a las obligaciones recogidas en el artículo 33 de la Convención de 1951 sobre los Refugiados y en el artículo 3 de la Convención contra la Tortura. Asimismo, en cumplimiento de las obligaciones resultantes de la Convención, los Estados no trasladarán al menor a un país en el que haya motivos racionales para pensar que existe un peligro real de daño irreparable para el menor, por ejemplo, pero no sólo, del tipo de los contemplados en los artículos 6 y 37 de la Convención, sea en el país hacia el que se efectuará el traslado, sea a todo país al que el menor pueda ser ulteriormente trasladado. Las obligaciones antedichas de no devolución son aplicables con independencia de que las violaciones graves de los derechos garantizados por la Convención sean imputables a actores no estatales o de que las violaciones en cuestión sean directamente premeditadas o sean consecuencia indirecta de la acción o inacción. 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.

En ese mismo contexto, el instrumento en mención, refiere que la determinación del interés superior del niño, a la luz del principio de no devolución, 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. Así pues, permitir el acceso del menor al territorio es condición previa de este proceso de evaluación inicial, el cual debe efectuarse en un ambiente de amistad y seguridad y a cargo de

¹⁷⁴ Observación General N° 6 (2005), Trato de menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen.



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

En conclusión, sobre este punto concreto de la solicitud de opinión consultiva, consideramos que el principio de referencia, en cuanto a su alcance y contenido, debe ser interpretado de modo preponderantemente restrictivo y exuberantemente tuitivo. Lo primero, porque la presencia de niños no acompañados o separados de sus padres en un país extraño al de origen, sin contar con una eventual autorización de sus progenitores o tutores, no es *per se* una razón legítimamente suficiente para negarle la protección contra la devolución. En todo caso, en la hipótesis de que se decida por la devolución (*ultima ratio*), esta debe estar plasmada en una resolución escrita que acredite de modo adecuado y fehaciente que lo decidido protege el interés superior del niño/a; recordando que tal principio obliga a escuchar al niño y a valorar en forma adecuada su opinión, la cual como se indico al principio de este informe, no es una opinión absoluta, pero es un principio central que exige que el eventual contraste con la opinión del niño se exprese a través de argumentos.¹⁷⁵ Es por ello que la decisión que se concrete, debe el procedimiento permitir sea recurrida ante la misma autoridad administrativa dictante o su superior, y en todo caso, ante una instancia ejercida por autoridad judicial. Inclusive, debe preverse el recurso de revisión, susceptible de ser planteado tras haber quedado firme el decisorio.

Lo segundo, porque tal medida (la devolución) no debe, ni puede tener carácter de castigo por estatus migratorio irregular, en razón de que de un enfoque de niñez, que incluya el principio de interés superior como un elemento fundamental de la decisión a adoptar, exige una respuesta radicalmente diferente y orientada a la protección integral de los niños/as involucrados, que contemple, al menos, la atención individual de cada niño/a por parte de autoridades de infancia y especialistas en niñez; la realización de una evaluación particular de cada niño mediante un debido proceso, incluyendo su derecho a ser oído, a un tutor y, eventualmente, a un representante legal, recaudos que, por vía de principio, deben apuntar hacia la repatriación voluntaria y reunificación familiar. En este contexto debe estar incluido la obligación estatal de respetar y garantizar todos los derechos

¹⁷⁵Peritaje dado por Emilio García Méndez, en Audiencia celebrada en Bogotá, Colombia, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 23 de agosto de 2011, en el Caso Karen Átala Rizzo e Hijas Vs. Chile.



humanos de los que son especiales acreedores los niños/as, cualquiera sea la categoría que ostenta (migrante irregular, refugiado, asilado), de modo tal que, de acuerdo a sus particulares circunstancias, se mantenga incólume su desarrollo integral y sean protagonistas en la superación de sus difíciles situaciones, las que redundaran en beneficio de sus proyectos de vida.

Hacia la propuesta de solución sugerida parece orientarse la Corte Interamericana, pues en una resolución sobre medidas provisionales en favor de varias personas migrantes haitianas ante una inminente deportación desde República Dominicana, desarrolló una pionera jurisprudencia dentro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Por la citada resolución se decretó la protección de tales personas, ordenando que la República Dominicana se abstuviera de deportarlas o expulsarlas; requirió el permiso para que otras personas –ya expulsadas– pudiesen retornar; requirió su colaboración para obtener información acerca de otras personas desaparecidas y la realización de determinadas reunificaciones familiares. También pidió mayor información sobre la situación de los miembros de las comunidades o “bayates” que pueden estar sujetos a expulsión y la efectiva protección de las personas que habían actuado en el proceso como testigos.¹⁷⁶

En su voto concurrente a esa resolución, el Presidente de ese Tribunal reforzó esa tesis al señalar que se deben adoptar nuevas formas de protección para erradicar la exclusión social y la pobreza extrema “aunque no estén literalmente contempladas en los instrumentos internacionales de protección del ser humano vigentes”. Una de ellas debe recordar que el principio de no devolución (non-refoulement), piedra angular de la protección de los refugiados, es un principio que “puede invocarse inclusive en contextos distintos, como el de la expulsión colectiva de migrantes ilegales o de otros grupos.

¹⁷⁶ Resolución de fecha 18 de agosto de 2000 (Medidas Provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República Dominicana – Caso de Haitianos y Dominicanos de origen Haitiano en la República Dominicana -)



8.-PROCEDIMIENTO PARA LA IDENTIFICACIÓN Y EL TRATAMIENTO DE NIÑOS Y NIÑAS EVENTUALES SOLICITANTES DE ASILO O REFUGIO.

Que características, a la luz del artículo 22.7 de la Convención Americana y el artículo 27 de la Declaración 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.

Los peticionarios de la consulta requieren de la Corte Interamericana que determine las características que deben reunir – conforme al Derecho de Asilo reconocidos en la Convención Americana y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre - los procedimientos a utilizarse cuando es identificado un niño/migrante como potencial solicitante de asilo o reconocimiento de la condición de refugiado. El requerimiento apuntado responde al objetivo – según se aduce - de que los Estados tengan una clara definición de las medidas y acciones a adoptar en materia de identificación de las necesidades y riesgos a los que están expuestos los niños/as migrantes dentro de los flujos mixtos, a los fines de la protección internacional de sus derechos humanos.

A los efectos de emitir una postura conclusiva sobre la pregunta que proponen los estados que presentaron la opinión consultiva, es conveniente partir de la idea de que los flujos mixtos constituyen movimientos de población complejos, que incluyen a refugiados, migrantes económicos y otras personas con necesidades especiales de protección y asistencia (esto incluye personas traficadas ilícitamente, víctimas de trata, migrantes extracontinentales y/o niños/as no acompañados o separados). Se llaman flujos migratorios mixtos, precisamente, debido a la complejidad de su composición, características y necesidades específicas que presentan las personas que los integran. En América, dentro del cuadro general del mapa migratorio, la migración irregular representa un fenómeno de especial atención. En primer lugar, porque se da en contra de la voluntad de los gobiernos y de los migrantes, porque las condiciones en su país de origen impiden que su permanencia sea viable. Por ello, es necesario determinar el impacto real de las migraciones en la sociedad vis a vis la percepción social de las migraciones.



Y es que se considera el supuesto impacto negativo de las migraciones en los mercados de trabajo o en los mismos servicios sociales. Sin embargo, por el contrario, se observa que en los países receptores hay una verdadera competencia entre el sector empleador que busca una mano de obra inmigrante barata y aquellos empleadores que ven en la inmigración ilegal una competencia desleal. Lo cierto es que la lógica de los Estados en relación con la situación de los migrantes es tratar de manejar el problema desde una óptica policial administrativa inmediateista a partir del derecho soberano que tienen los Estados de controlar el flujo migratorio en su territorio. El problema es bastante más complejo y la solución tiene que venir en doble vía, no solo es asunto del país receptor. Como muy bien lo sostiene Mármora, los países de origen se han desligado tradicionalmente del problema a partir de la consideración de que la emigración era una decisión individual, por lo que los riesgos los debe asumir el migrante, lo cual supone que los efectos solo son problema del país receptor.¹⁷⁷ Mientras tanto, el inmigrante en general y los niños/as migrantes, en particular, se debaten en una línea de penuria y de desconocimiento de sus derechos fundamentales, ya que las políticas migratorias del Estado receptor son normalmente represivas, cuando deberían responder a verdaderas relaciones internacionales entre los países.

Lo reseñado es a los efectos de ilustrar que más allá de los intereses estatales comprometidos con la migración de niños/as, los Estados para ser consecuentes con los tratados internacionales que suscribieron, deben orientar sus políticas migratorias de manera explícita a las circunstancias específicas de la niñez migrante. Es que, cuanto menos, la doble situación de vulnerabilidad en que pueden hallarse niños y niñas migrantes requiere por parte del Estado acciones positivas para una mayor protección de sus derechos y ello conlleva la exigencia de modificaciones normativas y de planificación de políticas que permitan visualizar las necesidades particulares del colectivo “infancia migrante” (y también de hijos e hijas de migrantes), incluyendo iniciativas dirigidas a modificar prácticas sociales y culturales que resulten discriminatorias.

Entre las obligaciones que la Convención impone a los Estados, se incluyen la de promulgar legislación, crear estructuras administrativas, y articular las

¹⁷⁷ MARMORA, Lelio. El Fenómeno migratorio regional en América Central y del Norte, Políticas y Gobernabilidad. En: Foro Regional sobre Derechos Humanos, Refugiados y Migraciones en América Central. San José, Costa Rica, 28-30 de octubre de 1996, p. 28.



actividades de investigación, información, acopio de datos y de formación general, necesarias para apoyar estas medidas. Estas obligaciones jurídicas tienen carácter tanto negativo como positivo, pues obligan a los Estados no sólo a abstenerse de medidas que infrinjan los derechos del menor, sino también a tomar medidas que garanticen el disfrute de estos derechos sin discriminación. Las referidas responsabilidades no se circunscriben a dar protección y asistencia a los menores que están ya en situación de no acompañados o separados de su familia, pues incluyen también medidas preventivas de la separación (en particular, la aplicación de salvaguardias en caso de evacuación). El aspecto positivo de estos deberes de protección incluye también que los Estados han de tomar todas las disposiciones necesarias para identificar a los menores migrantes lo antes posible, particularmente en la frontera, y procurar la localización y, si resulta posible y redundante en el interés superior del menor, reunirlo lo antes posible con su familia¹⁷⁸.

Ello explica la preocupación y la recomendación conclusiva del Relator Especial, quien, entre otras cosas, propone que los Estados deberían examinar sus leyes y políticas nacionales y regionales y armonizarlas con el marco jurídico internacional para los derechos humanos de los migrantes, prestando especial atención a la protección de los derechos del niño. Las leyes y políticas migratorias de inmigración deberían incluir disposiciones concretas dirigidas a proteger los derechos del niño en el contexto de la migración y satisfacer sus necesidades concretas en circunstancias relacionadas con la migración. Asimismo, afirma que los Estados deberían asegurar la protección del niño en todas las circunstancias relacionadas con la migración, independientemente del estatus migratorio del niño o sus familiares y asegurar que el interés superior del niño sea su consideración fundamental en todas las iniciativas y medidas relacionadas con la migración respecto de los niños en todos los niveles.¹⁷⁹

La idea de caracterizar procedimientos específicos de migrantes, debe ser producto de una política migratoria realista, basada en el tratamiento multilateral, la

¹⁷⁸ Observación General N° 6 (2005) Trato de menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen

¹⁷⁹ INFORME DEL RELATOR ESPECIAL SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES, de conformidad con las Resoluciones 63/184 de la Asamblea General y 8/10 del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (A/64/213)



solidaridad internacional, el cumplimiento de los instrumentos internacionales suscritos sobre la materia y fundamentalmente en el compromiso ético del respeto irrestricto de los derechos humanos de los migrantes, incluidos niños/as. En tal sentido se orientan diversas resoluciones de la Asamblea General (OEA), entre las que se encuentran resoluciones relacionadas a “Poblaciones Migratorias y Flujos de Migración en las Américas”¹⁸⁰; “ Los Derechos Humanos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias”¹⁸¹ ; “Protección de los Solicitantes de la Condición de Refugiados y de los Refugiados en las Américas”¹⁸².

El procedimiento migratorio diferencial de niños/as migrantes no supone una discriminación con el de los mayores, sino un tratamiento distinto por la especial situación de aquellos con estatus de protección convencional reforzada y regidos por principios distintos, el interés superior y la protección integral. De ahí que desde el momento mismo de la emergencia que supone la migración de los mismos y el estado de vulnerabilidad que los envuelve, se impone un procedimiento que dé cuenta de las particularidades de los niños/as migrantes y que reconozca la situación de todos y cada uno de sus derechos, para iniciar las acciones tendientes a su protección, restablecimiento, promoción y garantía, como imperativo ético y político compartido entre el Estado, la sociedad y la familia en tanto actores claves relevantes para su desarrollo integral, lo que equivale a la protección de su ciclo vital.

Si bien, los Estados tienen sus respectivas leyes migratorias y el consecuente procedimiento, tal como lo ha observado el Relator Especial, estos están proyectados para los migrantes en general, sin contener procedimientos específicos respecto a los niños/as migrantes. La excepción constituirá la nueva Ley de Migración de los Estados Unidos de México que presenta importantes avances sobre la materia. Tampoco, en el sistema interamericano de derechos humanos, existen estándares concretos sobre el tema que propone la consulta. No obstante ello, es factible fijar algunas pautas que deben caracterizar al procedimiento migratorio de niños/as en tanto asoman como potenciales solicitantes de asilo o refugio. Ello a partir de los

¹⁸⁰ AG/RES. 2465 (XXXIX-O/09) -Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 4 de junio de 2009)

¹⁸¹ AG/RES. 2502 (XXXIX-O/09) -Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 4 de junio de 2009)

¹⁸² AG/RES. 2511 (XXXIX-O/09) -Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 4 de junio de 2009)



criterios interpretativos aislados que ha fijado la Corte Interamericana en procesos contenciosos y opiniones consultivas, matizándolos , principalmente, con la nueva Ley de Migración de México y con los aportes que proveen el Comité de los Derechos del Niño¹⁸³; el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados¹⁸⁴, Plan de Acción de los 10 Puntos, desarrollado por el ACNUR¹⁸⁵; las 100 Reglas de Brasilia, que precisamente, ha sido adoptada por los Poderes Judiciales de los países suscribientes de la consulta, entre otros, todo ellos a luz de los instrumentos internacionales que rigen la materia.

En tal sentido, el procedimiento, basado en el interés superior del niño y de tramitación ágil y prioritaria, debe estar caracterizado por requisitos básicos, debidamente documentados, que comprendan, las siguientes fases: De recepción¹⁸⁶. Se trata de una etapa, técnicamente, y llamada a garantizar de manera preliminar e inmediata el bienestar del migrante hasta su remisión a los procesos y procedimientos pertinentes. En ella se aborda la distinción de diferentes categorías de migrantes y las necesidades psicosociales y materiales básicas de los mismos (alojamiento, alimentación, vestimenta, servicios médicos, etc.) Por consiguiente, respecto a niños/as migrantes, tras el primer contacto del agente estatal – contralor migratorio - del país receptor con flujos migratorios mixtos, debe proceder a identificar a quienes los integran , separando del colectivo a niños/as migrantes y ubicarlos, provisoriamente y de acuerdo a las necesidades especiales que requieren, en centros de recepción estatal o no, que reúnan las condiciones aptas para dar respuestas a los derechos humanos de los niños/as migrantes y las que deben estar a cargo de personal especializados¹⁸⁷, en tanto son acreedores de protección especial y prevaleciente.

El Centro de recepción que, en ningún caso, puede ser lugar de encarcelamiento, de reclusión preventiva o de ejecución de sentencias, deben cumplir, como mínimo, las siguientes exigencias; servicios de asistencia médica,

¹⁸³ Observación General N° 6 (2005) Trato de menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen.

¹⁸⁴ Instrumentos Jurídicos Internacionales para Refugiados.

¹⁸⁵ Directriz Nacional para la Atención Integral y Diferencial de la Población Joven en Situación de Riesgo de Desplazamiento.

¹⁸⁶ Plan de los 10 Puntos de ACNUR

¹⁸⁷ Caso Rosendo Cantú vs México, párrafo. 201



psicológica y jurídica; alimentación adecuada, principalmente acorde a las necesidades especiales de nutrición como niñas, niños y adolescentes con el fin de que su salud no se vea afectada en tanto se define su situación migratoria; servicio médico; lugares separados de niño/as de adultos, manteniendo a estos, preferentemente junto con su madre, padre o acompañante, excepto en los casos en que así convenga al interés superior del niño, niña/ o adolescente; instalaciones adecuadas que eviten el hacinamiento; espacios de recreación deportiva y cultural; posibilidad de acceso de representantes legales, o persona de su confianza y la asistencia consular; permiso de visita de las personas que cumplan con los requisitos establecidos en las disposiciones jurídicas aplicables. En caso de negativa de acceso, ésta deberá entregarse por escrito debidamente fundado y motivado. Para garantizar el respeto de los derechos humanos del niño/a, debe ser continuamente monitoreado y evaluado por equipos multidisciplinarios especializados.

El niño/a que ingresa al centro de recepción debe ser informado de, por lo menos de los siguientes derechos: Conocer la ubicación del centro de recepción en el que se encuentra alojado, de las reglas aplicables y los servicios a los que tendrá acceso; del motivo de su ingreso; del procedimiento migratorio; de su derecho a solicitar el reconocimiento de la condición de refugiado o asilo; del derecho a regularizar su estatus de acuerdo a presente ley, en su caso, de la posibilidad de solicitar voluntariamente el retorno asistido a su país de origen; así como del derecho de interponer un recurso efectivo contra las resoluciones de la autoridad administrativa migratoria; recibir protección de su representación consular y comunicarse con ella. En caso de que desee recibir la protección de su representación consular, se le facilitará los medios para comunicarse con ésta lo antes posible; recibir por escrito sus derechos y obligaciones, así como las instancias donde puede presentar sus denuncias y quejas; que el procedimiento sea sustanciado por autoridad competente y el derecho a recibir asesoría legal, ofrecer pruebas y alegar lo que a su derecho convenga, así como tener acceso a las constancias del expediente administrativo migratorio; contar con un traductor o intérprete para facilitar la comunicación, en caso de que no hable o no entienda el español; Acceder a comunicación telefónica; recibir durante su estancia un espacio digno, alimentos, enseres básicos para su aseo personal y atención médica en caso de ser necesario; ser visitado por sus familiares y por su representante legal; participar en actividades recreativas, educativas y culturales que se organicen dentro de las instalaciones; no ser discriminado por las autoridades a causa de su origen étnico o nacional, sexo, género, edad, discapacidad, condición social o; económica, estado de salud,



embarazo, lengua, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otra circunstancia que tenga por objeto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades; recibir un trato digno y humano durante toda su estancia en el centro de recepción; que este con áreas separadas para niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados para su alojamiento en tanto son canalizados a instituciones en donde se les brinde una atención más adecuada. Dentro de estos derechos que deben ser puestos en conocimiento del niño se encuentra el derecho de que brinde su opinión sobre la situación concreta en la que se encuentra, opinión que será escuchada con total atención y valorada adecuadamente. Teniendo presente que dicha opinión no es absoluta, pues la misma puede no ser admitida, pero para ello requerirá que ese establezca los argumentos adecuados. Pero resulta esencial el respeto de este derecho que es consustancial al principio del interés superior del niño.

Etapa de Intervención Administrativa. En esencia, se traduce en el punto de partida del proceso administrativo migratorio a cuyo fin, lo actuado en la etapa anterior, debe ser puesto, inmediatamente, a conocimiento y disposición de la autoridad administrativa facultada para gerenciar el procedimiento y adoptar decisiones transitorias o definitivas respecto al niño/a migrante. Su finalidad radica en informarle de sus derechos, para que pueda ejercerlos, en este sentido para que pueda reunir datos, búsquedas, antecedentes, que puedan proporcionar el propio afectado elementos relevantes para su caso o para sus necesidades particulares de protección, de atención médica y psicológica, etc., todo ello para su posterior averiguación y evaluaciones preliminares y definitivas.¹⁸⁸

La etapa de intervención administrativa está compuesta por una serie de sub-etapas, las que a continuación se pasa a revisar en la brevedad del caso.

Esta etapa está compuesta de variados actos procesales, entre los que se encuentran: a) el derecho a la información: La autoridad administrativa le informara al niño/a que tiene derecho a la asistencia consular de su país de origen, a solicitud del mismo, y en tal caso, procederá a la notificación consular¹⁸⁹ a fin de que sea

¹⁸⁸ Caso Vélez Loor vs Panamá, párrafo. 108

¹⁸⁹ O C-16 Sobre Derecho de Información de Asistencia Consular, párrafo. 80; Caso Vélez Loor, párrafo. 158



asistido en el procedimiento de regularización migratoria, notificación que incluirá la ubicación del centro en el que está instalado y las condiciones en las que se encuentra. b) Asimismo, deberá disponerse lo necesario para oír¹⁹⁰ al niño/a migrante, a través de una entrevista. Previa a la entrevista propiamente dicha, el niño/a debe ser informado, inter alia, de los derechos que le reconocen las normas internacionales y nacionales; particularmente, el motivo de su intervención¹⁹¹; su situación migratoria; del procedimiento migratorio; de los servicios a los que tiene acceso; del derecho a regularizar su situación migratoria, incluido su derecho a solicitar el reconocimiento de la condición de refugiado o asilado, en su caso, de la posibilidad de solicitar voluntariamente el retorno asistido a su país de origen; así como el derecho de recibir asesoría legal, ofrecer pruebas, alegar lo que a su derecho convenga, tener acceso al expediente administrativos, interponer recursos efectivos contra las resoluciones de la autoridad administrativa, entre otros.

La entrevista c): Para oír al niño/a migrante, debe desarrollarse en un lugar (sala) que resulte cómodo, accesible y seguro¹⁹², es decir, que ofrezca un entorno no intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado.¹⁹³ Como mecanismo de recopilación de información, debe basarse en preguntas sencillas y estandarizadas¹⁹⁴, adaptada las necesidades de edad, sexo, etc. del niño/a, con el objeto de conocer su identidad, su país de nacionalidad o residencia, su situación migratoria, el paradero de sus familiares y sus necesidades particulares de protección, de atención médica y psicológica. Respecto a la edad, ante la duda de que sea niño/a o no, debe optarse por reconocerle condición de niño/a. La entrevista debe realizarse con asistencia a de profesionales calificados y asistencia letrada especializada y gratuita¹⁹⁵, con intérprete¹⁹⁶ si las circunstancias lo requieren. Igualmente, procederá a nombrar tutor¹⁹⁷ del niño/a que servirá de vínculo entre el niño/a y los especialistas, organismos e individuos que prestan atención a las necesidades del menor.

¹⁹⁰ Caso Rosendo Cantú vs México, párrafo 201

¹⁹¹ Art. 51 de las 100 Reglas de Brasilia.

¹⁹² Art. 66 de las 100 Reglas de Brasilia

¹⁹³ Caso Rosendo Cantú vs. México, párrafo 201

¹⁹⁴ Plan de los 10 puntos de ACNUR

¹⁹⁵ Arts. 64, 30 de las 100 Reglas de Brasilia; Caso Rosendo Cantú vs. México, párrafo 201

¹⁹⁶ Art. 32 de las 100 Reglas de Brasilia.

¹⁹⁷ Observación General N° 6, Trato de menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen



Los Niños/as víctimas de delitos d): Si de la información recepcionada surge – prima facie – que el niño/a ha sido víctima de abuso sexual, malos tratos, proxenetismo, etc., deberá ordenarse su inmediata inspección médica; o es víctima o instrumento de delitos transnacionales (trata de personas, tráfico de estupefaciente, etc.). En ambos casos, deberá ser puesto a conocimiento de las autoridades correspondientes a los efectos de su investigación, sin perjuicio de que la autoridad administrativa tome medidas especiales de protección que las circunstancias aconsejen. En estos casos, se deberá procurar que la entrevista sea receptada en soporte técnico idóneo para evitar, en lo posible, que el niño/a sea objeto de otras entrevistas que puedan exponerlo a una revictimización o impactos traumáticos¹⁹⁸. Igualmente e), el estudio psicosocial del niño/a, a cargo de equipos multidisciplinarios especializados. Su objeto es determinar, su mayor o menor grado de capacidad de razonamiento, madurez, experiencia, etc.; que según el caso, incidirá en su mayor o menor grado de vulnerabilidad, extremo que indicara al Estado la necesidad de adoptar las medidas de cuidados especiales que requiere.

La Documentación Provisional. La idea del otorgamiento de documentación provisional al el niño/a migrante, por parte de la autoridad administrativa, tiene su razón de ser en el hecho de que las informaciones recepcionadas deben ser procesadas (verificadas, cotejadas) normalmente dentro de los países involucrados (receptor y de origen), lo cual requiere de tiempo y las especiales obligaciones estatales respecto a los numerosos derechos humanos del niño/o, los que no pueden quedar en el limbo. De ahí que, con prescindencia del estado de su proceso migratorio, razones humanitarias justifican que sea documentado provisionalmente hasta tanto se resuelva su situación, de modo tal a que tenga acceso a todos los servicios (salud, educación, libre tránsito, acceso a la justicia, etc.) en condiciones de igualdad con los connacionales del Estado receptor. Esta figura, con el alcance expuesto, está reconocida en la ley de migración de México¹⁹⁹, al establecer: VISITANTE POR RAZONES HUMANITARIAS. Se autorizará esta condición de estancia a los extranjeros que se encuentren en cualquiera de los siguientes supuestos: a).;b) Ser niña, niño o adolescente migrante no acompañado, en términos del artículo 74 de esta Ley. A su vez, el art. 74 dispone:” Cuando así convenga al interés superior de la niña, niño o adolescente migrante extranjero no acompañado,

¹⁹⁸ Art. 37 de las 100 Reglas de Brasilia; Caso Rosendo Cantú vs. México, párrafo 201

¹⁹⁹ Art. 52, parágrafo V del Capítulo II (De la Estancia de Extranjeros en el Territorio Nacional).



dicho niño, niña o adolescente será documentado provisionalmente como Visitante por Razones Humanitarias en términos del artículo 52, fracción V, de esta Ley, mientras la Secretaría ofrece alternativas jurídicas o humanitarias temporales o permanentes al retorno asistido”. Igual derecho asiste al niño/a víctima u ofendido por delito cometido en el territorio del país receptor. Esta decisión supone, como producto de la evaluación primaria y atención a las particulares necesidades del niño/a, al cambio del alojamiento provisorio a establecimiento permanente, bajo custodia estatal, que este acondicionado para una mejor protección de los derechos del mismo, mientras se resuelve su situación migratoria.

Procesamiento de Informaciones: Precavido de sus derechos y habiendo optado el niño/a por la regularización de su situación migratoria por la vía del refugio o asilo –sin perjuicio de la protección complementaria que se le puede brindar- basado en el principio de responsabilidad compartida con los gobiernos de los diversos países y entre las instituciones nacionales y extranjeras involucradas en el tema migratorio, la autoridad administrativa requerirá informaciones, a nivel nacional e internacional, a las instituciones pertinentes, incluyendo la búsqueda y localización de sus familiares adultos. Las informaciones suministradas servirán de insumo evaluatorio a los efectos de acoger o denegar el refugio o asilo al niño/a migrante.

Evaluación y decisión: La autoridad administrativa, dentro de un plazo razonable, deberá expedirse definitivamente, de forma motivada y de acuerdo a una valoración objetiva de los elementos probatorios reportados en el procedimiento migratorio, sobre la procedencia o no del derecho de refugio o asilo, según se configuran o no los presupuestos que las normas internacionales aludidas establecen. Ciertamente, resultan problemáticos los “temores fundados de persecución” que caracteriza al refugio o simplemente la “persecución” en el asilo que son de difícil definición. Son también complejas las cuestiones probatorias, porque siendo niño/a él pretense refugiado o asilado, este difícilmente puede estar en condiciones de allegar pruebas en aval de su pretensión. De ahí la importancia de la evaluación de sus condiciones sicosociales que permitirá apreciar el grado de desarrollo de su personalidad a la luz de los elementos objetivos y subjetivos de las expresiones anteriormente señaladas y en el contexto de la determinación de los hechos. Por consiguiente, ante incertidumbres definicionales y probatorias, debería bastar que las alegaciones del niño/o, sobre las razones de su solicitud, sean creíbles, por



aplicación del beneficio de la duda a favor de la concesión de su reclamo²⁰⁰. El Comité de los Derechos del Niño, sostiene también la aplicación de dicho principio, pero aun en el caso de que el relato del menor adoleciera de problemas de credibilidad²⁰¹.

Sentencia que reconoce la condición de refugiado o asilado del niño/a: Si la autoridad administrativa reconoce al niño/a la condición de refugiado o asilado, deberá notificársele y expedirle el documento que certifique tal condición²⁰². Siendo reconocidos como refugiados u obtenido asilo, no sólo disfrutarán de los derechos previstos en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, sino que también gozarán, en la máxima medida posible, de todos los derechos humanos reconocidos a los niños en el territorio perteneciente o sujeto a la jurisdicción del Estado, con inclusión de los derechos que presuponen la estancia legal en ese territorio²⁰³.

Sentencia que no reconoce condición de refugiado o asilado del niño/a migrante: Si la autoridad administrativa no reconoce al niño/a condición de asilado o refugiado, ordenara el retorno asistido del mismo, lo cual notificara al niño/a y al consulado correspondiente, con tiempo suficiente para la recepción del niño/a en su país de nacionalidad o residencia.

Recursos: El procedimiento debe reconocer al niño/a un plazo razonable para recurrir ante la misma autoridad administrativa o una superior diferente. Asimismo, debe prever, ineludiblemente, la posibilidad de recurrir ante un juez o²⁰⁴. También debería estar regulado el recurso de revisión, tras haber quedado firme y ejecutoriado el fallo.

²⁰⁰ Conclusión N° 8(XXVII) Determinación de la Condición de Refugiado. Aprobado por el Comité Ejecutivo del Alto Comisionado.

²⁰¹ Observación General N° 6, Trato de menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen.

²⁰² Conclusión N° 8(XXVII) Determinación de la Condición de Refugiado. Aprobado por el Comité Ejecutivo del Alto Comisionado.

²⁰³ Observación General N° 6, Trato de menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen.

²⁰⁴ Caso Vélez Loor vs México, párrafo 126.



Efecto suspensivo: durante el ínterin se resuelva el o los recursos, administrativos o judicial, al niño/a debe permitírsele permanecer en el país receptor.

Retorno asistido: El procedimiento deber regular un sistema de retorno asistido basado en el interés superior del niño/a, para garantizar su mayor protección, debiendo privilegiarse los principios de a) preservación de la unidad familiar, procurando que los integrantes de la misma familia viajen juntos, y b) de especial atención a personas en situación de vulnerabilidad, a cuyo efecto, según las circunstancias, se establecerá la forma y los términos del traslado. El retorno asistido debe ser realizado con la intervención de los funcionarios consulares o migratorios del país receptor.

9.-EL DERECHO A LA VIDA FAMILIAR DE LOS NIÑOS Y NIÑAS EN CASO DE DISPONERSE LA EXPULSIÓN POR MOTIVO MIGRATORIO DE SUS PADRES.

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

A diferencia de los ítems inmediatamente anteriores, el tema consultado - según se infiere del contexto de las argumentaciones vertidas para concluir en la interrogante formulada- relaciona a niños/as acompañados de sus padres, estando estos últimos en un Estado extraño al de origen y en condición migratoria irregular, lo que los ubicaría, teóricamente, en la hipótesis descripta por la Corte Interamericana²⁰⁵, es decir, no cuentan con autorización para ingresar, permanecer y ejercer una actividad remunerada en un Estado del cual no son nacionales, razón por

²⁰⁵ OC - N° 18 (Sobre Migrantes Indocumentados), párrafo 129



la cual, uno de ellos o ambos, se encuentran en trance de ser deportados o expulsados. Es que también, como manifestación de sus políticas públicas, entre ellas, la ley migratoria²⁰⁶, a los Estados se les reconoce, como atributo de su soberanía, la potestad de establecer mecanismos de control de ingresos y salidas de migrantes indocumentados a su territorio y de tomar acciones legales en contra de los mismos, tales como deportarlos a sus países de origen si la autoridad migratoria competente así lo decide, luego de un debido proceso, lo que debe incluir, obviamente, la observancia de las garantías judiciales²⁰⁷ y la protección judicial a los que tienen derecho los involucrados en el proceso migratorio de referencia.

De una evaluación contextual de las consideraciones que origina la consulta, por difusa que sea, no parece que este orientada a negar tales potestades a los Estados, sino que fundamentalmente apunta a requerir el alcance que los Estados, por medio de sus autoridades migratorias, deben reconocer -para garantizar la protección de los derechos del niño/a a no ser separado de sus padres - cuando deba decidir la deportación de uno o de ambos progenitores, por condición migratoria irregular. El planteamiento sugiere, básicamente, la necesidad de que la deportación por motivos migratorios de los padres, no implique menoscabo a los derechos del niño/a a la vida familiar, que será afectado en la medida que tal decisión importe una separación forzada de unos y otros, lo que pondría en crisis la obligación del Estado deportante, en cuya jurisdicción se encuentra el niño/a, de brindarles la protección especial e integral a sus derechos humanos.

Precisamente, la CIDH ha observado, al evaluar lo atinente al Respeto a la Vida Familiar y a los Derechos del Niño en virtud de la Declaración Americana, que:

” Desde que la Comisión comenzó a dar seguimiento a la situación de los derechos humanos en Canadá, ha recibido información amplia y detallada con respecto a los derechos en cuestión y a los procedimientos disponibles en casos que han implicado la expulsión de padres extranjeros de niños nacidos en Canadá, incluyendo, sin

²⁰⁶ Ídem, “La política migratoria de un Estado está constituida por todo acto, medida u omisión institucional (leyes, decretos, resoluciones, directrices, actos administrativos, etc....) que versa sobre la entrada, salida o permanencia de población nacional o extranjera dentro de su territorio.”; párrafo 163

²⁰⁷ Caso Vélez Loor vs México, párrafo 142



limitación, peticionarios a quienes se les negó la condición de refugiado. El problema básico que reflejaban la gran mayoría de documentos recibidos antes de mediados de 1999 era que el sistema judicial canadiense no proporcionaba mecanismo alguno para garantizar que los derechos e intereses de esos niños fuesen tomados en cuenta en los procedimientos de expulsión...”.²⁰⁸

Ciertamente, el planteamiento que presenta la consulta ilustra el potencial conflicto de normas convencionales que puede emerger en un proceso migratorio que no atienda los derechos del niño/a al resolverse la situación de sus padres, lo que se traduciría en una suerte de prepotencia sorda del Estado que, por medio de su autoridades, prioriza –por respetables que puedan ser- la satisfacción de los fines de su política migratoria en detrimento de los derechos humanos del niño/o que de manera especial y privilegiada se ha comprometido a respetar y garantizar, entre ellos, el derecho a la no interferencia arbitraria en la vida familiar, a la que está integrada el niño/a y que, precisamente, guarda correlato con los Arts. 17 (Protección a la Familia) y 19 (Derechos del Niño) de la Convención Americana y el Art. 6 (Derecho a la Constitución y a la Protección a la Familia) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

De ahí la necesidad que los Estados - al diseñar su política migratoria, en general, y en particular, a la hora de adoptar una decisión de deportación en la coyuntura examinada - se empeñen en buscar, por difícil y complejo que sea, el justo equilibrio entre el derecho estatal y el derecho a la familia y del niño, de manera tal a que ninguno sea sacrificado en aras del otro. Ello supone la compatibilización de los derechos comprometidos y entre los que resalta los derechos del niño/a. Y tal anhelo no puede construirse – como sugieren los peticionarios de la consulta – solamente sobre las normas internacionales citadas, sino a la luz de los instrumentos internacionales que regulan los derechos y libertades de los individuos que integran la franja etaria de la niñez. En tal sentido, la Convención de los Derechos del Niño constituye un soporte normativo insoslayable que se encuentra profundamente enraizado al corpus juris existente, es decir, al derecho internacional de los derechos

²⁰⁸ Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos de los solicitantes de Asilo en el Marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado.



humanos²⁰⁹. Siendo que en esta confrontación de derechos, el principio del interés superior del niño resulta fundamental, primero en cuanto a que toda resolución que lo afecte, no puede generarse, sin haberlo escuchado previamente, pero luego que cualquier resolución que contradiga la opinión del niño, obliga a dar una argumentación suficientemente válida que permita desatender la voluntad del menor. Solo de esta forma y no de otra se respetará el principio superior del niño, así señalado por el reconocido jurista argentino Emilio García Méndez.²¹⁰

Desde esa perspectiva, no se puede perder de vista que a nivel de la Convención de los Derechos del Niño, este regula el vasto y complejo tejido de derechos y responsabilidades que unen al niño, con la familia y el Estado. La mayor parte de los artículos dedicados a la definición de los derechos y libertades del niño son de carácter obligacional del Estado para con el niño, sin referirse al rol de la familia. Otros artículos, en menor número, están encauzados a diversos aspectos de la relación entre Estado, Familia y Niño, y en la que se explica el papel de la familia como corresponsable con el Estado en la realización de algunos de los derechos del niño, trazando límites de la autoridad paterna y materna frente a la autonomía y el bienestar del niño, para finalmente puntualizar la responsabilidades del Estado en el resguardo de esas limitaciones.

Dos derechos ampliamente reconocidos tienen especial relevancia para el caso planteado; por una parte, el derecho del niño a una protección especial; por otra, el derecho de la familia, en particular, a ser protegida contra injerencias arbitrarias o ilegales. De la interacción de esos dos derechos fundamentales se determina la legitimidad de una injerencia del Estado, o del derecho, en la vida familiar. Si la injerencia es necesaria para la protección del niño, es legítima, caso contrario, constituye una injerencia arbitraria en la intimidad de la familia. Y en todo caso, la

²⁰⁹ OC – N° 17 SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO: "La protección de los niños en los instrumentos internacionales tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de la personalidad de aquéllos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos. Corresponde al Estado precisar las medidas que adoptará para alentar ese desarrollo en su propio ámbito de competencia y apoyar a la familia en la función que ésta naturalmente tiene a su cargo para brindar protección a los niños que forman parte de ella"

²¹⁰ Peritaje dado por Emilio García Méndez, en Audiencias celebradas en Bogotá, Colombia, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 22 al 25 de agosto de 2011, en el Caso Karen Átala Rizzo e Hijas Vs. Chile.



decisión de separar al niño/a de su familia, solo puede ser adoptada por las autoridades competentes, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, y a reserva de revisión judicial.

Entonces, de lo antes referido, el interés superior del niño, tal como se ha observado en párrafos precedentes, sirve para la solución de conflictos de intereses entre un niño y otra persona física o jurídica y el mismo Estado. Esencialmente el concepto significa que, cuando se presentan conflictos de derechos con los intereses del niño, estos priman sobre aquellos que lo contradicen o enervan. En este principio subyace, con toda intensidad, el valor ideológico del que esta nutrido los derechos del niño. Y el interés superior del niño es, como ha señalado la Corte Interamericana "...Punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en ese instrumento, cuya observancia permitirá al sujeto (al niño) el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades. A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos."²¹¹. Bajo esta óptica el interés superior del niño, surge no como cualquier principio de interpretación, sino como uno de especial consideración, que debe servir de instrumento de análisis al momento de tomar las decisiones que lo afecten.

En otros apartados, enfatiza:

"En aras de la tutela efectiva del niño, toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia. Que "En principio, la familia debe proporcionar la mejor protección de los niños contra el abuso, el descuido y la explotación. Y el Estado se halla obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar...Y que cualquier decisión relativa a la separación del niño de su familia debe estar justificada por el interés del niño .; para

²¹¹Opinión Consultiva número 17, párrafo 59.



concluir que la separación del niño de su familia debe estar justificada por el interés del niño. En conclusión, 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”²¹².

Un detalle no menor es la afirmación de la Corte Interamericana en cuanto alude al órgano y ámbito de aplicación del principio del interés superior del niño, al sostener:

“Estas consideraciones se deben proyectar sobre la regulación de los procedimientos, judiciales o administrativos, en los que se resuelva acerca de derechos de los niños y, en su caso, de las personas bajo cuya potestad o tutela se hallan aquéllas. Las garantías consagradas en los artículos 8 y 25 de la Convención se reconocen a todas las personas por igual, y deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye, además, el artículo 19, en forma que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho de un niño.”²¹³.

Posición que ha reafirmado en un caso contencioso al sostener:

“...de conformidad con el artículo 19 de la Convención Americana, el Estado debe asumir una posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas o cuidados especiales orientados en el principio del interés superior del niño. En tal sentido, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y a los derechos de los niños, en consideración a su condición particular de vulnerabilidad.... La obligación de proteger el interés superior de los niños y niñas durante cualquier procedimiento en el cual estén involucrados...”²¹⁴,

²¹² Opinión Consultiva número 17, párrafos 59, 65, 66, 73 y 77.

²¹³ *Ibidem*, párrafos. 94 y 95

²¹⁴ *Rosendo Cantú vs México*, párrafo 201



La transcendencia del alcance interpretativo expuesto, consiste en que tratándose el interés superior del niño un principio de estatus convencional, pero además de naturaleza estructural, su ponderación es obligatoria para cualquier órgano, judicial o administrativo, que juzga cuestiones que comprometen intereses del niño/a y por ende, llamado a hacer primar los derechos de estos cuando se encuentran en conflicto con los de otros. Esto es, básicamente, el criterio de la Corte Interamericana, al sostener:

” Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”²¹⁵

Por lo demás, importantes órganos de los derechos humanos se han ocupado de la problemática que suscita la consulta. Así, el Comité de Derechos Humanos²¹⁶, se ha expedido sobre un caso²¹⁷ que involucraba la deportación de los padres de un niño y que ponía en controversia la separación familiar que tal decisión implicaba. Lo

²¹⁵ Caso Cabrera García y Montiel Flores vs México, párrafo 225.

²¹⁶ Dictamen del Comité de Derechos Humanos emitido a tenor del párrafo 4 del Art. 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (72º Periodo de Sesiones del año 2001)

²¹⁷ Caso Hendrick Winata, Li So Lan y Barry Winata vs Australia.



examino en función al Art. 17 del Pacto de los Derechos Civiles y Políticos que prohíbe la injerencia arbitraria en la familia. Dentro de un análisis general, señalo que el Pacto no contiene ninguna disposición contra la posibilidad de que un Estado ordene conforme a la ley la salida de quien permanezca en su territorio una vez vencido el permiso de estadía limitada. Como tampoco es suficiente de por sí que un niño nazca o que por ministerio de la ley adquiera la ciudadanía por nacimiento, o posteriormente para que la proyectada deportación de uno de sus padres o de ambos, sea arbitraria. Por consiguiente, el campo de aplicación del pacto es bastante amplio como para que los Estados Partes lleven a efecto su política de inmigración o exijan la salida de personas que se encuentren en su territorio ilegalmente. Ahora bien, estas facultades discrecionales no son ilimitadas y en determinadas circunstancias podrían llegar a utilizarse arbitrariamente.

Al abordar el caso en particular, el Comité, inter alia, considero que si el Estado Parte efectivamente expulsa a los padres, estaría cometiendo una injerencia arbitraria en la familia conforme a lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 17 del Pacto, leído conjuntamente con artículo 23 (Protección a la Familia), respecto a todas las presuntas víctimas, además de una violación del párrafo 1 del artículo 24 (Derechos del Niño) en el caso de Barry Winata. Subrayó que el Estado Parte tiene el deber de proporcionar a los autores (padres) de la comunicación de un recurso efectivo, comprensivo de la posibilidad de que no sean expulsados de Australia sin tener la oportunidad de que se examine su solicitud de visado en calidad de padres de familia tomando en consideración la protección de Barry Winata por ser menor de edad. El mismo Comité, señaló:

“La expresión "injerencias arbitrarias" atañe también a la protección del derecho previsto en el artículo 17. A juicio del Comité, la expresión "injerencias arbitrarias" puede hacerse extensiva también a las injerencias previstas en la ley. Con la introducción del concepto de arbitrariedad se pretende garantizar que incluso cualquier injerencia prevista en la ley esté en consonancia con las disposiciones, los propósitos y los objetivos del Pacto y sea, en todo caso, razonable en las circunstancias particulares del caso.”²¹⁸

²¹⁸ Observación General N° 16, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 17 - Derecho a la intimidad, 32º período de Sesiones.



También la CIDH, en el caso” Mavis Baker vs Ministra de Ciudadanía e Inmigración de Canadá”, se ha pronunciado sobre la materia al afirmar:

“En vista de los principios antes mencionados, se puede observar que, aunque el Estado indudablemente tiene el derecho y el deber de mantener el orden público a través del control del ingreso, la residencia y la expulsión de extranjeros, ese derecho debe equilibrarse en relación al perjuicio que se puede causar a los derechos de las personas involucradas en el caso particular. En este respecto, la Comisión también ha recibido documentos en los que se alega que en los procedimientos de expulsión no se toma en cuenta suficientemente el derecho a la vida familiar, particularmente cuando está en disputa la expulsión de personas que por largo tiempo han tenido la condición de residentes permanentes. Teniendo en cuenta la naturaleza de los artículos V, VI y VII de la Declaración Americana, interpretados en relación con las obligaciones de Canadá en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño, en los casos en que la toma de decisiones implica la potencial separación de una familia, la resultante interferencia en la vida familiar puede justificarse solamente cuando es necesaria para satisfacer una necesidad apremiante de proteger el orden público y cuando los medios son proporcionales al fin. La aplicación de estos criterios por parte de varios órganos de supervisión de los derechos humanos indica que se debe buscar este equilibrio caso por caso y que las razones que justifiquen la interferencia en la vida familiar deben realmente ser muy serias.” ²¹⁹

En otro apartado de la Observación General N° 16 se adujo:

“El cumplimiento, en la toma de decisiones en todos los niveles del proceso, de la obligación de tomar en cuenta los intereses del niño en toda decisión que lo afecte y de garantizar que, en los casos en que el niño sea capaz de expresar sus opiniones, éstas sean tomadas en cuenta. Tras los alentadores desarrollos recientes en la jurisprudencia canadiense, analizados anteriormente, en relación con el

²¹⁹ Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos de los solicitantes de Asilo en el Marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado



reconocimiento de los derechos de niños nacidos en Canadá en ciertos procesos relacionados con la expulsión de un padre o padres extranjeros, y en vista de la importancia de asegurar que los mejores intereses del niño sean considerados adecuadamente en toda determinación que le afecte.” Para finalmente recomendar, inter alia: 1.- que se tomen medidas adicionales para aclarar la aplicación de este estándar a las personas encargadas de tomar decisiones en todo nivel ó de acuerdo a los artículos V, VI y VII de la Declaración Americana, interpretada en conjunción con la Convención sobre los Derechos del Niño.2.- El cumplimiento, en la toma de decisiones en todos los niveles, de la obligación internacional de considerar el principio de reunificación y unidad familiar.3.- El apego de dichas decisiones al estándar mediante el cual las expulsiones que separan a familias son una medida altamente excepcional que requiere de una justificación sumamente seria para pasar por alto la resultante interferencia en la vida familiar”.

Por consiguiente, a la luz del bagaje de normativas internacionales invocadas, a las directrices consultivas y jurisprudenciales citadas y a los relevantes dictámenes emitidos por los órganos de derechos humanos, que en suma, informan y orientan las especiales obligaciones de los Estados respecto a los derechos humanos del niño/a en los términos reseñados, surge la imperiosa necesidad de que los Estados, al regular sus procedimientos migratorios -como mecanismo de evaluación y decisión de la condición del migrante extranjero con niño/a- debe contar con resortes procedimentales que permitan al niño/a tener una amplia y real oportunidad participativa a fin de que sus intereses sean materia de prevaleciente ponderación a la hora de decidirse la deportación o expulsión de uno o ambos padres.

El hecho de que el procedimiento y aun el riesgo, potencial o efectivo, de la deportación, se dirija exclusivamente a la situación migratoria de los padres, no exime al Estado de su ineludible deber de respetar y garantizar el derecho del niño/a de mantener la unidad familiar, según lo aconseje el principio de interés superior del niño. Es decir, cuando por decisión estatal se tenga que resolver la deportación de uno o ambos padres, lo que supondrá una separación forzada o no voluntaria de aquellos con el niño/a, el interés superior debe ser el criterio rector que impregne al decisorio conclusivo y por ende, debe predominar sobre el interés estatal manifestado en su política migratoria. Un proceder inverso implicaría una injerencia arbitraria o ilegal del Estado en el derecho a la vida familiar del niño/a y demás



derechos correlativos, comprometiendo, eventualmente, su responsabilidad ante los organismos internacionales de los derechos humanos. Y no es más que dejar de lado la valoración del principio del interés superior del niño, que como es conocido no es un mero principio, sino uno de trascendencia fundamental que no puede obviarse en todos aquellos asuntos donde está de por medio el bienestar de un niño y que mayor trascendencia cuando lo que se discute es la afectación de la vida familiar por la expulsión de uno o ambos de los progenitores del niño.

A la par de la importancia que el Estado de cobertura convencional a las situaciones examinada en los términos y alcances descriptos en el párrafo precedente, se debe rescatar el hecho de que no siempre la deportación puede ser arbitraria, sino que dependerá de las circunstancias específicas de cada caso y según se afecte no derechos humanos del niño comprometidos en la decisión, que en la medida que propenda a la separación de su entorno familiar, dicha decisión debe supeditada al principio de necesidad, proporcionalidad y justificación, exclusivamente, en el interés superior del niño, correspondiendo al Estado la prueba de tales extremos. Precisamente, la multiplicidad de circunstancias que pueden envolver la determinación del interés superior del niño, no permite establecer pautas rígidas, sino generales de modo tal que el proceso de evaluación sea lo más integral posible para cada caso singular, es decir, para ponderar las características particulares de la situación en la que se halla el niño/a.

Lo importante es que se garantice al niño/a la oportunidad de ser escuchado y que, en función a su edad y madurez, se tenga en cuenta sus opiniones en el asunto que compromete sus derechos y la de sus padres. El proceso de determinación, a más de orientarse hacia una solución duradera, debe implementarse sin retrasos indebidos y siempre que sea posible, tan pronto se haya iniciado el proceso migratorio seguido a sus padres, de manera que el resultado de aquel pueda valorarse y trascender en el veredicto de este último. Esta actividad debe ser desarrollada por equipos multidisciplinarios especializados, que deben reunir ciertos requisitos²²⁰, a saber: Familiaridad con las técnicas específicas de entrevista de menores; capacidad para valorar la edad y la madurez; conocimiento de los derechos del menor; sensibilidad en relación con cuestiones de género; conocimientos relativos a como los factores culturales, religiosos y socio - económicos pueden influir en el

²²⁰ Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del menor (DIS)



comportamiento y la comprensión del menor; experiencia en asesoramiento psicológico del menor, habilidad para reconocer los síntomas de tensión (angustia o estrés),etc.

En la hipótesis de que por la complejidad de la situación, no se pueda discernir el interés superior del niño – siempre que no estén en riesgo por abusos o negligencia de sus padres – y subsista la emergencia de la separación familiar por razones exclusivamente migratorias, el sistema debe proveer un mecanismo de excepción –en aras de la protección del derecho a la vida familiar del niño/a- que prevalezca sobre el interés migratorio estatal amparado en razones humanitarias, lo que permitiría que la autoridad migratoria conceda permiso especial de estadía o estancia a los padres, con derecho a la actividad laboral remunerada, ínterin regularice su situación. Es una figura reconocida por la Ley de Migración de México²²¹, aunque no exactamente en el supuesto y alcance propuesto, lo cual no inhibe la posibilidad de que cada legislador estatal lo regule de manera distinta para obtener mayor rendimiento de la noble figura humanitaria en el universo de los derechos humanos, con énfasis en los del niño/a cuyo bienestar es compromiso y obligación de la familia, la sociedad y el Estado.

Como corolario, no cabe soslayar que para abordar integralmente los problemas que origina el fenómeno de la migración y la situación de desprotección de los derechos de los niños migrantes, es imprescindible que se hagan esfuerzos en materia de cooperación internacional, especialmente entre países fronterizos o cercanos, para así facilitar y agilizar los procedimientos migratorios, la toma de decisiones respecto de los niños, la reunificación familiar, la protección de los niños víctimas, etc²²².

Algunas medidas que se recomienda en esta materia son:

a) Creación de mesas de trabajo regionales y, para lograr mayor profundidad y pertinencia, mesas binacionales para abordar temáticas como:

²²¹ Art. 52 parágrafo V

²²² La relevancia que el derecho internacional de los derechos humanos le ha venido otorgando a la cooperación internacional y entre estados es manifiesta. Véase por ejemplo: artículos 4, 11.2, 21 letras b, c, d y e, 22, 23.4, 24.4, 27.4, 28.3, 34, 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño; artículos 5, 6, 7.b, 10 Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía; Art.7 Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados.



- homologación de procedimientos migratorios y policiales
 - validación de documentos, certificados y registros
 - compartir información estadística
 - Generación de fondos de emergencia para el transporte de personas a fin de producir la reunificación familiar
- b) Organización de capacitaciones conjuntas a policías y personal de fronteras en:
- derechos del niño,
 - fenómenos migratorios,
 - venta de niños
 - prostitución infantil
 - trata y tráfico de niños, niñas y adolescentes
 - explotación sexual
 - explotación laboral y económica
- c) Generación de protocolos de actuación a nivel consular para facilitar la identificación de los niños migrantes y el contacto y encuentro con sus familias.

Con ello, esperamos poder contribuir al desarrollo de una Opinión del Tribunal que determine con mayor precisión cuáles son las obligaciones de los Estados en pos de respetar y garantizar los derechos fundamentales de los niños migrantes.

Sin otro particular, saludamos al Sr. Presidente con nuestra consideración más distinguida.

André Luis Machado de Castro
Coordinador General de la Asociación
Interamericana de Defensorías Públicas - AIDEF

Stella Maris Martínez
Secretaria General de la Asociación
Interamericana de Defensorías Públicas – AIDEF