

Señores:

Honorables Magistrados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Avenida 10, Calles 45 y 47 San Pedro, San José

Apdo. 6906-1000 Costa Rica

Nosotros, **LIGIA BOLIVAR**, Directora de Centro de Derechos Humanos, **JESÚS MARIA CASAL**, Director del Centro de Investigaciones Jurídicas, **BEATRIZ BORGES URRUTIA** y **BÁRBARA JACQUELINE NAVA** profesoras investigadoras del Centro de Derechos Humanos, **CARLOS MANUEL TRAPANI BLANCO** y **YANINA DA SILVA**, profesores investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídica, mayores de edad, de nacionalidad venezolana, domiciliados en la Ciudad de Caracas; ambas entidades académicas pertenecientes a de la Universidad Católica Andrés Bello, domiciliada en Avenida Teherán, urbanización Montalbán, Edificio Cincuentenario, Distrito Capital, República Bolivariana de Venezuela. Apartado Postal: 20.332, Caracas. Teléfonos/ FAX: (58-212) 407.44.34, Correo Electrónico: cddhh@ucab.edu.ve; nos dirigimos respetuosamente a esta Ilustre Corte y manifestamos:

CAPITULO I

SOLICITUD DE SER CONSIDERADOS AL AMICUS CURIAE

La presente solicitud se formula con motivo de la Consulta, que se tramita ante esta Ilustre Corte, planteada por los Ilustrados Estados de Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay, a fin de que el Tribunal “determin[e] con mayor precisión cuáles son las obligaciones de los Estados con relación a las medidas posibles 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 esta oportunidad presentamos las presentes consideraciones en calidad de “*Amicus Curiae*”, en donde ofreceremos algunos argumentos fácticos y jurídicos útiles para identificar las situaciones violatorias, alegadas por Los Estados, a los fines que sean considerados al momento de dictar la Opinión Consultiva correspondiente, procurando que la Corte explícitamente consagre la necesidad e importancia de garantizar principios generales que garanticen el debido proceso y las garantías judiciales de todos y cada uno de los seres humanos, en especial de la niñez migrante por su especial situación de vulnerabilidad.

El Centro de Derechos Humanos y El Instituto de Investigaciones Jurídicas ambos centros de investigación de la Universidad Católica Andrés Bello, con sede en la República Bolivariana de Venezuela, son entidades académicas comprometidas con la defensa y protección de los derechos humanos y en la promoción y defensa de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, respectivamente. Ambas instituciones tienen como norte desde sus respectivos espacios académicos, prevenir la violación de los derechos humanos, así como

la promoción de los mismos y la defensa de las víctimas de amenaza o violación a sus garantías fundamentales, en el marco de los instrumentos internacionales y regionales sobre la materia.

CAPITULO II INTERÉS DEL AMICUS CURIAE

Como investigadores miembros de entidades académicas dedicadas a la promoción de los derechos humanos, tenemos especial interés en el pronunciamiento de esta Ilustre Corte, en razón de que en él se plantea la importancia de proteger los derechos humanos de la niñez en situación migrante.

Estimamos de gran trascendencia el rol que esta Honorable Corte puede desempeñar en el presente caso en atención a las materias involucradas, hasta el presente, escasamente desarrolladas por los órganos de control del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, lo cual puede marcar un precedente muy importante donde se promueva los derechos de la niñez migrante.

Adicionalmente, el pronunciamiento que eventualmente adopte la Corte reviste importancia crucial para el logro de una efectiva protección de los derechos civiles y políticos particularmente el derecho a la identidad, debido proceso, así como los principios de protección general de derechos humanos, en el ámbito interno de los Estados integrantes del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

Esta intervención tiene el objetivo central de aportar al debate interamericano algunos comentarios sobre los principios generales de actuación de los Estados en caso de contacto o custodia con niñez migrante. Para ello dividiremos este escrito en dos apartados. En primer lugar trataremos las generalidades y principios reguladores de la situación de las personas migrantes con especial enfoque a la niñez en esta situación, los supuestos bajo los cuales se enmarca esta figura y la práctica internacional que se ha desarrollado en torno a ella. Esta primera parte empieza por un análisis de la forma como se ha desarrollado dicha institución en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en adelante CIDH y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante Corte o Corte Interamericana, así, como en el Sistema de Naciones Unidas. En segundo lugar, presentaremos una propuesta de sistematización de principios de actuación del Estado que tienen su correspondencia con lo desarrollado en diferentes instrumentos internacionales así como las recomendaciones y los fallos de la Corte Interamericana ajustados la Convención Americana de Derechos Humanos. A su vez, trataremos el tema de los principios que deben estar presentes en toda actuación del Estado a los fines de garantizar la protección del debido proceso, y como ésta, si bien se presenta en litigios interestatales, no surge solamente cuando se trata de procedimientos formalmente hablando, sino que se refiere a todo contacto estatal en ejercicio de funciones con personas en esta situación.

CAPITULO III

PRINCIPIOS TRANSVERSALES QUE AMPARAN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS Y NIÑAS MIGRANTES

1. SOBRE LA VULNERABILIDAD DE LA POBLACIÓN MIGRANTE :

Por definición, la vulnerabilidad se refiere a la *condición* en la que se encuentra una persona susceptible a ser herida o dañada. En el caso de los migrantes, la doctrina entiende, que se trata de una condición que les impone *la sociedad receptora de su inmigración* y es por esta condición que muchas veces sus derechos humanos son violados.

Son múltiples los problemas que esta población puede padecer, en especial la población migrante en *condición irregular*. La doctrina ha definido la vulnerabilidad de los migrantes como una “construcción social”¹. Ésta tiene que ver con las bases que los miembros de la sociedad receptora tienen para distinguir a un nacional de un extranjero. La base más común para hacer esta distinción principalmente es la *connotación legal*, en donde generalmente se reacciona con prejuicios frente a la persona “indocumentada”.

Esta diferenciación derivada del status legal de la persona es la que conlleva erróneamente a justificar el trato discriminatorio y la violación a los derechos humanos. En este sentido la doctrina se ha manifestado de la forma siguiente: “El problema para el entendimiento de la vulnerabilidad de los migrantes como sujetos de derechos humanos es que la distinción que hace la ley entre un nacional y un extranjero es convertida, en la práctica, en un criterio para justificar un trato de inferioridad al extranjero respecto de los derechos que tiene un nacional”².

La vulnerabilidad de los migrantes como sujetos de derechos humanos se sintetiza en el estado o condición de *carencia de derechos y de acceso a recursos* para su protección³. Esta situación se verifica en general para todos los migrantes, pero es particularmente grave en el caso de los migrantes “indocumentados” o en situación irregular, cuya situación migratoria los expone aún más a abusos. De hecho, dada la situación particular de los migrantes, se sostiene que estas personas enfrentan una condición de *vulnerabilidad estructural*⁴.

La mejor herramienta que pueden poseer estas personas para poder defenderse frente a estas violaciones es el conocimiento pleno de sus deberes y derechos; el problema es que la

¹ La Vulnerabilidad de los Migrantes Internacionales como Sujetos de Derechos Humanos por Jorge A. Bustamante. Ver en revista: www.revistainterforum.com.

² La Vulnerabilidad de los Migrantes Internacionales como Sujetos de Derechos Humanos por Jorge A. Bustamante. Ver en revista: www.revistainterforum.com.

³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18

⁴ Naciones Unidas. Grupo de Trabajo Intergubernamental de Expertos en los Derechos Humanos de los Migrantes, Informe E/CN.4/AC.46/1998/5, párrafo 28; Naciones Unidas, Derechos Humanos de los Migrantes, Informe E/CN.4/2000/82, párrafo 13.

mayoría de migrantes, en especial los que no poseen documentos, se colocan ellos mismos al margen y se invisibilizan, por temor de ser discriminados o penalizados, ocasionando que no puedan ejercer plenamente sus derechos tan solo por la simple ignorancia de los mismos. Es por ello que la orientación inicial a la población migrante debe ser uno de los primeros nortes que los Estados deben lograr a los fines de cumplir con sus obligaciones en materia de Derechos Humanos.

Esta vulnerabilidad a la que hacemos referencia en la población migrante, cobra mayor vigencia en el caso de los niños y niñas en esta condición, en especial, si éstos se encuentran en condición irregular sin documentos de identificación.

Si hacemos una interpretación progresiva y revisamos las obligaciones internacionales del Estado, así como los principios de protección de los derechos humanos y la obligación de protección del interés superior del niño, vemos que el Estado debe tomar medidas de acción positiva para proteger y garantizar los derechos humanos de aquellos niñas y niños que se encuentran expuestos a situaciones de amenaza a sus derechos. Esta condición especial, que los hace ***doblemente vulnerables***, es la que debe tomar el Estado como referencia para desarrollar medidas de carácter positivo en donde esta población pueda estar protegida; y al amparo de los principios y normativas contenidos en los instrumentos internacionales de protección, debe ser juzgada la responsabilidad internacional de los Estados.

Sin embargo, si bien es cierto que los Estados están en el deber de abordar “la situación de vulnerabilidad de los migrantes, con un énfasis especial en los niños, niñas y adolescentes en situación de tránsito, y proporcionen oportunidades para una migración legal (...) [y] tratar los factores que desencadenan la emigración de personas desde sus países de origen”⁵, estas medidas positivas de carácter especial deben ser tomadas por el Estado y deben estar orientadas a no generar “un mayor riesgo de afectación a los derechos, a la integridad y al bienestar personal y familiar de las personas migrantes”⁶.

2. SOBRE EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN

Los niños, constituyen *per se* un grupo social con necesidades y requerimientos específicos⁷ derivados de (i) su mayor vulnerabilidad por razones de su edad y del lugar que ocupan en la sociedad, (ii) las formas tradicionales de discriminación vinculadas a la raza, sexo, la condición social, el origen, entre otras.⁸ Ello así, el principio de no discriminación constituye una de las

⁵ Infancia y Migración Internacional en América Latina y el Caribe Numero 11, Noviembre del 2010. Boletín Unicef. www.eclac.org

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso: Vélez Lóor Vs. Panamá, Sentencia de 23 de noviembre de 2010 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 209.

⁷ CECODAP, *Somos Noticia*, Situación de los Derechos de la Niñez a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, Serie: septiembre 2003-agosto 2004, Ediciones el Papagayo, Caracas, 2004, p. 185.

⁸ CECODAP, *Somos Noticia*, op. cit. p. 186.

garantías esenciales del ejercicio universal de los derechos del niño y cobra particular relevancia en la garantía del ejercicio de los derechos de la niñez migrante.

Con independencia de su particular consagración y reconocimiento en los instrumentos internacionales de protección de los derechos del niño, lo cierto es que el principio de igualdad y no discriminación “se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona”⁹.

Y es que “la no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley sin ninguna discriminación constituye un principio básico y general relativo a la protección de los derechos humanos”¹⁰. Así ha sido consagrado en el párrafo 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos donde se prevé la obligación de cada uno de los Estados Parte de “respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”¹¹.

De este modo, en el específico caso de los niños, resulta inaceptable cualquier circunstancia que el Estado los valore de inferiores, les dé un tratamiento hostil o, de cualquier manera, los discrimine en el goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad. Tal como ha sostenido esa Corte, “no es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza”¹².

Así pues, el principio de no discriminación, constituye un baremo neurálgico en la determinación del carácter de las obligaciones positivas de los Estados en proveer medidas de protección a la niñez y, dentro de ella, a la niñez migrante que nos ocupa¹³.

Como veremos, el principio de no discriminación es reconocido en la niñez, no sólo producto de su consagración expresa en el orden del Sistema Interamericano, sino como parte del *corpus juris* internacional de protección de los niños¹⁴. Este principio procura el *ejercicio*

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición Jurídica y Derechos del Niño, Opinión Consultiva OC-17/02* de 28 de agosto de 2002, *Serie A, número 17*, párr. 45

¹⁰ Comité de los Derechos Humanos, Observación General No. 18, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, No discriminación, 37º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 168 (1989).

¹¹ *Ibidem*.

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición Jurídica y Derechos del Niño, Opinión Consultiva OC-17/02* de 28 de agosto de 2002, *Serie A*, párr. 45

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso: *Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*, Sentencia de 2 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 197, alegatos de los representantes.

¹⁴ También en Venezuela se ha reconocido expresamente en nuestra Constitución, y, en cuanto a los niños, en el artículo 3 de la Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, publicada en Gaceta Oficial No. N° 5.859 Extraordinario de 10 de diciembre de 2007.

universal de los derechos de la niñez sin distinción de raza, sexo, religión, origen, entre otras, con *alcance ulterior* a su propia persona; mediante la toma de *medidas y planes de ejecución efectiva* por parte de los Estados y dejando espacio a *situaciones especiales* en las que, por motivos justificados objetivos y razonables, se acepta diferencia de trato.

2.1 Sobre el “corpus juris” de protección de los niños que sirve para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana, con relación al principio de no discriminación.

En el Sistema Interamericano, el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁵ dispone que “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”. Como se observa, esta disposición atiende a la ya referida situación de vulnerabilidad en que se encuentran los niños como parte de su corta edad y las consecuencias que ello acarrea, imponiendo a los Estados la obligación de tomar las medidas, que serán de la más variada índole, para su protección en tales circunstancias.

Pero reiteramos, la discriminación en el caso de la niñez se manifiesta no solo por las condiciones propias de su edad, sino también por los motivos clásicos de discriminación, de sexo, raza, origen, condición social, entre otras, como lo es la condición migratoria.

Es precisamente derivado de esa segunda vertiente de la discriminación en la niñez, que en reiteradas oportunidades¹⁶ la Corte ha abordado la interpretación del citado artículo 19 de la Convención Americana a fin de determinar su verdadero contenido y alcance a la luz del Derecho Internacional. De este modo, ha sostenido que “tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que debe servir(le) para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana”.

Vale señalar en este punto que es justamente la Convención de los Derechos del Niño¹⁷ el instrumento internacional que avanza en el cambio de paradigma en cuanto a la titularidad y ejercicio de los derechos de la niñez, al dejar de considerarlos objeto de tutela

¹⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969.

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, Sentencia de 19 de noviembre 1999 (Fondo) párr. 194 a 196; y *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, Sentencia de 8 de julio de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas) párr. 166 a 169. En el mismo sentido, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03*, Serie A, Número 18, párr. 120.

¹⁷ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, por Resolución 44/25, en Nueva York el 20 de noviembre de 1989.

(doctrina de la situación irregular), para pasar a calificarlos como verdaderos sujetos de derecho (doctrina de la protección integral)¹⁸.

En particular, la Convención sobre los Derechos del Niño contiene diversas disposiciones que arrojan luz, en conexión con el artículo 19 de la Convención Americana, sobre la conducta que el Estado debería observar en la protección de la niñez¹⁹. Y es que, tal como ha señalado, la Corte al interpretar un tratado no sólo toma en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste, sino también el sistema dentro del cual se inscribe el mismo; es la llamada “interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección”²⁰.

Siguiendo a la Corte, destacamos en tal sentido la disposición que obliga a los Estados partes al respeto y garantía de los derechos enunciados en la Convención, asegurando que ellos se apliquen a cada “niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”²¹.

En ese orden, se prevé la obligación de los Estados Partes de tomar “todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares”²². Más específicamente, la Convención prevé que los “Estados partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.”.

Destacamos desde ya los elementos que de seguidas se analizan relativos al alcance y materialización del principio de no discriminación, cuales son:

- La *universalidad* del principio, en tanto se garantiza la no discriminación no solo respecto de los nacionales de cada Estado, sino a cualquier niño que se encuentre bajo su jurisdicción;

¹⁸ “Tal como se señalara en las discusiones de la Convención sobre los Derechos del Niño, es importante destacar que los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos –menores y adultos- y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado.” (OC-17/2002, op. cit. párr. 54.)

¹⁹ *Ibíd.*

²⁰ *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, Sentencia de 8 de julio de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas) párr. 164 y 165.

²¹ Artículo 2.1 de la Convención de los Derechos del Niño.

²² Artículo 2.2 de la Convención de los Derechos del Niño.

- Su *alcance ulterior* a la persona del niño, evitando cualquier forma de discriminación de los niños, no solo por su propia condición, sino por la de sus padres, tutores o familiares;
- La obligatoriedad en la toma de *medidas y planes que materialicen dicha protección* y protejan de manera efectiva y directa a los niños;
- La *posibilidad de trato diferenciado* en situaciones en que ello se justifique: los estándares de la diferenciación de trato.

Es así como la Corte ha reconocido que la Convención de los Derechos del Niño permite precisar, en variadas direcciones, los alcances de las “medidas de protección” a que alude el artículo 19 de la Convención Americana, haciendo especial mención “a las referentes a la no discriminación, a la asistencia especial a los niños privados de su medio familiar, a la garantía de la supervivencia y el desarrollo del niño, al derecho a un nivel de vida adecuado y a la reinserción social de todo niño víctima de abandono o explotación”²³.

De este modo, el principio de no discriminación debe ser entendido en la forma en que lo ha configurado el referido *corpus juris* internacional, que le da precisión a su contenido y amplía su vigencia y efectividad en lo que a la protección de la niñez se refiere.

2.2 Sobre la universalidad del principio de no discriminación en la garantía del ejercicio de los derechos.

La no discriminación es predicable respecto de todos los niños, sin que sea relevante que sean nacionales del Estado parte de que se trate, basta con que se hallen bajo su jurisdicción. En los términos previstos en la Convención de los Derechos del Niño, la protección contra la discriminación se extiende a todos los niños sujetos a la jurisdicción del Estado y no exclusivamente a sus nacionales, por lo que cualquier niño que se encuentre en el territorio de un Estado parte, aun no siendo de esta nacionalidad, debe ser protegido por el país, a través de las instancias destinadas a tal efecto, sin atender a su nacionalidad o estatus migratorio. Esto es, el principio de no discriminación debe ser aplicado por los Estados respecto de todos los niños, es predicable en cuanto a todos ellos, sin excepción, sean o no nacionales.

En efecto, así lo ha señalado la Corte, al sostener que “la situación regular de una persona en un Estado no es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice el principio de la no discriminación”²⁴. Continúa señalando que “dicho principio tiene carácter fundamental y todos los Estados deben garantizarlo no sólo a sus ciudadanos, sino a cualquier persona que se encuentre dentro de su territorio”²⁵.

²³ *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, Sentencia de 8 de julio de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas) párr. 196

²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03*, op. cit. párr. 118

²⁵ *Ibidem*.

Particulariza la Corte además que, respecto de los migrantes, la universalidad del principio “no significa que no se podrá iniciar acción alguna contra las personas migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal. Lo importante es que, al tomar las medidas que correspondan, los Estados garanticen su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa²⁶.

2.3 Sobre el alcance ulterior del principio de no discriminación, que alcanza no sólo a los niños, sino también a sus padres o tutores

Ciertamente los niños pueden ser discriminados no sólo por motivo de su condición propia, sea de edad, raza, sexo, origen, entre otras, sino que también en razón de la condición de sus padres, tutores o representantes.

Es por ello que la propia Convención de los Derechos del Niño prevé en su artículo 2.1 la prohibición de discriminación por cualquier condición propia o de sus padres o de sus representantes legales.

De este modo, la doctrina ha sostenido que el principio de no discriminación “posee un alcance ulterior, que se proyecta más allá de la propia condición del niño, al prohibir no solo la discriminación en razón de condiciones inherentes a la propia persona de que se trate con respecto a sus semejantes o pares, sino que además abarca el amplio sentido de traspasar su propia condición de niño para evitar la discriminación en razón de alguna condición de sus padres o representantes legales. En estos casos, la propia condición de sus padres no debe ser nunca elemento de juicio para la consideración discriminatoria del hijo²⁷.”

Es justamente de la mano de dicho alcance ulterior que el principio de no discriminación de los niños acarrea, como veremos, la toma de medidas que exceden las circunstancias propias del niño de que se trate, comprendiendo además circunstancias familiares, por ejemplo, que en muchas oportunidades constituyen el origen de la discriminación, tal como se ha reseñado en este aparte.

2.4. El principio de no discriminación y el alcance de la adopción de medidas.

La no discriminación obliga a los Estados más allá del desarrollo de medidas legislativas, ya que exige la ejecución efectiva de planes y programas destinados a garantizarla, por lo que debe formar parte de la base de cualquier política pública sobre niñez y adolescencia que adelante un Estado y, en tal sentido, ser concebida como un eje transversal de la acción estatal en esta área²⁸. Y es que el principio de no discriminación es el presupuesto inicial para la

²⁶ Ibídem.

²⁷ Buaiz Valera, Yuri Emilio, op.cit. p. 40

²⁸ CECODAP, op.cit. p.185

construcción de políticas de protección integral, incluidas las políticas legislativas del Estado²⁹ que forjen planes para la “superación estructural de las carencias socioeconómicas que devienen en la vulneración de los derechos del niño”³⁰.

La misma Corte, con base en el artículo 19 de la Convención de los Derechos del Niño ha señalado que “efectivamente el Estado está en la obligación de garantizar medidas de protección al menor y adolescente, en cuanto a salvaguardar sus derechos y libertades que se le garantiza por el s[ó]lo [hecho] de ser sujeto de derecho”³¹.

Así, la Convención de los Derechos del Niño obliga a los Estados partes a tomar las medidas apropiadas y especiales para garantizar la vigencia del principio de no discriminación³², que se manifiesta, entre otras formas, en la exigencia de que “los Estados identifiquen activamente a los niños y grupos de niños cuando el reconocimiento y la efectividad de sus derechos pueda exigir la adopción de medidas especiales. Por ejemplo, el Comité subraya en particular, la necesidad de que los datos que se reúnan sean desglosados para poder identificar las discriminaciones existentes o potenciales. La lucha contra la discriminación puede exigir que se modifique la legislación, que se introduzcan cambios en la administración, que se modifique la asignación de recursos y que se adopten medidas educativas para hacer que cambien las actitudes”³³.

Entre la variedad de medidas que se pueden adoptar para la garantía del principio de no discriminación, pueden tomarse como referencia las señaladas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas en su Observación General No. 3, donde indica que “reconoce que en numerosos casos las medidas legislativas son muy deseables y en algunos pueden ser incluso indispensables”³⁴, subrayando “que la adopción de medidas legislativas, como se prevé concretamente en el Pacto, no agota por sí misma las obligaciones de los Estados Partes”³⁵, señalando, entre otras variantes, “la de ofrecer recursos judiciales en lo que respecta a derechos que, de acuerdo con el sistema jurídico nacional, puedan considerarse justiciables. El Comité observa, por ejemplo, que el disfrute de los derechos reconocidos, sin discriminación, se fomentará a menudo de manera apropiada, en parte mediante la provisión de recursos judiciales y otros recursos efectivos”³⁶.

²⁹ Buaiz Valera, Yuri Emilio, op. cit. p. 39.

³⁰ Buaiz Valera, Yuri Emilio, op. cit. p. 44

³¹ *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, Sentencia de 8 de julio de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas) párr. 161

³² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, Sentencia de 19 de noviembre 1999 (Fondo), párr. 146

³³ Punto 12 de la Observación General No. 5 del Comité de los Derechos del Niño.

³⁴ Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, Observación *General 3; La índole de las obligaciones de los Estados Partes*, de fecha 4 de diciembre de 1990, Punto 3.

³⁵ *Ibíd.*, Punto 4

³⁶ *Ibíd.*, Punto 5

Apuntamos el hecho de que, como lo ha destacado el Comité de los Derechos Humanos de Naciones Unidas, no se trata solo de la toma de medidas legislativas, sino de la identificación de la existencia o no de discriminación y las medidas tomadas para erradicarla. Así, el Comité ha advertido que “los informes de muchos Estados Partes contienen información tanto sobre medidas legislativas como administrativas y decisiones de los tribunales relacionadas con la protección contra la discriminación jurídica, pero suelen no incluir información que ponga de manifiesto una discriminación de hecho. Al informar sobre el párrafo 1 del artículo 2 y los artículos 3 y 26 del Pacto, los Estados Partes por lo general citan disposiciones de su constitución o de sus leyes sobre igualdad de oportunidades en lo que respecta a la igualdad de las personas. Si bien esta información es sin duda alguna útil, el Comité quisiera saber si sigue existiendo algún problema de discriminación de hecho, practicada ya sea por las autoridades públicas, la comunidad o por personas u órganos privados. El Comité desea ser informado acerca de las disposiciones legales y medidas administrativas encaminadas a reducir o eliminar tal discriminación”³⁷.

En el mismo orden, el Comité señaló que “el principio de la igualdad exige algunas veces a los Estados Partes adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto. Por ejemplo, en un Estado en el que la situación general de un cierto sector de su población impide u obstaculiza el disfrute de los derechos humanos por parte de esa población, el Estado debería adoptar disposiciones especiales para poner remedio a esa situación. Las medidas de ese carácter pueden llegar hasta otorgar, durante un tiempo, al sector de la población de que se trate un cierto trato preferencial en cuestiones concretas en comparación con el resto de la población. Sin embargo, en cuanto son necesarias para corregir la discriminación de hecho, esas medidas son una diferenciación legítima con arreglo al Pacto”³⁸.

En la situación concreta de los migrantes, por ejemplo, la Corte considera que el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados, al regular los mecanismos de otorgamiento de la nacionalidad, deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos³⁹. Además, los Estados deben combatir las prácticas discriminatorias en todos sus niveles, en especial en los órganos públicos, y finalmente debe adoptar las medidas afirmativas necesarias para asegurar una efectiva igualdad ante la ley de todas las personas⁴⁰.

³⁷ Observación General No. 18, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, No discriminación, 37º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 168 (1989).

³⁸ Observación General No. 18, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, No discriminación, 37º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 168 (1989), párr.10.

³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Serie A No. 18, párr. 88, y *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, párr. 44.

⁴⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República*

Otro aspecto importante viene a ser la necesidad de que, siendo que el niño es discriminado no solo por condiciones propias sino que también por la de sus familiares y representantes, se desarrollen programas y políticas públicas capaces de promover las condiciones socio-económicas de las familias de los niños afectados que, en muchos de los casos, vienen a ser el origen de la discriminación de la que son objeto.

A todo evento, entendemos que se requiere la determinación de procedimientos más específicos y efectivos orientados a la garantía del principio de no discriminación en este sentido.

2.5. Sobre la posibilidad de trato diferenciado en situaciones en que ello se justifique: los estándares de la diferenciación de trato

Tal como se ha venido señalando, ciertamente, los Estados no pueden discriminar o tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de los migrantes. Sin embargo, se ha puesto de relieve que la aplicación del principio no discriminatorio, de la igualdad de acceso a los derechos, no significa que haya que dar un trato idéntico⁴¹.

Y es que sí puede el Estado otorgar un trato diferenciado en determinados casos, por ejemplo, entre migrantes documentados y migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea “**razonable, objetivo, proporcional y no lesione los derechos humanos**” (negrillas nuestras)⁴².

Así, al examinar las implicaciones del trato diferenciado que algunas normas pueden dar a sus destinatarios, la Corte ha establecido que “no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana”. En mismo orden, el Sistema Interamericano ha considerado las opiniones de la Corte Europea de Derechos Humanos, quien basándose en “los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos”, advirtió que sólo es discriminatoria una distinción cuando “carece de justificación objetiva y razonable”⁴³.

Existen ciertas desigualdades de hecho que pueden traducirse, legítimamente, en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que esto contraríe la justicia. Más aún, tales distinciones pueden ser un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran⁴⁴.

Dominicana, Sentencia de 8 de septiembre de 2005, Serie C, Número 130, párr. 141

⁴¹ Artículo 2 de la Observación General No. 5 del Comité de los Derechos del Niño.

⁴² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03*, op. cit. párr. 119.

⁴³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición Jurídica y Derechos del Niño, Opinión Consultiva OC-17/02*, op. cit., párr. 46

⁴⁴ *Ibidem* y Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II.116 Doc. 5 rev. 1 corr, 22 de octubre de 2002

Asimismo, la Corte estableció que no habrá discriminación “si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.”⁴⁵.

Se concluye entonces que “en razón de las condiciones en las que se encuentran los niños, el trato diferente que se otorga a los mayores y a los menores de edad no es *per se* discriminatorio, en el sentido proscrito por la Convención. Por el contrario, sirve al propósito de permitir el cabal ejercicio de los derechos reconocidos al niño.

Se entiende que, en virtud de los artículos 1.1 y 24 de la Convención, los Estados no pueden establecer diferenciaciones que carezcan de una justificación objetiva y razonable y no tengan como objeto único, en definitiva, el ejercicio de los derechos establecidos en aquélla”⁴⁶.

En definitiva, el principio de no discriminación constituye uno de los pilares fundamentales en el ejercicio de los derechos de los niños, siendo desarrollado y aplicado por las instancias del Sistema Interamericano así como por las demás instancias internacionales de protección de derechos humanos y de los niños en particular. Es entonces, en los términos expuestos, uno de los principios transversales que debe considerarse al evaluar las situaciones particulares de la niñez migrante y en el desarrollo de procedimientos y medidas para su mejor protección y salvaguarda.

3. SOBRE INTERÉS SUPERIOR DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

El interés superior del niño es uno de los principios fundamentales que orientan la interpretación y cumplimiento de los derechos la niñez y adolescencia, gozando de un reconocimiento universal a partir de aprobación de la Convención de los Derechos del Niño; por tanto, se puede afirmar que este principio constituye una norma de Derecho Internacional General que necesariamente debe ser garantizada por todos los Estados.

El artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que: “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 la que se atenderá será el interés superior del niño”. De acuerdo a

⁴⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición Jurídica y Derechos del Niño, Opinión Consultiva OC-17/02*, op. cit., párr. 47

⁴⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición Jurídica y Derechos del Niño, Opinión Consultiva OC-17/02*, op. cit., párr. 55.

Cillero Bruñol (1999)⁴⁷ esta disposición “constituye un ‘principio’ que obliga a diversas autoridades e, incluso, a instituciones privadas a estimar el ‘interés superior del niño’ como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones, no porque el interés del niño sea un interés considerado socialmente como valioso, o por cualquier otra concepción del bienestar social o de la bondad, sino que, y en la medida que, los niños tienen derechos que deben ser respetados, o dicho de otro modo, que los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen”.

De esta manera, el principio de interés superior constituye una norma que garantiza la condición de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos y como protagonistas de su propio desarrollo. En este contexto, el principio reviste un carácter dual, por una parte orienta la toma de decisiones que involucren a niños, niñas y adolescentes, así como, garantiza el desarrollo integral de la niñez y adolescencia.

El principio de interés superior ha tenido un desarrollo significativo dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, siendo los más emblemáticos y destacados los siguientes:

- En 1997 Villagrán Morales, la Corte ha señalado que en virtud de la Convención Americana de Derechos Humanos de que el Estado de Guatemala es parte y de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la República guatemalteca ha incurrido en graves violaciones a los derechos humanos de los niños objeto de esta demanda al no establecer las medidas oportunas para impedir una práctica sistemática de agresiones en contra de los “niños de la calle” por miembros de las fuerzas de seguridad del Estado.⁴⁸
- En 2003, el caso Bulacio vs Argentina la Corte sanciona al Estado de Argentina a pagar una indemnización a favor de la familia de la víctima Walter David Bulacio. En el caso se denunciaron múltiples violaciones a los derechos del adolescente como por ejemplo agresiones por parte de agentes policiales, que no se notificara de la detención al juez correccional de menores de turno.⁴⁹
- En el año 2004, el caso “Instituto de la reeducación del menor” vs Paraguay la Corte estableció que el Estado violó el derecho a la protección judicial e incumplió el deber de adoptar disposiciones de derecho interno de manera de garantizar a los niños los derechos

⁴⁷ Miguel Cillero Bruñol. "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño." Ponencia presentada en el I Curso Latinoamericano: Derechos de la Niñez y la Adolescencia; Defensa Jurídica y Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. San José de Costa Rica, 30 de agosto a 3 de septiembre de 1999.

⁴⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Villagrán Morales y Otros; Caso Niños de la Calle. Sentencia de 19 de noviembre de 1999.

⁴⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Bulacio v/s Argentina, Sentencia de 18 de septiembre de 2003.

fundamentales que le han sido consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos.⁵⁰

- En el año 2004, en el caso de los Hermanos Gómez Paquiyaury, la Corte tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre los derechos del niño y el principio del interés superior del niño, niña y adolescente. En este caso la Corte estimó que cuando se trata de la protección de los derechos del niño y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, rige el principio del interés superior del niño, que 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”⁵¹.

- En 2005, el caso de las niñas Yean y Bosico vs República Dominicana la Corte sostuvo que la República Dominicana violó los derechos a la nacionalidad, a la igualdad ante la ley, el derecho al nombre y al reconocimiento de la personalidad jurídica y el derecho a la integridad personal de las niñas en cuestión.⁵²

Asimismo, resulta importante mencionar la Opinión Consultiva 17/02 sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño donde se indica que “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”. Asimismo, la Corte indica que para ponderar el interés superior en una situación concreta necesariamente debe tomar en cuenta las características particulares de la situación en la que se encuentre el niño, niña o adolescente. Esta Opinión Consultiva se reitera el derecho a la protección especial del niño, niña o adolescente debido a su situación de vulnerabilidad en razón a su edad y condición de desarrollo, siendo el principio de interés superior un eje transversal que viabiliza esta garantía.

Estas decisiones de la Corte confirman la obligatoriedad para los Estados garantizar el interés superior de los niños, niñas y adolescentes sin ningún tipo de discriminación, para ello, debe adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de cualquier índole que permita su implementación con impacto real y efectivo el goce y ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

En el caso particular de niños y niñas migrantes resulta lesivo para el ejercicio de sus derechos negar la aplicación el interés superior. La migración como fenómeno social conlleva consecuencias perjudiciales para el desarrollo de los niños y niñas, que van desde su desvinculación a espacios naturales como la familia, escuela y comunidad hasta su exposición a

⁵⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso “Instituto de reeducación del menor” vs Paraguay, Sentencia del 2 de septiembre de 2004.

⁵¹ CORTE I.D.H.: Caso de los Hermanos Gómez Paquiyaury vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004.

⁵² CORTE I.D.H.: Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. Republica Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005.

situaciones de violencia. Por ello, los Estados, al suscribir y ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño, asumen la obligación de proteger a los niños, niñas y adolescentes sin ningún tipo de discriminación ya sea por condiciones propias de niño, niña o adolescentes como la de sus padres o representantes legales; asimismo, los Estados deben abstenerse de implementar medidas que represente una amenaza o violación a los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

4. PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN

4.1 La no devolución o non refoulement aplicable a personas refugiadas

Dentro del Derecho Internacional de Refugio, la no devolución implica que ninguna persona solicitante de refugio o refugiada reconocida por el país receptor, podrá ser devuelta a su país de origen o residencia anterior, cuando su vida, seguridad o integridad estén en riesgo⁵³.

Respecto al alcance de su contenido de protección, la no devolución ha sido declarado derecho consuetudinario e incluso *ius cogens*, tal como lo expresa la Declaración de Cartagena en su Conclusión Quinta y al respecto ha señalado Cancado Trindade que: “La consagración de este principio fundamental del Derecho Internacional de los Refugiados, ampliado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como siendo de *ius cogens*, acarrea, indudablemente, una limitación a la soberanía estatal (en materia de extradición, deportación y expulsión), a favor de la integridad y del bienestar de la persona humana”⁵⁴.

En este sentido, es un pilar fundamental del estatuto de protección internacional, que busca proteger por razones estrictamente humanitarias a la persona extranjera en condición de solicitante o refugiada reconocida en el país receptor y tiene carácter absoluto, ya que no reconoce limitaciones geográficas⁵⁵.

Asimismo, protege tanto en situaciones de suspensión de garantías como de limitaciones generales, y protege tanto individual como colectivamente, tal como lo ha señalado el Comité Ejecutivo del ACNUR en Resolución 19 sobre el refugio provisional y Resolución 22 sobre Afluencias Masivas, al exponer que: “...En todos los casos debe

⁵³ Artículo 33 Convención de Ginebra sobre el Estatuto de Refugio.

⁵⁴ CANCADO TRINDADE, Antonio A. Reflexiones sobre el Desarraigo como Problema de Derechos Humanos frente a la Conciencia Jurídica Universal en: La Nueva Dimensión de las Necesidades de Protección del Ser Humano en el Inicio del Siglo XXI. ACNUR-Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 2003, segunda edición, página 62.

⁵⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe 51/96. En este informe la Comisión Interamericana afirma que el derecho a la no devolución ampara a la persona independientemente del territorio en donde se encuentre, incluso si está en áreas internacionales tales como las marítimas, y cualquier estado que intercepte a las personas debe darles por lo menos la oportunidad de una entrevista, lo que implica el traslado al territorio del estado en cuestión. En el caso de Estados Unidos, la Comisión determinó la violación al derecho de buscar y recibir asilo por la política de intercepción en aguas internacionales y repatriación sumaria.

observarse escrupulosamente el principio fundamental de no devolución, incluido el no rechazo en la frontera”⁵⁶.

4.2 La no devolución o non refoulement aplicable a personas migrantes

En el marco del derecho internacional de los derechos humanos la no devolución implica que los Estados están obligados a no trasladar a ningún individuo a otro país, independientemente de su estatus migratorio, si esto causara su exposición a graves violaciones de sus derechos humanos, en particular a la privación arbitraria de la vida⁵⁷, o tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes⁵⁸.

A respeto cabe resaltar que los Estados mantienen su potestad de realizar procedimientos administrativos de deportación a cualquier persona migrante dentro de su territorio o jurisdicción, respetando las garantías de debido proceso, siendo además un límite adicional a esta potestad, tal como lo ha interpretado el Comité de Derechos Humanos, el que los Estados no puedan “... deportar, expulsar ni trasladar de cualquier otra forma a una persona del territorio, cuando haya sustanciales motivos para creer que existe un peligro real de daño irreparable”⁵⁹.

Siguiendo este criterio, **en el caso específico de niños, niñas y adolescentes migrantes**, se aplica lo expuesto anteriormente y se añade, tal como lo ha indicado el Comité de los Derechos del Niño que los Estados parte de la Convención sobre los Derechos del Niño “[...] 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”⁶⁰.

Lo expuesto, debe analizarse a la luz de La Convención sobre los Derechos del Niño y sus dos protocolos facultativos: el Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía y el Protocolo Facultativo

⁵⁶ Conclusión 22 del Comité Ejecutivo del ACNUR, Protección de las personas que buscan asilo en situaciones de afluencia a gran escala.

⁵⁷ Artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950; artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH); Declaración Americana sobre Derechos Humanos- artículo 22..8-; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos – artículo 13 - ; Protocolo N° 4 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que prohíben la expulsión colectiva de no nacionales

⁵⁸ Artículo 1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984 y el artículo 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1985.

⁵⁹ Artículo 7 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y ; artículo 7 (Prohibición de la tortura y los tratos o penas crueles). Ver también Observación General No. 2 del Comité de Derechos Humanos y Observación General No. 6 (2005) sobre el *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*.

⁶⁰ Observación General No. 6, Comité de los Derechos Niño, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, párrafo 27.

relativo a la participación de niños en los conflictos armados⁶¹” e implica a su vez que “los argumentos no fundados en derechos, por ejemplo los basados en la limitación general de la inmigración, no pueden prevalecer sobre las consideraciones fundadas en el interés superior”⁶².

Lo recomendable entonces, en virtud de la aplicación de las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes es que los Estados apliquen medidas especiales, dentro de los procedimientos administrativos migratorios, que permitan la clasificación específica de las condiciones particulares de la niñez migrante, independientemente de la situación migratoria de los padres, representantes o acompañantes durante la migración, en los países de tránsito y destino.

Estas medidas deben considerar los distintos aspectos de riesgo y vulnerabilidad a los que pueden estar sometidos los niños, niñas y adolescentes, tales como: estar separados o no acompañados por su familia o cuidadores, haber sido sometido a explotación, abuso y violencia sexuales o haber sido víctimas de trata, reclutamiento forzoso, entre otros.

CAPÍTULO IV

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES DENTRO DEL PROCEDIMIENTO DE DETERMINACIÓN DE LA CONDICIÓN DE REFUGIADO. PRINCIPIOS Y GARANTÍAS

Durante el estudio de elegibilidad en los procedimientos de determinación de la condición de refugio, los Estados están obligados de manera general a adecuar su legislación interna a los estándares de protección dispuestos en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de Refugio y otros instrumentos de derechos humanos, para permitir el ingreso al territorio de personas solicitantes de refugio y respetar la no devolución⁶³, no aplicar sanciones por ingreso ilegal⁶⁴, y revisar las solicitudes respetando las garantías procesales aplicables al procedimiento de elegibilidad o determinación del estatuto de refugio y su revisión judicial⁶⁵.

En el caso de niños, niñas y adolescentes solicitantes de refugio, independientemente de que éstos se encuentren acompañados por padres o representantes o que se encuentren en situación de niñez separada o no acompañada, la implementación de procedimientos especiales y medidas de protección, que deben estar en consonancia con el contenido de las disposiciones de los artículos 8 y 25 de la CADH, la Convención sobre el Estatuto de Refugio de 1951 y la Convención sobre los Derechos del Niño.

⁶¹ Observación General No. 6, Comité de los Derechos Niño, Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, párrafo 27.

⁶² Observación General N° 6. Comité de Derechos Humanos. Párrafo. 86

⁶³ Artículo 33 de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de Refugio.

⁶⁴ Artículo 31 de la Convención de Ginebra sobre el estatuto de Refugio.

⁶⁵ Artículo 10 Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos

En tal sentido, dentro de un contenido mínimo de protección⁶⁶, deben respetarse los principios que informan la aplicación de las normas consagradas en materia de refugio o principios de interpretación de las normas contenidas en la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, de manera concomitante con las normas y principios establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, por cuanto las mismas rigen la actuación de los funcionarios públicos durante el procedimiento en el marco de la aplicación efectiva de las normas sobre refugiados⁶⁷ y el debido proceso.

En tal sentido, forman parte de los principios de interpretación:

a) La buena fe: Este principio que se origina en los principios generales del Derecho Administrativo, se aplica a los casos de refugio en la creencia de honestidad del solicitante respecto a los hechos narrados y se deriva la aplicación del beneficio de la duda a favor del solicitante, que aún cuando ha narrado y expuesto los hechos y motivos por los cuales se vio obligado a huir de su país de origen o residencia, no siempre puede aportar elementos de prueba suficientes, documentales o de otra clase, que afirmen las situaciones descritas. Ante lo cual, debe observarse que de conformidad con los parámetros internacionales de protección las declaraciones inexactas no son en sí mismas motivo de denegación del estatuto y corresponde a los funcionarios que deban evaluar el caso recurrir a la confirmación o verificación de los contextos descritos bajo los principios del respeto a la confidencialidad, buena fe y beneficio de la duda.

b) La unidad de la familia⁶⁸: Este principio se enmarca dentro de la consideración de la familia como unidad fundamental de la sociedad⁶⁹ y que como tal, tiene derecho a la protección del Estado, tal como lo reconoce la Declaración Universal de Derechos Humanos. Con relación a los familiares amparados por este principio, generalmente se extiende a los cónyuges, progenitores, e hijos menores de edad y la consideración de la extensión a otros familiares debería ser valorada “individualmente”, de conformidad con las circunstancias del caso y las regulaciones de cada Estado.

c) La no sanción por presencia o permanencia ilegal en el territorio del país asilante, o por falta de documentación conforme a las reglas o normas migratorias, implican la no penalización de las víctimas que han ingresado al territorio del país asilante, sin cumplir con las

⁶⁶ Las normas y principios que constituyen los contenidos mínimos de protección hacia personas refugiadas están reconocidos en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de Refugio y su Protocolo, sin que ello obvie la vigencia de los derechos humanos reconocidos en otros instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

⁶⁷ Comité Ejecutivo del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Conclusión EXCOM. N° 57.

⁶⁸ Comité Ejecutivo del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Conclusión EXCOM. N° 9 y 59.

⁶⁹ Artículo 10 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 17 Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)

normas migratorias que exigen la tenencia y presentación de documentos internacionales de identificación (pasaportes), permisos de ingreso y estadía (visados).

Respecto a las Garantías mínimas⁷⁰, que deben regir la actuación de los funcionarios públicos durante el procedimiento de elegibilidad o determinación de la condición de refugiado, aplicables para la protección de niños, niñas y adolescentes, forman parte de las mismas:

a) Acceso al procedimiento de reconocimiento de la condición y obtención de una respuesta justa. De conformidad con este principio, que forma parte de las garantías procesales⁷¹ la solicitud de refugio debe ser recibida y revisada por los Estados, que tienen a su vez la obligación de contestar dentro de un plazo razonable.

b) Confidencialidad:⁷² La consideración de este principio es fundamental en el tratamiento de los datos aportados por los solicitantes, especialmente niños, niñas y adolescentes⁷³ y constituye uno de los pilares fundamentales en la consideración o estudio de la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado mediante procedimiento administrativo y la responsabilidad de los funcionarios públicos en su actuación. El postulado del mismo, implica para los funcionarios públicos que participan en la tramitación y atención de los solicitantes, que los datos aportados por los mismos, no pueden bajo ningún concepto ser revelados o divulgados.

c) Protección de la Familia y reunificación familiar: En este sentido, el Acta Final de la Conferencia que aprobó la Convención sobre el Estatuto de Refugio de 1951, recomienda a los Estados que adopten las medidas necesarias para la protección a la familia del refugiado y especialmente que mantenga la unidad de la familia del refugiado y asegure la protección a los niños, niñas y adolescentes refugiados y sobre todo a los no acompañados y separados, en cuanto a la tutela y la adopción⁷⁴.

⁷⁰ Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dictaminado que "es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas" Ver caso Baena Ricardo y otros, sentencia del 2 de febrero del 2001, párrafo 127.

⁷¹ Artículo 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), Artículo 10 Declaración Universal de Derechos Humanos.

⁷² Resolución Asamblea General OEA de fecha 8 de junio de 2004, AG/RES. 2047 (XXXIV-O/04). La protección de los solicitantes de la condición de refugiado, los refugiados, repatriados y apátridas en las Américas.

⁷³ 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, párrafo 29.

⁷⁴ 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, párrafos 33 y 34.

Adicionalmente los Estados están obligados a garantizar de manera inmediata, el registro de datos de los niños, niñas y adolescentes que incluya cualquier tipo de necesidad especial (enfermedad, discapacidad, etc.), el otorgamiento de documento de identificación adecuada, que le permita el ejercicio y goce concomitante de sus derechos humanos en el país de refugio, el registro e identificación de niños, niñas y adolescentes separados o no acompañados y el acceso de los mismos a los mecanismos de protección de niñez y adolescencia de cada Estado, la asistencia psicológica, así como la evaluación particular de cada caso conforme a los estándares de protección aplicables para el análisis de refugio⁷⁵.

Lo expuesto anteriormente, se enmarca dentro de los procedimientos administrativos de elegibilidad o determinación de la condición de refugio. Sin embargo, puede aplicarse por analogía algunos de estos principios a los procedimientos administrativos migratorios que afecten los derechos e intereses de niños, niñas y adolescentes migrantes, como parte integrante del sistema de garantías del debido proceso y respeto a la no discriminación.

En especial, se recomienda la implementación por los Estados del registro de datos de los niños, niñas y adolescentes que incluya cualquier tipo de necesidad especial (enfermedad, discapacidad, etc), el registro e identificación de niños, niñas y adolescentes separados o no acompañados y el acceso de los mismos a los mecanismos de protección de niñez y adolescencia de cada Estado, incluyendo la asistencia psicológica, y la adopción de medidas necesarias para la protección a la unidad de la familia del migrante y especialmente que asegure la protección a los niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados y separados, en cuanto a la tutela y la adopción; todo ello, junto a las garantías del debido proceso y principios de actuación del Estado para la población migrante.

CAPITULO V

SOBRE EL SISTEMA DE GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO PARA LA POBLACIÓN MIGRANTE

Cuando hablamos de población migrante, cobra real importancia la vigencia y protección del derecho al debido proceso. Sabemos que la vulnerabilidad que padece este tipo de población la hace víctima mayormente propensa a violaciones de derechos humanos; es por ello, que la garantía del debido proceso cobra mayor importancia, en especial si estamos hablando del caso de niños y niñas que por su ***condición doblemente vulnerable*** están mayormente expuestos a violaciones de sus derechos humanos.

⁷⁵ Manual sobre Políticas y Lineamientos Legales Internacionales de la iniciativa interinstitucional llamada ARC o Acciones para los Derechos del Niño que es una iniciativa interinstitucional de capacitación, conformada por ACNUR SAVE THE CHILDREN , UNICEF y la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, páginas 25 y 26. Biblioteca Digital ACNUR. <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0197.pdf?view=1>. Ver también respecto a las obligaciones que deben ser cumplidas de manera inmediata ver artículo 22 de la Convención de los Derechos del Niño.

La consideración del derecho al debido proceso cuando se trata de personas migrantes ha tenido pronunciamientos específicos en el Sistema Interamericano: “La Comisión Interamericana ha señalado que los derechos al debido proceso contenidos en el artículo 8 de la Convención Americana “establecen los elementos básicos del debido proceso a que tienen derecho todos los inmigrantes, cualquiera sea su situación”. Cabe mencionar que en el caso de los migrantes, “estas personas se encuentran en situación de desigualdad real que puede derivar en la afectación del debido proceso si no se adoptan medidas especiales compensar la indefensión en que se encuentran.”⁷⁶.

En cuanto a la aplicación de los criterios del debido proceso en procedimientos seguidos a personas migrantes, la Corte ha establecido como estos criterios de carácter general se aplican a esta población vulnerable de manera específica. En este sentido, la Corte ha establecido que: “para que exista debido proceso legal es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas”⁷⁷.

Es por ello que, en primer lugar, el debido proceso legal, tal y como ha sido establecido por la Corte, debe ser contemplado en un *sentido amplio*, abarcando las instancias judiciales, administrativas y de cualquier orden: civil, penal, laboral, entre otras. En el caso de los procedimientos migratorios, que en su mayoría ocurren en sede administrativa, no se puede excluir del mismo la aplicación de las garantías del artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), ya que éstas deben ser respetadas en todo proceso legal.⁷⁸

En el caso de los niños, la garantía de los derechos implica “la existencia de medios legales idóneos para la definición y protección de aquellos, con intervención de un órgano judicial

⁷⁶ Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: Detenciones y Debido Proceso. <http://cidh.org/countryrep/USImmigration.esp/Cap.III.htm>

⁷⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 121. Citado en Informe sobre migración en Estados Unidos: Detenciones y debido proceso

⁷⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 18 de noviembre de 1999. Serie C No. 61, párr. 124; *Caso Incher Bronstein vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74. párr. 102; *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 55, párr. 69-71.

competente, independiente e imparcial, cuya actuación se ajuste escrupulosamente a la ley, en la que se fijará, conforme a criterios de oportunidad, legitimidad y racionalidad, el ámbito de los poderes reglados de las potestades discrecionales⁷⁹.

En este sentido, ha sido particularmente importante la determinación de los componentes del debido proceso en sede administrativa, en virtud de que la mayoría de los procedimientos contemplados para la población migrante se desarrollan en este ámbito⁸⁰. Por supuesto que estas especificaciones realizadas por la Corte en materia de Debido Proceso son especialmente aplicables en el caso de niños, niñas y adolescentes. La Corte se ha pronunciado al decir: “Las garantías judiciales son de observancia obligatoria en todo proceso en el que la libertad personal de un individuo está en juego. Los principios y actos del debido proceso legal constituyen un conjunto irreductible y estricto que puede ampliarse a la luz de nuevos avances en el Derecho de los derechos humanos”⁸¹.

Ahora bien, en cuanto al artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), la Corte lo ha definido como “una disposición de carácter general que recoge la institución procesal del *amparo*, entendido como el procedimiento judicial sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de todos los derechos reconocidos por las constituciones y leyes de los Estados Partes y por la Convención.”⁸².

En cuanto al derecho al amparo, contenido en el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), podríamos decir que igualmente adquiere una connotación de gran importancia en cuanto a la situación de niños migrantes. En este sentido, podemos señalar lo expresado por el juez Cancado Trindade donde ha hablado sobre la inseparabilidad del artículo 8 y 25, al considerar que estos se completan y complementan⁸³.

El artículo 25 de la Convención Americana, suma otro elemento fundamental para la protección de la población migrante y en especial los niños o niñas, ya que, este obliga al Estado a garantizar a todas las personas el acceso a un recurso judicial efectivo que busque

⁷⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17. párr. 120.

⁸⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, Serie A No. 18

⁸¹ ⁸¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17

⁸² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia*. Opinión Consultiva OC-/8 del 6 de octubre de 1987.. Serie A N° 09, parr.32.

⁸³ CANÇADO TRINDADE, Antonio, *voto razonado al Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C No. 144. Voto razonado juez Cancado Trindade, párr. 6; y CANÇADO TRINDADE, Antonio, *voto razonado al Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 159, voto razonado juez Cancado Trindade, párr. 29.

subsanan violaciones a sus derechos humanos⁸⁴. Dichos recursos deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal⁸⁵. Ante este aspecto la Corte se ha pronunciado de la manera siguiente: “los procedimientos de hábeas corpus y de amparo son de aquellas garantías judiciales indispensables para la protección de varios derechos cuya suspensión está vedada por el artículo 27.2, y sirven, además, para preservar la legalidad en una sociedad democrática”⁸⁶.

De acuerdo a lo dispuesto por la Corte “la garantía de los derechos implica la existencia de medios legales idóneos para la definición y protección de aquellos, con intervención de un órgano judicial competente, independiente e imparcial, cuya actuación se ajuste escrupulosamente a la ley, en la que se fijará, conforme a criterios de oportunidad, legitimidad y racionalidad, el ámbito de los poderes reglados de las potestades discrecionales”⁸⁷. Por lo que la conclusión indefectible de lo expuesto es que, tanto las garantías al debido proceso, como la implementación de medidas especiales para compensar la indefensión, deben tener aplicación inderogable en todo proceso migratorio y en especial si en este hay menores involucrados.

Podemos concluir destacando la importancia que tiene el derecho al debido proceso en materia migratoria y en especial cuando se encuentran involucrados niños o niñas, tal como se desprende de la Opinión Consultiva N° 16/99 ya citada. En este entendido, se asume que los Estados deben garantizar el debido proceso en condiciones de igualdad para personas en condición migratoria y deben tener atención especial para la aplicación de medidas positivas tendientes a proteger de manera especial a la niñez.

⁸⁴ AYALA CORAO, Carlos M. *Del Amparo Constitucional al Amparo Interamericano como institutos párr la protección de los Derechos Humanos*. San José: Liber Amicorum, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998. p. 345.

⁸⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Baldeón García vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 144; CANÇADO TRINDADE, Antonio. *voto razonado al Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*, Sentencia 7 de febrero de 2006, Serie C, No. 144, párr. 214; *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 137.

⁸⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Escué Zapata vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 165. párr.165; *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Excepciones preliminares. Sentencia 7 de marzo 2005. Serie C No. 122. párr.195; y *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124. párr. 142.

⁸⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, párr. 42 disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf. Citado en informe sobre inmigración en Estados Unidos: detenciones y debido proceso.

⁸⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17. párr. 120. *Ibidem*; *Caso Las Palmeras vs. Colombia*. Fondo. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90, párr. 53; *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 129 y 130

CAPITULO VI

PRINCIPIOS DE ACTUACIÓN DEL ESTADO DENTRO DEL MARCO DE LAS OBLIGACIONES ESTATALES EN CASOS DE TRATAMIENTO, CUSTODIA Y APERTURA DE PROCEDIMIENTOS DE NIÑOS Y NIÑAS POR MOTIVOS MIGRATORIOS

Es un factor de gran preocupación de diversas organizaciones internacionales de derechos humanos la detención de migrantes, especialmente de niños, niña y adolescente cuya situación es irregular, tanto como resultado de un ingreso ilegal como de la falta de un permiso de residencia. Frente a esta situación los estados en América Latina han afirmado reiteradamente su compromiso de no criminalizar la migración.⁸⁸ Sin embargo, sigue existiendo en el continente la detención de centenares de migrantes, así como situaciones donde niños y niñas se encuentran bajo la custodia de estados por motivos migratorios. Con frecuencia esta irregularidades se producen fuera de procedimientos de carácter formal y son perpetradas por las autoridades de forma arbitraria dentro del ejercicio de sus funciones.

La situación de los niños migrantes en las **estaciones migratorias** es de especial preocupación. Es necesario que la detención o custodia de un niño o adolescente en las Estaciones Migratorias esté fundamentada únicamente en la preservación de la unidad familiar y se base en el respeto del principio del interés superior del niño. Igualmente, es importante que esta detención o custodia se desarrolle dentro del marco del respeto y garantía de los derechos humanos.

Actualmente, existen diversos principios básicos contenidos en los estándares de derecho internacional de derechos humanos que son aplicables a los niños y niñas migrantes que se encuentren en el país de tránsito bajo custodia estatal junto a sus padres o en especial en el caso que se encuentren sin ellos. Sin embargo, ningún instrumento los sistematiza en forma unificada, es por ello que a continuación, y a los fines de que sean contemplados en la consulta, ofrecemos un listado de estos principios, con el propósito de que esta Honorable Corte pueda incluirlos de manera sistemática en la matriz de condiciones para la custodias de niños y niñas migrantes y crear una recomendación o documento único para los Estados que contenga el listado sistematizado de principios fundamentales en esta materia.

Buen trato: Los Estados deben proteger y garantizar la vida e integridad física y psicológica de los niños, niñas y adolescentes en condición de migrantes. En este sentido debe tomar medidas que permitan prevenir y abordar integralmente cualquier tipo de violencia contra y entre niños, niñas y adolescentes independientemente de su condición migratoria. Asimismo, es importante que todas las autoridades que tengan contacto o relación con niños, niñas o adolescentes ofrezcan un trato respetuoso y acorde a su condición de sujetos plenos de derechos toman en consideración el principio de interés superior y no discriminación evitando

⁸⁸ Declaración de Asunción, Sexta conferencia sudamericana sobre migraciones, Asunción, 4 y 5 de mayo de 2006.

cualquier tipo de manifestaciones racistas, xenofóbicas o formas análogas de intolerancia contra el niño, niña, adolescente o cualquier miembros de su familia. Toda persona debe ser tratada de forma humana, respetando su dignidad, sus derechos y garantías fundamentales; es su deber garantizar la adopción de medidas vinculadas no sólo con el lugar donde las personas son alojadas sino también con las condiciones en las que se ejecuta dicha medida⁸⁹.

Unidad Familiar: La familia es el contexto primordial para potenciar el desarrollo de los niños y para captar su individualidad.⁹⁰ Se ha determinado que en situaciones de emergencia el mantenimiento de la unidad familiar ayuda a los niños a superar la crisis con más facilidad. Por ello es fundamental evitar la separación de la familia.⁹¹ El derecho a la unidad familiar es un elemento natural y fundamental de la sociedad⁹², y está consagrado en los instrumentos universales y también regionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario⁹³. Se aplica a todos los seres humanos sin importar su condición, así también en el contexto de los niños migrantes⁹⁴.

En tal sentido, la unidad familiar debe preservar la oportunidad de permanecer en espacios especialmente preparados para que los menores estén con sus familias. Todo niño, niña o adolescente que se encuentre privado de su libertad debe mantenerse cerca de sus padres y, en cualquier caso, separado de adultos que le sean ajenos.⁹⁵ Los Estados deberían adoptar medidas alternativas a la detención de los padres, que procuren que el grupo familiar

⁸⁹ La Corte Interamericana de Derechos Humanos 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 Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Bulacio v. Argentina*, cit. Párr. 126

⁹⁰ León de Viloria, Chilina, *Secuencias de Desarrollo Infantil Integral*, Segunda Edición, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2008, p.314

⁹¹ Acciones por los Derechos del Niño, Niños, niñas y adolescentes separados, 2004, Pág. 9, consultado, consultado en: www.savethechildren.net/arc/translations/spanish/sepchildsp.doc

⁹² Organización de las Naciones Unidas, *Acta final de la conferencia de plenipotenciarios de las naciones unidas sobre el estatuto de los refugiados y de los apátridas*, aprobada en Ginebra el 28 de julio de 1951, Letra B.

⁹³ Convención de los Derechos del Niño; Declaración Universal de los Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Pacto de San José; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, "Protocolo de San Salvador"; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer "Convención Belem do Pará"; Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamental; Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, Carta de Banjul.

⁹⁴ Mesa Redonda de Expertos organizada por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Refugiados (ACNUR) y el Instituto de Posgrado en Estudios Internacionales de Ginebra, *Resumen de conclusiones – Unidad de la familia*, Ginebra 8-9 de noviembre de 2001. Punto 6

⁹⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, cit., Principio XIX.

no sea confinado a un centro de detención ordinario durante el procedimiento migratorio⁹⁶ y sobre todo que garanticen la protección de los derechos de los niños.

El respeto del derecho a la unidad familiar exige no sólo que los Estados se abstengan de realizar acciones que resulten en la separación familiar (vertiente negativa), sino también que adopten medidas para mantener la unidad familiar y reunificar a los familiares que se hayan separado (vertiente positiva)⁹⁷. Es de particular importancia en el contexto de los migrantes, entre otras razones, porque constituye “el mecanismo primario de protección de quienes integran el grupo familiar”⁹⁸. De este modo, para los migrantes el mantenimiento y facilitación de la unidad familiar ayuda a garantizar la atención física, la protección, el bienestar emocional y el apoyo económico de los refugiados individuales y sus comunidades. Y es que, en definitiva, la unidad familiar puede promover la sostenibilidad de las soluciones duraderas para los refugiados, es decir, la repatriación voluntaria, la integración local y el reasentamiento⁹⁹.

La Corte ha precisado que cualquier “decisión relativa a la separación del niño de su familia debe estar justificada por el interés del niño”. Entonces, “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”¹⁰⁰. 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 unidad familiar y el interés estatal en el control de la migración irregular. Sin embargo, tales argumentos *no* podrían ser invocados en detrimento de los otros principios transversales, como la detención como último recurso y como medida excepcional. De ninguna manera podría entenderse que la privación de libertad será en beneficio del interés superior del niño. Y es que la detención de niños y niñas tiene un efecto perjudicial para su desarrollo emocional y su bienestar físico ya que pueden padecer, entre otras consecuencias psicofísicas, depresiones, cambios de comportamiento, desórdenes de diverso carácter, pérdida de peso, negativa a alimentarse, falta de sueño, así como problemas dermatológicos y respiratorios, entre otros¹⁰¹. El interés superior del niño y la noción de protección integral de la infancia debería conducir, antes que a la detención de la familia, al mantenimiento de la unidad familiar y cuando ello no sea posible, en el caso de niños y niñas migrantes con sus padres, la normativa debe

⁹⁶ Según el Relator de la ONU sobre Derechos de los Migrantes, las familias migrantes con niños no deberían ser alojados en establecimientos similares a las prisiones, sino ubicados en lugares alternativos, apropiados a su condición (*Mission to the United States of America*, cit., 2008, párr. 125) En igual sentido, véase UNICEF Australia, Submission to the National Inquiry Into Children in Immigration Detention, cit.

⁹⁷ *Ibidem*

⁹⁸ *Ibidem*

⁹⁹ *Ibidem*

¹⁰⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición Jurídica y Derechos del Niño*, *Opinión Consultiva OC-17/02*, *Op. Cit.*, párr. 73 y 77.

¹⁰¹ Unicef, Universidad Nacional De Lanus, *Estudio sobre los Estándares Jurídicos Básicos en América Latina y El Caribe aplicables a Niños y Niñas Migrantes en Situación Migratoria Irregular*, Centro De Derechos Humanos Lanús, Provincia de Buenos Aires, 2009, p. 43

contemplar centros sociales apropiados para asegurar un alojamiento respetuoso del principio de unidad familiar¹⁰².

Alojamiento Adecuado: Los Estados deben adoptar medidas a los fines de garantizar a los niños, niñas y adolescentes en condición de migrantes las formas más apropiadas de alojamientos cumplimiento condiciones de salubridad, seguridad y servicios públicos. Estos lugares no deben estar en zonas aisladas o en condiciones de riesgo y no deben tener características o condiciones similares a establecimientos de privación de libertad. En este centro los Estados deben disponer de centro de alojamientos no cerrados que permita y facilite a unificación familiar y la protección integral de los niños, niñas y adolescentes debidamente acondicionados. En el caso de niños, niñas o adolescentes no acompañados se debe disponer lo necesario a los fines de garantizar la separación de adultos, salvo que sea contrario a su interés superior. En el caso de niños y niñas migrantes no acompañados, el alojamiento provisto para su custodia será el adecuado para los menores separado de los adultos; con la posibilidad de recibir visitas de sus padres y tutor, además de asistencia psicológica, espiritual, social y jurídica¹⁰³.

Descanso, esparcimiento, juego y recreación: Los Estados deben garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes migrantes el derecho descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes. En este sentido, se deben desarrollar políticas públicas, espacios adecuados y personal capacitado que permitan a todos los niños, niñas y adolescentes el ejercicio de este derecho. Deben existir oportunidades de entretenimiento y diversión para los niños. Es de incumbencia estatal el crear espacios aptos para la atención y protección social integral de los derechos de los niños migrantes y asegurar el acceso a derechos tales como la educación, el esparcimiento y la salud.

Evaluación de Situaciones Especiales: los Estados deben adoptar medidas a los fines de evaluar integralmente al niño, niña o adolescente migrante, para ellos las autoridades que tengan contacto directo con niños, niñas o adolescentes deben tomar en consideración las circunstancias personales, familiares y sociales que permita identificar condiciones de discapacidad, enfermedad, situaciones de riesgo que pueda representar una repatriación o cualquier otra situación que pueda afectar sus derechos. Esta evaluación debe ser con personal multidisciplinario y debidamente capacitado y debe tomar en consideración la opinión del niño, niña o adolescente, los antecedentes familiares y condiciones del país de origen. Existencia de protocolos que permitan evaluar la situación especial de los menores (discapacidad, enfermedades congénitas, VIH, traumas, etc.) y determinar en cada caso qué procedimiento seguir que asegure el respeto del interés superior del niño.

¹⁰² Unicef, Universidad Nacional De Lanus, *Op. Cit.* p. 27 y 28

¹⁰³ Comité de Derechos del Niño, N° 6, cit., párr. 63.

Especialidad de los Jueces: se refiere al respeto al principio de especialidad del juez en los procesos judiciales que tengan como sujetos a niños ha sido consagrado en varios instrumentos de Derecho Internacional y reiterado por los órganos del Sistema Interamericano y los demás de protección de derechos de los niños¹⁰⁴. Exige además independencia por parte del funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones jurisdiccionales.

La Comisión ha hecho referencia a la necesidad de un tratamiento especial y una magistratura especializada¹⁰⁵. Y en ese mismo orden, la Corte ha sostenido que una consecuencia de la conveniencia de atender en forma diferenciada y específica las circunstancias relativas a los niños, y en concreto las vinculadas a la materia penal, es el establecimiento de órganos jurisdiccionales especializados para el conocimiento de conductas penalmente típicas atribuidas a aquéllos y un procedimiento especial por el cual se conozcan estas infracciones a la ley penal¹⁰⁶.

Se ha dicho que la especialización requiere, *por una parte*, leyes, procedimientos e instituciones específicos para niños, y, *por la otra*, la capacitación específica para todas las personas que trabajan en el sistema de justicia juvenil. La Comisión ha señalado que tales requisitos aplican a todo el sistema y a todas las personas que en él laboran en cualquier instancia, incluyendo al personal no jurídico que asesora a los tribunales o que ejecuta las medidas ordenadas por los tribunales, y al personal de las instituciones en las que se mantiene a los niños privados de su libertad. Ello por cuanto, claro está, en la medida en que el sujeto de protección es el niño, cualquiera que tenga contacto con él en el ámbito de un proceso se encuentra arropado por este principio de especialidad. Así, tales exigencias alcanzan a las fuerzas policiales cuando entran en contacto con los niños¹⁰⁷.

Teniendo en cuenta lo anterior, una de las principales preocupaciones que la Comisión ha manifestado con respecto a la aplicación del principio de especialización, constituye la situación de aquellos Estados en los cuales es posible excluir a personas menores de edad del sistema de justicia juvenil, permitiendo que sean juzgados por tribunales para adultos¹⁰⁸. Estas prácticas son preocupantes en tanto, “además de negarles a los niños imputados las protecciones de un tribunal juvenil especializado, se les somete a otras consecuencias gravosas, como la posibilidad de que se les impongan penas para adultos o sentencias más rigurosas que

¹⁰⁴ Convención Americana de Derechos Humanos, art. 5.5; Convención sobre Derechos del Niño, art. 40, inc. 3; Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores, regla 2.3; Directrices de Riad, directriz 52; Directrices de Acción sobre el Niño en el Sistema de Justicia Penal, directrices 13 (d) y 14 (a).

¹⁰⁵ CIDH, Informe No. 41/99, Caso 11.491, Admisibilidad y Fondo, Menores detenidos, Honduras, 10 de marzo de 1999, párr. 125.

¹⁰⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 109.

¹⁰⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Relatoría Sobre Los Derechos De La Niñez, *Op. Cit.*, Párr. 85

¹⁰⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Relatoría Sobre Los Derechos De La Niñez, *Op. Cit.*, Párr. 86

las que se les impondrían en un tribunal ante la justicia juvenil”¹⁰⁹. Vale señalar finalmente que en varios de los Estados Miembros del Sistema Interamericano se han establecido sistemas juveniles independientes para niños que infrinjan las leyes penales. Sin embargo, estos sistemas no necesariamente son realmente especializados y el personal que trabaja en estos sistemas no siempre ha recibido capacitación necesaria en cuanto a los derechos humanos de los niños¹¹⁰.

Ahora bien, enfatizamos que aún en países con tales situaciones preocupantes para la Comisión, donde se establece la posibilidad de juzgar a niños según los procedimientos de los adultos, esto debe considerarse totalmente inaplicable en el caso de los niños migrantes. La justicia de adultos aplicada a niños, niñas y adolescentes, generalmente se refiere a delitos; mientras que en el supuesto que nos ocupa el carácter especializado de la justicia debe tomar en cuenta, además de su situación de menores, su condición de migrantes. Esto, atendiendo a que incluso, la mayoría de las veces, el hecho migratorio no ha dependido de su voluntad, sino que es consecuencia de decisiones de los mayores en su grupo familiar.

Garantía de representación legal gratuita: La representación legal gratuita a niños, niñas y adolescentes migrantes y refugiados, como parte del derecho a la defensa¹¹¹, debe garantizar la asistencia legal y acceso a los órganos jurisdiccionales de éstos, quienes al formar parte de un grupo social sometido a la doble vulnerabilidad de su situación legal migratoria y la niñez, requieren del Estado la adopción de medidas especiales de representación legal, con la garantía de que bajo ninguna circunstancia, puedan ser sometidos a procedimientos penales asociados a su condición de migrantes.

En este sentido la representación legal gratuita en un sentido amplio¹¹² debe abarcar la defensa en cualquier tipo de proceso o procedimiento legal¹¹³ que afecte a niños, niñas y adolescentes migrantes, por cuanto se basa en la defensa de un grupo social especialmente vulnerable, como ocurre a favor de trabajadores, campesinos, indígenas o mujeres¹¹⁴ y en un

¹⁰⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Relatoría Sobre Los Derechos De La Niñez, *Op. Cit.*, Párr.88

¹¹⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Relatoría Sobre Los Derechos De La Niñez, *Op. Cit.*, Párr.89

¹¹¹ Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), artículo 8, numeral 2, literal C.

¹¹² Convención Derechos del Niño: Art. 12 2 respecto a la representación de niños, niñas y adolescentes mediante órganos especializados.

¹¹³ La legislación venezolana extiende la garantía de Defensa Pública a cualquier proceso o procedimiento en el que se afecten los derechos e intereses a niños, niñas y adolescentes. Ver artículo 119 y 170 B en concordancia con el artículo 656 de la LOPNNA.

¹¹⁴ Artículo 16, numeral 8 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus familiares. Artículo 8.d Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belem do Para". Artículo 12 2 Convenio OIT Nro. 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes 1989.

sentido particular, implica la defensa pública¹¹⁵ durante los procesos penales en los cuales se vean involucrados niños, niñas o adolescentes migrantes o refugiados imputados por algún delito y que no puedan costear los gastos que conlleva la contratación de un abogado o defensor privado. Siendo en este último caso, una defensa que tiene por finalidad hacer valer con eficacia el derecho a la libertad, la necesidad de contradicción real y efectiva que exige reconocer un cuadro de garantías procesales que limiten la actividad del Estado a través del órgano jurisdiccional.

En conclusión, la garantía real del acceso a la justicia y la defensa de los niños, niñas y adolescentes migrantes o refugiados, requiere en aplicación del principio de protección integral e interés superior del niño¹¹⁶, que se brinde asistencia y representación gratuita apropiada¹¹⁷ bajo la figura de defensa legal en cualquier tipo de procedimiento - incluidos los migratorios no penales- o proceso judicial que afecte sus derechos e intereses.

Defensa Pública: El servicio de la defensa pública está destinado a atender los derechos fundamentales que le son inherentes a las personas en conflicto con la ley. La defensa pública debe concebirse como una obligación del Estado para preservar tanto los derechos humanos como las garantías procesales. La finalidad del derecho de defensa es hacer valer con eficacia el derecho a la libertad, la necesidad de contradicción real y efectiva que exige reconocer un cuadro de garantías procesales que limiten la actividad del Estado a través del órgano jurisdiccional. Por tanto, en un Estado democrático pocas instituciones cobran tanta trascendencia para la preservación de la dignidad humana como la Defensa Pública. El Servicio público gratuito de defensa legal para la persona sometida al proceso migratorio es de especial importancia debido a que en la gran mayoría de los casos estas personas no cuentan con los recursos para poder costear la defensa. Es importante que esta defensa sea de calidad cumpliendo con los mínimos estándares de pertinencia y legalidad. En el caso de niños y niñas corresponde brindarles una asistencia jurídica y gratuita, además de un representante legal que defienda los derechos, intereses y el bienestar del menor¹¹⁸. En el caso de los niños en situación de detención este principio cobra real importancia. La defensa pública no solo debe ir encaminada a proteger los derechos del niño o niña, sino que debe contemplar los principios de protección especiales que les corresponden por su condición. En cuanto a niños que se encuentren sin la compañía de sus padres, debe ponerse especial énfasis en que estos niños estén protegidos por los órganos estatales y puedan ser acompañados por tutores designados mientras dure su situación, por el estado.

¹¹⁵ El servicio de la defensa pública está destinado a atender los derechos fundamentales que le son inherentes a las personas en conflicto con la ley. Esta defensa debe concebirse como una obligación del Estado para preservar tanto los derechos humanos como las garantías procesales.

¹¹⁶ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N°6: Trato de los menores no acompañados o separados de su familia de su país de origen, cit. Párr. 63.

¹¹⁷ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N°10: Los Derechos del Niño en la Justicia de Menores., cit. Párr. 49.

¹¹⁸ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N°6: Trato de los menores no acompañados o separados de su familia de su país de origen, cit. Párr. 63.

Prohibición de coacción para obtener confesiones: Para que una confesión sea válida, se requiere que los procesados declaren sin coacción de cualquier naturaleza y de conformidad “al principio de libertad de aquéllos para declarar o abstenerse de ello”¹¹⁹. La Convención Americana establece que la confesión es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. No se pueden dar a estas declaraciones carácter dispositivo cuando quien las rinde es precisamente una persona que carece de capacidad civil. Se ha demostrado que, luego que un menor de edad sufre algún trauma, éste presenta dificultades para el procesamiento de información; Es muy importante, tomar en cuenta que los niños, por su edad y madurez, carecen de la aptitud necesaria para apreciar, evaluar o reproducir los hechos, por lo tanto, los jueces deben tomar con especial cuidado y cautela cualquier declaración realizada por parte de menores en los procesos administrativos o judiciales. Es importante aclarar que el Estado tiene unas obligaciones especiales en cuanto a los menores que, por el hecho de su minoridad, rindan declaraciones en su contra. El uso por parte del Estado de dicha confesión, sin tomar medidas de protección especiales, se traduce en una violación al derecho del debido proceso.

Entorno seguro no intimidatorio: se trata de un principio reconocido en el marco de procedimientos judiciales, aplicable también a procedimientos administrativos, en los cuales se encuentren involucrados niños, sean víctimas o testigos de delitos. Es por ello que resulta también de aplicación al proceso migratorio ante cualquier instancia o incluso en cualquier contacto que las autoridades tengan con los niños migrantes, acompañados o no.

La Corte¹²⁰ ha señalado que la obligación de proteger el interés superior de los niños y niñas durante cualquier procedimiento en el cual estén involucrados implica -entre otros aspectos- asegurarles que su derecho a ser escuchados se ejerza garantizando su plena protección, con personal capacitado para atenderlos y que las salas de entrevistas representen un entorno seguro y no intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado¹²¹. En el mismo orden, las Organización de las Naciones Unidas ha hecho un llamado a los legisladores y planificadores de políticas a “promulgar disposiciones legislativas que aborden la situación de

¹¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52. párr. 167. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Cantoral Benavides vs Perú*. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69. párr. 98.

¹²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C No. 216. Párr. 201.

¹²¹ Referido en la Síntesis del Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Correspondiente al Ejercicio de 2010, que se presenta a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos de la Organización de los Estados Americanos, Washington, D. C., 18 De Marzo De 2011, Pág. 13

los niños víctimas de delitos y adoptar medidas dirigidas a respetar su derecho a un entorno seguro”¹²².

Más concretamente, la Organización de las Naciones Unidas ha hecho especial referencia a la necesidad del entorno seguro en lo que se refiere a la infraestructura del sistema de justicia juvenil para garantizar los derechos de los niños. Así, ha tomado en consideración algunos estándares mínimos que el Comité de los Derechos del Niño ha sugerido en este sentido. Comienza por afirmar que “no se puede escuchar eficazmente a un niño cuando el entorno sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad”¹²³. En tal sentido, apunta que debe prestarse especial atención “al suministro y la transmisión de información adaptada a los niños, la prestación de apoyo adecuado para la defensa de los intereses propios, la debida capacitación del personal, el diseño de las salas de tribunal, la vestimenta de los jueces y abogados y la disponibilidad de pantallas de protección visual y salas de espera separadas.”¹²⁴. Asimismo, en lo que al personal capacitado se refiere, la Comisión recomienda que “la competencia profesional de todo el personal del sistema de justicia juvenil sea regularmente reforzada y desarrollada a través de capacitación, supervisión y evaluación”. La Comisión insta a los Estados a garantizar que el sistema de justicia juvenil sea accesible en todo el territorio del Estado, así como también a adoptar las medidas necesarias para que los procedimientos e instalaciones donde funciona la justicia juvenil sean aptos para niños y faciliten su participación¹²⁵.

De este modo, el principio de entorno seguro y no intimidatorio se configura (i) por un aspecto de *infraestructura*, destinando salas y áreas para los niños que no resulten intimidatorias, hostiles o insensibles, y sean adecuadas para su edad; y en segunda instancia, (ii) por un elemento *humano*, que consiste en la debida capacitación de quienes entran en contacto con el niño.

Prohibición de ser detenido en cárceles: las personas migrantes no pueden ser alojadas en establecimientos carcelarios¹²⁶, esta situación es “incompatible con las garantías

¹²² Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Manual sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos para uso de profesionales y encargados de la formulación de políticas*, Serie Manuales, Nueva York, 2010, literal d), numeral ii., Pág. 107.

¹²³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Relatoría Sobre Los Derechos De La Niñez, *Justicia Juvenil Y Derechos Humanos En Las Américas*, /Ser.L/V/II. Doc. 78 13 julio 2011 2011, Párr. 95

¹²⁴ *Ibidem*.

¹²⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Relatoría Sobre Los Derechos De La Niñez, *Op. Cit.*, Párr. 98

¹²⁶ 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 d 2008, 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.

básicas de los derechos humanos”¹²⁷. Es necesario utilizar mecanismos alternativos a la detención, que al mismo tiempo preserven la unidad de la familia¹²⁸.

Si bien la detención de migrantes se encuentra expresa o implícitamente vedada en algunos países, en otros se admite la posibilidad de detención en cárceles como medida cautelar a fin de garantizar la ejecución de una resolución que será el producto de un procedimiento migratorio. Ahora bien, el examen de la posibilidad de detención de migrantes como medida cautelar, “debería realizarse bajo un criterio restrictivo y de último recurso, y sólo para el caso excepcional de que no pudiera imponerse, o no haya resultado efectiva, ninguna de las medidas alternativas más flexibles, que de manera previa y prioritaria deberían aplicarse”¹²⁹.

La detención de migrantes no debe ser utilizada como política para gestionar los flujos migratorios. Este principio es importante para evitar el uso abusivo y/o arbitrario de las detenciones administrativas como un dispositivo de control o gestión de los flujos migratorios. En el informe elaborado a solicitud del Parlamento Europeo¹³⁰, se destaca que “la detención debería ser la excepción a la regla y ser usada únicamente como último recurso, cuando medidas alternativas más flexibles hayan fallado, según lo ordena el derecho internacional de derechos humanos y el derecho internacional de refugiados”.

En este sentido, reiteramos que se ha afirmado 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 penal. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido enfática afirmando que: “de resultar necesario y proporcionado en el caso en concreto, 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 la 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”. Así concluye que los “Estados Miembros tienen la obligación de disponer de establecimientos públicos separados de los centros penitenciarios para el caso exclusivo de detenciones en el marco de procesos migratorios”¹³¹.

¹²⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (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.

¹²⁸ Observaciones Preliminares de la Relatoría sobre los Derechos de los Migrantes de la CIDH a México, <http://www.cidh.org/pdf/%20files/ANEXO.82-11.pdf>

¹²⁹ Red latinoamericana de acogimiento familiar, Niñez y adolescencia migrante: situación y marco para el cumplimiento de sus derechos humanos. Serie: Publicaciones sobre niñez sin cuidados parentales en América Latina: Contextos, causas y respuestas. Octubre 2011, Pág. 14

¹³⁰ Steps Consulting Social, The conditions in centers for third country national (detention camps, open centers 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, Bruselas, Diciembre 2007, p. 209

¹³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Vélez Lóor vs. Panamá, párr. 207 y 208.

CONCLUSIONES

La presente reflexión trata de poner de manifiesto algunos aspectos fundamentales a ser contemplados por los estados en materia de protección a la niñez migrante y refugiada.

Ha sido el propósito de este *Amicus Curiae* resaltar la importancia que tiene la aplicación de los estándares desarrollados por los sistemas internacionales de derechos humanos en la protección debida a una población que se encuentra en una condición doblemente vulnerable como lo es la niñez migrante. Igualmente, hemos intentado poner de manifiesto, la relevancia de la aplicación del principio de no discriminación dentro del marco del *corpus iure* internacional de protección a la niñez, así como su aplicación dentro del principio de universalidad en la aplicación de los derechos humanos.

A lo largo de las reflexiones precedentes, hemos querido destacar la posibilidad dentro del marco de protección de los derechos humanos de la niñez migrante y refugiada, de efectuar un trato diferenciado en las situaciones que busque la protección integral de la misma, en la medida que ello se justifique y se comprenda dentro de los estándares internacionales de trato diferenciado.

Igualmente, creemos que parte de la protección especial que requiere la niñez migrante se confronta con la materialización en el ejercicio de las garantías procesales y en la aplicación especial de las normas del debido proceso en función de la protección del interés superior del niño, para lo cual, es necesario un mayor desarrollo e implementación de los estándares internacionales existentes en la materia, con miras a brindar una real protección a esta población.

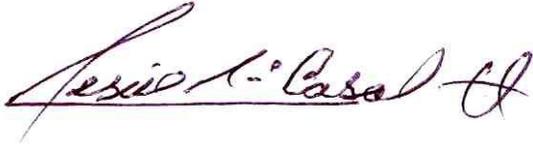
Asimismo, las consideraciones esbozadas en cuanto a la importancia de que ocurra un pronunciamiento y sistematización de forma unificada de los principios de protección de la niñez migrante en condiciones de custodia por el Estado, es fundamental en la materia y servirá como punto de partida para la protección integral de los miles de niños y niñas que se encuentran en esta situación en el continente.

La finalidad de este *Amicus Curiae*, ha sido unirnos a la elaboración de propuestas y reflexiones sobre algunos de los contenidos sometidos a la consulta de la Honorable Corte, como un aporte sobre el desarrollo del contenido de los derechos aplicables a la niñez migrante y refugiada, que busquen poner fin a un sin número de violaciones que se dan en un período donde el fenómeno migratorio se vuelve más complejo y donde los estados reaccionan de forma errada, incurriendo en violaciones de los derechos humanos y no resolviendo los problemas que originan este dinámico y creciente fenómeno.

En Caracas, a los catorce (17) días del mes de febrero de 2012.



Ligia Bolívar Osuna
Directora Centro de Derechos Humanos



Jesús María Casal
Director Instituto de Investigaciones Jurídicas