

SE PRESENTAN EN CALIDAD DE AMIGO DEL TRIBUNAL

Excma. Corte:

Jean Ayoub ,Pasaporte N °RL 1269516, en mi carácter de Secretario General del Servicio Social Internacional (SSI), constituyendo domicilio en la calle Quai du Seujet N° 32 de la ciudad de Ginebra, Suiza, jean.ayoub@iss-ssi.org, Tel.: +41 22 906 77 00, fax: +41 22 906 77 01, y Matilde Luna ,DNI N° 13986503 en mi carácter de Directora General de la Red Latinoamericana de Acogimiento Familiar (RELAF) ,constituyendo domicilio en 25 de Mayo N° Calle 25 de Mayo 158 PB Of. 22, CP 1010 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, matildeluna@relaf.org , Tel. 005411 - 4342 7672 Fax 005411- 4780 5851; en la opinión consultiva sobre infancia migrante presentada por los países del MERCOSUR, V.E. respetuosamente nos presentamos y decimos:

I. PERSONERÍA

Como lo acreditamos con copia certificada de poder de representación investimos respectivamente, el carácter de Secretario General del Servicio Social Internacional (en adelante SSI) y de Directora General de la Red Latinoamericana de Acogimiento Familiar (en adelante RELAF).

En tal investidura, venimos por la presente a solicitar a V.E. que admita este memorial de Amicus Curiae en el que se desarrollan una serie de consideraciones de derecho nacional e internacional de los derechos humanos que, a nuestro juicio, podrían ser de interés para esa Excelentísima Corte por encontrarlas conducentes para la expresión de la opinión consultiva puesta a su consideración.

II. OBJETO

Venimos por el presente a promover nuestra intervención en este proceso como Amicus Curiae, con el fin de acercar a la Corte criterios que consideramos relevantes

para que V.E. considere al momento de realizar la labor interpretativa en su función consultiva.

En particular, resulta de interés someter a conocimiento de la Corte argumentos de hecho y de derecho encaminados a la precisión de 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.

III. ANTECEDENTES DE ADMISIÓN DE AMICUS CURIAE.

Los amicus curiae son presentaciones que pueden realizar terceros ajenos a una disputa judicial a fin de expresar sus opiniones y acercar argumentos de trascendencia para la sustentación del proceso judicial y la materia en discusión. Dichos terceros deben tener un justificado interés en la resolución final del litigio.

Respecto de la importancia de este tipo de presentaciones para la buena marcha de procesos, que poseen un interés que va mucho más allá del propio de las partes intervinientes, se ha dicho que *“... La posibilidad de fundar decisiones judiciales en argumentos públicamente ponderados constituye un factor suplementario de legitimidad de la actuación del Poder Judicial. La presentación del amicus curiae apunta entonces a concretar una doble función: a) aportar al tribunal bajo cuyo examen se encuentra una disputa judicial de interés público argumentos u opiniones que puedan servir como elementos de juicio para que aquél tome una decisión ilustrada al respecto; y b) brindar carácter público a los argumentos empleados frente a una cuestión de interés general decidida por el Poder Judicial, identificando claramente la toma de posición de los grupos interesados, y sometiendo a la*

consideración general las razones que el tribunal tendrá en vista al adoptar y fundar su decisión...”¹

Así es como en nuestra práctica jurídica se encuentra aceptado e incorporado el instituto del Amicus Curiae, de conformidad con los antecedentes existentes en el derecho comparado y en el derecho internacional de derechos humanos.

En este sentido, en el marco de las controversias cuya resolución genere un interés que trascienda al de las partes y se proyecte sobre la comunidad o ciertos sectores o grupos de ella, a fin de resguardar el más amplio debate como garantía esencial del sistema republicano democrático, debe imperar un principio hermenéutico amplio y de apertura frente a instituciones, figuras o metodologías que, por su naturaleza, responden al objetivo de afianzar la justicia entendida como valor no sólo individual sino también colectivo.

Asimismo, la actuación de los “Amigos del Tribunal” ha sido objeto de regulación en el Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Art. 2.3 y 44) y ha sido expresamente autorizada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con sustento en los Arts. 44 y 48 de la Convención Americana.

Respecto a la utilización del amicus curiae en relación con la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se puede citar como antecedentes los siguientes pronunciamientos: Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982, numeral 5; Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982, numeral 5; Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983, numeral 5; Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, numeral 5; Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, numeral 4; Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986, numeral 5; Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, numeral 5;

¹ Martín Abregú y Christian Courtis, “Perspectivas y posibilidades del amicus curiae en el derecho argentino”, publicado en La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, compilado por los nombrados, CELS, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.

Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, numeral 8; Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989, numeral 7; Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, numeral 8; Opinión Consultiva OC-15/97 del 14 de noviembre de 1997, numeral 18; Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999, numeral 14, 22, 46 y 62; Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto del 2002, numerales 9 y 11; Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre del 2003, numeral 14, 18, 27, 28, 29, 30, 36, 38, 39 y 47; Opinión Consultiva OC-19/05 del 28 de noviembre del 2005 y, además, la Resolución de Presidencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 17 de abril del 2009, en el marco de la Opinión Consultiva OC-21/09, vistos 4-8, 11-14 y 18-32.²

Al respecto, la presentación como "*amicus curiae*" busca aportar argumentos al trabajo interpretativo para la labor hermenéutica que realizara la Corte. En este sentido, solicitamos se tenga por cumplidos en este caso de los requisitos generales para la admisibilidad de la presentación en cuestión, teniendo en cuenta el notorio interés público que se advierte en la presente causa, así como el compromiso del Servicio Social Internacional (SSI) en la protección y apoyo para restablecer vínculos de personas, en particular niños, que a consecuencia de un desplazamiento o la migración, están separados de sus familias y de RELAF en la prevención de la necesidad de separación de las familias de origen y las comunidades, y la promoción de formas de cuidados alternativos basados en familias en Latinoamérica, llevando a la práctica el cumplimiento del Derecho a la Convivencia Familiar y Comunitaria.

El SSI es una red internacional de organizaciones sin fines de lucro, compuesta por personal profesional y voluntarios especializados, comprometidos a mantener vínculos entre integrantes de una familia en un contexto internacional para mejorar la protección de los niños mediante la búsqueda de familias, la reunificación y el apoyo en caso de retorno seguro, la asistencia jurídica y la orientación individual, siempre

² El *amicus curiae*: ¿qué es y para qué sirve? Jurisprudencia y labor de la Defensoría del Pueblo Serie Documentos Defensoriales - Documento N° 8 Defensoría del Pueblo Primera edición: Lima, Perú, octubre del 2009 <http://www.corteidh.or.cr/tablas/26654.pdf>

asegurando que las necesidades y los derechos de los niños sean respetados y garantizados.

La Red Latinoamericana de Acogimiento Familiar³, por el derecho a la convivencia familiar y comunitaria de niñas, niños y adolescentes, promueve y apoya las estrategias de las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales, respecto de la restauración de ese derecho, fortalece la red activa de actores regionales a fin de contribuir a los procesos de des-internación de niños y adolescentes en Latinoamérica.

Es así que VE, tiene todas las facultades para permitir la incorporación del presente escrito y de sus argumentaciones y aporte, resaltando que ello no entorpece, en lo más mínimo, el proceso y su necesaria urgencia en resolver lo sometido a consideración.

En definitiva, en razón de lo fundadamente expuesto, a V.E. solicitamos incorpore el presente a la opinión consultiva y tenga en cuenta lo que aquí se desarrolla.

IV. EL INTERÉS DEL SERVICIO SOCIAL INTERNACIONAL Y LA RED LATINOAMERICANA DE ACOGIMIENTO FAMILIAR

El Servicio Social Internacional (SSI)⁴ ayuda a niños, niñas y adolescentes y a sus familias que hacen frente a problemas sociales que involucran dos o más países, a raíz de la migración o un desplazamiento internacional. Como organización internacional sin fines de lucro, está activa en aproximadamente 140 países a través de una red de Oficinas Nacionales, Oficinas Afiliadas y Corresponsales. Cada año, brinda servicios a más de 50,000 personas en el mundo.

Entre las cuestiones más problemáticas del siglo XXI está el movimiento transfronterizo, voluntario o forzado, el cual hace que las actividades del SSI sean altamente pertinentes en la realidad actual, con sus áreas principales de intervención :

³ <http://www.relaf.org/>

⁴ <http://www.iss-ssi.org/2009/index.php?id=60>

Conflictos familiares internacionales, Prevención de la separación familiar, Problemáticas relativas a la protección del niño en el contexto de la separación familiar y la Sustracción de niños , Cuidado alternativo, Acogimiento familiar, Adopción nacional e internacional, Búsqueda de orígenes, Migración voluntaria o forzada, Protección y cuidado de niños no acompañados o separados en países de origen o de acogida.

El rol del Servicio Social Internacional desde 1924 ha sido la protección de los migrantes internacionales y de los niños privados de su familia. El SSI está convencido de que se requiere más acciones para prevenir los riesgos vinculados a la migración internacional y para proteger mejor los derechos de los niños y las familias afectados.

Desde esta perspectiva, el SSI inició, contribuyó y llevó a cabo varios proyectos orientados al desarrollo, a la capacitación y al apoyo técnico en beneficio de los migrantes y los niños sin cuidado parental. Estos proyectos tienen como objetivo proveer mejores condiciones de vida, un cuadro legislativo adecuado, soluciones de cuidado y oportunidades futuras para estos grupos. Además, el SSI cabildea activamente por el interés y los derechos de los niños y las familias a nivel internacional, regional y nacional. También se esfuerza especialmente para analizar y sintetizar los recursos a través de una investigación exhaustiva.

La Oficina Nacional del SSI en Suiza ha desarrollado un programa de apoyo a la reintegración social y profesional de niños y jóvenes víctimas de la trata o de otra forma de explotación en África del Oeste (Benín, Burkina Faso, Costa de Marfil, Gambia, Guinea-Bissau, Guinea-Conakry, Malí, Níger, Senegal, Togo). Su objetivo es de implementar medidas que prevengan y reduzcan la migración de los niños en riesgo y de identificarlos con el fin de reintegrarlos a su país para asegurar mejores oportunidades para su futuro. El proyecto está basado en la creación de un apoyo transfronterizo duradero entre países de África del Oeste y fuertemente involucra a los actores locales. Desde su inicio en el año 2005, el programa ya ha ayudado a 1,000 jóvenes aislados.

La Oficina del SSI en Hong Kong inició un programa de asistencia a minorías étnicas de origen no chino (principalmente filipinos, indonesios, nepaleses, pakistaní, indios, tailandeses, de Sri Lanka) para integrarse a Hong Kong. Les ofrece un apoyo psicosocial, un intercambio de información, un refugio provisional y clases de idioma. Su Servicio Ambulante de Información en el Aeropuerto Internacional de Hong Kong permite al personal ofrecer una asistencia rápida y eficaz.

El SSI tiene una larga tradición y experticia en la formación del personal de instituciones públicas y de organismos no gubernamentales con respecto a temas específicos relativos a la protección a la niñez. La capacitación que imparte ayuda a concientizar los actores y los trabajadores en el terreno en el ámbito de la protección a la niñez y la familia.

Los datos reunidos durante su tratamiento de casos permiten al SSI cabildear activamente por el interés y los derechos de los niños y las familias a nivel internacional, regional y nacional. El SSI notifica a las autoridades pertinentes cuando cambios parecen necesarios en las leyes o convenciones. También ayuda a las organizaciones intergubernamentales en el desarrollo de convenciones internacionales y brinda recursos e informaciones precisos a actores, trabajadores en el terreno, los medios.

El Secretariado General del SSI junto a un colectivo de organizaciones con el apoyo de UNICEF, contribuyó a la redacción del Anteproyecto de Directrices de Naciones Unidas para el Uso Apropiado y Condiciones del Cuidado Alternativo de Niños, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre 2009.

El SSI trabaja activamente con actores y profesionales de varios países para ayudarlos a ratificar e implementar las convenciones internacionales o regionales pertinentes con respecto a la protección de los niños y la familia y, si fuera necesario, asistirlos en la reforma de la legislación relativa a la protección a la niñez.

El SSI brinda orientación técnica a organismos gubernamentales, ONGs y otros actores en la protección a la niñez, con respecto a la legislación internacional y nacional relativa a los niños privados de su familia y la adopción. Esto incluye la interpretación, análisis e implementación de instrumentos jurídicos nacionales e internacionales, la divulgación de buenas prácticas e informaciones, y el apoyo con la implementación de cuestiones procedimentales.

Por la materia del caso y por mi rol como Secretario General me veo en la obligación de intervenir ante problemáticas de este tipo utilizando las herramientas que dentro del marco de legalidad estén a mi alcance, y así es que me presento a V.E. como "Amicus Curiae".

Es de mi interés particular presentarme como "amicus curiae" puesto que es mi responsabilidad como Directivo, en el ámbito de los asuntos internacionales y humanitarios, representar a la organización y argumentar a nivel internacional.

El SSI trabaja en forma mancomunada con la RELAF en la articulación con Gobiernos y ONGs de América Latina, respondiendo a demandas de cooperación técnica, capacitación, formación, supervisión de proyectos; realiza tareas de incidencia en las políticas nacionales respecto del cumplimiento del derecho a la convivencia familiar de niñas, niños y adolescentes. Actuamos a favor de la revisión de las prácticas y de la adecuación de los marcos políticos y normativos públicos para establecer enfoques de derechos humanos en prácticas concretas.

El proyecto RELAF - Red Latinoamericana de Acogimiento Familiar - "Por el derecho a vivir en familia y comunidad" nació en el año 2003 como una iniciativa regional con base en Buenos Aires, Argentina. RELAF promueve y apoya las estrategias de las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales que trabajan en el campo de la garantía y restitución del derecho de los niños, niñas y adolescentes latinoamericanos a vivir en familia y comunidad.

El objetivo general del Proyecto RELAF es el de crear y fortalecer una red activa de actores regionales a fin de contribuir a los procesos de des-institucionalización de

niños, a la prevención de la necesidad de separación de ellos de sus familias de origen y comunidades, y promover formas de cuidados alternativos basados en familias en Latinoamérica, llevando a la práctica el cumplimiento del Derecho a la Convivencia Familiar y Comunitaria.

En sus objetivos específicos se destacan : Sensibilizar sobre el daño producido por la institucionalización y promover el derecho de todo niño de crecer en un entorno familiar y promover la prevención de los cuidados alternativos así como la multiplicación de alternativas de cuidado, en particular en familias de acogimiento ; Promover la implementación de marcos adecuados al enfoque de derechos del niño en legislaciones y políticas públicas a favor de los niños privados de cuidado parental ; Brindar asistencia y cooperación técnica para la mejora y multiplicación de programas de acogimiento familiar ; Funcionar como centro de información y conocimiento en el derecho a la convivencia familiar y comunitaria en la región.

La RELAF fortalece a las organizaciones trabajando como centro regional de referencia en la materia, facilitando la participación de los actores regionales, atentos y comprometidos con el establecimiento de respuestas latinoamericanas a problemas propios.

Todas las acciones de la RELAF tienen como destinatarios a niños, niñas adolescentes, familias, comunidades, profesionales, cuidadores, trabajadores de campo, personal de instituciones, autoridades y funcionarios (ejecutivos, legislativos y judiciales), formuladores de políticas, investigadores, capacitadores, consultores, docentes, trabajadores de la salud mental, entre otros. Su ámbito geográfico de actuación es América del Sur, América Central, Islas del Caribe y México.

Cabe mencionar que RELAF participa en el “Estudio Sobre la Niñez Institucionalizada en las Américas”, que lleva adelante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con la cooperación de UNICEF-TACRO. RELAF ha tomado participación en las Consultas realizadas en Sudamérica y en América Central, en este sentido realizará un “Estudio sobre Discriminación en las Instituciones” enmarcado en el mencionado proyecto.

Respecto de las Directrices de Naciones Unidas sobre las Modalidades del Cuidado Alternativo - perspectiva desde la cual hemos pensado esta intervención- RELAF con la cooperación de la oficina de UNICEF-TACRO ha desarrollado “Versiones Amigables de las Directrices de las Naciones Unidas Sobre las Modalidades del Cuidado Alternativo de los Niños”. Una versión amigable tiene como público destinatario a los niños, niñas y adolescentes y otra para operadores de las instituciones gubernamentales y no gubernamentales. Ambas versiones fueron realizadas con la participación y validación de expertos y niños y niñas de 13 países de la región; y están disponibles en español, inglés y portugués. Este valioso material de trabajo ha sido divulgado en capacitaciones a responsables de gobiernos y organizaciones de la sociedad civil de todos los países de América Latina, Central, Cuba y México.

Por tales motivos, se justifica la presentación de éste amicus curiae de ambas organizaciones en la presente opinión consultiva

V- SOLICITUD DE OPINION CONSULTIVA

En el pedido de opinión consultiva sobre infancia migrante presentada por los países del MERCOSUR se solicita a V.E que determine 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.

Respecto a la situación que atraviesa la infancia migrante, resulta menester visibilizar de esta problemática e identificar las posibles violaciones de derechos de los niños, niñas y adolescentes en los casos en los que son deportados, detenidos como medida de protección, cuando se omite preservar el vincular familiar interviniendo temporalmente y en especial los casos en que la institucionalización se plantea como la única respuesta para el cuidado alternativo de niñas y niños migrantes sin cuidado

parental. En estos casos, existe una clara vulneración al derecho del niño a vivir con su familia.

En este contexto, cualquiera sean las razones por las cuales los niños migran, debe tenerse presente que la situación de vulnerabilidad que revisten. El Comité de los Derechos del Niño en su Observación General N° 6 ⁵ha señalado que los niños y las niñas están en una situación de vulnerabilidad principalmente por su indefensión, lo que hace que sean objeto de abusos como la venta, trabajo infantil, o explotación sexual, entre otros.

En igual sentido el Artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: *“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”*. Dentro de este grupo se encuentran en un estado de mayor vulnerabilidad o desventaja las niñas, los niños indígenas y los niños que viven en pobreza (Observaciones Finales: Bolivia, 199, párr. 9). Ese estado de desventaja impide a estos niños tener acceso a los derechos básicos, como educación y salud, que le garanticen una vida digna como niños, y una vida digna futura en la edad adulta, ya que ese estado en el que la realidad que les ha tocado les obliga a pertenecer, será la causa de permanencia en el futuro en grupos en desventaja o situación de vulnerabilidad.

En este sentido, las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños y Niñas, adoptadas en la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre 2009, desarrollan una serie de estándares mínimos a ser tenidos en cuenta en referencia a este tipo de políticas públicas de protección integral de la infancia. Dicho instrumento privilegia el deber de los Estados de velar por la estabilidad del núcleo familiar, y de desarrollar políticas de apoyo y servicios que atiendan en mejor medida el interés superior del niño.

En ese sentido la Directriz N° 40 establece: *“...40. Los mecanismos establecidos en el derecho nacional para ofrecer otras formas de atención a los menores no*

⁵ Observación General N° 6 -Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen CRC/GC/2005/6 <http://www.unicef.org/ceecis/crcgencommes.pdf>

*acompañados o separados de su familia con arreglo al artículo 22 de la Convención también ampararán a los menores fuera de su país de origen. Existe un amplio abanico de opciones para la atención y el alojamiento, que se reconocen expresamente en el párrafo 3 del artículo 20: "... entre otras cosas, la colocación en los hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción o, de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores". **Al elegir una de esas opciones, se tendrán en cuenta las vulnerabilidades particulares del menor, no sólo por haber quedado desconectado de su medio familiar, sino también por encontrarse fuera de su país de origen, así como la edad y el sexo del menor. En particular, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la crianza del menor, así como a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico, que se habrá evaluado en el proceso de identificación, registro y documentación. Al tomar las medidas de atención y alojamiento, deberán tenerse en cuenta los parámetros siguientes:***

- Por regla general, no se privará de libertad a los menores.*
- Para que haya continuidad en la atención y atendiendo al interés superior del niño, sólo se cambiará la residencia de los menores no acompañados o separados de su familia cuando con el cambio se preserve el interés superior del menor.*
- De acuerdo con el principio de unidad familiar, se mantendrá juntos a los hermanos.*
- Se permitirá al menor que llegue acompañado de parientes o los tenga en el país de asilo permanecer con éstos, salvo si ello es contrario al interés superior del menor. Dada la particular vulnerabilidad del menor, el personal de asistencia social realizará evaluaciones periódicas.*
- Independientemente de los cuidados que se dispensen a los menores no acompañados o separados de su familia, se mantendrán una supervisión y evaluación periódicas por parte de personal calificado para velar por su salud física y psicológica, la protección contra la violencia en el hogar o la explotación, y el acceso a formación profesional y educativa, y las oportunidades correspondientes.*

- Los Estados y otras organizaciones adoptarán medidas que garanticen la protección eficaz de los derechos de los menores no acompañados o separados de su familia que viven en hogares encabezados por un menor.

- En las emergencias de grandes proporciones, se prestará asistencia provisional durante el período más breve, acorde con las necesidades de los menores no acompañados. Esta atención provisional está orientada a su seguridad y equilibrio físico y emocional, en un ambiente que estimule su desarrollo general.

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

“Las Directrices sobre las Modalidades Alternativas del Cuidado de los Niños remarcan la necesidad de políticas y prácticas apropiadas con respecto a dos principios básicos: la necesidad y la conveniencia. En el centro de la necesidad encontramos el deseo de apoyar a los niños a permanecer con su familia y a que sean protegidos por ella. Sacar a un niño de su familia debe ser una medida de último recurso, y antes de tomar cualquier decisión de ese tipo, se requiere una evaluación participativa rigurosa. En cuanto a la conveniencia, las Directrices sobre las Modalidades Alternativas del Cuidado de los Niños definen una serie de opciones de tutelas alternativas. Cada niño en situación de necesidad tutelar tiene requisitos específicos con respecto a, por ejemplo, los cuidados a corto o largo plazo o mantener juntos a los hermanos. La opción de tutela elegida tiene que estar adaptada a las necesidades individuales. La idoneidad de la ubicación debe examinarse periódicamente para poder evaluar la necesidad continua de la prestación de la tutela, y la viabilidad de la posible reunificación de la familia.”⁶

Las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños y Niñas son plenamente aplicables a la situación que atraviesan los niños migrantes:

⁶ DIRECTRICES SOBRE LAS MODALIDADES ALTERNATIVAS DEL CUIDADO DE LOS NIÑOS -Un marco de Naciones Unidas – Aldeas Infantiles SOS –España-Servicio Social Internacional 2009
<http://www.aldeasinfantiles.es/Conocenos/publicaciones/otras-publicaciones/Documents/SOSDirectrices-Cuidado-Alternativo-Ninos.pdf.pdf>

La Directriz N° 29 hace referencia a su ámbito de aplicación: *“A los efectos de las presentes Directrices, y sin perjuicio de las excepciones enunciadas, en particular, en el párrafo 30 infra, se aplicarán las definiciones siguientes:*

a) Niños privados del cuidado parental: todos los niños que durante la noche no estén al cuidado de uno de sus padres, por lo menos, cualesquiera que sean las razones y circunstancias de ese hecho. El niño privado del cuidado parental que se encuentre fuera de su país de residencia habitual o sea víctima de situaciones de emergencia podrá ser designado como:

i) “No acompañado”, si no ha sido acogido por otro pariente o por un adulto que por ley o costumbre sea responsable de acogerlo; o

ii) “Separado”, si ha sido separado de un anterior cuidador primario legal o consuetudinario, aunque pueda estar acompañado por otro pariente. “

La CIDH estableció en el Quinto Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala⁷:

“43.Los valores de una sociedad se reflejan profundamente en la forma como trata a sus niños. En el sistema regional de derechos humanos, al igual que en el sistema universal, se ha dado especial prioridad y protección a los derechos de los niños, porque la juventud de nuestro Hemisferio representa nuestra posibilidad colectiva de crear “un régimen de libertad personal y de justicia social fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”. Es por esta razón que el artículo 19 establece medidas especiales de protección para los niños que corresponden a su vulnerabilidad como menores y se debe dar especial importancia a la implementación de esta obligación.””

En este sentido, las medidas administrativas y legales que se adopten en el marco de un procedimiento migratorio deberían circunscribirse dentro del sistema de protección integral de derechos, teniendo como guía el principio del interés superior del niño.

⁷ OEA/Ser.L/V/II.111- Doc. 21 Rev. 6 abril 2001 Original: Español/Inglés <http://www.cidh.org/countryrep/guatemala01sp/cap.12.htm>

De acuerdo a lo establecido en el Artículo 3 CDN : “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.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.”

Al respecto la Directriz sobre las modalidades alternativas del cuidado de los niños N° 6 establece: “**Todas las decisiones, iniciativas y soluciones comprendidas en el ámbito de aplicación de las presentes Directrices deberían adoptarse caso por caso a fin de garantizar principalmente la seguridad y protección del niño, y deben estar fundamentadas en el interés superior y los derechos del niño de que se trate, de conformidad con el principio de no discriminación y teniendo debidamente en cuenta la perspectiva de género. Deberían respetar plenamente el derecho del niño a ser oído y a que sus opiniones se tengan debidamente en cuenta de forma adecuada a su desarrollo evolutivo y sobre la base de su acceso a toda la información necesaria. Debería ponerse el máximo empeño en que la audiencia y el suministro de información se efectuaran en el idioma de preferencia del niño.**”

Directriz N° 6 bis : “ Al aplicar las presentes Directrices, **el interés superior del niño constituirá el criterio para determinar las medidas que hayan de adoptarse con relación a los niños privados del cuidado parental o en peligro de encontrarse en esa situación que sean más idóneas para satisfacer sus necesidades y facilitar el ejercicio de sus derechos, atendiendo al desarrollo personal e integral de los derechos del niño**

en su entorno familiar, social y cultural y su condición de sujeto de derechos, en el momento de proceder a esa determinación y a más largo plazo. En el proceso de determinación se debería tener en cuenta, en particular, el derecho del niño a ser oído y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta según su edad y madurez.”

En sentido concordante, la Observación General Nº 6 del Comité de Derechos del Niño establece en los párrafos 19 y 20 respectivamente: *De acuerdo con el artículo 3, "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".*

Si se trata de un menor desplazado, el principio ha de respetarse durante todos los momentos de la situación de desplazamiento. En todos esos momentos, al preparar una decisión que tenga repercusiones fundamentales en la vida del menor no acompañado o separado, se documentará la determinación del interés superior.

20. La determinación del interés superior del niño exige una evaluación clara y a fondo de la identidad de éste y, en particular, de su nacionalidad, crianza, antecedentes étnicos, culturales y lingüísticos, 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 profesionales competentes formados en técnicas de entrevistas que tengan en cuenta la edad y el género.”

Respecto de la aplicación de este principio en el contexto de procedimientos migratorios, se deberá hacer especial énfasis en aquellas decisiones que directa o indirectamente aspectos vinculados a su permanencia, retorno al país de origen o a un tercer país.

En especial se plantea la necesidad de contar con procedimientos específicos para niños (formales o estructurados) de determinación del interés superior del niño⁸, que

⁸ Directrices del ACNUR para la Determinación del Interés Superior del Niño (2008)

respeten el principio de especialidad, antes de disponerse medidas tales como la expulsión, el retorno o reconducción al país de tránsito, la deportación al país de origen, la permanencia en el país de destino o, en general, como paso previo a la adopción de medidas que involucran soluciones duraderas para la situación del niño migrante en el país en que se encuentra o en un tercer país.

De acuerdo a lo establecido en la Directriz N° 160: *“Los niños en situaciones de emergencia no deberían ser trasladados a un país distinto del de su residencia habitual a efectos de acogimiento alternativo excepto de manera transitoria por razones imperiosas de salud, médicas o de seguridad. En ese caso, la acogida debería tener lugar lo más cerca posible del hogar del niño, quien debería estar acompañado por uno de sus padres o un cuidador conocido del niño, y debería establecerse un plan claro de retorno.”*

Respecto de principio de igualdad, establecido en el Art. 2 de la CDN ,y el Artículo 1 en la Declaración Universal de los Derechos del Niño⁹, las Directrices hacen hincapié en que los niños fuera de su país de residencia habitual deberían beneficiarse del mismo nivel de cuidados y protección que el que reciben los niños nacionales. Directriz N° 140: *“... Los niños no acompañados o separados que ya se encuentran en el extranjero deberían gozar en principio del mismo nivel de protección y cuidado que los niños nacionales del país de que se trate...”*¹⁰

En caso de que el Estado aplique una medida de protección de derechos que limite de alguna forma la libertad o derechos del niño/a, es preciso que sea respetado el debido proceso legal en todas las instancias procesales para que las personas puedan defender de forma adecuada sus derechos ante cualquier acto administrativo o judicial del Estado que pueda afectarlos.

⁹ 1. Derecho a la igualdad, sin distinción de raza, religión o nacionalidad. Principio 1. El niño disfrutará de todos los derechos enunciados en esta Declaración. Estos derechos serán reconocidos a todos los niños sin excepción alguna ni distinción o discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición, ya sea del propio niño o de su familia.”

¹⁰ En concordancia con el Art. 2,22.I, 22.II de la CDN y Observación General N° 6, párrafo 18.

En este sentido, se debe respetar lo establecido en la Directriz N° 56 “ **La toma de decisiones sobre un acogimiento alternativo que responda al interés superior del niño debería formar parte de un procedimiento judicial, administrativo o de otro tipo adecuado y reconocido, con garantías jurídicas, incluida, cuando corresponda, la asistencia letrada del niño en cualquier proceso judicial. Debería basarse en una evaluación, planificación y revisión rigurosas, por medio de estructuras y mecanismos establecidos, y realizarse caso por caso, por profesionales debidamente calificados en un equipo multidisciplinario siempre que sea posible. Debería suponer la plena consulta del niño en todas las fases del proceso, de forma adecuada a su desarrollo evolutivo, y de sus padres o tutores legales. A estos efectos, se debería proporcionar a todos los interesados la información necesaria para basar su opinión. Los Estados deberían poner el máximo empeño en proporcionar recursos y cauces para la formación y el reconocimiento de los profesionales encargados de determinar la mejor modalidad de acogimiento, a fin de facilitar el cumplimiento de estas disposiciones.**” ¹¹

De acuerdo al Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del año 2010¹² “...El Tribunal indicó que **el debido proceso legal es un derecho que debe ser garantizado a toda persona, independientemente de su estatus migratorio, para que tenga la posibilidad de hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables.**”. Añadió que las garantías mínimas establecidas en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención también deben otorgarse a las personas sometidas a procedimientos migratorios administrativos, las cuales se aplican *mutatis mutandis* en lo que corresponda. En esta línea, el Tribunal resaltó que la **notificación sobre el derecho a la asistencia consular y la asistencia letrada** son medidas necesarias que los Estados deben adoptar para garantizar un **efectivo e igualitario acceso a la justicia de las personas** que se

¹¹ En el mismo sentido: Art. 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

¹² http://www.corteidh.or.cr/docs/informes/2010_esp.pdf

encuentran en una situación de vulnerabilidad agravada, como migrante en situación irregular sometido a una medida de privación de la libertad.”¹³

En este sentido, el Manual de Terreno para la implementación de las directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño y de la niña ¹⁴, sostiene que los niños y niñas migrantes no acompañados deben tener derecho al territorio, al debido proceso, a la comunicación, notificación y defensa consular -salvo peticiones de asilo-, asesoría jurídica gratuita y no detención.

En los casos de Acogimiento de un niño que ya se encuentra en el extranjero, la Directriz N° 149 establece que *“debería preverse la **intervención efectiva de los servicios consulares o, en su defecto, de los representantes legales del país de origen, cuando ello responda al interés superior del niño y no ponga a este o a su familia en peligro.**”*

Los niños migrantes gozan también del derecho a la asistencia consular reconocido a toda persona extranjera detenida fuera de su país de origen, esta notificación permitirá que sean asistidos oportunamente en la protección de sus derechos.

Directriz N° 143. *“Los niños no acompañados o separados, incluidos los que llegan a un país de un modo irregular, no deberían ser privados en principio de su libertad por el mero hecho de haber incumplido cualquier disposición legal por la que se rijan la entrada y estancia en el territorio.”*

¹³ Cfr. Caso Vélez Loo Vs. Panamá, supra nota 46, párr. 143 y 254.

¹⁴ ACNUR -Manual de terreno para la implementación de las directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño y de la niña -2011

En este sentido el Artículo 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁵ establece 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 excepcionales.

En los Estados en los cuales la detención de personas de migrantes es admitida como medida cautelar en el proceso migratorio, resulta pertinente la cita de los resuelto por vuestra Corte en el Caso Vélez Loor vs. Panamá¹⁶ : “168. *En cuanto a la posibilidad de establecer limitaciones o restricciones al derecho a la libertad personal es necesario notar que, a diferencia del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales..., la Convención Americana no establece explícita o taxativamente las causas, casos o circunstancias que serán consideradas legítimas en una sociedad democrática para habilitar una medida privativa de libertad en la legislación interna.*

169. Como ya fue establecido, los Estados tienen la facultad de controlar y regular el ingreso y permanencia de personas extranjeras en su territorio (supra párr. 97), por lo que este puede ser un fin legítimo acorde con la Convención. Es así que, la utilización de detenciones preventivas puede ser idónea para regular y controlar la migración irregular a los fines de asegurar la comparecencia de la persona al proceso migratorio o para garantizar la aplicación de una orden de deportación. No obstante, y a tenor de la opinión del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, —la penalización de la entrada irregular en un país supera el interés legítimo de los Estados en controlar y regular la inmigración irregular y puede dar lugar a detenciones innecesarias.... Del mismo modo, la Relatora de Naciones Unidas sobre los derechos humanos de los migrantes ha sostenido que —[l]a detención de los migrantes con motivo de su

¹⁵ En concordancia con lo establecido en el párrafo I.2 de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad: “... *La privación de libertad de un menor deberá decidirse como último recurso y por el período mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales. La duración de la sanción debe ser determinada por la autoridad judicial sin excluir la posibilidad de que el menor sea puesto en libertad antes de ese tiempo...*”- Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990 <http://www2.ohchr.org/spanish/law/menores.htm>

¹⁶ Corte IDH- Sentencia de 23 de Noviembre de 2010 - (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp.pdf

condición irregular no debería bajo ninguna circunstancia tener un carácter punitivo.... En el presente caso, la Corte considera que la finalidad de imponer una medida punitiva al migrante que reingresara de manera irregular al país tras una orden de deportación previa no constituye una finalidad legítima de acuerdo a la Convención.”

En virtud del principio de separación, las personas migrantes no pueden ser alojadas en establecimiento carcelarios de naturaleza penal ya que la privación de libertad es realizada por finalidades distintas “...los migrantes deben ser detenidos en establecimientos específicamente destinados a tal fin que sean acordes a su situación legal y no en prisiones comunes, cuya finalidad es incompatible con la naturaleza de una posible detención de una persona por su situación migratoria, u otros lugares donde puedan estar junto con personas acusadas o condenadas por delitos penales. Este principio de separación atiende, ciertamente, a las diferentes finalidades de la privación de libertad...”¹⁷

Cabe destacar la importancia del Derecho del niño a ser oído, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 12 de la Convención de los Derechos del niño y Directriz N° 6 “... Deberían respetar plenamente el derecho del niño a ser oído y a que sus opiniones se tengan debidamente en cuenta de forma adecuada a su desarrollo evolutivo y sobre la base de su acceso a toda la información necesaria.

Debería ponerse el máximo empeño en que la audiencia y el suministro de información se efectuaran en el idioma de preferencia del niño...”

Respecto del derecho a establecer contacto con un familiar, la autoridad responsable debe notificar de forma inmediata a sus familiares o representantes.

Directriz N° 165. Todos los participantes en la localización de los miembros de la familia o los cuidadores primarios legales o consuetudinarios deberían actuar en el marco de un sistema coordinado, en el que se utilicen, siempre que sea posible, formularios normalizados y procedimientos mutuamente compatibles. Deberían velar por que sus actuaciones no pusieran en peligro al niño ni a terceros interesados.

¹⁷ Corte IDH- Caso Vélez Loor vs. Panamá-párrafo 208.

166. Debe verificarse en cada caso la validez de las relaciones y la confirmación de la voluntad de reagrupación familiar del niño y los miembros de su familia. No debería adoptarse ninguna medida que pueda dificultar la eventual reintegración en la familia, como adopción, cambio de nombre o traslado a lugares alejados de la probable ubicación de la familia, hasta que se hayan agotado todos los intentos de búsqueda.

167. Se debería dejar constancia en un archivo seguro y protegido de cualquier medida de acogimiento de un niño a fin de facilitar el reagrupamiento familiar en el futuro.

Respecto del Derecho de los niños a la vida familiar, la Directriz N° 3 establece “ *Al ser la familia el núcleo fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento, el bienestar y la protección de los niños, los esfuerzos deberían ir encaminados principalmente a lograr que el niño permanezca bajo la guarda de sus padres o, cuando proceda, bajo la de otros familiares cercanos, o que vuelva a ella. El Estado debería velar por que los guardadores tengan acceso a formas de apoyo familiar.*”

En este sentido, el derecho a la reunificación familiar debe prevalecer sobre la penalización de la migración irregular.

Art. 10 de CDN “*1. De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados Partes a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9, toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados Partes garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares.*

2. El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Con tal fin, y de conformidad con la obligación asumida por los Estados Partes en virtud del párrafo 1 del artículo 9, los Estados Partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto

solamente a las restricciones estipuladas por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la presente Convención.”

En sentido concordante la Observación General N° 6 establece: “*Reunión de la familia*
81. Con objeto de respetar plenamente la obligación que impone a los Estados el artículo 9 de la Convención de impedir que un menor sea separado de sus padres contra su voluntad, debe procurarse por todos los medios que el menor no acompañado o separado se reúna con sus padres salvo cuando el interés superior de aquél requiera prolongar la separación, habida cuenta del derecho del menor a manifestar su opinión (art. 12) (véase también la sección IV e), "El derecho del niño a expresar su opinión libremente". Si bien las circunstancias expresamente recogidas en la segunda frase del párrafo 1 del artículo 9, esto es, los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres, pueden desaconsejar la reunión en cualquier lugar, otras consideraciones fundadas en el interés superior del menor pueden constituir un obstáculo para la reunión sólo en lugares específicos.

82. La reunión familiar en el país de origen no favorece el interés superior del menor y, por tanto, no debe procurarse cuando exista un "riesgo razonable" de que el retorno se traduzca en la violación de los derechos humanos fundamentales del menor. Ese riesgo debe indiscutiblemente consignarse al reconocer la condición de refugiado o cuando las autoridades competentes resuelven sobre la aplicabilidad de las obligaciones de no devolución (incluidas las derivadas del artículo 3 de la Convención contra la Tortura y los artículos 6 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Por consiguiente, el reconocimiento de la condición de refugiado constituye un obstáculo jurídico a la devolución al país de origen y, por tanto, a la reunión familiar en éste. Si las circunstancias en el país de origen presentan riesgos de nivel inferior y, por ejemplo, puede sospecharse que el menor se verá afectado por los efectos indiscriminados de una violencia generalizada, se prestará plena atención a estos riesgos frente a otras consideraciones fundadas en derechos como las consecuencias de una prolongación de la separación.

En este contexto, debe recordarse que la supervivencia del menor es primordial y presupuesto del disfrute de los demás derechos.

83. Si no es posible la reunión familiar en el país de origen, sea a causa de obstáculos jurídicos que impidan el retorno, sea porque la ponderación del retorno contra el interés superior del menor inclina la balanza en favor de este último, entran en juego las obligaciones estipuladas en los artículos 9 y 10 de la Convención, que deben regir las decisiones del Estado de acogida sobre la reunión familiar en su propio territorio. En este contexto, se recuerda especialmente a los Estados Partes "toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva" y "no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares" (párrafo 1 del artículo 10). Según el párrafo 2 del mismo artículo, los países de origen deben respetar "el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido del propio, y a entrar en su propio país".

De acuerdo a lo establecido por las Directrices de RIAD¹⁸: *"la familia es la unidad central encargada de la integración social primaria del niño"* y por ende *"los gobiernos y la sociedad deben tratar de preservar"* su integridad, resulta evidente que una infracción administrativa (en este caso, la irregularidad migratoria) no configuraría una conducta justificante de una medida que implicara la separación entre padres e hijos¹⁹.

Directriz 14 de Riad : *"[c]uando no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar, los intentos de la comunidad por ayudar a los padres en este aspecto hayan fracasado y la familia extensa no pueda ya cumplir esta función, se deberá recurrir a otras posibles modalidades de colocación familiar, entre ellas los hogares de guarda y la adopción, que en la medida de lo posible deberán reproducir un ambiente familiar de*

¹⁸ Directrices de RIAD-. Adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990 <http://www.jurisprudenciainfancia.udp.cl/wp/wp-content/uploads/2009/08/directrices-riad.pdf>

¹⁹ Art. 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Art. 6 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre "

estabilidad y bienestar y, al mismo tiempo, crear en los niños un sentimiento de permanencia, para evitar los problemas relacionados con el "desplazamiento" de un lugar a otro".

La Comisión Interamericana de DDHH en el Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense determinó en el punto N° 160 : “...En ese caso, la Corte Suprema sostuvo que, aunque disposiciones como las de la Convención sobre los Derechos del Niño no habían sido implementadas por el Parlamento (y no eran, por lo tanto, directamente aplicables conforme a las leyes canadienses), puesto que se presume que el poder legislativo debe respetar los principios de derecho internacional consuetudinario y convencional, se prefieren las interpretaciones que reflejan los valores de la legislación sobre derechos humanos. El derecho internacional en materia de derechos humanos ejerce "una influencia crítica sobre la interpretación del alcance de los derechos contenidos en la Carta [Canadiense]". La Corte indicó que la Convención sobre los Derechos del Niño y otras normas aplicables dan especial importancia a la protección de los niños y sus intereses y "ayudan a mostrar los valores que son básicos para determinar si" la decisión del funcionario de inmigración fue un ejercicio razonable de albedrío dentro del proceso de revisión por razones humanitarias. **La Corte también se remitió a los objetivos de la Ley de Inmigración y las directrices aplicables para respaldar la determinación de que los intereses de los niños afectados debían ser tomados en cuenta en ese procedimiento.** En parte debido a la aprensión de que haya existido un prejuicio por parte del funcionario de inmigración que había rechazado la solicitud de revisión por razones humanitarias, y en parte por haber éste dejado de tomar en cuenta los intereses de los niños afectados, la Corte resolvió que la apelación debía ser concedida y que el caso debía ser devuelto para que un funcionario diferente haga una nueva determinación.²⁰

²⁰ 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 Decisión de Nov. 4, 1998, Pág. 28. <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Canada2000sp/canada2.htm#Respeto%20a%20la%20Vida%20Familiar%20y%20a%20los%20Derechos%20del%20Ni%C3%B1o%20en%20virtud%20de%20la%20Declaraci%C3%B3n%20Americana>

Respecto de los casos en que los niños no acompañados son retornados a sus países de origen cabe resaltar la Directriz N °148: *Los niños no acompañados o separados no deben ser devueltos a su país de residencia habitual:*

a) Si, después de la evaluación de la seguridad y los riesgos, hay motivos para creer que la seguridad y protección del niño están en peligro;

b) A menos que, antes del retorno, un cuidador idóneo, como uno de sus progenitores, un pariente, otro cuidador adulto, una agencia oficial o una agencia o un centro de acogida habilitados del país de origen haya aceptado y pueda asumir la responsabilidad por el niño y brindarle la protección y el cuidado adecuados;

c) Si, por otras razones, ello no responde al interés superior del niño, según La evaluación de las autoridades competentes.”

En este sentido las graves violaciones de DDHH en los casos en los que: se ordena su detención como medida de protección; cuando se los deporta; cuando se omite preservar el vincular familiar interviniendo temporalmente y en especial los casos en que la institucionalización es la respuesta única para el cuidado alternativo de niñas y niños migrantes sin cuidado parental son realidades que permanecen ocultas incluso para los operadores de infancia.

Siguiendo el enfoque de derechos, es necesario abordar tanto las causas como las consecuencias de la migración y encontrar soluciones a los problemas que genera este proceso que afecta a las niñas, niños y adolescentes en el conjunto de sus derechos. Dichas soluciones requieren de la imprescindible cooperación conjunta y coordinada de los Estados de origen, tránsito y destino.

En este sentido la Directriz N° 139 alienta a los Estados a velar por la cooperación internacional y la protección del niño mediante la ratificación del Convenio de La Haya relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la

cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, de 19 de octubre de 1996, o se adhieran a él.²¹

VI. PETITORIO

Por todas las consideraciones expuestas solicitamos a V.E.

- 1) Se nos tenga por presentado en el carácter invocado, por acreditada la personería y por constituido domicilio.
- 2) Se haga lugar a la intervención en calidad de "Amicus Curiae" solicitada.
- 3) Se tengan en cuenta los argumentos de hecho y de derecho que se aportan en el presente al momento de dictar sentencia.

Proveer de conformidad,

SERA JUSTICIA



Jean Ayoub
Secretario General- SSI



María Matilde Luna
Directora de Proyecto de RELAF

²¹ Cabe resaltar que el Comité de los Derechos del Niño (CDN) en su Observación General N° 6 -Medidas Generales de Aplicación (CRC/GC/2003/5) del 3 de octubre de 2003, párrafo N° 15 ha recomendado su ratificación como medida de implementación de la CDN.