



INTER - AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS  
COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS  
COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS  
COMMISSION INTERAMÉRICAINNE DES DROITS DE L'HOMME



**ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS**  
WASHINGTON, D.C. 2 0 0 0 6 EEUU

17 de febrero de 2012

**Ref.: Opinión Consultiva**  
**Niños, niñas y adolescentes migrantes**

Señor Secretario:

Tengo el agrado de dirigirme a usted, en nombre de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con el objeto de presentar las observaciones de la CIDH a la opinión consultiva relativa a Niños, niñas y adolescentes migrantes (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, I, II, VI, VII, VIII, XXV y XXVII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y 13 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura).

Aprovecho la oportunidad para saludar a usted muy atentamente.

Elizabeth Abi-Mershed  
Secretaria Ejecutiva Adjunta

Señor  
Pablo Saavedra Alessandri, Secretario  
Corte Interamericana de Derechos Humanos  
Apartado 6906-1000  
San José, Costa Rica



# **ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS**

## **COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

### **Observaciones a la Opinión Consultiva ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

***Niños, niñas y adolescentes migrantes (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, I, II, VI, VII, VIII, XXV y XXVII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y 13 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura)***

#### **DELEGADOS:**

FELIPE GONZÁLEZ, COMISIONADO  
ROSA MARÍA ORTIZ, COMISIONADA  
SANTIAGO A. CANTON, SECRETARIO EJECUTIVO

#### **ASESORES:**

ELIZABETH ABI-MERSHED  
KARLA QUINTANA OSUNA  
ÁLVARO BOTERO NAVARRO  
SANTIAGO VÁZQUEZ CAMACHO

17 de febrero de 2012  
Washington, D.C.  
1889 F. Street, N.W.  
20006

## ÍNDICE

### I. INTRODUCCIÓN

Objeto de la Opinión Consultiva  
Representación  
Contexto

II. PROCEDIMIENTOS PARA IDENTIFICAR LOS PRINCIPALES RIESGOS A LOS QUE ESTÁN SOMETIDOS LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES MIGRANTES Y DETERMINAR SUS NECESIDADES Y, EN SU CASO, ADOPTAR MEDIDAS DE PROTECCIÓN

III. SISTEMA DE GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO

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

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

VI. CONDICIONES BÁSICAS QUE DEBIERAN CUMPLIR LOS CENTROS DE DETENCIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES MIGRANTES Y OBLIGACIONES PRINCIPALES QUE LOS ESTADOS TIENEN RESPECTO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES QUE SE ENCUENTRAN BAJO SU CUSTODIA

VII. EL PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN EN RELACIÓN CON LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

VIII. PROCEDIMIENTOS DE IDENTIFICACIÓN DE NECESIDADES DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS REFUGIADOS

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

X. CONCLUSIONES Y PETITORIO

XI. VÍNCULOS ELECTRÓNICOS

## I. INTRODUCCIÓN

### OBJETO DE LA OPINIÓN CONSULTIVA

1. Las presentes observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la "CIDH" o la "Comisión") están dirigidas a dar respuesta a la solicitud de opinión consultiva presentada por los Ilustres Estados de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Corte Interamericana" o "la Corte IDH") y tienen como objeto abordar los estándares jurídicos desarrollados por los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante "el Sistema Interamericano"), así como otros órganos de protección internacional con relación a las diversas situaciones en las que se encuentran inmersos los niños, niñas y adolescentes migrantes,<sup>1</sup> entendidos como aquéllos en movimiento,<sup>2</sup> así como los niños, niñas y adolescentes nacionales de un país cuyos padres o tutores son migrantes, de conformidad con lo dispuesto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante "la Convención Americana" o la "Convención"), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante "la Declaración Americana"), la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (en adelante "la Convención de Belém do Pará") y la Carta de la Organización de los Estados Americanos (en adelante "la Carta de la OEA").

2. Asimismo, estas observaciones reflejan la posición de la Comisión respecto al alcance de las normas interamericanas de conformidad con la jurisprudencia de la Comisión y de la Corte, así como de las obligaciones jurídicas que se derivan del *corpus juris* internacional y de los estándares fijados por los órganos creados en virtud de tratados internacionales en materia de niñez y migración. Las presentes observaciones se presentan en respuesta a la solicitud enviada por la Corte Interamericana a la Comisión el 13 de septiembre de 2011 para que presentase sus observaciones escritas respecto a la solicitud de opinión consultiva.

---

<sup>1</sup> La Corte IDH ha entendido por "niño, niña o adolescente" a "toda persona que no ha cumplido 18 años de edad". Véase Corte IDH., *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 42. En este sentido, véase, Comité de los Derechos del Niño, Observación General 4, *La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño*, CRC/GC/2003/4, 2003, párr. 1.

<sup>2</sup> El Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes ha diferenciado la situación de los niños en el contexto de la migración internacional en 2 categorías, a saber: 1) "Niños en movimiento" son los niños migrantes que participan activamente en el proceso migratorio, en particular en las etapas de paso y de llegada a los países de tránsito y de destino. Se les puede encontrar migrando con sus familiares o solos, buscando posibilidades de educación y de empleo. También se les puede encontrar llegando a los países de destino para reunirse con los miembros de su familia que han migrado anteriormente, siendo trasladados o enviados por sus familias para vivir con parientes o amigos en terceros países o siendo enviados por sus familiares a buscar trabajo en el extranjero para remitir a casa parte de sus ingresos; y 2) "Niños que quedan atrás" se refiere a los niños criados en sus países de origen o en sus países de residencia habitual de quienes se separan los adultos responsables de ellos que migran, como uno o ambos de sus padres, miembros de su familia ampliada, personas encargadas de su cuidado o tutores legales. En este sentido, véase, Naciones Unidas, Asamblea General, *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*, Sr. Jorge Bustamante. A/HRC/11/7, 14 de mayo de 2009, párrs. 45 y 52.

3. Si bien los efectos de la migración internacional van más allá las personas migrantes, por el objeto de la solicitud las presentes observaciones no se ocuparán de los niños, niñas y adolescentes que “quedan atrás”. No obstante, la CIDH reconoce que dicha problemática debe ser abordada por los organismos internacionales a efecto de determinar las medidas de protección que deben adoptar los Estados con relación a los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en dicha situación. Asimismo, la Comisión reconoce la necesidad de que los Estados implementen medidas tendientes a prevenir las causas económicas y sociales que conllevan a que niños, niñas y adolescentes se vean obligados a migrar.

4. De acuerdo a lo establecido en los artículos 24 y 70 (2) del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión ha designado al Comisionado Felipe González Morales, Relator sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias; la Comisionada Rosa María Ortiz, Relatora sobre los Derechos de la Niñez y al Secretario Ejecutivo de la CIDH Santiago A. Canton, como sus delegados en este procedimiento consultivo. Asimismo, Elizabeth Abi-Mershed, Secretaria Ejecutiva Adjunta, y Karla Quintana Osuna, Álvaro Botero Navarro y Santiago Vázquez Camacho, abogados de la Secretaría Ejecutiva de la CIDH, han sido designados para actuar como asesores legales.

## CONTEXTO

5. Para el año 2010 se estimaba que a nivel mundial habían 214 millones de migrantes internacionales. En lo que respecta al continente americano, el contingente de migrantes internacionales para 2010 era de más de 57 millones de personas, de las cuales cerca de 50 millones se encontraban en Norte América y 7.5 millones en Latinoamérica y el Caribe. Esta cifra significa que el 27% de los migrantes a nivel mundial viven en América.<sup>3</sup> Para ese mismo año, alrededor de 26.6 millones de latinoamericanos vivían por fuera de sus países de nacimiento, lo cual representa cerca del 15% del total de migrantes internacionales.<sup>4</sup> Entre el 2000 y el 2010, los flujos de emigración en países latinoamericanos sobrepasaron los flujos de inmigración en 11 millones de personas. La diferencia entre los flujos de emigrantes e inmigrantes es más amplia en países de Centroamérica (6.8 millones), seguida por Suramérica (3 millones) y el Caribe (1.2 millones).<sup>5</sup> Si bien en la actualidad no existen cifras desagregadas respecto a cuántos niños migrantes hay a nivel mundial o a nivel de las Américas, la evidencia demuestra que una proporción significativa de los contingentes de migrantes internacionales se encuentran conformadas por personas menores de 18 años de edad.

6. La Comisión considera pertinente partir de la premisa básica de que la movilidad es una característica inherente a la especie humana. La movilidad humana,

<sup>3</sup> Véase, Organización Internacional para las Migraciones, *Informe sobre las migraciones en el mundo 2010*. Ginebra, 2010, p. 3. Para más información, también puede consultarse: UN DESA, Population Division (2009), *Trends in International Migrant Stock: The 2008 Revision* (United Nations database, POP/DB/MIG/Stock/Rev.2008).

<sup>4</sup> Organización Internacional para las Migraciones, *Informe sobre las migraciones en el mundo 2010*. Ginebra, 2010.

<sup>5</sup> UN DESA, Population Division (2009), *Trends in International Migrant Stock: The 2008 Revision* (United Nations database, POP/DB/MIG/Stock/Rev.2008).

ya sea como migración internacional, migración interna o como desplazamiento forzado, ha sido una constante a lo largo de la historia de la humanidad. El establecimiento de fronteras, límites, muros y controles migratorios cada vez más estrictos no han sido un obstáculo para que los seres humanos se sigan desplazando a otros lugares y es gracias a esto que la especie humana ha podido poblar distintos lugares del planeta o huir de peligros generados por la naturaleza o el hombre mismo. En este sentido, las cifras en materia de migración internacional no hacen más que evidenciar lo anterior. De acuerdo con la Organización Internacional para las Migraciones (en adelante "la OIM"), en el año 2000 había 150 millones de migrantes internacionales, para el 2010 el contingente de migrantes ya alcanzaba los 214 millones de personas y según las estimaciones para el año 2050 podrían haber más de 405 millones de migrantes internacionales, como consecuencia de las crecientes disparidades demográficas, los efectos del cambio climático, las nuevas dinámicas políticas y económicas a nivel mundial, las revoluciones tecnológicas y las redes sociales. Todo esto sin contar los millones de personas que son migrantes internos o víctimas de desplazamiento forzado dentro de sus países.

7. La magnitud de estas cifras es una clara muestra del gran impacto que tiene la migración internacional en las Américas y de la importancia que tiene para el orden público interamericano que se establezcan, respeten y garanticen estándares de protección a favor de los migrantes y en especial de los niños migrantes, quienes en razón de su condición migratoria suelen encontrarse en una situación de especial vulnerabilidad y víctimas de abusos y distintas formas de discriminación. La presente solicitud de opinión consultiva resulta particularmente importante en estos momentos en que muchos Estados abordan la migración más como un tema de seguridad nacional que de derechos humanos y a los migrantes en situación irregular más desde una perspectiva de criminalización que de sujetos de derechos.

8. Si bien los Estados tienen el derecho a controlar sus fronteras, definir los requisitos de ingreso, estancia y expulsión de personas no nacionales a su territorio y en general de establecer sus políticas en materia de migración, el ejercicio de esta prerrogativa impone la obligación a los Estados de que las políticas, leyes y prácticas que implementen en materia migratoria respeten y garanticen los derechos humanos de todas las personas migrantes, los cuales son derechos y libertades que se derivan de las obligaciones internacionales contraídas por los Estados en materia de derechos humanos.<sup>6</sup> Las obligaciones internacionales que se derivan de los

---

<sup>6</sup> En general, véase, CIDH, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el Marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado*. OEA/Ser.L/V/II.106 Doc.40 rev., 28 de febrero de 2000, párr. 166; CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 2000: Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias*. OEA/Ser.L/V/II.111 doc. 20 rev., 16 de abril de 2000, párr. 6; CIDH, *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II.116 Doc. 5 rev. 1 corr., 22 octubre 2002, párr. 377; CIDH, *Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: Detenciones y Debido Proceso*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 78/10, 30 de diciembre de 2010, párr. 32; CIDH, Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso No. 12.688, *Nadege Dorzema y otros: Masacre de Guayubín (República Dominicana)*. 11 de febrero de 2011, párr. 208. En este mismo sentido, véase, Corte IDH., *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párrs. 97 y 169; Corte IDH., *Caso de haitianos y dominicanos de origen haitiano en la República Dominicana*. Medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República Dominicana. Resolución de 18 de agosto de 2000, Considerando No. 4.

tratados de derechos humanos imponen obligaciones de carácter negativo y positivo, en este sentido, los Estados deben abstenerse de adoptar cualquier medida que pueda violar los derechos del niño y por otra parte deben implementar las medidas que sean necesarias para la garantía de los derechos del niño. En este sentido, las obligaciones que tienen los Estados respecto a todos los niños que se encuentran sujetos a su jurisdicción requieren la adopción de medidas tanto de prevención como de protección. Lo anterior comprende la implementación de procedimientos migratorios seguros, así como la obligación de respetar, proteger y facilitar el ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en todas las etapas del proceso migratorio. En particular, la Comisión considera que en el contexto de la migración internacional el cumplimiento de estas obligaciones por parte de los Estados debe hacerse de conformidad con los principios del interés superior del niño y el principio de unidad familiar.

9. La Comisión es consciente, tal como lo expresara en el pasado, de que en el diseño de cualquier política de inmigración, los Estados están forzados a reconciliar dos principios fundamentales pero contrapuestos: por un lado, su derecho a regular la entrada de personas a su territorio de acuerdo a sus necesidades, en otras palabras, de ejercer su soberanía; y por otro, respetar la dignidad intrínseca y el derecho de millones de seres humanos que migran de sus países en busca de mejores condiciones de vida para ellos y sus familiares.<sup>7</sup> La condición migratoria de una persona jamás puede servir para que se le excluya de las protecciones básicas que les otorga el derecho internacional de los derechos humanos.<sup>8</sup>

10. Dentro del contexto de la migración internacional, los niños en movimiento, pueden encuadrar en distintas categorías, las cuales incluyen trabajadores migratorios o miembros de las familias de estos trabajadores, niños separados o no acompañados, víctimas de trata o de tráfico de personas, solicitantes de asilo, refugiados, apátridas o solicitantes de protección complementaria. Las razones que los llevan a migrar van desde la reunificación familiar, la búsqueda de protección, o de mejores oportunidades de vida.

11. Sin embargo, en la actualidad sigue siendo muy poca la información estadística respecto a cuánto asciende la migración de niñas, niños y adolescentes, así como respecto a las motivaciones que los llevan a migrar o a la categoría de migrantes de la que hacen parte. Tal como sostuvo el Relator Especial para los Derechos Humanos de los Migrantes, “la edad no es una variable que se utilice habitualmente en el desglose de datos estadísticos sobre la migración internacional, que sigue siendo el componente del cambio demográfico más difícil de medir.”<sup>9</sup> La falta de información respecto a la cantidad de niños migrantes hace que las problemáticas particulares que enfrentan los niños en el contexto de la migración internacional tiendan a ser dejadas de lado al no poder visibilizarse la magnitud de la

---

<sup>7</sup> CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 2000: Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias*. OEA/Ser./L/V/II.111 doc. 20 rev., 16 de abril de 2000, párr. 62

<sup>8</sup> CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Cuarto Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias*. OEA/Ser.L/V/II.117 Doc. 1 rev. 1, 7 de marzo de 2003, párr. 101.

<sup>9</sup> Naciones Unidas, Asamblea General, Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante. A/HRC/11/7, 14 de mayo de 2009, párr. 20.

migración infantil. Algunos autores han manifestado que la falta de información desagregada de este tipo ha sido uno de los desafíos para que los Estados formulen e implementen políticas migratorias acordes con las necesidades especiales de protección de la niñez.<sup>10</sup>

12. Si bien la migración internacional comprende múltiples beneficios, tales como el favorecer la multiculturalidad de las sociedades e impulsar el crecimiento económico de los Estados, la migración también plantea grandes desafíos en lo que respecta a los derechos humanos de los migrantes. El simple hecho de ser migrantes conlleva a que, con frecuencia, estas personas sean víctimas de discriminación y abusos en los países de origen, tránsito, destino y retorno. A lo largo de los años, la Comisión Interamericana ha tenido conocimiento de los abusos a los que son sometidos los migrantes en países de tránsito y destino, así como de los obstáculos que tienen que enfrentar en sus países de origen antes de partir o una vez que retornan a ellos. Esta situación es particularmente preocupante en el caso de las mujeres y los niños migrantes.

13. Con relación a las diversas situaciones de vulnerabilidad en las que suelen encontrarse los migrantes, en su Segundo Informe de Progreso la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias de la CIDH señaló que

es preciso recalcar que inmigrantes y trabajadores migratorios se encuentran en una condición muy vulnerable. Estas personas muchas veces ignoran las leyes y el idioma del país receptor y en varias ocasiones deben enfrentar abierta hostilidad por parte de la población, incluso de las autoridades. La situación es particularmente grave en el caso de los migrantes indocumentados, 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. A raíz de ella, los migrantes están expuestos a una serie de atropellos. Entre ellos se pueden mencionar arrestos arbitrarios y la ausencia de debido proceso; deportaciones masivas; discriminación para concesión de la nacionalidad o para acceder a servicios sociales a los que extranjeros tienen derecho por ley; condiciones de detención inhumanas; apremios ilegítimos por parte de autoridades como policías y funcionarios de inmigración; y completa indefensión cuando son expuestos a condiciones de explotación por parte de empleadores inescrupulosos. Estas situaciones afectan de forma particular a las mujeres y niños migrantes, quienes están además expuestos a excesos como acoso sexual, golpizas y condiciones de trabajo deficiente.<sup>11</sup> (Subrayado por fuera del original)

14. A nivel internacional, diferentes órganos de protección de derechos humanos han reconocido que los migrantes a menudo enfrentan formas interrelacionadas de discriminación, no sólo a causa de la xenofobia y el racismo,

---

<sup>10</sup> United Nations, United Nations High Commissioner for Human Rights, *Study of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on challenges and best practices in the implementation of the international framework for the protection of the rights of the child in the context of migration*. 5 July 2010, p. 4, párr. 7.

<sup>11</sup> CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 2000: Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias*. OEA/Ser.L/V/II.111 doc. 20 rev., 16 de abril de 2000, párr. 64.

sino también en razón de su edad<sup>12</sup> o de su género.<sup>13</sup> Al analizar la vulnerabilidad a la que están sujetos los migrantes la Corte Interamericana señaló que

[g]eneralmente los migrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos, en una condición individual de ausencia o diferencia de poder con respecto a los no-migrantes (nacionales o residentes). Esta condición de vulnerabilidad tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones *de jure* (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y *de facto* (desigualdades estructurales). Esta situación conduce al establecimiento de diferencias en el acceso de unos y otros a los recursos públicos administrados por el Estado<sup>14</sup>.

15. Durante sus visitas a los países del hemisferio, la Comisión Interamericana ha podido corroborar la situación de extrema vulnerabilidad en la que se encuentran las niñas y niños migrantes como consecuencia de la interrelación de diversos factores, tales como su edad, el hecho de no ser nacionales del Estado en el que se encuentran y, para el caso de las niñas, en razón de su género.<sup>15</sup> Lo anterior conlleva a que los niños migrantes sean víctimas de múltiples formas de discriminación y de violaciones a sus derechos humanos. Los abusos y malos tratos a los que son sometidos los migrantes en general tienen efectos mucho más perversos cuando se trata de niños migrantes, quienes debido a su edad y madurez física y psicológica no tienen forma de oponer ningún tipo de resistencia. En este mismo sentido la Corte Interamericana ha señalado que la inmadurez y vulnerabilidad de los niños requieren de una especial protección que garantice el ejercicio de sus derechos dentro de la familia, de la sociedad y con respecto al Estado.<sup>16</sup>

16. Adicionalmente, la vulnerabilidad de los niños migrantes se ve agravada cuando estos se encuentran en situación irregular. La clandestinidad en la que viven a diario conlleva a que sean más vulnerables a ser víctimas a abusos y vejaciones por parte de autoridades y de particulares a través de las diferentes etapas del proceso migratorio. A esto se adiciona el temor de los migrantes a recurrir a las autoridades por las consecuencias que eso pudiera desencadenar, principalmente el ser detenidos y posteriormente deportados. Las situaciones de vulnerabilidad descritas anteriormente conllevan a que las niñas y niños migrantes padezcan de diversas formas de discriminación, las cuales al darse en un mismo tiempo conllevan a una discriminación intersectorial.

---

<sup>12</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 6, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, CRC/ GC/2005/6, 17 de mayo a 3 de junio de 2005.

<sup>13</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), *Recomendación general n° 26 sobre las trabajadoras migratorias*. CEDAW/C/2009/WP.1/R, 5 de diciembre de 2008.

<sup>14</sup> Corte IDH., *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 112.

<sup>15</sup> Acerca de formas de discriminación intersectorial, véase, por ejemplo, CIDH, *Las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia*, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 67, 18 octubre 2006, párrs. 107 y ss.

<sup>16</sup> Corte IDH., *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 93.

17. Otro factor que requiere especial atención tiene que ver con la feminización de la migración. A través de los años las mujeres y las niñas han ido aumentando su participación en el contingente de migrantes internacionales, lo cual ha sido destacado desde hace ya más de una década por la Comisión. En este sentido la Comisión destacaba que “[d]e manera creciente, muchas mujeres han comenzado a migrar siguiendo a sus maridos y familias. De forma gradual, sin embargo, muchas otras han empezado a migrar por su cuenta. Es importante consignar que históricamente las mujeres representaban un porcentaje menor del número total de migrantes. [En el año 2000], sin embargo, ellas representan el 47.5% del número total de migrantes en el mundo. El hecho de que millones de mujeres hayan engrosado las filas migratorias no sólo ha incrementado el número total de personas que migran, sino que también ha transformado de forma radical este fenómeno social.”<sup>17</sup> Para el año 2010 un poco más del 50% de los migrantes internacionales eran mujeres.<sup>18</sup>

18. Las transformaciones que se han generado a raíz de la migración de mujeres y niñas también se ven reflejas en las problemáticas propias que se han desencadenado como consecuencia de los patrones estructurales y culturales de discriminación que persisten en las Américas en contra de las mujeres. Con relación a la situación de discriminación que enfrentan las trabajadoras migratorias, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (en adelante “CEDAW”) ha señalado que éstas enfrentan peligros asociados tanto con el sexo y el género como con su estatus migratorio.<sup>19</sup> Con frecuencia las mujeres y niñas migrantes tienen que enfrentar situaciones adicionales de violencia y discriminación específicamente en razón de su género, entre otras, estas incluyen su mayor exposición a ser víctimas de trata internacional con fines de explotación sexual o trabajo forzoso, así como diversas formas de violencia psicológica y sexual a las que son sometidas mientras a lo largo de las diferentes etapas de la migración. Por tal razón, la protección efectiva de las niñas migrantes requiere un abordaje no sólo desde la perspectiva de los derechos de la niñez y de los migrantes sino también desde una perspectiva de género.<sup>20</sup>

19. Desde la Declaración de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas se reconoce que “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal”.<sup>21</sup> Este considerando fue retomado en el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño.<sup>22</sup> En respuesta a las múltiples situaciones estructurales y culturales que colocan a los niños

---

<sup>17</sup> CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 2000: Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias*. OEA/Ser./L/V/III.111 doc. 20 rev., 16 de abril de 2000, párr. 43.

<sup>18</sup> OIM, *Informe sobre las migraciones en el mundo 2010*. Ginebra, 2010, p. 158.

<sup>19</sup> Para mayor información acerca de situaciones que afectan a las mujeres migrantes, véase, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), *Recomendación general n° 26 sobre las trabajadoras migratorias*. CEDAW/C/2009/WP.1/R, 5 de diciembre de 2008, párr 15.

<sup>20</sup> En este mismo sentido, véase, Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante. A/HRC/11/7, 14 de mayo de 2009, párr. 26.

<sup>21</sup> Declaración de los Derechos del Niño, A.G. Res. 1386 (XIV), 14 U.N. GAOR Supp. (No. 16) p. 19, ONU Doc. A/4354 (1959), Preámbulo.

<sup>22</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, Preámbulo.

en una posición de desventaja y mayor vulnerabilidad respecto a otros sectores de la población, a través del *corpus juris* internacional los Estados han reconocido la existencia de un principio universal de protección especial a la niñez.<sup>23</sup> Este principio se ha desarrollado por medio de un amplio entramado de derechos tendientes a abordar las necesidades especiales de protección de todos los niños, entre los cuales evidentemente se encuentran los niños migrantes, independientemente de cual sea su condición migratoria.

20. Al respecto es importante destacar que la Convención Americana establece la obligación que tienen los Estados partes de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que se encuentre sujeta a su jurisdicción,<sup>24</sup> sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

21. La naturaleza dinámica de la movilidad humana, en particular de la migración internacional, ha llevado a la Comisión a señalar que los derechos humanos reconocidos en los instrumentos interamericanos cobijan a todas aquellas personas que se encuentran bajo la autoridad y control de Estado. Lo anterior reviste particular importancia dada la creciente tendencia de algunos Estados de externalizar sus fronteras y realizar acciones de control migratorio más allá de su territorio en materia de migración. Sobre este aspecto la Comisión sostuvo que

es evidente que estas protecciones básicas de los derechos humanos previstas en la Declaración [*mutatis mutandis*, en la Convención Americana], como ocurre en general con las protecciones internacionales de los derechos humanos, constituyen obligaciones que los Estados de las Américas [...] deben garantizar a todas las personas bajo su autoridad y control y no dependen para su aplicación de factores tales como la ciudadanía, nacionalidad ni ningún otro factor de la persona, incluida su condición de inmigración. Es notable a este respecto que uno de los objetivos en la formulación de la Declaración era garantizar como fundamental la “igual protección de la ley a nacionales y extranjeros por igual respecto de los derechos establecidos en la Declaración.”<sup>25</sup>

22. Al referirse a la obligación general de respetar y garantizar los derechos reconocidos en la Convención, la Corte Interamericana ha establecido que ésta tiene un carácter *erga omnes*,<sup>26</sup> sin que le sea permitido a los Estados establecer ninguna causal de discriminación en el respeto y garantía de los derechos reconocidos en la Convención respecto de las personas que se encuentran sujetas a su jurisdicción, entre las cuales evidentemente se encuentran los niños, niñas y adolescentes

---

<sup>23</sup> Corte IDH., *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, p. 14.

<sup>24</sup> CIDH, Informe de Admisibilidad No. 112/10, Petición Interestatal PI-02, *Franklin Guillermo Aisalla Molina (Ecuador – Colombia)*. 21 de octubre de 2010, párrs. 88 y ss; y CIDH, Informe de Fondo No. 109/99, Caso 10.951, *Coard y otros (Estados Unidos)*. 29 de septiembre de 1999, párr. 37.

<sup>25</sup> CIDH, Informe de Admisibilidad y Fondo No. 51/01, Caso 9903, *Rafael Ferrer-Mazorra y otros (Los Cubanos del Mariel) (Estados Unidos de América)*. 4 de abril de 2001, párr. 179.

<sup>26</sup> Corte IDH., *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 109.

migrantes. En palabras de la Corte “el deber de respetar y garantizar el principio de la igualdad ante la ley y no discriminación es independiente del estatus migratorio de una persona en un Estado”<sup>27</sup>. Al mismo tiempo, la interpretación sistemática de la obligación genérica de protección se ve reforzada a la luz de lo dispuesto en el artículo 19 de la Convención, el cual establece que los niños tienen derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.<sup>28</sup> La jurisprudencia de la Corte ha destacado lo anterior al señalar que los casos en los que las víctimas de violaciones a los derechos humanos son niños o niñas revisten una especial gravedad; en razón de su condición, los niños tienen derechos especiales a los que corresponden deberes específicos por parte de la familia, la sociedad y el Estado.<sup>29</sup> La Corte ha considerado que la debida protección de los derechos de los niños debe tomar en consideración sus características propias y la necesidad promover su desarrollo y de ofrecerle las condiciones necesarias para que el niño viva y desarrolle sus aptitudes con pleno aprovechamiento de sus potencialidades.

23. Asimismo, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares protege a todos los trabajadores migratorios y a sus familias, dentro de los cuales se encuentran los niños, niñas y adolescentes en el contexto de la migración internacional, en particular aquellos que se encuentran en movimiento, dado que suelen estar en una situación de especial vulnerabilidad.<sup>30</sup>

24. Por tal razón, los Estados tienen la obligación de asegurar la protección y los cuidados que sean necesarios en aras a garantizar el bienestar y la salvaguarda de los derechos del niño. La Convención sobre los Derechos del Niño protege a todo ser humano menor de 18 años de edad, incluidos los niños migrantes, contra cualquier tipo de discriminación, ya sea basada en 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.<sup>31</sup>

---

<sup>27</sup> Corte IDH., *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 155.

<sup>28</sup> Véase, entre otros, Corte IDH., *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” Vs. Paraguay*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 147; Corte IDH., *Caso Servellón García y otros Vs. Honduras*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, párr. 113. Incluir Chitay, Gelman y Contreras.

<sup>29</sup> Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 54; Corte IDH., *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 33; Corte IDH., *Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 152; Corte IDH., *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148; párr. 244.

<sup>30</sup> Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, aprobada el 18 de diciembre de 1990 y entrada en vigor el 1 de julio de 2003, artículo 1.1.

<sup>31</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada el 20 de noviembre de 1989 y entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990, artículo 2.

25. Los migrantes, al igual que los nacionales de un Estado, tienen derecho al respeto y garantía de sus derechos humanos y a que los Estados establezcan mecanismos para su protección. A excepción del derecho a entrar, circular y residir en un país, el cual se encuentra restringido a aquellas personas que cuenten con la autorización legal para hacerlo,<sup>32</sup> y de ciertos derechos políticos restringidos a los ciudadanos,<sup>33</sup> los migrantes tienen derecho a que se les respeten y garanticen los demás derechos reconocidos en la Convención Americana en igualdad de condiciones con las demás personas. No obstante, tal como sostiene Cholewinski, “la difícil situación de los no ciudadanos en muchos países del mundo en términos de la protección de sus derechos humanos y laborales básicos y su limitado acceso a los recursos legales, a menudo exacerbado por el hecho de que no son ciudadanos y/o de su estatus no autorizado, refleja la brecha entre la retórica y la realidad en la garantía de estos derechos a todas las personas. En gran medida, esta brecha también se manifiesta en la baja aceptación por los Estados de estándares jurídicos específicos desarrollados por la comunidad internacional para proteger a los trabajadores migratorios.”<sup>34</sup> Tal como sostienen los Estados solicitantes, en la actualidad son frecuentes las políticas, leyes y prácticas que revelan vacíos de protección frente a la vulnerabilidad de las niñas y niños migrantes.<sup>35</sup> Sobre esta cuestión, la Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales ha manifestado que “hay una urgente necesidad de llenar el vacío que existe actualmente entre los principios que se encuentran en el marco jurídico y normativo que afecta a los migrantes internacionales y la forma en que la legislación, políticas y prácticas se interpretan e implementan a nivel nacional.”<sup>36</sup>

26. Debido a los múltiples factores de vulnerabilidad que convergen en los niños y niñas migrantes, estos vacíos de protección tienen efectos más nocivos en ellos que cuando se trata de migrantes adultos. Por lo tanto, la diferenciación de las situaciones que afectan a los niños migrantes respecto de las que afectan a los adultos, así como las respuestas que se le deben dar a las mismas desde un enfoque de derechos humanos resultan relevantes para responder a las necesidades específicas de protección de los niños. En este sentido la Comisión estima pertinente recordar que “[l]a obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con adoptar disposiciones de derecho interno, conforme al artículo 2 de la Convención, sino que exige una conducta gubernamental que asegure

---

<sup>32</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 22.1.

<sup>33</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 23.1.

<sup>34</sup> CHOLEWINSKI, Ryszard, “The Rights of Migrant Workers”, en CHOLEWINSKI, Ryszard, PERRUCHOUD, Richard y MacDONALD, Euan (Editores), *International Migration Law: Developing Paradigms and Key Challenges*. T.M.C. Asser Press: La Haya, 2007, p. 257. Traducción propia. “[T]he difficult plight of non-citizens in many countries of the world in terms of the protection of their basic human and labor Rights and their limited access to legal remedies, exacerbated often by their non-citizen and/or unauthorized status, reflects the gulf between rhetoric and reality in guaranteeing these Rights to all persons. To a great extent, this gulf is also manifested in the low acceptance by states of the specific international legal standards developed by the international community to protect migrant workers.”

<sup>35</sup> MERCOSUR, *Solicitud de Opinión Consultiva sobre Niñez Migrante ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Caba, 6 de abril de 2011, p. 2.

<sup>36</sup> Comisión Mundial sobre Migraciones Internacionales, *Migration in an Interconnected World: New Directions for Action*. Ginebra, 2005, p.15, párr. 22. Traducción propia.

la existencia real de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.”<sup>37</sup>

27. A los vacíos de protección existentes respecto a los migrantes en general, se suman las preocupantes medidas adoptadas por algunos Estados de la región dirigidas a criminalizar la migración irregular. A criterio de la Comisión resultan sumamente preocupantes las medidas a través de las cuales se recurre a la sanción penal de los migrantes en situación irregular e incluso de aquellas personas que les brinden ayuda a estos.<sup>38</sup> Medidas tales como la penalización de la migración irregular, la detención migratoria con carácter punitivo o la deportación indiscriminada de migrantes, entre otras, reflejan la forma represiva en la que muchos Estados abordan la migración irregular.

28. La Comisión ha tenido conocimiento de los peligros que enfrentan desde el momento de su detención los migrantes en situación irregular, quienes en muchos casos son víctimas de violencia física y psicológica por parte de autoridades migratorias e incluso de funcionarios estatales que no son competentes para detener a los migrantes. La Comisión también ha sido informada acerca de la existencia de grupos de particulares de orientación anti-inmigrante que usurpando funciones públicas detienen a migrantes. En muchas ocasiones este tipo de detenciones y los abusos que se cometen en ellas cuentan con la aquiescencia de las autoridades públicas. Asimismo, estas detenciones suelen basarse en la aplicación de perfiles raciales sin que las autoridades cuenten con mayores fundamentos para detener a las personas que los estereotipos con los que suelen asociar a los migrantes, tales como su apariencia física, vestuario, lenguaje y hasta su olor, lo que evidentemente demuestra un grado preocupante de discriminación.<sup>39</sup> Hace ya más de una década la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias manifestaba su preocupación con relación a la criminalización de la migración irregular y la forma en la que las medidas adoptadas en el marco de ésta afectan a los migrantes y sus familias, al respecto la Relatoría señalaba que

el problema de fondo tiene que ver con la criminalización de la que son objeto los migrantes no autorizados. Tratar a trabajadores migratorios indocumentados como verdaderos delincuentes es lamentablemente muchas veces una acción premeditada y corresponde al deseo de algunos gobiernos de inhibir la entrada de extranjeros. De acuerdo a la lógica que manejan muchos Estados receptores y de tránsito, prodigar un trato blando a quienes quieren ingresar sin la documentación adecuada incentiva a que más

---

<sup>37</sup> CIDH, *Informe Anual 1991, Capítulo V, Situación de los haitianos en República Dominicana*. OEA/Ser.L/V/II.81 Doc. 6 rev. 1, 14 febrero 1992

<sup>38</sup> CIDH, Comunicado de Prensa No. 63/11: *CIDH expresa preocupación por nueva ley sobre inmigración en Alabama, Estados Unidos*. Washington, D.C., 24 de junio de 2011. Disponible en: [www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2011/063.asp](http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2011/063.asp) ; CIDH, Comunicado de Prensa No. 47/10: *CIDH expresa preocupación por nueva ley sobre inmigración de Arizona, Estados Unidos*. Washington, D.C., 28 de abril de 2010. Disponible en: <http://www.cidh.org/Comunicados/Spanish/2010/47-10sp.htm>

<sup>39</sup> CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 2000: Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias*. OEA/Ser.L/V/II.111 doc. 20 rev., 16 de abril de 2000, párr. 107.

personas intenten inmigrar; por el contrario, un trato duro e inflexible sirve para asustar y desalentar a potenciales migrantes.<sup>40</sup>

29. En lo que respecta a niños migrantes, en sus visitas a países la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias de la CIDH ha constatado que, además de ser víctimas de abusos y malos tratos, con frecuencia suelen ser detenidos en centros de detención de migrantes, en donde a causa de la irregularidad de su estatus migratorio o del de sus padres, se les priva de servicios esenciales y son sometidos a las mismas condiciones de criminalización que los adultos migrantes. A menudo estas detenciones se caracterizan porque no se les informa a los migrantes acerca de sus derechos ni de garantías tan elementales como contar con asistencia jurídica o tener acceso a asistencia consular. En adición a lo anterior, en muchos casos cuando las detenciones afectan a familias no se tiene en cuenta el principio de unidad familiar y los migrantes terminan siendo separados de sus familias. Asimismo, la Comisión también sido informada de casos en los que los migrantes una vez que son privados de su libertad en lugares que no cumplen con las condiciones mínimas para su detención e incluso algunos son enviados a recintos carcelarios comunes.<sup>41</sup>

30. La aplicación indiscriminada de esta clase de medidas y de otras similares están en clara colisión con muchas de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos que han sido reconocidas por los Estados Partes de la Convención Americana, tales como el Derecho al reconocimiento de la Personalidad Jurídica (artículo 3), el Derecho a la Vida (artículo 4), el Derecho a la Integridad Personal (artículo 5), la Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre (artículo 6), el Derecho a la Libertad Personal (artículo 7), las Garantías Judiciales (artículo 8), la Protección de la Honra, de la Dignidad y de la Vida Privada y Familiar (artículo 11), la Protección a la Familia (artículo 17), el Derecho al Nombre (artículo 18), los Derechos del Niño (artículo 19), el Derecho a la Nacionalidad (artículo 20), el Derecho de Circulación y Residencia, el Principio de No Devolución y la Prohibición de Expulsiones Colectivas (artículo 22), el Principio de Igualdad ante la Ley (artículo 24), la Protección Judicial (artículo 25), entre otros. La situación particular de niños y niñas requiere la adopción por parte de la familia, la sociedad y el Estado de medidas encaminadas a brindarle la protección que su condición de menores requiere.<sup>42</sup> Desde el artículo VII de la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre se reconoce el derecho de que todo niño y niña tienen a la protección, cuidados y ayuda especiales que requieren en razón de su edad y su madurez.<sup>43</sup> Por tal razón, las presentes observaciones tienen como objetivo primordial abordar las situaciones que favorecen la vulnerabilidad de los niños, niñas y adolescentes migrantes, así como de aquellos niños, niñas y adolescentes nacionales de un país cuyos padres o

---

<sup>40</sup> CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 2000: Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias*. OEA/Ser./L/V/II.111 doc. 20 rev., 16 de abril de 2000, párr. 106.

<sup>41</sup> Para mayor información, véase, Universidad Nacional de Lanús – Centro de Derechos Humanos y Oficina Regional de UNICEF para América Latina y el Caribe/TACRO, *Estudio sobre los estándares jurídicos básicos aplicables a niños y niñas migrantes en situación migratoria irregular y algunas líneas de acción para su protección*. Buenos Aires, 2009, p. 21.

<sup>42</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 19.

<sup>43</sup> Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre, artículo VII.

tutores son migrantes y las circunstancias que conllevan a la violación de sus derechos humanos en razón de su edad.

## **II. PROCEDIMIENTOS PARA IDENTIFICAR LOS PRINCIPALES RIESGOS A LOS QUE ESTÁN SOMETIDOS LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES MIGRANTES Y DETERMINAR SUS NECESIDADES Y, EN SU CASO, ADOPTAR MEDIDAS DE PROTECCIÓN**

***¿Cuáles son, a la luz de los artículos 1, 2, 5, 7, 8, 19, 22.7 y 25 de la Convención Americana y de los artículos I, XXV y XXVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, los procedimientos que los Estados deberían adoptar a fin de identificar los diferentes riesgos para los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes, poder determinar sus necesidades y, en su caso, adoptar las medidas de protección especial o internacional que requieran?***

31. En la actualidad diversos factores han llevado a que con mayor frecuencia los Estados tengan que dar respuesta a flujos migratorios mixtos. Estos flujos suelen caracterizarse por mezclas de diferentes grupos de personas que se encuentran en el contexto de la migración internacional, tales como migrantes por causas económicas o ambientales, migrantes en situación regular o irregular, solicitantes de asilo o refugiados, niños, niñas o adolescentes no acompañados o separados de sus familias, así como otras personas con necesidades de protección. En algunos casos, a lo largo del proceso migratorio concurren entre los migrantes diferentes categorías de las señaladas anteriormente, por ejemplo, personas que a lo largo de su proceso migratorio terminan siendo convertidas en víctimas de delitos, como la trata de personas con fines de explotación sexual, laboral u otro tipo de explotación.

32. Ante la multiplicidad de situaciones en las que pueden encontrarse los migrantes al intentar ingresar a un país o una vez que ya han ingresado a uno, destaca la importancia de que los Estados establezcan procedimientos para la determinación de las necesidades de protección de estas personas. Sólo a través del establecimiento de procedimientos para la identificación de las necesidades de protección de los migrantes es que los Estados pueden dar una respuesta a las situaciones de riesgo, amenaza o afectación de sus derechos y, por lo tanto, actuar en cumplimiento de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, activando los mecanismos de protección previstos en los diferentes tratados.

33. En este sentido, la CIDH estima relevante destacar la importancia que tiene la implementación de procedimientos para la identificación las necesidades de protección y potenciales situaciones de riesgo para los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes para la prevención de riesgos, amenazas, peligros actuales o potenciales que afecten o puedan afectar a los niños migrantes. En muchos casos los niños no son conscientes de los peligros que se ciernen sobre ellos o no están en capacidad de responder a los mismos. La Comisión considera necesario recordar que, dada su situación de vulnerabilidad, los niños no suelen estar en condiciones de denunciar debido a las consecuencias que ello podría ocasionarles. Por lo mismo, se requiere que las autoridades actúen de oficio en la determinación de las necesidades especiales o de protección internacional del niño. A su vez, esta clase de

procedimientos constituyen una forma de prevenir la posible o futura victimización del niño (romper el ciclo de victimización) o evitar la repetición de ésta en el futuro.

34. Como lo reconoce el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “la mayoría de políticas nacionales sobre la infancia no tienen en cuenta las necesidades ni los derechos de los niños migrantes, que pueden quedar excluidos explícitamente o en la práctica de la protección de la legislación y las normas establecidas por los gobiernos para proteger a los niños que son nacionales del país. De este modo, los sistemas de protección de la infancia inadecuados y la falta de una aplicación eficaz del marco normativo existente provocan graves deficiencias de protección para los niños migrantes en todas las regiones del mundo”<sup>44</sup>.

35. Por su parte, al referirse a la situación de niños, niñas y adolescentes solicitantes de asilo o refugiados, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (en adelante “ACNUR”) ha señalado que “de los millones de personas de la competencia del ACNUR, casi la mitad son niños, [niñas], y adolescentes” y ha reconocido que “en el contexto de los movimientos migratorios mixtos, incluidos los movimientos secundarios irregulares, los problemas de acceso al asilo pueden agudizarse. En las políticas y prácticas de migración no siempre se tienen suficientemente en cuenta las necesidades de los solicitantes de asilo y los refugiados que se desplazan dentro de grupos [migratorios] más grandes”<sup>45</sup>.

36. En consideración de la realidad anterior y de la necesidad de identificación de las necesidades de protección, desde el primer momento en que las autoridades estatales entran en contacto con una persona migrante, la Comisión considera que debieran ponerse en marcha las acciones para determinar el carácter en el que se encuentra en dicho país y, por ende, identificar si se trata de una persona que necesita ser protegida. Sin embargo, en el caso de niños, niñas y adolescentes migrantes dicha obligación adquiere un carácter especial.

37. Conforme al artículo 19 de la Convención Americana<sup>46</sup> y el artículo VII de la Declaración Americana<sup>47</sup>, interpretado conforme al *corpus juris* en materia de derechos de los niños, niñas y adolescentes<sup>48</sup>, los Estados tienen un deber de

---

<sup>44</sup> Naciones Unidas, Asamblea General, *Estudio de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los problemas y las mejores prácticas en relación con la aplicación del marco internacional para la protección de los derechos del niño en el contexto de la migración*, A/HRC/15/29, 5 de julio de 2010, párr. 31.

<sup>45</sup> Naciones Unidas, Asamblea General, *Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados*, A/AC.96/1098, 28 de junio de 2011, párrs. 56 y 44.

<sup>46</sup> La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 19 establece 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 el Estado.

<sup>47</sup> La Declaración de Derechos y Deberes del Hombre en su artículo VII dispone que

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

<sup>48</sup> La Comisión ha establecido que este conjunto de normas o *corpus juris* en materia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes está integrado por diversos tratados internacionales que gozan de un amplio consenso internacional, como la Convención sobre Derechos del Niño, e incluso, por observaciones generales y jurisprudencia de organismos internacionales competentes para interpretar

protección especial respecto a los niños, niñas y adolescentes. La protección especial que los Estados deben garantizar a los niños, niñas y adolescentes parte del reconocimiento de que los niños, niñas y adolescentes tienen necesidades diferenciadas a las de los adultos<sup>49</sup> que deben ser satisfechas con la finalidad de que puedan desarrollar sus capacidades y ejercer sus derechos plenamente<sup>50</sup>.

38. Sin embargo, en tanto personas, cada niño, niña y adolescente tiene diferentes necesidades que deben tomarse en consideración de forma individualizada al momento en que los Estados determinen casuísticamente su interés superior<sup>51</sup>, así como las correlativas obligaciones que correspondan a su familia, a la sociedad y a las autoridades estatales. Al respecto, la CIDH destaca que los Estados tienen un deber especial de prevenir, investigar, procesar, sancionar y reparar diligentemente violaciones a los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, sobre todo cuando son vulnerables<sup>52</sup>, y resalta que la obligación de protección especial de los Estados es aún más intensa y debe ser ejercida con mayor cuidado y responsabilidad cuando éstos tienen una posición especial de garante respecto a los niños, niñas y adolescentes sujetos a su control o supervisión<sup>53</sup>.

39. En este sentido, la importancia de determinar previamente si un niño, niña o adolescente migrante encuadra dentro en un supuesto de protección, radica en la posibilidad de que los Estados identifiquen de manera idónea el curso de acción a tomar respecto a éste y, a la postre, canalizarlo a través de los procedimientos más adecuados a sus necesidades. Por ejemplo, la CIDH ha resaltado la importancia de identificar, dentro del grupo de niños, niñas y adolescentes no acompañados, a otros

---

dichos tratados. CIDH, *Informe sobre Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 78, 13 de julio de 2011, párr. 19. Por su parte, la Corte IDH ha establecido que “el *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados. Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones”. Véase Corte IDH., *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 115.

<sup>49</sup> Corte IDH., *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 96.

<sup>50</sup> El enfoque de capacidades ha sido desarrollado por autores como Amartya Sen. Dicho enfoque ha sido adoptado por Naciones Unidas en diversos informes sobre desarrollo humano. Véase Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), *Informe sobre Desarrollo Humano 2010. La verdadera riqueza de las naciones: caminos al desarrollo humano*.

<sup>51</sup> CIDH, *Informe sobre Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 78, 13 de julio de 2011, párr. 27.

<sup>52</sup> La obligación de “especial debida diligencia” en la prevención de las violaciones a los derechos de los niños, niñas y adolescentes la encontramos en la Observación No. 13 del Comité de los Derechos del Niño. Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 13, *Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia*, CRC/C/GC/13, 18 de abril de 2011, párr. 5.

<sup>53</sup> Corte IDH., *Caso Instituto de Reeduación del Menor Vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 160. CIDH, *Informe sobre Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 78, 13 de julio de 2011, párr. 456.

subgrupos, a “solicitantes de asilo, víctimas de tráfico y víctimas de otras formas de persecución y actividad criminal”<sup>54</sup>.

40. Asimismo, la Comisión observa que el Comité de los Derechos del Niño ha establecido que “los Estados han de tomar todas las disposiciones necesarias para identificar a los menores en situación de no acompañamiento o separación de su familia lo antes posible, particularmente en la frontera, a procurar la localización y, si resulta posible y redundante en el interés superior del menor, reunir lo antes posible a éste con su familia”<sup>55</sup>.

41. Conforme a lo anterior, la Comisión considera que la identificación de los riesgos que afectan a los migrantes así como la determinación de sus necesidades, en particular de los niños, niñas y adolescentes, constituye una garantía fundamental para la protección de sus derechos, de la cual deben gozar previo al inicio de cualquier procedimiento administrativo o judicial que les concierna. Como ha recomendado la CIDH, urge que los Estados desarrollen “un mecanismo de evaluación de riesgos que parta de una presunción a favor de la libertad”<sup>56</sup>.

### **1. Primer contacto con el niño, niña o adolescente migrante**

42. Por lo general el primer contacto que tienen los niños, niñas y adolescentes migrantes con las autoridades de los Estados suele darse en puntos de entrada o salida, ya sean terrestres, aéreos o marítimos; no obstante, muchas veces este primer contacto también se da una vez que los niños, niñas y adolescentes migrantes ya se encuentran dentro del territorio de los Estados. Otro aspecto a tener en cuenta es que muchas veces este primer contacto no se da ante autoridades públicas competentes y capacitadas para determinar sus necesidades de protección, sino ante otras autoridades como pueden ser las policiales u otras encargadas de velar por la seguridad pública.

43. La Comisión recomienda que, inmediatamente que las autoridades de los Estados tengan contacto con una persona de la cual presuman razonablemente que se trata de un niño o niña migrante que desea ingresar a dicho Estado o que ya residiendo en el mismo se encuentra en una situación de riesgo, las autoridades deben notificar inmediatamente a las autoridades competentes en materia migratoria, las cuales deben estar capacitadas en el trato con los niños, para que éstas determinen sus necesidades de protección. En caso de que la autoridad pública que tiene el primer contacto con el niño migrante no sea competente o no esté calificada para determinar sus necesidades de protección, ésta deberá, a la mayor brevedad posible y, en cualquier caso, no excediendo las primeras 24 horas<sup>57</sup>, poner al niño a disposición de las autoridades competentes y capacitadas para dichos efectos.

<sup>54</sup> CIDH, *Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: Detenciones y Debido Proceso*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 78/10, 30 diciembre 2010, párr. 451.

<sup>55</sup> Véase Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 6, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, CRC/ GC/2005/6, 1º de septiembre de 2005, párr. 13.

<sup>56</sup> CIDH, *Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: Detenciones y Debido Proceso*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 78/10, 30 diciembre 2010, párr. 429.

<sup>57</sup> El Comité de los Derechos del Niño ha concluido que “todo menor detenido [...] deberá ser puesto a disposición de una autoridad competente en un plazo de 24 horas para que se examine la legalidad de su privación de libertad o de la continuación de ésta”. Véase Comité de los Derechos del

44. La CIDH considera importante que las autoridades que tengan el primer contacto con el niño así como las autoridades migratorias estén sujetas a un control judicial. Como lo ha sostenido la Comisión, “las decisiones en materia migratoria no pueden ser delegadas a funcionarios policiales o administrativos no especializados” y “el funcionario que toma estas determinaciones debe ser responsable ante la ley, ante sus superiores jerárquicos, y ante organismos de control horizontal” y a autoridades judiciales<sup>58</sup>.

45. Asimismo la CIDH recomienda que los Estados creen protocolos para que las autoridades estén capacitadas para actuar y notificar a las autoridades migratorias en caso de contactar a una persona que razonablemente presuman ser un niño migrante y, que además pueda encontrarse en una situación de vulnerabilidad – como ser víctimas de trata o del tráfico ilícito de migrantes<sup>59</sup> o no estar acompañada o estar separada de sus padres o tutores.

46. Una vez notificadas las autoridades competentes en materia migratoria, los Estados deberían garantizar que éstas procedan a identificar los diferentes riesgos para los derechos de los niños migrantes y determinar sus necesidades de protección.

## **2. Mecanismo de identificación o evaluación de riesgos para niños, niñas y adolescentes migrantes**

47. La Comisión ha recomendado la creación por parte de los Estados de mecanismos de identificación o evaluación de riesgos a los que están sometidos las personas migrantes. Al respecto ha señalado que

este mecanismo de evaluación de riesgos deberá estar diseñado para ubicar a la persona en el escenario menos restrictivo posible. El mecanismo deberá incluir una evaluación de las necesidades humanitarias que pueda tener una persona. Las consideraciones humanitarias respecto de los grupos vulnerables --incluyendo familias, niñas y niños, adultos mayores, solicitantes de asilo, víctimas de trata de personas, víctimas de persecución y otros delitos graves, y personas con problemas de salud física o mental-- deberán generar una fuerte presunción de la necesidad de ser liberados o

---

Niño, Observación General N° 10, *Los derechos del niño en la justicia de menores*, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párr. 83. La CIDH concluyó que “el tiempo de detención previa a la audiencia judicial no puede ser superior a 24 horas”. Véase CIDH, *Informe sobre Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II, doc. 78, 13 de julio de 2011, Recomendaciones específicas, párr. 17, inciso h). Este estándar internacional debiera ser más estricto dentro del contexto de la migración infantil, de forma que los Estados presenten a los niños, niñas y adolescentes migrantes ante la autoridad judicial mucho antes de las 24 horas, en virtud de que éstos no estarían incurriendo en el supuesto de una infracción a las leyes penales y, por lo tanto, no formalmente “detenidos”.

<sup>58</sup> CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Capítulo V, Estudios Especiales, Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias*, OEA/Ser.L/V/II.111, doc. 20 rev., 16 de abril de 2001, párr. 99.

<sup>59</sup> Conforme al Manual sobre la Investigación del Delito de Trata de Personas “lo idóneo es que el personal de primer contacto cuente con un protocolo de actuación”. Véase, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (por sus siglas en inglés “UNODOC”), *Manual sobre la Investigación del Delito de Trata de Personas. Guía de Aprendizaje*, 2009, pp. 86 y 87.

ubicados en un ambiente apropiado distinto al de la detención civil o el sistema actual de detención<sup>60</sup>.

48. En el mismo sentido, el Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes de Naciones Unidas reconoció que “la protección de los niños en los países de destino depende en la mayoría de los casos del contexto y, por lo tanto, depende de la situación particular en que se encuentren: si la situación del niño da lugar a la protección que se le reconoce en la legislación sobre los refugiados; si el niño es una víctima de la delincuencia organizada transnacional; si el niño está migrando con su familia y uno o ambos progenitores son trabajadores migratorios; o si el niño está migrando de forma irregular, no está acompañado o está indocumentado”<sup>61</sup>.

49. En la identificación o evaluación de riesgos que afecten los derechos de los niños, niñas y adolescentes los Estados debe regir el principio de interés superior del niño<sup>62</sup>. Conforme a éste, los Estados deben partir de la realización de un análisis casuístico<sup>63</sup>. Esto implica que, el mecanismo de evaluación de riesgos no puede partir únicamente de estudios o dictámenes psicológicos o sociales de carácter general, sino también en dictámenes especializados que consideren factores individualizados de los niños, niñas y adolescentes migrantes, como su madurez<sup>64</sup> o las experiencias vividas hasta el presente<sup>65</sup>.

50. Conforme a las *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños de las Naciones Unidas*<sup>66</sup>, la determinación del curso de acción a seguir a efecto de protegerlos efectivamente debe basarse “en una evaluación, planificación y revisión rigurosas, por medio de estructuras y mecanismos establecidos, y realizarse caso por caso”. Asimismo, la “evaluación debería ejecutarse pronta, minuciosa y cuidadosamente”, teniendo en cuenta “la seguridad y bienestar

<sup>60</sup> CIDH, *Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: Detenciones y Debido Proceso*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 78/10, 30 diciembre 2010, párr. 430.

<sup>61</sup> Naciones Unidas, Asamblea General, *Informe del Relator Especial sobre los derechos de los migrantes*, Sr. Jorge Bustamante, A/HRC/11/7, 14 de mayo de 2009, párr. 66.

<sup>62</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 6, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, CRC/GC/2005/6, 1º de septiembre de 2005, párr. 31.

<sup>63</sup> Al respecto, la Corte Europea de Derechos Humanos ha establecido que “[T]he child’s best interests, from a personal development perspective, will depend on a variety of individual circumstances, in particular his age and level of maturity, the presence or absence of his parents and his environment and experiences [...]. For that reason, those best interests must be assessed in each individual case”. Véase, ECHR, *Case of Neulinger and Shuruk v. Switzerland*, Application No. 41615/07, Judgment, Grand Chamber, 6 July 2010, párr. 138.

<sup>64</sup> Para el Comité de los Derechos del Niño, por madurez debe entenderse “la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado”. Véase, Comité de los Derechos del Niño, *Observación general No. 12, El derecho del niño a ser escuchado*, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párr. 31.

<sup>65</sup> Véase, Corte IDH., *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 102 y Comité de los Derechos del Niño, *Observación general No. 12, El derecho del niño a ser escuchado*, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párr. 52.

<sup>66</sup> Adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución A/RES/64/142 de 24 de febrero de 2010.

inmediatos del niño”, abarcando “las características personales y de desarrollo del niño, sus antecedentes étnicos, culturales lingüísticos y religiosos, el entorno familiar y social, el historial médico y cualesquiera otras necesidades especiales”<sup>67</sup>.

51. En este sentido, la Comisión considera que los Estados deberán garantizar, conforme a las garantías de debido proceso, que las entrevistas que les sean practicadas a los niños, niñas y adolescentes migrantes estén adaptadas a su género, edad o madurez, idioma, origen étnico y, en la medida de lo posible, a sus costumbres y cultura y, en general, a sus necesidades especiales, como sería el caso, por ejemplo, de los niños, niñas y adolescentes migrantes discapacitados.

52. La Comisión Interamericana ha sostenido que a efecto de identificar efectivamente a posibles víctimas, los Estados deben “garantizar que los procesos de identificación sean llevados a cabo en un ambiente conducente, por parte de personal entrenado, y en base a un formato apropiado según la edad”<sup>68</sup>. Como sostiene el Comité de los Derechos del Niño, las entrevistas deben realizarse en “un entorno en que el niño se sienta respetado y seguro cuando exprese libremente sus opiniones”<sup>69</sup>.

### **Registro de datos personales e información relevante de los niños, niñas y adolescentes migrantes**

53. La Comisión considera importante que los Estados generen expedientes y registros con información relevante desde que los niños, niñas y adolescentes migrantes, independientemente de que estén acompañados, tengan un primer contacto con las autoridades competentes en materia migratoria. Dichos expedientes y registros deberán ser completos, actualizados, confidenciales y seguros<sup>70</sup>. Para la Comisión, los niños, niñas y adolescentes deberán tener acceso a dichos expedientes, así como sus padres, tutores o familiares autorizados, dentro de los límites de sus derechos a la intimidad y confidencialidad<sup>71</sup>.

54. La Comisión considera que los Estados deben garantizar que las autoridades migratorias identifiquen y registren toda la información relevante posible relacionada con los niños, niñas o adolescentes migrantes, en especial, en los casos de niños no acompañados o separados:

a) Sus datos personales como su nombre, edad, sexo, nacionalidad y demás datos para determinar su identidad<sup>72</sup>. Con relación a la edad, la autoridades deberán tener en cuenta su madurez psicológica más que su aspecto físico, lo cual

---

<sup>67</sup> Naciones Unidas, *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños*, A/RES/64/142, 24 de febrero de 2010, directrices 57 y 58.

<sup>68</sup> CIDH, *Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: Detenciones y Debido Proceso*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 78/10, 30 diciembre 2010, 451.

<sup>69</sup> Comité de los Derechos del Niño, *Observación general No. 12, El derecho del niño a ser escuchado*, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párr. 23.

<sup>70</sup> Naciones Unidas, *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños*, A/RES/64/142, 24 de febrero de 2010, directriz 110.

<sup>71</sup> Naciones Unidas, *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños*, A/RES/64/142, 24 de febrero de 2010, directrices 109 a 111.

<sup>72</sup> CIDH, *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.131, Doc. 38, 13 de marzo de 2008, principio IX.

será determinado por personal calificado y especializado, conforme a criterios científicos, seguros e imparciales, evitando toda injerencia a su integridad personal y en consideración de su género, costumbres e idioma<sup>73</sup>. Ante la duda de la minoría de edad de la persona, las autoridades “le darán el trato más favorable hasta que se determine si efectivamente es menor”<sup>74</sup>.

b) Su domicilio en su país de origen y, eventualmente, en los países por los que haya transitado hasta llegar al Estado donde fue contactado;

c) Determinar si el niño, niña o adolescente no está acompañado<sup>75</sup> o está separado<sup>76</sup>. Este dato es muy relevante a efecto de prevenir que los niños, niñas y adolescentes migrantes no sean víctimas de trata, dado que al no estar acompañados o separados son más vulnerables, siendo las niñas las que mayor riesgo corren de ser víctimas de este delito para ser explotadas sexualmente<sup>77</sup>;

d) En su caso, la identidad de sus padres, tutores o familiares cercanos, como los hermanos, incluyendo su nacionalidad y domicilio, así como la de los adultos o personas menores de edad que los hayan acompañado diferentes a sus padres o tutores, y, en caso contrario, si se encuentran no acompañados o separados<sup>78</sup>. En su caso, también es importante obtener información de los padres, tutores, familiares o adultos que acompañen al niño, ya que, como lo ha expresado el Comité de los Derechos del Niño, entre más importante y significativa sea la relación personal para el niño, mayor peso debiera atribuirse a las opiniones de estas personas, pero sin descuidar indicios de relaciones “abusivas o constitutivas de explotación”<sup>79</sup>;

---

<sup>73</sup> Véase, Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 6, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, CRC/ GC/2005/6, 1º de septiembre de 2005, párr. 31, incisos i) y ii).

<sup>74</sup> CIDH, *Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: Detenciones y Debido Proceso*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 78/10, 30 de diciembre de 2010, párr. 53 y Naciones Unidas, *Informe de la Relatora Especial sobre Derechos Humanos de los Migrantes*, E/CN.4/2003/85, 30 de diciembre de 2002, párr. 75(a).

<sup>75</sup> Entendemos que “niño, niña y adolescente no acompañado” significa todo niño, niña o adolescente separado de ambos padres y otros parientes sin estar bajo el cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumba esa responsabilidad Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 6, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, CRC/ GC/2005/6, 1º de septiembre de 2005, párr. 7.

<sup>76</sup> Entendemos que “niño, niña y adolescente separado” comprende a todo niño, niña o adolescente separado de ambos padres o de sus tutores legales o habituales, pero no necesariamente de otros parientes. Por tanto, puede tratarse de menores acompañados por otros miembros adultos de la familia. Véase, Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 6, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, CRC/ GC/2005/6, 1º de septiembre de 2005, párr. 8.

<sup>77</sup> Véase, Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 6, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, CRC/ GC/2005/6, 1º de septiembre de 2005, párr. 50.

<sup>78</sup> Véase, Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 6, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, CRC/ GC/2005/6, 1º de septiembre de 2005, párr. 31, inciso ii).

<sup>79</sup> ACNUR, *Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño*, mayo 2008, pág. 66.

e) La información necesaria para determinar su estado de salud física, psíquica y sexual<sup>80</sup>, sobre todo para identificar si ha sido víctima de violencia, a través de personal técnico capacitado<sup>81</sup>. En este sentido, la Comisión considera importante la opinión de expertos, sobre todo en “la evaluación de niños que han padecido sucesos traumáticos y niños con discapacidades mentales o físicas”<sup>82</sup>. Asimismo, los Estados debieran contar con una institución adecuada para aplicar protocolos de intervención eficaces, en los términos establecidos por la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder de las Naciones Unidas, que establece orientaciones precisas respecto a asistencia material, médica, psicológica y social para las víctimas del delito o la violencia<sup>83</sup>, y;

f) Las razones por las que desea migrar o por las que migró, para lo cual será sumamente importante escuchar su opinión, así como cualquier información que permita identificar la posible existencia de necesidades de “protección internacional”<sup>84</sup>, es decir, las relativas a las solicitudes de asilo o al reconocimiento de la condición de refugiado del niño o niña, como aquéllas basadas en fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas en el país de origen<sup>85</sup>, así como cualquier otra necesidad de protección en consideración de sus necesidades.

55. La Comisión considera que las autoridades migratorias de los Estados deben contar con personal capacitado y especializado para registrar los datos personales y generar información relevante que, según se hará referencia, podría ser útil para prevenir los riesgos a los que están sometidos los niños, niñas y adolescentes migrantes. Asimismo, dicho personal debería estar capacitado en técnicas apropiadas de entrevista, en desarrollo y psicología infantil y, de preferencia, contar con habilidades interculturales<sup>86</sup>. El personal encargado de realizar las

---

<sup>80</sup> CIDH, *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.131, Doc. 38, 13 de marzo de 2008, principio IX.

<sup>81</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 6, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, CRC/ GC/2005/6, 1º de septiembre de 2005, párr. 31, inciso iii).

<sup>82</sup> ACNUR, *Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño*, mayo 2008, pág. 69.

<sup>83</sup> CIDH, *Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 57, 31 diciembre 2009, párr. 66.

<sup>84</sup> A lo largo del documento, haremos referencia a “protección internacional” en el sentido expresado por ACNUR. Véase, Naciones Unidas, Asamblea General, *Nota sobre protección internacional. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados*. A/AC.96/1098, 28 de junio de 2011, párr. 3. También véase, Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 6, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, CRC/ GC/2005/6, 1º de septiembre de 2005, párr. 31, inciso iii).

<sup>85</sup> Véase Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 6, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, CRC/ GC/2005/6, 1º de septiembre de 2005, párr. 31, incisos ii) y iii).

<sup>86</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 6, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, CRC/ GC/2005/6, 1º de septiembre de 2005, párr. 96.

entrevistas y de generar los registros, tendría que ser evaluado periódicamente<sup>87</sup>, entre otras cuestiones, para supervisar que guarden la confidencialidad de los datos personales y no sean utilizados para fines ilegítimos<sup>88</sup>. Las autoridades que lleven a cabo los procedimientos de identificación antes descritos deben estar capacitadas “sobre los derechos del niño y la sensibilidad cultural”<sup>89</sup>.

56. Dado que en muchas ocasiones las entrevistas que se realicen a los niños, niñas y adolescentes dentro de los procedimientos y procesos que les conciernen, pueden afectarlos en su integridad, la CIDH considera muy importante recopilar toda la información relevante relacionada con los niños, niñas y adolescentes migrantes con la finalidad de limitar la duración y la materia de las entrevistas. Como lo señala ACNUR “la verificación de esta información es importante para evitar someter al niño a entrevistas repetidas, especialmente en los casos que conllevan sucesos angustiosos”.<sup>90</sup>

57. Finalmente, una vez concluido el procedimiento de acopio y registro de los datos e información relacionada con los niños, niñas y adolescentes migrantes, la Comisión considera que las autoridades migratorias deberán, en el caso de los niños o acompañados o separados, iniciar un procedimiento de localización de sus padres o tutores, así como el procedimiento para entregarles documentos personales de identidad en el caso de niños no acompañados o separados<sup>91</sup>. En caso de que no puedan localizar a la brevedad a los padres o tutores del niño, la Comisión considera que los Estados deberían elegir a un representante del niño, con los conocimientos necesarios en materia de atención a la infancia, para que sus intereses estén protegidos y sus necesidades en materia jurídica, social, sanitaria, psicológica, educativa, etc. estén debidamente satisfechas<sup>92</sup>.

---

<sup>87</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 6, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, CRC/ GC/2005/6, 1º de septiembre de 2005, párr. 97.

<sup>88</sup> El Comité de los Derechos del Niño ha establecido que “los Estados Partes deben proteger el carácter confidencial de la información recibida con referencia al menor no acompañado o separado, de acuerdo con la obligación de proteger los derechos del niño, con inclusión del derecho a la intimidad” y agrega que los Estados deben ejercer “diligencia para evitar que la información recabada e intercambiada legítimamente con una finalidad no sea impropia utilizada para otra distinta”. Véase, Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 6, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, CRC/ GC/2005/6, 1º de septiembre de 2005, párr. 29. Para la CIDH, la obligación de los Estados de proteger la confidencialidad de los datos personales de niños, niñas y adolescentes está implícita en los artículos 1.1 y 19 de la Convención Americana y es correlativa al derecho contenido en el artículo 11.2 de dicho tratado internacional.

<sup>89</sup> Naciones Unidas, Asamblea General, *Informe del Relator Especial sobre los derechos de los migrantes*, Sr. Jorge Bustamante, A/HRC/17/33, 21 de marzo de 2011, párr. 102.

<sup>90</sup> ACNUR, *Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño*, mayo 2008, pág. 58.

<sup>91</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 6, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, CRC/ GC/2005/6, 1º de septiembre de 2005, párr. 31, iv) y v).

<sup>92</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 6, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, CRC/ GC/2005/6, 1º de septiembre de 2005, párr. 33.

***Derecho de los niños, niñas y adolescentes migrantes a ser escuchados y a acceder a la información dentro de los procedimientos de identificación de riesgos***

58. La Comisión considera que las autoridades migratorias deberán dar especial importancia a las opiniones e informaciones suministradas por los niños, niñas y adolescentes migrantes al momento de identificarse y, en general, en los procedimientos y procesos en los que ese determine su situación migratoria. La CIDH ha señalado que “el derecho del niño a ser oído contempla la oportunidad de expresar su opinión en cualquier procedimiento en el cual se discutan sus derechos, siempre que esté en condiciones de formarse un juicio propio”<sup>93</sup>.

59. Además, la CIDH observa que el Comité de los Derechos del Niño ha indicado que “no se puede escuchar eficazmente a un niño cuando el entorno sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad. Los procedimientos tienen que ser accesibles y apropiados para los niños”. Incluso, el Comité ha señalado que los Estados deben prestar “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”<sup>94</sup>.

60. Asimismo, la CIDH advierte que no sólo los niños, niñas y adolescentes con un cierto grado madurez deben ser escuchados en los procedimientos o procesos que les conciernan. El Comité de los Derechos del Niño también ha enfatizado que los Estados deben garantizar dicho derecho a los niños y niñas en su primera infancia, a través de métodos de comunicación propicios en función de su edad y madurez<sup>95</sup>.

61. Asimismo, el Comité de los Derechos del Niño ha indicado que en los procedimientos sobre los asuntos que los afecten, los niños, las niñas y adolescentes deben “recibir información sobre la opción de comunicar su opinión directamente o por medio de un representante” y señaló que “los responsables de escuchar al niño y los padres o tutores informen al niño de los asuntos, las opciones y las posibles

---

<sup>93</sup> CIDH, *Intervenciones escritas y orales respecto de la Opinión Consultiva 17/02*. En Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, pág. 24; CIDH, *Informe sobre Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 78, 13 de julio de 2011, párr. 179.

<sup>94</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 12, *El derecho del niño a ser escuchado*, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párr. 34.

<sup>95</sup> El Comité de los Derechos del Niño ha enfatizado que los Estados deben garantizar dicho derecho a los niños y niñas en su primera infancia, a través de métodos de comunicación propicios en función de su edad y madurez. Véase Comité de los Derechos del Niño, Observación general No. 7, *Realización de los derechos del niño en la primera infancia*, CRC/C/GC/7/Rev.1, 20 de septiembre de 2006, párr. 14. Asimismo, el Comité de los Derechos del Niño ha expresado que los operadores jurídicos debieran procurar diversos medios para que los niños y niñas expresen libremente su opinión, reconociendo y respetando formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, mediante las cuales los niños muy pequeños demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias. Véase, Comité de los Derechos del Niño, Observación general No. 7, *Realización de los derechos del niño en la primera infancia*, CRC/C/GC/7/Rev.1, 20 de septiembre de 2006, párr. 21.

decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias”, así como de “las condiciones en que se le pedirá que exprese sus opiniones”<sup>96</sup>.

62. Para la Comisión, los Estados deben garantizar que las autoridades migratorias cuenten con el personal e instalaciones apropiadas para que los niños, niñas y adolescentes conozcan sus derechos, puedan comunicar efectivamente sus inquietudes y expresen sus opiniones de forma informada, al momento de ser entrevistados<sup>97</sup>.

63. La CIDH concuerda con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en el sentido de que el derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser escuchados tiene consecuencias prácticas en la normativa en materia migratoria, ya que ellos deben tener la oportunidad de ser escuchados en los procedimientos administrativos, como los relacionados con la identificación de sus necesidades de protección<sup>98</sup>.

### **3. Mecanismo de prevención de riesgos para niños, niñas y adolescentes migrantes**

64. La CIDH considera que a partir de la información concentrada en los registros, los Estados podrían generar indicadores cuantitativos y cualitativos así como material estadístico e información sustantiva para determinar los principales riesgos que enfrentan los niños, niñas y adolescentes migrantes así como las principales necesidades de protección de éstos en atención a sus diferentes necesidades. Como lo indica el Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes de Naciones Unidas, “los Estados deben intensificar sus esfuerzos por recopilar datos y determinar el impacto de la migración en los niños en los países de origen, tránsito y destino, teniendo debidamente en cuenta las oportunidades y los problemas que suponen para los niños todas las etapas del proceso migratorio”<sup>99</sup>.

65. Como ha señalado la CIDH, “los Estados tienen un conocimiento extremadamente limitado de la real magnitud de los flujos migratorios, sobre todo de personas indocumentadas”<sup>100</sup>. Asimismo, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha reconocido que “lamentablemente, hay pocas estadísticas sobre los desplazamientos mundiales de niños y esta falta de datos desglosados es una de las muchas dificultades que se plantean para formular y

---

<sup>96</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 12, *El derecho del niño a ser escuchado*, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párrs. 41 y 25.

<sup>97</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 6, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, CRC/ GC/2005/6, 1º de septiembre de 2005, párr. 25.

<sup>98</sup> Naciones Unidas, Asamblea General, *Estudio de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los problemas y las mejores prácticas en relación con la aplicación del marco internacional para la protección de los derechos del niño en el contexto de la migración*, A/HRC/15/29, 5 de julio de 2010, párr. 30.

<sup>99</sup> Naciones Unidas, Asamblea General, *Informe del Relator Especial sobre los derechos de los migrantes*, Sr. Jorge Bustamante, A/HRC/17/33, 21 de marzo de 2011, párr. 88.

<sup>100</sup> CIDH, *Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias*, OEA/Ser.L/V/II.111, doc. 20 ver., 16 de abril de 2001, párr. 122.

aplicar políticas sobre migración<sup>101</sup> que tengan en cuenta las necesidades de los niños”<sup>102</sup>. Por ejemplo, según el Comité de los Derechos del Niño “los datos y estadísticas reunidos acerca de los menores no acompañados y separados de sus familias tienden a limitarse al número de llegadas o al número de solicitudes de asilo” y “el acopio de datos y de estadísticas corre a cargo de diferentes ministerios u organismos, lo cual puede dificultar su análisis y presenta problemas potenciales en lo que respecta a la confidencialidad y el derecho a la intimidad del menor”<sup>103</sup>.

66. La Comisión concuerda con los organismos internacionales mencionados en que la ausencia de políticas públicas recabar información y generar estadísticas diferenciadas entre la migración infantil y la migración de personas adultas, obstaculiza a los Estados identificar cuáles son los principales riesgos a los que están sometidos los niños, niñas y adolescentes migrantes en su territorio, para así determinar sus necesidades y, en su caso, sus necesidades de protección internacional.

67. Una vez sistematizada la información contenida en los registros, los Estados deberían generar estadísticas, información procesada o indicadores<sup>104</sup>, que les permita determinar las dimensiones de la migración infantil, identificar las principales causas y consecuencias de la migración infantil de forma diferenciada a la migración de los adultos, detectar los factores que contribuyen a potenciar la migración infantil e identificar los principales riesgos a los que están sometidos<sup>105</sup>. Esta información procesada permitiría identificar “los efectos de la migración en los niños y de los problemas comunes y las mejores prácticas para corregir las deficiencias relacionadas con la protección de los niños migrantes a todos los niveles”<sup>106</sup>. Por ejemplo, los Estados podrían generar estadísticas e indicadores a

---

<sup>101</sup> La Corte Interamericana ha entendido como políticas sobre migración a “todo acto, medida u omisión institucional (leyes, decretos, resoluciones, directrices, actos administrativos, etc.) que versa sobre la entrada, salida o permanencia de población nacional o extranjera dentro de su territorio”. Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 163.

<sup>102</sup> Naciones Unidas, Asamblea General, *Estudio de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los problemas y las mejores prácticas en relación con la aplicación del marco internacional para la protección de los derechos del niño en el contexto de la migración*, A/HRC/15/29, 5 de julio de 2010, párr. 7.

<sup>103</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 6, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, CRC/ GC/2005/6, 1º de septiembre de 2005, párr. 98.

<sup>104</sup> Véase, CIDH, *Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales*, OEA/Ser.L/V/II.132, Doc. 14 rev. 1, 19 de julio de 2008, párrs. 29 a 32.

<sup>105</sup> El Comité de los Derechos del Niño ha señalado respecto a los menores no acompañados o separados que “la realización de un sistema detallado e integrado de acopio de datos [...] es presupuesto de la articulación de políticas eficaces para el ejercicio de los derechos de estos menores”. Véase, Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 6, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, CRC/ GC/2005/6, 1º de septiembre de 2005, párr. 99.

<sup>106</sup> Naciones Unidas, Asamblea General, *Informe del Relator Especial sobre los derechos de los migrantes*, Sr. Jorge Bustamante, A/HRC/17/33, 21 de marzo de 2011, párr. 89.

efecto de determinar si un niño, niña o adolescente migrante ha sido víctima de trata<sup>107</sup>.

68. La generación de estadísticas e indicadores permitiría a los Estados crear mecanismos preventivos a efecto de mitigar los riesgos a los que se enfrentan los niños, niñas y adolescentes en el contexto de la migración. La CIDH estima relevante destacar la importancia de la que tiene la implementación de procedimientos para determinar necesidades de protección internacional u otras necesidades de protección así como para identificar potenciales situaciones de riesgo para los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes para la prevención de riesgos, amenazas, peligros actuales o potenciales que afecten o puedan afectarlos. Por ejemplo, respecto a los niños, niñas y adolescentes migrantes víctimas de trata, la Comisión estima necesario recordar que dada su situación de extrema vulnerabilidad no suelen estar en condiciones de denunciar debido a los peligros que ello les podría causar.

69. En virtud de lo expuesto en esta sección, la CIDH solicita a la Corte Interamericana que concluya y declare que de conformidad con el principio de igualdad y no discriminación, el principio del interés superior del niño y los artículos 1, 2, 5, 7, 8, 19, 22.7 y 25 de la Convención Americana y los artículos I, II, V, VII, XVIII, XXV y XXVII de la Declaración Americana, los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos deben garantizar mecanismos de identificación y prevención de los diferentes riesgos para los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes a efecto de estar en condiciones de poder determinar sus necesidades y activar los mecanismos de protección más adecuados a sus intereses.

### III. SISTEMA DE GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO

***¿Cuáles son, a la luz de los artículos 1, 2, 7, 8, 19 y 25 de la Convención y XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, las garantías de debido proceso que deberían regir en general en los procesos migratorios que involucran niños y niñas migrantes, así como en el marco de aquellos procesos que restrinjan la libertad personal de los niños?***<sup>108</sup>

70. Con relación a las garantías básicas del debido proceso que deben contemplarse en relación con los niños migrantes en el marco de procedimientos migratorios, conforme con la jurisprudencia interamericana, así como con los pronunciamientos de otros órganos de protección de derechos humanos, la Comisión considera que la premisa básica es que todo procedimiento judicial o administrativo

<sup>107</sup> Ejemplos de indicadores relacionados con la identificación de riesgos de niños, niñas y adolescentes víctimas de la trata los podemos encontrar en la publicación de ECPAT International denominada "Combatiendo la trata de niños, niñas y adolescentes con fines sexuales. Preguntas y respuestas". Disponible en: [http://www.ecpat.net/ei/Publications/Trafficking/Trafficking\\_FAQ\\_SPA.pdf](http://www.ecpat.net/ei/Publications/Trafficking/Trafficking_FAQ_SPA.pdf)

<sup>108</sup> A razón de la similitud entre las preguntas 2 y 6 de la Solicitud de Opinión Consultiva sobre Niñez Migrante, a efectos de hacer más práctica la argumentación planteada y de evitar repeticiones innecesarias, la Comisión ha optado por responder a las preguntas antes mencionadas de manera conjunta, no sin dejar de hacer mención, de forma específica, de las garantías procesales que deben regir durante los procedimientos migratorios que impliquen restricciones a la libertad personal de niños y niñas migrantes.

que pueda afectar los derechos de una persona debe seguirse conforme a las garantías del debido proceso de forma que las personas puedan defenderse adecuadamente de cualquier acto emanado del Estado.<sup>109</sup> La jurisprudencia interamericana ha sido enfática al señalar que los procedimientos migratorios deben desarrollarse conforme a las garantías del debido proceso,<sup>110</sup> independientemente de que se trate de migrantes en situación regular o irregular.

71. Los diferentes escenarios que plantea la migración internacional sitúan a los migrantes frente a un sinnúmero de procedimientos judiciales y administrativos que tienen implicaciones directas sobre la garantía y el ejercicio de sus derechos humanos. Estos procedimientos van desde los procedimientos migratorios que se dan al ingresar a un país, al solicitar la residencia o regularización y, en especial, los procesos de expulsión o deportación hasta aquellos tendientes a dirimir controversias sobre derechos laborales y de seguridad social,<sup>111</sup> así como aquellos relativos al acceso a derechos económicos, sociales y culturales. De igual manera, se encuentran los procedimientos penales en donde los migrantes pueden acudir bajo la condición de víctimas, testigos o acusados.

72. Un indicador acerca del grado de respeto que los Estados dan a los derechos humanos se refleja a través de las garantías con las que cuentan los procedimientos relativos a personas migrantes. Con frecuencia esta clase de procedimientos se caracterizan por un alto grado de arbitrariedad estatal, frente a la cual las personas migrantes tienen un margen de respuesta mínimo, cuando no nulo. A menudo estos procedimientos se caracterizan por tener múltiples obstáculos, tanto *de iure* como *de facto*, que impiden el goce de los derechos de los migrantes en un plano de igualdad con los nacionales. A su vez, estos obstáculos ponen de manifiesto la desigualdad real en la que suelen encontrarse los migrantes.

73. Si bien los procedimientos judiciales y administrativos representan uno de los primeros obstáculos para el goce y ejercicio de los derechos de todos los migrantes, es evidente que la forma en la que los niños migrantes participan en estos procesos no es equiparable a las condiciones en las que lo puede hacer un adulto. Con frecuencia los niños migrantes son tratados bajo el mismo rasero que los

---

<sup>109</sup> Véase, entre otros, Corte IDH., *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 27; y Corte IDH., *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 69.

<sup>110</sup> Véase, entre otros, CIDH, Informe de Fondo No. 78/11, Caso 12.586, *John Doe y otros* (Canadá). 21 de julio de 2011, párr. 116; CIDH, Informe de Fondo No. 81/10, Caso 12.562, *Wayne Smith, Hugo Armendariz y otros* (Estados Unidos de América). 12 de julio de 2010, párrs. 5 y 63; CIDH, Informe de Fondo No. 84/09, Caso 12.525, *Nelson Iván Serrano Sáenz* (Ecuador). 6 de agosto de 2009, párr. 61; CIDH, Informe de Admisibilidad y Fondo No. 63/08. Caso 12.534, *Andrea Mortlock* (Estados Unidos de América). 25 de julio de 2008, párrs. 78 y 83; CIDH, Informe de Admisibilidad No. 64/08, Caso 11.691, *Raghda Habbal e hijo* (Argentina). 25 de julio de 2008, párr. 54; CIDH, Informe de Fondo No. 49/99, Caso 11.610, *Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz* (México). 13 de abril de 1999, párrs. 56 y 58; CIDH, *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.116 Doc 5 rev. 1 corr. (2002)*, párr. 401. Dentro de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, véase. Corte I.D.H., *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párrs. 141 y 142.

<sup>111</sup> En este sentido, véase, CIDH, Informe de Admisibilidad No. 134/11, Petición 1190-06, *Trabajadores Migrantes Indocumentados* (Estados Unidos de América). 20 de octubre de 2011.

migrantes adultos, sin que se adopten medidas especiales para su protección ni principios orientadores como el del interés superior del niño, la no detención o el de unidad familiar.

74. En lo concerniente a las garantías del debido proceso, la Convención Americana las reconoce en su artículo 8 (1) y (2), el cual establece que

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

75. La Comisión y la Corte, han desarrollado una rica jurisprudencia con relación al alcance de las garantías del debido proceso. A continuación se mencionan algunos principios desarrollados por estos órganos, los cuales son relevantes en materia de migrantes. A manera de consideración preliminar, la Comisión estima pertinente recordar lo indicado por la Corte Interamericana en su Opinión Consultiva 18 sobre la “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados” respecto de la relación entre el derecho a la igualdad y no discriminación y el debido proceso de los migrantes indocumentados

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<sup>112</sup>.

76. El artículo 8 de la Convención Americana consagra los lineamientos generales del debido proceso legal o derecho de defensa procesal.<sup>113</sup> Tanto la Comisión como la Corte Interamericana han sido enfáticas al señalar que las garantías del debido proceso son aplicables a toda situación en la que se determinen los derechos de una persona,<sup>114</sup> entre los cuales se encuentran los migrantes, independientemente de cual sea su estatus migratorio<sup>115</sup>. A su vez, en lo que concierne a la situación específica de los niños, conviene recordar lo señalado por la Corte en la Opinión Consultiva sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño cuando al abordar este tema sostuvo que

---

<sup>112</sup> Corte IDH., *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 121.

<sup>113</sup> Corte I.D.H., *Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua*. Sentencia del 29 de enero de 1997. Serie C No. 30, párr. 74.

<sup>114</sup> Véase, entre otros, Corte IDH., *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 68; Corte IDH., *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72; Corte IDH., *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74; Corte IDH., *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 62; Corte IDH., *Caso Yatama Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127; Corte IDH., *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 82; Corte IDH., *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párrs. 108 y 142-143.

<sup>115</sup> Corte IDH., *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párrs. 127 y 129; Corte IDH., *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párrs. 121 y 122; y Corte IDH., *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párr. 143. En lo que respecta a la Comisión, véase, CIDH, Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: Detenciones y Debido Proceso. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 78/10. 30 de diciembre de 2010, párr. 58. Citando, CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 2000: Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias*. OEA/Ser.L/V/II.111 doc. 20 rev., 16 de abril de 2000, párr. 90. En este mismo sentido, véase CIDH, Informe de Fondo No. 78/11, Caso 12.586, *John Doe y otros* (Canadá). 21 de julio de 2011, párr. 116; CIDH, Informe de Fondo No. 81/10, Caso 12.562, *Wayne Smith, Hugo Armendariz y otros* (Estados Unidos de América). 12 de julio de 2010, párrs. 51; CIDH, Informe de Fondo No. 84/09, Caso 12.525, *Nelson Iván Serrano Sáenz* (Ecuador). 6 de agosto de 2009, párr. 61; CIDH, Informe de Admisibilidad y Fondo No. 63/08. Caso 12.534, *Andrea Mortlock* (Estados Unidos de América). 25 de julio de 2008, párrs. 78 y 83; CIDH, Informe de Admisibilidad No. 64/08, Caso 11.691, *Raghda Habbal e hijo* (Argentina). 25 de julio de 2008, párr. 54; CIDH, Informe de Fondo No. 49/99, Caso 11.610, *Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz* (México). 13 de abril de 1999, párrs. 46.

[l]as garantías consagradas en los artículos 8 y 25 de la Convención se reconocen a todas las personas por igual, y deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye, además, el artículo 19, en forma que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho de un niño.<sup>116</sup>

77. El artículo 8.1 de la Convención Americana establece una serie de garantías generales del debido proceso, las cuales deben observarse en todo acto emanado de una autoridad estatal que pueda afectar los derechos de cualquier persona sujeta a la jurisdicción del Estado. Al referirse al alcance del derecho de las garantías del debido proceso, la Corte Interamericana ha sostenido que

[e]l respeto a los derechos humanos constituye un límite a la actividad estatal, lo cual vale para todo órgano o funcionario que se encuentre en una situación de poder, en razón de su carácter oficial, respecto de las demás personas. Es, así, ilícita, toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. Esto es aún más importante cuando el Estado ejerce su poder sancionatorio, pues éste no sólo presupone la actuación de las autoridades con un total apego al orden jurídico, sino implica además la concesión de las garantías mínimas del debido proceso a todas las personas que se encuentran sujetas a su jurisdicción, bajo las exigencias establecidas en la Convención.<sup>117</sup>

78. La interpretación que la Corte de dicha norma conlleva a que éstas garantías no se restringen solamente a los recursos judiciales sino que abarca las decisiones de cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que puedan tener una afectación sobre los derechos humanos de una persona.<sup>118</sup> Lo anterior cobra mayor vigencia en materia de procedimientos migratorios a partir de la reciente sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Vélez Loo vs. Panamá*, en el cual la sostuvo que “[e]l debido proceso legal es un derecho que debe ser garantizado a toda persona, independientemente de su estatus migratorio. Esto implica que el Estado debe garantizar que toda persona extranjera, aún cuando fuere un migrante en situación irregular, tenga la posibilidad de hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables.”<sup>119</sup>

79. En lo referente a la aplicación de garantías del debido proceso en el marco de procedimientos migratorios de expulsión o deportación, si bien el artículo 22.8 de la Convención Americana establece que “[e]l extranjero que se halle

---

<sup>116</sup> Corte IDH., *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02, 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 95.

<sup>117</sup> Corte IDH., *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 68.

<sup>118</sup> Véase, Corte IDH., *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 71; Corte IDH., *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 127; Corte IDH., *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 82; y Corte IDH., *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 62.

<sup>119</sup> Corte IDH., *Caso Vélez Loo Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párr. 143.

legalmente en el territorio de un Estado parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley”, la interpretación de los órganos del Sistema Interamericano y de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos<sup>120</sup> s ha sido mucho más garantista al afirmar la aplicación de las garantías del debido proceso en el marco de procedimientos migratorios de expulsión, independientemente de si se trata de migrantes en situación irregular. A contrario *sensu*, el Comité de Derechos Humanos<sup>121</sup> y por la Corte Europea de Derechos Humanos<sup>122</sup> han señalado que, conforme al artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del artículo 1 del Protocolo 7 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales respectivamente,<sup>123</sup> las garantías generales del debido proceso no son aplicables a este tipo de procedimientos, limitando la aplicación de ciertas garantías procesales a los procedimientos de expulsión de aquellos extranjeros que residan legalmente en el territorio del Estado concernido.

80. En el caso de los niños, el ejercicio de los derechos procesales y sus correlativas garantías supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías.<sup>124</sup> Lo anterior cobra mayor relevancia en el marco de los procedimientos que involucran a niñas y niños migrantes, tales como los de detención, expulsión, determinación del estatuto de refugiados o por su condición de víctimas de trata de personas, entre otros. En aras a brindar una efectiva protección a los derechos de los niños migrantes en el marco de procedimientos migratorios es necesario que las garantías del debido conjuguen los estándares específicos de protección de migrantes con las medidas especiales de protección que requieren los niños.

---

<sup>120</sup> Véase, Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *OMCT vs. Ruanda*, pp. 49, 52 y 409; Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Comunicación N° 71/92, *Rencontre Africaine pour la Défense des Droits de l'Homme (RADDDH) vs. Zambia*, Octubre de 1996, p. 60, párr. 29; Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *UIADH y otros vs. Angola*, párrs. 19-20; Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Amnesty International vs. Zambia*, párrs. 38, 42, y 53; Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *ZLHR y IHRD vs. República de Zimbawe*, párrs. 106-109; y Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Good vs. República de Botswana*, párrs. 161-163 y 179-180.

<sup>121</sup> Véase, Comité de Derechos Humanos, Comunicación N° 1455/2006, *Surinder Kaur c. Canadá*, dictamen aprobado el 18 de noviembre de 2008, párrs. 7.4-7.5; Comité de Derechos Humanos, Comunicación N° 1234/2003, *P.K. c. Canadá*, dictamen aprobado el 3 de abril de 2007, párrs. 7.4-7.5; Comité de Derechos Humanos, Comunicación N° 1341/2005, *Zündel c. Canadá*, dictamen aprobado el 20 de marzo de 2007, párr. 6.8; Comité de Derechos Humanos, Comunicación N° 1051/2002, *Mansour Ahani c. Canadá*, dictamen aprobado el 15 de junio de 2004, párr. 10.9.

<sup>122</sup> Véase, Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso de Muminov vs. Rusia*, Demanda N° 42502/06, Sentencia de 11 de diciembre de 2008, párr. 126; Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso de Mamatkulov y Askarov vs. Turquía*, Demandas N° 46827/99 y N° 46951/99, Sentencia de 4 de febrero de 2005, párr. 82; Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso de Maaouia vs. Francia*, Demanda N° 39652/98, Sentencia de 5 de octubre de 2000, párrs. 39-40.

<sup>123</sup> La Carta Árabe sobre Derechos Humanos contiene una disposición análoga en este sentido, véase, artículo 26.2.

<sup>124</sup> Corte IDH., *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 98.

81. A criterio de la Comisión, la estricta implementación de las garantías del debido proceso en todo procedimiento estatal que involucre niñas y niños migrantes cumple con una triple finalidad: 1) garantizan que toda actuación estatal se siga conforme a las reglas del debido proceso, no dando cabida a la arbitrariedad estatal; 2) sirven para darle alcance y contenido a los deberes especiales de protección que tienen los Estados con relación a las niñas y los niños; y 3) contribuyen a las desigualdades reales que afrontan los niños migrantes en los diferentes procedimientos administrativos y judiciales en los que participan. Acorde con lo anterior, la Corte Interamericana ha señalado que en aras a cumplir con sus cometidos

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.<sup>125</sup>

### **Las Garantías Mínimas del Debido Proceso**

82. En adición a las garantías generales aplicables en todos los procesos, el artículo 8.2 de la Convención Americana establece una serie de garantías mínimas en materia de debido proceso. Si bien el texto de la norma hace referencia a que estas garantías mínimas requeridas en los procesos penales, la Corte Interamericana en una interpretación evolutiva ha ampliado su ámbito de aplicación a otros procesos más allá de los de orden penal en los que esté de por medio la determinación de derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.<sup>126</sup> Desde la Opinión Consultiva sobre las Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos, la Corte ha sostenido que las garantías mínimas establecidas en el artículo 8.2 de la Convención también se aplican en materias que conciernen a la determinación de derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter,<sup>127</sup> en específico aquellos de carácter sancionatorio,<sup>128</sup> entre los cuales claramente encuadran aquellos tendientes a establecer el estatus migratorio de una persona.<sup>129</sup> La Comisión ha indicado que los procedimientos que pueden resultar en

---

<sup>125</sup> Corte IDH., *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 119.

<sup>126</sup> Véase, entre otros, Corte IDH., *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 70; Corte IDH., *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 125; Corte IDH., *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*, Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 103; y Corte IDH., *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 142.

<sup>127</sup> Corte IDH., *Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos* (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. Serie A No. 11, párr. 28.

<sup>128</sup> CIDH, Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso 12.581, *Jesús Tranquilino Vélez Loor* (República de Panamá). 8 de octubre de 2009, párr. 73; y Corte IDH., *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 103.

<sup>129</sup> CIDH, Informe de Fondo No. 78/11, Caso 12.586, *John Doe y otros* (Canadá). 21 de julio de 2011, párr. 116; CIDH, Informe de Fondo No. 81/10, Caso 12.562, *Wayne Smith, Hugo Armendariz y*

la expulsión o deportación de una persona, involucran determinaciones sobre derechos fundamentales, lo que exige la interpretación más amplia posible del derecho al debido proceso.<sup>130</sup>

83. En este sentido la Comisión está de acuerdo con lo establecido por el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre la Detención Arbitraria, al señalar que “en el caso de que se haya detenido, expulsado o devuelto a personas sin otorgarles garantías legales, se consideran arbitrarias su detención y su posterior expulsión.”<sup>131</sup> Asimismo, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos también ha sostenido de manera consistente que las garantías del debido proceso deben aplicarse en el marco de los procedimientos de expulsión de migrantes y refugiados.<sup>132</sup>

84. En lo que respecta a procedimientos migratorios, la Comisión ha tenido conocimiento de situaciones y casos en los que los migrantes son deportados sin ser oídos y sin darles la oportunidad de conocer y controvertir los cargos por los cuales estaban siendo deportados. En otros casos, las deportaciones son llevadas en el marco de procedimientos penales o administrativos sumarios, lo cual impide que los migrantes puedan tener acceso a un recurso judicial efectivo para la determinación de si tienen o no derecho a permanecer en el país. La Comisión ha sostenido que estos hechos configuran una violación a los artículos 8 y 25 de la Convención Americana en cuanto significan una violación a las normas del debido proceso legal.<sup>133</sup>

85. Antes de entrar a abordar las garantías procesales mínimas que debe revestir todo procedimiento migratorio, la Comisión estima pertinente recalcar, tal como lo hiciera en la sección anterior, que la determinación de necesidades de protección de las personas migrantes, en especial de aquéllos que son niños, constituye una garantía procesal fundamental para la protección de sus derechos humanos, de la cual deben gozar previo al inicio de cualquier procedimiento administrativo o judicial que les concierna.

---

otros (Estados Unidos de América). 12 de julio de 2010, párrs. 5 y 63; CIDH, Informe de Fondo No. 84/09, Caso 12.525, *Nelson Iván Serrano Sáenz* (Ecuador). 6 de agosto de 2009, párr. 61; CIDH, Informe de Admisibilidad y Fondo No. 63/08. Caso 12.534, *Andrea Mortlock* (Estados Unidos de América). 25 de julio de 2008, párrs. 78 y 83; CIDH, Informe de Admisibilidad No. 64/08, Caso 11.691, *Raghda Habbal e hijo* (Argentina). 25 de julio de 2008, párr. 54; CIDH, Informe de Fondo No. 49/99, Caso 11.610, *Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz* (México). 13 de abril de 1999, párrs. 56 y 58; CIDH, *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II.116 Doc. 5 rev. 1 corr. (2002), párr. 401. Dentro de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, véase, Corte IDH., *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, Serie C No. 218, párrs. 141 y 142.

<sup>130</sup> CIDH, Informe No. 49/99. Caso 11.610. *Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz* (México). 13 de abril de 1999. Párr. 70.

<sup>131</sup> Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, *Conclusiones y Recomendaciones*, E/CN.4/2004/3, 15 de diciembre de 2003, párr. 86.

<sup>132</sup> Para mayor información véase, entre otros, Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Comunicación 313/05 – *Kenneth Good vs. República de Botswana*, 47va Sesión ordinaria, 12 al 26 de mayo de 2010, párrs. 160-180; y Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Comunicaciones 27/89, 46/91, 49/91, 99/93 - *Organisation Mondiale Contre La Torture and Association Internationale des juristes Democrates*, *Commission Internationale des Juristes (C.I.J)*, *Union Interfricaine des Droits de l'Homme vs. Ruanda*, 20va Sesión ordinaria, Octubre de 1996, p. 4

<sup>133</sup> CIDH, Informe de Fondo No. 49/99, Caso 11.610, *Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz* (México). 13 de abril de 1999, párrs. 46-82.

86. A partir de su jurisprudencia, de sus informes temáticos y de países, así como de los trabajos desarrollados por la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, la Comisión ha ido definiendo una serie de garantías mínimas que deben observarse en todo procedimiento migratorio. Sobre el particular, la Comisión estima pertinente señalar que los tratados de derechos humanos representan instrumentos vivientes los cuales requieren una interpretación evolutiva que responda a las necesidades presentes y futuras. Valga recordar lo dicho por la Corte Interamericana, al señalar que “[e]l desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales.”<sup>134</sup>

87. En adición a lo anterior, el *Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: Detenciones y Debido Proceso*, condensa las otras garantías procesales que a juicio de la Comisión debe revestir todo proceso migratorio. Al respecto la Comisión precisó que

durante un proceso que pueda resultar en una sanción toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: derecho a una audiencia sin demora con las debidas garantías ante un tribunal competente, independiente e imparcial; notificación previa en detalle de los cargos que se le imputan; derecho a no ser obligado a declararse culpable de los cargos que se le imputan; derecho a un traductor y/o intérprete libre de cargos; derecho a la representación letrada; derecho a reunirse libremente y en forma privada con su abogado; derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos, y derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. Si bien muchas de estas garantías incorporan un lenguaje propio de los procesos penales, análogamente y debido a las consecuencias que pueden derivarse de los procesos migratorios, corresponde la aplicación estricta de dichas garantías<sup>135</sup>.

88. A partir del análisis de la jurisprudencia interamericana, así como de los informes temáticos llevados a cabo por la Comisión sobre la materia, se puede concluir que los procesos migratorios deben, *inter alia*, contar con las siguientes garantías procesales mínimas:

**a) Derecho a recibir una comunicación previa y detallada del procedimiento para la determinación de su situación jurídica y, en caso de que la persona sea detenida o retenida, a ser informada de las razones de su detención y notificada sin demora del cargo o cargos formulados contra ella:** con relación a esta garantía la Comisión ha entendido que el hecho de que un migrante no sea notificado acerca de la existencia de un trámite administrativo en su contra podría conllevar a la

---

<sup>134</sup> Corte IDH., *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 117.

<sup>135</sup> CIDH, *Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: detenciones y Debido Proceso*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 78/10. 30 de diciembre de 2010. Párr. 57.

violación de las garantías del debido proceso.<sup>136</sup> La Comisión ha señalado que cualquier privación de la libertad de un individuo debe ser informada por las normas prescritas en el artículo XXV de la Declaración, *mutatis mutandis*, el artículo 7 de la Convención Americana.<sup>137</sup>

**b) En caso de ser detenida o retenida, derecho a ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá ser condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en juicio:** en el *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, el cual hacía referencia a la detención de la víctima por haber ingresado de forma irregular al país, la Corte consideró que “para satisfacer la exigencia del artículo 7.5 de “ser llevado” sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, el detenido debe comparecer personalmente ante la autoridad competente, la cual debe oír personalmente al detenido y valorar todas las explicaciones que éste le proporcione, para decidir si procede la liberación o el mantenimiento de la privación de la libertad.”<sup>138</sup> Con relación a aquellos niños migrantes respecto a quienes como medida de último recurso se ordene su detención o retención, la Comisión considera que deberán ser puestos a disposición de la autoridad judicial competente a la mayor brevedad posible, la cual no podrá exceder el plazo de 24 horas<sup>139</sup>.

**b) Derecho a ser oído sin demora, a contar con un tiempo razonable y los medios adecuados para la preparación de su defensa y a reunirse libremente y en forma privada con su defensor:** esta obligación requiere que el Estado trate al migrante en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo<sup>140</sup>. En general, las personas migrantes deben tener y gozar efectivamente del derecho a ser escuchadas para alegar lo que estimen correspondiente y así defender sus derechos en el marco de procedimientos de carácter sancionarlo, tal como son los que conllevan a la expulsión o deportación.<sup>141</sup> En este sentido, la Comisión ha sostenido que el derecho de

<sup>136</sup> En este sentido, puede consultarse, CIDH, Informe de Admisibilidad No. 09/05, Petición 1/03, *Eliás Gattas Sahih* (Ecuador), 2 de febrero de 2005.

<sup>137</sup> CIDH, Informe de Admisibilidad y Fondo No. 51/01, Caso 9903, *Rafael Ferrer-Mazorra y otros (Los Cubanos del Mariel)* (Estados Unidos de América). 4 de abril de 2001, párr. 210.

<sup>138</sup> Corte IDH., *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 109.

<sup>139</sup> Véase, CIDH, *Informe sobre Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II, doc. 78, 13 de julio de 2011, Recomendaciones específicas, párr. 17, inciso h); y Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10, *Los derechos del niño en la justicia de menores*, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párr. 83.

<sup>140</sup> Corte IDH., *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 145. Citando, Corte IDH., *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párr. 29.

<sup>141</sup> CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 2000: Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias*. OEA/Ser.L/V/II.111 doc. 20 rev., 16 de abril de 2000, párr. 99B.

argumentar en contra de una orden de deportación es incluso anterior al derecho a la revisión del caso; por tal motivo, el individuo debe contar con la oportunidad de reunir evidencias u otros materiales para fundar su caso ante la autoridad que lo ha privado de su libertad, o al inicio del procedimiento.<sup>142</sup> A razón de lo anterior, los procedimientos sumarios de deportación o las políticas de devolución directa resultan contrarios a las garantías del debido proceso en tanto priven a los migrantes, solicitantes de asilo o refugiados del derecho a ser oídos,<sup>143</sup> a defenderse de manera adecuada y a impugnar su expulsión.<sup>144</sup> La Comisión se ha referido a la necesidad de asegurar que las personas puedan preparar su defensa, formular alegatos y promover las pruebas pertinentes, garantías que resulta imposible ejercer en un caso en el cual el plazo de ejecución de la decisión gubernamental resulta irrazonablemente breve<sup>145</sup>. A su vez, este derecho incluye el derecho de la defensa de interrogar a los testigos y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos.

En lo que respecta al derecho de los niños a ser oídos, la Corte Interamericana ha señalado que “el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso”.<sup>146</sup> La Corte ha precisado que “cualquier declaración de un menor, en caso de resultar indispensable, debe sujetarse a las medidas de protección procesal que corresponden a éste, entre ellos la posibilidad de no declarar, la asistencia del defensor y la emisión de aquélla ante la autoridad legalmente facultada para recibirla.”<sup>147</sup> Por ende, la aplicación de esta garantía en procedimientos migratorios que pueden afectar los derechos de los niños migrantes y cuya decisión es relevante para su vida futura debe hacerse conforme a lo establecido en el artículo 12 de la Convención sobre Derechos del Niño,<sup>148</sup> conforme al cual los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a

---

<sup>142</sup> CIDH, Informe de Fondo No. 49/99, Caso 11.610, *Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz* (México). 13 de abril de 1999, párr. 55; CIDH, Informe de Admisibilidad No. 68/05, Caso 11.495, *Juan Chamorro Quiroz* (Costa Rica). 5 de octubre de 2000, párrs. 32-36.

<sup>143</sup> En este sentido, véase, CIDH, Informe de Fondo No. 78/11, Caso 12.586, *John Doe y otros* (Canadá). 21 de julio de 2011, párr. 116.

<sup>144</sup> CIDH, Informe de Fondo No. 51/96, Caso 10.675, *Comité Haitiano de Derechos Humanos y otros (Interdicción de Haitianos en Altamar)* (Estados Unidos de América). 13 de marzo de 1997, párr. 180.

<sup>145</sup> CIDH, Informe de Fondo No. 49/99, Caso 11.610, *Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz* (México). 13 de abril de 1999, párr. 60; CIDH, Informe de Fondo No. 84/09, Caso 12.525, *Nelson Iván Serrano Sáenz* (Ecuador). 6 de agosto de 2009, párrs. 61 y 62.

<sup>146</sup> Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 102.

<sup>147</sup> Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 129.

<sup>148</sup> El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño,

que su opinión sea debidamente tenida en cuenta. Es importante resaltar que el Comité de los Derechos del Niño ha recomendado a los Estados que garanticen, incluso dentro de todo procedimiento administrativo o judicial, que los niños pequeños ejerzan su derecho a expresar su opinión y que desarrollen medios especiales para que estos expresen sus intereses.<sup>149</sup>

**c) Derecho a que los procedimientos migratorios sean llevados por un adjudicador competente, independiente e imparcial:** las decisiones en materia migratoria no pueden ser delegadas a funcionarios policiales o administrativos no especializados. El funcionario administrativo o judicial que tome estas determinaciones debe ser responsable ante la ley, ante sus superiores jerárquicos y ante organismos de control horizontal, por la legalidad de las mismas. Su nombramiento y su ubicación en la estructura administrativa del Estado deben estar rodeados de garantías de imparcialidad y ser inmunes a posibles presiones e influencias y su actuación debe ajustarse de manera estricta a la ley.<sup>150</sup> En lo que concierne a procedimientos involucren a niños migrantes, el Estado debe garantizar que las personas que intervengan en los mismos se encuentren debidamente capacitadas, tanto en lo personal como en lo profesional, de forma que puedan identificar las necesidades especiales de protección del menor. Con relación a la garantía de ser oído por un juez o tribunal competente, la Corte Interamericana ha señalado que

cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un "juez o tribunal competente" para la "determinación de sus derechos", esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana.<sup>151</sup>

**d) Derecho a un traductor y/o intérprete libre de cargos:** debe garantizarse que el migrante, cualquiera sea su estatus, entienda el procedimiento al que está sujeto, incluidos los derechos procesales que le asisten. A tal fin, de ser

---

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

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

<sup>149</sup> Véase, Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 7, *Realización de los derechos del niño en la primera infancia*, CRC/C/GC/7/Rev. 1, 20 de septiembre de 2006, párr. 14.

<sup>150</sup> CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 2000: Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias*. OEA/Ser./L/V/II.111 doc. 20 rev., 16 de abril de 2000, párr. 99.

<sup>151</sup> Corte IDH., *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 104.

necesario, deben ofrecerse servicios de traducción e interpretación en el idioma que la persona entienda.<sup>152</sup>

**e) Derecho a representación letrada/legal:** debe garantizarse al migrante inmerso en un proceso migratorio la posibilidad de ser representada por abogados de su elección, o bien por personas idóneas en la materia. Asimismo, debe existir para todos los interesados, alguna forma de asesoría especializada sobre los derechos que asisten al migrante.<sup>153</sup> En relación con procedimientos que no se refieren a asuntos de carácter penal, la Corte ha señalado previamente que “las circunstancias de un procedimiento particular, su significación, su carácter y su contexto en un sistema legal particular, son factores que fundamentan la determinación de si la representación legal es o no necesaria para el debido proceso”<sup>154</sup>. Asimismo, la Corte ha señalado que el derecho a las garantías y a la protección judicial se vulnera por la negativa a la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a favor de los migrantes, lo cual impide que hagan valer sus derechos en juicio.<sup>155</sup>

Con relación a la situación de los niños no acompañados o separados de sus familias, la Comisión retoma lo dicho por el Comité de los Derechos del Niño, en el sentido de que a fin de garantizar la eficacia de sus derechos, aquellos menores que se encuentren privados de su libertad deberán tener acceso rápido y gratuito a asistencia jurídica y de otra índole, y especialmente deberá nombrárseles un representante legal.<sup>156</sup>

**f) Derecho a que la decisión que se adopte sea debidamente fundamentada:** en el marco del derecho a ser oído “con las debidas garantías”, los órganos del sistema han venido enfatizando en el deber de motivación. Al respecto, la Corte ha indicado que la motivación “es la justificación razonada que permite llegar a una conclusión”<sup>157</sup>. En palabras de la Corte

---

<sup>152</sup> CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 2000: Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias*. OEA/Ser.L/V/II.111 doc. 20 rev., 16 de abril de 2000, párr. 99.C.

<sup>153</sup> CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 2000: Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias*. OEA/Ser.L/V/II.111 doc. 20 rev., 16 de abril de 2000, párr. 99.D.

<sup>154</sup> Corte IDH., *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218. Párr. 145. Citando: *Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos* (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. Serie A No. 11, párr. 28.

<sup>155</sup> Corte IDH., *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 126.

<sup>156</sup> 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*. CRC/GC/2005/6, 1° de septiembre de 2005, párr. 63.

<sup>157</sup> Corte IDH., *Caso López Mendoza Vs. Venezuela*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011 Serie C No. 233, párr. 141; *Caso Escher y otros Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200, párr. 208; y Corte IDH., *Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227, párr. 118.

[e]l deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática<sup>158</sup>. Por ello, las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias<sup>159</sup>. En este sentido, la argumentación de un fallo y de ciertos actos administrativos deben permitir conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión, a fin de descartar cualquier indicio de arbitrariedad<sup>160</sup>. Además, debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Por todo ello, el deber de motivación es una de las “debidas garantías” incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso<sup>161</sup>.

Acorde con lo que ha sostenido la Corte previamente, la Comisión considera que, *mutatis mutandis*, que las decisiones que se adopten en el marco de procedimientos migratorios que involucren a niños migrantes o alguno de sus padres deben estar orientadas a que el niño continúe vinculado con su núcleo familiar,<sup>162</sup> siempre que esto sea posible y razonable;<sup>163</sup> en el caso de que sea necesaria una separación, que ésta sea por el menor tiempo posible,<sup>164</sup> y que conforme a la excepcionalidad de la detención, sólo como medida de último recurso se haga uso de medidas privativas de libertad y durante el menor

---

<sup>158</sup> Corte IDH., *Caso López Mendoza Vs. Venezuela*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011 Serie C No. 233, párr. 141. Citando. Cfr. Corte IDH., *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 77. Así lo ha establecido la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Suominen vs. Finlandia*, al respecto la Corte Europea sostuvo que: “de acuerdo con su jurisprudencia constante y en reflejo de un principio relativo a la correcta administración de justicia, las sentencias de las cortes y los tribunales deben exponer de manera adecuada las razones en las que se basan”. Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, *Suominen v. Finland*. Application no. 37801/97, 1 de julio de 2003, párr. 34.

<sup>159</sup> Corte IDH., *Caso López Mendoza Vs. Venezuela*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011 Serie C No. 233, párr. 141. Citando, Corte IDH., *Caso Yatama Vs. Nicaragua*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párrs. 152 y 153. Asimismo, la Corte Europea ha señalado que los jueces deben indicar con suficiente claridad las razones a partir de las cuales toman sus decisiones. Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, *Hadjianastassiou v. Greece*. Sentencia de 16 de diciembre de 1992, Serie A no. 252, párr. 23.

<sup>160</sup> Corte IDH., *Caso López Mendoza Vs. Venezuela*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233, párr. 141. Citando. Corte IDH., *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 122.

<sup>161</sup> Corte IDH. *Caso López Mendoza Vs. Venezuela*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233, párr. 141

<sup>162</sup> Convención sobre los Derechos de Niño, artículo 9.

<sup>163</sup> Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr.71.

<sup>164</sup> Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 77.

tiempo posible.<sup>165</sup> Los niños migrantes deben ser tratados de acuerdo a su edad y a sus vulnerabilidades.

**g) Derecho a ser notificado de la decisión que se adopte en el marco del procedimiento:** en el *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, la Corte Interamericana destacó la importancia de la notificación de la decisión a fin de ejercer el derecho a las garantías del debido proceso. Sobre el particular la Corte señaló que “la falta de notificación es en sí misma violatoria del artículo 8 de la Convención, pues colocó a [la víctima] en un estado de incertidumbre respecto de su situación jurídica y tornó impracticable el ejercicio del derecho a recurrir del fallo sancionatorio<sup>166</sup>”.

**h) Derecho a recurrir la decisión ante un juez o tribunal superior con efectos suspensivos:** en todos los casos debe haber la posibilidad de que un tribunal superior pueda revisar las actuaciones del inferior, ya sea por vía de recursos en lo contencioso-administrativo o por vía de amparo o habeas corpus,<sup>167</sup> en el caso de estos dos últimos no pueden ser suspendidos ni siquiera en estados de excepción.<sup>168</sup> De conformidad con lo dispuesto por el artículo 25 de la Convención Americana, estos recursos deben ser rápidos y sencillos.

Tanto la Comisión como la Corte Interamericana han reafirmado el alcance del derecho a recurrir todas aquellas decisiones de carácter sancionatorio, tal como suelen ser las que se adoptan en el marco de procedimientos migratorios.<sup>169</sup> En este sentido, la Comisión ha señalado que la eficacia del recurso se encuentra estrechamente vinculada con el alcance de la revisión. Al respecto, establece que la falibilidad de las autoridades judiciales y la

---

<sup>165</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 37.

<sup>166</sup> Corte IDH., *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 180.

<sup>167</sup> CIDH, Informe de Admisibilidad No. 7/02, Petición 11.661, *Manickavasagam Suresh* (Canadá). 27 de febrero de 2002, párrs. 25 y 30. Este caso hace relación a la detención por 2 años y 5 meses del Sr. Suresh, refugiado de Sri Lanka en Canadá, mientras las autoridades adelantaban un procedimiento para deportarlo, así como la falta de recursos disponibles de que disponía dicha persona a los efectos de impugnar la legalidad de su detención ante una autoridad competente del Estado mediante un procedimiento sencillo y breve. En su informe de admisibilidad la Comisión sostuvo que cuestión más amplia que planteaba dicho caso consistía en establecer si el Derecho Internacional de los derechos humanos obliga a los Estados a otorgar, no sólo a los ciudadanos, sino también a extranjeros, el derecho de habeas corpus, para determinar la legalidad de su detención en los procedimientos referentes a su estado. Finalmente, la Comisión decidió declarar la admisibilidad de la petición al considerar que de ser ciertos los hechos a los que se refieren los peticionarios tenderían a determinar una violación de los derechos garantizados por los Artículos II [Derecho de igualdad ante la ley], XVIII [Derecho de justicia] y XXV [Derecho de protección contra la detención arbitraria] de la Declaración Americana.

<sup>168</sup> Corte IDH, *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. 34

<sup>169</sup> En este sentido, véase, CIDH, Informe de Fondo No. 49/99, *Caso 11.610, Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz* (México). 13 de abril de 1999, párr. 81-82; CIDH, Informe No. 84/09, *Caso 12.525, Nelson Iván Serrano Sáenz* (Ecuador), 6 de agosto 2009, párr. 61. En lo que respecta a la Corte, véase, Corte IDH., *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, Serie C No. 218, párr. 179.

posibilidad que cometan errores que generen una situación de injusticia, no se limita a la aplicación de la ley, sino que incluye otros aspectos tales como la determinación de los hechos o los criterios de valoración probatoria. Por tal razón, la Comisión considera que “el recurso será eficaz para lograr la finalidad para el cual fue concebido, si permite una revisión sobre tales cuestiones, sin limitar *a priori* su procedencia a determinados extremos de la actuación de la autoridad judicial.”<sup>170</sup>

Al analizar el derecho a la protección judicial, la Comisión ha sido enfática al señalar que este derecho no está limitado a las personas acusadas de haber cometido delitos. En mayor detalle la Comisión ha señalado que los procedimientos sumarios de interceptación y devolución de migrantes y solicitantes de asilo en altamar o, en general, donde las autoridades estatales de otro Estado ejerzan jurisdicción, resultan contrarios al derecho de estas personas a acceder a los tribunales para la defensa de sus derechos, ya que la realización de esta clase de operativos priva a los migrantes y solicitantes de asilo de la posibilidad de plantear y defender sus derechos ante un tribunal de justicia.<sup>171</sup> Por su parte la Corte ha señalado que “la revisión por parte de un juez o tribunal es un requisito fundamental para garantizar un adecuado control y escrutinio de los actos de la administración que afectan los derechos fundamentales”.<sup>172</sup>

La Comisión considera pertinente señalar que en aras a que los derechos a recurrir ante una autoridad judicial y a la protección judicial sean eficaces es necesario que el recurso judicial mediante el cual se impugna una decisión en materia migratoria tenga efectos suspensivos, de manera que de tratarse de una orden de deportación ésta debe ser suspendida hasta tanto no se haya proferido decisión judicial de la instancia ante la que se recurre.<sup>173</sup> Sólo de esa forma se pueden proteger de manera efectiva los derechos de los migrantes. Una vez que la deportación se ha consumado, la falta de recursos económicos o de asistencia legal representan para los migrantes, en muchos casos, obstáculos infranqueables en su acceso a la justicia.

**i) Derecho a la información y acceso efectivo a la asistencia consular:** además de las garantías del debido proceso mínimas señaladas, reconocidas en el artículo 8.1 y 8.2 de la Convención, la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos ha señalado que los extranjeros tienen derecho en las causas penales y administrativas a comunicarse sin dilación alguna con su representante consular conforme a lo establecido en el artículo

---

<sup>170</sup> CIDH, Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso 11.618, *Oscar Alberto Mohamed* (Argentina). 13 de abril de 2011, párr. 76.

<sup>171</sup> CIDH, Informe de Fondo No. 51/96, Caso 10.675, *Comité Haitiano de Derechos Humanos y otros (Interdicción de Haitianos en Altamar)* (Estados Unidos de América). 13 de marzo de 1997, párr. 180.

<sup>172</sup> Corte IDH., *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, Serie C No. 218, párr. 126.

<sup>173</sup> Corte Europea de Derechos Humanos, *M.S.S. v. Belgium and Greece*, Demanda No. 30696/09, 21 de enero de 2011, párr. 293

36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.<sup>174</sup> Esto debido a que la asistencia consular constituye un medio para la defensa del inculpado, que repercute, en ocasiones de manera decisiva, en el respeto de sus otros derechos procesales. Este derecho tiene particular importancia para aquellos migrantes que se encuentran detenidos, ya sea por motivos penales o migratorios.

A juicio de la Corte la eficacia del derecho a la protección consular se evidencia en cuatro momentos diferentes: a) la información consular entendida como “El derecho *del nacional del Estado que envía*, que es arrestado, detenido o puesto en prisión preventiva, a ser informado, “sin dilación”, que tiene los siguientes derechos: i) el derecho a la notificación consular, y ii) el derecho a que cualquier comunicación que dirija a la oficina consular sea transmitida sin demora. (Art. 36.1.b. Convención de Viena sobre Relaciones Consulares); b) el derecho a la notificación consular como “el derecho *del nacional del Estado que envía* a solicitar y obtener que las autoridades competentes del Estado receptor informen sin retraso alguno sobre su arresto, detención o puesta en prisión preventiva a la oficina consular del Estado que envía”; c) el derecho a la asistencia consular como “El derecho *de los funcionarios consulares del Estado que envía* a proveer asistencia a su nacional (arts. 5 y 36.1.c. Convención de Viena sobre Relaciones Consulares)”; y d) el derecho a la comunicación consular entendido como el *derecho de los funcionarios consulares y los nacionales del Estado que envía* a comunicarse libremente (arts. 5, 36.1.a] y 36.1.c] Convención de Viena sobre Relaciones Consulares).<sup>175</sup> De acuerdo con la interpretación de la Corte, la notificación consular debe darse en el momento en que el migrante es privado de su libertad y en todo caso antes de que rinda su primera declaración ante la autoridad.<sup>176</sup> La comunicación consular a los migrantes debe darse sin dilación, de manera que puedan disponer de una defensa eficaz.

En diversos casos la CIDH ha determinado pertinente considerar el cumplimiento por un Estado parte de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de los requisitos del artículo 36 de dicho tratado al interpretar y aplicar las disposiciones de la Declaración Americana a un ciudadano extranjero arrestado, encarcelado o puesto en custodia en espera de juicio, o detenido de alguna otra manera por dicho Estado, tal como puede ser la detención migratoria. Específicamente, la Comisión Interamericana ha determinado que podía considerar el grado hasta el cual el Estado parte ha hecho efectivos los requisitos del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares para fines de evaluar el cumplimiento por parte de dicho Estado de los derechos de debido proceso de un ciudadano extranjero

---

<sup>174</sup> Corte IDH., *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16.

<sup>175</sup> Corte IDH., *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr.

<sup>176</sup> Corte IDH., *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 106.

previstos en los artículos XVIII [Derecho de justicia] y XXVI [Derecho a proceso regular] de la Declaración Americana.<sup>177</sup> Para llegar a esta conclusión, la CIDH se apoyó en la Opinión Consultiva 16/99 de la Corte Interamericana sobre el Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, así como en la sentencia de la Corte Internacional de Justicia (en adelante “la CIJ”) en el caso LaGrand (Alemania vs. Estados Unidos).<sup>178</sup>

En adición a lo anterior es necesario tener en cuenta el precedente fijado en 2004 por la Corte Internacional de Justicia en el caso Avena y otros nacionales mexicanos (México vs. Estados Unidos), el cual representó un punto de inflexión en la interpretación del artículo 36 Convención de Viena sobre Relaciones Consulares por parte de la Corte Internacional de Justicia. En dicha sentencia la Corte reconoció de forma expresa la interdependencia de los derechos de los individuos y los del Estado, afirmando que las violaciones de los derechos reconocidos a las personas en virtud del artículo 36 podían constituir una violación de los derechos del Estado que envía al cónsul, lo cual a su vez podía suponer una violación de los derechos de la persona.<sup>179</sup>

89. La Comisión estima pertinente señalar que las garantías procesales descritas anteriormente representan las garantías mínimas con las que debe contar un proceso migratorio que resguarde la justicia y restrinja la discrecionalidad y arbitrariedad por parte de las autoridades, así como las que son aplicables para cuestionar y revisar las decisiones que puedan implicar restricciones o eventualmente privaciones de la libertad de niños y niñas por motivos migratorios o en el marco de procedimientos migratorios. Por tratarse de garantías mínimas no representan un listado taxativo.

90. Una interpretación armónica del derecho a las garantías del debido proceso de los niños migrantes requiere que estos sean protegidos en razón de su dignidad intrínseca como seres humanos, así como de nivel de madurez y vulnerabilidad en la que se encuentran, para lo cual es preciso adoptar medidas especiales de protección. Tal como sostuvo la Corte previamente, la adopción de medidas especiales de protección “permite el desarrollo adecuado del debido proceso, reduce y limita adecuadamente la discrecionalidad de éste, conforme a criterios de pertinencia y racionalidad”. Esta obligación adicional de protección<sup>180</sup> y estos deberes

---

<sup>177</sup> CIDH, Informe N° 52/02, Caso 11.753, *Ramón Martínez Villareal (Estados Unidos)*, párr. 77; CIDH, Informe de Fondo No. 99/03, *Cesar Fierro (Estados Unidos)*, 29 de diciembre de 2003, párr. 36; CIDH, Informe de Fondo No. 1/05, Caso 12.430, *Roberto Moreno Ramos (Estados Unidos)*, 28 de enero de 2005, párr. 59; CIDH, Informe No. 91/05, Caso 12.421, *Javier Suárez Medina (Estados Unidos)*, 24 de octubre de 2005, párr. 82; y CIDH, Informe No. 90/09, Caso 12.644, *Medellín, Ramírez Cárdenas y García Leal (Estados Unidos)*, 7 de agosto 2009, párr. 97.

<sup>178</sup> Véase también, Corte IDH., *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999; Corte Internacional de Justicia, *Caso LaGrand (Alemania vs. Estados Unidos)*, fallo del 27 de junio de 2001, Lista General N° 104.

<sup>179</sup> Corte Internacional de Justicia, *Caso Avena y otros nacionales mexicanos (México vs. Estados Unidos)*, fallo de 31 de marzo de 2004, pág. 36.

<sup>180</sup> Corte IDH., *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párrs. 146 y 191; Corte IDH., *Caso Bulacio Vs. Argentina*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párrs. 126 y 134; Corte IDH., *Caso*

especiales deben considerarse determinables en función de las necesidades del niño como sujeto de derecho.<sup>181</sup> Como corolario de lo anterior, todo procedimiento migratorio en el que se encuentre inmerso un niño migrante o alguno de sus padres, debe estar orientado a la salvaguarda del principio del interés superior del niño y del principio de unidad familiar, en el entendido de que la decisión que se adopte nunca debe revestir un carácter sancionatorio.

91. Tal como lo hicieran los Estados solicitantes de la presente Opinión Consultiva, la Comisión estima pertinente que cuando los niños, niñas y adolescentes migrantes se encuentren inmersos en procedimientos penales, ya sea en la calidad de víctimas o testigos, los Estados deben adoptar medidas especiales a favor de estos durante todas las etapas del proceso, sobretudo en razón de su condición de migrantes, ya que como señaló anteriormente, en el contexto de la migración internacional, los niños migrantes suelen encontrarse en una situación de especial vulnerabilidad y en muchos casos son víctimas de múltiples formas de discriminación. En este sentido, la Comisión estima que en situaciones de esta naturaleza, como pueden ser aquellos en los que los niños migrantes son víctimas de trata o de algún tipo de violencia durante su tránsito o en el país de destino, resultan aplicables las siguientes garantías establecidas por la Corte respecto a que, “[l]a obligación de proteger el interés superior de los niños y niñas durante cualquier procedimiento en el cual estén involucrados puede implicar, *inter alia*, lo siguiente: i) suministrar la información e implementar los procedimientos adecuados adaptándolos a sus necesidades particulares, garantizando que cuenten con asistencia letrada y de otra índole en todo momento, de acuerdo con sus necesidades; ii) asegurar especialmente en casos en los cuales niños o niñas hayan sido víctimas de delitos como abusos sexuales u otras formas de maltrato, su derecho a ser escuchados se ejerza garantizando su plena protección, vigilando que el personal esté capacitado para atenderlos y que las salas de entrevistas representen un entorno seguro y no intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado, y iii) procurar que los niños y niñas no sean interrogados en más ocasiones que las necesarias para evitar, en la medida de lo posible, la revictimización o un impacto traumático en el niño.”<sup>182</sup>

92. En consonancia con lo establecido por la Corte Interamericana, en los procedimientos en los que se determinen cuestiones relativas a menores de edad relevantes para su vida, resulta procedente establecer limitaciones al principio de publicidad de los procedimientos. Estas limitaciones no están orientadas al acceso a

---

*de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párrs. 124, 163-164 y 171; Corte IDH., *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 160; y Corte IDH., *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 172. En el mismo sentido, véase, Corte IDH., *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrs. 56 y 60.

<sup>181</sup> Corte IDH., *Caso Comunidad Indígena Sawhoymaxa Vs. Paraguay*. Sentencia de 29 de marzo de 2006, párr. 154.

<sup>182</sup> Corte IDH., *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C No. 216, párr. 201. Citando, Comité de los Derechos del Niño, Observación General 5: *Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño* (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44), 34º período de sesiones, 2003, U.N. Doc. CRC/GC/2003/5 (27 de noviembre de 2003), párr. 24, y Comité de los Derechos del Niño, Observación General 12: *El derecho del niño a ser escuchado*, 51º período de sesiones, 2009, U.N. Doc. CRC/C/GC/2009 (20 de julio de 2009), párrs. 21, 24, 34, 64 y 70.

las pruebas y resoluciones, sino en lo que hace referencia a la observación pública de los actos del proceso. Esta garantía busca proteger al niño y evitar que vuelva a ser sujeto a victimización, ya sea primaria, secundaria o terciaria. Tal como ha señalado la Corte, “estos límites atienden al interés superior del niño, en la medida en que lo preservan de apreciaciones, juicios o estigmatizaciones que pueden gravitar sobre su vida”.<sup>183</sup>

93. En conclusión, en el marco de los procesos que involucran a niños migrantes, los Estados deben garantizar que el respeto a las garantías del debido proceso. A efectos prácticos esto implica que todo proceso migratorio que involucre niños migrantes debe, como mínimo, salvaguardar las siguientes garantías a favor de los niños: el derecho a ser informado de los motivos y razones de la aplicación de la medida en un lenguaje accesible; el control judicial inmediato por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, previamente establecido por ley; el derecho a que se informe a una tercera persona sobre la aplicación de cualquier medida, en especial en aquellas situaciones en que se ha restringido la libertad de la persona, por ejemplo a un familiar, un abogado y/o a un agente consular del país de origen; el derecho a ser oídos, con base en su edad y madurez, dentro de los procedimientos que puedan conllevar a su detención, expulsión o la de alguno de sus padres; la participación de funcionarios especializados en la protección de la niñez; el establecimiento de tutores para niñas y niños no acompañados; el derecho a asistencia jurídica gratuita y especializada en materia de derechos de la niñez; el derecho a un recurso judicial.

94. Dadas las circunstancias actuales, en muchos Estados de la región el goce y ejercicio efectivo de estos derechos todavía se encuentra lejos de ser alcanzado. La Comisión estima pertinente recordar que conforme a lo establecido en los artículos 1(1) y 2 de la Convención Americana, los Estados tienen la obligación respetar y garantizar los derechos y libertades reconocidos en la Convención, así como de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacerlos efectivos, lo cual implica adoptar las medidas que sean necesarias para armonizar sus leyes, políticas y prácticas a las garantías procesales antes descritas.

95. En virtud de los argumentos vertidos en esta sección, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos solicita a la Corte que concluya y declare que de conformidad con el principio de igualdad y no discriminación, principio del interés superior del niño y los artículos 1(1), 2, 7, 8 y 25 de la Convención Americana y los artículos XVIII y XXV de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos deben regular conforme a las garantías del debido proceso todos los procesos administrativos y judiciales que puedan afectar los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes migrantes.

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

---

<sup>183</sup> Corte IDH., *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 134.

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

96. Como consideración preliminar, la Comisión desea hacer énfasis en que los migrantes en situación irregular no son criminales. El hecho de que un migrante se encuentre en situación irregular en un país (ya sea porque ingresó sin la documentación requerida evadiendo los puertos de entrada autorizados, porque ingresó con documentación fraudulenta, o porque ingresó con la documentación requerida pero permaneció más allá del tiempo que tenía autorizado) no lesiona ningún bien jurídico fundamental que requiera ser protegido a través del poder punitivo del Estado, tal como podría ser atentar contra la vida o integridad de una persona o sustraer bienes del Estado.

97. En el contexto de la migración internacional existen diversas situaciones en las cuales las personas migrantes, en situación regular o irregular, son privadas de su libertad. No obstante, la Comisión considera relevante destacar que la violación de leyes migratorias nunca puede ser *per se* equiparable a la violación de las leyes penales, como para que la primera respuesta que den los Estados frente a la migración irregular sea la detención. En esencia, la migración en situación irregular no constituye más que una violación a una norma de carácter administrativo. En el ejercicio del poder punitivo del Estado, la aplicación de medidas privativas de la libertad está limitada a aquellas situaciones que afectan bienes jurídicos fundamentales. Las múltiples afectaciones que genera la privación de la libertad sobre los derechos de las personas justifica porque éstas son medidas a las que los Estados sólo pueden recurrir como una *ultima ratio*. Sin embargo, tal como ya lo señalara la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias de la CIDH hace más de una década,<sup>184</sup> la principal medida con la que países de tránsito y destino, entre los cuales se encuentran países con altos niveles de desarrollo, buscan desalentar la migración irregular es a través de la detención migratoria,<sup>185</sup> la cual representa una forma de criminalización de la migración.

98. Con relación a la detención de niños, niñas y adolescentes en razón de su condición de migrantes, la Comisión estima necesario recordar lo dicho en sus *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas* (en adelante “Principios Interamericanos sobre Personas Privadas de Libertad”)<sup>186</sup>, en el sentido de que “[l]a privación de libertad de niños y

<sup>184</sup> CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 2000: Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias*. OEA/Ser.L/V/II.111 doc. 20 rev., 16 de abril de 2000, párr.106.

<sup>185</sup> Para un análisis crítico acerca de las políticas de detención migratoria, véase, VOHRA, Shyla, “*Detention of Irregular Migrants and Asylum Seekers*”, en: CHOLEWINSKI, Ryszard, PERRUCHOUD, Richard y MacDONALD, Euan (editores), *International Migration Law: Developing Paradigms and Key Challenges*. T.M.C. Asser Press: La Haya, 2007, pp. 63 y ss.

<sup>186</sup> CIDH, *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.131, Doc. 38, 13 de marzo de 2008.

niñas deberá aplicarse como último recurso, por el periodo mínimo necesario, y deberá limitarse a casos estrictamente excepcionales.”<sup>187</sup> Asimismo, al referirse a la no detención de niños, niñas y adolescentes migrantes, en su *Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: Detenciones y Debido Proceso*, la Comisión fue enfática al sostener que “[e]l principio de excepcionalidad que rige la privación de libertad en general, y la privación de libertad por infracciones migratorias, se hace aún más estricto cuando se trata de niños. Sólo circunstancias de mucho peso podrían justificar una medida de esa naturaleza.”<sup>188</sup>

99. El artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el que se reconoce el Derecho a la Libertad Personal<sup>189</sup> establece que

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

100. El derecho a la libertad personal y a la protección contra la detención arbitraria había sido reconocido previamente en los artículos I y XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. El artículo I dispone que

---

<sup>187</sup> CIDH, *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas*. Documento aprobado por la Comisión en su 131° período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008, Principio III.

<sup>188</sup> CIDH, *Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: Detenciones y Debido Proceso*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 78/10, 30 de diciembre de 2010, párr. 51.

<sup>189</sup> La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias reconoce en su artículo 16 (1) y (4) los derechos a la libertad personal y a la protección contra la detención ilegal y arbitraria.

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

101. Por su parte, el artículo XXV de la Declaración Americana establece que

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

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

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

102. El derecho a la libertad personal en el caso de los niños y, por ende, las normas mencionadas anteriormente, tienen que ser interpretados de conformidad con el artículo 37 (b) de la Convención sobre los Derechos del Niño que establece que “[n]ingún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda.”

103. La detención migratoria suele recibir distintas denominaciones, tales como: alojamiento, internamiento, aseguramiento, retención, albergue, entre otras. Si bien existen pocos instrumentos internacionales que han definido lo que significa la detención y la privación de la libertad, la Comisión desea recordar la definición de detención que fijó en sus *Principios Interamericanos sobre Personas Privadas de Libertad*, la cual señala que se entenderá por detención a

[c]ualquier forma de detención, encarcelamiento, institucionalización, o custodia de una persona, por razones de asistencia humanitaria, tratamiento, tutela, protección, o por delitos e infracciones a la ley, ordenada por o bajo el control *de facto* de una autoridad judicial o administrativa o cualquier otra autoridad, ya sea en una institución pública o privada, en la cual no pueda disponer de su libertad ambulatoria. Se entiende entre esta categoría de personas, no sólo a las personas privadas de libertad por delitos o por infracciones e incumplimientos a la ley, ya sean éstas procesadas o condenadas, sino también a las personas que están bajo la custodia y la responsabilidad de ciertas instituciones, tales como: hospitales psiquiátricos y otros establecimientos para personas con discapacidades físicas, mentales o sensoriales; instituciones para niños, niñas y adultos mayores; centros para migrantes, refugiados, solicitantes de asilo o refugio, apátridas e indocumentados; y cualquier otra institución similar destinada a la privación de libertad de personas.<sup>190</sup>

---

<sup>190</sup> CIDH, *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas*. Disposición General. La Comisión ha señalado que dada la amplitud del anterior concepto, los siguientes principios y buenas prácticas se podrán invocar y aplicar, según cada caso, dependiendo de si se trata de personas privadas de libertad por motivos relacionados con la comisión de delitos o infracciones a la ley, o por razones humanitarias y de protección.

104. Por su parte, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha adoptado la definición de privación de libertad en las Reglas de las Naciones Unidas para los Menores Privados de Libertad, la cual en su Regla 11(b) establece que

por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública.<sup>191</sup>

105. El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados en sus *Directrices Revisadas sobre los Criterios y Estándares Aplicables con Respecto a la Detención de Solicitantes de Asilo* ha definido la detención como

confinamiento dentro de un sitio estrechamente delimitado o restringido, incluyendo prisiones, campamentos cerrados, instalaciones de detención o zonas de tránsito en los aeropuertos donde la libertad de movimiento está substancialmente limitada, donde la única oportunidad de abandonar esa área restringida es abandonar el territorio.<sup>192</sup>

106. La Comisión estima necesario recalcar que más allá de la forma eufemística en la que se denomine a la detención migratoria, toda medida que le impida a una persona migrante disponer libremente de su libertad ambulatoria constituye una detención y por ende debe respetar las garantías que se derivan del derecho a la libertad personal reconocido en el artículo 7 de la Convención Americana y en los artículos I y XXV de la Declaración Americana.

107. Una vez que se dispone la detención administrativa de un migrante en el marco de un procedimiento migratorio, ya sea por su situación irregular o por haber infringido los términos mediante los cuales podía residir legalmente, su situación en muchos casos es peor que la de las personas privadas de libertad por haber infringido la ley penal. Lo anterior se refleja en el hecho de que además de ser privados de su libertad por haber infringido una norma administrativa, algo que a criterio de la Comisión no representa un bien jurídico fundamental que amerite *per se* la privación de la libertad, muchas de las estaciones migratorias en las que son detenidos no cuentan con las condiciones mínimas que debe tener un lugar de detención y esto se ve agravado aún más en el hecho de que en muchos casos los procedimientos migratorios se rigen principalmente por la discrecionalidad de las autoridades estatales y los migrantes, a pesar de no haber cometido ningún delito ni siquiera cuentan con garantías básicas del debido proceso que protejan sus derechos de arbitrariedades por parte de las autoridades.

108. Con relación a la utilización de la detención migratoria, en el caso de *Rafael Ferrer-Mazorra y otros vs. Estados Unidos*, relativo a la duración de la excesiva duración de la detención y la inexistencia de mecanismos adecuados para revisar la legalidad de la detención de 335 detenidos, de los cerca de 3.000 cubanos que se estimaba habían sido detenidos, por haber ingresado de forma irregular a los Estados

---

<sup>191</sup> Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución 45/113 de 14 de diciembre de 1990, Anexo, Regla 11 (b).

<sup>192</sup> ACNUR, *Directrices del ACNUR sobre los Criterios y Estándares Aplicables con Respecto a la Detención de Solicitantes de Asilo*. 26 de febrero de 1999, Directriz 1. Disponible en : <http://www.unhcr.org/refworld/docid/48abd59a2.html> [Consultado el 6 de febrero de 2012]

Unidos en la “Flotilla Libertad” del Mariel, la cual llegó desde Cuba a costas de los Estados Unidos en 1980. Las víctimas fueron puestas en detención administrativa en razón de su condición migratoria de “extranjeros excluibles”, la cual se derivaba del hecho de que prácticamente todos los cubanos del Mariel no contaban con la documentación adecuada para residir en los Estados Unidos. Algunos fueron mantenidos detenidos durante años, a pesar de padecer graves problemas mentales. Si bien en circunstancias normales los “extranjeros excluibles” serían devueltos a su país de origen, esto no era posible dado que el Gobierno de Cuba se había negado a aceptar el regreso de los cubanos del Mariel. En dicho caso la Comisión Interamericana desarrolló el principio de la excepcionalidad de la detención migratoria al sostener que el hecho de que la legislación interna no reconociera ningún derecho a permanecer en libertad a favor de las víctimas contravenía lo dispuesto en el artículo I de la Declaración Americana, el cual reconoce el derecho a la libertad de toda persona humana. En conclusión, la Comisión sostuvo que se debía partir de una presunción de libertad y no de una presunción de detención, en donde la detención migratoria fuese la excepción y se justificase sólo cuando fuese legal y no arbitraria.<sup>193</sup> Entre otras consideraciones, la Comisión señaló que

[l]a Comisión considera que la legislación interna en base a la cual se detuvo a los peticionarios, conforme se ha descrito antes, es en esencia la antítesis de las protecciones prescritas en los artículos I [Derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona] y XXV [Derecho de protección contra la detención arbitraria] de la Declaración pues no reconoce ningún derecho a la libertad de parte de los peticionarios pese a su presencia física dentro del territorio del Estado. En efecto, prescribe una presunción de detención y no una presunción de libertad y es, por tanto, incompatible con el objetivo y el propósito de los artículos I y XXV de la Declaración, a saber, garantizar la libertad del individuo, salvo en circunstancias excepcionales justificadas por el Estado como legales y no arbitrarias. En consecuencia, la Comisión considera que el tratamiento de los peticionarios al amparo de la legislación interna es *per se* incongruente con su derecho a la libertad consagrado en el artículo I de la Declaración y con su derecho a no ser privados arbitrariamente de la libertad, consagrado en el artículo XXV de la Declaración.<sup>194</sup>

109. La jurisprudencia de la Corte Interamericana, a partir del precedente fijado en el caso *Vélez Loor vs. Panamá*, también ha hecho énfasis en que la detención migratoria nunca debe tener una finalidad punitiva. En este orden de ideas, la Corte señaló que

[e]n una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado. En igual sentido, el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria sostuvo que el derecho a la libertad personal — exige que los Estados recurran a la privación de libertad

<sup>193</sup> CIDH, Informe de Admisibilidad y Fondo No. 51/01, Caso 9903, *Rafael Ferrer-Mazorra y otros (Los Cubanos del Mariel) (Estados Unidos de América)*. 4 de abril de 2001, párrs. 216-219.

<sup>194</sup> CIDH, Informe de Admisibilidad y Fondo No. 51/01, Caso 9903, *Rafael Ferrer-Mazorra y otros (Los Cubanos del Mariel) (Estados Unidos de América)*. 4 de abril de 2001, párr. 219.

sólo en tanto sea necesario para satisfacer una necesidad social apremiante y de forma proporcionada a esa necesidad.<sup>195</sup>

110. Acorde con lo señalado por la Corte, para que la privación de la libertad por motivos migratorios no devenga arbitraria, la detención debe cumplir con los requisitos de estar prevista en ley, perseguir un fin legítimo y ser idónea, necesaria y proporcional. En mayor detalle la Corte sostuvo que

sin perjuicio de la legalidad de una detención, es necesario en cada caso hacer un análisis de la compatibilidad de la legislación con la Convención en el entendido que esa ley y su aplicación deben respetar los requisitos que a continuación se detallan, a efectos de que la medida privativa de libertad no sea arbitraria: i) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención; ii) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; iii) que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto, razón por la cual el Tribunal ha señalado que el derecho a la libertad personal supone que toda limitación a éste deba ser excepcional, y iv) que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida. Cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención.<sup>196</sup>

111. En esta misma dirección, en su *Informe sobre Inmigración en los Estados Unidos: Detenciones y Debido Proceso*, la Comisión estableció que

para satisfacer las garantías contenidas en los artículos I y XXV de la Declaración Americana, los Estados Miembros deben establecer leyes y políticas de inmigración que partan de una presunción de libertad --el derecho del migrante a permanecer en libertad mientras están pendientes los procedimientos migratorios-- y no de una presunción de detención. La detención únicamente es permisible cuando, después de llevar a cabo una evaluación individualizada, se considera que es una medida necesaria para dar cumplimiento a un interés legítimo del Estado, como asegurar la comparecencia de una persona al trámite de determinación de estatus migratorio y posible deportación. El argumento de que la persona en cuestión representa una amenaza para la seguridad pública, sólo es aceptable en circunstancias excepcionales en las cuales existan serios indicios del riesgo que representa una persona. La sola existencia de antecedentes penales no es suficiente para sustentar la detención de un inmigrante una vez ha cumplido la condena penal. En todo caso, se deben explicar las circunstancias particulares por las cuales se considera ese riesgo. Las razones que sustentan

---

<sup>195</sup> Corte IDH., *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 182.

<sup>196</sup> Corte IDH., *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 166.

la procedencia de la detención deben ser claramente establecidas en la correspondiente decisión.<sup>197</sup>

112. Por su parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (en adelante “CERD”) ha sido enfático en que la detención de migrantes en situación irregular y solicitantes de asilo debe ser una medida de último recurso y ha invitado a los Estados a adoptar medidas alternativas a la detención para estas personas.<sup>198</sup> En el mismo sentido, el Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias ha señalado que si bien la detención migratoria no es *per se* arbitraria, como en aquellos casos en que migrantes intentan ingresar de forma irregular y ante la necesidad de las autoridades competentes de realizar controles de identidad y una evaluación inicial migratoria se puede justificar la detención temporal de los extranjeros en situación ilegal, sobre todo sino están dispuestos a cooperar con las autoridades y si es probable que huyan. Sin embargo, cualquier privación de libertad debe ser proporcional a los objetivos perseguidos y un justo equilibrio debe ser alcanzado entre intereses contrapuestos: por una parte, el interés del Estado de aplicar su política migratoria, y por la otra parte, el derecho fundamental a la libertad de los migrantes que ingresan en situación irregular.<sup>199</sup>

113. La Comisión observa con preocupación que, la privación de la libertad de los niños, niñas y adolescentes migrantes es en muchos Estados la única respuesta para los niños migrantes no acompañados o separados de sus familias y que también se ha observado una insuficiencia de los esfuerzos para garantizar el principio de unidad familiar y facilitar la reunión de éstos niños con sus familias. En efecto, en muchos Estados las leyes que establecen la detención como único mecanismo cautelar que podría imponerse durante la tramitación de procedimientos migratorios de deportación o expulsión, sin hacer referencia alguna a medidas de otra índole o, más precisamente, a programas de alternativas a la detención que no supongan la privación de la libertad.<sup>200</sup>

---

<sup>197</sup> CIDH, *Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: Detenciones y Debido Proceso*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 78/10, 30 de diciembre de 2010, párr. 39. Citando, CIDH, Informe de Admisibilidad y Fondo No. 51/01, Caso 9903, *Rafael Ferrer-Mazorra y otros (Los Cubanos del Mariel) (Estados Unidos de América)*. 4 de abril de 2001, párrs. 219, 221 y 242; también véase, CIDH, *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, Documento aprobado por la Comisión en su 131° período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008, Principio III (2) (2008). El Principio III de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas establece la siguiente premisa desde la cual se debe partir: “Se deberá asegurar por la ley que en los procedimientos judiciales o administrativos se garantice la libertad personal como regla general, y se aplique como excepción la privación preventiva de la libertad, conforme se establece en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.” Asimismo, el Principio III señala que “La privación preventiva de la libertad, como medida cautelar y no punitiva, deberá además obedecer a los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, en la medida estrictamente necesaria en una sociedad democrática”.

<sup>198</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Observaciones Finales: Bahamas*. CERD/C/64/CO/1, 28 de abril de 2004, párr. 17.

<sup>199</sup> Naciones Unidas, ECOSOC, Comisión sobre Derechos Humanos, *Informe sobre el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria: Visita a Australia*. UN Doc. E/CN.4/2003/8/Add.2, 24 de octubre de 2002, párr. 12.

<sup>200</sup> Para un análisis más detallado en este sentido, véase, Universidad Nacional de Lanús – Centro de Derechos Humanos y Oficina Regional de UNICEF para América Latina y el Caribe/TACRO, *Estudio sobre los estándares jurídicos básicos aplicables a niños y niñas migrantes en situación migratoria irregular y algunas líneas de acción para su protección*. Buenos Aires, 2009, p. 26.

114. Por su parte, el Comité de Derechos del Niño ha establecido que conforme con el artículo 37 de la Convención sobre Derechos del Niño<sup>201</sup> y del principio del interés superior del menor, los menores no acompañados o separados de su familia no deberán ser privados de libertad por causas relacionadas con la migración.<sup>202</sup> En este mismo sentido se ha pronunciado el Relator Especial sobre Derechos Humanos de los Migrantes de las Naciones Unidas, quien ha sostenido que la detención de un niño nunca podrá hacerse en aras de su interés superior.<sup>203</sup> Asimismo, el Relator Especial sostuvo que los Estados tienen la obligación adoptar medidas alternativas al internamiento y establecer por vía legal que éstas deben aplicarse de forma prioritaria respecto al internamiento.<sup>204</sup> Lo anterior implica que la institucionalización, internamiento o detención de niños migrantes en razón de su estatus migratorio es el último recurso al que pueden recurrir los Estados, la cual en caso de ser absolutamente necesaria debe aplicarse durante el periodo más breve que sea posible y después de que se hayan agotado todas las medidas menos gravosas.

115. Acorde con el *corpus juris* internacional y la jurisprudencia interamericana, la Comisión considera que el principio general a aplicar con relación a los niños, niñas y adolescentes migrantes, ya sea que se encuentren acompañados de sus familias, no acompañados o separados de sus familias, es que no deben ser detenidos bajo ningún supuesto en razón de su condición migratoria. Sólo se les puede restringir o privar de su libertad como una medida cautelar de último recurso y siempre que se hayan agotado todas las medidas alternativas a la restricción o privación de su libertad. En caso de que la detención o restricción sea absolutamente

---

<sup>201</sup> La Convención sobre Derechos del Niño en su artículo 37 establece que:

Los Estados Partes velarán por que:

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

<sup>202</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 6, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*. CRC/GC/2005/6, 1º de septiembre de 2005, párr. 61

<sup>203</sup> Naciones Unidas, *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*, Sr. Jorge Bustamante. A/HRC/11/7, 14 de mayo de 2009, párr. 62.

<sup>204</sup> Naciones Unidas, *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*, Sr. Jorge Bustamante. A/HRC/11/7, 14 de mayo de 2009, párrs. 60-61.

necesaria, ésta debe estar justificada por la ley y ser por el periodo más corto posible.<sup>205</sup> En suma, debe cumplir con los requisitos de estar prevista en ley, perseguir un fin legítimo y ser idónea, necesaria y proporcional. En el caso excepcional de que se tuviese que optar por una medida privativa de libertad, ésta no podrá justificarse solamente en razón de que el menor se encuentra solo o separado de su familia ni por su condición migratoria o residente,<sup>206</sup> o porque es en aras a mantener la unidad familiar.

116. En este orden de ideas, al referirse a niños migrantes la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos de los Migrantes observó que, en el caso singular en que sea necesario detener a un niño o niña, “la detención de niños sólo se permita en condiciones que garanticen la realización de los derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño... Los niños sometidos a medidas de privación de libertad deben ser separados de los adultos a menos que puedan ser alojados con parientes en instalaciones separadas... Si existen dudas sobre la edad del migrante, se le acordará el trato más favorable hasta que se determine si efectivamente es menor”.<sup>207</sup>

117. Con relación a los menores no acompañados o separados de sus familias, la Comisión coincide con el Comité de los Derechos del Niño de que además de tomarse en consideración de manera primordial su interés superior, “los Estados deben respetar íntegramente las obligaciones de no devolución resultantes de los instrumentos internacionales de derechos humanos, del derecho humanitario y el relativo a los refugiados y, en particular, deben atenerse a las obligaciones recogidas en el artículo 33 de la Convención de 1951 sobre los Refugiados y en el artículo 3 de la Convención contra la Tortura”.<sup>208</sup>

118. En todos los casos se deben extremar las actuaciones tendientes a localizar la familia de los niños con el objeto de reintegrarlos sin demora. Únicamente en los casos en los que la reintegración en la familia resultara imposible en un plazo adecuado o se considerase contraria al interés superior del niño, deberían estudiarse soluciones estables y definitivas de conformidad con los estándares del derecho internacional de los derechos humanos. El Comité de los Derechos del Niño ha sostenido que

---

<sup>205</sup> CIDH, *Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: Detenciones y Debido Proceso*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 78/10, 30 diciembre 2010, párrs. 76 y 369. Naciones Unidas, *Informe de la Relatora Especial sobre Derechos Humanos de los Migrantes*, Gabriela Rodríguez Pizarro, E/CN.4/2003/85, 30 de diciembre de 2002, párr. 75(i).

<sup>206</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 6, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, CRC/GC/2005/6, 1º de septiembre de 2005, párr. 61. Informe del Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria, en su visita al Reino Unido, sobre la cuestión de inmigrantes y solicitantes de asilo, E/CN.4/1999/63/Add.3, p. 37.

<sup>207</sup> Naciones Unidas, *Informe de la Relatora Especial sobre Derechos Humanos de los Migrantes*, Gabriela Rodríguez Pizarro, E/CN.4/2003/85, 30 de diciembre de 2002, párr. 75(a).

<sup>208</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 6, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, CRC/GC/2005/6, 1º de septiembre de 2005, párr. 26. Véase también: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, *Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967*, 26 de enero de 2007. Disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/4a8124152.pdf>

[I]a localización de la familia es un ingrediente esencial de la búsqueda de una solución duradera y debe gozar de prioridad, salvo cuando el acto de localización o la forma en que ésta se realiza van contra el interés superior del menor o ponen en peligro los derechos fundamentales de las personas que se trata de localizar. En todo caso, al efectuar la localización, no se hará ninguna referencia a la condición del menor como candidato al asilo o refugiado. Sobre la base de estas condiciones, los intentos de localización proseguirán también durante el procedimiento para obtener la condición de refugiado. En el caso de los menores que se encuentren en el territorio del Estado de acogida, sea a título de asilo, de formas complementarias de protección o debido a obstáculo de hecho o de derecho a la expulsión, debe buscarse una solución duradera.<sup>209</sup>

119. Respecto a la situación de las niñas, niños y adolescentes migrantes en situación irregular que se encuentren con sus familias, la Comisión ha tenido conocimiento de que en muchos casos, la respuesta dada por los Estados para los casos de estos niños es mantenerlos detenidos, en el mejor de los casos, con sus familias. En otros casos incluso los niños son detenidos de forma separada de sus familias. La Comisión considera, tal como ya lo hiciera en el pasado, que la garantía de los derechos a la protección de la familia y a la protección especial de los niños tiene un impacto directo en la pertinencia de la detención de familias y niñas y niños migrantes. Tales derechos circunscriben la legitimidad de la detención obligatoria del padre o madre de un niño o una niña, a una evaluación individualizada adecuada en la que se considere la proporcionalidad de las medidas del Estado con sus objetivos, prestando debida atención al interés superior del niño.<sup>210</sup>

120. En este sentido, la Comisión estima que los Estados deben orientar las medidas que adopten hacia la protección del principio de la unidad familiar y del principio de interés superior del niño. Lo anterior requiere que los Estados no recurran en primer término a la detención de toda la familia como una medida tendiente a garantizar la unidad familiar y la protección del interés superior del niño, por el contrario, lo que estos principios exigen es que conforme al principio de excepcionalidad de la detención los niños deberían permanecer libres junto con sus familias o en caso de ser necesario se debería implementar alguna medida alternativa a la detención para toda la familia. Con relación a este tema el Relator Especial sobre Derechos Humanos de los Migrantes de las Naciones Unidas ha señalado que “la utilización ideal de un enfoque basado en los derechos entrañaría la adopción de medidas alternativas para toda la familia; por tanto, los Estados deberían elaborar políticas para alojar a toda la familia en lugares alternativos a los centros de internamiento en régimen cerrado.”<sup>211</sup>

121. Dentro del contexto de la migración internacional, otra situación que requiere especial atención por parte de los Estados es la relativa a las personas en necesidad de protección internacional, tal como es el caso de los niños solicitantes de

<sup>209</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 6, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, CRC/GC/2005/6, 1º de septiembre de 2005, párr. 80. Asimismo, el párrafo 89 expresa que “[I]a integración en el país de acogida constituye la opción principal si el retorno al país de origen se revela imposible por razones jurídicas o de hecho”.

<sup>210</sup> CIDH, *Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: Detenciones y Debido Proceso*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 78/10, 30 diciembre 2010, párr. 49.

<sup>211</sup> Naciones Unidas, *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante*. A/HRC/11/7, 14 de mayo de 2009, párrs. 62.

asilo, refugiados o de protección complementaria<sup>212</sup>. Tal como ya lo ha manifestado anteriormente, la Comisión Interamericana comparte plenamente lo sostenido por el ACNUR, en el sentido de que los niños solicitantes de asilo no deben ser detenidos.<sup>213</sup> Sobre el particular la Comisión ha señalado que las medidas dirigidas a la detención automática de solicitantes de asilo no se encuentran permitidas por el derecho internacional de los refugiados,<sup>214</sup> situación que también es contraria a las garantías establecidas por el derecho internacional de los derechos humanos. Asimismo, la Comisión considera que la excepcionalidad de la detención aplica, *mutatis mutandis*, a los niños solicitantes de protección complementaria, tal como puede ser el caso de los niños que se ven obligados a obligadas a huir o permanecer fuera de su país de origen a consecuencia de amenazas contra su vida, integridad personal o libertad personal por motivo de violencia indiscriminada que resulta de situaciones tales como un conflicto armado, de violaciones sistemáticas de los derechos humanos o a causa de desastres naturales.

122. Por otra parte, la falta de un estatuto legal o de documentación en muchos casos conlleva a que los Estados detengan de forma indefinida a las personas que se encuentran en situación de apatridia. Tanto los apátridas *de jure* y *de facto* suelen ser detenidos hasta tanto se les define su estatus legal, situación que tiene mayor relevancia cuando se trata de niños por su mayor nivel de vulnerabilidad. De acuerdo con el derecho internacional la detención de los apátridas es contraria al derecho internacional. Al respecto es importante tener en cuenta lo que ha señalado ACNUR en el sentido de que “[s]er apátrida y por lo tanto no tener un país a quien se le pueda solicitar la emisión de un documento de viaje, no debe conducir a la detención indefinida. La apatridia no puede ser obstáculo a la libertad.”<sup>215</sup> La apatridia no puede ser un obstáculo para la liberación, además el uso de la falta de nacionalidad como motivo automático para la detención iría en contra de los principios de no discriminación.

123. Por último, otra forma de detención migratoria que la Comisión ha rechazado de manera categórica tiene que ver con la detención que se impone en algunos países de la región a aquellos migrantes que una vez que son deportados o repatriados de vuelta a su país son privados de su libertad, ya sea porque las autoridades no cuentan con información acerca de los antecedentes penales de las personas deportadas y que por tanto son detenidos ante la sospecha de que se puedan dedicar a delinquir<sup>216</sup> o ya sea porque conforme a la legislación penal se establece que quien salga del territorio nacional o realice actos tendientes a salir del

---

<sup>212</sup> La protección complementaria, también denominada protección subsidiaria, hace relación a los mecanismos legales destinados a proteger y otorgar dicho estatuto a las personas en necesidad de protección internacional que no cumplen con los requisitos establecidos en la definición de refugiado de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951.

<sup>213</sup> ACNUR, Directrices del ACNUR sobre los criterios y estándares aplicables para la detención de solicitantes de asilo.

<sup>214</sup> CIDH, *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II.116 Doc 5 rev. 1 corr. (2002).

<sup>215</sup> ACNUR, *Directrices del ACNUR sobre los criterios y estándares aplicables con respecto a la detención de solicitantes de asilo*, directriz 9. Disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/48abd59a2.html> [Consultada el 7 de octubre de 2011].

<sup>216</sup> Véase, entre otros, CIDH, *¿Haití: Justicia frustrada o Estado de Derecho? Desafíos para Haití y la Comunidad Internacional*. OEA/Ser/L/V/II.123, Doc.6 rev. 1, 26 de octubre de 2005, párrs. 211-214.

territorio sin cumplir con las formalidades legales sea sancionado con prisión una vez que regresa a su país.<sup>217</sup> La Comisión ha considerado que este tipo de detenciones son inaceptables e incompatibles con el derecho que tienen todas las personas a salir libremente de su país reconocido por el artículo 22.5 de la Convención Americana y el artículo VIII de la Declaración Americana. Por lo general, este tipo de detenciones están sujetas a un alto nivel de discrecionalidad por parte de las autoridades, sin que se le permita a las personas impugnar o solicitar la revisión de la detención.

124. En virtud de los argumentos desarrollados a lo largo de esta sección, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos solicita a la Corte que concluya y declare que de conformidad con el principio del interés superior del niño y el principio de unidad familiar y los artículos 1(1), 7, 8, 19 y 25 de la Convención Americana y el artículo XXV de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos deben:

- i) como principio general a aplicar con relación a los niños, niñas y adolescentes migrantes, ya sea que se encuentren acompañados de sus familias, no acompañados o separados de sus familias, no deberían ser detenidos en razón de su condición migratoria bajo ningún supuesto; y que sólo se les puede restringir o privar de su libertad como una medida cautelar de último recurso y siempre que se hayan agotado todas las medidas alternativas a la restricción o privación de su libertad, en caso de que la detención o restricción sea absolutamente necesaria, ésta debe estar justificada por la ley y ser por el periodo más corto posible;
- ii) con relación a los niños, niñas y adolescentes migrantes que se encuentran con sus familias, los Estados deben orientar las medidas que adopten hacia la protección del principio de la unidad familiar y del principio de interés superior del niño; lo anterior requiere que los Estados no recurran en primer término a la detención de toda la familia como una medida tendiente a garantizar la unidad familiar y la protección del interés superior del niño, sino que por el contrario, el principio de excepcionalidad de la detención y la necesidad de implementar medidas alternativas debe cobijar al resto de su familia;
- iii) con relación a los niños no acompañados o separados de sus familias, el Estado debe adoptar medidas para la protección de sus derechos en las que se prioricen soluciones alrededor de la familia y la comunidad y no en la detención o institucionalización, estas medidas pueden ir desde su retorno a su país en condiciones de seguridad y la

---

<sup>217</sup> CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2010. Capítulo IV. Cuba*. OEA.Ser.L/V/II. Doc. 5 corr. 1, 7 de marzo de 2011, párrs. 369 y 366-374. En Cuba el derecho de residencia y tránsito no se encuentra amparado constitucionalmente, lo cual constituye una carencia incompatible con las garantías del sistema regional de derechos humanos. Mas aún, de conformidad con el artículo 216 inciso 1) del Código Penal de Cuba se establece que quien salga del territorio nacional o realice actos tendientes a salir del territorio sin cumplir con las formalidades legales incurre en sanción de privación de libertad de uno a tres años o multa de trescientas a mil cuotas. El Artículo 216 del Código Penal de Cuba, Capítulo XI, Sección Segunda. El inciso 2 del mismo artículo señala que “Si para la realización del hecho a que se refiere el apartado anterior, se emplea violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas, la sanción es de privación de libertad de tres a ocho años”. El inciso 3 establece que “Los delitos previstos en los apartados anteriores se sancionan con independencia de los que se cometan para su ejecución o en ocasión de ella”.

- reintegración con su familia o a través de la regularización de su condición migratoria y posterior implementación de medidas de protección permanentes; y
- iv) en lo que respecta a la situación de los niños solicitantes de asilo, protección complementaria o apátridas, no deberían ser detenidos bajo ningún supuesto y el Estado debe adoptar las medidas que sean necesarias para responder a sus necesidades de protección internacional.

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

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

125. Partiendo de la base que la detención o privación de la libertad de migrantes y, con mayor razón, cuando se trata de menores de edad, debe ser una medida de último recurso, excepcional, temporal y por el menor tiempo posible, la Comisión estima que los Estados deben garantizar en su legislación programas de alternativas a la detención de los niños, niñas y adolescentes migrantes con la finalidad de proteger su interés superior. En este sentido, la Comisión estima necesario recordar que los programas de alternativas a la detención representan una opción más equilibrada a fin de dar cumplimiento al interés legítimo del Estado de asegurar el cumplimiento de la normativa migratoria.<sup>218</sup> Como lo ha mencionado la CIDH en sus Principios Interamericanos sobre Personas Privadas de Libertad “los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos deberán incorporar, por disposición de la ley, una serie de medidas alternativas o sustitutivas a la privación de libertad, en cuya aplicación se deberán tomar en cuenta los estándares internacionales sobre derechos humanos en esta materia”.

126. Tal como lo señaló en la sección anterior, la Comisión considera que, como regla general, los niños, niñas y adolescentes migrantes no deben ser detenidos en razón de su condición migratoria bajo ningún supuesto; y que sólo se les puede restringir o privar de su libertad como una medida cautelar de último recurso y siempre que se hayan agotado todas las medidas alternativas a la restricción o privación de su libertad, en caso de que la detención o restricción sea absolutamente necesaria, ésta debe estar justificada por la ley y ser por el periodo más corto posible. Como lo señala el ACNUR “la detención sólo debería tener lugar luego de una consideración cabal de todas las posibles alternativas”<sup>219</sup>. Por tal razón, al establecer medidas alternativas a

<sup>218</sup> CIDH, *Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: Detenciones y Debido Proceso*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 78/10, 30 diciembre 2010, párr. 18.

<sup>219</sup> ACNUR, *Directrices del ACNUR sobre los criterios y estándares aplicables para la detención de solicitantes de asilo*, febrero de 1999, párr. 3.

la detención para los niños, niñas y adolescentes migrantes dentro del marco de los procedimientos migratorios, la Comisión nota que las *Directrices de Naciones Unidas sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños y Niñas*, contienen algunos lineamientos generales, que aplicados a las alternativas a la detención o privación de la libertad de niños, podrían guiar a los Estados al momento de regularlas, por ejemplo:

- a) Tener plenamente en cuenta la conveniencia, en principio, de mantenerlo lo más cerca posible de su lugar de residencia habitual, a fin de facilitar el contacto con su familia y la posible reintegración en ella y de minimizar el trastorno ocasionado a su vida educativa, cultural y social;
- b) El acogimiento alternativo no debería ejercerse nunca con el fin primordial de promover los objetivos políticos, religiosos o económicos;
- c) Tratar a los niños, niñas y adolescentes migrantes en todo momento con dignidad y respeto y debe gozar de una protección efectiva contra el abuso, el descuido y toda forma de explotación, cualquiera que sea la medida alternativa escogida;
- d) La pobreza económica y material, o las condiciones imputables directa y exclusivamente a esa pobreza o el mero hecho de que el niño, niña o adolescente se encuentre separado o no acompañado, no deberían constituir nunca la única justificación para privarlo de la libertad y no acceder a alternativas menos lesivas de sus derechos humanos que no implique dicha privación;
- e) Mantener, en su caso, los vínculos familiares o fraternos sin que los hermanos o familiares sean separados a la hora de adoptar las medidas alternativas, a menos que sea contrario a sus interés superior;
- f) Que las alternativas garanticen el acceso a la educación y a los servicios de salud y otros servicios básicos, el derecho a la identidad, la libertad de religión o de creencia y el uso de su idioma, o;
- g) Garantizar el apoyo y la protección de un tutor legal u otro adulto reconocido responsable o de una entidad pública competente;

127. Conforme a las *Directrices de Naciones Unidas sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños y Niñas*, la Comisión recomienda que la toma de decisiones sobre las alternativas a la detención o privación de la libertad de niños, niñas y adolescentes migrantes que responda a su interés superior, debería formar parte de un procedimiento administrativo, conforme garantías jurídicas y revisable por las autoridades judiciales. En este sentido, la Comisión estimó al referirse a los procedimientos de identificación de riesgos y de las necesidades de protección de los niños y niñas migrantes, que las decisiones debieran basarse en una evaluación, planificación y revisión rigurosas, por medio de estructuras y mecanismos establecidos, y realizarse caso por caso, por profesionales debidamente calificados en un equipo multidisciplinario, siempre que sea posible, consultando a los niños y niñas en todas las fases del proceso, de forma adecuada a su desarrollo evolutivo, y en consideración de sus antecedentes étnicos, culturales, lingüísticos y religiosos, el

entorno familiar y social, el historial médico y cualesquiera otras necesidades especiales<sup>220</sup>.

128. La Comisión también observa que para el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “las salvaguardias aplicables a las alternativas a la detención deberían ser tan rigurosas como las que se aplican a las situaciones de detención, como velar por que la medida alternativa esté establecida por ley, no sea discriminatoria ni en su finalidad en sus efectos y esté sujeta a examen judicial, y que el migrante tenga acceso a asesoramiento letrado. Los Estados deberían utilizar siempre los medios menos restrictivos necesarios como alternativas a la detención”<sup>221</sup>.

129. Conforme a lo anterior, la Comisión considera que en cada caso en que un niño, niña o adolescente esté sujeto a un procedimiento migratorio, los Estados deberán determinar, conforme al principio de interés superior del niño y los principios de fin legítimo, idoneidad, necesidad y proporcionalidad, si existen medidas alternativas a la detención que, por un lado, idóneamente se ajusten a la finalidad legítima perseguida por los Estados, pero que, por otra, resulten las menos lesivas en consideración a su situación particular<sup>222</sup>. Así, la CIDH sostuvo que “dado que se parte de la presunción del derecho a la libertad personal [...] los programas de alternativas a la detención [...] deben ser también medidas razonables que guarden relación de proporcionalidad con el cumplimiento de un objetivo legítimo del Estado”<sup>223</sup>.

130. Conforme a lo anterior, la Comisión observa que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sostuvo en un caso de asilo, que el Estado en cuestión no había demostrado, dadas las circunstancias especiales del autor, que no hubiera medios menos drásticos para alcanzar el mismo objetivo, es decir, la aplicación de la política de inmigración de dicho Estado, como lo sería la imposición de la obligación de presentarse a las autoridades competentes, el depósito de fianza u otras condiciones que tuviesen en cuenta la deterioración del estado del autor. En estas circunstancias, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas expresó que “cualquiera fuesen las razones para la detención inicial, la continuación de la detención por las autoridades de inmigración durante más de dos años sin

---

<sup>220</sup> Naciones Unidas, *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños*, A/RES/64/142, 24 de febrero de 2010, directriz 58.

<sup>221</sup> Naciones Unidas, Asamblea General, *Estudio de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los problemas y las mejores prácticas en relación con la aplicación del marco internacional para la protección de los derechos del niño en el contexto de la migración*, A/HRC/15/29, 5 de julio de 2010, párr. 55.

<sup>222</sup> La Corte ha analizado el cumplimiento de estos requisitos ante medidas restrictivas de derechos contenidos en la Convención Americana. Véase la Corte Interamericana ha tomado en cuenta estos criterios en casos relacionados con restricciones en el ejercicio de los derechos consagrados en la Convención Americana. Véase Corte I.D.H., *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador*. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 93; *Caso Kimel Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No, párrs. 58, 70, 74 y 84; *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 193, párr. 56 y; *Caso Escher y otros Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio de 2009, párr. 129.

<sup>223</sup> CIDH, *Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: Detenciones y Debido Proceso*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 78/10, 30 diciembre 2010, párr. 41.

justificación individual y sin posibilidad alguna de examen judicial en cuanto al fondo fue, a juicio del Comité, arbitraria”<sup>224</sup>.

131. La Comisión observa que, por lo general, la imposición de la obligación de presentarse o comparecer ante las autoridades competentes podría ser una alternativa adecuada y menos lesiva a la detención de niños, niñas y adolescentes migrantes. A través de sus visitas a países, la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias de la CIDH han recomendado la conveniencia de la implementación de programas de alternativas a la detención. Al respecto la Relatoría ha recomendado que en vez de la detención migratoria, los Estados deben procurar utilizar medidas alternativas a la detención como un mecanismo para garantizar la comparecencia de una persona a un procedimiento de expulsión y al cumplimiento de la decisión adoptada por la autoridad migratoria<sup>225</sup>.

132. Respecto a mecanismos de monitoreo como alternativa a la detención, el ACNUR ha señalado que “puedan emplearse como alternativas viables a la detención [...] y que] estas deberían ser utilizadas en primer término, a menos que exista evidencia para sugerir que tal alternativa no será efectiva en el caso individual”<sup>226</sup>.

133. En el informe realizado tras la visita a México en el 2002, la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias de la CIDH destacó que medidas alternativas, tal como la implementación de la custodia por terceras personas, constituyen también una buena práctica dirigida a buscar alternativas a la detención que no limiten la libertad personal. La Relatoría también sostuvo que la custodia por terceras personas garantiza a las personas sujetas a esta medida la posibilidad de incorporarse y adaptarse de manera más fácil<sup>227</sup>.

134. La Comisión estima necesario, que los Estados extremen sus esfuerzos para generar programas de alternativas a la detención de los niños migrantes, y, en caso de que sea estrictamente necesario detener a un niño migrante en un centro de detención de migrantes o en un albergue para niños migrantes, el Estado tiene la obligación de que el niño esté durante el menor tiempo posible en dicha institución y que la misma cuente con personal y condiciones que respeten la dignidad humana del niño.<sup>228</sup> Sin perjuicio, de fortalecer sus programas de apoyo familiar para prevenir la inmigración y la separación de los niños de sus familias.

---

<sup>224</sup> Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, *C. contra Australia*, Comunicación No. 900/1999, Australia, CCPR/C/76/D/900/1999, 13 de noviembre de 2002, párr. 8.2.

<sup>225</sup> CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2001: Capítulo V. Tercer Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias*, 16 de abril de 2002, Conclusiones y Recomendaciones No. 12.

<sup>226</sup> ACNUR, *Directrices del ACNUR sobre los Criterios y Estándares Aplicables con Respecto a la Detención de Solicitantes de Asilo*, Ginebra, 10 de febrero de 1999, directriz 3.

<sup>227</sup> Véase CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2003: Capítulo V. Quinto Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias*, 29 de diciembre de 2003, párrs. 345 y 413.

<sup>228</sup> Informe del Relator Especial sobre Derechos Humanos de los Migrantes, presentado ante el Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/11/7, 14 de mayo de 2009, párrs. 60-62.

135. En la actualidad, la mayoría de las legislaciones en materia de migración del continente americano evidencian vacíos de protección o incluso proveen respuestas contrarias a los derechos de los niños migrantes.<sup>229</sup> A pesar de que en la actualidad no existe una implementación generalizada de las medidas alternativas a la detención en la región, la Comisión estima pertinente reconocer los avances que se empiezan a dar de manera gradual en algunos países en lo que respecta a la salvaguarda del derecho a la libertad personal de los niños, niñas y adolescentes migrantes. En este sentido, La Comisión destaca la prohibición absoluta de detener a todo migrante menor de 18 años que ha sido establecida en la legislación de Panamá<sup>230</sup>. Por otra parte, otras buenas prácticas incluyen la legislación migratoria de Venezuela, en la cual se establecen programas de alternativas a la detención para migrantes en general, tales como la presentación periódica ante la autoridad competente en materia de extranjería y migración, la prohibición de salir de la localidad en la cual resida sin la correspondiente autorización, prestación de una caución monetaria adecuada, para lo cual deberá tomarse en consideración la condición económica del extranjero o extranjera, residenciarse mientras dure el procedimiento administrativo en una determinada localidad, cualquier otra que estime pertinente a fines de garantizar el cumplimiento de la decisión de la autoridad competente, siempre que dicha medida no implique una privación o restricción al derecho a la libertad personal.<sup>231</sup> Por último, la reciente Ley de Migración y Extranjería de Costa Rica prevé una serie de medidas cautelares, tales como: 1) presentación y firma periódica ante las autoridades competentes, 2) orden de aprehensión de la persona extranjera, de conformidad con los tiempos y plazos establecidos en la presente Ley, 3) caución, 4) decomiso temporal de documentos, 5) detención domiciliaria.<sup>232</sup>

136. En conclusión, la Comisión manifiesta su preocupación respecto a la ausencia de leyes y políticas públicas que garanticen el derecho a la libertad personal de los niños, niñas y adolescentes migrantes, conforme a los principios del interés superior del niño y de la unidad familiar de los niños migrantes en la región.

137. En virtud de lo expuesto en esta sección, la CIDH solicita a la Corte Interamericana que concluya y declare que de conformidad con el principio de igualdad y no discriminación, el principio del interés superior del niño y los artículos 1, 2, 5, 7, 8, 19 y 25 de la Convención Americana y los artículos I, II, V, VII, XVIII, XXV y XXVII de la Declaración Americana, los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos deben garantizar a través de leyes y su normatividad interna la creación de mecanismos o medidas alternativas a la detención o privación de la libertad de niños, niñas y adolescentes migrantes.

---

<sup>229</sup> Para mayor información a nivel de América Latina y el Caribe, véase Universidad Nacional de Lanús – Centro de Derechos Humanos y Oficina Regional de UNICEF para América Latina y el Caribe/TACRO, *Estudio sobre los estándares jurídicos básicos aplicables a niños y niñas migrantes en situación migratoria irregular en América Latina y el Caribe: Estándares Jurídicos Básicos y Líneas de Acción para su Protección*. Buenos Aires, 2009, pp. 17 y ss.

<sup>230</sup> Panamá, Decreto Ley No. 3 de 22 de febrero de 2008, artículo 93.

<sup>231</sup> Venezuela, Ley de Extranjería y Migración, Ley No. 37.944 de 24 de mayo de 2004, artículo 46.

<sup>232</sup> Costa Rica, Ley General de Migración y Extranjería, Ley No. 8764 de 1 de septiembre de 2009, artículo 211.

## VI. CONDICIONES BÁSICAS QUE DEBIERAN CUMPLIR LOS CENTROS DE DETENCIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES MIGRANTES Y OBLIGACIONES PRINCIPALES QUE LOS ESTADOS TIENEN RESPECTO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES QUE SE ENCUENTRAN BAJO SU CUSTODIA

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

138. Como observamos en secciones anteriores, en principio, la detención así como cualquier forma de privación de la libertad de los niños, niñas y adolescentes migrantes está prohibida. Sin embargo, en caso de que los niños, niñas y adolescentes migrantes no puedan ser cuidados por sus padres, tutores o familiares y no estén habilitadas medidas alternativas a las medidas privativas de la libertad, éstos podrán ser ubicados en centros de detención, por el tiempo más corto posible, como un último recurso y con la finalidad de brindarles atención y alojamiento conforme a la noción de protección integral<sup>233</sup>.

139. La custodia de los niños, niñas y adolescentes migrantes, en principio, corresponde a sus padres o tutores. Sin embargo, en diversos casos la obligación de custodia de los niños, niñas y adolescentes recae en los Estados, por ejemplo, en el caso de los niños, niñas y adolescentes no acompañados o separados. En estos casos, los Estados tienen una posición especial de garante de la vida y de la integridad personal de estos niños, niñas y adolescentes, toda vez que las autoridades migratorias ejercen un control sobre éstos. Dicha posición obliga a los Estados a adoptar medidas especiales, con mayor cuidado y responsabilidad que las que adopte respecto a personas mayores de edad migrantes, de forma que garanticen condiciones básicas compatibles con su dignidad mientras permanecen temporalmente en los centros de detención<sup>234</sup>.

140. La Corte Interamericana concluyó que los Estados están obligados a “adoptar determinadas medidas positivas, concretas y orientadas, para garantizar no sólo el goce y ejercicio de aquellos derechos cuya restricción no resulta un efecto colateral de la situación de privación de la libertad, sino también para asegurar que la

---

<sup>233</sup> La Comisión ha sostenido que la Convención sobre los Derechos del Niño implica un cambio sustancial respecto de la manera de tratar el tema de la infancia. Esta transformación se conoce como la sustitución de la ‘doctrina de la situación irregular’ por la ‘doctrina de la protección integral’, que en otros términos significa pasar de una concepción de los ‘menores’ como objeto de tutela y protección, a considerarlos como sujetos plenos de derecho. CIDH, *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay*, OEA/Ser.L/VII.110, Doc. 52, 9 de marzo de 2001, capítulo VII, párr. 11.

<sup>234</sup> Véase Corte I.D.H., *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrs. 56, 59 y 60.

misma no genere un mayor riesgo de afectación a los derechos, a la integridad y al bienestar personal y familiar de las personas migrantes”<sup>235</sup>.

141. Con relación a los niños, niñas y adolescentes en instituciones, la Corte Interamericana ha sostenido que “[l]a eficaz y oportuna protección de los intereses del niño [...] debe brindarse con la intervención de instituciones debidamente calificadas para ello, que dispongan de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas”<sup>236</sup>.

142. Durante sus visitas a países, la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias de la CIDH ha observado con preocupación que, en términos generales, las instalaciones y el trato a las personas detenidas en las estaciones migratorias no cumplen con los estándares internacionales sobre la materia. Por ejemplo, los cuartos de los migrantes no cuentan con una adecuada circulación de aire, en lugar de ventanas tienen pequeñas rendijas que dificulta la entrada de luz y se utilizan rejas, similares a las de las prisiones, para dividir los espacios de habitación. Asimismo, la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias de la CIDH ha constatado prácticas como el encierro bajo llave de los migrantes durante horas de la noche y la utilización en algunos casos de celdas de castigo.<sup>237</sup>

143. Respecto a los centros en los que están detenidos niños, niñas y adolescentes migrantes, el Estudio sobre Niños, Niñas y Adolescentes en el Contexto de la Migración reconoce que en los Estados

es frecuente que los niños detenidos como inmigrantes estén expuestos a condiciones gravemente inadecuadas, como condiciones de vida deplorables, la falta de una atención médica suficiente (que incluye la atención psicológica), violencia y abusos físicos y sexuales, hacinamiento y nutrición insuficiente. Pueden estar detenidos junto con adultos que no son sus familiares o ser separados arbitrariamente de sus padres u otros familiares. Si bien es posible que todos los migrantes estén detenidos en instalaciones inadecuadas, como cárceles donde están reclusos delincuentes convictos, los niños detenidos en centros de internamiento para inmigrantes no suelen tener además acceso a servicios adecuados de educación, juegos y ocio ni a personal capacitado para atender las necesidades específicas de los niños migrantes<sup>238</sup>.

144. Si la CIDH ha sostenido que la obligación de protección de la vida y de la integridad personal de los niños, niñas y adolescentes privados de la libertad por infringir las leyes penales exige que los Estados se preocupen particularmente de las

---

<sup>235</sup> Corte I.D.H. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párr. 209.

<sup>236</sup> Corte I.D.H., *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 78.

<sup>237</sup> Véase, por ejemplo, CIDH, *Observaciones Preliminares de la Relatoría sobre los Derechos de los Migrantes de la CIDH a México*, Anexo al Comunicado de Prensa 82/11, pág. 6.

<sup>238</sup> Naciones Unidas, Asamblea General, *Estudio de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los problemas y las mejores prácticas en relación con la aplicación del marco internacional para la protección de los derechos del niño en el contexto de la migración*, A/HRC/15/29, 5 de julio de 2010, párr. 51.

circunstancias de la vida que llevarán<sup>239</sup>, esto resulta aplicable con mayor razón aun en el caso de niños, niñas y adolescentes migrantes ubicados en centros de detención. La Comisión considera que los Estados deben cumplir con diversos estándares internacionales y garantizar que los centros de detención de niños, niñas y adolescentes migrantes ofrezcan el mismo nivel de protección y cuidado que tendrían los niños nacionales del Estado de que se trate<sup>240</sup>. Por ningún motivo los centros de detención pueden ser asimilables a cárceles, dado que su finalidad no es de carácter punitivo sino cautelar<sup>241</sup>.

145. A continuación, la CIDH indicará cuáles son las condiciones básicas que debieran cumplir los centros de detención de niños, niñas y adolescentes migrantes y las obligaciones que los Estados tienen respecto de los niños, niñas y adolescentes que se encuentren bajo su custodia. Como dichos centros de detención constituyen instituciones de cuidado y de protección, la Comisión considera que los *Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas*, la Convención sobre los Derechos del Niño, las *Reglas para la protección de menores privados de la libertad* (en adelante “Reglas de La Habana”)<sup>242</sup> y la *Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños* son aplicables para interpretar el alcance del deber de protección especial de los Estados conforme a los artículos 19 de la Convención Americana y VII de la Declaración Americana<sup>243</sup>.

### **Registro y habilitación de centros de detención de niños, niñas y adolescentes migrantes**

146. La CIDH considera que los Estados deben adoptar las medidas necesarias a efecto de garantizar que los centros de detención de niños, niñas y adolescentes migrantes cumplan criterios técnicos para su acreditación y habilitación, atendiendo a: los objetivos de la institución; la idoneidad y aptitudes profesionales y éticas del personal; las condiciones materiales en las que se encuentran los niños, niñas y adolescentes migrantes; la modalidad de gestión; los recursos financieros; y a las especificidades de cada centro migratorio en consonancia con las necesidades diferenciadas de los niños, niñas y adolescentes migrantes<sup>244</sup>.

<sup>239</sup> CIDH, *Informe sobre Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 78, 13 de julio de 2011, párr. 457.

<sup>240</sup> Naciones Unidas, *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños*, A/RES/64/142, 24 de febrero de 2010, directriz 141.

<sup>241</sup> Naciones Unidas, Asamblea General, *Informe del Relator Especial sobre los derechos de los migrantes*, Sr. Jorge Bustamante, A/HRC/17/33, 21 de marzo de 2011, párr. 105.

<sup>242</sup> Naciones Unidas, *Reglas para la protección de menores privados de la libertad (Reglas de La Habana)*. Adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 45/113 de 14 de diciembre de 1990.

<sup>243</sup> La CIDH ha considerado que el marco jurídico de protección de los derechos humanos de los niños no se limita a la disposición del artículo 19 de la Convención Americana o a la del artículo VII de la Declaración Americana, sino que incluye para fines de interpretación, entre otras, la Convención sobre los Derechos del Niño y las Reglas de La Habana. Véase CIDH, *Informe sobre Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 78, 13 de julio de 2011, párr. 18.

<sup>244</sup> Naciones Unidas, *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños*, A/RES/64/142, 24 de febrero de 2010, directriz 105. Asimismo, la directriz 73 establece que: “[t]odos los proveedores de servicios de acogimiento alternativo deberían haber sido declarados idóneos o habilitados de conformidad con las disposiciones legales”.

147. La Comisión considera importante que los Estados establezcan un registro específico y centralizado que incluya a todos los centros de detención de niños, niñas y adolescentes migrantes, a efecto de que puedan cumplir con sus obligaciones de control y supervisión. Dicho registro debe conferir a estos centros una habilitación para poder funcionar por un periodo determinado cuando las mismas reúnan los requisitos mínimos establecidos por los Estados, conforme a la normativa internacional de derechos humanos. El registro y la habilitación mencionados deben ser objeto de revisión periódica y ser debidamente actualizado.

***Custodia y atención individualizada, calificada y especializada***

148. La Comisión coincide con el Comité de los Derechos del Niño en que, sin perjuicio de la autonomía progresiva de los niños, niñas y adolescentes, toda persona menor de 18 años se encuentra, o debe encontrarse, “bajo la custodia” de alguien

[...] la definición de "cuidadores", que, según el artículo 19, párrafo 1, son "los padres, [...] un representante legal o [...] cualquier otra persona que [...] tenga [al niño] a su cargo", comprende a las personas con una clara responsabilidad legal, ético profesional o cultural reconocida respecto de la seguridad, la salud, el desarrollo y el bienestar del niño [como es el caso del] personal de las instituciones [...] encargado de la atención de niños, [...]. En el caso de los niños no acompañados, el cuidador de facto es el Estado<sup>245</sup>

149. En relación con los niños, niñas y adolescentes migrantes que se encuentran en centros de detención, el derecho internacional ha establecido claramente que en ningún caso éstos pueden quedar privados del apoyo y la protección de un tutor legal u otro adulto reconocido responsable o de una entidad pública competente<sup>246</sup>. Esta persona estará encargada de velar que el niño cuente con representación legal, se protejan sus derechos y asista al niño en la localización de sus padres. En este sentido

[...] las personas que asuman esa responsabilidad legal deberían ser personas de buena reputación, con un buen conocimiento de los problemas que afectan a la infancia, la aptitud para trabajar directamente con niños y una buena comprensión de las necesidades culturales y especiales de los niños que se les hayan de confiar. Deberían recibir la formación y el apoyo profesional pertinentes a este respecto. Deberían estar en condiciones de adoptar decisiones imparciales e independientes que respondan al interés superior de los niños interesados y que promuevan y salvaguarden el bienestar de cada niño<sup>247</sup>.

<sup>245</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 13, *Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia*, CRC/C/GC/13, 18 de abril de 2011, párr. 33.

<sup>246</sup> Naciones Unidas, *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños*, A/RES/64/142, 24 de febrero de 2010, directriz 19. Véase Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 6, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, CRC/ GC/2005/6, 1º de septiembre de 2005, párrs. 33 y 34.

<sup>247</sup> Naciones Unidas, *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños*, A/RES/64/142, 24 de febrero de 2010, directriz 103.

150. La persona o entidad competente que haya sido designada como tutor debería ser investida con el derecho y la responsabilidad legal de adoptar determinadas decisiones en lugar de los padres o responsables legales<sup>248</sup>. De conformidad con lo dispuesto en las *Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños*, los Estados deben velar por el establecimiento de un mecanismo encargado de designar y supervisar a esa persona o entidad<sup>249</sup>.

151. Asimismo, las *Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños* han dispuesto que los Estados deben garantizar una atención individualizada

los Estados deberían establecer estándares de acogimiento para garantizar la calidad y las condiciones propicias para el desarrollo del niño, como la atención individualizada y en pequeños grupos, y deberían evaluar los centros de acogida existentes con arreglo a esos estándares<sup>250</sup>.

152. En consecuencia, en los casos en los que las autoridades competentes hayan ordenado o autorizado que los niños, niñas o adolescentes sean atendidos en este tipo de establecimientos, éstos “deberían tener acceso a una persona de confianza en cuya absoluta reserva pudieran confiar” y ser informados de que “los estándares éticos o jurídicos pueden requerir en determinadas circunstancias la quiebra de la confidencialidad”<sup>251</sup>.

153. Por otro lado, no obstante la necesidad de establecer una serie de servicios de tipo general que atienda las necesidades de los niños, niñas y adolescentes migrantes, los centros de detención de niños, niñas y adolescentes migrantes deben contar con programas adecuados a los efectos de proporcionar atención especializada en razón de las necesidades particulares de cada niño, como los que están discapacitados, viven con VIH/SIDA, los lactantes o los niños pertenecientes a la primera infancia, víctimas de trata, entre otros<sup>252</sup>.

---

<sup>248</sup> Naciones Unidas, *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños*, A/RES/64/142, 24 de febrero de 2010, directriz 145. Conforme a ésta “se insta enérgicamente a los Estados a que, tan pronto como un niño no acompañado haya sido identificado, nombren a un tutor, o de ser necesario, otorguen su guarda a una organización responsable de su acogida y bienestar para que acompañen al niño durante todo el proceso de determinación de sus situación y toma de decisiones”.

<sup>249</sup> Naciones Unidas, *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños*, A/RES/64/142, 24 de febrero de 2010, directrices 101 y 102. La última de éstas dispone que: “[e]sa responsabilidad legal debería ser atribuida por las autoridades competentes y supervisada directamente por ellas o por medio de entidades formalmente acreditadas, incluidas las organizaciones no gubernamentales. La responsabilidad por los actos de la persona o entidad interesada debería recaer en el órgano otorgante”.

<sup>250</sup> Naciones Unidas, *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños*, A/RES/64/142, 24 de febrero de 2010, directriz 23. En relación a la exigencia de establecer estándares nacionales mínimos para el cuidado en las instituciones también: Consejo de Europa, *Recommendation Rec(2005)5 of the Committee of Ministers to member states on the rights of children living in residential institutions*, adoptada por el Comité de Ministros el 16 de marzo de 2005.

<sup>251</sup> Naciones Unidas, *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños*, A/RES/64/142, 24 de febrero de 2010, directriz 98.

<sup>252</sup> Véase CIDH, *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, OEA/Ser.LV/II.131, Doc. 38, 13 de marzo de 2008, principio X. También Naciones Unidas, *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños*, A/RES/64/142, 24 de febrero de 2010, directrices 82, 86 y 87.

154. Como lo ha sostenido la CIDH, “el personal que tenga bajo su responsabilidad la dirección, custodia, tratamiento, traslado, disciplina y vigilancia de personas privadas de libertad, deberá ajustarse, en todo momento y circunstancia, al respeto a los derechos humanos de las personas privadas de libertad y de sus familiares”<sup>253</sup>. El personal de los centros de detención de niños, niñas y adolescentes migrantes debe tener en cuenta, en cada caso, la diversidad y disparidad de los niños no acompañados o separados, como su origen étnico y migratorio o su diversidad cultural, lingüística y religiosa<sup>254</sup>. Dicha atención especializada debe estar orientada “a su seguridad y equilibrio físico y emocional, en un ambiente que estimule su desarrollo general”<sup>255</sup>. Los Estados deben brindar a todo el personal involucrado en el cuidado de los niños, niñas y adolescentes migrantes la capacitación necesaria para hacer frente a las necesidades de éstos y responder ante cualquier eventualidad, sobre todo en el caso de que tengan necesidades especiales o de protección internacional<sup>256</sup>.

### **Ubicación y condiciones de alojamiento**

155. La Comisión considera indispensable que los Estados dispongan de centros de detención de niños, niñas y adolescentes migrantes, preferentemente pequeños, que se encuentren cerca de las comunidades de origen de los niños<sup>257</sup> y minimizando el trastorno ocasionado a su vida educativa, cultural y social<sup>258</sup>. Como lo señala el Comité de los Derechos del Niño, los centros de detención de niños, niñas y adolescentes migrantes “no deberán localizarse en zonas aisladas donde no pueda accederse a recursos comunitarios adecuados desde el punto de vista cultural ni a asesoramiento jurídico. Los menores deberán tener oportunidad de establecer contactos periódicos con amigos y parientes [...] y recibir visitas de éstos”<sup>259</sup>, así como de las personas que los asistan legalmente<sup>260</sup>. Esto incluirá el contacto con sus

---

<sup>253</sup> CIDH, *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.131, Doc. 38, 13 de marzo de 2008, principio XX.

<sup>254</sup> Naciones Unidas, *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños*, A/RES/64/142, 24 de febrero de 2010, directriz 142. Véase también Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 6, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, CRC/GC/2005/6, 1º de septiembre de 2005, párr. 40.

<sup>255</sup> Naciones Unidas, *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños*, A/RES/64/142, 24 de febrero de 2010, directriz 41.

<sup>256</sup> Naciones Unidas, *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños*, A/RES/64/142, 24 de febrero de 2010, directrices 115 a 117.

<sup>257</sup> Naciones Unidas, *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños*, A/RES/64/142, 24 de febrero de 2010, directrices 85 y 159. Naciones Unidas, *Reglas para la protección de menores privados de la libertad (Reglas de La Habana)*, regla 30.

<sup>258</sup> Naciones Unidas, *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños*, A/RES/64/142, 24 de febrero de 2010, directrices 11 y 85.

<sup>259</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 6, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, CRC/ GC/2005/6, 1º de septiembre de 2005, párr. 63.

<sup>260</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 37, d); Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 6, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, CRC/ GC/2005/6, 1º de septiembre de 2005, párrs. 34, 36 y 63.

familiares y amigos en sus países de origen a través de servicios de comunicación como los telefónicos, Internet o postales, entre otros<sup>261</sup>.

156. También es importante que los Estados separen a los niños, niñas y adolescentes migrantes ubicados en los centros de detención de los adultos, a menos que ello sea contrario a su interés superior<sup>262</sup>. Asimismo, la CIDH ha expresado que la ocupación de establecimiento por encima del número de plazas establecido debe estar prohibido por la ley<sup>263</sup>.

157. Por su parte, la CIDH ha dispuesto que “en los lugares de privación de libertad de personal calificado y suficiente para garantizar la seguridad, vigilancia, custodia”<sup>264</sup>. La Comisión considera que en el caso de los niños, niñas y adolescentes migrantes es relevante que los Estados ofrezcan una protección adecuada, dentro y fuera de los centros de detención contra el secuestro, el tráfico, la venta y cualquier otra forma de explotación o trato cruel, inhumano y degradante como todo forma de castigo corporal<sup>265</sup>.

### **Mecanismos de monitoreo e inspecciones periódicas y mecanismos de interposición de quejas y denuncias**

158. La Comisión considera que los Estados deben crear mecanismos de inspección periódica de los centros de detención. Al respecto, las Reglas de La Habana disponen que “los inspectores calificados o una autoridad [...] que no pertenezca a la administración del centro deberán estar facultados para efectuar visitas periódicas, ya hacerlas sin previo aviso, por iniciativa propia, y para gozar de las plenas garantías de independencia en el ejercicio de esta función”<sup>266</sup>. La CIDH, considera que en las tareas de supervisión y monitoreo de los centros de detención de niños, niñas y adolescentes migrantes, los Estados deberán involucrar a la sociedad civil así como a los *ombudsmen* nacionales. Los centros migratorios deben estar sujetos a un escrutinio estricto<sup>267</sup>.

<sup>261</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 6, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, CRC/ GC/2005/6, 1º de septiembre de 2005, párr. 25.

<sup>262</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 37, c); Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 6, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, CRC/ GC/2005/6, 1º de septiembre de 2005, párr. 63.

<sup>263</sup> CIDH, *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.131, Doc. 38, 13 de marzo de 2008, principio XVII.

<sup>264</sup> CIDH, *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.131, Doc. 38, 13 de marzo de 2008, principio XX.

<sup>265</sup> Naciones Unidas, *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños*, A/RES/64/142, 24 de febrero de 2010, directrices 93 y 96.

<sup>266</sup> Naciones Unidas, *Reglas para la protección de menores privados de la libertad (Reglas de La Habana)*, regla 72.

<sup>267</sup> Corte IDH., *Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 126.

159. Asimismo, la CIDH considera que los niños, niñas y adolescentes migrantes ubicados en centros de detención deben tener acceso a un mecanismo para poder quejarse o denunciar violaciones a sus derechos humanos<sup>268</sup>.

### **Salud, Educación y Recreo**

160. La CIDH ha destacado que la primera obligación de “efecto inmediato derivada de los derechos económicos, sociales y culturales consiste en garantizar que se ejercerán en condiciones de igualdad y sin discriminación”<sup>269</sup>. La CIDH considera que la adopción de políticas sociales y medidas para garantizar este marco de derechos, los Estados deben identificar sectores tradicionalmente discriminados en el acceso a determinados derechos, como los niños, niñas y adolescentes migrantes, entre otros, y “fijar medidas especiales o garantizadas para afirmar y garantizar sus derechos en la implementación de sus políticas y servicios sociales”<sup>270</sup>.

161. Respecto al derecho de acceso a la salud, la CIDH ha señalado que “las personas privadas de libertad tendrán derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel posible de bienestar físico, mental y social”<sup>271</sup>. Asimismo, el Estudio sobre Niños, Niñas y Adolescentes en el Contexto de la Migración reconoce que

hay varias formas de impedir que los migrantes accedan efectivamente a la atención de la salud más allá de la prohibición expresa. Hay varias formas de impedir que los migrantes accedan efectivamente a la atención de la salud más allá de la prohibición expresa: los altos costos que la hacen inasequible; la exigencia de pago inmediato o comprobante de pago antes siquiera de recibir el servicio; la instrumentalización de la atención y los servicios de salud en las políticas de control de la inmigración, como es la imposición a los profesionales de la salud del deber de denunciar a los migrantes indocumentados; el miedo a la deportación o la detención; y, por último, la falta de información sobre los derechos y las garantías de los migrantes en relación con los servicios y productos en la esfera de la salud<sup>272</sup>.

162. Para la Comisión, los Estados están obligados a proporcionar a los niños, niñas y adolescentes migrantes acceso a la atención de la salud. Los niños,

---

<sup>268</sup> CIDH, *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.131, Doc. 38, 13 de marzo de 2008, principio VII. Naciones Unidas, *Reglas para la protección de menores privados de la libertad (Reglas de La Habana)*, regla 75.

<sup>269</sup> CIDH, *Lineamientos para la Elaboración de Indicadores de Progreso en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, OEA/Ser.L/V/II.132, 19 de julio de 2008, párr. 48. Este principio ha sido avanzado asimismo de forma reciente por el Grupo de Trabajo del Protocolo de San Salvador, ver Organización de los Estados Americanos, *Indicadores de Progreso para Medición de Derechos Contemplados en el Protocolo de San Salvador*, OEA/Ser.L/XXV.2.1/GT/PSSI/doc.2/11, 11 de marzo de 2011, párr. 43.

<sup>270</sup> CIDH, *Lineamientos para la Elaboración de Indicadores de Progreso en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, OEA/Ser.L/V/II.132, 19 de julio de 2008, párrs. 53 y 55.

<sup>271</sup> CIDH, *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.131, Doc. 38, 13 de marzo de 2008, principio X.

<sup>272</sup> Naciones Unidas, Asamblea General, *Estudio de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los problemas y las mejores prácticas en relación con la aplicación del marco internacional para la protección de los derechos del niño en el contexto de la migración*, A/HRC/15/29, 5 de julio de 2010, párr. 63.

niñas y adolescentes migrantes ubicados en los centros de detención deberán recibir una alimentación sana y nutritiva en cantidad suficiente, que considere la cultura y religión de los niños y niñas, tener acceso a agua potable suficiente y adecuada para su consumo<sup>273</sup>, y los cuidadores de dichos centros deberán promover la salud de éstos “y tomar disposiciones para proporcionarles atención médica, orientación y apoyo cuando sea necesario”<sup>274</sup>. Los centros de detención debieran disponer de medios apropiados para satisfacer las necesidades sanitarias y de higiene, respetando las diferencias y la interacción entre los géneros, y de un lugar adecuado, seguro y accesible para guardar sus efectos personales<sup>275</sup>. Respecto a las niñas deberán existir instalaciones especiales, así como personal y recursos apropiados para el tratamiento de niñas embarazadas o de las que acaban de dar a luz<sup>276</sup>. Finalmente, es muy importante que los Estados proporcionen servicios de rehabilitación, física y psicológica, a los niños, niñas y adolescentes migrantes, sobre todo a aquéllos víctimas de cualquier forma de discriminación o violencia, a través de personal capacitados para esos efectos y en consideración de las necesidades particulares de cada niño, niña o adolescente<sup>277</sup>. La administración de cualquier fármaco deberá ser siempre autorizada, efectuada por persona calificada y, en la medida de lo posible, después de obtener el consentimiento informado de los niños, niñas o adolescentes migrantes<sup>278</sup>.

163. La CIDH ha sostenido que “la enseñanza primaria o básica será gratuita para las personas privadas de libertad, en particular, para los niños y niñas” debiendo funcionar los servicios de educación en estrecha coordinación e integración con el sistema de educación pública<sup>279</sup>. Como lo ha sostenido la Corte IDH, el acceso a la educación es una de las medidas de protección especial que los Estados partes tienen deber de cumplir también en el caso de los niños, niñas y adolescentes en el contexto de la migración<sup>280</sup>. Así, para el Comité de los Derechos del Niño, los Estados tienen la obligación de garantizar “el acceso permanente a la educación durante todas las etapas del ciclo de desplazamiento”, sin discriminación y, en particular, las niñas

---

<sup>273</sup> CIDH, *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.131, Doc. 38, 13 de marzo de 2008, principio XI.

<sup>274</sup> Naciones Unidas, *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños*, A/RES/64/142, 24 de febrero de 2010, directrices 83 y 84.

<sup>275</sup> Naciones Unidas, *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños*, A/RES/64/142, 24 de febrero de 2010, directriz 89.

<sup>276</sup> CIDH, *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.131, Doc. 38, 13 de marzo de 2008, principio X.

<sup>277</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 6, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, CRC/ GC/2005/6, 1º de septiembre de 2005, párrs. 46 a 48.

<sup>278</sup> Naciones Unidas, *Reglas para la protección de menores privados de la libertad (Reglas de La Habana)*, regla 55.

<sup>279</sup> CIDH, *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.131, Doc. 38, 13 de marzo de 2008, principio XIII. Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 39; Naciones Unidas, *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños*, A/RES/64/142, 24 de febrero de 2010, directriz 85.

<sup>280</sup> Corte IDH., *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 185.

migrantes tendrán acceso igualitario a la educación. Los niños, niñas y adolescentes tendrán derecho a mantener su identidad y sus valores culturales y, en especial, a conservar y cultivar su idioma nativo<sup>281</sup>.

164. En virtud de lo expuesto en esta sección, la CIDH solicita a la Corte Interamericana que concluya y declare que de conformidad con el principio de igualdad y no discriminación, el principio del interés superior del niño y los artículos 1, 2, 5, 7, 19, y 25 de la Convención Americana y los artículos I, II, V, VII, XVIII, XXV y XXVII de la Declaración Americana, los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos deben garantizar por medio de sus leyes, políticas y prácticas la protección de aquellos niños, niñas y adolescentes migrantes en que como último recurso, tras haber agotado todas las opciones en cuanto a medidas alternativas a la detención, tengan que ser detenidos en centros migratorios durante el tiempo más corto posible y que dichos centros cumplan con las condiciones descritas anteriormente.

## VII. EL PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN EN RELACIÓN CON LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

***¿Cuál es el alcance y contenido del principio de no devolución a la luz de los artículos 1, 2, 4.1, 5, 7, 8, 19, 22.7, 22.8 y 25 de la Convención Americana, artículo 13.4 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, y de los artículos I, XXV y XXVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, al adoptarse medidas que puedan implicar el retorno de un niño, niña o adolescente a un país determinado?***

165. El desarrollo más importante de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados tiene que ver con el establecimiento del principio de no devolución (*non-refoulement*) en su artículo 33, el cual prohíbe la devolución de un refugiado a un país “donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas.” Este principio ha sido reconocido como la piedra angular del derecho de asilo y del derecho internacional de los refugiados. La importancia de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967 es ampliamente reconocida por los Estados. En la actualidad, 147 Estados son partes de uno o ambos instrumentos.<sup>282</sup>

166. En lo que respecta al sistema interamericano, el principio de no devolución tiene un amplio alcance conforme a lo establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la Convención Interamericana para Prevenir y Castigar la Tortura. El artículo 22.8 de la Convención Americana establece que

---

<sup>281</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 6, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, CRC/ GC/2005/6, 1º de septiembre de 2005, párr. 41.

<sup>282</sup> CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Cuarto Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias*. OEA/Ser.L/V/II.117 Doc. 1 rev. 1, 7 de marzo de 2003, párr. 97.

En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.

167. Por su parte, el inciso 4 del artículo 13 de la Convención Interamericana para Prevenir y Castigar la Tortura dispone que

No se concederá la extradición ni se procederá a la devolución de la persona requerida cuando haya presunción fundada de que corre peligro su vida, de que será sometido a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes o de que será juzgada por tribunales de excepción o *ad hoc* en el Estado requirente.

168. Con relación al principio de no devolución, la Comisión considera que del texto del artículo 22.8 de la Convención Americana implica una prohibición absoluta contra la expulsión o devolución (*refoulement*) de todo extranjero (no sólo respecto de refugiados), sin excepciones de ninguna clase.<sup>283</sup> A su vez, el artículo 13.4 de la Convención Interamericana para Prevenir y Castigar la Tortura complementa la amplia protección contra la devolución que prevé el artículo 22.8 de la Convención Americana, al referirse también a la situación de las personas que se encuentran en proceso de extradición y al ampliar la protección a aquellas personas que tengan una presunción fundada de pueden ser sometidas a torturadas, tratos crueles, inhumanos o degradantes o de que serán juzgadas por tribunales de excepción *ad hoc* en el Estado requirente. Una vez más, esta norma implica una prohibición absoluta de devolución de acuerdo a una serie de criterios más amplios de elegibilidad.<sup>284</sup>

169. De acuerdo con lo señalado por Hathaway, desde mediados de la década de los 80 se ha venido dando un desarrollo en el derecho internacional de los derechos humanos, en particular a través de la práctica de los órganos regionales de protección de derechos humanos, que ha empujado el umbral del derecho de no devolución (*non-refoulement*); por ejemplo, no sólo aplicándolo a los refugiados sino a cualquier persona en una situación similar a la de los refugiados (por ejemplo, extranjeros solicitando protección internacional complementaria). Lo que incluye a aquellas personas que están “en riesgo de tortura o de tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes, pero también aplica en aquellos casos en donde hay una amenaza a: la vida; al derecho a estar libre de esclavitud; la libertad y la seguridad de

---

<sup>283</sup> En este mismo sentido, véase, CIDH, *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*. OEA/Ser.LV/II.116 Doc 5 rev. 1 corr. (2002), párr. 394.

<sup>284</sup> A nivel internacional la protección del principio de *non-refoulement* se encuentra consagrada en el artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y del artículo 3 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas y Degradantes (por sus siglas en inglés “el CAT”). El artículo 3 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas y Degradantes contiene una prohibición absoluta en contra de la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura. Por su parte, la Corte Europea, en su caso de *Soering vs. Reino Unido*, estableció que de acuerdo con el artículo 3 [Prohibición de la Tortura] hay una prohibición absoluta de *refoulement* de una persona a un Estado cuando haya un riesgo real de que puede sufrir tal trato. Por el contrario, el artículo 33.2 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados prevé excepciones al principio de no devolución, tales como que los refugiados representen un peligro para la seguridad del país donde se encuentra o que haya sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave.

la persona; protección contra leyes *ex post facto*; a la vida privada y familiar; o la libertad de pensamiento, consciencia, o religión.”<sup>285</sup>

170. Tal como sostienen los Estados solicitantes de la opinión consultiva, la jurisprudencia de la Comisión ha reconocido de manera reiterada el vínculo existente entre el derecho de asilo reconocido en la Convención Americana y en la Declaración Americana y la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967.<sup>286</sup>

171. En aplicación del principio de no devolución (*non-refoulement*), en el pasado la Comisión ha otorgado medidas cautelares en múltiples situaciones en las que la ejecución de una orden de deportación o extradición podía poner en riesgo la vida e integridad de la presunta víctima. La CIDH posee amplios antecedentes de medidas cautelares relacionadas con situaciones en las cuales ha existido la presunción de un “riesgo cierto” de que personas podrían sufrir torturas, aplicación de la pena de muerte en caso de ser deportadas o extraditadas a otro país.<sup>287</sup> En algunas

---

<sup>285</sup> HATHAWAY, James C., “Leveraging Asylum”, en: *Texas International Law Journal* Vol. 45, 2010, p. 503.

<sup>286</sup> En este sentido, véase, CIDH, Informe de Fondo No. 51/96, Caso 10.675, *Comité Haitiano de Derechos Humanos y otros (Interdicción de Haitianos en Altamar)* (Estados Unidos de América). 13 de marzo de 1997; CIDH, Informe de Admisibilidad No. 6/02, Petición 12.071, *120 ciudadanos cubanos y 8 ciudadanos haitianos detenidos en Las Bahamas* (Las Bahamas). 3 de abril de 2002; CIDH, Informe No. 53/04, Caso 301/2002, *Rumaldo Juan Pacheco Osco y otros* (Bolivia). 13 de octubre de 2004. Véase, CIDH, Informe de Admisibilidad No. 6/02, Petición 12.071, *120 ciudadanos cubanos y 8 ciudadanos haitianos detenidos en Las Bahamas* (Las Bahamas). 3 de abril de 2002, párr. 42-43. Este caso hace relación a 120 ciudadanos cubanos y 8 ciudadanos haitianos detenidos, la mayoría solicitantes de asilo político, detenidos en el Centro de Detención Carmichael Road, Nassau en Las Bahamas, tras haber sido interceptados en el mar, ya fuese por el Servicio de Guardacostas de los Estados Unidos algunas veces en aguas estadounidenses, o por el Servicio de Guardacostas de Las Bahamas. Muchas de las presuntas víctimas, quienes tendrían interés en solicitar asilo y de reivindicar su condición de refugiados en Las Bahamas, no pudieron hacerlo debido a que el Estado no contaba con procedimientos para la determinación de su condición de refugiados. Según los peticionarios, el Estado no cuenta con procedimientos internos vigentes para que los solicitantes de asilo político puedan reivindicar sus derechos o procurar su puesta en libertad mientras esperan que se reconozca su condición de refugiados. En su informe de admisibilidad, la Comisión determinó que de conformidad con la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos, se referirá a otros instrumentos del sistema universal de derechos humanos para facilitar su interpretación y complementar el alcance del artículo XXVII de la Declaración Americana, que se refiere al derecho de solicitar y recibir asilo, en particular con relación al principio de no devolución establecido en el artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

<sup>287</sup> Para medidas cautelares de la CIDH relacionadas con principio de *non-refoulement*, véase, entre otras: MC-291-11, *José Antonio Cantoral Benavides* (Bolivia): el Sr. Cantoral Benavides es nacional de Perú con estatus de refugiado en Bolivia, la Comisión otorgó medidas cautelares a su favor por considerar que su deportación a Perú podría poner en peligro su vida e integridad; MC - 10-09, *Wong Ho Wing* (Perú); *Djamel Ameziane* (Estados Unidos), Medida cautelar de 20 de agosto de 2008: el Sr. Ameziane fue capturado por agentes de los Estados Unidos en Afganistán y trasladado a Guantánamo, posteriormente Estados Unidos iba a deportarlo a Argelia en donde podría correr peligro de ser torturado; *Boniface Nyamanhindi* (Estados Unidos), Medida cautelar de 18 de agosto de 2008: el Sr. Nyamanhindi, nacional de Zimbabwe, en detención migratoria en los Estados Unidos estaba pendiente de ser deportado a su país en donde podría ser sometido a tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes por ser parte del partido opositor al gobierno; *Frank Igwebuike Enwonwu* (Estados Unidos), Medida cautelar de 28 de marzo de 2007: el Sr. Enwonwu es nacional de Nigeria, detenido en los Estados Unidos y a la estaba a la espera de ser deportado, la Comisión le otorgó medidas cautelares por considerar que de ser devuelto a su país el señor Enwonwu podría ser sometido a tortura; *Enrique Medrano, Juan Berrío y las niñas Sandy Juliet Martínez Copete, Yoinis Gutiérrez Mena, Sandra Gutiérrez*

situaciones en las que la deportación o extradición podían poner en peligro la vida, integridad, libertad u otros derechos de los migrantes, las medidas cautelares han servido como un mecanismo de protección de sus derechos.<sup>288</sup>

172. Sobre este principio la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias de la CIDH ha señalado que

[l]os Estados no pueden devolver a un extranjero a un país respecto del cual tenga fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas (Convención de 1951 sobre el Estatus de Refugiados y Protocolo Adicional de 1967). Esta regla, llamada de *non-refoulement*, ha adquirido estatus de derecho internacional consuetudinario y aún de norma imperativa (*jus cogens*). Tiene también su correlato en la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura (artículo 3) y en la Convención Interamericana contra la Tortura (artículo 13), en el sentido de que ambos tratados prohíben deportar a una persona a un territorio donde podría ser torturado. En nuestro hemisferio y también fuera de él, el principio de *non-refoulement* se ha extendido gradualmente para incluir a aquellas personas que huyen de situaciones generalizadas de violencia política o de guerra interna (Declaración de Cartagena de 1984, Declaración de San José de 1994).<sup>289</sup>

173. En adición, la Comisión también ha señalado que “[e]n el caso de personas que han sido sometidas a ciertas formas de persecución, como, por ejemplo, la tortura, el retorno a sus países de origen las colocaría en una situación de riesgo que no es permisible en virtud del derecho internacional. Como se señaló anteriormente, la prohibición de la tortura como norma de derecho imperativo --codificada en la Declaración Americana de manera general y en el artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura en el contexto de la expulsión-- se aplica más ampliamente que los términos de la Convención de 1951. El hecho de que se sospeche o considere que una persona está relacionada con el terrorismo no modifica la obligación del Estado de abstenerse de devolverla en los casos en los cuales existen elementos substanciales que indiquen la existencia de un verdadero riesgo de trato inhumano. La devolución es también altamente problemática en términos prácticos en el caso de personas apátridas o personas con respecto a las cuales no es posible obtener documentos de viaje. La información con que cuenta la Comisión no indica claramente cuáles son las otras opciones efectivas de que disponen estas personas o si existen salvaguardas adecuadas para garantizar que la expulsión no ponga en riesgo su vida o su integridad física.”<sup>290</sup>

174. La Comisión también ha señalado que la prohibición de devolución significa que cualquier persona reconocida como refugiado o que solicita

---

*Mena y Yesenia Berrio Mena* (Panamá), Medida cautelar de 25 de abril de 2003; *Ikbal Iskander y Gina Aziez* (Canadá), Medida cautelar de 19 de febrero de 2002.

<sup>288</sup> CIDH, *Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, artículo 25.1.

<sup>289</sup> CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 2000: Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias*. OEA/Ser.L/V/II.111 doc. 20 rev., 16 de abril de 2000, párr. 97.

<sup>290</sup> CIDH, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el Marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado*. OEA/Ser.L/V/II.106 Doc.40 rev., 28 de febrero de 2000, párr. 154.

reconocimiento como tal puede acogerse a esta protección para evitar su expulsión. Esto necesariamente implica que esas personas no pueden ser rechazadas en la frontera o expulsadas sin un análisis adecuado e individualizado de sus peticiones.<sup>291</sup>

175. La Comisión ya se ha referido con relación al alcance espacial del principio de no devolución, el caso *sobre la interdicción de haitianos en altamar*.<sup>292</sup> En dicho caso el Estado alegaba que el principio de no devolución es una obligación limitada sólo a los refugiados que se encuentran o han llegado al territorio del Estado parte y, por lo tanto, no aplican a las personas interceptadas en altamar, posición que había sido ratificada por la Corte Suprema de los Estados Unidos.<sup>293</sup> En este sentido la Comisión sostuvo, al igual que lo había hecho ACNUR previamente, que el principio de no devolución no tiene limitaciones geográficas.<sup>294</sup> La Comisión decidió que las políticas de interdicción y retorno de haitianos en altamar eran violatorias del derecho de asilo [artículo XXVII], el derecho a la vida, la libertad y la seguridad personal [artículo I], y el derecho a la igualdad ante la ley [artículo II] de la Declaración Americana. La aplicación de estas medidas expuso a los haitianos a actos de brutalidad cometidos por los militares haitianos y sus seguidores. Con base en los testimonios de las víctimas, algunos de los repatriados fueron arrestados, detenidos y sufrieron violencia de manos de los militares haitianos tras su retorno a Haití.<sup>295</sup>

176. En virtud de lo expuesto en esta sección, la CIDH solicita a la Corte Interamericana que concluya y declare que, de conformidad con el principio de no devolución y a la luz de lo previsto en los artículos 1, 2, 4.1, 5, 7, 8, 19, 22.7, 22.8 y 25 de la Convención Americana, artículo 13.4 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, y de los artículos I, XXV y XXVII de la Declaración Americana, ningún niño podrá ser expulsado o deportado a un territorio en el que su vida, integridad, libertad y desarrollo integral corran riesgo.

## VIII. PROCEDIMIENTOS DE IDENTIFICACIÓN DE NECESIDADES DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS REFUGIADOS

***¿Qué características a la luz del artículo 22.7 de la Convención Americana y del artículo XXVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, deberían tener los procedimientos a emplearse cuando se identifica una potencial solicitud de asilo o***

<sup>291</sup> CIDH, *Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el Marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado*. OEA/Ser.L/V/II.106. Doc. 40. Rev. 1. 28 de febrero de 2000, párr. 111.

<sup>292</sup> CIDH, Informe de Fondo No. 51/96, Caso 10.675, *Comité Haitiano de Derechos Humanos y otros (Interdicción de Haitianos en Altamar)* (Estados Unidos de América). 13 de marzo de 1997.

<sup>293</sup> Estados Unidos de América, Corte Suprema de Justicia, *Case of Sale, Acting Commissioner, Immigration and Naturalization Service, Et. Al. v. Haitian Centers Council, INC., Et. Al.* 21 de junio de 1993.

<sup>294</sup> CIDH, Informe de Fondo No. 51/96, Caso 10.675, *Comité Haitiano de Derechos Humanos y otros (Interdicción de Haitianos en Altamar)* (Estados Unidos de América). 13 de marzo de 1997, párr. 171.

<sup>295</sup> CIDH, Informe de Fondo No. 51/96, Caso 10.675, *Comité Haitiano de Derechos Humanos y otros (Interdicción de Haitianos en Altamar)* (Estados Unidos de América). 13 de marzo de 1997, párrs. 163, 171, 177-178.

**reconocimiento de la condición de refugiado de un niño, niña o adolescente migrante?**

177. De acuerdo con el ACNUR, se estima que en la actualidad hay más de 500 mil refugiados en las Américas, los cuales se encuentran, en su mayoría, en Norteamérica. Lo anterior sin contar miles de refugiados latinoamericanos que reciben protección internacional en otros países fuera del continente americano.

178. La situación de los refugiados políticos en el hemisferio fue uno de los primeros temas de trabajo de la Comisión Interamericana, como consecuencia del contexto imperante en la región tras el final de la Segunda Guerra Mundial y el comienzo de la Guerra Fría. A partir de 1963, por encargo del Secretario General de la OEA, la Comisión Interamericana empezó a hacer un seguimiento acerca de la situación de los refugiados en las Américas, a raíz de la solicitud de una comisión de refugiados cubanos en España que solicitaban ayuda de parte de la OEA.<sup>296</sup>

179. En sus informes, la Comisión ha puesto en relieve la situación de los refugiados, los cuales si bien durante el siglo XIX y comienzos del siglo XX eran “unos pocos y ricos, los cuales no representaban ninguna carga económica para el Estado de acogida”,<sup>297</sup> por el contrario, en la década de los sesenta, esta realidad cambió debido al éxodo masivo de refugiados procedentes del Caribe, sobretodo de los cubanos tras la Revolución Cubana de 1959. Posteriormente, los desafíos que plantearon las dictaduras militares en la década de 1970 en el Cono Sur probó la capacidad de respuesta de la Comisión Interamericana en lo que respecta a la protección de los refugiados. Durante la década de los ochenta, las guerras civiles en Centroamérica plantarían retos similares para la Comisión.

180. A lo largo de los años, la Comisión ha seguido haciendo seguimiento a los principales desafíos que enfrentan en materia de derechos humanos y derecho internacional de los refugiados los solicitantes de asilo y refugiados en distintos momentos, tal como lo hiciera en el *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el Marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado*<sup>298</sup> y en los *Informes de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias*.

181. La Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias de la CIDH ha manifestado su preocupación a que las medidas que adoptan los Estados para controlar la inmigración a menudo violan derechos fundamentales de los migrantes. Dichos abusos afectan a migrantes en situación regular, pero de manera más severa a migrantes en situación irregular, solicitantes de asilo y

<sup>296</sup> En este sentido, véase, CIDH, *Informe sobre la labor desarrollada durante su séptimo periodo de sesiones, celebrado del 7 al 25 de octubre de 1963 – Capítulo VI. La situación de los refugiados políticos en América*. OEA/Ser.L/V/III.8 Doc. 35, 5 febrero 1964. La Comisión siguió dedicándole atención a la situación de los refugiados en los informes de sus periodos de sesiones octavo, noveno, décimo, duodécimo, decimosexto, decimotercero, vigésimo segundo, entre otros.

<sup>297</sup> Keith W. Yundt, “The Organization of American States and Legal Protection to Political Refugees in Central America”, in *International Migration Review* Vol. XXIII, No. 2, Summer, 1989, p. 201.

<sup>298</sup> CIDH, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el Marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado*. OEA/Ser.L/V/III.106 Doc.40 rev., 28 de febrero de 2000.

refugiados. Tal como se mencionó anteriormente, algunas de las medidas implementadas por los Estados en el marco de sus políticas migratorias están directamente orientadas a desincentivar la inmigración, estas medidas afectan tanto a migrantes como a solicitantes de asilo y refugiados, siendo más graves sus efectos para estos últimos en razón de sus necesidades de protección internacional.<sup>299</sup> En palabras de la Comisión, “los Estados están obligados a abstenerse de tomar medidas contrarias al principio de asilo, tales como la devolución o expulsión de solicitantes de asilo o refugiados en contra del derecho internacional de los derechos humanos, el derecho humanitario y las leyes sobre refugiados”.<sup>300</sup> Asimismo, la Relatoría ha expresado su preocupación con relación a las prácticas restrictivas en materia de interdicción en altamar, así como a la legislación de algunos Estados receptores tendiente a limitar severamente la oportunidad de las personas a presentar una solicitud de asilo, disminuir las cuotas de refugio y mayor inflexibilidad en la determinación de la condición de refugiado.<sup>301</sup>

182. En el *Informe Acceso a la justicia e inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia*, la CIDH manifestó su especial preocupación por el desconocimiento de los estándares de la normativa internacional para los solicitantes y las personas a las que se les ha reconocido la condición de refugiados en Bolivia. En esa ocasión, la CIDH destacó varios antecedentes de devolución o expulsión de personas con estatus de refugiado, luego de un proceso administrativo sin las garantías mínimas de un debido proceso. Al respecto, la CIDH destacó i) que varias decisiones de expulsión habrían sido dictadas mediante procedimientos sumarios, ii) ausencia de reunión, entrevistas u otro mecanismo mediante el cual el solicitante pueda sostener su pedido de refugio o evitar que su estatus de refugiado sea revocado, iii) impedimento a la presencia de un abogado defensor, iv) ausencia de notificación de resoluciones que niegan o revocan el estatus de refugiado y v) insuficiente motivación de tales resoluciones por parte de las autoridades competentes.<sup>302</sup>

183. En sus visitas a países, la Relatoría también ha tenido conocimiento de casos en los que extranjeros son rechazados y consecuentemente deportados en puertos de entrada, tales como aeropuertos o fronteras terrestres, pese a que se había presentado una solicitud de asilo. La solicitud de asilo debería ser suficiente para que se permita el ingreso mientras las autoridades competentes evalúan la

---

<sup>299</sup> CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 2000: Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias*. OEA/Ser.L/V/II.111 doc. 20 rev., 16 de abril de 2000, párr. 63.

<sup>300</sup> CIDH, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el Marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado*. OEA/Ser.L/V/II.106 Doc.40 rev., 28 de febrero de 2000, párr. 25. Citando en general, Resolución de la Asamblea General de la ONU 52/103 del 12 de diciembre de 1997, Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Refugiados, párr. 5.

<sup>301</sup> CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 2001: Tercer Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias*. párr. 130.

<sup>302</sup> CIDH, *Informe Acceso a la justicia e inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia*. Junio de 2007.

misma.<sup>303</sup> A juicio de la Relatoría, los Estados están obligados, por lo menos, a ofrecer una oportunidad razonable a las personas para que demuestren su condición de refugiados o para formular una petición de asilo.<sup>304</sup>

184. A nivel de los instrumentos del Sistema Interamericano, el derecho a buscar y recibir asilo se encuentra reconocido tanto en la Convención Americana como en la Declaración Americana. La Convención Americana en su artículo 22.7 reconoce que

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

185. Por su parte, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en su artículo XXVII dispone que

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

186. En adición a las normas mencionadas, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém Do Pará) en su artículo 9 establece que en las medidas que los Estados adopten para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, tendrán que tener especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad que pueden sufrir las mujeres y las niñas en razón de ser, *inter alia*, migrantes, refugiadas o desplazadas.

187. Otro instrumento de suma relevancia a nivel interamericano con relación a la protección de los refugiados es la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados, la cual ofrece un enfoque innovador a la protección de los refugiados al ampliar la definición de refugiado contenida en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967 a modo de aplicarla a otras situaciones apremiantes de América Latina.<sup>305</sup> Más allá de las 5 causas que habían sido previamente establecidas en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas), la definición de refugiado de la Declaración de Cartagena agrega otras como la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público. En específico la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados

---

<sup>303</sup> CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 2002: Cuarto Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio*. párr. 190.

<sup>304</sup> CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 2000: Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias*. OEA/Ser.L/V/II.111 doc. 20 rev., 16 de abril de 2000, párr. 97.

<sup>305</sup> CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 2004: Sexto Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio*. OEA/Ser.L/V/II.122, Doc. 5 rev. 1, 23 de febrero de 2005, párr. 36.

Reitera que, en vista de la experiencia recogida con motivo de la afluencia masiva de refugiados en el área centroamericana, se hace necesario encarar la extensión del concepto de refugiado, teniendo en cuenta, en lo pertinente, y dentro de las características de la situación existente en la región, el precedente de la Convención de la OUA (artículo 1, párrafo 2) y la doctrina utilizada en los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. De este modo, la definición o concepto de refugiado recomendable para su utilización en la región es aquella que además de contener los elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, considere también como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.<sup>306</sup>

188. Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño es el único tratado de derechos humanos que directamente aborda la protección de los niños refugiados. Conforme a lo previsto en el artículo 22 de la Convención, los Estados deben adoptar medidas específicas para asegurar que los procedimientos de asilo provean la protección que los niños requieren.<sup>307</sup>

189. De manera preliminar, la Comisión considera relevante destacar que la "condición de refugiado es una condición que se deriva de las circunstancias de la persona; no es otorgada por el Estado, sino más bien reconocida por éste. El propósito de los procedimientos aplicables es el de garantizar que ésta sea reconocida en todos los casos en que se justifique"<sup>308</sup>. Además, la Comisión resalta que la persona que solicita que se le reconozca la condición de refugiado suele estar en una situación especialmente vulnerable<sup>309</sup>. En ese sentido, todo procedimiento

---

<sup>306</sup> Declaración de Cartagena sobre Refugiados. Adoptada por el "Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios", celebrado en Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984, Conclusión No. 3.

<sup>307</sup> La Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 22 establece que:

1. Los Estados Partes adoptarán medidas adecuadas para lograr que el niño que trate de obtener el estatuto de refugiado o que sea considerado refugiado de conformidad con el derecho y los procedimientos internacionales o internos aplicables reciba, tanto si está solo como si está acompañado de sus padres o de cualquier otra persona, la protección y la asistencia humanitaria adecuadas para el disfrute de los derechos pertinentes enunciados en la presente Convención y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos o de carácter humanitario en que dichos Estados sean partes.

2. A tal efecto los Estados Partes cooperarán, en la forma que estimen apropiada, en todos los esfuerzos de las Naciones Unidas y demás organizaciones intergubernamentales competentes u organizaciones no gubernamentales que cooperen con las Naciones Unidas por proteger y ayudar a todo niño refugiado y localizar a sus padres o a otros miembros de su familia, a fin de obtener la información necesaria para que se reúna con su familia. En los casos en que no se pueda localizar a ninguno de los padres o miembros de la familia, se concederá al niño la misma protección que a cualquier otro niño privado permanente o temporalmente de su medio familiar, por cualquier motivo, como se dispone en la presente Convención.

<sup>308</sup> CIDH, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el Marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado*. OEA/Ser.LV/II.106 Doc.40 rev., 28 de febrero de 2000, párr. 70.

<sup>309</sup> ACNUR, *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status*. Ginebra, 1992, párr. 190.

relativo a la determinación de la condición de refugiada de una persona, implica una valoración y decisión sobre el posible riesgo de afectación a los derechos más básicos como la vida, la integridad y la libertad personal. Por ende, el diseño e implementación de dichos procedimientos deben partir de esta premisa fundamental a fin de que los mismos puedan lograr de manera efectiva la finalidad esencial de protección que persiguen.

190. Sobre esta cuestión, en su *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el Marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado*, la Comisión indicó que

el proceso para determinar quién es o quién no es un refugiado implica hacer determinaciones caso por caso que pueden influir en la libertad, la integridad personal e inclusive la vida de la persona de que se trate. Como es evidente, los factores que impulsan a las personas a huir de la persecución son con frecuencia altamente específicos según su situación particular. Al mismo tiempo, los principios básicos de igual protección y debido proceso reflejados en la Convención Americana hacen necesarios procedimientos previsibles y coherencia en la toma de decisiones en cada etapa del proceso<sup>310</sup>.

[...]

En muchos casos, por ejemplo relacionados con la elegibilidad, las determinaciones no son administrativas sino de naturaleza substantiva, debiendo existir las garantías procesales apropiadas. La observancia efectiva de los derechos de los solicitantes de asilo y de la prohibición de devolución necesariamente presuponen la existencia de un procedimiento para determinar efectivamente quién tiene derecho a que se le otorguen estas protecciones. Es axiomático que la protección efectiva de los derechos requiere de un marco procesal que ofrezca las garantías mínimas necesarias<sup>311</sup>.

191. A través de su jurisprudencia la Comisión Interamericana ha ido dando alcance y contenido al derecho a buscar y recibir asilo. En el caso *Comité Haitiano de Derechos Humanos y otros (también conocido como el caso de Interdicción de Haitianos en Altamar)* (Estados Unidos de América), relativo a la interceptación de haitianos en altamar y en costas de Haití, la Comisión analizó las obligaciones que impone este derecho a las autoridades de los Estados Unidos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo XXVII de la Declaración Americana. Al referirse al alcance del derecho a solicitar y recibir asilo, la Comisión indicó que dicho derecho “expresa dos criterios que son de orden acumulativo y ambos deben ser satisfechos para que exista el derecho. El primero, es que el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero debe “[estar] de acuerdo con la legislación de cada país”, valga decir del país en el que se procura el asilo. El segundo, es que el derecho de buscar asilo en territorio extranjero

---

<sup>310</sup> CIDH, *Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el Marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado*. OEA/Ser.L/V/II.106. Doc. 40. Rev. 1. 28 de febrero de 2000, párr. 52.

<sup>311</sup> CIDH, *Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el Marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado*. OEA/Ser.L/V/II.106. Doc. 40. Rev. 1. 28 de febrero de 2000, párr. 62.

debe ser “de acuerdo con los convenios internacionales”.<sup>312</sup> En este caso la Comisión determinó que el hecho de que las autoridades estadounidenses interceptaran a los refugiados haitianos y los repatriaran sumariamente a Haití, sin hacer un examen adecuado de su estado ni concederles una entrevista para determinar si reúnen los requisitos de “refugiados”, contraría el doble criterio del derecho a buscar y recibir asilo en territorio extranjero del artículo XXVII de la Declaración, ya que tales acciones impidieron que las víctimas tuvieran siquiera la oportunidad de ejercer dicho derecho.<sup>313</sup>

192. La Comisión ha establecido anteriormente que el derecho a buscar asilo abarca ciertas garantías sustantivas y de procedimiento.<sup>314</sup> En primer lugar, los Estados están obligados a ofrecer una oportunidad razonable a las personas para que demuestren su condición de refugiado o para formular una petición de asilo, así como para presentar las razones por las cuales temen ser perseguidas de ser enviadas a determinado país, incluyendo el de origen.<sup>315</sup> Si bien el derecho de asilo establecido en las normas interamericanas no garantiza que tiene que ser reconocida la condición de refugiado, la Comisión destaca que lo que sí se requiere es que el solicitante de asilo sea oído con las debidas garantías durante el procedimiento respectivo.<sup>316</sup> A su vez, la Comisión ha sostenido que el derecho a solicitar y recibir asilo asegura al solicitante de asilo por lo menos un mínimo de tiempo para ser oído en una audiencia para que pueda determinar su condición de refugiado.<sup>317</sup>

193. En el marco de casos individuales, tales como los casos de *Michael Edwards, Omar Hall, Brian Schroeter y Jeronimo Bowleg* (Bahamas) y el caso de *John Doe y otros* (Canadá), la Comisión ha considerado que los estándares desarrollados por ACNUR sobre normas básicas del debido proceso pertinentes para una audiencia de determinación de la condición de refugiado representan los requisitos mínimos idóneos en con los que deben contar esta clase de procedimientos.<sup>318</sup> Con base en el *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar La Condición de Refugiado en*

<sup>312</sup> CIDH, Informe de Fondo No. 51/96, Caso 10.675, *Comité Haitiano de Derechos Humanos y otros (Interdicción de Haitianos en Altamar)* (Estados Unidos de América). 13 de marzo de 1997, párr. 151.

<sup>313</sup> CIDH, Informe de Fondo No. 51/96, Caso 10.675, *Comité Haitiano de Derechos Humanos y otros (Interdicción de Haitianos en Altamar)* (Estados Unidos de América). 13 de marzo de 1997, párr. 163.

<sup>314</sup> Véase CIDH, Informe de Fondo No. 48/01, Casos Nos. 12.067, 12.068, 12.086, *Casos de Michael Edwards, Omar Hall, Brian Schroeter y Jeronimo Bowleg* (Las Bahamas). 4 de abril de 2001, párr. 172.

<sup>315</sup> CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2003: Capítulo V. Quinto Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias*. 29 de diciembre de 2003, párr. 278.

<sup>316</sup> CIDH, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el Marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado*. OEA/Ser.L/V/III.106 Doc.40 rev., 28 de febrero de 2000, párr. 60. Citando, en general, CIDH, Informe de Fondo No. 51/96, Caso 10.675, *Comité Haitiano de Derechos Humanos y otros (Interdicción de Haitianos en Altamar)* (Estados Unidos de América). 13 de marzo de 1997, párr. 163.

<sup>317</sup> CIDH, Informe de Fondo No. 51/96, Caso 10.675, *Comité Haitiano de Derechos Humanos y otros (Interdicción de Haitianos en Altamar)* (Estados Unidos de América). 13 de marzo de 1997, párr. 155.

<sup>318</sup> Véase CIDH, Informe de Fondo No. 48/01, Casos Nos. 12.067, 12.068, 12.086, *Casos de Michael Edwards, Omar Hall, Brian Schroeter y Jeronimo Bowleg* (Las Bahamas). 4 de abril de 2001.

*virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados de ACNUR*, los requisitos básicos para la determinación de la condición de refugiado deben incluir el derecho del solicitante de que se le proporcionen los medios necesarios para presentar su caso a las autoridades competentes, y que se le permita al solicitante permanecer en el país mientras esté pendiente su solicitud inicial para la condición de refugiado. Asimismo, ha tenido en cuenta que el solicitante deberá tener la posibilidad de mantener una conversación personal con un funcionario cualificado y debidamente facultado con arreglo al Derecho nacional antes de que se dicte resolución definitiva respecto de la solicitud de asilo, y de que la resolución acerca de la solicitud de asilo se comunique por escrito al solicitante.<sup>319</sup>

194. Otra situación que la Comisión ha considerado como violatoria del derecho de asilo tiene que ver con la práctica de devoluciones directas, a través de las cuales los Estados consideran que el derecho a procurar asilo incluye la posibilidad de que una solicitud no sea procesada inmediatamente y que se le pueda pedir a un solicitante que regrese temporalmente al país del que proviene. Esta situación fue analizada por la Comisión en el caso *John Doe y otros* (Canadá), en donde la Comisión sostuvo que dicha práctica resulta contraria al derecho de asilo, ya que si se permitiesen las devoluciones directas por parte de los Estados se podrían excluir amplios grupos de refugiados a través de su legislación interna sin cumplir con las obligaciones que impone el derecho de asilo reconocido en los instrumentos interamericanos de derechos humanos, así como en el derecho internacional de refugiados.<sup>320</sup> Al mismo tiempo, como se estableció claramente en el *Caso de Interdicción de Haitianos*, la Comisión considera que “la legislación internacional ha evolucionado a un nivel en el que se reconoce el derecho de audiencia de una persona que busca refugio para determinar si cumple con lo previsto en la Convención [sobre el Estatuto de los Refugiados].”<sup>321</sup> En este caso en particular, la Comisión sostuvo que “[e]l derecho a buscar asilo requiere que una persona sea oída para ver si se encuentra en riesgo de persecución - es el acto de oír a una persona lo que implementa el elemento más fundamental del derecho a buscar asilo - y fue esta oportunidad de procedimiento esencial lo que se les denegó a los John Does.”<sup>322</sup>

195. La Comisión Interamericana ha indicado en diversas oportunidades, los instrumentos fundamentales que rigen la condición y la protección de los solicitantes de asilo y de otras personas que han atravesado las fronteras y que no pueden o no desean regresar a sus países de origen por temor a ser objeto de persecución son la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967.<sup>323</sup>

---

<sup>319</sup> CIDH, Informe de Fondo No. 48/01, Casos Nos. 12.067, 12.068, 12.086, *Casos de Michael Edwards, Omar Hall, Brian Schroeter y Jeronimo Bowleg* (Las Bahamas). 4 de abril de 2001; CIDH, Informe de Fondo No. 78/11, Caso 12.586, *John Doe y otros* (Canadá). 21 de julio de 2011, párr. 90

<sup>320</sup> CIDH, Informe de Fondo No. 78/11, Caso 12.586, *John Doe y otros* (Canadá). 21 de julio de 2011, párrs. 90-92.

<sup>321</sup> CIDH, Informe de Fondo No. 78/11, Caso 12.586, *John Doe y otros* (Canadá). 21 de julio de 2011, párrs. 90-92.

<sup>322</sup> CIDH, Informe de Fondo No. 78/11, Caso 12.586, *John Doe y otros* (Canadá). 21 de julio de 2011, párrs. 90-92.

<sup>323</sup> CIDH, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el Marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado*. OEA/Ser.L/V/III.106 Doc.40 rev., 28 de febrero de 2000, párr. 21; y CIDH, Informe de Fondo No. 51/96, Caso 10.675, *Comité*

En su *Informe sobre la Situación de los Derechos de los Solicitantes de Asilo en el Marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado*, la Comisión efectuó una descripción del desarrollo y contenido de estas normas, en los siguientes términos

[I]a Convención de 1951 fue aprobada para tratar las situaciones de los refugiados como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial y, por lo tanto, pone un gran énfasis en la prohibición de devolución y el derecho de asimilación. El Protocolo de 1967 amplió la aplicabilidad de la Convención de 1951 al eliminar las restricciones geográficas y temporales que habían limitado su aplicación a personas desplazadas como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial. La Convención de 1951 y su Protocolo definen: quién es y quién no es un refugiado o quién ha dejado de ser un refugiado, la situación jurídica de un refugiado y sus derechos y deberes en el país de asilo, así como asuntos relativos a la implementación de los respectivos instrumentos.<sup>324</sup> De conformidad con el régimen de la Convención de 1951, modificada por el Protocolo de 1967, un refugiado es una persona que:

- debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas,
- se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país, o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.<sup>325</sup>

196. Tal como se mencionó anteriormente, los flujos migratorios mixtos que se dan en la actualidad plantean mayores desafíos para que los Estados puedan identificar a las personas en necesidad de de protección internacional. De manera análoga a lo planteado en la Sección II de las presentes observaciones, la Comisión considera que los Estados deben implementar procedimientos que permitan que las personas necesitadas de protección internacional puedan hacerlo tan pronto lleguen a un punto de ingreso de dicho Estado o tengan el primer contacto con una autoridad pública. Otro aspecto que la Comisión considera fundamental para la protección de los niños, es que los Estados identifiquen y brinden protección a aquellos niños que encuadran dentro de las definiciones más amplias de refugiados o protección complementaria, tales como las que han sido reconocidas en la Declaración de Cartagena sobre Refugiados.

197. Acorde con lo que ha venido sosteniendo, la Comisión estima que en el marco de los procedimientos para la identificación de un niño que pueda ser un potencial solicitante de asilo o de reconocimiento de la condición de refugiado, los Estados deben garantizar que dichos procedimientos estarán orientados por el interés

---

*Haitiano de Derechos Humanos y otros (Interdicción de Haitianos en Altamar)* (Estados Unidos de América). 13 de marzo de 1997, párr. 155.

<sup>324</sup> CIDH, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el Marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado*. OEA/Ser.L/V/III.106 Doc.40 rev., 28 de febrero de 2000, párr. 22. Citando, ACNUR, *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status*. Reeditado. Ginebra, 1992, pp. 4-5.

<sup>325</sup> CIDH, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el Marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado*. OEA/Ser.L/V/III.106 Doc.40 rev., 28 de febrero de 2000, párr. 22.

superior del niño, las medidas especiales de protección que se requieran para la protección del niño, así como el principio de unidad familiar.

198. En virtud de lo expuesto en esta sección, la CIDH solicita a la Corte Interamericana que concluya y declare que de conformidad con el principio del interés superior del niño y lo establecido en el artículo 22.7 de la Convención Americana y el artículo XXVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos deben garantizar mecanismos de identificación y prevención de los diferentes riesgos para los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes a efecto de estar en condiciones de poder determinar sus necesidades de protección internacional y activar los mecanismos de protección más adecuados a sus intereses, de forma que se les brinden las soluciones duraderas o temporales que requieran.

## **IX. DERECHO A LA VIDA FAMILIAR DE LOS NIÑOS Y NIÑAS EN CASOS DE DISPONERSE LA EXPULSIÓN DE LOS PADRES**

***¿Cuál es el alcance que debería conferirse a la protección del derecho de los niños, niñas y adolescentes a no ser separados de sus padres en los casos en que pudiera aplicarse una medida de deportación a uno o ambos progenitores, como consecuencia de su condición migratoria, a la luz de los artículos 8, 17, 19 y 25 de la Convención Americana y artículos VI y XXV de la Declaración Americana?***

199. Uno de los efectos de la migración internacional que merece mayor atención por parte de los Estados y que requiere ser reconsiderado por la forma en la que algunos de ellos Estados lo han venido abordando se refiere a las decisiones estatales que pueden conllevar la separación familiar, tal como son las de expulsión o deportación. En las visitas a países, la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios de la CIDH ha recibido abundante información por parte de migrantes y de sus familiares de los dramáticos efectos que ha tenido la deportación de un ser querido para el desarrollo de su vida familiar. Los testimonios recibidos por la Comisión tanto de migrantes como de sus familiares en las visitas a países o durante audiencias revelan la dramática situación ante la que se han visto padres o hijos que al migrar se vieron obligados a separarse de sus seres queridos bajo la esperanza de poder ofrecerle mejores condiciones de vida al resto de su familia;<sup>326</sup> otros testimonios evidencian cómo la separación de familias se ha dado como consecuencia de la expulsión o deportación de alguno de los miembros de la familia.<sup>327</sup>

---

<sup>326</sup> Sobre este aspecto Gabriela Rodríguez Pizarro, ex Relatora Especial para los Derechos Humanos de los Migrantes, sostuvo que “[l]os hogares en donde la madre ha debido migrar para buscar un mejor nivel de vida para los miembros, así como aquellos en los que la madre permanece mientras que el padre migra, representan una realidad creciente que definirá el perfil de las sociedades de muchos países en el siglo XXI.” Véase, Comisión de Derechos Humanos, Grupos Específicos e Individuos: Trabajadores Migrantes – Derechos humanos de los migrantes. *Informe presentado por la Relatora Especial*, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, de conformidad con la resolución 1999/44 de la Comisión de Derechos Humanos. E/CN.4/2000/82, 6 de enero de 2000, párr. 84.

<sup>327</sup> En este sentido, véase, PASSEL, Jeffrey S. y TAYLOR, Paul, *Unauthorized Immigrants and Their U.S.-Born Children*. Pew Hispanic Center: Washington, 2010.

200. Otro aspecto de preocupación para la Comisión en el marco de los procedimientos migratorios, es la situación de aquellos padres o madres que consiguen mantener la custodia de sus hijos durante los procedimientos, pero que una vez se ha ordenado su deportación, no se les consulta en relación con las determinaciones de custodia de sus hijas o hijos ciudadanos de dicho de Estado. Sobre este aspecto, la Comisión Interamericana ha instado a que los Estados tomen en cuenta de manera fehaciente la voluntad del padre o madre cuya deportación se ha ordenado en el análisis de lo que constituye el “interés superior” del niño o niña ciudadana del Estado que ordena la deportación.<sup>328</sup>

201. A nivel internacional existe consenso respecto a que la familia constituye el elemento natural y fundamental de la sociedad y como tal debe ser protegida por la sociedad y el Estado. El derecho de los miembros de una familia a la vida familiar se encuentra ampliamente protegido por el derecho internacional de los derechos humanos,<sup>329</sup> el derecho internacional de los refugiados y el derecho internacional humanitario. El derecho a la protección de la familia y a la prohibición a que la vida familiar sea objeto de injerencias arbitrarias o abusivas se encuentran ampliamente protegidos tanto en la Convención Americana como en la Declaración Americana, los cuales se encuentran reconocidos en los artículos 17.1 y 11.2 de la Convención Americana, así como en los artículos VI y V y de la Declaración Americana respectivamente. El artículo 11.2 de la Convención, relativo a la prohibición de injerencias arbitrarias o abusivas a la vida familiar señala que

Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

202. Por su parte, el Artículo 17 de la Convención, relativo a la protección de la familia dispone que

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

203. En adición a lo anterior, la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 9 establece que las medidas que impliquen la separación de padres e hijos deberán ser extremadamente excepcionales y ser sometidas a revisión judicial.<sup>330</sup>

<sup>328</sup> CIDH, *Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: Detenciones y Debido Proceso*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 78/10. 30 de diciembre de 2010, párr. 370.

<sup>329</sup> El derecho a la protección a la familia y la prohibición a las interferencias arbitrarias a la vida familiar se encuentran reconocidos a nivel del Sistema Interamericano en los artículos 11.2 y 17 de la Convención Americana, así como en los artículos V y VI de la Declaración Americana; del Sistema Universal de Derechos Humanos en los artículos 17 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en los artículos 14 y 44 de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares; y en los artículos 9, 10 y 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño; del Sistema Africano en el artículo 18 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; del Sistema Europeo en el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y del Sistema Árabe en el artículo 33 de la Carta Árabe de Derechos Humanos.

<sup>330</sup> La Convención sobre los Derechos de Niño en su artículo establece que

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes

204. En el contexto de la migración internacional, la práctica de expulsiones o deportaciones de personas con vínculos familiares en el país de destino es una de las situaciones que plantea con mayor claridad la tensión entre el poder soberano para determinar quiénes pueden ingresar o permanecer en su territorio y las obligaciones de los Estados a proteger a la familia y a los niños. La protección del derecho a la vida familiar y del interés superior del niño requieren de parte de los Estados realizar un balance entre el ejercicio de las potestades antes mencionadas con el derecho a respetar y proteger la vida familiar, en particular en las situaciones en las que los procedimientos de expulsión o deportación pueden representar una injerencia arbitraria al respeto de la vida familiar y al interés superior del niño.

205. Tal como se señaló anteriormente, la Comisión reconoce que en el marco de sus atribuciones soberanas los Estados tienen, en primer lugar, la potestad de determinar su política migratoria y definir los requisitos de ingreso, estancia y expulsión de personas no nacionales de su territorio; sin embargo, dicha potestad se encuentra limitada por los principios de respeto y garantía de los derechos humanos.<sup>331</sup> De acuerdo con el derecho internacional, la Comisión Interamericana ha determinado que en esta área ni el ámbito de acción del Estado ni los derechos de una persona que no es ciudadana son absolutos.<sup>332</sup> En cambio, la CIDH ha coincidido

---

determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

<sup>331</sup> En general, véase, CIDH, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el Marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado*. OEA/Ser.L/V/II.106 Doc.40 rev., 28 de febrero de 2000, párr. 166; CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 2000: Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias*. OEA/Ser.L/V/II.111 doc. 20 rev., 16 de abril de 2000, párr. 6; CIDH, *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II.116 Doc. 5 rev. 1 corr., 22 octubre 2002, párr. 377; CIDH, *Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: Detenciones y Debido Proceso*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 78/10, 30 de diciembre de 2010, párr. 32; CIDH, *Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso No. 12.688, Nadege Dorzema y otros: Masacre de Guayubín (República Dominicana)*. 11 de febrero de 2011, párr. 208. En este mismo sentido, véase, Corte IDH., *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párrs. 97 y 169.

<sup>332</sup> CIDH, Informe No. 81/10, Caso 12.562, *Wayne Smith, Hugo Armendariz y otros* (Estados Unidos), 12 de julio de 2010, párr. 51.

con otros órganos internacionales en que debe haber un juicio de ponderación, conforme al cual se debe ponderar el interés legítimo del Estado de proteger y promover el bienestar general *vis-a-vis* los derechos fundamentales de las personas no nacionales, tales como el derecho a la vida familiar. Cabe recordar lo dicho por la Comisión con relación a que “la política de inmigración debe garantizar a todos una decisión individual con las garantías del debido proceso; debe respetar el derecho a la vida, a la integridad física y mental, familiar y el derecho de los niños a obtener medios especiales de protección.”<sup>333</sup>

206. En este sentido la Comisión estima necesario recordar que en el marco de los procedimientos de expulsión o deportación los niños muchas veces son los más afectados. Lo anterior obedece a que al momento de ser deportados muchos niños son separados de sus familias o las autoridades los utilizan para capturar a otros miembros de sus familias en el marco de los operativos de detención de migrantes en situación irregular.<sup>334</sup> La separación de familias a causa de la deportación de alguno de sus miembros representa una de las medidas más drásticas que los Estados pueden llegar a adoptar en el marco del control migratorio. Lo anterior no representa un fenómeno aislado si se tiene en cuenta que hay países de la región en donde 1 de cada 12 nacidos es hijo de una pareja en donde uno o ambos padres son migrantes en situación irregular, lo que en otras palabras representa que uno o ambos padres del 8% de los nacimientos son migrantes en situación irregular.<sup>335</sup>

207. Dado que el principio de *ius soli* impera en la mayoría de los Estados de las Américas, la situación de los niños que siendo nacionales de un Estado son separados de sus familias como consecuencia de la deportación de uno o ambos padres o de otros familiares cercanos, se da cada vez con mayor frecuencia. La implementación de esta clase de medidas por parte de los Estados va generando que más niños queden atrás o a que se vean forzados a abandonar el país del que son nacionales como consecuencia de la deportación de su familiar o familiares. En el pasado la Comisión llamó la atención acerca del problema que representa la deportación *de facto* o indirecta al sostener que

[l]os Estados no están en libertad de impedir la salida, el ingreso o la permanencia en su territorio de sus propios ciudadanos. En este sentido, la práctica de exigir visas de salida a los ciudadanos, más allá de la exigencia de obtener un pasaporte o en el caso de los menores las debidas autorizaciones de los padres, constituye una violación al derecho de libre tránsito y residencia consagrado en el artículo 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En este punto, es preciso estudiar cuidadosamente el problema de la

---

<sup>333</sup> CIDH, Informe No. 81/10, Caso 12.562, *Wayne Smith, Hugo Armendariz y otros* (Estados Unidos), 12 de julio de 2010, párr. 50; en general, véase, CIDH, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el Marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado*. OEA/Ser.L/V/II.106 Doc.40 rev., 28 de febrero de 2000.

<sup>334</sup> En sentido similar, véase, CIDH, *Informe Anual 1991, Capítulo V, Situación de los haitianos en República Dominicana*. OEA/Ser.L/V/II.81 Doc. 6 rev. 1, 14 febrero 1992.

<sup>335</sup> Véase, entre otras, CIDH, *Audiencia sobre Derechos humanos y políticas de deportación y detención de personas migrantes en Estados Unidos*. 141° Período de sesiones, 28 de marzo de 2011. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/audiencias/Hearings.aspx?Lang=es&Session=122> ; CIDH, *Audiencia sobre Problemas de debido proceso en la aplicación de políticas de detención y deportación de inmigrantes en Estados Unidos*. 133° Período de Sesiones. 28 de octubre de 2008. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/audiencias/Hearings.aspx?Lang=es&Session=9&page=2> ;

deportación de facto de ciudadanos de un país, especialmente menores de edad, cuando se produce la deportación o expulsión de sus padres no nacionales.<sup>336</sup> (Subrayado por fuera del original)

208. Si bien a nivel internacional no existe una definición unánime acerca de lo que significa familia,<sup>337</sup> conforme al principio de igualdad y no discriminación la jurisprudencia de los órganos de protección de los derechos humanos ha ido reconociendo una amplia gama de formas de familia.<sup>338</sup> Dada la variedad de familias, la existencia de un vínculo familiar es una cuestión de hecho, la cual debe ser analizada caso por caso por las autoridades competentes en el marco de los procedimientos que puedan afectarla, tal como son los procedimientos que conllevan a la expulsión o deportación.

209. Sobre esta situación en particular, François Crépeau, actual Relator Especial para los Derechos Humanos de los Migrantes, sostuvo que “[u]n o una migrante que tiene una pareja e hijos que son nacionales del país de acogida no debe ser expulsado o expulsada simplemente a causa de su condición migratoria y debe tener reconocido su derecho a la vida familiar y a que el interés superior de su hijo o hija sea tenido en cuenta”.<sup>339</sup>

---

<sup>336</sup> CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 2000: Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias*. OEA/Ser.L/V/II.111 doc. 20 rev., 16 de abril de 2000, párr. 97.1.

<sup>337</sup> Por ejemplo, sobre el alcance que tiene la noción de “familia” en el contexto de los pueblos indígenas, la Corte Interamericana ha señalado que “el significado especial que tiene la convivencia familiar en el contexto de [las] familias [indígenas], la cual no se limita al núcleo familiar sino que incluye a las distintas generaciones que la componen e incluso a la comunidad de la cual forma parte”. Véase, Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 159.

<sup>338</sup> Con relación al concepto de familia, la Corte Europea de Derechos Humanos ha dado un alcance amplio al mismo, como consecuencia de la manera en la que las actitudes sociales han ido evolucionando respecto a la noción de familia, reconociendo como vida familiar, por ejemplo, en el *Caso de Schalk y Kopf vs. Austria*, en el cual las víctimas alegaban haber sido objeto de discriminación con base en su orientación sexual, ya que al ser una pareja del mismo sexo, se les negó la posibilidad de casarse o de tener su relación reconocida de alguna otra manera por la ley. En este caso la Corte Europea sostuvo que la relación de cohabitación entre personas del mismo sexo que viven en una sociedad de hecho estable encuadraría dentro de la noción de vida familiar, tal como sucedería en el caso de una pareja de distinto sexo en la misma situación. La Corte Europea consideró que “es artificial mantener la opinión de que, en contraste con una pareja de diferente sexo, una pareja del mismo sexo no puede disfrutar de “vida familiar” a los efectos del Artículo 8. En consecuencia, la relación de los peticionarios, una pareja del mismo sexo cohabitando en una sociedad de hecho estable, encuadra dentro de la noción de “vida familiar”, así como [sucedería con] la relación de una pareja de distinto sexo en la misma situación.” Para llegar a esta conclusión la Corte realizó una interpretación evolutiva acerca de cómo desde 2001 se había dado una rápida evolución de las actitudes sociales en un gran número de Estados del Consejo de Europa con relación a parejas del mismo sexo ha dejado abierta la puerta para el reconocimiento de nuevos tipos de familia y su consecuente protección en un plano de igualdad por parte de la sociedad y el Estado. Véase, Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Schalk y Kopf vs. Austria*. Demanda no. 30141/04, 24 de junio de 2010, párr. 94.

<sup>339</sup> Véase, Naciones Unidas, Asamblea General, *Declaración del Sr. François Crépeau, Relator Especial para los Derechos Humanos de los Migrantes en la 66ª Sesión de la Asamblea General, Tercer Comité*. Nueva York, 21 de octubre de 2011, párr. 2. A migrant who has a partner and children who are nationals of the host country should not be expelled on account simply of his or her immigration status and should have his or her right to family life recognized and his or her children’s best interest taken into account.

210. Al abordar el derecho que tienen los Estados a expulsar a extranjeros, la Comisión ha considerado que el ejercicio de este derecho por parte de los Estados debe tener en cuenta ciertas protecciones que consagran valores fundamentales de las sociedades democráticas.<sup>340</sup> Desde su *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el Marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado*, la Comisión ha sostenido que

aunque el Estado indudablemente tiene el derecho y el deber de mantener el orden público a través del control del ingreso, la residencia y la expulsión de extranjeros, ese derecho debe equilibrarse en relación al perjuicio que se puede causar a los derechos de las personas involucradas en el caso particular. En este respecto, la Comisión también ha recibido documentos en los que se alega que en los procedimientos de expulsión no se toma en cuenta suficientemente el derecho a la vida familiar, particularmente cuando está en disputa la expulsión de personas que por largo tiempo han tenido la condición de residentes permanentes. Teniendo en cuenta la naturaleza de los artículos V, VI y VII de la Declaración Americana, interpretados en relación con las obligaciones de Canadá en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño, en los casos en que la toma de decisiones implica la potencial separación de una familia, la resultante interferencia en la vida familiar puede justificarse solamente cuando es necesaria para satisfacer una necesidad apremiante de proteger el orden público y cuando los medios son proporcionales al fin. La aplicación de estos criterios por parte de varios órganos de supervisión de los derechos humanos indica que se debe buscar este equilibrio caso por caso y que las razones que justifiquen la interferencia en la vida familiar deben realmente ser muy serias.<sup>341</sup>

211. La Comisión Interamericana ha considerado que si bien la deportación afecta directamente a la persona, también tiene consecuencias para su vida familiar.<sup>342</sup> En el caso de Wayne Smith, Hugo Armendáriz y otros (Estados Unidos) la Comisión se refirió en profundidad acerca de los efectos que tienen las deportaciones sobre la vida familiar. Los señores Smith y Armendáriz eran residentes permanentes en los Estados Unidos, ambos ingresado al país cuando eran niños y al momento en el que se iniciaron sus procedimientos de deportación estaban casados con ciudadanas estadounidenses, con las cuales tenían hijos e hijas también nacionales de los Estados Unidos. En el marco de sus procedimientos de deportación a los señores Smith y Armendáriz no se les permitió presentar una defensa razonable ante las instancias administrativas y judiciales, tampoco fueron tenidas en cuenta

<sup>340</sup> CIDH, Informe No. 63/08, Caso 12.534, *Andrea Mortlock* (Estados Unidos), 25 de julio 2008, párr. 78.

<sup>341</sup> CIDH, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el Marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado*. OEA/Ser.L/V/II.106 Doc.40 rev., 28 de febrero de 2000, párr. 166. Citando, en general, Corte Europea de Derechos Humanos, *Berrehab c. los Países Bajos*, Ser. A N° 138, 11 E.H.R.R. 322 (1988) (la ejecución de la política nacional de inmigración no es suficiente para pasar por alto la necesidad del contacto entre padres e hijos); *Moustaquim c. Bélgica*, Ser. A N° 193, 13 E.H.R.R. 802 (1991) (la necesidad de proteger la seguridad pública en razón de actos criminales cometidos cuando el solicitante era menor de edad no permitió pasar por alto el hecho de que el solicitante había residido casi toda su vida en Francia y que toda su familia inmediata estaba en ese país); véase también, *Nasri c. France*, Ser. A N° 322-B (1995); *Beldjoudi c. France*, Ser. A N° 234-A (1992); *Chahal c. The United Kingdom*, Reports 1996-v p. 1831 (1996); *Gul v. Switzerland*, 22 E.H.R.R. 93 (1996)

<sup>342</sup> CIDH, Informe No. 81/10, Caso 12.562, *Wayne Smith, Hugo Armendariz y otros* (Estados Unidos), 12 de julio de 2010, párr. 48.

consideraciones humanitarias, tales como el tiempo que habían residido legalmente en los Estados Unidos; sus vínculos familiares en ese país; el potencial perjuicio que se generaría para sus familiares a causa de la separación que se ocasionaría como consecuencia de su deportación; su falta de vínculos en sus países de origen, entre otras. En sus alegatos el Estado argumentó que la prohibición a los ataques abusivos contra la vida familiar y el derecho a la protección de la familia sólo correspondían a las acciones del Estado que estuviesen dirigidas directamente a perjudicar la vida familiar y no a las “consecuencias secundarias”.<sup>343</sup> En este sentido, la Comisión concluyó que dado que el hecho de que el Estado no hubiera oído la defensa humanitaria de los señores Smith y Armendariz ni hubiera considerado debidamente su derecho a una vida familiar y los mejores intereses de sus hijos en una base individualizada en sus procedimientos de expulsión, el Estado había violado sus derechos a la protección contra injerencias arbitrarias a la vida familiar, a la protección de la familia y a la protección de los niños.

212. En consecuencia, la CIDH considera que, al no oír su defensa humanitaria y considerar debidamente su derecho a una vida familiar y los mejores intereses de sus hijos en una base individualizada en sus procedimientos de expulsión, el Estado ha violado los derechos de los señores Smith y Armendariz, consagrados bajo los artículos V, VI, y VII de la Declaración Americana.

213. Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Europea ha reconocido que la expulsión o deportación de una persona de un país en donde residen sus familiares cercanos puede suponer una violación del derecho a la vida familiar, tal y como se encuentra garantizado por el artículo 8 del Convenio Europeo. La Corte Europea ha señalado que en la medida en que una deportación pueda interferir en el derecho a la vida familiar, dicha medida deberá ser necesaria en una sociedad democrática, es decir, justificada por una ingente necesidad social y proporcional al objetivo legítimo que se persigue. En este orden de ideas, el primer aspecto a analizar es la existencia de vida familiar. La vida familiar de un individuo presupone la existencia de una familia. El análisis de la Corte Europea se ha centrado en determinar la existencia y la naturaleza de la vida familiar de la persona en inmersa en el procedimiento de expulsión o deportación. Seguidamente procede a determinar si la deportación representa una injerencia a la vida familiar conforme a los requisitos establecidos en el artículo 8.2 del Convenio, es decir que: i) la medida esté prevista por la ley; ii) persiga alguno de los fines legítimos previstos (seguridad nacional, seguridad pública, bienestar económico del país, defensa del orden y la prevención de infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás); y iii) sea necesaria en una sociedad democrática. Sólo cuando la medida reúna todos estos requisitos se entenderá que la misma es legal y no arbitraria y que por lo tanto se encuentra de conformidad con lo establecido en el artículo 8.2 del Convenio.<sup>344</sup>

<sup>343</sup> CIDH, Informe No. 81/10, Caso 12.562, *Wayne Smith, Hugo Armendariz y otros* (Estados Unidos), 12 de julio de 2010, párr. 48.

<sup>344</sup> Corte Europea de Derechos Humanos, *C. Vs. Bélgica*. 24 de junio de 1996, No. 35/1995/541/627, párr. 31; Véase, Corte Europea de Derechos Humanos, *Beldjoudi Vs. Francia*. Sentencia de 26 de marzo de 1992, No. 12083/86, párr. 74; Corte Europea de Derechos Humanos *Nasri Vs. Francia*, Sentencia de 13 de julio de 1995, No. 19465/92, párr. 41; Corte Europea de Derechos Humanos, *Boughanemi Vs. Francia*, Sentencia de 24 de abril de 1996, No. 22070/93, Rep. 1996-II, Fasc. 8, párr. 41; Corte Europea de Derechos Humanos, *Bouchelkia Vs. Francia*, Sentencia de 1 de enero de 1997, No. 230078/93, Rep. 1997-I, fasc. 28, párr. 48; Corte Europea de Derechos Humanos, *Boudjaidii*

214. En este sentido, el Comité de Derechos Humanos ha sostenido que de conformidad con el derecho internacional, un Estado tiene la facultad de expulsar un residente no ciudadano, con base en un legítimo interés, pero debe estar equilibrado a la luz de la debida consideración de los procedimientos de deportación con relación a las conexiones familiares del deportado y las penurias que la deportación puede causar en la familia.<sup>345</sup>

215. Algunos de los elementos que han considerado la Corte Europea y el Comité de Derechos Humanos de la ONU a la hora de ponderar el derecho de una persona a permanecer en un Estado del que no es nacional con la facultad de un Estado a expulsarla son los siguientes: la edad que tenía el inmigrante no ciudadano cuando emigró al Estado recipiente; el tiempo de residencia en el país recipiente del inmigrante no ciudadano; los vínculos familiares del no ciudadano en el Estado recipiente; el alcance de las penurias que constituye la deportación del no ciudadano para su familia en el Estado recipiente; las contribuciones sociales del no ciudadano; el alcance de los vínculos del no ciudadano en su país de origen; la capacidad del no ciudadano para hablar los idiomas principales de su país de origen; el carácter y severidad del delito (o delitos) cometido(s) por el no ciudadano; la edad del no ciudadano en el momento que cometió el delito; el período transcurrido desde que el no ciudadano tuvo actividad delincriminal; pruebas de la rehabilitación del no ciudadano, con respecto a su actividad criminal; y los esfuerzos realizados por el no ciudadano para obtener la ciudadanía en el Estado recipiente.<sup>346</sup>

216. Al respecto la Comisión Interamericana ha señalado que “dichos elementos no conforman una lista exhaustiva ni unas consideraciones rígidas que deben ser abordadas en cada caso. El examen para balancearlos debe ser flexible

---

*Vs. Francia*, Sentencia de 26 de septiembre de 1997, Rep. 1997-VI, fasc. 51, párr. 39; Corte Europea de Derechos Humanos, *Boujlifa Vs. Francia*, Sentencia de 21 de octubre de 1997, 122/1996/741/940, Rep. 1997-VI, fasc. 54, párr. 42. En este sentido, véase, CIDH, Informe No. 81/10, Caso 12.562, *Wayne Smith, Hugo Armendariz y otros* (Estados Unidos), 12 de julio de 2010, párr. 54.

<sup>345</sup> Comité de Derechos Humanos, *Stewart Vs. Canadá*, Sentencia de Diciembre 1996, Comunicación No. 538/1993, párrafo 12.10.

<sup>346</sup> La Comisión observa que todos estos factores que están presentes en este caso, han sido considerados por la Corte Europea de Derechos Humanos (en el contexto de su Artículo 8, consideraciones del derecho a la familia) y el Comité de Derechos Humanos en sus deliberaciones sobre casos similares. Véase, por ejemplo, Corte Europea de Derechos Humanos, *Berrehab Vs. Países Bajos*, Sentencia del 21 de junio de 1988, No. 10730/84, párrafo 23; Corte Europea de Derechos Humanos, *Moustaquim Vs. Bélgica*, Sentencia de 19 de febrero de 1991, No. 12313/86; Corte Europea de Derechos Humanos, *Beldjoudi Vs. Francia*, Sentencia de 26 de marzo de 1992, No. 12083/86; Corte Europea de Derechos Humanos *Nasri Vs. Francia*, Sentencia de 13 de julio de 1995, No. 19465/92; Corte Europea de Derechos Humanos, *Boughanemi Vs. Francia*, Sentencia de 24 de abril de 1996, No. 22070/93, Rep. 1996-II, Fasc. 8, párrafo 32; Corte Europea de Derechos Humanos *C. Vs. Belgium*, 24 de junio de 1996, No. 35/1995/541/627; Corte Europea de Derechos Humanos, *Bouchelkia Vs. Francia*, Sentencia de 1 de enero de 1997, No. 230078/93, Rep. 1997-I, fasc. 28; Corte Europea de Derechos Humanos, *Boudjaidii Vs. Francia*, Sentencia de 26 de septiembre de 1997, Rep. 1997-VI, fasc. 51; Corte Europea de Derechos Humanos, *Boujlifa Vs. Francia*, Sentencia de 21 de octubre de 1997, 122/1996/741/940, Rep. 1997-VI, fasc. 54; *Mehemi Vs. Francia (no. 2)*, Sentencia de 10 de abril de 2003, No. 53470/99 (sect. 3)(bil.), ECHR 2003-IV; Comité de Derechos Humanos, *Stewart Vs. Canadá*, Sentencia de diciembre de 1996, No. 538/1993, párr. 12.10; Comité de Derechos Humanos, *Winata Vs. Australia*, 16 de agosto de 2001, No. 930/2000.

respecto a los hechos específicos de cada caso individual.<sup>347</sup> Además de estos factores, la Comisión ha destacado de manera particular que se debe tomar en consideración el mejor interés del niño durante los procedimientos de expulsión de los padres.<sup>348</sup>

217. La situación de los niños cuyos padres se encuentran en el marco de un proceso de deportación fue un aspecto al que la Comisión dedicó especial atención en la decisión del caso de Wayne Smith, Hugo Armendáriz y otros (Estados Unidos). Al respecto la Comisión destacó que

se debe tomar en consideración el mejor interés del niño durante los procedimientos de expulsión de los padres. El artículo VII de la Declaración Americana establece que “todo niño, tiene derecho a protección, cuidados y ayuda especiales.” Como un componente de esta protección especial para los niños, en el contexto de los procedimientos legales que puedan impactar los derechos del niño a una vida familiar, se requiere que haya “protección especial” y que los procedimientos presten la debida consideración al mejor interés del niño.<sup>349</sup>

218. Tal como lo ha sostenido a través de diferentes informes, la Comisión enfatiza que, de conformidad con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, los Estados tienen la obligación de garantizar que los procedimientos de expulsión de no ciudadanos deben tomar en consideración los mejores intereses de sus hijos, así como los derechos de la persona a una vida familiar. La Comisión estima que los Estados deben establecer oportunidades procesales para evitar la expulsión en los casos en los que la expulsión supondría un grave daño para la vida familiar de la persona a ser expulsada, así como de los miembros de su familia, en especial si entre estos se encuentran hijos menores de edad. Tanto la Comisión Interamericana como la Corte Europea han reconocido que conforme al derecho internacional, en cualquier procedimiento de expulsión, se debe considerar el mejor interés de los hijos de la persona que se encuentra inmersa en un procedimiento de expulsión. De manera reiterada, la Corte Europea ha señalado que el mejor interés y bienestar de los hijos menores de edad de un no ciudadano deben ser tomados en consideración en el marco del procedimiento de expulsión.<sup>350</sup>

219. En conclusión, tal como ya lo sostuvo la Comisión en su *Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: Detenciones y Debido Proceso*, “el interés superior del niño hijo de un inmigrante debe ser tomado en cuenta al momento de adoptar cualquier decisión respecto de la detención o la deportación y, de ordenarse la deportación, antes de que esta sea ejecutada el padre o madre debe recibir un

---

<sup>347</sup> CIDH, Informe No. 81/10, Caso 12.562, *Wayne Smith, Hugo Armendariz y otros* (Estados Unidos), 12 de julio de 2010, párr. 55.

<sup>348</sup> CIDH, Informe No. 81/10, Caso 12.562, *Wayne Smith, Hugo Armendariz y otros* (Estados Unidos), 12 de julio de 2010, párr. 56.

<sup>349</sup> CIDH, Informe No. 81/10, Caso 12.562, *Wayne Smith, Hugo Armendariz y otros* (Estados Unidos), 12 de julio de 2010, párr. 55. Citando, Corte IDH., *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrs. 62-77, 92-103 (28 de agosto de 2002).

<sup>350</sup> Véase, por ejemplo, Corte Europea de Derechos Humanos *Maslov Vs. Austria*, Sentencia de 23 de junio de 2008, No. 1638/03, párrafo 82, citando Corte Europea de Derechos Humanos, *Üner Vs. Países Bajos*, Sentencia de 18 de octubre de 2006, No. 46410/99, párrafo 58.

adecuado debido proceso para que se determine su custodia respecto de su hija o hijo ciudadano de Estados Unidos.”<sup>351</sup> La Comisión Interamericana considera que un juicio de ponderación es el único mecanismo que se puede utilizar para lograr una decisión justa que contemple tanto los derechos humanos del individuo como las necesidades fijadas por el Estado.<sup>352</sup>

### **Expulsiones Colectivas**

220. Por otra parte, otra situación respecto a la que la Comisión ha manifestado su preocupación en el pasado por los efectos que tiene con relación a la vida familiar tiene que ver con la práctica de expulsiones masivas en algunos Estados de la región. De conformidad con el artículo 22.9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos la práctica de expulsiones colectivas de extranjeros se encuentra expresamente prohibida para los Estados partes de la Convención. Al respecto el artículo 22.9 de la Convención establece que “Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros”.

221. A través de los años la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias de la CIDH ha sostenido que las expulsiones colectivas son manifiestamente contrarias al derecho internacional.<sup>353</sup> La Relatoría ha señalado que a pesar que los instrumentos internacionales no contienen una definición expresa de lo que constituye una expulsión colectiva, éstas pueden ser definidas como aquellas que se hacen sin hacer determinaciones individuales sino grupales, aunque en cada caso el grupo al que se aplican pueda no ser demasiado numeroso.<sup>354</sup> Esta posición fue reiterada por la CIDH en su *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*.<sup>355</sup> En virtud de la prohibición establecida en el artículo 22.9 de la Convención Americana, los Estados tienen la obligación de analizar, fundamentar y decidir de forma individual cada una de las expulsiones o deportaciones que lleven a cabo.

222. A través de los años la Comisión Interamericana ha abordado los efectos de las expulsiones masivas. La Comisión ha considerado que la forma en la que se llevan a cabo las expulsiones masivas configura una violación a lo dispuesto en el artículo 8.1 de la Convención Americana, el cual contiene el principio fundamental del derecho al debido proceso de ley en la determinación de los derechos

<sup>351</sup> CIDH, *Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: Detenciones y Debido Proceso*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 78/10. 30 de diciembre de 2010, párr. 98.

<sup>352</sup> CIDH, Informe No. 81/10, Caso 12.562, *Wayne Smith, Hugo Armendariz y otros* (Estados Unidos), 12 de julio de 2010, párrs. 48-60.

<sup>353</sup> La prohibición expresa de expulsiones colectivas puede encontrarse en los siguientes artículos de instrumentos internacionales de derechos humanos: Artículo 22.9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 4 del Protocolo n° 4 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales que reconoce ciertos derechos y libertades además de los que ya figuran en el Convenio y en el primer Protocolo adicional al Convenio modificado por el Protocolo n° 11, Artículo 12.5 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Artículo 26.2 de la Carta Árabe de Derechos Humanos y Artículo 22.1 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.

<sup>354</sup> CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 2000: Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias*. OEA/Ser.L/V/II.111 doc. 20 rev., 16 de abril de 2000, párr. 97.5.

<sup>355</sup> CIDH, *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II.116 Doc. 5 rev. 1 corr., 22 octubre 2002, párr. 404.

de la persona. Conforme a la obligación del artículo 8.1 de la Convención, los Estados tienen la obligación de contemplar la situación individual de aquellas personas que se encuentren en el marco de un proceso de deportación y otorgarles el derecho a presentar su defensa en el marco de una audiencia formal. Adicionalmente, la Comisión considera que la celeridad que suele caracterizar las expulsiones masivas priva a las personas afectadas de tener acceso a un recurso judicial mediante el cual se pudiese determinar si tenían derecho o no a permanecer en el país, lo cual conllevaría a una violación del artículo 25 de la Convención Americana.<sup>356</sup>

223. Por otra parte, las expulsiones colectivas suelen llevar a la separación forzada de familias, lo cual constituye una violación a la obligación de los Estados de proteger a la familia, la cual se encuentra reconocida en los artículos 11.2 y 17.1 de la Convención Americana y en los artículos V y VI de la Declaración Americana. En algunos casos, la práctica de este tipo de procedimientos ha implicado que niños hayan sido expulsados sin sus padres o viceversa.

224. La Comisión, a través de su Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, también ha establecido que las expulsiones colectivas generan múltiples violaciones a los derechos humanos de los migrantes. La forma indiscriminada y sumaria en la que se realizan este tipo de expulsiones conlleva a que en ocasiones también sean expulsados nacionales, residentes o personas en necesidad de protección internacional, muchos de los cuales suelen ser niñas y niños. En consideración de estas circunstancias, la Relatoría ha señalado que la práctica de expulsiones masivas constituye violaciones a diversos derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tales como el derecho de las personas de no ser expulsadas del territorio del que son nacionales, el derecho de los extranjeros que se encuentren legalmente en el territorio de un Estado a ser expulsados del territorio de dicho Estado en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley, así como de la prohibición de la expulsión colectiva de extranjeros, reconocidos en los artículos 22.5, 22.6 y 22.9 de la Convención Americana respectivamente.<sup>357</sup> Adicionalmente, la práctica de expulsiones colectivas también podría conllevar a la violación de otros derechos reconocidos en la Convención Americana, tales como el derecho a buscar y recibir asilo y el principio de no devolución (*non-refoulement*), contenidos en los artículos 22.7 y 22.8 respectivamente.

225. Las características propias de las expulsiones colectivas, tales como la forma indiscriminada y sumaria con las que se llevan a cabo, representan un impedimento para que las autoridades estatales puedan considerar las necesidades especiales de protección de las niñas y niños. Por lo tanto, cuando la ejecución de una expulsión colectiva conlleva la expulsión de niñas y niños, también se genera una violación a las obligaciones establecidas en el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

---

<sup>356</sup> CIDH, *Informe Anual 1991, Capítulo V, Situación de los Haitianos en República Dominicana*. OEA/Ser.L/V/II.81 Doc. 6 rev. 1, 14 febrero 1992.

<sup>357</sup> CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 1999: Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio*. OEA/Ser.L/V/II.106 Doc. 3, 13 de abril de 2000, párr. 9.

226. En virtud de lo expuesto a lo largo de la presente sección, la Comisión Interamericana solicita a la Corte que concluya y declare que de conformidad con los artículos 8, 17, 19 y 25 de la Convención Americana y artículos VI y XXV de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos deben:

- i) en el marco de los procedimientos de expulsión o deportación que puedan conllevar a la separación de una familia garantizar que en estos procedimientos se haga un juicio de ponderación en el cual las autoridades tomen en consideración el interés superior de los hijos menores de esa familia, así como su derecho a la vida familiar y a permanecer junto a sus padres. En caso de que se ordene su expulsión de uno o ambos padres, antes de que esta sea ejecutada, el padre o madre deben tener la oportunidad de determinar la custodia respecto de su hija o hijo ciudadano de dicho Estado conforme a las garantías del debido proceso.
- ii) analizar, fundamentar y decidir de forma individual cada una de las expulsiones o deportaciones que lleven a cabo dentro de su jurisdicción, tomando en consideración el interés superior del niño y la protección especial de la que goza la familia en aquellos procedimientos que puedan ocasionar la separación de una familia.

## **X. CONCLUSIONES Y PETITORIO**

227. En conclusión, la CIDH estima que los Estados están obligados a adoptar medidas de protección especial que pueden comprender la adopción e implementación de legislación específica; el establecimiento de políticas generales de prevención, protección, educación.

228. En general, la Comisión considera que cualquier situación que vulnera los derechos del niño, la niña y el adolescente, exige medidas de prevención y protección efectivas.

229. Por todo lo expuesto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos solicita a la Corte que, con base en su función consultiva, concluya y declare:

- a) que de conformidad con el principio de igualdad y no discriminación, el principio del interés superior del niño y los artículos 1, 2, 5, 7, 8, 19, 22.7 y 25 de la Convención Americana y los artículos I, II, V, VII, XVIII, XXV y XXVII de la Declaración Americana, los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos deben garantizar mecanismos de identificación y prevención de los diferentes riesgos para los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes a efecto de estar en condiciones de poder determinar sus necesidades y activar los mecanismos de protección más adecuados a sus intereses;

b) que de conformidad con el principio de igualdad y no discriminación, principio del interés superior del niño y los artículos 1(1), 2, 7, 8 y 25 de la Convención Americana y los artículos XVIII y XXV de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos deben regular conforme a las garantías del debido proceso todos los procesos administrativos y judiciales que puedan afectar los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes migrantes;

c) que de conformidad con el principio del interés superior del niño y el principio de unidad familiar y los artículos 1(1), 7, 8, 19 y 25 de la Convención Americana y el artículo XXV de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos deben:

i) como principio general a aplicar con relación a los niños, niñas y adolescentes migrantes, ya sea que se encuentren acompañados de sus familias, no acompañados o separados de sus familias, no deberían ser detenidos bajo ningún supuesto; sólo se les puede restringir o privar de su libertad como una medida cautelar de último recurso y siempre que se hayan agotado todas las medidas alternativas a la restricción o privación de su libertad, en caso de que la detención o restricción sea absolutamente necesaria, ésta debe estar justificada por la ley y ser por el periodo más corto posible;

ii) con relación a los niños, niñas y adolescentes migrantes que se encuentran con sus familias, los Estados deben orientar las medidas que adopten hacia la protección del principio de la unidad familiar y del principio de interés superior del niño; lo anterior requiere que los Estados no recurran en primer término a la detención de toda la familia como una medida tendiente a garantizar la unidad familiar y la protección del interés superior del niño, sino que por el contrario, la excepcionalidad de la detención de los niños y la necesidad de implementar medidas alternativas debe cobijar al resto de su familia;

iii) con relación a los niños no acompañados o separados de sus familias, el Estado debe adoptar medidas para la protección de sus derechos en las que se prioricen soluciones alrededor de la familia y la comunidad y no en la institucionalización, estas medidas pueden ir desde su retorno a su país en condiciones de seguridad y la reintegración con su familia o a través de la regularización de su condición migratoria y posterior implementación de medidas de protección permanentes; y

iv) en lo que respecta a la situación de los niños solicitantes de asilo, de protección complementaria o apátridas, no deberían ser detenidos bajo ningún supuesto y el Estado debe adoptar las medidas que sean necesarias para responder a sus necesidades de protección internacional;

d) que de conformidad con el principio de igualdad y no discriminación, el principio del interés superior del niño y los artículos 1, 2, 5, 7, 8, 19 y 25 de la Convención Americana y los artículos I, II, V, VII, XVIII, XXV y XXVII de la Declaración Americana, los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos deben garantizar a través de leyes y su normatividad interna la creación de mecanismos o medidas alternativas a la detención o privación de la libertad de niños, niñas y adolescentes migrantes;

e) que de conformidad con el principio de no devolución y a la luz de lo previsto en los artículos 1, 2, 4.1, 5, 7, 8, 19, 22.7, 22.8 y 25 de la Convención Americana, artículo 13.4 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, y de los artículos I, XXV y XXVII de la Declaración Americana, ningún niño podrá ser expulsado o deportado a un territorio en el que su vida, integridad, libertad y desarrollo integral corran riesgo;

f) que de conformidad con el principio del interés superior del niño y lo establecido en el artículo 22.7 de la Convención Americana y el artículo XXVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos deben garantizar mecanismos de identificación y prevención de los diferentes riesgos para los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes a efecto de estar en condiciones de poder determinar sus necesidades de protección internacional y activar los mecanismos de protección más adecuados a sus intereses, de forma que se les brinden las soluciones duraderas o temporales que requieran; y

g) en virtud de lo expuesto, la Comisión Interamericana solicita a la Corte que concluya y declare que de conformidad con los artículos 8, 17, 19 y 25 de la Convención Americana y artículos VI y XXV de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos deben:

- i. en el marco de los procedimientos de expulsión o deportación que puedan conllevar a la separación de una familia garantizar que en estos procedimientos se haga un juicio de ponderación en el cual las autoridades tomen en consideración el interés superior de los hijos menores de esa familia, así como su derecho a la vida familiar y a permanecer junto a sus padres. En caso de que se ordene su expulsión de uno o ambos padres, antes de que esta sea ejecutada, el padre o madre deben tener la oportunidad de determinar la custodia respecto de su hija o hijo ciudadano de dicho Estado conforme a las garantías del debido proceso.
- ii. analizar, fundamentar y decidir de forma individual cada una de las expulsiones o deportaciones que lleven a cabo dentro de su jurisdicción, tomando en consideración el interés

superior del niño y la protección especial de la que goza la familia en aquellos procedimientos que puedan ocasionar la separación de una familia.

## XI. VÍNCULOS ELECTRÓNICOS

230. Sin perjuicio de otra documentación que en el futuro la Comisión pueda aportar para mayor ilustración de la Corte y para la mejor resolución de esta opinión consultiva, por el momento se pone a disposición de la Corte los siguientes documentos electrónicos:

### Informes temáticos y por país

CIDH, *Informe sobre la labor desarrollada durante su séptimo periodo de sesiones, celebrado del 7 al 25 de octubre de 1963 – Capítulo VI. La situación de los refugiados políticos en América*. OEA/Ser.L/V/II.8 Doc. 35, 5 febrero 1964. Disponible en: <http://www.wcl.american.edu/pub/humright/digest/inter-american/espanol/sesiones/7ses.html>

CIDH, *Informe Anual 1991, Capítulo V, Situación de los haitianos en República Dominicana*. OEA/Ser.L/V/II.81 Doc. 6 rev. 1, 14 febrero 1992. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/91span/cap.V.htm>

CIDH, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el Marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado*. OEA/Ser.L/V/II.106 Doc.40 rev., 28 de febrero de 2000. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Canada2000sp/indice.htm>

CIDH, *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., 22 octubre 2002. Disponible en: <http://www.cidh.org/Terrorism/Spain/indice.htm>

CIDH, *¿Haití: Justicia frustrada o Estado de Derecho? Desafíos para Haití y la Comunidad Internacional*. OEA/Ser.L/V/II.123, Doc.6 rev. 1, 26 de octubre de 2005. Disponible en: <http://cidh.org/countryrep/Haiti05sp/Haiti05indice.sp.htm>

CIDH, *Las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia*, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 67, 18 octubre 2006. Disponible en: <http://www.cidh.org/countryrep/ColombiaMujeres06sp/indicemujeres06sp.htm>

CIDH, *Informe Acceso a la justicia e inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia*. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, Junio de 2007 Disponible en: <http://www.cidh.org/pdf%20files/BOLIVIA.07.ESP.pdf>

CIDH, *Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales*, OEA/Ser.L/V/II.132, Doc. 14 rev. 1, 19 de julio de 2008. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/docs/pdfs/Lineamientos.pdf>

CIDH, *Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 57, 31 diciembre 2009. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/docs/pdfs/SEGURIDAD%20CIUDADANA%202009%20ESP.pdf>

CIDH, *Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: Detenciones y Debido Proceso*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 78/10, 30 de diciembre de 2010. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/migrantes/docs/pdf/Migrantes2011.pdf>

CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2010. Capítulo IV. Cuba*. OEA.Ser.L/V/II. Doc. 5 corr. 1, 7 de marzo de 2011. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2010sp/indice2010.htm>

CIDH, *Informe sobre Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 78, 13 de julio de 2011. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/JusticiaJuvenil.pdf>

CIDH, *Observaciones Preliminares de la Relatoría sobre los Derechos de los Migrantes de la CIDH a México*, Anexo al Comunicado de Prensa 82/11. Disponible en: <http://www.cidh.org/pdf%20files/ANEXO.82-11.pdf>

### **Informes de progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias de la CIDH**

CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 1999: Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias*. OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 3., 13 de abril de 2000. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/99span/capitulo6.htm>

CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 2000: Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias*. OEA/Ser.L/V/II.111, Doc. 20 rev., 16 de abril de 2001. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/cap.6.htm>

CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 2001: Tercer Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias*. OEA/Ser.L/V/II.114, doc. 5 rev., 16 de abril de 2002. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2001sp/cap.6.htm>

CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 2002: Cuarto Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y*

*Miembros de sus Familias*. OEA/Ser.L/V/II.117, Doc. 1 rev. 1, 7 de marzo de 2003. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2002sp/cap.6.htm>

CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 2003: Quinto Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias*. OEA/Ser.L/V/II.118, Doc. 70 rev. 2, 29 de diciembre de 2003. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2003sp/cap.5.htm>

CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 2004: Sexto Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias*. OEA/Ser.L/V/II.122, Doc. 5 rev. 1, 23 de febrero de 2005. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2004sp/cap.6.htm>

CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 2005: Séptimo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias*. OEA/Ser.L/V/II.124, Doc. 7, 27 de febrero de 2006. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2005sp/cap.5.htm>

### **Principios y Buenas Prácticas**

CIDH, *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.131, Doc. 38, 13 de marzo de 2008. Disponible en: <http://www.cidh.org/Basicos/Basicos.Principios%20y%20Buenas%20Pr%C3%A1cticas%20para%20PPL.htm>

### **Informes de Peticiones Individuales (Fondo)**

CIDH, Informe de Fondo No. 51/96, Caso 10.675, *Comité Haitiano de Derechos Humanos y otros (Interdicción de Haitianos en Altamar)* (Estados Unidos de América). 13 de marzo de 1997. Disponible en: <http://www.cidh.org/annualrep/96span/EEUU10675.htm>

CIDH. Informe de Fondo No. 109/99, Caso 10.951, *Coard y otros* (Estados Unidos). 29 de septiembre de 1999. Disponible en: <http://www.cidh.org/annualrep/99span/De%20Fondo/EstadosUnidos10951.htm>

CIDH, Informe de Fondo No. 49/99, Caso 11.610, *Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz* (México). 13 de abril de 1999. Disponible en:

CIDH, Informe de Fondo No. 48/01, Casos Nos. 12.067, 12.068, 12.086, *Casos de Michael Edwards, Omar Hall, Brian Schroeter y Jeronimo Bowleg* (Las Bahamas). 4 de abril de 2001. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/LasBahamas12.067.htm>

CIDH, Informe de Admisibilidad y Fondo No. 51/01, Caso 9903, *Rafael Ferrer-Mazorra y otros (Los Cubanos de Mariel)* (Estados Unidos de América). 4 de abril de 2001. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/EEUU9903.htm>

CIDH, Informe de Fondo No. 52/02, Caso 11.753, *Ramón Martínez Villareal (Estados Unidos)*, 10 de octubre de 2002. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2002sp/EEUU.11753.htm>

CIDH, Informe de Fondo No. 99/03, *Cesar Fierro (Estados Unidos)*, 29 de diciembre de 2003. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2003sp/EEUU.11331.htm>

CIDH, Informe de Fondo No. 1/05, Caso 12.430, *Roberto Moreno Ramos (Estados Unidos)*, 28 de enero de 2005. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2005sp/EEUU12430sp.htm>

CIDH, Informe de Fondo No. 91/05, Caso 12.421, *Javier Suárez Medina (Estados Unidos)*, 24 de octubre de 2005. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2005sp/EEUU12421sp.htm>

CIDH, Informe de Admisibilidad y Fondo No. 63/08. Caso 12.534, *Andrea Mortlock (Estados Unidos de América)*. 25 de julio de 2008. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2008sp/EEUU12534.sp.htm>

CIDH, Informe de Fondo No. 84/09, Caso 12.525, *Nelson Iván Serrano Sáenz (Ecuador)*. 6 de agosto de 2009. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/Ecuador12535.sp.htm>

CIDH, Informe de Fondo No. 90/09, Caso 12.644, *Medellín, Ramírez Cárdenas y García Leal (Estados Unidos)*, 7 de agosto 2009. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/EEUU12644.sp.htm>

CIDH, Informe de Fondo No. 81/10, Caso 12.562, *Wayne Smith, Hugo Armendariz y otros (Estados Unidos de América)*. 12 de julio de 2010. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/fondos.asp#inicio>

CIDH, Informe de Fondo No. 78/11, Caso 12.586, *John Doe y otros (Canadá)*. 21 de julio de 2011. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/fondos.asp#inicio>

### **Informes de Peticiones Individuales (Admisibilidad)**

CIDH, Informe de Admisibilidad No. 89/00, Caso 11.495, *Juan Ramón Chamorro Quiroz (Costa Rica)*. 5 de octubre de 2000. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Admisible/CostaRica11.495.htm>

CIDH, Informe de Admisibilidad No. 7/02, Petición 11.661, *Manickavasagam Suresh (Canadá)*. 27 de febrero de 2002. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2002sp/Canada.11661.htm>

CIDH, Informe de Admisibilidad No. 6/02, Petición 12.071, *120 ciudadanos cubanos y 8 ciudadanos haitianos detenidos en Las Bahamas (Las Bahamas)*. 3 de abril de 2002. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2002sp/Bahamas.12071.htm>

CIDH, Informe de Admisibilidad No. 53/04, Caso 301/2002, *Rumaldo Juan Pacheco Osco y otros* (Bolivia). 13 de octubre de 2004. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2004sp/Bolivia.301.02.htm>

CIDH, Informe de Admisibilidad No. 09/05, Petición 1/03, *Elías Gattas Sahih* (Ecuador), 2 de febrero de 2005. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2005sp/Ecuador1.03sp.htm>

CIDH, Informe de Admisibilidad No. 64/08, Caso 11.691, *Raghda Habbal e hijo* (Argentina). 25 de julio de 2008. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2008sp/Argentina11691.sp.htm>

CIDH, Informe de Admisibilidad No. 112/10, Petición Interestatal PI-02, *Franklin Guillermo Aisalla Molina* (Ecuador – Colombia). 21 de octubre de 2010. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/admisibilidades.asp#inicio>

CIDH, Informe de Admisibilidad No. 134/11, Petición 1190-06, *Trabajadores Migrantes Indocumentados* (Estados Unidos de América). 20 de octubre de 2011. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/admisibilidades.asp#tab1>

### **Demandas de la CIDH ante la Corte Interamericana**

CIDH, Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso 12.581, *Jesús Tranquilino Vélez Loo* (República de Panamá). 8 de octubre de 2009. Disponible en: <http://www.cidh.org/demandas/12.581%20Jesus%20Tranquilino%20Velez%20Loo%20Panama%20oct09%20ESP.pdf>

CIDH, Nota de remisión del caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso No. 12.688, *Nadege Dorzema y otros: Masacre de Guayubín* (República Dominicana). 11 de febrero de 2011. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/demandas/12.688Esp.pdf>

CIDH, Nota de remisión del caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso 11.618, *Oscar Alberto Mohamed* (Argentina). 13 de abril de 2011. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/demandas/11.618Esp.pdf>

### **Audiencias ante la CIDH**

CIDH, *Audiencia sobre Derechos humanos y políticas de deportación y detención de personas migrantes en Estados Unidos*. 141° Período de sesiones, 28 de marzo de 2011. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/audiencias/Hearings.aspx?Lang=es&Session=122>

CIDH, *Audiencia sobre Problemas de debido proceso en la aplicación de políticas de detención y deportación de inmigrantes en Estados Unidos*. 133° Período de Sesiones. 28 de octubre de 2008. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/audiencias/Hearings.aspx?Lang=es&Session=9&page=2>