

BUE- 19/12

17 February 2012

Mr. Pablo Saavedra-Alessandri
Secretary
Inter-American Court of Human Rights

Dear Mr. Saavedra-Alessandri,

On behalf of Bernt Aasen, Regional Director for Latin America and the Caribbean, I hereby submit UNICEF's written comments concerning the request for advisory opinion submitted by Argentina, Brazil, Uruguay and Paraguay mentioned in your note REF.: CDH-OC-21/268 dated December 1, 2011. The comments are contained in the attached document.

UNICEF attaches great importance to the issues under consideration in this request and wishes to confirm its availability for further consultation if the Honorable Court considers it necessary or appropriate.

Originals of UNICEF's written comments will also be submitted by mail.

Regards,



Andrés Franco
Representative UNICEF Argentina



AMICUS CURIAE
OPINIÓN CONSULTIVA
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Presentado por
UNICEF - Oficina Regional para América Latina y El Caribe (TACRO)¹

17 de Febrero 2012

¹ Este documento ha sido elaborado por UNICEF Oficina Regional para América Latina y El Caribe (TACRO) y diversas oficinas de UNICEF en los países de América Latina y el Caribe, y ha contado con el apoyo técnico del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús.

PRESENTACIÓN

1. Uno de los mandatos centrales del Fondo de las Naciones Unidas es lograr la plena vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN), es decir, asegurar los derechos allí reconocidos a todos los niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA), sin discriminación alguna. La propia CDN otorga un lugar privilegiado a UNICEF, en tanto organismo que puede proporcionar asesoramiento especializado e información al Comité de Derechos del Niño, con el fin de coadyuvar en la interpretación y aplicación de los artículos de este tratado².

2. La Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH y CIDH, respectivamente) han ido teniendo un rol crecientemente relevante en el diseño de estándares internacionales en materia de derechos de NNA. En particular, a partir de la interpretación conjunta de, por un lado, la CDN, y por el otro, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH o Convención Americana) y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (en adelante, DADDH o Declaración Americana), a través de sus artículo 19 y VII, respectivamente. Es decir, del *corpus iuris* internacional que rige en esta materia, como bien lo ha explicado la Corte Interamericana³. En sus funciones consultiva y contenciosa, la Corte IDH ha contribuido sustancialmente a la aplicación de la CDN en la región americana.

3. Esta invitación resulta particularmente oportuna y de suma importancia para UNICEF, ya que los derechos de la niñez en el contexto de la migración supone un reto creciente para el cumplimiento de nuestros objetivos. Debido a la situación de elevada vulnerabilidad en que se encuentran miles de niños y niñas migrantes, o hijos e hijas de migrantes, esta temática ocupa un espacio central en la agenda y las acciones de UNICEF en la región. Su presencia en países de origen, tránsito y destino de flujos migratorios, le permite tener una visión estratégica e integral de este fenómeno, sus causas y consecuencias, incluyendo el impacto en los derechos humanos de esos niños, niñas y adolescentes.

4. Por estas razones, celebramos enfáticamente esta iniciativa y agradecemos la posibilidad de remitir nuestra opinión al tribunal. Con la *Nota* que aquí acompañamos, esperamos poder contribuir a que la futura Opinión Consultiva de la Corte IDH represente un punto de inflexión en la protección de los derechos humanos de los NNA en el contexto de la migración.

² Artículo 45, Convención sobre Derechos del Niño.

³ Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/02, de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, § 37 y 53; y Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, § 194.

INTRODUCCIÓN

5. La solicitud de opinión consultiva se ha presentado con el fin de que la Corte IDH determine con mayor precisión cuáles son las obligaciones de los Estados con relación a las medidas pasibles de ser adoptadas respecto de niños y niñas, asociada a su condición migratoria, o a la de sus padres, a la luz de la interpretación autorizada de los artículos 1.1, 2, 4.1, 5, 7, 8, 11, 17, 19, 22.7, 22.8, 25 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los artículos 1, 6, 8, 25 y 27 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y el artículo 13 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

6. En particular, se han formulado las siguientes preguntas específicas sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la Corte IDH y la definición de estándares jurídicos:

- *Procedimientos para la determinación de necesidades de protección internacional y de medidas de protección especial de los niños, niñas y adolescentes migrantes;*
- *Sistema de garantías que debería aplicarse en los procedimientos migratorios que involucran niños, niñas y adolescentes migrantes;*
- *Estándares para la aplicación de medidas cautelares en un procedimiento migratorio sobre la base del principio de no detención de niñas y niños migrantes.*
- *Medidas de protección de derechos que deberían disponerse de manera prioritaria y que no implican restricciones a la libertad personal.*
- *Obligaciones estatales en casos de custodia de niños y niñas por motivos migratorios.*
- *Garantías de debido proceso ante medidas que impliquen privación de la libertad de niños y niñas en el marco de procedimientos migratorios.*
- *Principio de no devolución en relación con niñas y niños migrantes.*
- *Procedimientos para la identificación y el tratamiento de niños y niñas eventuales solicitantes de asilo o refugio.*
- *El derecho a la vida familiar de los niños y niñas en casos de disponerse la expulsión por motivos migratorios de sus padres.*

7. Con base en la experiencia y las iniciativas que desde las oficinas de UNICEF en la región hemos venido desarrollando en relación con los derechos de la niñez en el contexto de la migración, esta solicitud representa una oportunidad invaluable para la consolidación de

estándares internacionales que avancen en la protección y garantía de derechos humanos de decenas de miles de niños, niñas y adolescentes que migran, solos o junto a sus padres, desde, entre o hacia los países de la región.

8. Las directrices que emanen de la Corte pueden contribuir sustancialmente en el diseño e implementación de políticas públicas dirigidas, desde una perspectiva de derechos, a proteger unos de los grupos sociales que actualmente se encuentran en mayor situación de vulnerabilidad, tanto en la región americana como a escala global. Hoy en día es incuestionable que el tema de la migración está entre los desafíos más acuciantes del presente siglo. En este contexto, el trato dado a los NNA no sólo resulta ser especialmente revelador sobre la magnitud de estos retos. También representa un barómetro estratégico para la construcción de políticas legítimas e integrales que permitan en el mediano y largo plazo mejorar las condiciones de vida de las personas migrantes y sus familias, así como incrementar la contribución que hacen al desarrollo de los países de origen y destino.

9. En el marco del trabajo que realizamos en esta materia, comprobamos cotidianamente el elevado nivel de abusos y violaciones a sus derechos que sufren los NNA migrantes, en particular quienes migran de forma no acompañada y quienes se encuentran en situación migratoria irregular (o si sus padres están en esta condición). Y ello se produce en un contexto de preocupante invisibilidad de la niñez en los flujos migratorios, de la cual se derivan políticas y prácticas inadecuadas y perjudiciales. Existen numerosos y serios desafíos en esta asignatura, y por ello estamos convencidos que la próxima Opinión Consultiva de la Corte IDH constituirá un hito fundamental para la fijación de estándares, principios y obligaciones concretas de los Estados para ir superando progresivamente esos retos.

CONSIDERACIONES GENERALES: SOBRE LA PRIMACIA DEL MARCO NORMATIVO E INSTITUCIONAL DE PROTECCION INTEGRAL DE LA INFANCIA SOBRE EL MARCO NORMATIVO E INSTITUCIONAL MIGRATORIO

10. UNICEF considera primordial el destacar la prioridad del marco normativo e institucional de protección integral de la Infancia por sobre la normativa y política migratoria. Este principio debe ser considerado transversalmente para la interpretación de todas las consideraciones que se hacen a lo largo de este Amicus. Esta prioridad queda en evidencia y esta fundamentada en las propias palabras de la Corte IDH, cuando en la parte resolutive de su Opinión Consultiva 17 afirma que el interés superior del niño, consagrado en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, “implica que (...) el ejercicio pleno de sus derechos

deben ser considerados como criterios rectores para (...) la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.⁴

11. Asimismo, esta prioridad encuentra fundamento en la vigencia del principio pro homine en tanto actúa como herramienta de hermenéutica a nivel nacional e internacional y que como regla de interpretación requiere de la prioridad y aplicación de aquella norma que consagre un mayor protección de los derechos de las personas, en este caso de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

12. En virtud del diagnóstico que hemos venido efectuando en los últimos años en diversos países de la región, consideramos que esta Opinión Consultiva es particularmente oportuna y relevante para la formulación de una serie de estándares desde un enfoque de política pública. Es decir, directrices destinadas tanto a la adecuación de la legislación - incluyendo la normativa administrativa, decretos, resoluciones - a las obligaciones internacionales (en particular, la CADH, la DADDH y la CDN), como al diseño, implementación y monitoreo de una serie de políticas, medidas, procesos y prácticas que aseguren la realización efectiva de los derechos de la niñez en el contexto de la migración.

13. Por estas razones, en la presente nota se incluyen dos secciones complementarias e interdependientes. En la primera, se analizan 8 de las 9 preguntas sometidas por los Estados del Mercosur ante la Corte⁵. Y en la siguiente se incluyen algunos temas que consideramos esenciales para la necesaria intervención y articulación institucional así la adecuación de toda la normativa, formulación de políticas y la aplicación integral de las medidas que suponen dar cumplimiento a las cuestiones planteadas en la sección anterior.

14. Uno de los principios claves de la CDN, el de no discriminación, prohíbe tajantemente discriminar en el reconocimiento y ejercicio de esos derechos en razón de la nacionalidad o la condición migratoria de los niños/as o de sus padres. De ahí que los niños y niñas migrantes no sólo deben gozar de estas políticas en el Estado en cuya jurisdicción se encuentren, sino que las políticas migratorias –como cualquier otra- deben asegurar los principios de la CDN en cualquier acto, medida o decisión que pudiera afectar los derechos de un niño o niña, en particular por el principio de interés superior.

15. Estas dos obligaciones centrales –incorporar los NNA migrantes en las políticas de infancia, y asegurar los derechos de la niñez en las políticas migratorias-, a la luz de los desafíos

⁴ Corte IDH, O.C 17. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión. Párrafo 2.

⁵ Se excluye la pregunta 8, relativa a NNA solicitantes de asilo, en razón que el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), junto a otras instituciones especializadas, sin duda presentarán ante la Corte IDH la suficiente y detallada información al respecto. Ello, sin perjuicio de que incluiremos algunas referencias a este tema en los demás puntos analizados en esta Nota.

actuales en esta materia, corroboran la necesidad de consolidar directrices que contribuyan a la efectiva implementación de los estándares aplicables.

16. En este sentido, y sin perjuicio de casos contenciosos sometidos a la CIDH y la Corte IDH sobre las temáticas que son objetos de la presente solicitud de opinión consultiva, cabe recordar que la Corte ha dedicado tres Opiniones Consultivas al respecto⁶. En todas ellas se desarrollaron y establecieron importantes estándares por parte de la Corte IDH. Estas decisiones han contribuido a que diversos países de la región hayan avanzado en la protección de los derechos de la población migrante y los NNA.

17. Sin embargo, en numerosos casos los potenciales efectos positivos de estas decisiones se han visto reducidos, por un lado, por diversos factores que han complejizado el fenómeno migratorio y han derivado en respuestas restrictivas e inadecuadas, en perjuicio de los derechos de la población migrante y la particular invisibilización de la niñez dentro del contexto del fenómeno migrante. Y por el otro lado, en razón de la ausencia o debilidad de mecanismos institucionales y normativos que contribuyan a la efectiva implementación de los estándares derivados de la CADH, CDN y otros instrumentos internacionales de derechos humanos en beneficio de la infancia y adolescencia afectada por la migración y de sus padres.

18. Como sucede en otras materias, un abordaje integral a los derechos de la niñez en el contexto de la migración exige no sólo una mirada transversal a los organismos públicos, y a las diversas políticas, programas y prácticas. También demanda una transformación sustancial en el diseño e implementación de esas políticas, incluyendo la transferencia de competencias desde autoridades migratorias a organismos especializados en la protección de la infancia. A su vez, como se desarrollará más adelante, la coordinación inter-institucional resulta esencial para asegurar una respuesta comprehensiva y adecuada, sobre la base de los principios que emanan de la Convención Americana y la Convención sobre Derechos del Niño.

19. Como hemos señalado en otra oportunidad, los sistemas de protección de la infancia comprenden un conjunto de leyes, políticas y servicios necesarios en todos los ámbitos sociales —especialmente en el ámbito del bienestar social, la educación, la salud y la justicia— para apoyar la prevención de los riesgos relacionados con la protección y la respuesta en este sentido⁷. UNICEF ha recomendado y asistido técnicamente a los Estados para la adopción de un Sistema de Protección Integral de Derechos de la Niñez, definido como el conjunto de órganos, entidades, servicios, mecanismos, instancias y procedimientos, orientado a respetar,

⁶ Nos referimos a las OC-16/99, sobre *el Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, la OC-17/2002, sobre *la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño* y la OC-18/03, sobre *la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*.

⁷ UNICEF, *Estrategia de Protección de la Infancia del UNICEF*, E/ICEF/2008/5/Rev.1, 20 de mayo de 2008, § 12.

promover, proteger, restituir y restablecer los derechos de los niños y niñas y reparar el daño ante la vulneración de los mismos.

20. En la interpretación del artículo 19 de la CADH, la Corte IDH ha señalado que los Estados asumen una obligación especial de protección y garantía respecto de los niños y niñas por la situación especial que estos se encuentran. Así la Corte ha señalado que la CDN establece que las obligaciones de los Estados respecto de los niños y niñas no derivan únicamente de que el Estado no interfiera indebidamente en el ejercicio y goce de los mismos, sino que también requiere que el Estado adopte providencias positivas para asegurar el ejercicio y disfrute pleno de los mismos por parte de los niños y niñas⁸.

21. Esta protección integral exige no solo la adopción de medidas un todo de acuerdo con los estándares de derechos humanos específicos de la niñez en el ámbito del control migratorio como se desarrolla en forma extensa en cada uno de los puntos que son objeto de la solicitud de opinión consultiva por parte de los Estados del Mercosur, sino también implica en las propias palabras de la Corte IDH “que la verdadera y plena protección de los niños significa que éstos puedan disfrutar ampliamente de todos sus derechos, entre ellos los económicos, sociales y culturales, que les asignan diversos instrumentos internacionales. Los Estados Partes en los tratados internacionales de derechos humanos tienen la obligación de adoptar medidas positivas para asegurar la protección de todos los derechos del niño”⁹.

22. La adopción de medidas positivas implica que los Estados garanticen en forma activa el acceso a los derechos sociales, en particular la educación, salud y la seguridad social para todos los NNA sin distinción alguna por su condición migratoria o la de sus padres. Es claro que la existencia de obstáculos en el efectivo goce de los derechos sociales por parte de NNA en razón de la condición de migrante o de ser hijos de migrantes constituye claramente discriminación en los términos del artículo 2º de la Convención de los Derechos del Niño.

23. El Comité de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales, reconoce expresamente que la obligación de los Estados de respetar el derecho a la salud implica abstenerse de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas, incluidos, los solicitantes de asilo o los inmigrantes sin documentación¹⁰. En el mismo sentido, la mas reciente Observación General 20 del mismo Comité, establece que no se podrá impedir el acceso a los derechos amparados en el Pacto por razones de nacionalidad, por ejemplo, todos los niños de un Estado, incluidos los indocumentados, tienen derecho a recibir una educación y una alimentación adecuada y

⁸ Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/02, de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, § 88

⁹ *Ibidem*, Opinión de la Corte. Párrafo 8.

¹⁰ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12), E/C.12/1999/10, del 8 de diciembre de 1999, párr. 34

una atención sanitaria asequible. Finalmente afirma que “...los derechos reconocidos en el Pacto son aplicables a todos, incluidos los no nacionales, como los refugiados, los solicitantes de asilo, los apátridas, los trabajadores migratorios independientemente de su condición jurídica y de la documentación que posean”¹¹.

24. Otro aspecto fundamental para garantizar la protección integral de los NNA es el derecho a que todos los niños y niñas deben ser inscriptos “inmediatamente después de su nacimiento” tienen y tendrán, desde que nacen, derecho a un nombre y a adquirir una nacionalidad (artículo 7.1). Asimismo, los Estados deben respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad y el nombre (artículo 8.1). La no inscripción del nacimiento de un niño o niña repercute inmediatamente en forma negativa en el goce de diversos derechos fundamentales en tanto el nombre y el apellido de una persona son en palabras de la propia Corte IDH “esenciales para establecer formalmente el vínculo existente entre los diferentes miembros de la familia con la sociedad y con el Estado”¹².

25. En el contexto de la migración está sobradamente probado no sólo el elevado nivel de riesgos, abusos, xenofobia y violaciones a sus derechos que enfrentan los NNA, sino también la necesidad de un abordaje integral que incluya políticas, legislación, programas y servicios específicos e interdependientes en múltiples niveles que prevengan esa discriminación, violencia y transgresión de sus derechos.

26. Por estas razones, consideramos que es sumamente importante que esta Corte, al momento de determinar los estándares aplicables en la materia, contemple directrices precisas y específicas en relación con la adopción de marcos legislativos, políticas, mecanismos, procedimientos y prácticas que permitan diseñar e implementar políticas públicas que aseguren los derechos de niños, niñas y adolescentes en el contexto de la migración. Ello significa, como se ha señalado, la inclusión del fenómeno de la migración en las políticas de protección integral de la infancia con el objetivo de garantizar el ejercicio efectivo de los derechos garantizados en la CADH y la CDN, sin discriminación alguna en razón de la nacionalidad o condición migratoria de la persona.

27. Asimismo, y como se señalara al inicio de este acápite, consideramos fundamental que la Corte consagre como principio fundamental y transversal que esta basado en el principio del interés superior del niño y del principio pro homine, que entre dos marcos normativos como el migratorio y el de protección integral de la infancia debe prevalecer este último por ser el que otorga mayor protección de los derechos humanos, en este caso en relación a la infancia.

¹¹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 20: La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales. E/C.12/GC/20. 2 de julio de 2009, párr. 30.

¹² CIDH, en Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Yean y Bosico c. República Dominicana, sentencia del 8 de septiembre de 2005, cit., párr. 184.

28. Este enfoque integral, por otra parte, posicionará a que los estándares regionales en esta materia puedan estar en la vanguardia de la protección internacional de niños y niñas migrantes, lo cual coadyuvará en las iniciativas que se diseñen en otras regiones en pos de la defensa de sus derechos.

PRIMERA SECCIÓN

I. PROCEDIMIENTOS PARA LA DETERMINACIÓN DE NECESIDADES DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL Y DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN ESPECIAL DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

29. La Convención sobre Derechos del Niño, a lo largo de su articulado, define el llamado enfoque de protección integral de la infancia. De ahí se deriva una serie de obligaciones específicas y complementarias para los Estados parte, con el objetivo de asegurar todos y cada uno de los derechos allí reconocidos a los niños y niñas que se encuentran bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna. Ello incluye, incuestionablemente, a los niños y niñas migrantes, así como a los hijos e hijas de migrantes, siendo la condición migratoria de ambos sustancialmente irrelevante a los efectos de dar cumplimiento a lo exigido por la CDN.

30. Sin embargo, como ya se adelantó, en la actualidad nos encontramos ante un escenario preocupante en el cual la situación de esos niños y niñas está determinada, casi únicamente, por su condición migratoria y, consecuentemente, por las políticas adoptadas por los países en el ámbito de la migración. Por lo general, en estos casos hay una muy limitada, sino nula, intervención de las autoridades que tienen algún mandato específico en materia de protección integral de la infancia. También es usual que los programas y dispositivos existentes para la infancia no contemplen debidamente a los niños y niñas migrantes. En este contexto, los procedimientos y dispositivos migratorios que los afectan, en razón de su situación migratoria o de sus padres, no están adecuados a las exigencias de la CDN.

31. Esta introducción es esencial para alegar el deber ineludible e impostergable de revisar las normas y procedimientos migratorios aplicables actualmente a niños y niñas migrantes, o a sus padres, a fin de ajustarlos a los preceptos de la CDN. Y ello supone necesariamente que esos mecanismos, antes que dirigirse a alcanzar los objetivos de las políticas migratorias, estén diseñados para asegurar la protección integral de la infancia. En muchos casos, esto exige un cambio profundo en las políticas públicas existentes. En definitiva, se trata de que el paradigma introducido por la Convención sobre Derechos del Niño alcance también a quienes han migrado y cuyos derechos están afectados por las políticas que regulan la migración,

particularmente las condiciones de ingreso, permanencia o salida de un país del que no son nacionales.

32. La aplicación de la CDN a las políticas dirigidas a la niñez migrante debe cumplir con tres requisitos esenciales: a) que todas las decisiones, medidas y prácticas que se adopten en relación con su ingreso, permanencia o salida del país -y/o de sus padres-, estén determinadas por el principio del interés superior del niño, como exige la CDN en cualquier otra situación; b) que se garanticen plenamente los demás principios rectores de esa Convención, a saber: no discriminación (Art 2 CDN) ; participación y a ser oído (Art 12 CDN); y derecho al desarrollo, a la vida y la supervivencia (Art 6 CDN); y c) que respecto de NNA migrantes no acompañados, exista un *Procedimiento de Determinación del Interés Superior del Niño*, que se aplique en cada uno de esos casos.

1. i El interés superior del niño como elemento transversal ineludible de las políticas migratorias y las prácticas que las implementan

33. El derecho a una protección especial y el derecho a recibir un trato diferenciado de los que son titulares los NNA se encuentran en línea con el principio del *interés superior* consagrado en la CDN¹³. El interés superior constituye un principio rector a la hora de interpretar e implementar esta Convención en su conjunto y funciona como límite y precepto orientador de los actos y medidas adoptadas por organismos estatales cuyo fin último debe tender a proteger y beneficiar a los niños y niñas de la manera más amplia e integral posible. Como ha dicho el Comité de los Derechos del Niño y la Corte IDH, este principio se proyecta más allá del ordenamiento jurídico del Estado, e involucra todas las políticas públicas y decisiones que regulan o tienen impacto sobre la vida de un niño y niña¹⁴, en tanto tiene su

¹³ En relación con la aplicación de la CDN, la Corte IDH ha dado preeminencia a su artículo 3, en tanto consideró que el interés superior del niño debe irradiar sus efectos en la interpretación del artículo 19, CADH así como en todos los demás derechos reconocidos por la Convención. Al respecto, ver Corte IDH, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 11 de septiembre de 1997. Serie C No. 32, § 56-59; *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, § 408; *Caso de la Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, § 134.

¹⁴ Para el Comité de los Derechos del Niño, el principio del interés superior del niño “exige que los Estados adopten activamente, en sus sistemas legislativo, administrativo y judicial, medidas que apliquen sistemáticamente ese principio estudiando las consecuencias de sus decisiones y de su actuación sobre los derechos y los intereses del niño”. (Comité de los Derechos del Niño, Observación General No.5: *Medidas generales de aplicación de la Convención de los Derechos del Niño*, CRC/GC/2003/5, Noviembre de 2003, § 12; y Observación General Nº 11, *Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención*, CRC/C/GC/11, de 12 de febrero de 2009, § 33).

fundamento en la necesidad de propiciar su desarrollo con pleno aprovechamiento de sus potencialidades¹⁵.

34. En consecuencia, el interés superior debe guiar, de manera transversal, todas las políticas, programas, normativas y prácticas que afecten a la niñez migrante, así como las decisiones que se adopten en cada caso particular. De manera especial, el interés superior debe ser fielmente respetado al momento de diseñar las políticas migratorias, y particularmente al momento de su implementación. Como veremos en la segunda sección de esta *Nota*, ello supone no sólo guiarse por una serie de estándares jurídicos específicos, sino también tener en cuenta algunos requisitos indispensables para esta implementación (capacitación, recursos humanos y presupuestarios, articulación inter-institucional, producción de información, entre otros).

35. En igual sentido, en palabras del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, todas las autoridades e instituciones que entren en contacto con niños en el contexto de la migración deberán determinar que la protección de los intereses de cada niño sea una consideración primordial en sus acciones. Este principio debería prevalecer sobre todos los demás, incluidas las disposiciones contrarias de la normativa sobre migración en caso de que se planteara un conflicto¹⁶. A modo de ejemplo, el interés superior, en el contexto de las políticas migratorias, debe ser plenamente satisfecho al decidir cuestiones como las siguientes:

- Autorizar el acceso al territorio y la concesión de un permiso de residencia a NNA migrantes no acompañados y familias migrantes;
- Disponer el retorno al país de origen de NNA migrantes no acompañados;
- Diseñar programas de integración social de NNA migrantes (acompañados o no) en el país de destino, asegurando el acceso sin discriminación alguna y el ejercicio efectivo de sus derechos económicos, sociales y culturales;
- Decidir el reasentamiento en un tercer país de NNA migrantes, solicitantes de asilo o refugiados;
- Aprobar y facilitar la reunificación familiar, en el país de origen, tránsito o destino, según las circunstancias de cada caso particular. Esto es válido tanto si son los padres o los hijos quienes solicitan esa regularización en el país en el que se encuentran;

¹⁵ Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión Consultiva OC-17/02, cit., § 56.

¹⁶ ACNUDH, *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, del 5 de julio de 2010, § 24.

- Facilitar la regularización migratoria de NNA migrantes, familias migrantes, y padres de niños/as nacidos en el país de destino;
- Abstenerse de expulsar del país a adultos migrantes si ello deriva en la separación familiar, y tal separación no se dispone en el interés superior;
- Prohibir normativamente la privación de libertad de NNA migrantes con motivo de su condición migratoria o en el marco de un procedimiento migratorio;
- Reconocer las garantías de debido proceso de NNA migrantes en los procedimientos migratorios, y asegurar los mecanismos necesarios para su efectivo ejercicio;
- Decidir la medida alternativa a la privación de la libertad de NNA migrantes y familias migrantes, según las necesidades y particularidades de cada caso, en el marco de procedimientos migratorios;
- Abstenerse de privar de la libertad a adultos migrantes en razón de su condición migratoria, en caso que residan con sus hijos/as;
- Diseñar y aplicar –caso a caso- medidas de protección especial a NNA migrantes víctimas de delitos, como la trata, explotación, abusos y violencia, entre otros;
- Diseñar y aplicar programas de asistencia consular que incluyan la debida formación en derechos del niño de los agentes consulares.

36. Dado el carácter transversal de este principio, en esta instancia –como punto de partida- resulta necesario enfatizar su relevancia como elemento determinante de todas esas políticas y prácticas. Tomar debidamente en cuenta el interés superior es un requisito indispensable para superar la invisibilidad actual de la niñez en el contexto de la migración, y adecuar las respuestas a este fenómeno –en particular, en circunstancias de migración irregular- a los preceptos fijados en la CDN, la CADH y otros instrumentos internacionales aplicables en cada país.

37. Uno de los corolarios más importantes de la adecuada inclusión del interés superior a las políticas migratorias, es la necesidad de que los Estados se abstengan de expulsar o repatriar a un niño o niña migrante como medida sancionatoria ante la irregularidad migratoria. Al respecto, a nuestro criterio resulta de extrema relevancia que la Corte IDH reconozca de forma explícita el principio de no expulsión de NNA migrantes. La decisión de trasladar a un niño o niña migrante, acompañado o no de sus padres, debe estar fundada en el interés superior, con la debida evidencia y en el marco de un debido proceso legal que permitan justificar tal medida.

38. En palabras del Comité de Derechos del Niño, “el retorno al país de origen podrá decidirse una vez ponderados debidamente el interés superior del menor y otras consideraciones, si estas últimas están fundadas en derechos y prevalecen sobre el interés superior del menor (...) Los argumentos no fundados en derechos, por ejemplo, los basados en la limitación general de la inmigración, no pueden prevalecer sobre las consideraciones fundadas en el interés superior”¹⁷. En idéntico sentido, el Relator de Naciones Unidas sobre Derechos de Migrantes ha cuestionado las políticas que aceptan la deportación de niños y niñas migrantes como medida de “castigo”, en lugar de que la repatriación responda únicamente a criterios basados y debidamente fundamentados, en cada caso, en un enfoque de protección de la niñez¹⁸.

39. En el caso de NNA migrantes no acompañados, esa decisión será el resultado de un Procedimiento de Determinación del Interés Superior del Niño, como examinaremos más adelante. En ocasión de familias migrantes cuya condición migratoria fuere evaluada a los efectos de una posible expulsión del país, en caso de decidirse esta medida, el retorno de los niños o niñas sería en aplicación del principio de unidad familiar, pero no debería recaer individualmente sobre ellos una sanción por una eventual infracción administrativa migratoria. Tampoco, consecuentemente, la prohibición de reingreso que suele acompañar esta clase de sanciones. De todos modos, también en este caso el interés superior del niño podría conducir a evitar la expulsión de toda la familia, como se examinará en el punto 8 de esta sección.

I. ii La inclusión en las políticas migratorias de los restantes principios rectores de la CDN

40. Del mismo modo que respecto del principio del interés superior, la adecuación de las políticas y procedimientos de índole migratoria a los artículos de la CADH invocados por los Estados del Mercosur, incluye la obligación de satisfacer los demás principios medulares de la Convención sobre Derechos del Niño. Es decir, los principios de no discriminación, participación, y derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo. En este sentido, lo afirmado en el punto anterior sobre las diferentes políticas y prácticas migratorias que pueden afectar los derechos de la niñez, es igualmente válido para estos principios.

41. En cuanto al principio de no discriminación, en el caso de niños y niñas migrantes, o hijos e hijas de migrantes, resulta particularmente grave la afectación de derechos y garantías

¹⁷ Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nro. 6, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, CRC/GC/2005/6, del 1º de septiembre de 2005, § 86.

¹⁸ Relator de Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, Informe presentado al Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/11/7, del 14 de mayo de 2009, § 57.

previstas en la CADH y la CDN, en razón de motivos como la nacionalidad, la condición migratoria o el origen étnico del niño o niña y/o de sus padres. Al respecto, resulta fundamental que la Corte recomiende la necesidad de revisión de cada una de las políticas y los procedimientos migratorios, a fin de identificar y suprimir cualquier clase de discriminación de esa naturaleza. En este aspecto resulta aún más grave el hecho que la invisibilidad de la niñez, y por ende de sus derechos, en el campo de las políticas migratorias, deriva en prácticas discriminatorias que –por acción u omisión- excluyen a los niños y niñas migrantes de una serie de derechos y garantías reconocidos en la legislación y las políticas vigentes en cada país. Como observaremos a lo largo de esta nota, existen diversos mecanismos y procedimientos que podrían identificarse como contrarios a este principio del Derecho Internacional de Derechos Humanos que, según lo ha señalado la propia Corte IDH –precisamente, al analizar los derechos de las personas migrantes- representa una norma imperativa del derecho internacional (*Jus Cogens*)¹⁹. A modo de ejemplo, en materia de políticas migratorias nos encontramos con prácticas discriminatorias como la privación de libertad de NNA, la separación familiar como consecuencia de infracciones administrativas, o la exclusión de servicios de asistencia jurídica u otras garantías de debido proceso en procedimientos cuyo desenlace puede impactar severamente en sus derechos. Ante ello, consideramos que es vital que la Corte IDH pueda delinear estándares específicos que prohíban esta clase de discriminaciones y establezcan la necesidad de revisar todos los procedimientos migratorios con el objetivo de adecuarlos a los preceptos de la CADH y la CDN.

42. Es común advertir, por el efecto mismo de políticas discriminatorias estructurales, la tendencia de los Estados a disipar los elementos que permiten probar conductas discriminatorias en perjuicio de NNA migrantes y consecuentemente, la imposibilidad de probar situaciones de discriminación fundadas en el origen nacional o la procedencia étnica, situación que a su vez incide rotundamente en el goce efectivo de derechos fundamentales. En relación, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha reconocido la dificultad de demostrar casos de perjuicio racial si no se invierte la carga de la prueba en el marco del proceso internacional²⁰. Finalmente el Tribunal puso de manifiesto la relación intrínseca “de los hechos del caso, la naturaleza del argumento y el derecho en riesgo” con la distribución de la carga de la prueba necesaria para llegar a una conclusión determinada.

43. En el caso del derecho a la participación, principio clave de la CDN, no suele estar debidamente considerado en el ámbito de las políticas y los procedimientos migratorios. La

¹⁹ Corte IDH, OC-18/03, *Condición Migratoria y Derechos de Migrantes Indocumentados*, cit.

²⁰ Cfr. Eur. Court HR, *D.H. and Others v. The Czech Republic* (Application no. 5735/00), Judgment of 13 November 2007, parr. 179

participación de los NNA migrantes debe estar asegurada en una serie de procesos y decisiones que se adoptan en materia migratoria. Y esta participación debe garantizarse siguiendo el principio de *autonomía progresiva*, es decir, de forma creciente a medida que así lo indica la edad y madurez del niño o niña.

44. El Comité de los Derechos del Niño ha manifestado que en el caso de la migración, hay que escuchar al niño en relación con sus expectativas educativas y sus condiciones de salud a fin de integrarlo en los servicios escolares y de salud. El Comité ha destacado “que debe darse a esos niños toda la información pertinente, en su propio idioma, acerca de sus derechos, los servicios disponibles, incluidos los medios de comunicación, y el proceso de inmigración y asilo, para que se haga oír su voz y que su opinión se tenga debidamente en cuenta en los procedimientos.”²¹

45. De todas maneras, nos referiremos también a la relevancia de la participación más adelante, al examinar cuestiones como las garantías de debido proceso, la participación de NNA en los procedimientos que pueden conducir a la detención y/o expulsión de los padres, y la designación del tutor y asesor legal. Asimismo, es importante señalar la importancia de la participación del NNA en otros procesos, como los de reunificación familiar y el diseño e implementación de programas de integración en la sociedad de destino.

46. Finalmente, es fundamental que diversos procedimientos y decisiones que se adoptan en materia migratoria, tengan debidamente en cuenta el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes. Este principio de la CDN puede ser clave, por ejemplo, en el procedimiento de determinación del interés superior del niño, no solamente al aplicar medidas adecuadas de protección ante riesgos o peligros de envergadura, sino también al evaluar las diferentes consecuencias de una u otra solución más a largo plazo (repatriación al país de origen, permanencia en destino, etc.). Por ello es vital indagar el impacto en la vida y el desarrollo de los NNA ciertas decisiones como: ordenar la detención y expulsión de sus padres; otorgar o denegar un permiso de residencia a una familia migrante en situación migratoria irregular, o a los padres de niños nacidos en destino; aprobar una solicitud de reunificación familiar y garantizar el acceso a los derechos sociales.

I. iii. La obligación de diseñar un Procedimiento de Determinación del Interés Superior del Niño para el caso de niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados

²¹ 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. § 123 y 124.

47. Además del pleno respeto de todos los principios medulares de la CDN, y en particular del interés superior como guía cardinal de todas las decisiones que pueden afectar la vida y los derechos de NNA migrantes o hijos de migrantes, en el caso de los NNA migrantes no acompañados se debe desarrollar un procedimiento especial. Nos referimos al Procedimiento de Determinación del Interés Superior (en adelante, DIS). Este mecanismo es imprescindible para identificar las necesidades de protección que cada niño o niña pueda precisar en esas circunstancias, y por lo tanto para satisfacer sus derechos.

48. El procedimiento DIS implica la adopción de una política pública que viene a significar la inclusión del enfoque de protección integral de la infancia a las respuestas que los Estados deben dar en relación con la migración de niños, niñas y adolescentes no acompañados. Por lo tanto, su efectiva realización precisa de una serie de elementos que deben estar contemplados en esa política. Recursos humanos y presupuestarios, capacitación en derechos de infancia, coordinación inter-institucional, entre otros aspectos, son requisitos esenciales para la existencia de un procedimiento DIS.

49. Se trata de que los Estados pongan en marcha un mecanismo que permita efectuar una valoración caso por caso, respetuosa de las garantías procesales, que habilite a determinar de manera suficientemente fundada, lo siguiente:

- cuáles son las medidas de protección adecuadas e inmediatas a implementar ante situaciones de riesgos o abusos, o ante necesidades apremiantes de NNA no acompañados, incluyendo el acceso a derechos sociales (salud, vivienda, alimentación, entre otros);
- la identificación de la solución más pertinente, en largo plazo, al interés superior de cada niño y niña;
- cuáles son las medidas necesarias para la implementación de esa solución, de la forma que mejor se concilie con el respeto de todos sus derechos.

50. Un procedimiento DIS debe contar con los dispositivos y recursos necesarios para determinar las respuestas más apropiadas a corto y largo plazo, siempre en línea con el principio de interés superior. Por supuesto, aquí tampoco pueden prevalecer los motivos u objetivos de otra índole –como los de la política de control migratorio–, siendo éstos irrelevantes y secundarios a las obligaciones estatales de protección de la infancia.

51. En cada caso, la implementación de esta política pública, para asegurar la disponibilidad y el acceso efectivo a un sistema de protección integral de la niñez, se debe iniciar desde el primer contacto del niño, niña y adolescente con una autoridad pública. Tanto en zonas de frontera como al interior del territorio, las autoridades deben arbitrar de manera inmediata medidas que puedan evitar incrementar la situación de vulnerabilidad. Asimismo,

allí se daría comienzo al procedimiento DIS. Una solución extemporánea o mal orientada puede causar aún mayores daños a los derechos de los niños y niñas migrantes.

52. A tal fin, es preciso que los organismos públicos que intervienen en el procedimiento DIS puedan, sin dilación, identificar al niño y niña. Y al mismo tiempo, determinar el tipo de problemas o riesgos que lo afectan, los derechos vulnerados o amenazados, y las causas que los originan y los factores que contribuyen a potenciarlos.

53. Conforme lo señalado por el Comité de los Derechos del Niño así como por el Relator sobre Derechos de Migrantes de Naciones Unidas, se requiere de una clara y detallada evaluación de la identidad de NNA, realizada por profesionales calificados en un idioma que puedan comprender, incluyendo una adecuada perspectiva de género, a fin de atender la situación concreta de cada uno, la particular situación de vulnerabilidad -en especial relativos a la salud física, psicosocial y material- y de otras necesidades de protección que los niños y niñas migrantes pudieran tener de manera urgente²².

54. Por lo demás, este proceso de evaluación inicial, que permitirá poner en marcha los mecanismos de asistencia y protección exigen, como condición previa, permitir el acceso de niños, niñas y adolescentes al territorio²³. Ello implica, ante todo, la imposibilidad de rechazarlo sin procedimiento alguno en zonas de frontera.

55. Al respecto, desde UNICEF consideramos que es sumamente importante que la Corte IDH pueda establecer la contradicción insalvable entre una política de protección de infancia (basada en la articulación de la CADH y la CDN) y la existencia de normas o prácticas que denieguen el ingreso en el territorio basado en que se trata un de niño, niña o adolescente no acompañado/a.

56. Esta evaluación inicial debe efectuarse en un ambiente amistoso y de confianza y a cargo de profesionales competentes formados en técnicas de entrevista que tengan en cuenta la edad, el género y el aspecto cultural. Se debe tener en cuenta la necesidad que tanto la información proporcionada a niños y niñas como las entrevistas se hagan usando técnicas de comunicación adecuadas a la edad, madurez y evolución de manera que cada niño y niña comprenda la información y las circunstancias en las que se encuentran.

57. Los profesionales deben poseer conocimientos necesarios especializados en atención a la infancia, para que los intereses de niños, niñas y adolescentes estén debidamente protegidos y sus necesidades en materia jurídica, social, sanitaria, psicológica, material y

²² Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 6, cit., § 20; Relator de la ONU sobre Derechos de Migrantes, Informe presentado al Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/11/7, del 14 de mayo de 2009, § 35.

²³ Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 6, cit., § 20.

educativa, etc. debidamente satisfechas²⁴. Por los mismos motivos, el funcionario debe tener conocimiento de las cuestiones vinculadas con la migración, puntualmente sobre los impactos del proceso de migratorio en aquellos niños y niñas que lo transitan. Luego, junto con medidas de protección inmediatas (por ejemplo, en materia de alimentación, alojamiento -no privativo de la libertad-, salud física y psíquica), las autoridades deben iniciar un proceso que tenga en consideración los aspectos antes señalados y que se dirija a evaluar las alternativas a seguir, respetando y tomando siempre como referencia el interés superior del niño. Este deber, como ha señalado el Comité, se extiende a todos los poderes del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial)²⁵.

58. Sin perjuicio de las vías particulares en que el procedimiento DIS transcurra en cada caso, el común denominador de todos ellos es el de la búsqueda de soluciones integrales y duraderas. Para arribar a una decisión que de por finalizado el procedimiento DIS, es imprescindible que se satisfagan ciertos requisitos. Uno de ellos es la búsqueda y producción de la mayor cantidad de información y evidencia posible, que permitan contar con toda la evidencia necesaria para asegurar una resolución acorde con el interés superior.

59. Esta búsqueda debe conducir, por un lado, a la identificación de familiares (en origen, tránsito o destino), siempre que ello no vaya en contra de su interés superior. Si la reunificación familiar resulta ser una opción adecuada, luego es preciso examinar en qué país ello sería más adecuado, ya que deben tenerse en cuenta las circunstancias de cada caso. Por ejemplo, es posible que en el procedimiento surja que la reunificación en el país de origen pudiera tener ciertos riesgos, como la existencia de indicios de sufrir violencia institucional o social. Ello debería llevar a buscar una reunificación familiar en destino, en caso que fuera posible y, sobretodo, deseable por el NNA y su familia. Ahora bien, si los riesgos fueran de sufrir violencia familiar, allí se podría evitar la reunificación. En este sentido, como lo ha dicho el Comité de la ONU sobre migrantes y sus familias, la repatriación de NNA no acompañados a los Estados de origen sólo tendrá lugar en aquellos casos que sea en el mejor interés del niño y previa determinación de que existen condiciones seguras y concretas de atención y custodia al regreso al Estado de origen²⁶.

60. Asimismo, puede darse el caso que los NNA no acompañados estén en tránsito hacia un país de destino en el cual han migrado sus padres con anterioridad. En estas circunstancias, es tan importante como deseable la adopción de medidas que faciliten la reunificación con sus

²⁴ Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 6, cit., § 33.

²⁵ Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 6, cit., § 13

²⁶ Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias, Observaciones Finales: México, CMW/C/MEX/CO/2, del 3 de mayo de 2011, §56.e.

padres en el país en el cual residen, lo que podría incluir –en algunos casos- el apoyo a la regularización migratoria de sus padres en dicho país.

61. También es posible que una repatriación no sea la solución en el corto plazo, ante determinadas necesidades de protección integral, pero ello no necesariamente sería un obstáculo para inclinarse por esta opción un tiempo más adelante. Ese podría ser el caso, por ejemplo, de NNA víctimas de trata que pudieran precisar ciertas medidas de protección y asistencia durante un período de tiempo, antes de optar por su retorno al país de origen.

62. Las condiciones de vida en el país de origen, en particular los factores socio-económicos, también deben ser tenidas en cuenta al momento de evaluar la opción del retorno. Como veremos más adelante, el Comité sobre Derechos del Niño ha asociado estas cuestiones al principio de no devolución, en tanto la repatriación en ciertos casos podría redundar en un grave deterioro de esas condiciones, y la privación de derechos sociales básicos. Es preciso recordar aquí el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, uno de los principios rectores de la CDN y por lo tanto la opción de la permanencia en el país en que se encuentra el NNA migrante no acompañado, sea o no con sus familiares (mediante reunificación), debe contemplar su inclusión en el sistema de protección integral de infancia. Ello incluye el pleno acceso a los derechos económicos, sociales y culturales, sin discriminación alguna.

63. Asimismo, como luego se describirá, es esencial que en el marco de un procedimiento DIS se garantice a los NNA y sus representantes legales y tutores, el acceso a esa información, así como una activa participación a lo largo de ese procedimiento. Éstas y todas las demás garantías de debido proceso son una condición insoslayable para poder hablar de un procedimiento de esta naturaleza. De lo contrario, podríamos estar ante decisiones contrarias a la CADH y la CDN, que aún cuando invoquen la protección de la niñez, estén en realidad priorizando objetivos de una política de control migratorio.

64. Por otra parte, en la búsqueda de información y evidencia, la identificación de riesgos y alternativas, es imprescindible la existencia de políticas y programas específicos en el país de origen. La ausencia de políticas que permitan de forma eficaz, y caso a caso, producir esta información en origen, es un obstáculo prácticamente insalvable –en un gran número de casos- para una adecuada determinación del interés superior.

65. A tal fin, resulta vital la asignación específica de recursos, la infraestructura institucional y la capacitación especializada de determinados agentes públicos. Por supuesto, para este tipo de política es importante tanto la participación de diversos organismos públicos del país de origen (autoridades de infancia, cancillería, entre otros), como, muy especialmente, de las representaciones consulares en países de tránsito y destino. Para ello, es fundamental

que los consulados cuenten con la debida formación en materia de derechos del niño, de modo que la asistencia consular garantice también que todas las decisiones adoptadas en el marco del procedimiento DIS, incluyendo la solución definitiva, sean efectivamente con base en el interés superior.

66. Por todo lo expuesto , consideramos de enorme relevancia que la Corte IDH pudiera establecer expresamente una serie de directrices dirigidas a los Estados respecto a la necesidad de la adopción de procedimientos de determinación del interés superior no sólo en las políticas a nivel nacional, sino también de carácter bilateral y/o regional entre Estados de origen, tránsito y destino dirigidas específicamente a garantizar los derechos de los NNA en vez de satisfacer y apuntar a la mera intervención administrativa con el único fin del control migratorio sin tener en cuenta la necesidad de protección específica de la infancia.

67. UNICEF considera atinado afirmar que las recomendaciones y estándares que la Corte IDH pueda reafirmar y establecer en relación con el principio no discriminación, el derecho a la participación, a la vida, a la supervivencia y al desarrollo y el establecimiento de un procedimiento de determinación del Interés superior sin duda constituirán la piedra angular del esquema de derechos humanos de los NNA migrantes en la región.

II. SISTEMA DE GARANTÍAS QUE DEBERÍA DE APLICARSE EN LOS PROCEDIMIENTOS MIGRATORIOS QUE INVOLUCRAN NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES MIGRANTES.

68. Las garantías de debido proceso son herramientas indispensables para una efectiva política de protección integral de la infancia en el contexto de la migración. Al aplicar cada una de las medidas señaladas en el punto anterior, así como otras vinculadas directa o indirectamente al ámbito migratorio, y que pudieran impactar en los derechos de NNA migrantes o hijos e hijas de migrantes, es preciso asegurar –en la ley y en la práctica- todas las garantías fundamentales, incluyendo las específicas que corresponden a la niñez, y en particular a NNA no acompañados. En igual sentido, estas garantías son un elemento insoslayable de un Procedimiento de Determinación del Interés Superior, antes descrito.

69. En un criterio más amplio, la Corte Interamericana ha reiterado en numerosas ocasiones que los derechos contenidos en los artículos 8 (debido proceso legal) y 25 (garantías judiciales) de la Convención Americana, constituyen el pilar básico del estado de derecho en una sociedad democrática²⁷, y que los Estados tienen la responsabilidad tanto de incorporar a

²⁷ Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein*, § 135; *Caso del Tribunal Constitucional. Competencia*. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 55, § 90; Corte IDH, *Caso Bámaca Velásquez*. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, § 191; *Caso Cantoral Benavides*, § 163; *Caso de los “Niños de la Calle”*, cit., § 234.

su legislación, como de asegurar el uso apropiado de recursos judiciales efectivos ante las autoridades competentes, ya que son éstos los que protegen a todas las personas contra los actos que puedan violar sus derechos fundamentales²⁸.

70. En el caso de las garantías aplicadas a los procedimientos migratorios, la Corte IDH ha establecido claramente que las garantías y las protecciones judiciales se aplican en todos los procedimientos en los cuales un individuo deba proteger sus derechos frente a cualquier acto del Estado²⁹. Pese a que estas garantías deben regir también en los procedimientos administrativos³⁰, es usual que no se hagan efectivas o no estén reconocidas normativamente respecto de los procesos migratorios, lo cual incrementa notablemente la vulnerabilidad de la situación de las personas migrantes –como lo ha destacado la CIDH³¹–, más aún si se trata de niños/as. En muchas ocasiones, en estos trámites no rigen garantías que, según la Corte, deberían asegurarse hasta en situaciones de Estados de Emergencia³².

71. En palabras de la Comisión Interamericana, negar a una alegada víctima la protección del artículo XXVI DADDH, simplemente en virtud de la naturaleza de los procedimientos de inmigración, sería contrario al objeto mismo de esta disposición y su propósito de examinar de cerca los procedimientos mediante los cuales se establecen los derechos, las libertades y el bienestar de las personas bajo la jurisdicción del Estado³³.

72. Estas garantías, entre otras, exigen que durante un proceso que pueda resultar en una sanción o una afectación a un derecho, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a lo siguiente: 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; derecho a un traductor y/o intérprete gratuito; 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

²⁸ Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, § 145; *Caso Baena Ricardo y otros. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 18 de noviembre de 1999. Serie C No. 61, § 79.

²⁹ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, cit., § 123.

³⁰ Corte IDH, *Caso Baena Ricardo Vs Panamá*, § 127; y *Claude Reyes Vs Chile*, del 19 de septiembre de 2006, § 119.

³¹ CIDH, Informe sobre *Inmigración en Estados Unidos: detenciones y debido proceso*, de 30 de Diciembre de 2010.

³² Corte IDH, *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 CADH)*. Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, § 29.

³³ CIDH, *Caso Andrea Mortlock (Estados Unidos)*, Informe No. 63/08 (admisibilidad y fondo), Caso No. 12.534, del 25 de julio de 2008, § 83. Con respecto al artículo XVII de la Declaración, la CIDH ha dicho que “El artículo 8 de la Convención Americana reafirma los derechos consagrados en el artículo XXVI de la Declaración Americana”. Véase CIDH, *Juan Raul Garza C. Estados Unidos*, Informe N° 52/01(fondo) Caso No. 12.243, del 4 de abril de 2001, § 88-89.

puedan arrojar luz sobre los hechos, y derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior; y el derecho a un recurso efectivo³⁴.

73. 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. En la Opinión Consultiva 18/03, la Corte IDH ha dicho que el derecho al debido proceso debe ser reconocido y garantizado a todas las personas migrantes, sin perjuicio de la condición migratoria en que se encuentren³⁵. Y agregó que el amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso comprende todas las materias y todas las personas, sin discriminación alguna³⁶.

74. Cuando se trata de procedimientos que involucran niños, todas las garantías y reglas del debido proceso legal deben no solo garantizarse sino, asimismo, adoptarse desde una perspectiva de infancia. En efecto, las políticas para controlar flujos migratorios en fronteras y al interior del territorio deben incorporar herramientas específicas para proteger los derechos de niños, niñas y adolescentes al debido proceso. La identificación que mejor respete el interés superior del niño en cada caso en particular solo podrá obtenerse a través de un procedimiento que cumpla con las garantías del debido proceso. De lo contrario, resultaría imposible conocer debidamente las circunstancias del caso y, en base a ello, determinar, con los mejores elementos posibles, la solución que respete en mayor medida los derechos humanos y vele por su interés superior. En este sentido, los NNA deben tener pleno derecho, por ley y en la práctica, a participar en cualquier procedimiento que tenga un impacto sobre su propia entrada y estadía en el país de acogida, sin importar que no estén acompañados, mientras esperan reunirse con su familia.

75. El derecho a ser oído resulta esencial para evitar la vulneración de sus derechos. Entre otros efectos, asegurar este derecho podría ser vital para lo siguiente: evitar la afectación del principio de no devolución; prevenir la ocurrencia de riesgos ante una medida de repatriación; evaluar las medidas más adecuadas para su integración en la sociedad de destino, o el momento y la modalidad de su retorno; identificar la o las medidas de protección, incluyendo el alojamiento –no privativas de la libertad- que pudieran adoptarse durante la tramitación del

³⁴ Convención Americana, artículo 8; véase también PIDCyP, artículo 14; ONU, Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, Principios 10-18 (1988).

³⁵ Corte IDH, OC-18/03, *cit.*, § 124-127. En el mismo sentido se ha pronunciado la CIDH al señalar que el debido proceso legal amparado en el artículo 8 de la CADH “establecen los elementos básicos del debido proceso a que tienen derecho todos los inmigrantes, cualquiera sea su situación”; CIDH, *Segundo Informe de Progreso del Relator Especial sobre los Trabajadores Migrantes, Informe Anual 2000*, § 90 (16 de abril de 2001); Ver también CIDH, Wayne Smith (Estados Unidos), Informe No. 56/06 (admisibilidad), Caso No. 12.562, § 51 (20 de julio de 2006); CIDH, Loren Laroye Riebe Star, Jorge Alberto Barón Guttlein y Randolpho Izal Elorz (México), Informe No. 49/99, (fondo), Caso No. 11.610, del 13 de abril de 1999, § 46.

³⁶ Corte IDH, OC-18/03. Ver también, voto razonado del Juez Sergio García Ramírez, particularmente § 35-39.

proceso; definir la pertinencia de facilitar la reunificación familiar, y en su caso, determinar el país en el cual se debería producir, según el principio de interés superior.

76. En sintonía con ello, la Relatoría sobre Derechos de Migrantes de la CIDH ha indicado que de la mano del derecho a ser oído, debe garantizarse que el inmigrante, cualquiera sea su status, entienda el procedimiento al que está sujeto, incluidos los derechos procesales que le asisten. A tal fin, de ser necesario, deben ofrecerse servicios de traducción e interpretación en el idioma que la persona entienda³⁷.

77. En relación con los NNA migrantes no acompañados, las garantías previstas en la CADH, complementariamente con los estándares derivados de la CDN, exigen que se les asegure el derecho a un tutor y a la representación legal. Al respecto, el Comité de Derechos del Niño ha afirmado que el nombramiento de un tutor competente lo antes posible constituye una garantía procesal importantísima para el respeto del interés superior de los menores no acompañados o separados de su familia. Consecuentemente, el niño o niña “no podrá entablar los procedimientos de obtención del asilo u otros procedimientos sino después del nombramiento de un tutor”. Luego, precisa que si “solicita el asilo o entabla otros procesos o actuaciones administrativas o judiciales, además del tutor, se le nombrará un representante legal³⁸”.

78. Según el Comité, “los Estados deben crear un marco jurídico de base y adoptar las medidas necesarias para que el interés superior del niño y niña no acompañados o separados de su familia esté debidamente representado. Por lo tanto, tan pronto como se determine la condición de menor no acompañado o separado de su familia, se nombrará un tutor o asesor que desempeñarán sus funciones hasta que el menor llegue a la mayoría de edad o abandone permanentemente el territorio o la jurisdicción del Estado de conformidad con la Convención u otras obligaciones internacionales³⁹”.

79. Asimismo, respecto de las cualidades del tutor, el Comité ha indicado que debe poseer “los conocimientos necesarios especializados en atención de la infancia, para que los intereses del menor estén protegidos y sus necesidades en materia jurídica, social, sanitaria, psicológica, material y educativa, etc., debidamente satisfechas. Servirá de vínculo entre el niño y los especialistas, organismos e individuos que prestan la atención permanente que el menor necesita. No podrán ejercer la función de tutor los organismos o individuos cuyos intereses puedan entrar en conflicto con los del menor⁴⁰”.

³⁷ CIDH, Relatoría Especial sobre Trabajadores Migratorios, Segundo Informe de progreso, cit., § 99.c.

³⁸ Comité de Derechos del Niño, Observación General Nro. 6, cit., § 21.

³⁹ *Ibidem*, § 33.

⁴⁰ Comité de los Derechos del Niño, Observación General 6, § 33.

80. La figura del tutor está determinada por el marco de la CDN, y por lo tanto sus funciones están únicamente a asegurar el respeto y ejercicio efectivo de sus derechos. Ello incluye, como destaca el propio Comité, el acceso a la información por parte del niño o niña sobre todas las decisiones y las evidencias presentadas y alegadas durante el proceso, así como el derecho a la participación durante todo el proceso, incluso en lo relativo a la designación del tutor y la revisión/evaluación de dicho nombramiento. Por estas razones, es vital que la Corte IDH pueda delinear estándares precisos sobre esta figura del tutor, no solamente como garantía procesal para los NNA migrantes, sino también para prevenir que la tutoría no responda a una visión tutelar y asistencial, contraria al enfoque previsto en la CDN, es decir, del niño como sujeto pleno de derechos.

81. Es fundamental el derecho a la asistencia jurídica, otra de las garantías contenidas en el artículo 8 CADH. La Corte IDH ha resaltado la importancia de la asistencia letrada en esta clase de casos, “en que se trata de una persona extranjera, que puede no conocer el sistema legal del país y que se encuentra en una situación agravada de vulnerabilidad al encontrarse privada de libertad, lo cual requiere que el Estado receptor tome en cuenta las particularidades de su situación, para que goce de un acceso efectivo a la justicia en términos igualitarios”⁴¹. La propia Corte especificó las características que debe tener quien asiste técnicamente en la defensa de la persona sometida a proceso, y destacó que “en procedimientos administrativos o judiciales en los cuales se pueda adoptar una decisión que implique la deportación, expulsión o privación de libertad, la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a favor de éstas es necesaria para evitar la vulneración del derecho a las garantías del debido proceso”⁴².

82. En los supuestos en donde no sea posible para el migrante afrontar los costos de una representación legal, la asistencia jurídica gratuita resulta ser un derecho a garantizar, ya que de lo contrario se trataría de un servicio prestado en forma discriminatoria en virtud de la condición económica de la persona. En el caso de las personas migrantes, y particularmente de quienes se encuentran en situación migratoria irregular, la gratuidad suele ser imprescindible. Esta conclusión es aún más incuestionable en de NNA migrantes no acompañados.

83. En cuanto al derecho a la información y acceso efectivo a la asistencia consular, la Corte Interamericana aclaró que desde la óptica de los derechos de la persona detenida, hay tres componentes esenciales: 1) el derecho a ser notificado de sus derechos bajo la

⁴¹ Corte IDH, Caso Vélez Lóor Vs. Panamá (*Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*), Sentencia de 23 de Noviembre de 2010. Serie C No. 218.

⁴² Corte IDH, Caso Vélez Lóor Vs. Panamá, cit., § 146

Convención de Viena⁴³; 2) el derecho de acceso efectivo a la comunicación con el funcionario consular, y 3) el derecho a la asistencia misma. La vigencia de este derecho implica, para la persona detenida, la posibilidad de comunicarse con un funcionario consular de su país, al tiempo que el Estado en cuyo territorio ocurre la detención tiene la obligación de informar al extranjero sobre dicho derecho y asegurar los medios para que su vigencia efectiva⁴⁴.

84. El artículo 23 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares establece que los trabajadores migratorios y sus familiares “tendrán derecho a recurrir a la protección y la asistencia de las autoridades consulares o diplomáticas de su Estado de origen [...] en todos los casos en que queden menoscabados los derechos reconocidos en la presente Convención. En particular, en caso de expulsión, se informará sin demora de ese derecho a la persona interesada, y las autoridades del Estado que haya dispuesto la expulsión facilitarán el ejercicio de ese derecho”⁴⁵.

85. En los procedimientos que pudieran suponer la repatriación de niños y adultos migrantes a su país de origen, los Estados deben, en primer lugar, comunicar a las personas que tienen el derecho a que se informe de su situación a la autoridad consular de su país de origen y, luego, a que estas autoridades les brinden asistencia y protección⁴⁶. En el caso de los niños, niñas y adolescentes migrantes, adquiere especial relevancia este derecho cuando no están acompañados, en virtud de la mayor vulnerabilidad en que normalmente se encuentran. Sin embargo, esta asistencia consular debe prestarse con el objetivo de asegurar los derechos de la infancia. Ello exige, indudablemente, que las representaciones consulares cuenten con la debida capacitación, los recursos y el mandato político e institucional a tal fin. Por ello, consideramos de suma importancia que pudieran definirse estándares específicamente dirigidos a los elementos que debería tener un servicio de asistencia consular dirigida a garantizar los derechos de niños, niñas y adolescentes.

⁴³ Artículo 36 de la Convención de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares y artículo 16.7 de la Convención para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias.

⁴⁴ Según la Corte IDH, este derecho, al igual que el derecho a contar con un traductor, si la persona desconoce el idioma en que se desarrolla el procedimiento, se fundamenta en la necesidad de “reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia” para alcanzar los objetivos del proceso atendiendo el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y la prohibición de discriminación (OC-16/99, cit., § 119).

⁴⁵ Convención sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, artículo 23.

⁴⁶ Cabe destacar que, en cuanto constituyen derechos personales, el migrante puede oponerse a la comunicación con el representante consular del país de origen y a cualquier otra intervención de estas autoridades en el procedimiento. Así, por ejemplo, en caso de que los niños, solos o con sus padres, se encuentren en el país de destino como solicitantes de asilo y por ende tengan un temor fundado de persecución por parte de su Estado de origen (Corte IDH, OC-16/99, cit., § 83).

86. UNICEF considera y recomienda respetuosamente a la Corte IDH que expresamente establezca que como mínimo los Estados deben respetar las siguientes las garantías de debido proceso en los procesos migratorios que involucran NNA migrantes:

- derecho a una audiencia sin demora con las debidas garantías ante un tribunal competente, independiente e imparcial;
- derecho a un traductor y/o intérprete gratuito;
- derecho a la representación letrada;
- derecho a reunirse libremente y en forma privada con su abogado, tutor, representante consular;
- derecho de recurrir cualquier decisión ante autoridad o tribunal superior;
- derecho a expresarse a y a ser oído en el marco de mecanismos adecuados para la edad, evolución y desarrollo del NNA;
- derecho a la asistencia consular;
- derecho a la designación oportuna de un tutor y un representante legal los conocimientos necesarios especializados en atención de la infancia, para que los intereses del menor estén protegidos.

III. ESTÁNDARES PARA LA APLICACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES EN UN PROCEDIMIENTO MIGRATORIO SOBRE LA BASE DEL PRINCIPIO DE NO DETENCIÓN DE NIÑAS Y NIÑOS MIGRANTES.

87. Previo a adentrarnos en el análisis de la aplicación de medidas cautelares en un procedimiento migratorio y su conjugación con el principio de no detención de NNA migrantes, es fundamental resaltar que, sin perjuicio de los diferentes conceptos y terminología que cada país pueda utilizar para denominar esta situación –albergar, aprehender, asegurar, internar, retener, alojar, etc.– cuando una persona no tiene la posibilidad de salir (o abandonar) por su propia voluntad el lugar donde ha sido alojado o internado, se encuentra claramente privada de su libertad⁴⁷. Dada la variedad de conceptos utilizados para referirse a la privación de

⁴⁷ El concepto de privación de la libertad se encuentra consignado en las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (Resolución 45-113 de la Asamblea General de la ONU, del 14 de diciembre de 1990). En su regla 11b, establece que “por privación de la 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”. Asimismo, la CIDH ha señalado que privación de libertad implica “cualquier 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

libertad de migrantes, y en particular de NNA, consideramos importante que la Corte pudiera referirse a esta situación, a fin de señalar de manera enfática y precisa que deben regir todos los estándares jurídicos aplicables a esas circunstancias. Esto es en el caso de NNA, implica la violación del principio de no detención.

88. En la actualidad, la detención de migrantes (tanto para adultos como para niños) se produce, en algunos casos, como sanción penal por infringir la legislación migratoria, y en otros, como medida cautelar en el marco de procedimientos migratorios, sin ofrecer respuestas diferentes a la detención, las cuales deberían aplicarse prioritariamente. En relación con la primera cuestión, es decir, la criminalización de la migración irregular, es evidente que desde un enfoque de derechos humanos la detención de migrantes no puede constituir una medida de castigo. La transgresión a la ley migratoria no puede dar lugar a la imposición de una pena privativa de la libertad. Mucho menos en el caso de NNA.

89. La entrada irregular al territorio de otro Estado, la carencia o el vencimiento de la autorización para residir allí no constituyen delitos y por lo tanto no pueden ser penados con la privación de la libertad. Esto mismo ha sido subrayado por los organismos especializados afirmando que la detención administrativa de migrantes nunca debe tener carácter punitivo⁴⁸. Así también lo ha entendido esta Corte IDH que afirmó que “la penalización de la entrada irregular en un país supera el interés legítimo de los Estados en controlar y regular la inmigración irregular y puede dar lugar a detenciones innecesarias”, y ha agregado, en sintonía con ello, que “[l]a detención de los migrantes con motivo de su condición irregular no debería bajo ninguna circunstancia tener un carácter punitivo”⁴⁹.

90. En igual sentido, en el ámbito iberoamericano ha habido un consenso por parte de los Estados en el sentido de que en tanto “migrar no es un delito, [...] los Estados no desarrollarán políticas orientadas a criminalizar al migrante”⁵⁰. Sin embargo, en tanto esta clase de sanciones aún persisten en la legislación de diversos países, sería importante que la Corte pudiera reafirmar que las infracciones relativas al ingreso o la permanencia en un país no

condenadas, sino también a las personas que están bajo la custodia y la responsabilidad de ciertas instituciones, tales como: (...) 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” (CIDH, *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*. marzo de 2008).

⁴⁸ Informe de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos de Migrantes, E/CN.4/2003/85, § 43 y 73. Véanse también el Informe de la misma Relatoría, A/HRC/7/12, 25 de febrero de 2008, §, 15, 19, 42 y 43.

⁴⁹ Corte IDH, Caso Vélez Loor Vs. Panamá, cit., § 169. Al hacerlo, la Corte remite al Informe del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre la Detención Arbitraria, Informe del Grupo, Anexo II, Deliberación No. 5: Situación relativa a los inmigrantes o a los solicitantes de asilo, 1999, E/CN.4/2000/4, Principio 7, y al Informe presentado por la Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, de conformidad con la resolución 2002/62 de la Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2003/85, 30 de diciembre de 2002, §. 73.

⁵⁰ Compromiso de Montevideo sobre Migración y Desarrollo de los Jefes de Estado y de Gobierno de la Comunidad Iberoamericana de Naciones, XVI Cumbre Iberoamericana, Montevideo, 5 de noviembre de 2006, § 17.

pueden, bajo ninguna circunstancia, ser consideradas un delito.

91. En cuanto a la privación de libertad como medida cautelar en un procedimiento migratorio, estando precisamente ante infracciones administrativas, se ha afirmado de manera reiterada que la detención sólo podría aplicarse ante situaciones excepcionales, siendo necesario arbitrar medidas alternativas prioritarias a cualquier forma de privación de la libertad.⁵¹

92. En relación con los NNA, en algunas oportunidades se ha invocado el artículo 37.b de la Convención sobre los Derechos del Niño para legitimar detenciones cautelares a niños, niñas y adolescentes migrantes, arguyendo que la CDN no prohíbe la aplicación de la medida sino que advierte que “...se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso...”. Sin embargo, cabe explicitar, este artículo está reservado al ámbito del derecho penal; esto es, está concebido para ser aplicado a los casos en los cuales los niños, niñas o adolescentes se encuentran en conflicto con la ley penal, pero no para infracciones de índole administrativa.

93. El principio de no detención de NNA migrantes es un estándar esencial en materia de derechos de la niñez migrante, acompañado por el principio que exige, por el contrario, la adopción de medidas particulares de protección, adecuadas a la situación de vulnerabilidad en que pudieran encontrarse. La privación de libertad en ningún caso podría justificarse en que los NNA estén solos o separados de su familia, ni tampoco en que la medida pretende asegurar la unidad familiar. En definitiva, como veremos, la detención nunca puede tratarse de una medida fundamentada en el interés superior del niño o la niña⁵². En consecuencia, los Estados deben diseñar medidas de protección y no recurrir bajo eufemismos a medidas que implican encierro, detención o confinamiento, y asegurar debida y genuinamente el interés superior del niño, como se examinará en el capítulo siguiente.

94. En ocasiones se ha sugerido que existen ciertas circunstancias -como la preservación de la unidad familiar-, que justificarían el encierro de NNA junto a sus padres en un centro de detención de migrantes. Al respecto, cabe destacar en primer lugar que tanto la CIDH como la Corte IDH han utilizado las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y el artículo 29.b de la Convención Americana, a la hora de esclarecer el contenido y alcance de un derecho o precepto

⁵¹ Ver, entre otros antecedentes, el Informe adoptado una década atrás por la entonces Relatora de Derechos Humanos de Migrantes de la ONU, con relación a la necesidad de abstenerse de recurrir a la detención administrativa de migrantes (E/CN.4/2003/85, del 30 de diciembre de 2002).

⁵² Comité de los Derechos del Niño, Observación general Nro. 6, cit., § 61. A su vez, el Comité ha subrayado que “los Estados deberán tener en cuenta que la entrada o la estancia ilegales en un país de un menor no acompañado o separado de su familia también pueden justificarse a la luz de los principios generales del derecho, cuando la entrada o la estancia sean la única forma de impedir una violación de los derechos humanos fundamentales del menor” (§. 62).

normativo. El artículo 29.b de la CADH prohíbe la interpretación restrictiva de los derechos recogidos en la Convención (principio *pro persona*), en el entendimiento de que nunca una provisión legal puede ser leída en un sentido que cercene derechos en lugar de protegerlos. Por tal motivo, en aquellos casos en los cuales en aras del interés superior de NNA, deban permanecer con sus padres, la solución no está en ubicar a la familia en centros de detención, sino a toda la familia en alojamientos abiertos orientados a la protección de la niñez y la familia, mientras está en trámite un procedimiento migratorio, como lo ha destacado el Relator de la ONU sobre Derechos de Migrantes⁵³. En un informe específico sobre derechos de NNA migrantes, este Relator precisó 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”⁵⁴. Con igual criterio, la CIDH ha señalado que se “debe considerar en primer lugar el Interés Superior del Niño y utilizar mecanismos alternativos a la detención, que al mismo tiempo preserven la unidad de la familia”⁵⁵.

95. De ninguna manera podría sugerirse que la privación de libertad será un ambiente propicio para que el niño, niña o adolescente ejercite plenamente sus derechos. Por ello, a fin de garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, se debería contemplar el mantenimiento de la unidad familiar sin recurrir a medidas que impliquen la privación de la libertad. De igual modo, en las conclusiones de un extenso informe elaborado a petición del Parlamento Europeo, que supuso la visita y evaluación de cerca de 130 centros de detención de migrantes existentes en la Unión Europea, los expertos subrayaron, por un lado, que la detención de niños y de familias “deberían estar prohibidas”, y por el otro, que la privación de la libertad no podría, de ningún modo, ser en el “interés superior del niño”, por lo que debería recurrirse a medidas de otra naturaleza⁵⁶.

96. Resulta importante destacar que existen prácticas recomendables en diversos países de destino, donde no se adopta ninguna medida cautelar, estando la familia en libertad mientras se desarrolla un procedimiento administrativo. La detención no es una opción, ni tampoco ninguna otra medida alternativa que vaya más allá de la presentación de las personas

⁵³ Relator de la ONU sobre Derechos de Migrantes, *Mission to the United States of America*, A/HRC/7/12/Add.2, 5 de marzo de 2008, § 125.

⁵⁴ ONU, Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, A/HRC/11/7, del 14 de mayo de 2009, § 62. Esta posición fue reafirmada en el Informe presentado por el Relator al año siguiente (A/65/222, del 3 de agosto de 2010, § 48).

⁵⁵ CIDH, Relatoría de Derechos Humanos de Migrantes, Informe Preliminar de su Visita a México, del 2 de agosto de 2011, Anexo al Comunicado de Prensa 82/11.

⁵⁶ *The conditions in centres for third country national (detention camps, open centres as well as transit centres and transit zones) with a particular focus on provisions and facilities for persons with special needs in the 25 EU member states*, elaborado por STEPS Consulting Social, por solicitud de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos Internos del Parlamento Europeo, Ref. IP/C/LIBE/IC/2006-181, Bruselas, 12/2007, pp. 29-35, 205-217..

ante la autoridad competente en caso que así les sea requerido. Este es y debería ser el estándar habitual en un procedimiento administrativo, o en el marco de un procedimiento judicial donde se analice una infracción administrativa. Y por ende debería ser el criterio general a seguir en el marco de procedimientos migratorios y en particular en los casos que estén involucrados NNA acompañados o no, esta conclusión parece aún más incontrovertible.

97. Los principios de la CDN y el derecho a no ser separado de sus padres (art. 9 CDN) deben ser debidamente tenidos en cuenta y primar en las decisiones de las autoridades. Por ello deben abstenerse de privar de la libertad a sus padres en el marco de procedimientos migratorios que pudieran derivar en su expulsión. Aún si los niños fueran nacionales del país de destino –y por ende, no podrían ser deportados-, sus derechos se ven seriamente afectados cuando sus padres se ven sometidos a un encarcelamiento en razón de su condición migratoria. Al respecto, la CIDH ha indicado que “los artículos V y VII [de la Declaración Americana], análogamente, limitan 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 niño⁵⁷.

98. Por todo lo expuesto se solicita la Corte IDH que reafirme como regla general, y principio fundamental la prohibición de la detención de niños, niñas y adolescentes por razones de índole migratoria⁵⁸. Esta prohibición debe alcanzar también a los padres cuando esa decisión afecte a los NNA y constituya una decisión contraria a su interés superior.

IV. Medidas de protección de derechos que deberían de disponerse de manera prioritaria y que no implican restricciones a la libertad personal.

99. De lo expuesto en el apartado anterior, respecto de la prohibición de la medida de privación de la libertad cuando se trate de procesos migratorios que involucren niños, niñas o adolescentes, se colige que los Estados deben diseñar y prever en su legislación y políticas de un abanico de medidas que no impliquen la privación de la libertad. Atento a que la implementación de este tipo de medidas es y debe ser la regla y no la excepción, en lugar de denominarlas medidas alternativas nos referiremos a ellas como las únicas medidas posibles que el Estado debe adoptar.

100. A partir del principio de no detención de niños, niñas y adolescentes migrantes, resulta indispensable que la normativa establezca explícitamente formas de alojamiento adecuadas

⁵⁷ CIDH, Informe sobre *Inmigración en Estados Unidos: detenciones y debido proceso*, cit., § 49.

⁵⁸ Comité de Derechos del Niño, Observación General 6 (2005), cit., § 40, 61.

que no supongan la privación de libertad, junto a los mecanismos, recursos institucionales y de otra índole (humanos, presupuestarios, etc.), necesarios para su efectiva implementación. Ello, como señalamos anteriormente, siempre que haga falta recurrir a una medida de esta naturaleza, lo cual se da en la generalidad de los casos de NNA migrantes no acompañados, pero no necesariamente si se trata de familias migrantes, en particular si ya llevan un tiempo de residencia en el país de destino.

101. Acatar seriamente el principio de no detención implica un deber positivo del Estado de diseñar e implementar políticas públicas consecuentes y coherentes con esos estándares. Esto es prever en la legislación y en las políticas una serie de opciones expresamente adecuadas a los niños y niñas migrantes, tanto cuando se encuentren con su familia como en caso de no estar acompañados.

102. Entre las medidas a adoptar que no involucren la detención de un NNA se puede incluir, por ejemplo: el alojamiento en centros de protección social, de carácter abierto, cuya finalidad sea su protección integral y la garantía de sus derechos fundamentales; la exigencia de una caución juratoria (compromiso jurado ante la autoridad competente); la implementación de mecanismos de orientación y supervisión; la fijación de medidas para asegurar la presencia de las personas migrantes (niños y, en su caso, los padres) en las diferentes etapas del proceso (administrativos y judiciales) ligados a su ingreso y/o residencia en el país, como la presentación periódica en determinada institución pública; o el nombramiento de un garante, entre otras. A ello hay que agregarle, como ya se destacó, la no necesidad de medida alguna en muchas ocasiones, limitándose a la citación del niño y/o la familia en caso que fuera necesario para el adecuado desarrollo del procedimiento.

103. En palabras del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, "... la detención es un instrumento que caracteriza al derecho penal, a diferencia del derecho administrativo, que por su naturaleza debe utilizar medidas provisionales alternativas a la detención" (...) "...las leyes y políticas de inmigración deberían establecer efectivamente medidas alternativas que puedan ser aplicadas y supervisadas debidamente, tanto por órganos administrativos como judiciales."⁵⁹

104. El Comité de Derechos del Niño en su observación general sobre los derechos de NNA en la justicia de menores, ha señalado que todo sistema normativo interno debe proveer a la autoridad administrativa o judicial de las herramientas para poder evaluar alternativas que no involucren el encierro: "...las leyes deben ofrecer al tribunal/juez, o a cualquier otra autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial, una amplia variedad de alternativas

⁵⁹ Informe Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, A/65/222, del 3 de agosto de 2010, § 19.

posibles a la internación en instituciones y la privación de libertad, algunas de las cuales se enumeran en el párrafo 4 del artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, a fin de que la privación de libertad se utilice tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que sea posible (artículo 37 b) de la Convención).”⁶⁰

105. Si los principios del derecho internacional de los derechos humanos en materia de niñez exige a los Estados disponer de una amplia gama de opciones alternativas a la privación de la libertad en el marco de procesos penales, que involucran la comisión de un delito y por lo tanto una conducta tipificada en el código penal, más aún deben entonces preverse respuestas diferentes cuando los niños, niñas y adolescentes no solamente no han cometido delito alguno, sino que también precisan que el Estado adopte medidas de protección integral, en particular cuando son NNA migrantes no acompañados. Ello significa, como ya se ha señalado, la inclusión de las personas migrantes en las políticas de protección integral de la infancia con el objetivo de garantizar el ejercicio efectivo de los derechos garantizados en la CADH y la CDN. La adopción de medidas positivas en el marco de la protección integral implica que los Estados garanticen el acceso a los derechos sociales, para todos los NNA sin distinción alguna por su condición migratoria o la de sus padres.

106. En vista de lo expuesto, consideramos esencial la oportunidad que tiene esta Corte de establecer criterios específicos respecto de:

- Que los Estados adopten medidas de protección específicas respecto de la infancia, incluyendo aquellas que hacen a la incorporación de los NNA migrantes al sistema de protección integral sin discriminación en razón de su condición migratoria y que le permita el ejercicio irrestricto de sus derechos sociales y culturales.
- Que en el caso de NNA no acompañados, los Estados deben adoptar medidas de protección específicas en razón de la ausencia de sus padres para asegurar las condiciones básicas que podrían garantizar la aplicación de medidas de protección y, especialmente, alcanzar una solución duradera acorde al interés superior.
- Que cualquier medida que implique la privación de libertad configura una violación a los derechos de los NNA sin importar la denominación que reciban esas medidas.

V. Obligaciones estatales en casos de custodia de niños y niñas por motivos migratorios.

⁶⁰ Comité de los Derechos del Niño, *Los derechos del niño en la justicia de menores*, Observación General Nro. 10, CRC/C/GC/10, del 25 de abril de 2007.

107. Como se ha desarrollado en los apartados precedentes, la utilización de medidas privativas de libertad en procesos migratorios que involucran niños, niñas y adolescentes se encuentra prohibida por el derecho internacional de derechos humanos. El objeto de este análisis es sin dejar de reafirmar el principio de no detención, señalar que su vulneración se ve seriamente agravada si, además, la detención se produce sin que determinadas condiciones básicas sean aseguradas. Por ello, a continuación desarrollaremos los estándares mínimos que deben tenerse en cuenta cuando se impone una medida privativa de la libertad a un niño, niña y adolescente

108. Hecha esta importante aclaración, cabe destacar que la Corte IDH ha advertido que, en razón de la “relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el Estado”⁶¹, éste se encuentra en una posición especial de garante de los derechos de todas las personas que se hallen bajo su custodia⁶². En casos referidos a NNA privados de su libertad, la Corte precisó que el Estado debe asumir una serie de responsabilidades especiales para garantizar las condiciones necesarias para el desarrollo de una vida digna y contribuir al goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden restringirse durante la privación de libertad⁶³. Asimismo, indicó que la “forma en que se trata a un detenido debe estar sujeta al escrutinio más estricto, tomando en cuenta la especial vulnerabilidad de aquél”⁶⁴.

109. En otro orden de ideas, la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 37.c, dispone que “[...] todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño [...]”. La necesidad de que los niños privados de libertad estén alojados en lugares distintos que los adultos⁶⁵ ha sido reiteradamente puesta de manifiesto por la Corte IDH en el entendido de que la no separación expone a los niños a “circunstancias que son altamente perjudiciales para su desarrollo y los hace vulnerables ante terceros que, por su calidad de adultos, pueden abusar de su superioridad”⁶⁶. La privación de libertad en sí misma tiene un efecto perjudicial para su desarrollo emocional y bienestar físico y puede generar consecuencias en su salud.

⁶¹ Corte IDH, *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay*, cit., § 152.

⁶² Corte IDH, *Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C No. 20, § 60; *Caso Yvon Neptune Vs. Haití*. Reparaciones y Costas, del 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180, § 130; Corte IDH, *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, cit. § 198.

⁶³ Corte IDH, *Caso Instituto de Reeducción del Menor Vs. Paraguay*, cit., § 153.

⁶⁴ Corte IDH, *Caso Bulacio Vs. Argentina*, cit., § 126.

⁶⁵ Corte IDH. *Caso Bulacio Vs. Argentina*, cit., § 136: “para salvaguardar los derechos de los niños detenidos, especialmente su derecho a la integridad personal, es indispensable que se les separe de los detenidos adultos”.

⁶⁶ Corte IDH, *Caso Instituto de Reeducción del Menor Vs. Paraguay*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, del 2 de septiembre de 2004, Serie C No. 112, § 175.

110. De esta manera, en coincidencia con órganos de protección del sistema universal de derechos humanos⁶⁷, la Corte ha resaltado el deber estatal de salvaguardar la salud y el bienestar de quienes se hallan en prisión, así como de garantizar “que la manera y el método de privación de libertad no excedan el nivel inevitable de sufrimiento inherente a la detención”⁶⁸.

111. La posición especial de garante en la que se encuentra el Estado respecto de las personas privadas de libertad se refuerza, y exige un mayor cuidado y responsabilidad, en los casos en los cuales quienes se hallan en dicha condición son menores de edad. En función de las obligaciones establecidas en el artículo 19, CADH, en dichos supuestos el Estado debe tomar medidas especiales orientadas por el principio del interés superior del niño y preocuparse particularmente por las circunstancias de la vida durante el encierro⁶⁹.

112. Al respecto, la Corte IDH ha señalado que, de acuerdo con los artículos 6 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el Estado tiene la obligación de garantizar “en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”, y que, según la interpretación del Comité de los Derechos del Niño, la palabra “desarrollo” abarca lo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social⁷⁰, lo que implica que el Estado debe proveer asistencia de salud y educación, de manera de asegurar que la detención no destruya los proyectos de vida de los niños privados de su libertad⁷¹.

113. Ahora bien, la mayoría de estos estándares han sido diseñados en el marco de casos o circunstancias vinculadas al ámbito penal. En el ámbito administrativo, y en relación con las prácticas de encierro de niños y niñas en el contexto de políticas de niñez desfasadas y contrarias a la CDN, la CIDH ha señalado que “la detención de un menor de edad por actos no delictivos, sino sencillamente porque se encuentra en una situación de abandono social, riesgo, orfandad o vagancia, representa un grave peligro para la infancia (...) El Estado no

⁶⁷ Comité de Derechos Humanos, *Observación General Nº 21. El trato humano de las personas privadas de su libertad*, HRI/GEN/1/Rev.7, 1992, § 3; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General Nº 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, § 34; *Observación General Nº 15, El derecho al agua*, E/C.12/2002/11, 20 de enero de 2003, § 16; CIDH, *Caso Oscar Elías Biscet y otros*, Caso 12.476, Informe Nº 67/06, 21 de Octubre de 2006, § 155 a 158, 264 y 265.

⁶⁸ Corte IDH, *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” Vs. Paraguay*, cit., § 159; *Caso Yvon Neptune Vs. Haití*, cit., § 130, *Caso Vélez Loor v. Panamá*, cit., § 198. En similar sentido, la regla 13 de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad establece que no se deberá negar a los niños privados de libertad, por razón de su condición, los derechos civiles, económicos, sociales o culturales que les correspondan de conformidad con la legislación nacional o el derecho internacional y sean compatibles con la privación de la libertad.

⁶⁹ Cf. Corte IDH, *Caso “Instituto de Reeducación del Menor”*, cit., § 160.

⁷⁰ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General Nº 5*, cit., §.12.

⁷¹ Corte IDH, *Caso “Instituto de Reeducación del Menor”*, cit., § 161; Corte IDH, Opinión Consultiva 17/2002, cit., §. 80-81, 84, y 86-88. Al respecto, la Comisión Interamericana afirmó que “los Estados deben garantizar los derechos humanos de todos los niños privados de su libertad, y además tienen la obligación de desarrollar acciones que permitan neutralizar o disminuir los efectos de-socializadores de la privación de libertad. A estos efectos, resulta indispensable que las medidas sancionatorias eviten en la mayor medida posible la vulneración de otros derechos distintos a la libertad ambulatoria, como la educación y la salud, y permitan el fortalecimiento de los vínculos familiares y comunitarios”. (CIDH, *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, cit., §. 449).

puede privar de su libertad a niños y niñas que no han cometido hechos tipificados como delitos, sin incurrir en responsabilidad internacional por violación del derecho a la libertad personal (artículo 7 de la Convención) (...). Toda restricción de libertad de un menor no basada en la ley, o en una acción tipificada como delito, constituye una grave violación de los derechos humanos. El Estado no puede, invocando razones de tutela del menor, privarlo de su libertad o de otros derechos inherentes a su persona...”⁷².

114. En el caso de niños, niñas y adolescentes migrantes, en caso que no se acate el principio de no detención- debería conducir a que las condiciones en que se encuentren sean profundamente diferentes de cualquier clase de establecimiento diseñado desde una lógica privativa de la libertad. Ello supone, por un lado, la prohibición de detener a estos NNA junto a adultos y en centros penitenciarios o lugares similares. Estas dependencias no han sido destinadas a guarecer a personas acusadas de cometer infracciones migratorias, y, sin dudas, no se adecuan a las necesidades y derechos de los niños y niñas⁷³. Si lo que se trata es de alojar a los NNA temporalmente, en tanto se examinan y aplican medidas de protección ajustadas al interés superior, lo adecuado sería que el lugar y las condiciones respondan a esta finalidad y estos principios.

115. De acuerdo a lo establecido por el Comité de los Derechos del Niño, las condiciones de la privación de libertad, si se llegara al caso excepcionalmente, se regirán por el interés superior del menor y se atenderán en todo a lo previsto en los apartados a) y c) del artículo 37 de la Convención y otros instrumentos internacionales. En virtud de ello, en primer lugar, la medida de encierro, debe tener como fundamento la “atención” y no la “privación de libertad” del niño, niña o adolescente⁷⁴. Por otro lado, debe disponerse lo necesario para que el alojamiento sea adecuado para los menores y esté separado del de los adultos, a menos que lo contrario se considere conveniente en interés superior del niño⁷⁵. Conforme lo subrayado por el CDN, los centros de detención no deben localizarse en zonas aisladas donde los niños y niñas no puedan accederse a recursos comunitarios adecuados desde el punto de vista cultural ni a asesoramiento jurídico. A su vez, los niños y niñas deben, a su vez, tener la oportunidad de establecer contactos periódicos con su familia, amigos y parientes; lo mismo con su tutor y representante legal.

116. Asimismo, la CIDH indicó que en los casos de detenciones de niños, en virtud de su

⁷² CIDH, *Caso Menores Detenidos Vs. Honduras*, Informe 41/99, del 10 de marzo de 1999, § 109-110.

⁷³ CIDH, *Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migrantes y sus Familias*, cit., § 110; CIDH, *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, Resolución 01/08, marzo de 2008, Principio XIX. Ver también, Convención Internacional para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y sus Familiares, artículo 17; Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria, Deliberación Nº 5 sobre la situación de los inmigrantes y solicitantes de asilo, cit., principio 9.

⁷⁴ Comité de Derechos del Niño, Observación General 6, cit., § 63.

⁷⁵ Corte IDH, *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, cit., § 63.

situación de especial vulnerabilidad, el derecho de establecer contacto con los familiares tiene una importancia especial a fin de mitigar los efectos negativos del encierro y asegurar que el niño pueda recibir la asistencia necesaria⁷⁶. Estos derechos son aún más significativos en el caso de NNA migrantes no acompañados, considerando los efectos del desarraigo y todos los riesgos que emanan del proceso migratorio realizado sin compañía por un niño o niña a través de un país, o varios, que desconoce.

117. Con respecto a la necesidad de que estos centros de detención cuenten con personal capacitado y se involucren instituciones específicamente orientadas al cuidado y protección de la infancia, ello se vincula con el objetivo último del procedimiento bajo el cual se dispondría dicha medida: el de su atención y protección integral, inmediata y a mediano o largo plazo. Para ello, como indica la Corte Interamericana, las personas encargadas de los centros en los que disponga la detención de niños y niñas, deben estar debidamente capacitadas para el desempeño de su cometido⁷⁷.

118. Esta condición no se satisface solamente con la realización de cursos en materia de derechos de infancia por parte de agentes migratorios sino con la actuación directa de los organismos especializados en el ámbito de la protección de la infancia. En este sentido, es altamente relevante que la Corte pueda señalar la necesidad de que los NNA migrantes, en estas circunstancias, estén directamente a cargo y bajo la atención de los órganos encargados de la protección de la niñez y/o la familia. Y por ende, que los centros en los cuales fueran alojados –sean abiertos o cerrados– estén bajo la responsabilidad de estos organismos, y no de órganos de control migratorio y/o fuerzas de seguridad. Este es un requisito ineludible si se trata de un enfoque centrado en la protección de la niñez, y no en la seguridad, criminalización de la migración y el mero control de los flujos migratorios.

119. En ejercicio de su función consultiva, esta Corte enfatizó la necesidad de que la intervención de instituciones vinculadas con los intereses del niño y la familia debe estar debidamente calificadas, disponer de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas (...) no basta con que se trate de organismos jurisdiccionales o administrativos; es preciso que éstos cuenten con todos los elementos necesarios para salvaguardar el interés superior del niño⁷⁸. Esta afirmación de la Corte Interamericana es plenamente aplicable al caso de niños y niñas migrantes. Es más, ello

⁷⁶ Corte IDH. *Caso Bulacio Vs. Argentina*, cit., § 126 y ss.; Reglas de Beijing, regla 10.1; Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, cit., § 54.

⁷⁷ Corte IDH, *Caso Bulacio v. Argentina*, cit., § 136.

⁷⁸ Corte IDH OC-17/02, cit., § 78. Ello, en armonía con el artículo 3 CDN: “Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada”.

es precisamente uno de los corolarios de adecuar las respuestas a la migración de NNA a los preceptos de la CDN, como señalamos al inicio de esta nota, contribuyendo así a la visibilización de este fenómeno y la generación de mecanismos y políticas adecuadas, es decir, su inclusión en la órbita de las políticas públicas que corresponden (la de infancia, no la migratoria).

120. En línea con ello, el Estado está obligado 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 misma no genere un mayor riesgo de afectación a los derechos, a la integridad y al bienestar personal y familiar de las personas migrantes”⁷⁹.

121. Recordando lo señalado sobre el principio de no detención, en caso de producirse una privación de la libertad por parte de autoridades migratorias (por ejemplo, en zonas fronterizas), de forma inmediata deberían asegurarse, por un lado, las garantías a las cuales ya hemos hecho referencia en el capítulo 2 de esta sección, así como las que se analizarán en el acápite siguiente. Y por el otro, deberían activarse, sin dilación alguna, los dispositivos necesarios para remitir al NNA a los organismos de infancia, la cual deberá iniciar con igual diligencia el proceso de evaluación y aplicación de medidas de protección.

122. Por otra parte, en relación con las condiciones de la custodia de NNA migrantes, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado la necesidad de garantizar, en esas circunstancias, el ejercicio de sus derechos sociales. Durante el período en que se encuentren privados de libertad (aunque también, como es debido, si están en centros de protección no cerrados), los NNA tendrán derecho a recibir enseñanza, preferentemente fuera del establecimiento, a fin de facilitarles la continuación de su educación una vez en libertad⁸⁰. También podrán recibir productos de primera necesidad, tratamiento médico adecuado y ayuda psicológica⁸¹. Esto fue advertido también por la Corte Interamericana respecto de NNA privados de libertad⁸².

123. A fin de garantizar el respeto de los derechos de niños y niñas migrantes acompañados o no que se encuentren alojados en instituciones estatales deberían garantizarse la existencia y el funcionamiento de mecanismos independientes de control de las condiciones allí

⁷⁹ Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, cit., § 209.

⁸⁰ Comité de Derechos del Niño, Observación General 6, §. 63.

⁸¹ Comité de Derechos del Niño, Observación General 6, §. 63.

⁸² En el caso *Instituto de Reeducción del Menor*, la Corte advirtió que los niños internos en el Instituto no tenían la atención sanitaria adecuada que les asegurara un desarrollo normal esencial para su futuro, ni fueron provistos de la educación que requerían, ya que el programa existente carecía de maestros y recursos adecuados. La Corte recurrió al artículo 4 CDN puesto que la atención sanitaria y la educación son medidas que “adquieran fundamental importancia debido a que los niños se encuentran en una etapa crucial de su desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social que impactará de una u otra forma su proyecto de vida” (cit., § 172).

existentes. Ello supone, por un lado, la existencia de programas específicamente dirigidos a tal fin en organismos públicos de derechos humanos autónomos e independientes, como el caso de las Defensorías del Pueblo o, en caso de existir, de Defensorías del Niño, Niña y Adolescente. Esto requiere, por supuesto, políticas que garanticen el ejercicio de esas competencias sin restricciones indebidas. También precisa la debida formación –en derechos del NNA, derechos de migrantes, entre otros temas- y los recursos adecuados para que estas instituciones desarrollen eficazmente esta tarea.

124. Por último, es imprescindible que los Estados faciliten el ingreso a estos establecimientos a las organizaciones de la sociedad civil que desempeñan tareas de asistencia, promoción y protección de derechos de la niñez y de la población migrante, así como el monitoreo de las políticas públicas en estas materias y las prácticas que las implementan. Este acceso de la sociedad civil, de carácter permanente, debe incluir la verificación de todas las condiciones existentes en esos centros, así como el contacto y la interacción con los niños y niñas que se encuentran en esas instalaciones.

125. Por todo lo expuesto, sería oportuno que la Corte tenga en cuenta como estándares a considerar e incluir en la opinión consultiva las siguientes recomendaciones que respetuosamente se formulan a continuación:

- La medida que implique la privación de libertad, debe ser temporal, por el menor período posible y el objetivo del procedimiento bajo el cual se dispondría dicha medida debe ser el de su atención y protección integral, inmediata y a mediano o largo plazo para el pronto traslado a una institución abierta de cuidado y atención en caso que se trate de NNA no acompañados;
- Los centros donde se desarrolle la detención deben contar con personal capacitado específicamente orientado al cuidado y protección de la infancia
- Se debe separar los NNA de las personas adultas, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño;
- Se debe garantizar la oportunidad de establecer contactos periódicos con su familia, amigos y parientes;
- Se debe garantizar los contactos periódicos y confidenciales con su tutor, representante legal y consular;
- Se debe garantizar aunque la detención sea temporal el ejercicio de sus derechos sociales en particular el derecho a la educación, ocio y esparcimiento y salud, incluyendo tratamiento médico adecuado y ayuda psicológica.
- Se debe garantizar la existencia y el funcionamiento de mecanismos

independientes de control de las condiciones existentes en los lugares de detención , facilitando el ingreso y desempeño de las tareas de monitoreo de parte no solo de mecanismos estatales (Organismos de Derechos Humanos, Defensorías con competencia en Derechos Humanos, etc), sino también de la sociedad civil.

VI. Garantías de debido proceso ante medidas que impliquen la restricción de la libertad de niños y niñas en el marco de procedimientos migratorios.

126. En los apartados 1 y 2 nos hemos referido a las garantías del debido proceso legal que deben regir en todo tipo de procedimiento migratorio, tanto de índole administrativa como judicial, incluyendo en el marco del Procedimiento DIS⁸³. También se señaló que el artículo 8 CADH se aplica a todos los procedimientos y que, como ha dicho la CIDH, dado “las consecuencias que pueden derivarse de los procesos migratorios, corresponde la aplicación estricta de dichas garantías”⁸⁴. A su vez, ya nos hemos referido especialmente al principio de no privación de la libertad de NNA migrantes en el marco de procedimientos migratorios. En este sentido, tal como indicáramos en el capítulo anterior, la violación de este principio se ve seriamente agravada si, además de producirse la detención, ello se produce sin asegurar las garantías básicas del debido proceso legal que deben regir en cualquier procedimiento que pudiera implicar la privación de la libertad.

127. Todos estos principios y garantías legales deben adecuarse no solo a la situación de los procesos que involucran a migrantes⁸⁵, sino además a las necesidades y particularidades específicas de los niños, niñas y adolescentes. El principio del interés superior no debe solo pensarse en términos de resultado, sino también de medios. La legislación, por tal motivo, debería prever garantías específicas para niños y niñas migrantes. Las garantías fundamentales de debido proceso deben estar plenamente adecuadas a la edad y madurez de cada niño. A lo largo de todo el procedimiento debe garantizarse que la protección del niño y debe priorizarse su bienestar y velarse por su interés.

128. Las garantías mínimas incluyen, entre otras, el derecho a ser oído, el acceso a la justicia, a un intérprete, a un recurso efectivo, la asistencia letrada y a un tutor. Como indicamos previamente, estas dos últimas garantías cobran especial relevancia en los casos de la niñez migrante no acompañada. A su vez, en el contexto de la detención, el niño, niña o

⁸³ Corte IDH, Opinión Consultiva 11/90, cit., § 28.

⁸⁴ CIDH, *Inmigración en Estados Unidos: detenciones y debido proceso*, cit., § 57.

⁸⁵ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-16/99, cit., § 58. En el caso de los migrantes, la Corte señaló que en tanto estas personas se encuentran en situación de desigualdad real, ello puede derivar en la afectación del debido proceso si no se adoptan medidas especiales compensar la indefensión en que se encuentran (OC-18/03, cit., § 121).

adolescente, debe ser debidamente informado de los motivos y razones de esa detención y, como veremos, cobra especial relevancia el derecho a la debida intervención judicial, sea como órgano competente para dictar la medida o, subsidiariamente, para controlar la decisión y las condiciones de detención de forma inmediata.

129. El derecho a ser oído presupone el derecho de acceso a la justicia, el cual debe materializarse a través en un juez o tribunal competente, independiente e imparcial⁸⁶ previamente establecido por ley, frente al cual impugnar la medida privación de libertad. El control judicial inmediato, ocurrida la detención, ha sido identificado por varios órganos internacionales de protección de derechos humanos, como uno de los elementos centrales para evitar una medida arbitraria e ilegal⁸⁷.

130. La CADH no establece una limitación al ejercicio de la garantía establecida en el artículo 7.5 de la Convención en base a las causas o circunstancias por las que la persona es retenida o detenida. Por lo tanto, en virtud del principio *pro persona*, esta garantía debe ser satisfecha siempre que exista una retención o una detención de una persona a causa de su situación migratoria, conforme los principios de control judicial e intermediación procesal⁸⁸.

131. En este sentido, la Corte indicó que “[p]ara que constituya un verdadero mecanismo de control frente a detenciones ilegales o arbitrarias, la revisión judicial debe realizarse sin demora y en forma tal que garantice el cumplimiento de la ley y el goce efectivo de los derechos del detenido, tomando en cuenta la especial vulnerabilidad de aquél”⁸⁹. La intervención judicial, bien como autoridad competente para disponer la eventual privación de la libertad, o bien para verificar de forma inmediata la legalidad y razonabilidad de la medida dictada por un organismo administrativo, también supone una garantía esencial en el marco de los mecanismos de control migratorio, y especialmente si la medida involucra a niños.

132. El artículo 7.6 de la CADH -y artículo 37 de la CDN- consagra el derecho de todo niño a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción. Esta

⁸⁶ Medina Cecilia, *La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, Universidad de Chile, 2005. La Corte IDH agregó que estas garantías no solo deben corresponder a los órganos estrictamente jurisdiccionales, sino que las disposiciones del artículo 8.1 de la Convención se aplican también a las decisiones de órganos administrativos (Caso Tribunal Constitucional Vs. Perú, sentencia del 31 de enero de 2001, § 71; Caso Escher y otros Vs. Brasil, sentencia del 6 de julio de 2009, § 208, y Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile, sentencia, del 19 de septiembre de 2006, § 119).

⁸⁷ Grupo de Trabajo de la ONU sobre la Detención Arbitraria, Conclusiones y Recomendaciones, E/CN.4/2004/3, del 15 de diciembre de 2003, § 86; Informe de la Relatora Especial sobre Derechos Humanos de los Migrantes, E/CN.4/2003/85, del 30 de diciembre de 2002, § 75(h).

⁸⁸ Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*, sentencia de 22 de noviembre de 2005, § 221. Ver también Corte IDH, *Caso Loor vs Panamá*, cit., § 107.

⁸⁹ Corte IDH, *Caso Loor vs Panamá*, cit., § 107. En igual sentido, Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Informe del Grupo, *Situación relativa a los inmigrantes o a los solicitantes de asilo*, 1999, E/CN.4/2000/4, Principio 3: “todo [...] inmigrante retenido deberá comparecer cuanto antes ante un juez u otra autoridad”.

garantía también incluye el derecho a contar con un recurso efectivo para evitar una detención arbitraria.

133. El Relator Especial de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas Migrantes advirtió que “algunas leyes nacionales no prevén la revisión judicial de la detención administrativa de los migrantes” o bien que en ocasiones “la revisión judicial de la detención administrativa se inicia únicamente a petición del migrante”. En esos casos, subraya el Relator, que “el desconocimiento del derecho a apelar, el desconocimiento de los motivos de la detención, el difícil acceso a los expedientes, la falta de acceso a asistencia jurídica gratuita, la falta de intérpretes y servicios de traducción, y una ausencia general de información en un idioma que puedan entender los detenidos sobre el derecho a contratar a un abogado y darle instrucciones, así como la ubicación de las instalaciones donde están detenidos, pueden impedir a los migrantes ejercer sus derechos en la práctica. En ausencia de abogados y/o intérpretes, a menudo los migrantes se sienten intimidados y obligados a firmar documentos sin entender su contenido”⁹⁰. Esta circunstancia, sin dudas, se agrava en el caso de niños o niñas.

134. Resulta fundamental que los Estados dispongan a favor de los migrantes de un servicio público gratuito de defensa legal, que incluya el asesoramiento y la defensa en casos de privación de la libertad, con la debida capacitación en materia de derechos de infancia. La Corte ha considerado que, en procedimientos administrativos o judiciales en los cuales se pueda adoptar una decisión que implique la deportación, expulsión o privación de libertad, la prestación de este servicio a favor de éstas es necesaria para evitar la vulneración del derecho a las garantías del debido proceso⁹¹.

135. En casos referidos a los derechos y garantías de personas migrantes, la Corte destacó que el derecho a la asistencia de un defensor, lejos de resultar un mero requisito formal, exige la asistencia “ejercida por un profesional del Derecho para poder satisfacer los requisitos de una defensa técnica a través de la cual se asesore a la persona sometida a proceso, *inter alia*, sobre la posibilidad de ejercer recursos contra actos que afecten derechos”.⁹² Por tal motivo, concluyó que “impedir a éste contar con la asistencia de su abogado defensor es limitar severamente el derecho a la defensa, lo que ocasiona desequilibrio procesal y deja al individuo sin tutela frente al ejercicio del poder punitivo”⁹³.

136. En relación con el derecho a la asistencia consular, al que ya hemos hecho referencia

⁹⁰ Informe de la Relatora sobre los derechos humanos de los migrantes, del 30 de diciembre de 2002, cit., § 24.

⁹¹ Corte IDH, Caso Loor vs Panamá, cit., § 146

⁹² Corte IDH, *Opinión Consultiva 18/03*, cit., § 126.

⁹³ Corte IDH, Caso Loor vs Panamá, cit., § 132. La Corte citó al TEDH (caso *Benham v. Reino Unido*), para señalar que cuando se trata de la privación de la libertad, los intereses de la justicia requieren de la asistencia letrada.

en el punto 2, cabe recordar la decisión de la Corte IDH en la opinión consultiva 16/99, donde declaró inequívocamente la obligación de garantizar el derecho del detenido extranjero a la información sobre la asistencia consular, hallado en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, y a recibir esa asistencia⁹⁴. Como señalamos con anterioridad, la asistencia consular debe estar debidamente adecuada a la defensa y protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en el contexto de la migración.

137. En sintonía con ello, la Corte describió la situación de especial vulnerabilidad de los migrantes, la que se agudiza aún más cuando nos referimos a niños, niñas y adolescentes que migran, acompañados o no por su padres y familia: "... los extranjeros detenidos en un medio social y jurídico diferente de los suyos, y muchas veces con un idioma que desconocen, experimentan una condición de particular vulnerabilidad, que el derecho a la información sobre la asistencia consular, enmarcado en el universo conceptual de los derechos humanos, busca remediar de modo tal de asegurar que la persona extranjera detenida disfrute de un verdadero acceso a la justicia, se beneficie de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas..."⁹⁵.

138. UNICEF cree que la Corte tiene *una* oportunidad única para que refuerce los estándares internacionales relativos a las garantías de debido proceso en el marco de la adopción de cualquier medida que implique restricciones a la libertad de niños, niñas y adolescentes, sean privativas de libertad o de otra índole. Esta reafirmación es particularmente importante, ya que las garantías deben operar de manera efectiva ante cualquiera de estas medidas, aún si ellas no implican la privación de libertad en un establecimiento. La posibilidad de impugnar esa decisión a través de un recurso efectivo –sea en sede administrativa y/o judicial-, el derecho a la asistencia jurídica, a obtener una decisión fundada, entre otras, deben regir sin excepción en caso que la medida suponga alguna clase de restricción a la libertad.

139. Finalmente, las garantías procesales que deben regir en estas circunstancias deben incluir la posibilidad de exigir la revisión periódica de la medida, a fin de adoptar una alternativa menos restrictiva y mas beneficioso y acorde al interés superior del niño, así como la de contar con una fijación expresa del plazo de la detención, el cual, como exige la CDN, debe ser por el menor tiempo posible. Ello, cabe aclarar una vez más, siempre que en un caso concreto se imponga, en contra del principio de no detención, una medida privativa de la libertad por razones de índole migratoria.

⁹⁴ Este principio fue reiterado por la Corte Internacional de Justicia en el caso *LaGrand Case (Germany v. United States of America)*, I.C.J. Reports 2001, June 2001, pp. 494, § 77.

⁹⁵ Corte IDH, Vélez Loor Vs Panamá, § 152; OC 16/99, § 119, y *Caso Baldeón García*, § 202, entre otros.

VII. Principio de no devolución en relación con niñas y niños migrantes.

140. Desde la adopción de la Convención de Ginebra en el año 1951, el principio de *non-refoulement* ha evolucionado hasta convertirse en una norma de carácter absoluto (*ius cogens*), que no admite excepción ni derogación alguna. También han sido expresamente incorporadas a diversos instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁹⁶. Más específicamente, los Estados están obligados a no trasladar a ningún individuo a otro país si en esto existiera un riesgo de sufrir graves violaciones de sus derechos humanos, en particular la violación del derecho a la vida, a la libertad y la integridad física.

141. Según lo ha interpretado el Comité de Derechos Humanos, este principio abarca la obligación de no extraditar, deportar, expulsar ni trasladar de cualquier otra forma a una persona del territorio, cuando haya motivos sustanciales para creer que existan tales peligros. Esta prohibición rige también cuando el riesgo pueda darse no solamente en el país al cual se va a efectuar el traslado, sino a cualquier otro al cual la persona pueda ser enviada subsecuentemente⁹⁷. Como ha sostenido el ACNUR, la llamada devolución indirecta exige una evaluación confiable, en cada caso, sobre la posibilidad de este riesgo, antes de proceder a su expulsión a un tercer país considerado seguro⁹⁸.

142. El principio de no devolución rige plenamente en el ámbito de aplicación de cualquier medida de control migratorio que pueda suponer el traslado de una persona hacia otro país, con independencia del territorio donde ese control se lleva a cabo. Al respecto, es preciso recordar que la CIDH señaló que los dispositivos migratorios realizados en aguas internacionales, o en cualquier otro lugar, deben respetar sin excepción el principio de no devolución, así como el derecho a buscar y recibir asilo, y las debidas garantías procesales que permitan impugnar la decisión de retorno⁹⁹. Ante ello, se deduce que en ocasión de controles migratorios a NNA en este tipo de circunstancias, no sólo está vigente el principio de *non-refoulement*, sino la necesidad de que los resguardos que se apliquen para respetar dicho

⁹⁶ CADH, art. 22.8, Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, artículo 13.4; Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, artículo 3; PIDCyP, artículos 6 y 7; y Convenio Europeo de Derechos y Libertades fundamentales, artículos 2 y 3.

⁹⁷ Con respecto al alcance de las obligaciones de conformidad con el artículo 7 del PIDCP, véase Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 20: *Artículo 7 (Prohibición de la tortura y los tratos o penas crueles)*, del 10 de marzo de 1992, HRI/ GEN/1/Rev.7, § 9; y la Observación General No. 31, *Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, del 26 de mayo de 2004, § 12.

⁹⁸ ACNUR, Documento de antecedentes No. 2, *The application of the 'safe third country' notion and its impact on the management of flows and on the protection of refugees*, mayo de 2001. Al respecto, ver también, Comisión Europea de Derechos Humanos, *T.I. c. el Reino Unido*, Caso No. 43844/98, del 7 de marzo de 2000, y *R.S. c. el Reino Unido*, Caso No. 32733/08, del 2 de diciembre de 2008.

⁹⁹ CIDH, Informe de Fondo No. 51/96, Caso No. 10.675, Estados Unidos, 13 de marzo de 1997.

principio incluyan un adecuado enfoque de derechos de la niñez, con las características señaladas en los capítulos precedentes.

143. Para el caso de NNA migrantes no acompañados, el Comité de Derechos del Niño ha efectuado un extenso análisis sobre la relevancia del respeto de este principio en estas circunstancias. Sin dudas, la vulneración de este principio no sólo acarrearía graves consecuencias, sino que indicaría la ausencia de un Procedimiento DIS en el país expulsor, o en caso de existir, la presencia de serias deficiencias en su formulación o aplicación. Entre otras cuestiones, el Comité destacó específicamente que “[l]as obligaciones antedichas de no devolución son aplicables con independencia de que las violaciones graves de los derechos garantizados por la Convención sean imputables a actores no estatales o de que las violaciones en cuestión sean directamente premeditadas o sean consecuencia indirecta de la acción o inacción”¹⁰⁰. Esta definición dada por el Comité es esencial, ya que en muchas ocasiones el riesgo en la repatriación de adolescentes está en las amenazas a la vida o la integridad física que pueden sufrir esas personas o sus familiares por parte de actores no estatales, que en algunos casos actúan con amplios niveles de impunidad por la connivencia o incapacidad de organismos del Estado.

144. Es relevante destacar la necesidad de que la evaluación del riesgo se realice individualmente, caso por caso, atendiendo las particularidades de cada situación en la que se encuentran comprometidos los derechos del niño, niña o adolescente. A este respecto, el Comité de los Derechos del Niño ha indicado que “la evaluación del riesgo de dichas violaciones graves deberá efectuarse teniendo en cuenta la edad y el género y tomando asimismo en consideración, por ejemplo, las consecuencias particularmente graves para los menores que presenta la insuficiencia de servicios alimentarios o sanitarios”¹⁰¹.

145. Se deben examinar no sólo los riesgos vinculados con la situación de persecución o tortura o de amenaza a la vida o a la integridad física, sino también con el contexto y proyección de la vida del niño en el Estado receptor y su realidad socioeconómica a su regreso¹⁰². En virtud de ello, al analizarse la respuesta que mejor garantice el interés superior del niño, el Comité ha sostenido en que “el retorno al país de origen no entra en consideración si produce un “riesgo razonable” de traducirse en la violación de los derechos humanos fundamentales del menor y, en particular, si es aplicable el principio de no devolución”¹⁰³. Para lo cual, ha remarcado, a fin de determinar si el retorno al país de origen redundaría en el interés superior del menor, se deberá tener en cuenta, entre otras cosas:

¹⁰⁰ Comité de Derechos del Niño, Observación General Nro 6, cit., § 27.

¹⁰¹ Comité de Derechos del Niño, Observación General Nro 6, cit., § 27.

¹⁰² Comité de Derechos del Niño, Observación General Nro 6, cit., § 84.

¹⁰³ Comité de Derechos del Niño, Observación General Nro 6, cit., § 84.

- la seguridad personal y pública y otras condiciones, en particular socioeconómicas, que encontrará el NNA a su regreso;
- la existencia de mecanismos para la atención individual del NNA;
- las opiniones del niño manifestadas al amparo de su derecho en virtud del artículo 12;
- el nivel de integración del niño en el país de acogida y el período de ausencia de su país de origen;
- el derecho a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares;
- la conveniencia de que haya continuidad en la educación del NNA y se preste atención a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico¹⁰⁴.

146. Indudablemente, estas condiciones fijadas por el Comité son componentes claves de un procedimiento de determinación del interés superior. Pero también, como se explicará en el punto 8 de esta sección, para el caso de expulsión de una familia migrante. En este sentido, la expulsión de niños o adolescentes que hayan migrado junto a sus padres en sus primeros años de vida, podría generar una serie de afectaciones a sus derechos, su vida y desarrollo, que indicarían la necesidad de adoptar una medida alternativa (a la expulsión) frente a la situación migratoria irregular en que pudiera estar esa familia.

147. Creemos oportuno resaltar la experiencia de trabajo de las oficinas de países de UNICEF en la región, donde se ha verificado un considerable número de NNA migrantes que, una vez repatriados a su país de origen, reinician de forma inmediata un nuevo proceso migratorio hacia el país de destino (en muchos casos, donde residen sus padres). La existencia de un debido procedimiento DIS y una adecuada inclusión del principio de interés superior en los procesos de repatriación o expulsión, en consonancia con el principio de no devolución, permitiría, por un lado, evitar o reducir este círculo vicioso. Y por el otro, incrementaría la eficacia de las decisiones que se adoptan y, sobretodo, disminuiría notablemente los riesgos que los NNA enfrentan en zonas fronterizas y en territorios de diversos países de tránsito.

148. En consonancia, con todo lo expuesto se solicita a esta Corte que en oportunidad de la adopción de la Opinión Consultiva reafirme los estándares existentes en términos del principio de no devolución, y en especial se solicita que:

- Enfaticé las medidas de protección respecto de NNA, incluyendo entre las cuestiones a evaluar al menos los siguientes factores: a. las condiciones socioeconómicas del país de origen, b. el nivel de integración en el país de

¹⁰⁴ Comité de Derechos del Niño, Observación General Nro 6, cit., § 84.

acogida, c. el período de ausencia de su país de origen; d. el aspecto de la continuidad en la educación del niño y e. su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.

VIII. Procedimientos para la identificación y el tratamiento de niños y niñas en caso de disponerse la expulsión por motivos migratorios de sus padres.

149. Las decisiones que los Estados adoptan en el ámbito de las políticas migratorias, relativas al ingreso, la permanencia o la salida de los adultos, tienen un impacto determinante en la vida de los sus hijos e hijas, en particular en relación con la unidad de la familia. En efecto, la resolución de una solicitud de entrada al país o de adquisición o renovación de un permiso de residencia, o bien la decisión sobre una eventual expulsión del territorio de un niño o sus padres, pueden afectar de manera positiva o negativa el derecho a la vida familiar. El hecho de que se genere una u otra consecuencia está directamente vinculado con la relevancia que los Estados le den a ese derecho fundamental. Por este motivo, las obligaciones de los Estados en relación con el derecho a la vida familiar, y su inserción en la política migratoria, suponen la necesidad de realizar un examen riguroso sobre la situación del niño, niña o adolescente, a la luz de sus vínculos familiares. Ello implicaría abstenerse de adoptar decisiones que determinen la separación de los miembros de una familia. De ahí también se deriva la obligación positiva de facilitar la reunificación de los niños (nacionales y migrantes) con sus familiares.

150. La Convención sobre Derechos del Niño, además del principio de interés superior del niño, reconoce los derechos a la vida familiar, a no ser separado de sus padres, a que una solicitud de reunificación sea considerada de forma positiva, humanitaria y expedita, a ser cuidados por sus padres, y a que el Estado arbitre medidas para facilitar que los padres cumplan sus obligaciones respecto de sus hijos. Estas disposiciones conforman una sólida base legal para delimitar el accionar de los Estados en materia de proteger la unidad familiar, facilitar la reagrupación y evitar su separación¹⁰⁵. La protección de la vida familiar y los derechos de niños y niñas en la CADH y otros tratados, vienen a reforzar esta protección¹⁰⁶

151. La CIDH, al examinar procedimientos de expulsión de padres extranjeros de niños nacidos en países de destino -incluyendo peticionarios a quienes se les negó la condición de

¹⁰⁵ CDN, artículos 3, 7, 8, 9, 10, 16 y 18.

¹⁰⁶ Asimismo, debe recordarse, como lo ha señalado la Corte IDH, que la familia es considerada el elemento natural y fundamental de la sociedad, y por ende debe ser protegida por la sociedad y el Estado (...) el Estado se halla obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar (Corte IDH, OC-17/02, cit., § 66).

refugiado-, cuestionó la ausencia de mecanismos para garantizar que los derechos e intereses de esos niños fuesen tomados en cuenta en esos procesos. La Comisión subrayó que estas decisiones pueden tener un impacto dramático sobre su bienestar y desarrollo, y que un Estado no puede dejar librada a los padres (que serían expulsados) la elección entre, por un lado, “el amor y cuidado” en circunstancias de pobreza y penurias, y por el otro, los beneficios de salud, educación y bienestar en un país con servicios y atención suficiente, pero separado de sus padres¹⁰⁷.

152. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por su parte, también ha reconocido la necesidad de tener en cuenta el interés superior del niño en un proceso de expulsión contra sus padres. El TEDH entendió que la expulsión de la madre de una niña holandesa afectaba el interés superior de la niña y señaló que el (supuesto) bienestar económico del país –alegado por el Estado para justificar la deportación en razón de su status migratorio- no puede estar por encima del derecho a la vida familiar de la madre y su hija¹⁰⁸. En otro caso, estableció que debía tenerse en cuenta el mejor interés y el bienestar de los niños¹⁰⁹. En definitiva, esto implica que la separación provocada por la expulsión de los padres en razón de su irregularidad migratoria, no sería la medida más adecuada y respetuosa de los derechos del niño o niña. Indudablemente, un enfoque apropiado de protección de la niñez exigiría una tercera alternativa, como el otorgamiento de la residencia a los padres, y la imposición de una sanción alternativa a la expulsión, en aras de proteger el derecho humano a la vida familiar.

153. Tal como lo tiene dicho esta Corte apoyándose en las Directrices de Riad¹¹⁰, siendo que la familia es la unidad central encargada de la integración social primaria del niño” y por ende “los gobiernos y la sociedad deben tratar de preservar” su integridad, resulta evidente que una infracción administrativa (en este caso, la irregularidad migratoria) no configuraría una conducta justificante de una medida que implicara la separación entre padres e hijos¹¹¹. Cabría agregar aquí que en caso de producirse la expulsión, los Estados deberían contar con procesos de reunificación familiar que permitan el retorno de los padres al país. Una infracción administrativa no es razón suficiente para, por un lado, separar una familia, y por el otro,

¹⁰⁷ 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*, cit., § 166.

¹⁰⁸ TEDH, caso Rodríguez Da Silva c. Holanda, demanda 50435/99, sentencia del 31 de enero de 2006. En el caso se analizó la expulsión de la madre de una niña holandesa de tres años, quien al momento del nacimiento de su hija se encontraba en situación migratoria irregular. La Corte Europea de Derechos Humanos resolvió que la denegación del permiso de residencia y la expulsión de la madre a Brasil harían imposible una relación adecuada entre la madre e hija, por tal motivo consideró que para la debida protección de los intereses de la menor, el gobierno de Holanda debe permitir a la madre que resida con su hija.

¹⁰⁹ TEDH, caso Üner c. Holanda, demanda 46410/99, sentencia de 18 de octubre de 2006, § 55 y ss.

¹¹⁰ Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad), adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su resolución 45/112, del 14 de diciembre de 1990.

¹¹¹ Corte IDH, Opinión Consultiva 17/02, cit., § 67.

impedir su reencuentro.

154. El Relator sobre Derechos de los Migrantes destacó los efectos y las consecuencias que la detención de adultos relacionada con la inmigración puede tener sobre sus hijos, particularmente en relación con sus derechos al desarrollo, la vida familiar y la salud mental. A la luz de ello, subrayó la necesidad de adoptar un enfoque basado en los derechos del niño, que considere los intereses superiores del niño. Para ello, exhortó a los Estados a diseñar políticas alternativas para considerar la situación de migración de sus padres, incluidas las medidas para facilitar la regularización, el acceso a derechos sociales y la unidad familiar¹¹².

155. La mayoría de estos antecedentes se refieren específicamente a los casos de expulsión de padres de niños nacidos en territorio del país de destino y que gozan de la nacionalidad de tal país, conforme el principio *ius soli* que rige en la mayoría de los estados de la región. De hecho, en numerosos países de la región, el sólo hecho de tener un hijo o hija en el país de destino, en el cual obtiene la nacionalidad, supone automáticamente el derecho de sus padres a obtener una residencia definitiva en razón del derecho a la unidad familiar. La condición migratoria que tenían los padres en ese momento, es totalmente irrelevante. Por ello, sería de suma importancia que la Corte IDH pudiera emitir una clara recomendación al respecto. Por supuesto, en estas circunstancias es vital que los Estados de destino aseguren, sin discriminación alguna, la inscripción de nacimiento de los hijos e hijas de migrantes en situación migratoria irregular. La condición migratoria de los padres no puede ser una razón válida, bajo ninguna circunstancia, para denegar dicha inscripción y para no reconocer el derecho a la nacionalidad que corresponde según la normativa que rige en cada país (*Ius Soli* y/o *Ius Sanguinis*), ya que esas limitaciones están expresamente prohibidas por la CDN (art. 2).

156. Por último, consideramos que a partir de una interpretación integral de la CDN, también es posible afirmar que los derechos de la niñez pueden ser fundamento suficiente para abstenerse de dictar una medida de expulsión de una familia migrante en razón de la irregularidad migratoria en que pudieran encontrarse padres e hijos. En numerosas ocasiones, los NNA han migrado junto a sus padres cuando estaban en su primera infancia, o incluso han nacido en países de destino que no reconoce el principio *Ius Soli*. En estas circunstancias, o en otras similares (adolescentes con una plena integración al país de destino), el impacto de la expulsión puede afectar severamente los derechos y el desarrollo del niño.

157. Esto indica la necesidad de examinar la situación de los NNA en caso que se prevea la expulsión de una familia migrante, ya que a fin de asegurar la protección integral de estos niños, podría corresponder una respuesta alternativa a su infracción administrativa, como es la

¹¹² Informe Relator Especial de la ONU sobre los derechos humanos de los migrantes, 2010.

regularización de los niños y sus padres, y su permanencia en el país. Es fundamental que se contemple estas situaciones en el marco de procedimientos de estas características.

158. En consonancia, con todo lo expuesto respetuosamente se solicita a esta Corte que en oportunidad de la adopción de la Opinión Consultiva recomiende a los Estados que:

- Se abstengan en lo posible de adoptar decisiones que determinen la separación de los miembros de una familia y honren la obligación de facilitar la reunificación de los niños (nacionales y migrantes) con sus familiares;
- Prevean mecanismos y procedimientos para que en los casos de expulsión de los padres se garantice el derecho a la participación y a ser oído de los NNA con el fin que los derechos e intereses de esos NNA sean tenidos debidamente en cuenta en esos procesos;
- Diseñen políticas y alternativas normativas para considerar la situación de migración de los padres, incluidas la adopción de medidas para facilitar la regularización y la unidad familiar.

SEGUNDA SECCION

159. En la introducción a este Amicus hemos explicado que los estándares examinados y desarrollados en la primera sección constituyen una parte inseparable y complementaria con una serie de directrices específicas respecto al adecuado marco institucional, normativo y programático que garanticen la efectiva vigencia de esos estándares. Por esta razón, creemos fundamental que la Corte IDH pueda definir con precisión estas directrices que están especialmente dirigidas a asegurar la realización de los derechos de NNA en el contexto de la migración. Al respecto, es preciso recordar que la política migratoria, como ha destacado esta Corte, “está constituida por todo acto, medida u omisión institucional (leyes, decretos, resoluciones, directrices, actos administrativos, etc.) que versa sobre la entrada, salida o permanencia de población nacional o extranjera dentro de su territorio”. Por ello, la Corte ha subrayado que no basta con que la legislación de un país se adecue a la normativa internacional, sino que es preciso que los órganos o funcionarios estatales (a nivel ejecutivo, legislativo o judicial) ejerzan sus funciones y realicen o emitan sus actos, resoluciones y sentencias de manera efectivamente acorde con el derecho internacional aplicable¹¹³.

160. Respecto a la vigencia efectiva de la CDN para la niñez en general y en este caso para los NNA migrantes, es especialmente relevante la Observación General Nº 5 sobre la *Medidas*

¹¹³ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, cit., § 163 y 171.

generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por el Comité de los Derechos Del Niño en el año 2003. En ella el Comité observa que “Las medidas generales de aplicación (...) tienen por finalidad promover el pleno disfrute de todos los derechos reconocidos en la Convención por todos los niños, mediante la promulgación de disposiciones legislativas, el establecimiento de órganos de coordinación y supervisión, tanto gubernamentales como independientes, la reunión de datos de gran alcance, la concienciación, la formación y la formulación y aplicación de las políticas, los servicios y los programas apropiados...”¹¹⁴.

161. El Comité subrayó que, “en el contexto de la Convención, los Estados han de considerar que su función consiste en cumplir unas claras obligaciones jurídicas para con todos y cada uno de los niños. La puesta en práctica de los derechos humanos de los niños no ha de considerarse como un proceso caritativo que consista en hacer favores a los niños.”¹¹⁵

162. El Relator Especial de Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos de los Migrantes ha alentado a los Estados a “incorporar en los programas, políticas y planes nacionales un enfoque basado en los derechos del niño” y a tener en cuenta “los efectos de la migración en los niños a la hora de elaborar y aplicar los marcos nacionales de desarrollo, las estrategias de reducción de la pobreza, los planes de acción en materia de derechos humanos, los programas y estrategias para la educación en materia de derechos humanos y la promoción de los derechos del niño. También se los alienta a que adopten y desarrollen políticas y programas encaminados a corregir las importantes deficiencias que aún subsisten en las políticas sociales y otras esferas en las que todavía está por incorporar la cuestión de la protección de los niños migrantes”¹¹⁶.

163. La importancia del enfoque de derechos en las políticas públicas es que pone en el centro de la discusión al DIDH como un marco conceptual aceptado y legítimo capaz de ofrecer un sistema coherente de principios y reglas en el ámbito de la migración y la infancia. El principal aporte del enfoque de derechos, es proporcionar ese marco conceptual explícito, del cual pueden inferirse elementos esenciales para el accionar de los Estados: mecanismos de responsabilidad, la igualdad y la no discriminación y la participación. Los derechos fijan marcos para la definición de políticas y en tal sentido inciden no sólo en sus contenidos u orientación, sino también en los procesos de elaboración e implementación y como parámetro para su

¹¹⁴ Comité de los Derechos Del Niño, Observación General Nº 5 (2003). *Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño. (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44)*, CRC/GC/2003/5. 27 de noviembre de 2003, § 9.

¹¹⁵ *Ibidem*, § 11

¹¹⁶ *Informe del Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes presentado ante el Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/11/7*, cit.

evaluación y fiscalización.

164. Los principales principios del enfoque de derechos humanos pueden guiar el diseño y la implementación de las políticas migratorias en diversas maneras:

- Rendición de cuentas: los titulares de obligaciones (Estados) rindan cuentas por el cumplimiento o la falta de cumplimiento de sus obligaciones y anima a los titulares de derechos a demandar sus derechos. Los titulares de obligaciones (tanto en los países de origen, como los de tránsito y destino) deberían rendir cuentas por las violaciones de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes migrantes.
- Transparencia: el impacto de la migración en la realización de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes afectados debería ser monitoreado a través de estudios cualitativos, recolección de datos estadísticos, la formulación de indicadores cuantitativos y cualitativos, y su difusión pública.
- Participación: los migrantes junto con las comunidades de origen y de acogida deberían participar en el diseño de políticas migratorias, también es especialmente importante que exista un proceso participativo que incluya a niños, niñas y adolescentes.
- Coordinación inter-institucional: la realización de los derechos de NNA migrantes exige necesariamente la articulación permanente y coordinada de diversos organismos públicos.

165. Por estas razones, en esta sección describiremos brevemente estos elementos para la consideración de la Corte, así como otros aspectos que consideramos esenciales para el reconocimiento y ejercicio efectivo de los derechos de NNA en el contexto de la migración. Como se ha visto a lo largo de este documento, el SIDH ya ha contribuido en forma esencial a consolidar estándares que deben orientar el desarrollo de marcos legislativos, políticas y procedimientos que regulen los aspectos migratorios de niños, niñas y adolescentes, por un lado, y de personas migrantes, por el otro. Sin embargo, consideramos que una descripción detallada de estándares que guíen la implementación de las políticas y las prácticas exigidas por esos estándares, sería una contribución invaluable a la visibilización de la niñez en tal contexto y, consecuentemente, a la profunda transformación que esto supone en las políticas públicas y las prácticas estatales existentes en la materia hasta el momento.

IX. Adecuación legislativa

166. En materia de legislación migratoria, como en cualquier otro ámbito de la política

estatal, la legislación adoptada por el Estado o la ausencia de ella, podría implicar la violación de derechos consagrados en los instrumentos internacionales de los cuales ese Estado sea parte. Con el fin de evitar tal situación existen una serie de principios, estándares y límites establecidos por el derecho internacional de los derechos humanos que cada Estado debe respetar al establecer su política legislativa, incluida la migratoria.

167. Es crucial que los Estados desarrollen reformas legislativas para poder asegurar un enfoque integral de derechos humanos específico para la niñez migrante. Las reformas deben asegurar la incorporación de la perspectiva de niñez y los estándares señalados en la primera sección de ese documento de manera que incluya a todos los niños, niñas y adolescentes migrantes, sin importar su nacionalidad o estatus migratorio o el de sus padres. Es relevante recordar, que los Estados parte de la Convención de Derechos del Niño tienen la obligación de garantizar que sus disposiciones y principios están plenamente reflejados y se les ha dado efecto legal en la legislación nacional (art. 4 de la CDN).

168. La normativa migratoria, así como su reglamentación y disposiciones que facilitan su aplicación, deberían ser examinadas a la luz de la Convención de Derechos del Niño y la legislación de protección integral de la infancia diseñada por cada Estado en aplicación de la CDN, a fin de asegurar una perspectiva de niñez que permita garantizar los derechos de los niños migrantes e hijos de migrantes. Se debe resaltar la importancia de que dicha adecuación alcance a la normativa administrativa y no solo a los marcos legislativos, atento que una buena parte de los obstáculos al ejercicio efectivo de los derechos de las personas migrantes y en particular de los NNA se dan en el ámbito de resoluciones y decreto administrativos de menor jerarquía jurídica que la legislación pero que sin embargo es donde los Estados ejercen cierta discrecionalidad que redundan en la privación de derechos y en la violación del principio de no discriminación.

169. El Comité de los Derecho del Niño considera que la revisión general de toda la legislación interna y las directrices administrativas conexas para garantizar el pleno cumplimiento de la Convención constituye una obligación de los Estados¹¹⁷.

170. Se debe garantizar expresamente la aplicación del interés superior del niño en todos los casos sobre niñez migrante, así como el respeto del principio no detención de niños y niñas por su estatus migratorio o el de sus padres, asegurar la no expulsión de niños y niñas migrantes a través de medidas de naturaleza punitivas, incluir un procedimiento DIS y evitar la separación familiar por infracciones migratorias.

171. La revisión normativa debe incluir toda la reglamentación vigente en sus respectivas

¹¹⁷ Comité de Derechos del Niño, Observación General Nro. 5, cit., § 18

esferas (decretos, disposiciones, resoluciones) a fin de dejar sin efecto las normas de todo tipo que pudieran significar en la práctica la obstaculización del efectivo ejercicio de los derechos de niños, niñas y adolescentes. Complementariamente con ello, es preciso la revisión de otras leyes vigentes en cada Estado: desde la propia legislación de infancia, a fin de incluir cláusulas específicas que consideren necesidades y vulnerabilidades específicas de NNA migrantes e hijos/as de migrantes; hasta leyes en materia de educación, salud, inscripción de nacimiento y concesión de nacionalidad, acceso a la justicia, defensa pública gratuita, entre otras.

172. Consideramos que es de enorme relevancia la existencia de directrices específicas de la Corte IDH para que los Estados efectúen de manera diligente, profunda y sin dilación esta revisión normativa.

X. Articulación inter-institucional y protocolos de actuación

173. La efectiva implementación de los estándares de derechos de la niñez en los procedimientos migratorios exige el trabajo coordinado de las autoridades migratorias con otros organismos públicos y en particular con las autoridades de infancia, cuya intervención debe ser prioritaria y predominar en las decisiones y determinación del interés superior del niño. Se debe promover la atención específica (o profundizar la existente, en su caso) de la cuestión de los derechos de las personas migrantes por parte de organismos públicos dedicados a la promoción y protección de los derechos humanos (Defensorías del Pueblo, Secretarías de Derechos Humanos, etc.).

174. En la actualidad suelen ser los organismos migratorios quienes interactúan casi exclusivamente con los NNA migrantes, sus padres, o familias migrantes. En algunos casos, las autoridades de infancia realizan algún tipo de intervención, a través de ciertos programas de asistencia y protección. Sin embargo, el enfoque basado en la CDN es exactamente el contrario: son las autoridades de infancia las que deberían estar a cargo de este tipo de procedimientos, quedando las funciones de la autoridad migratoria limitadas a adoptar la decisión administrativa que se adecue a las medidas y soluciones propuestas por el organismo competente. Por supuesto, para ello es fundamental la coordinación no sólo entre esas dos instituciones, sino también con diversos organismos públicos (a nivel nacional y local, en muchos casos), a fin de asegurar el interés superior y, sobre todo, la protección integral de la infancia en estas circunstancias.

175. En este sentido estos organismos deberían contar con protocolos de actuación a aplicar en todos los casos en que haya niños y niñas migrantes e hijos/as de migrantes, a fin de asegurar la debida atención al interés superior del niño al momento de su ingreso, evaluar su

permanencia, eventual repatriación u otra medida más ajustada a su interés superior.

176. Por último, nos parece fundamental la revisión de las políticas de infancia y de protección social para la incorporación explícita de los NNA migrantes como personas en situación de vulnerabilidad y que requieren de especial protección.

X. Aplicación homogénea de estándares en los Estados federales

177. En el caso de los Estados federales es fundamental reafirmar la obligación de la adecuación normativa y su aplicación en forma homogénea en todas las entidades componentes de su federación, a fin de garantizar el real cumplimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes en todas sus jurisdicciones estatales. Si bien los Estados federales aspiran a una significativa autonomía de sus entidades (estados o provincias), distribuyéndose por vía constitucional competencias—por ejemplo en materia de niñez, educación e incluso en temas de procedimientos migratorios y acceso a servicios sociales por parte de migrantes—, en última instancia corresponde al Gobierno federal la responsabilidad internacional en materia de derechos humanos por las violaciones a los estándares de derechos humanos sea por falta de la educación normativa o su implementación.

178. Es importante resaltar que en varios Estados, mientras que la migración es un tema de competencia del gobierno federal, en el caso de la niñez y la adolescencia, las competencias suelen estar descentralizadas a nivel provincial o estatal, y local. Asimismo, otras políticas conexas y relevantes para la adopción de mecanismos de protección integral —como salud, educación, etc.— también presentan un sistema descentralizado.

179. Los tratados de derechos humanos fijan obligaciones para los Estados federales que no pueden deslindar en la negligencia o incumplimiento de las autoridades locales. De la misma manera, todas las disposiciones circunscritas en los instrumentos de derechos humanos ratificados por el Estado nacional serán aplicables igualmente a todas las entidades de la federación, sin limitación o excepción de conformidad con los artículos 50 del PIDCP, 10 del Protocolo facultativo del PIDCP, 28 del PIDESC y 28 de la Convención Americana.

180. Asimismo en ocasiones de revisar los informes de Estados, el Comité de los Derechos del Niño ha expresado su preocupación por la vigencia de las normas relativas a la niñez en Estados Federales y ha señalado su preocupación en tanto “... que la aplicación de las leyes sea tan compleja debido a la estructura federal del Estado Parte, lo cual puede dar lugar a que las

nuevas leyes no se lleguen a aplicar debidamente en los distintos Estados”¹¹⁸. El Comité en su observación general sobre las medidas de aplicación de la Convención señaló que los Estados Partes han de conservar las facultades necesarias para exigir el pleno cumplimiento de la Convención por las administraciones autónomas o las autoridades locales y han de establecer mecanismos permanentes de vigilancia para que la Convención se respete y se aplique a todos los niños sometidos a su jurisdicción, sin discriminación. Además, han de existir salvaguardias para que la descentralización o la transferencia de competencias no conduzca a una discriminación en el goce de los derechos de los niños en las diferentes regiones¹¹⁹.

181. En igual sentido, en alusión específica con la situación de los NNA migrantes no acompañados, el Comité señaló la necesidad de que los Estados aseguren una adecuada coordinación territorial entre el Gobierno central y las administraciones locales, al momento de implementar las políticas dirigidas a esta población¹²⁰.

182. Es por ello, que se considera necesario que se señale como directriz por parte de la Corte IDH que los Estados federales aseguren la uniformización de los estándares de derechos humanos aplicables en sus distintas entidades, además de una coordinación de las diferentes estrategias de cumplimiento de esos derechos (articulación interinstitucional, normas, presupuesto, organismos, etc.).

XI. Participación y monitoreo independiente

183. Los Estados deben respetar el derecho de niños, niñas y adolescentes a participar en todas las políticas y programas que puedan afectarlos, incluyendo el diseño, la implementación y la evaluación de programas y políticas públicas para responder a sus necesidades específicas y realizar sus derechos. Para ello es necesaria la participación de la sociedad civil, y el fomento de mecanismos públicos independientes de monitoreo de las políticas y prácticas que impactan en los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes.

184. El Comité de los Derechos del Niño establece que la aplicación efectiva de la Convención exige una coordinación intersectorial visible para reconocer y realizar los derechos del niño en toda la administración pública, y entre la administración y la sociedad civil, incluidos especialmente los propios niños y jóvenes y que es necesaria una vigilancia rigurosa de la aplicación, vigilancia que debería incorporarse al proceso de gobierno a todos los niveles, pero también una vigilancia independiente y especializada a través de instrumentos de

¹¹⁸ Por ejemplo, Comité de los Derechos de los Niños. Observaciones finales MÉXICO. CRC/C/MEX/CO/3, del 8 de junio de 2006.

¹¹⁹ Comité de Derechos del Niño, Observación General Nro. 5, cit., § 40, 41.

¹²⁰ Comité Derechos del Niño, Observaciones Finales: España, CRC/C/ESP/CO/3-4, 3 de noviembre de 2010, § 60.g.

monitoreo y supervisión ad-hoc por parte de las instituciones nacionales de derechos humanos, las ONG y otras entidades¹²¹.

185. Asimismo, el Comité subraya que, en muchos casos, sólo los propios niños están en condiciones de decir si se reconocen y realizan plenamente sus derechos. Es probable que las entrevistas con los niños y la utilización de los niños como investigadores (con las salvaguardias adecuadas) constituya una importante manera de averiguar, por ejemplo, hasta qué punto sus derechos civiles, incluido el derecho fundamental consagrado en el artículo 12 a que se escuchen y tengan debidamente en cuenta sus opiniones, se respetan.

186. En cuanto a la sociedad civil, es fundamental que los Estados, a través de los diferentes organismos que, coordinadamente, diseñen e implementen las políticas públicas requeridas según los estándares señalados, aseguren la participación de las organizaciones que trabajan en pos de la protección de los derechos de NNA y de migrantes. Los mecanismos de participación deben ser genuinos y adecuados, de modo que la sociedad civil pueda efectivamente incorporar todo su conocimiento y experiencia, incluyendo la información que surge del monitoreo de las prácticas (por ejemplo, las condiciones en centros abiertos o cerrados en los que se encuentran NNA migrantes).

187. En cuanto a la labor de los organismos públicos independientes de derechos humanos, es importante que puedan contar con programas y conocimientos específicos en materia de niñez migrante, a fin de diseñar mecanismos y prácticas eficaces de monitoreo y evaluación de las políticas públicas que se implementan.

188. Sin duda, los estándares que sean tomados como propios por parte de la Corte IDH en su opinión consultiva serán esenciales para las propias organizaciones públicas y no gubernamentales que realizan actividades de monitoreo y será una herramienta fundamental para evaluar si las políticas y medidas adoptadas se ajustan o no a esos estándares y si resisten un análisis de contenidos mínimos conforme a la vara que la Corte fije.

XII. Transparencia e información

189. En relación a la invisibilidad de la niñez en la producción de información, en la literatura y en la formulación de políticas, se considera prioritaria la elaboración sistemática de información sobre niñez y migración, con enfoque de derechos humanos, y facilitando el acceso a la población general y en particular a la sociedad civil.

¹²¹ Comité de Derechos del Niño, Observación General Nro. 5, cit., §. 27.

190. Existe una necesidad urgente de obtener estadísticas sobre migración internacional desagregadas por edad y género e investigaciones sobre la temática migratoria en base a una perspectiva de niñez. Datos de calidad sobre los flujos de la migración así como investigaciones sobre las causas profundas de la migración son claves para sensibilizar a los tomadores de decisiones sobre las necesidades específicas de los niños, niñas y adolescentes migrantes. Esta información debe incluir expresamente la situación de los NNA en situación migratoria irregular, o de quienes sus padres están en esta condición.

191. El Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes ha afirmado que existe una falta de información estadística precisa sobre la cantidad de niños que participan de los procesos migratorios internacionales. La edad no es una variable común en los datos estadísticos desagregados sobre migración internacional. Durante la reunión de representantes gubernamentales en el tercer encuentro del Foro Global sobre Migración y Desarrollo (Atenas, 2009), se subrayó la necesidad de que existan estudios para determinar los efectos de la migración en los niños y niñas de hogares de migrantes que quedan en los países de origen, así como los efectos de la migración en los niños y niñas que viajan con sus padres.

192. El Comité de los Derechos del Niño en su observación general 5 sobre las medidas de aplicación de la Convención afirma que la autovigilancia y la evaluación son una obligación para los gobiernos y que para ello es necesaria la reunión de datos suficientes y fiables sobre los niños, desglosados para poder determinar si hay discriminaciones o disparidades en la realización de sus derechos, es parte esencial de la aplicación. Las directrices en materia de presentación de informes aplicables a los informes periódicos exigen que se recojan datos estadísticos desglosados detallados y otra información que abarque todas las esferas de la Convención. Es fundamental no sólo establecer sistemas eficaces de reunión de datos, sino también hacer que los datos recopilados se evalúen y utilicen para valorar los progresos realizados en la aplicación, para determinar los problemas existentes y para informar sobre toda la evolución de las políticas relativas a la infancia. La evaluación requiere la elaboración de indicadores sobre todos los derechos garantizados por la Convención¹²².

193. Sobre este último punto, es importante resaltar el papel que tiene la elaboración de indicadores para medir el grado en que los derechos son de cumplimiento efectivo o en qué medida los Estados adoptan medidas en concordancia con sus obligaciones de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos. Por esta razón, los indicadores de derechos pueden desempeñar un papel importante en la protección y promoción de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes migrantes, ya que miden el goce de los derechos por parte de

¹²² Comité de Derechos del Niño, Observación General Nro. 5, cit., § 45, 48.

sus titulares, así como el cumplimiento de las obligaciones por parte de los responsables, permitiendo identificar no solo la situación actual sino comparar los avances y esfuerzos de los Estados a partir de la medición en un plazo determinado de tiempo.

194. En este sentido, el Comité de Derechos del Niño destacó que los datos y estadísticas reunidos acerca de los niños no acompañados y separados de sus familias tienden a limitarse al número de llegadas o al número de solicitudes de asilo. Estos datos son insuficientes para un análisis detallado del ejercicio de sus derechos. Por otra parte, con frecuencia 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 niño. Por lo tanto, indica el Comité, la realización de un sistema detallado e integrado de acopio de datos sobre estos NNA es presupuesto de la articulación de políticas eficaces para el ejercicio de sus derechos¹²³.

195. En atención a los temas a ser examinados por la Corte IDH en la Opinión Consultiva, es importante que estos indicadores contengan información sobre cuestiones tales como: las medidas adoptadas con base en el interés superior de NNA migrantes, o en su defecto, de expulsión; el acceso efectivo a la justicia, la asistencia jurídica, el tutor y otras garantías en esos procesos; el impacto de la separación familiar y la ausencia de respuestas alternativas a la irregularidad migratoria; la aplicación de medidas alternativas a la detención de NNA, familias y padres de NNA migrantes o nacidos en destino; las condiciones de los centros creados para la protección de NNA migrantes no acompañados y familias migrantes, etc.

196. Sería recomendable que esta Corte estableciera como directrices para los Estados la elaboración de estadísticas y líneas de base que permitan visibilizar el estado de situación de la niñez migrante e indicadores de derechos humanos carácter cualitativo y cuantitativo que permitan medir la progresividad en la satisfacción de los derechos de los NNA migrantes. Finalmente es necesaria una política dirigida a difundir el contenido de los derechos de la niñez migrante y las obligaciones de los organismos públicos al respecto. Estas campañas de difusión deberían estar dirigidas tanto a los organismos públicos del Estado nacional, provincial y municipal, como a la sociedad en general y a las comunidades migrantes en particular.

XIII. Capacitación

197. En organismos públicos de áreas claves para el acceso a derechos se debería coordinar iniciativas a fin de difundir y garantizar los derechos de las personas migrantes con una

¹²³ Comité de Derechos del Niño, Observación General Nro. 6, cit., § 98, 99.

perspectiva de niñez para capacitar a aquellos obligados a prestar servicios y al cumplimiento de esos derechos.

198. En ese sentido sería aconsejable que esta Corte adopte como propia la recomendación -como lo ha hecho en sus sentencias en casos contenciosos- que los Estados tanto en su ámbito nacional, provincial y municipal deben llevar a cabo programas de capacitación de funcionarios y empleados públicos de diferentes áreas, en temas de derechos humanos, en general, y de migrantes y niñez, en particular. Especialmente, la capacitación y formación debería incluir a los organismos determinantes para el acceso a los derechos por parte de ese grupo de la población.

199. Las áreas del Estado a abarcar son amplias y entre otras serían las siguientes: 1. Organismos de Infancia y Familia; 2. Ministerios de Educación (y sus respectivas áreas y programas y establecimientos en todo el país); 3. Ministerio de Salud (y sus respectivas áreas, hospitales, centros de salud, etc.); 4. Ministerio y Secretarías de Acción/Desarrollo Social; 5. Registro civil y sus dependencias en todo el país; 6. Dirección o Instituto Nacional de Migraciones o Extranjería, en todas sus dependencias del país; 7. Fuerzas de Seguridad, en particular las integrantes de la policía migratoria auxiliar; 8. Poder Judicial; 9. Defensa Pública; 10. Ministerio Fiscal; 11. Organismos Públicos de Derechos Humanos; y 12 Poder Legislativo a nivel Federal y Local.

XIV. Articulación entre Estados de origen, tránsito y destino

200. Se considera fundamental la articulación entre los Estados para que por medio de acuerdos bilaterales, regionales y multilaterales se promuevan iniciativas que estén dirigidas específicamente a garantizar el ejercicio de los derechos por parte de los niños, niñas y migrantes, en particular en todo lo relativo al ingreso, permanencia y retorno, de acuerdo a las pautas, directrices y estándares ya mencionados.

201. En la región existen antecedentes de acuerdos regionales que directa o indirectamente regulan la situación de la niñez migrante¹²⁴. Sin embargo, mientras que algunos de estos convenios no han incluido casi referencias específicas sobre niñez, en otros, que sí lo han hecho, se evidencia una ausencia significativa de derechos y garantías que aseguren un adecuado enfoque de derechos de NNA. Tampoco prevén mecanismos concretos para garantizar el interés superior del niño, o la elaboración de un procedimiento DIS, con las

¹²⁴ A modo de ejemplo, en diciembre de 2002, los países miembros y asociados al Mercosur aprobaron los acuerdos sobre libre residencia (Brasilia), y en 2009 se aprobaron los Lineamientos Regionales para la atención de Niños, Niñas y Adolescentes Migrantes no Acompañados en casos de Repatriación en el marco de la IX Conferencia Regional de Migración, celebrada en Guatemala.

características, objetivos y requisitos descritos anteriormente. Al contrario, algunos de los acuerdos existentes han priorizado la articulación bilateral para garantizar la eficacia de medidas de repatriación de NNA en el marco de políticas migratorias, no de protección integral de la infancia.

202. En este sentido, tal como lo ha señalado el Comité de los derechos del niño, los Estados deben asegurar, entre otras medidas a través de acuerdos bilaterales que contengan las garantías apropiadas, que las decisiones de retorno y reinserción al país de origen de niños no acompañados, sean implementadas tomando como consideración primordial el interés superior del niño¹²⁵.

203. Por estas razones, creemos que sería un aporte significativo el hecho que la Corte IDH, al fijar los estándares interamericanos de derechos humanos respecto a los niños, niñas y adolescentes migrantes, pueda incluir recomendaciones específicas para que los Estados diseñen acuerdos internacionales específicamente dirigidos a asegurar sus derechos y garantías, en línea con las características señaladas en las dos secciones de esta Nota, y otras directrices y salvaguardas que la Corte considere necesaria.

XIV. Presupuesto

204. Para finalizar, es importante destacar que la implementación de políticas públicas que aseguren un enfoque de protección integral de la infancia al ámbito de las políticas migratorias y otras conexas, dependen de la existencia de provisiones presupuestarias que garanticen su operatividad. La implementación de un Procedimiento DIS; el diseño y aplicación de medidas no privativas de la libertad para NNA y familias migrantes; asegurar la asistencia jurídica gratuita, el derecho a un tutor, el acceso a la justicia y todas las demás garantías que deben regir en los procedimientos migratorios; la capacitación de agentes de los organismos públicos competentes; entre otras políticas necesarias en la materia, precisan indefectiblemente de recursos presupuestarios adecuados.

205. En este sentido, cabe recordar que para que un Estado pueda dar efectividad a los derechos de la niñez, como lo dispone el artículo 4 de la CND, debe prever una proporción de los presupuestos nacionales y de otros presupuestos locales que sean afectados en forma tanto directa como indirecta a garantizar la vigencia de esos derechos. La adopción de decisiones, en particular presupuestarias, se deben llevar a cabo teniendo como consideración primordial el interés superior del niño, y en especial teniendo en cuenta los

¹²⁵ Comité de los Derechos del Niño, Observaciones Finales: Belarús, CRC/C/BLR/CO/3-4, del 8 de abril de 2011, § 68.c.

grupos de niños y niñas mas desfavorecidos y en situación de mayor vulnerabilidad, lo cual claramente incluye a los migrantes.

206. Por lo tanto, estimamos que si la Corte IDH fija directrices específicas en esta materia, significaría una valiosa contribución para el diseño e implementación efectiva de todas las políticas y prácticas que, con base en los fundamentos jurídicos que emanan del *corpus iuris* regional sobre derechos de la niñez -aquí reseñados sucintamente-, puedan realizar los derechos y garantías de los NNA en el contexto de la migración.