

SECCIÓN A: DATOS DEL CASO

| | | | |
|----|---|--|--|
| 1 | Nombre del caso | | Opinión Consultativa OC-21/14 sobre Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional |
| 2 | Víctima(s) | | --- |
| 3 | Representante(s) | | Estados solicitantes: la República de Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay. |
| 4 | Estado demandado | | --- |
| 5 | # Petición/Caso ante la CIDH | | --- |
| 6 | # Caso ante la Corte IDH | | OC-21/14. Seria A No. 21. |
| 7 | Tipo(s) de sentencia(s) y fecha(s) | | Opinión Consultativa de 19 de Agosto de 2014. |
| 8 | Sumilla | | <p>El 7 de Julio del 2011 las Repúblicas de Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay; en conformidad a los 64.1 de la Convención Americana y los artículos 70.1 y 70.2 del Reglamento de la Corte; presentaron una solicitud de Opinión Consultativa sobre niñez migrante para adaptar sus acciones a raíz del contexto latinoamericano de migraciones de grupo de personas, en particular de niños y niñas, las cuales se encuentran generalmente en situación migratoria irregular.</p> <p>La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH o Corte) analiza el caso presentado por los Estados solicitantes, refiriéndose a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos Humanos y Deberes del Hombre y de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Así, a la luz de estos instrumentos jurídicos aplicables en la materia, la Corte precisa los siguientes conceptos: a) es considerado niña o niño toda persona menor de 18 años de edad, b) los Estados deben favorecer la protección y desarrollo de los niños y niñas cualquiera fuese su condición migratoria o nacionalidad, c) Los Estados deben, en sus respectivas jurisdicciones, identificar a los niños y niñas extranjeros que requieren protección, d) Los Estados al requerir acciones judiciales y legales deben tener en consideración el interés superior del niño, e) El interés superior del niño, en caso de acciones judiciales, se refiere a las garantías del debido proceso, f) los Estados no deben recurrir a la privación de libertad como medida cautelar, por ende deben facilitar medidas alternativas, siendo la privación de libertad una excepción, g) según el principio de interés superior del niño, no se puede expulsar o retornar a los niños o niñas a lugares donde pueda vulnerarse su integridad, h) la expulsión de los padres de niñas o niños migrantes, no procede cuando los niños pueden o tienen la capacidad de residir legalmente en el país de destino.</p> |
| 9 | Palabras claves | | Opinión Consultativa- Niño migrante – Protección y Desarrollo integral – debido Proceso |
| 10 | Campo multimedia | | |
| 11 | Derecho(s) | Convención Americana sobre Derechos | <ul style="list-style-type: none"> - Facultades de Solicitud de Interpretación (artículo 64.1). - Obligación de Respetar los Derechos (artículo 1.1). - Obligación de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno (artículo 2). |

| | | | |
|---|---|--|---|
| | | Humanos | <ul style="list-style-type: none"> - Derecho a la Vida (artículo 4.1). - Derecho a la Integridad Personal (artículo 5). - Derecho a la Libertad Personal (artículo 7). - Derecho a Garantías Judiciales (artículo 8). - Derecho a la Honra y a la Dignidad (artículo 11). - Derecho a la Protección de la Familia (artículo 17). - Derecho del Niño (artículo 19). - Derecho de Circulación y de Residencia (artículo 22.7; 22.8). - Derecho a la Igualdad ante la Ley (artículo 25). - Normas de Interpretación (artículo 29). |
| | | Otro (s) tratado(s) interamericano(s) | <ul style="list-style-type: none"> - Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre - Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura |
| 12 | Otro(s) instrumento(s) internacional(es) citado(s) | | <ul style="list-style-type: none"> - La Convención sobre los Derechos del Niño. - La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. |
| SECCIÓN B: DESARROLLO DEL CASO | | | |
| 13. Hechos | | | |
| <p>De acuerdo a las consideraciones de la Corte (34 – 50), del total de migrantes en el continente americano, 6.817.466 son menores de edad. Estos se movilizan por motivos de reunificación familiar, falta de oportunidades, por vulneraciones a su integridad personal y/o familiar. De este grupo, es cada vez mayor el número de niñas y niños que migran sin compañía. Frente a esta situación los Estados requieren dar efectividad a la protección internacional a los extranjeros en su territorio. En este escenario muchos Estados, tanto de tránsito como de destino, reaccionan de diferente manera, así muchos proceden criminalizando la situación irregular de los niños, niñas y sus padres; aumentando así las condiciones de vulnerabilidad de estas personas. En tal sentido los cuatro Estados de la Organización de los Estados Americanos, solicitan a la Corte que se precise los siguientes estándares internacionales en materia de derechos humanos de los niños y niñas migrantes: 1. Procedimientos para la determinación de necesidades de protección internacional y de medidas de protección especial de los niños, niñas migrantes e hijos/as de migrantes. 2. Sistema de garantías que debería aplicarse en los procedimientos migratorios que involucran a niños y niñas y adolescentes migrantes. 3. Estándares para la aplicación de medidas cautelares en un procedimiento migratorio sobre la base del principio de no detención de niñas y niños migrantes. 4. Medidas de protección de derechos que deberían disponerse de manera prioritaria y que no implican restricciones a la libertad personal. 5. Obligaciones estatales en casos de custodia de niñas y niños por motivos migratorios. 6. Garantías de debido proceso ante medidas que impliquen privación de libertad de niñas y niños en el marco de procedimientos migratorios. 7. Principio de no devolución en relación con niñas y niños migrantes. 8. Procedimientos para la identificación y el tratamiento de niños y niñas eventuales solicitantes de asilo o refugio. 9. El derecho a la vida familiar de los niños y niñas en caso de disponerse la expulsión por motivos migratorios.</p> | | | |
| 14. Procedimiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos | | | |
| <p>Al tratarse de una Opinión Consultativa, no existe procedimiento previo ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.</p> | | | |

15. Procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos

- Fecha de remisión de la solicitud a la Corte IDH:

El 7 de Julio de 2011, los Estados Solicitantes presentaron una solicitud de Opinión Consultativa sobre niñez migrante.

- Presentación de Observaciones Escritas:

1. Observaciones escritas presentadas por Estados de la OEA

- a) República Federativa de Brasil.
- b) República de Costa Rica.
- c) República de Ecuador.
- d) República de Honduras.
- e) Estados Unidos Mexicanos.

2. Observaciones escritas presentadas por órganos de la OEA

- a) Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- b) Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes

3. Observaciones escritas presentadas por Organismo Internacionales:

- a) Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.
- b) Oficina Regional para América del Sur del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
- c) Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia.
- d) Oficina Regional para Centroamérica, Norteamérica y el Caribe de la Organización Internacional para las Migraciones.

4. Observaciones escritas presentadas por organismos otros:

- a. Defensoría General de la Nación de la República Argentina.
- b. Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal y el Centro para el Desarrollo de la Justicia Internacional.
- c. Asociación Interamericana de Defensorías Públicas.
- d. Women's Link Worldwide.
- e. Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer.
- f. Servicio Social Internacional y Red Latinoamericana de Acogimiento Familiar.
- g. Centro de Derechos Humanos e Ciudadanía do Imigrante

- h. Centro de Estudios Legales y Sociales y Servicio de Apoyo y Orientación a Inmigrantes y Refugiados.
- i. Grupo Jurídico de Antioquia.
- j. Consejo Uruguayo para las Relaciones Internacionales.
- k. Programa de Defensa e Incidencia Binacional de la Iniciativa Frontera Norte de México, conformado por el Centro de Derechos Humanos del Migrante A.C, Centro de Recursos Migrantes, Red de Casas YMCA para Menores Migrantes y Coalición pro Defensa del Migrante AC.
- l. Señoras y Señores María Elena Vásquez Rodríguez, Directora del Programa “Niños y Niñas sin Fronteras” de la Corporación Colectivo Sin Fronteras de Chile; Carlos Roberto Muños Reyes, Vocero de la Red de ONGs de Infancia y Juventud de Chile; Julio Esteban Cortés Morales, académico de la Clínica de Infancia de la Escuela de Derecho de la Universidad Central de Chile; e Iskra Leyva Pavez Soto, académica de la Escuela de Trabajo Social de la Universidad Tecnológica Metropolitana de Chile.
- m. Comisión No. 1309 del Departamento de Práctica Profesional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.
- n. Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús.
- o. Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.
- p. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.
- q. Académicos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- r. Centro Estratégico de Litigio Latinoamericano y el Programa de Derechos Humanos de la Universidad Veracruzana.
- s. Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.
- t. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- u. Centro de Estudios de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres.
- v. Centro de Estudios de Derechos Humanos e Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello.
- w. International Human Rights Law Clinic del Washington College of Law de American University.
- x. Immigration Law Clinic de Southwestern Law School.
- y. Child Law Clinic de University College Cork.
- z. Señor Boris Wilson Arias López, Señores Ezequiel Heffes y Fernando Alberto Goldar, Señor Luis Peraza Parga, Señora Beatriz Eugenia Sánchez Mojica, Señores Álvaro Francisco Amaya-Villareal, Felipe Franco Gutiérrez y Señora Viviana Ordoñez Salazar, Señora Juliana Poveda Clavijo y Señor Oscar Osorio Barragán.

- Fecha de audiencia ante la Corte IDH:

La audiencia pública se celebró los días 9 y 10 de octubre de 2013 en la ciudad de México, Estados Unidos Mexicanos, en el marco del 48° Período Extraordinario de Sesiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

16. Competencia y Admisibilidad

I. Competencia

La Corte es competente para pronunciarse sobre la solicitud de Opinión Consultativa a raíz del artículo 64.1 de la Convención Americana. La competencia también están fundadas en el sentido que las preguntas que se formulan a la Corte son suficientemente precisas a la luz del artículo 70 y

71 del Reglamento de la Corte IDH.

II. Excepciones Preliminares

No existen.

17. Reconocimiento de responsabilidad internacional

No se consigna

18. Análisis de fondo

V. Criterios de Interpretación

51. La Corte recuerda, como lo ha hecho en otras oportunidades, que la labor interpretativa que debe cumplir en ejercicio de su función consultiva difiere de su competencia contenciosa en que no existen “partes” involucradas en el procedimiento consultivo, y no existe tampoco un litigio a resolver. El propósito central de la función consultiva es obtener una interpretación judicial sobre una o varias disposiciones de la convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los estados americanos.

53. En el caso de la Convención Americana, el objeto y fin del tratado es “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”, a propósito de lo cual fue diseñada para proteger los derechos humanos de las personas independientemente de su nacionalidad, frente a su propio estado o a cualquier otro.

55. Además, la Corte ha reiteradamente señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales.

56. La Corte estableció en su Opinión Consultiva OC-17/02 que, por niña o niño, debe entenderse “a toda persona que no ha cumplido 18 años de edad, salvo que hubiese alcanzado antes la mayoría de edad por mandato de ley”. Las niñas y los niños son titulares de los derechos humanos que corresponden a todos los seres humanos y gozan, además, de derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el estado.

57. En esta línea, la Corte ha recalcado reiteradamente la existencia de un “muy comprensivo corpus iuris de derecho internacional de protección de los derechos de los niños”, que debe ser utilizado como fuente de derecho por el tribunal [...] específicamente, la corte ya ha resaltado que la Convención Sobre los Derechos del Niño es el tratado internacional que posee mayor vocación de universalidad, lo cual “pone de manifiesto un amplio consenso internacional (opinio iuris communis) favorable a los principios e instituciones acogidos por dicho instrumento, que refleja el desarrollo actual de esta materia”, habiendo sido ratificada además por casi todos los estados miembros de la Organización de los Estados Americanos.

Vi. Obligaciones generales y principios rectores

61. La Corte estima de la mayor importancia aludir expresamente, desde ya y a modo introductorio, a tres disposiciones de la Convención Americana que inspiran a todo el desarrollo de esta opinión consultiva. una, es lo dispuesto en el artículo 1.1 de aquella en cuanto establece el deber estatal de respeto y garantía de los derechos humanos respecto de “toda persona que esté sujeta a [la] jurisdicción” del estado de que se trate, es decir, que se encuentre en su territorio [...] empero, en esta opinión consultiva se considerará únicamente la situación del efectivo sometimiento de la persona, en este caso, del menor de edad extranjero, a la jurisdicción de dicho estado desde el momento que intenta ingresar a su territorio.

62. Ello importa, entonces, que no reviste relevancia alguna el motivo, causa o razón por la que la persona se encuentre en el territorio del Estado a los efectos de la obligación de éste de respetarle y hacer que se le respeten sus derechos humanos. En particular, no tiene significancia alguna, a este respecto, si el ingreso de la persona al territorio estatal fue acorde o no a lo dispuesto en la legislación estatal.

65. La segunda norma convencional que merece ser invocada a modo introductorio, es el artículo 2 de la Convención. Al respecto, la corte ya se ha referido a la obligación general de los estados de adecuar su normativa interna a las normas de la convención americana, recogida en dicho artículo, que prescribe que cada estado parte debe adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma para garantizar los derechos en ella reconocidos, lo cual implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas.

66. La tercera disposición que, en términos generales, inspira a esta opinión consultiva es el artículo 19 de la Convención, que al igual que el artículo VII de la Declaración, se refiere a la obligación de adoptar medidas de protección a favor de toda niña o niño en virtud de su condición de tal, la cual irradia sus efectos en la interpretación de todos los demás derechos cuando el caso se refiera a menores de edad.

68. Por todo lo expuesto, la Corte es de la opinión que, al diseñar, adoptar e implementar sus políticas migratorias relativas a personas menores de 18 años de edad, los estados deben priorizar el enfoque de los derechos humanos desde una perspectiva que tenga en cuenta en forma transversal los derechos de niñas y niños y, en particular, su protección y desarrollo integral, los cuales deben primar por sobre cualquier consideración de la nacionalidad o el estatus migratorio, a fin de asegurar la plena vigencia de sus derechos, en los términos de los artículos 1.1, 2 y 19 de la Convención Americana y VII de la Declaración Americana.

69. Cuando se trata de la protección de los derechos de niñas y niños y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, los siguientes cuatro Principios Rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño deben inspirar de forma transversal e implementarse en todo sistema de protección integral: el principio de no discriminación, el principio del interés superior de la niña o del niño, el principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, y el principio de respeto a la opinión de la niña o del niño en todo procedimiento que lo afecte, de modo que se garantice su participación.

VII. Procedimientos para identificar necesidades de protección internacional de niñas y niños migrantes y, en su caso, adoptar medidas de protección especial.

75. Conforme la convención de 1951 y su protocolo de 1967, los elementos de inclusión para el reconocimiento de la condición de refugiado son: a) estar fuera del país de origen, esto es el país de nacionalidad o, en caso de las personas apátridas, de residencia habitual; b) tener un temor fundado; c) de persecución o amenaza de la misma; d) que el motivo de ésta haya sido la raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u

opiniones políticas, y e) que no se pueda o, a causa de temores, no se quiera acoger a la protección interna del país de origen. La definición de refugiado es integral, lo cual significa que se debe cumplir con todos y cada uno de los elementos mencionados para obtener el reconocimiento.

78. En suma, a través de una interpretación armónica de la normativa interna e internacional que informa de forma convergente y complementaria el contenido del derecho previsto en los artículos 22.7 de la Convención y XXVII de la Declaración y tomando en cuenta las pautas específicas de interpretación contenidas en el artículo 29 de la convención americana, la Corte es de la opinión que el derecho a buscar y recibir asilo en el marco del sistema interamericano se encuentra configurado como un derecho humano individual a buscar y recibir protección internacional en territorio extranjero, incluyendo con esta expresión el estatuto de refugiado según los instrumentos pertinentes de las naciones unidas o las correspondientes leyes nacionales, y el asilo conforme a las diversas convenciones interamericanas sobre la materia.

81. Este derecho a buscar y recibir asilo comporta, en los términos de los artículos 1.1127 y 2 de la Convención Americana, determinados deberes específicos por parte del estado receptor, los cuales incluyen: (i) permitir que la niña o el niño pueda petitionar el asilo o el estatuto de refugiado, razón por la cual no pueden ser rechazados en la frontera sin un análisis adecuado e individualizado de sus peticiones con las debidas garantías mediante el procedimiento respectivo; (ii) no devolver a la niña o al niño a un país en el cual puede sufrir riesgo de ser afectada su vida, libertad, seguridad o integridad, o a un tercer país desde el cual pueda ulteriormente ser devuelto al estado donde sufre dicho riesgo; y (iii) otorgar la protección internacional cuando la niña o el niño califique para ello y beneficiar con ese reconocimiento a otros miembros de la familia, en atención al principio de unidad familiar.

84. La Corte considera que el procedimiento de evaluación inicial debería contar con mecanismos efectivos, cuyo objetivo sea obtener información tras la llegada de la niña o niño al lugar, puesto o puerto de entrada o tan pronto como las autoridades tomen conocimiento de su presencia en el país, para determinar su identidad, y de ser posible, la de sus padres y hermanos, a fin de transmitirla a las entidades estatales encargadas de evaluar y brindar las medidas de protección, de conformidad con el principio del interés superior de la niña o del niño.

85. Este procedimiento de evaluación inicial debe efectuarse en un ambiente amigable y que otorgue garantías de seguridad y privacidad, así como encontrarse a cargo de profesionales competentes formados en técnicas de entrevistas que tengan en cuenta la edad y el género. además, los estados deben tomar en cuenta las garantías procedimentales mínimas acordes a los principios de interés superior de la niña o del niño y su protección integral, los cuales incluyen, pero no están limitadas a las siguientes: que la entrevista se realice en un idioma que la niña o el niño pueda comprender; que sea centrado en las niñas y niños, sensible al género, y asegure su participación; que el análisis tome en cuenta la seguridad y la posible reunificación familiar; que reconozca la cultura de la niña o niño y considere su rechazo a pronunciarse en presencia de adultos o familiares; que provea de un intérprete en caso de ser necesario; que cuente con personal altamente calificado para tratar con niñas y niños y facilidades adecuadas; que provea asesoría legal en caso de ser requerida; que brinde información clara y entendible sobre los derechos y obligaciones que tiene la niña o el niño y sobre la continuación del procedimiento.

86. Al ser una etapa inicial de identificación y evaluación, la Corte considera que el mecanismo procedimental que los Estados adopten, aparte de ofrecer ciertas garantías mínimas, debe tener como meta, acorde a la práctica generalmente seguida, los siguientes objetivos prioritarios básicos: (i) tratamiento acorde a su condición de niña o niño y, en caso de duda sobre la edad, evaluación y determinación de la misma; (ii) determinación de si se trata de una niña o un niño no acompañado o separado; (iii) determinación de la nacionalidad de la niña o del niño o, en su caso, de su condición de apátrida; (iv) obtención de información sobre los motivos de su salida del país de origen, de su separación familiar si es el caso, de sus vulnerabilidades y cualquier otro elemento que evidencie o niegue su necesidad de algún tipo de protección internacional; y (v) adopción, en caso de ser necesario y

pertinente de acuerdo con el interés superior de la niña o del niño, de medidas de protección especial. Estos datos deberían recabarse en la entrevista inicial y registrarse adecuadamente, de modo tal que se asegure la confidencialidad de la información.

VIII. Garantías de debido proceso aplicables en procesos migratorios que involucran a niñas y niños.

109. La Corte ha señalado que el derecho al debido proceso se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del estado, adoptado por cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que pueda afectarlos. el debido proceso se encuentra, a su vez, íntimamente ligado con la noción de justicia, que se refleja en: (i) un acceso a la justicia no sólo formal, sino que reconozca y resuelva los factores de desigualdad real de los justiciables, (ii) el desarrollo de un juicio justo y (iii) la resolución de las controversias de forma tal que la decisión adoptada se acerque al mayor nivel de corrección del derecho, es decir que se asegure, en la mayor medida posible, su solución justa.

112. A su vez, el elenco de garantías mínimas del debido proceso legal es aplicable en lo que corresponda en la determinación de derechos y obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. De este modo, en procesos tales como los que puedan desembocar en la expulsión o deportación de extranjeros, el estado no puede dictar actos administrativos o adoptar decisiones judiciales sin respetar determinadas garantías mínimas, cuyo contenido es sustancialmente coincidente con las establecidas en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención.

113. Asimismo, las garantías de debido proceso se aplican a cualquier persona independiente de su edad y condición de estancia en un país. En esta línea, la Corte ha precisado que el debido proceso legal es un derecho que debe ser garantizado a toda persona, independientemente de su estatus migratorio. Esto implica que el estado debe garantizar que toda persona extranjera, aun cuando fuere un migrante en situación irregular, tenga la posibilidad de hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables.

115. En definitiva, tal y como lo ha sostenido anteriormente esta corte, si bien el debido proceso y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de las niñas y niños migrantes, el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de asegurar un acceso a la justicia en condiciones de igualdad, garantizar un efectivo debido proceso y velar por que el interés superior se erija en una consideración primordial en todas las decisiones administrativas o judiciales que se adopten [...].

116. , La Corte se refiere a las garantías que, conforme al derecho internacional de los derechos humanos, deben regir en todo proceso migratorio que involucre a niñas o niños: (i) el derecho a ser notificado de la existencia de un procedimiento y de la decisión que se adopte en el marco del proceso migratorio; (ii) el derecho a que los procesos migratorios sean llevados por un funcionario o juez especializado; (iii) el derecho de la niña o niño a ser oído y a participar en las diferentes etapas procesales; (iv) el derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor y/o intérprete; (v) el acceso efectivo a la comunicación y asistencia consular; (vi) el derecho a ser asistido por un representante legal y a comunicarse libremente con dicho representante; (vii) el deber de designar a un tutor en caso de niñas o niños no acompañados o separados; (viii) el derecho a que la decisión que se adopte evalúe el interés superior de la niña o del niño y sea debidamente fundamentada; (ix) el derecho a recurrir la decisión ante un juez o tribunal superior con efectos suspensivos; y (x) el plazo razonable de duración del proceso.

IX. Principio de no privación de libertad de niñas o niños por su situación migratoria irregular.

143. Al respecto, la Corte adopta un criterio amplio, de conformidad con el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos y autónomo de lo establecido en las legislaciones nacionales, en el entendido que el componente particular que permite individualizar a una medida como privativa de libertad más allá de la denominación específica que reciba a nivel local.

149. En efecto, constituye un principio del derecho internacional de los derechos humanos cristalizado en la convención sobre los derechos del niño y desarrollado por la jurisprudencia de esta corte en el marco del derecho a la libertad personal en casos relativos a jóvenes en conflicto con la ley penal, que la privación de libertad, ya sea en su faceta cautelar o en tanto sanción penal, constituye una medida de último recurso que debe ser aplicada, cuando proceda, por el menor tiempo posible, dado el objeto fundamentalmente pedagógico del proceso penal relativo a personas menores de edad. Es así que la privación de libertad en el contexto de la justicia penal juvenil debe respetar los principios de legalidad, excepcionalidad y máxima brevedad. Asimismo, la excepcionalidad de la prisión preventiva opera con mayor rigurosidad, ya que la regla debe ser la libertad y, en caso de que se verifique la necesidad de cautela, debe primar la aplicación de medidas sustitutorias.

151. Por otra parte, en el caso Vélez loor vs. Panamá la Corte estableció la incompatibilidad con la Convención Americana de medidas privativas de libertad de carácter punitivo para el control de los flujos migratorios, en particular de aquellos de carácter irregular [..].

154. La Corte es de la opinión que la privación de libertad de niñas o de niños por razones exclusivas de índole migratoria excede el requisito de necesidad, toda vez que tal medida no resulta absolutamente indispensable a los fines de asegurar su comparecencia al proceso migratorio o para garantizar la aplicación de una orden de deportación. Aunado a ello, la Corte es de la opinión que la privación de libertad de una niña o niño en este contexto de ninguna manera podría ser entendida como una medida que responda a su interés superior. En este sentido, la Corte considera que existen medidas menos gravosas que podrían ser idóneas para alcanzar tal fin y, al mismo tiempo, responder al interés superior de la niña o del niño. En suma, la Corte es de la opinión que la privación de libertad de un niño o niña migrante en situación irregular, decretada por esta única circunstancia, es arbitraria, y por ende, contraria tanto a la Convención como a la Declaración Americana.

155. En consideración de la condición especial de vulnerabilidad de las niñas y los niños migrantes en situación irregular, los estados tienen la obligación, de acuerdo a los artículos 19 de la Convención Americana y VIII de la Declaración, de optar por medidas que propendan al cuidado y bienestar de la niña o del niño con miras a su protección integral antes que a su privación de libertad. La Corte considera que el parámetro de actuación estatal debe, por ende, tener como objetivo asegurar en la mayor medida posible la prevalencia del interés superior de la niña o del niño migrante y el principio rector de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y a su desarrollo, en los términos desarrollados en el capítulo siguiente, a través de medidas adecuadas a sus necesidades.

157. De acuerdo con las consideraciones precedentes, la Corte considera que, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, la privación de libertad resulta improcedente cuando las niñas y los niños se encuentran no acompañados o separados de su familia, pues bajo esta óptica el estado se encuentra obligado a promover en forma prioritaria las medidas de protección especial orientadas en el principio del interés superior de la niña o del niño, asumiendo su posición de garante con mayor cuidado y responsabilidad mantenimiento de la unidad familiar en razón de su interés superior no constituye razón suficiente para legitimar o justificar la procedencia excepcional de una privación de libertad de la niña o del niño junto con sus progenitores, dado el efecto perjudicial para su desarrollo emocional y su bienestar físico. Por el contrario, cuando el interés superior de la niña o del niño exige el mantenimiento de la unidad familiar, el imperativo de no privación de libertad se extiende a sus progenitores y obliga a las autoridades a optar por medidas alternativas a la detención para la familia y que a su vez sean adecuadas a las necesidades de las niñas y los niños.

x. Características de las medidas prioritarias de protección integral de los derechos de niñas y niños migrantes y garantías para su aplicación.

166. La Corte estima que, por tanto y en este ámbito, debería prevalecer la aplicación del sistema de protección de la infancia con sus servicios asociados por sobre las instituciones que ejercen el control migratorio.

167. Los Estados se encuentran, además, obligados a adoptar las medidas necesarias tendientes a la determinación de la identidad y composición familiar de la niña o del niño en tal situación, localizar a su familia y propender a su reunificación familiar, teniendo en cuenta su opinión e interés superior, y velar por la repatriación voluntaria y segura a su país de origen. En caso de no ser posible esto último, otras soluciones duraderas debieran tenerse en cuenta.

168. en lo que se refiere a niñas y niños pertenecientes a comunidades indígenas, la Corte ha señalado que “para el desarrollo pleno y armonioso de su personalidad, los niños indígenas, de acuerdo con su cosmovisión, preferiblemente requieren formarse y crecer dentro de su entorno natural y cultural, ya que poseen una identidad distintiva que los vincula con su tierra, cultura, religión, e idioma”. Por ende, cuando se han desplazado voluntaria o forzosamente fuera de su territorio y comunidad, las medidas de protección deben ser adoptadas e implementadas teniendo en consideración su contexto cultura.

170. En suma, la Corte es de opinión que las niñas y los niños migrantes y, en particular aquellos en situación migratoria irregular, quienes se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad, requieren del estado receptor una actuación específicamente orientada a la protección prioritaria de sus derechos, que debe ser definida según las circunstancias particulares de cada caso concreto, es decir, si se encuentran junto con su familia, separados o no acompañados, y atendiendo a su interés superior. a tal fin, los estados, en cumplimiento de sus obligaciones internacionales en la materia, deben diseñar e incorporar en su ordenamiento interno un conjunto de medidas no privativas de libertad a ser ordenadas y aplicadas mientras se desarrollan los procesos migratorios que propendan de forma prioritaria a la protección integral de los derechos de la niña o del niño, de conformidad con las características descriptas, con estricto respeto de sus derechos humanos y al principio de legalidad.

XI. Condiciones básicas de los espacios de alojamiento de niñas y niños migrantes y las obligaciones estatales correspondientes a la custodia por razones migratorias.

172. La Corte estima necesario reiterar, en primer lugar, la posición especial de garante que asume el estado con respecto a personas que se encuentran bajo su custodia o cuidado, a quienes debe de proveer, en tanto obligación positiva, las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y recibir un trato humano acorde con su dignidad personal, de conformidad con los artículos 4.1 y 5 de la Convención y I y XXV de la Declaración, lo que se aplica de forma peculiar o preferente a las niñas y a los niños migrantes, que requieren de las medidas de protección especial de acuerdo a los artículos 19 de la Convención y VII de la Declaración.

174. Tales centros de acogida pueden ser establecimientos estatales o privados. No obstante, la delegación a la iniciativa privada de proveer esos servicios, exige, como elemento fundamental y acorde en especial a lo previsto en el artículo 1.1 de la Convención, la obligación del estado de fiscalizar tales centros para garantizar una efectiva protección de los derechos humanos de las personas bajo su jurisdicción y para que los servicios públicos sean provistos a la colectividad sin ningún tipo de discriminación, y de la forma más efectiva posible. En el mismo sentido, la Corte considera que los Estados tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias a efectos de regular y fiscalizar que los espacios de alojamiento cumplan criterios

técnicos para su acreditación y habilitación en consonancia con las necesidades diferenciadas de las niñas y niños migrantes y que, en consecuencia, el sistema estatal prevea un método de supervisión de dichos espacios de alojamiento.

175. En este contexto, la corte aborda las siguientes obligaciones estatales sobre condiciones básicas y desarrollará su alcance: (i) principio de separación y derecho a la unidad familiar, (ii) centros de alojamiento abiertos, y (iii) condiciones materiales y un régimen adecuado que asegure la protección integral de derechos.

XII. Garantías de debido proceso ante medidas que impliquen restricciones o privaciones de la libertad personal de niñas y niños por razones migratorias.

187. La Corte entiende que restricción de la libertad personal es toda aquella medida que implique una afectación a este derecho, ya sea a través de la privación total mediante la reclusión en un lugar cerrado o cualquier otra restricción menor que, por su forma, duración, efectos y manera de implementación, supone una injerencia en el derecho de todo ciudadano a la libertad personal.

190. Las niñas y los niños, especialmente cuando son extranjeros detenidos en un medio social y jurídico diferente de los suyos y muchas veces con un idioma que desconocen, experimentan una condición de extrema vulnerabilidad. Esta presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. En consecuencia, la Corte se referirá a los siguientes aspectos: (i) legalidad de la privación de libertad; (ii) prohibición de detenciones o encarcelamientos arbitrarios; (iii) derecho a ser informado de los motivos del arresto o detención en un idioma que comprenda; (iv) derecho a ser llevado, sin demora, ante un juez u otro funcionario competente; (v) derecho a notificar a un familiar, tutor o representante legal y a comunicarse con el exterior y, en particular, con los organismos internacionales especializados; (vi) derecho a la información y acceso efectivo a la asistencia consular; (vii) derecho a la asistencia jurídica a través de un representante legal y, en caso de niñas y niños no acompañados o separados, a que se nombre un tutor; y (viii) derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención.

XIII. Principio de no devolución (non-refoulement).

209. La Corte ya ha resaltado que el principio de no devolución o non-refoulement constituye la piedra angular de la protección internacional de las personas refugiadas y de las personas solicitantes de asilo. La Convención sobre el estatuto de los refugiados de 1951 fue el primer instrumento internacional en codificar, en su artículo 33.1, el principio de no devolución como una medida efectiva para garantizar el ejercicio del derecho a buscar y recibir asilo - que bajo dicho tratado asume la modalidad específica del estatuto del refugiado- y como un componente integral de la protección internacional garantizada a las personas solicitantes de asilo y refugiadas, al establecer que “ningún estado contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas”.

210. Dado el carácter declarativo de la determinación de la condición de refugiado, la protección brindada por el principio de no devolución aplica a todos los refugiados hayan o no sido reconocidos aún como tales por las autoridades con base en los requerimientos de la definición del artículo 1 de la convención de 1951 y su protocolo de 1967 o la legislación nacional. Es decir, que el mismo se encuentra destinado también a solicitantes de asilo, cuya condición todavía no ha sido determinada, y a los refugiados que no han sido aún reconocidos oficialmente como tales.

214. La Convención Americana establece en su artículo 22.8 la prohibición de expulsión o devolución de cualquier “extranjero” a “otro país, sea o no de origen” - es decir, a su país de nacionalidad o, en caso de una persona apátrida, al de residencia habitual o bien a un tercer estado-, en el cual “su derecho a la vida o a la libertad” estén “en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas”.

217. En suma, en el marco de la Convención Americana el principio de no devolución establecido en el artículo 22.8 asume una expresión singular, a pesar de que dicha disposición fuera incluida a continuación de la consagración del derecho individual a buscar y recibir asilo, siendo un derecho más amplio en su sentido y alcance que el que opera en la aplicación del derecho internacional de refugiados. De este modo, la prohibición de devolución establecida en el artículo 22.8 de la Convención ofrece una protección complementaria para extranjeros que no son solicitantes de asilo o refugiados en casos en que su derecho a la vida o libertad se encuentre amenazado por los motivos enlistados. Así, la lectura de los trabajos preparatorios de la convención confirma la interpretación desarrollada conforme al sentido corriente de los términos del artículo 22.8 de la Convención, dentro del contexto del tratado y teniendo en cuenta su objeto y fin.

218. Ahondando en los componentes de la prohibición de devolución codificada en el artículo 22.8 de la Convención, la Corte es de la opinión que, a partir de la interpretación del artículo 22 en su conjunto, el término “extranjero” incluido en el referido inciso 8, debe entenderse como toda persona, que no sea nacional del estado en cuestión o que no sea considerada como nacional suyo por el estado conforme a su legislación.

222. En cuanto al riesgo de violación a los derechos de la niña o del niño, la Corte considera que éstos deben ser entendidos y analizados con un enfoque de edad y de género, así como dentro de la lógica establecida por la propia convención sobre los derechos del niño, que contempla la garantía efectiva e interdependiente de los derechos civiles y políticos y la progresiva plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, y en el marco del cual el derecho a la vida incorpora también el componente de desarrollo adecuado y supervivencia. En este sentido, los artículos 6 y 27 de la Convención sobre los derechos del niño incluyen en el derecho a la vida la obligación del estado de garantizar “en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”.

226. Es así que a partir del artículo 5 de la Convención Americana, leído en conjunto con las obligaciones erga omnes de respetar y hacer respetar las normas de protección de los derechos humanos, se desprende el deber del estado de no deportar, devolver, expulsar, extraditar o remover de otro modo a una persona que esté sujeta a su jurisdicción a otro estado, o a un tercer estado que no sea seguro, cuando exista presunción fundada para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes.

231. Es más, en lo que se refiere a niñas y niños, el comité de los derechos del niño ha concluido que la obligación de no devolver no se limita al peligro real que pueda existir para la niña o el niño de daño irreparable a sus derechos contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, sino que también aplica a otras violaciones de los derechos garantizados por dicho instrumento consideradas graves, como por ejemplo “la insuficiencia de servicios alimentarios o sanitarios”, “sean imputables a actores no estatales o de que las violaciones en cuestión sean directamente premeditadas o sean consecuencia indirecta de la acción o inacción”. La Corte concuerda con el comité de los derechos del niño en cuanto a que “[e]l retorno al país de origen sólo podrá contemplarse en principio si redundará en el interés superior” por lo que se encuentra prohibido cuando “produce un ‘riesgo razonable’ de traducirse en la violación de los derechos humanos fundamentales del [niño o niña] y, en particular, si es aplicable el principio de no devolución.

233. De este modo, la prohibición de devolver, expulsar, deportar, retornar, rechazar en frontera o no admitir, o de cualquier manera transferir o

remover a una niña o niño a un estado cuando su vida, seguridad y/o libertad estén en riesgo de violación a causa de persecución o amenaza de la misma, violencia generalizada o violaciones masivas a los derechos humanos, entre otros, así como donde corra el riesgo de ser sometido a tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, o a un tercer estado desde el cual pueda ser enviado a uno en el cual pueda correr dichos riesgos, encuentra en otras normas de derechos humanos una protección adicional que se extiende a otro tipo de graves violaciones a sus derechos humanos, entendidos y analizados con un enfoque de edad y de género, así como dentro de la lógica establecida por la propia convención sobre los derechos del niño, que hace de la determinación del interés superior rodeada de las debidas garantías un aspecto central al adoptar cualquier decisión que concierne a la niña o al niño y, especialmente, si el principio de no devolución se ve involucrado.

240. Sobre la base de lo expuesto anteriormente, la Corte considera que la protección complementaria configura un desarrollo normativo consecuente con el principio de no devolución, a través del cual los estados velan por los derechos de las personas que no califican como refugiados o en otra calidad migratoria, pero no pueden ser devueltas. La protección complementaria debe contar con el reconocimiento de los derechos básicos de las personas protegidas. Los estados podrían limitar el ejercicio de ciertos derechos al otorgar esta protección, siempre que se basen en motivos objetivos y razonables, y no viole el principio de no discriminación.

242. En conclusión, una interpretación de las disposiciones relativas al principio de no devolución, en virtud de la protección especial derivada de los artículos 19 de la Convención y VII de la declaración y considerando el régimen establecido por la Convención sobre los Derechos del Niño, lleva a esta corte a afirmar la vigencia del muy consolidado principio de no devolución en el caso de niñas y niños, de modo tal que cualquier decisión sobre su devolución al país de origen o a un tercer país seguro sólo podrá basarse en los requerimientos de su interés superior, teniendo en cuenta que el riesgo de vulneración de sus derechos puede adquirir manifestaciones particulares y específicas en razón de la edad.

XIV. Procedimientos para garantizar el derecho de las niñas y niños a buscar y recibir asilo.

245. Los tratados aplicables del derecho internacional de refugiados, y en particular la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967, no contienen referencias explícitas sobre los procedimientos a seguir para la determinación de la condición de refugiado y las garantías procesales, por lo que correspondería a los propios estados determinar dichos procedimientos y las autoridades competentes para hacer efectivo ese derecho.

250. En este sentido, cuando se identifica a una niña o un niño migrante como un potencial solicitante de asilo o de reconocimiento de la condición de refugiado, ésta o éste debe recibir la orientación necesaria en cuanto al procedimiento que ha de seguirse, en un lenguaje y modo que pueda comprender y, en su caso, se le debe dar la oportunidad de ponerse en contacto con un representante de ACNUR o la entidad que haga sus funciones en caso de no encontrarse en el país.

252. Una vez que la niña o el niño es referido a la autoridad competente, la cual debe estar claramente identificada en el marco del procedimiento establecido, corresponde que la misma realice el examen de la solicitud con objetividad. A este efecto, constituye un requisito ineludible la realización de una entrevista personal a fin de que el solicitante exponga su caso, de modo tal que se garantice su derecho a ser oído.

253. Asimismo, la Corte considera que se cumple con lo dispuesto en los citados artículos 19 de la Convención y VII de la Declaración, cuando se sigue la práctica de otorgar una atención prioritaria para la entrevista a niñas y niños no acompañados, luego a los separados, después de estos a los acompañados de un solo progenitor y, finalmente, a los que vienen como parte de una familia, a fin de atender oportunamente y determinar la urgencia de la necesidad de protección.

257. La decisión que adopte la autoridad competente respecto a la solicitud, en cuanto a reconocer o no la condición de refugiado al solicitante en base a las determinaciones de hecho y de derecho, debe estar debida y expresamente fundamentada, a fin de posibilitar en su caso el ejercicio del derecho al recurso. Asimismo, dicha decisión debe ser comunicada a la niña o niño en un lenguaje y modo adecuado a la edad y en presencia de su tutor, representante legal y/o de otra persona de apoyo. En caso de reconocerse la condición de refugiado, la autoridad competente debe otorgar un documento que lo certifique.

261. En suma, para garantizar de forma efectiva el derecho comprendido en los artículos 22.7 de la Convención Americana y XXVII de la Declaración Americana, los Estados deben adecuar los procedimientos de asilo o de determinación de la condición de refugiado para brindar a las niñas y niños un acceso efectivo a los mismos que permita considerar su situación específica. La Corte considera que dicha obligación conlleva: no obstaculizar el ingreso al país; si se identifican riesgos y necesidades dar a la persona acceso a la entidad estatal encargada de otorgar el asilo o el reconocimiento de la condición de refugiado o a otros procedimientos que sean idóneos para la protección y atención específica según las circunstancias de cada caso; tramitar de forma prioritaria las solicitudes de asilo de niñas y niños como solicitante principal; contar con personal de recepción en la entidad que pueda examinar a la niña o niño para determinar su estado de salud; realizar un registro y entrevista procurando no causar mayor trauma o revictimización; disponer de un lugar para la estadía de la persona solicitante, si no lo tiene ya; emitir un documento de identidad para evitar la devolución; estudiar el caso con consideración de flexibilidad en cuanto a la prueba; asignarle un tutor independiente y capacitado en caso de niñas o niños no acompañados o separados; en caso de reconocerse la condición de refugiado, proceder a trámites de reunificación familiar, si fuere necesario de conformidad con el interés superior, y finalmente, buscar como solución duradera la repatriación voluntaria, el reasentamiento o la integración social, de acuerdo a la determinación del interés superior de la niña o del niño.

262. Ahora bien, es cierto que en la determinación de la condición de refugiado los estados generalmente evalúan los casos de forma individual. Sin embargo, en situaciones de afluencia masiva de personas, en que la determinación individual de la condición de refugiado por lo general no resulta viable, pero existe una apremiante necesidad de brindar protección y asistencia, particularmente cuando se trata de niñas o niños, los estados deben garantizar el acceso “a la protección, la no devolución y un trato humanitario mínimo”, pudiendo recurrir al reconocimiento grupal, colectivo o prima facie.

XV. Derecho a la vida familiar de las niñas y los niños en el marco de procedimientos de expulsión o deportación de sus progenitores por motivos migratorios.

269. La Corte entiende la expulsión como cualquier decisión, orden, acto o procedimiento ante el órgano administrativo o judicial competente, independientemente de la denominación que reciba en la legislación nacional, relacionado con la salida obligatoria de una persona del estado receptor que tiene como consecuencia que ésta efectivamente abandone el territorio de dicho estado o sea trasladada fuera de las fronteras del mismo. De este modo, al referirse a la expulsión, se abarca también lo que en términos específicos o estatales internos pudiera consistir en una deportación.

272. Además, es pertinente recordar que la familia a la que toda niña y niño tiene derecho es, principalmente, a su familia biológica, incluyendo a los familiares más cercanos, la cual debe brindar la protección a la niña y al niño y, a su vez, debe ser objeto primordial de medidas de protección por parte del estado. No obstante, la Corte recuerda que no existe un modelo único de familia.

273. Por ende, las separaciones legales de la niña o del niño de su familia solo pueden proceder si están debidamente justificadas en su interés

superior, son excepcionales y, en lo posible, temporales.

275. A fin de sopesar los intereses en conflicto, es necesario evaluar que la medida: esté prevista en ley y cumpla con los requisitos de (a) idoneidad, (b) necesidad y (c) proporcionalidad, es decir, debe ser necesaria en una sociedad democrática.

276. En cuanto al requisito de idoneidad, la medida debe perseguir un fin legítimo, es decir, una finalidad acorde con la Convención Americana.

277. La medida debe ser necesaria en el sentido que, dentro del universo de medidas posibles, no exista otra que sea igualmente efectiva y que resulte menos gravosa respecto del derecho de la niña o del niño a la protección de la familia y, en particular, al mantenimiento de la unidad familiar.

278. Finalmente, la medida debe ser proporcionada en sentido estricto, por lo tanto debe ser la que restringe en menor grado el derecho protegido y se ajuste estrechamente al logro del objetivo legítimo.

280. En aquellos supuestos en que la niña o el niño tiene derecho a la nacionalidad originaria, por naturalización o por cualquier otra causa establecida en la legislación interna del país del cual uno o ambos progenitores pueden ser expulsados a raíz de una situación migratoria irregular, o bien cumple con las condiciones legales para residir permanentemente allí, resulta axiomático que la niña o el niño conserva el derecho a seguir disfrutando de su vida familiar en el referido país y, como componente de ello, el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos. La corte encuentra, en aplicación de los criterios sentados, que la ruptura de la unidad familiar a través de la expulsión de uno o ambos progenitores por infracciones migratorias relacionadas con el ingreso o permanencia resulta desproporcionada en estos supuestos, pues el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la vida familiar que puede traer aparejado repercusiones en la vida y el desarrollo de la niña o del niño aparece como irrazonable o desmedido frente a las ventajas que se obtienen al forzar al progenitor a abandonar el territorio por causa de una infracción de carácter administrativo.

19. Decisión sobre Opinión

Por unanimidad la Corte decide que es competente para emitir la presente Opinión Consultativa

20. Puntos resolutivos

Por unanimidad la Corte es de opinión que:

1. Acorde a lo requerido por los Estados solicitantes, la presente Opinión Consultiva determina seguidamente, con la mayor precisión posible y de conformidad a las normas citadas precedentemente, las obligaciones estatales respecto de niñas y niños, asociadas a su condición migratoria o a la de sus padres y que deben, en consecuencia, los Estados considerar al diseñar, adoptar, implementar y aplicar sus políticas migratorias, incluyendo en ellas, según corresponda, tanto la adopción o aplicación de las correspondientes normas de derecho interno como la suscripción o aplicación de los pertinentes tratados y/u otros instrumentos internacionales.
2. Teniendo presente, a estos efectos, que es niña o niño toda persona menor de 18 años de edad, los Estados deben priorizar el enfoque de los derechos humanos desde una perspectiva que tenga en cuenta en forma transversal los derechos de niñas y niños y, en particular, su

protección y desarrollo integral, los cuales deben primar por sobre cualquier consideración de la nacionalidad o el estatus migratorio, a fin de asegurar la plena vigencia de sus derechos, en los términos de los párrafos 34 a 41 y 51 a 71.

3. Los Estados se encuentran obligados a identificar a las niñas y niños extranjeros que requieren de protección internacional dentro de sus jurisdicciones, a través de una evaluación inicial con garantías de seguridad y privacidad, con el fin de proporcionarles el tratamiento adecuado e individualizado que sea necesario acorde a su condición de niña o niño y, en caso de duda sobre la edad, evaluar y determinar la misma; determinar si se trata de una niña o un niño no acompañado o separado, así como su nacionalidad o, en su caso, su condición de apátrida; obtener información sobre los motivos de su salida del país de origen, de su separación familiar si es el caso, de sus vulnerabilidades y cualquier otro elemento que evidencie o niegue su necesidad de algún tipo de protección internacional; y adoptar, en caso de ser necesario y pertinente de acuerdo con el interés superior de la niña o del niño, medidas de protección especial, en los términos de los párrafos 72 a 107.
4. Con el propósito de asegurar un acceso a la justicia en condiciones de igualdad, garantizar un efectivo debido proceso y velar por que el interés superior de la niña o del niño haya sido una consideración primordial en todas las decisiones que se adopten, los Estados deben garantizar que los procesos administrativos o judiciales en los que se resuelva acerca de derechos de las niñas o niños migrantes estén adaptados a sus necesidades y sean accesibles para ellos, en los términos de los párrafos 108 a 115.
5. Las garantías de debido proceso que, conforme al derecho internacional de los derechos humanos, deben regir en todo proceso migratorio, sea administrativo o judicial, que involucre a niñas o niños son: el derecho a ser notificado de la existencia de un procedimiento y de la decisión que se adopte en el marco del proceso migratorio; el derecho a que los procesos migratorios sean llevados por un funcionario o juez especializado; el derecho a ser oído y a participar en las diferentes etapas procesales; el derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor y/o intérprete; el acceso efectivo a la comunicación y asistencia consular; el derecho a ser asistido por un representante legal y a comunicarse libremente con dicho representante; el deber de designar a un tutor en caso de niñas o niños no acompañados o separados; el derecho a que la decisión que se adopte evalúe el interés superior de la niña o del niño y sea debidamente fundamentada; el derecho a recurrir la decisión ante un juez o tribunal superior con efectos suspensivos; y el plazo razonable de duración del proceso, en los términos de los párrafos 116 a 143.
6. Los Estados no pueden recurrir a la privación de libertad de niñas o niños para cautelar los fines de un proceso migratorio ni tampoco pueden fundamentar tal medida en el incumplimiento de los requisitos para ingresar y permanecer en un país, en el hecho de que la niña o el niño se encuentre solo o separado de su familia, o en la finalidad de asegurar la unidad familiar, toda vez que pueden y deben disponer de alternativas menos lesivas y, al mismo tiempo, proteger de forma prioritaria e integral los derechos de la niña o del niño, en los términos de los párrafos 144 a 160.
7. Los Estados deben diseñar e incorporar en sus respectivos ordenamientos internos un conjunto de medidas no privativas de libertad a ser aplicadas mientras se desarrollan los procesos migratorios, que propendan de forma prioritaria a la protección integral de los derechos de la niña o del niño, con estricto respeto de sus derechos humanos y al principio de legalidad, y las decisiones que ordenen dichas medidas deben adoptarse por una autoridad administrativa o judicial competente en un procedimiento que respete determinadas garantías mínimas, en los términos de los párrafos 161 a 170.
8. Los espacios de alojamiento deben respetar el principio de separación y el derecho a la unidad familiar, de modo tal que si se trata de niñas o

niños no acompañados o separados deben alojarse en sitios distintos al que corresponde a los adultos y, si se trata de niñas o niños acompañados, alojarse con sus familiares, salvo que lo más conveniente sea la separación en aplicación del principio del interés superior de la niña o del niño y, además, asegurar condiciones materiales y un régimen adecuado para las niñas y los niños en un ambiente no privativo de libertad, en los términos de los párrafos 171 a 184.

9. En situaciones de restricción de libertad personal que pueden constituir o eventualmente derivar, por las circunstancias del caso en concreto, en una medida que materialmente se corresponda a una privación de libertad, los Estados deben respetar las garantías que se tornan operativas ante dichas situaciones, en los términos de los párrafos 185 a 206.
10. Los Estados tienen la prohibición de devolver, expulsar, deportar, retornar, rechazar en frontera o no admitir, o de cualquier manera transferir o remover a una niña o niño a un Estado cuando su vida, seguridad y/o libertad estén en riesgo de violación a causa de persecución o amenaza de la misma, violencia generalizada o violaciones masivas a los derechos humanos, entre otros, así como donde corra el riesgo de ser sometido a tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, o a un tercer Estado desde el cual pueda ser enviado a uno en el cual pueda correr dichos riesgos, en los términos de los párrafos 207 a 242.
11. De acuerdo a lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño y otras normas de protección de los derechos humanos, cualquier decisión sobre la devolución de una niña o niño al país de origen o a un tercer país seguro sólo podrá basarse en los requerimientos de su interés superior, teniendo en cuenta que el riesgo de vulneración de sus derechos humanos puede adquirir manifestaciones particulares y específicas en razón de la edad, en los términos de los párrafos 207 a 242.
12. La obligación estatal de establecer y seguir procedimientos justos y eficientes para poder identificar a los potenciales solicitantes de asilo y determinar la condición de refugiado a través de un análisis adecuado e individualizado de las peticiones con las correspondientes garantías, debe incorporar los componentes específicos desarrollados a la luz de la protección integral debida a todos las niñas y niños, aplicando a cabalidad los principios rectores y, en especial, lo referente al interés superior de la niña o del niño y su participación, en los términos de los párrafos 243 a 262.
13. Cualquier órgano administrativo o judicial que deba decidir acerca de la separación familiar por expulsión motivada por la condición migratoria de uno o ambos progenitores debe emplear un análisis de ponderación, que contemple las circunstancias particulares del caso concreto y garantice una decisión individual, priorizando en cada caso el interés superior de la niña o del niño. En aquellos supuestos en que la niña o el niño tiene derecho a la nacionalidad del país del cual uno o ambos progenitores pueden ser expulsados, o bien cumple con las condiciones legales para residir permanentemente allí, los Estados no pueden expulsar a uno o ambos progenitores por infracciones migratorias de carácter administrativo, pues se sacrifica de forma irrazonable o desmedida el derecho a la vida familiar de la niña o del niño, en los términos de los párrafos 263 a 282.
14. En atención a que las obligaciones determinadas precedentemente se refieren a un tema tan propio, complejo y cambiante de la época actual, ellas deben ser entendidas como parte del desarrollo progresivo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, proceso en el que, consecuentemente, esta Opinión Consultiva se inserta.

| 20. Voto(s) separado(s) | |
|--|--|
| Nombre | |
| Tipo de voto | |
| SECCIÓN C: ACTUACIONES POSTERIORES A LA SENTENCIA | |
| 21 | Sentencia de interpretación |
| 22 | Supervisión de cumplimiento de sentencia |
| SECCIÓN D: IDEAS PRINCIPALES SOBRE EL FONDO DEL CASO | |
| <p>- La presente Opinión Consultativa, se produce en un contexto de crisis migratoria, principalmente, en Mesoamérica y América del Norte, donde se vienen produciendo una inmigración de masa, la cual está conformada en gran parte por niños y niñas migrantes sin compañía. En este contexto de crisis humanitaria, la Corte IDH se pronuncia aclarando los deberes y obligaciones que tienen los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos y en particular aquellos miembros de la Convención Americana. En efecto, la Corte, precisa los conceptos relativos a la categoría de niño y niña en el derecho internacional para que en función dicha definición asir los instrumentos internacionales que protejan mejor sus intereses. Al respecto la Corte recuerda que los Estados, en particular aquellos de destino, deben examinar de manera individualizada las circunstancias de cada niño y niña a fin de preservar sus derechos humanos como lo exige el derecho internacional. Por tal motivo, la Corte considera contraria a la Convención, las penas privativas de libertad de los niños y niñas por su mera situación legal, así como la de sus padres. Así, a los niños se les deberá brindar todas las garantías propias a preservarlos de la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran, lo que implica la no expulsión hacia países donde sus integridad pueda ser puesta en riesgo y prohibiendo la expulsión de sus progenitores cuando los niños o niñas puedan, en función de la legislación del Estado de destino, calificar a la residencia o a la nacional.</p> <p>La Corte, en la presente Opinión Consultativa, responde afirmando conceptos claves como el debido proceso, la unidad familiar, la prohibición de la tortura para preservar a una población víctima de vulneraciones a sus derechos humanos tanto en sus países de origen como en los de su destino.</p> | |