



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

Buenos Aires, 12 de diciembre de 2011.-

Al Sr. Presidente de la
Corte Interamericana de Derechos Humanos
Dr. Diego GARCÍA SAYÁN
S / D

Tengo el agrado de dirigirme al Sr. Presidente, en mi carácter de Defensora General de la Nación de la República Argentina, a fin de remitirle el dictamen elaborado por este Ministerio Público de la Defensa, de conformidad con lo establecido por el artículo 73.3 del *Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, con relación a la solicitud de opinión consultiva sobre "Niñez Migrante" presentada por los Estados de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay.

Sin otro particular saludo al Sr. Presidente con mi consideración más distinguida.

STELLA MARIS MARTÍNEZ
DEFENSORA GENERAL DE LA NACIÓN

USO OFICIAL



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

Solicitud de Opinión Consultiva sobre Niñez Migrante¹

De conformidad con el artículo 73.3 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), en mi carácter de Defensora General de la Nación de la República Argentina, presento mi opinión escrita sobre los puntos sometidos a consulta por los Estados de Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay.

Principalmente, me referiré a ciertas prácticas y estándares que se han promovido desde esta institución mediante el ejercicio de la defensa pública a través de la Comisión para la Asistencia Integral y Protección al Refugiado y Peticionante de Refugio, la Comisión del Migrante y los Defensores Públicos, Tutores y Curadores Oficiales que dependen de esta institución.

1) Introducción

La Corte IDH en su jurisprudencia de los últimos años ha ido desarrollando estándares en materia de derechos de las personas migrantes que lograron que incluso los Estados que se han mantenido al margen de la ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH), encuentren hoy limitaciones a su completa discreción en materia migratoria, al menos en el campo teórico, en virtud de normas consuetudinarias de derecho internacional y principios generales de derecho. En otras palabras, el derecho internacional confiere en la actualidad al extranjero un mínimo de garantías que todos los estados deben reconocer².

En el año 2003, la Corte IDH en su Opinión Consultiva OC-18/03 sobre la *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados* consagró claramente al estatus migratorio como una categoría sospechosa, añadiendo una más a la lista de categorías incluidas en la cláusula abierta del artículo 1.1 de la CADH. Esta mención expresa deja sentado que, si bien los Estados pueden establecer ciertas diferenciaciones respecto de los migrantes -como en el caso de los derechos políticos³-, no pueden discriminar a las personas bajo su jurisdicción por su condición migratoria. Se zanjó así, de una vez y para siempre, la cuestión sobre la ilegitimidad de la restricción de los derechos humanos de las personas extranjeras que no se hallan de manera regular en el territorio de un Estado. En palabras del entonces juez García Ramírez, “se desautoriza el

USO OFICIAL


STELLA MARIS MARTÍNEZ
DEFENSORA GENERAL DE LA NACIÓN

¹ El presente informe se realizó con la colaboración de los integrantes de la *Comisión para la Asistencia Integral y Protección del Refugiado y Peticionante de Refugio* de la Defensoría General de la Nación.

² Cf. Asamblea General de Naciones Unidas, *Informe preliminar sobre la expulsión de los extranjeros presentado por el Sr. Maurice Kamto, Relator Especial*, A/CN.4/554, 4 de abril de 2005, párrs. 14 y 15.

³ Cf. Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos De Los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 119.

criterio que sugiere restricciones y reducciones en los derechos de las personas, cuando éstas trascienden las fronteras de su país y se trasladan al extranjero, como si ese tránsito erosionara el estatuto humano y restara dignidad y, por lo tanto, derechos y libertades a los migrantes”⁴.

En lo que hace a su competencia contenciosa, la Corte IDH tuvo su primera oportunidad de pronunciarse al respecto en el caso *Vélez Loo vs. Panamá*. Allí, hizo referencia al principio del efecto útil de los tratados, a las necesidades de protección en casos de personas y grupos en situación de vulnerabilidad y a la interpretación dinámica de los tratados de derechos humanos -“instrumentos vivos”- en relación con los derechos humanos de los migrantes, poniendo de resalto que “la comunidad internacional ha reconocido la necesidad de adoptar medidas especiales para garantizar la protección de los derechos humanos de este grupo”⁵. Al adoptar las medidas que correspondan, los Estados deben respetar los derechos humanos de los migrantes así como garantizar “un apego estricto a las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana, cualquiera que sea la condición jurídica del migrante”⁶. Incluso, destacó la importancia del debido proceso como derecho que debe ser garantizado “a todo extranjero, aun cuando fuere un migrante en situación irregular” de manera tal de asegurar que tengan la posibilidad de hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables⁷.

2) Garantías judiciales en procesos donde intervienen extranjeros -migrantes y solicitantes de refugio-⁸

Resulta jurisprudencia constante tanto de la Corte IDH como de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “la CIDH”) que las garantías del debido proceso legal se aplican en la determinación de derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, lo que revela que el debido proceso incide sobre todos estos órdenes y no sólo sobre el penal⁹. Por ende, se ha establecido un alto estándar en materia de garantías procesales, por lo que las garantías mínimas del

⁴ Ídem, voto del juez García Ramírez, párr. 23.

⁵ Corte IDH, *Caso Vélez Loo vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párr. 99

⁶ Ídem, párr. 100

⁷ Ídem, párr. 143

⁸ Para un análisis con mayor profundidad ver Mendos, Lucas Ramón y Muñoz, Rosario, “Garantías procesales en procesos de expulsión de migrantes: estándares internacionales y su recepción en el derecho interno argentino”, en Rey, Sebastián Alejandro (editor), *Problemas actuales de derechos humanos. Número I*, Eudeba, en prensa.

⁹ Cf. Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 103 y *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 70.



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

artículo 8 de la CADH se aplican también a los procesos administrativos, incluidos los de expulsión de migrantes en sede administrativa.¹⁰

Por otra parte, habiendo dejado en claro anteriormente que tanto los migrantes en situación migratoria regular como los que están en situación irregular son por igual beneficiarios de las garantías del debido proceso y la protección judicial, se analizará algunas garantías específicas que deben asegurarse en todo proceso en que intervengan.

En este sentido, no abordaré cuestiones relativas a derechos y garantías como el de contar con una resolución fundada, derivado del deber que pesa sobre los funcionarios públicos de motivar las resoluciones que dicten¹¹ y el de recurrir las decisiones adoptadas en los procesos en que son partes -incluida la orden de expulsión- ante un juez o superior¹² toda vez que ya han sido desarrolladas acabadamente por los órganos del sistema interamericano. Por lo tanto, me detendré en aspectos que hasta el momento no han sido analizados en profundidad o sistematizados por los órganos del sistema interamericano de protección de derechos humanos.

a) Individualidad de los procesos

Si bien la multiplicidad de personas involucradas en un proceso unificado no es algo jurídicamente anómalo -v.g. acumulación por conexidad subjetiva u objetiva en el ámbito penal y la *litis-consorcio* en el ámbito civil-, lo cierto es que, en los casos de migrantes, la garantía de la individualidad de procesos viene a garantizar que el caso

¹⁰ Cf. Corte IDH, *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panama*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párrs. 106 y 124; *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, cit., párr. 105 y *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*, cit., párr. 69; CIDH, *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, 7 de septiembre de 2007, párr. 99; Informe No. 64/08, Caso 11.691, Admisibilidad, *Raghda Habbal e Hijo vs. Argentina*, 25 de julio de 2008, párr. 54; Informe No. 56/06, Caso 8/03, Admisibilidad, *Wayne Smith vs. Estados Unidos*, OEA/Ser.L/V/II.127 Doc. 4 rev. 1 (2007), párr. 51 e Informe No. 49/99, Caso 11.610, *Loren Laroye Riebe Star y otros vs. México*, OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. en 724 (1998), párr. 71; TEDH, *Campbell y Fell vs. Reino Unido*, Sentencia del 28 de junio de 1984, Serie A No. 80, párr. 68 y *Deweer vs. Bélgica*, Sentencia del 27 de febrero de 1980, Serie A No. 35, párr. 49.

¹¹ Cf. Corte IDH, *Caso Apitz Barbera y otros*. ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 78 y TEDH, *Suominen vs. Finlandia*, Sentencia del 1 de julio de 2003, párr. 37.

¹² Cf. Corte IDH, *Castañeda Gutman vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párr. 78; *Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 177 y *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 158; CIDH, Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, *Tercer Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio*, 16 abril 2001, párr. 77(b) e Informe No. 28/96, Caso 11.297, *Hernández Lima vs. Guatemala*, párr. 72. En lo que hace específicamente a las decisiones administrativas o judiciales que tengan como resultado la expulsión de un migrante resultará además de suma importancia que los efectos de la interposición del recurso sean siempre suspensivos. Cf. TEDH, *K.R.S. vs. Reino Unido*, cit., s/n; *Gebremedhin vs. Francia*, Sentencia del 26 de abril de 2007, párr. 58 y *Čonka vs. Bélgica*, Sentencia del 5 de junio de 2002, párr. 79.

USO OFICIAL

STELLA MARIS MARTÍNEZ
DEFENSORA GENERAL DE LA NACIÓN

particular de cada uno sea analizado aisladamente, con las circunstancias y antecedentes propios y personales y no en forma conjunta con otras personas.

Se trata nada más y nada menos de la garantía que protege a los migrantes de las expulsiones colectivas. Esta prohibición está íntimamente ligada al derecho al debido proceso y a la tutela judicial, dada su función de evitar que una persona sea deportada sin que se analice su situación particular, explicitándose las razones de tal decisión, las pruebas y garantizándose el derecho a cuestionar la orden con un recurso efectivo¹³.

El artículo 22.9 de la CADH, el artículo 4 del Protocolo Nro. 4 al Convenio Europeo y el artículo 12.5 de la Carta Africana consagran esta prohibición de manera expresa. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos tiene dicho que esta garantía, si bien no explícitamente, se encuentra consagrada en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos al conceder a cada extranjero el derecho a que se adopte una decisión en su caso, al prescribir que toda expulsión debe llevarse a cabo “conforme a la ley”¹⁴.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, “TEDH”) ha definido la expulsión colectiva como una medida que conmina a un grupo de extranjeros -como tal- a hacer abandono de un Estado, salvo los casos en los que se pueda constatar que de alguna manera ha existido un análisis objetivo y razonable del caso particular de cada individuo miembro de ese grupo¹⁵.

La Corte IDH, por su parte, ha dictado medidas provisionales en el caso *Haitianos y Dominicanos de origen haitiano en República Dominicana* ordenando la suspensión de expulsiones colectivas. En ese asunto, la CIDH afirmó que estaban teniendo lugar expulsiones realizadas mediante redadas colectivas sin procedimiento legal que permitiera identificar adecuadamente la nacionalidad de los expulsados, ni su estatus migratorio, ni sus vínculos familiares: simplemente, eran separados de sus hogares, sin previo aviso, sin permitirles llevar sus pertenencias, alegándose además que las autoridades migratorias seleccionaban a las personas a ser deportadas por el color de piel¹⁶.

La Relatoría de Migrantes de la CIDH abordó esta cuestión en su *Segundo Informe de Progreso*, en el que reforzó la obligatoriedad del análisis individual de cada migrante destacando que “sería un contrasentido que un Estado pudiera burlar la prohibición de deportar un alto número de personas en un solo acto, simplemente

¹³ Cf. Ceriani Cernadas, P., “Control migratorio europeo en territorio africano: la omisión del carácter extraterritorial de las obligaciones de derechos humanos”, en *Sur - Revista internacional de Derechos Humanos*, Año 6, Nro. 10, Junio de 2009, p. 202.

¹⁴ Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 15, La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto*, 22 de julio 1986, párr. 10.

¹⁵ Cf. TEDH, *Čonka vs. Bélgica*, cit., párr. 59.

¹⁶ Corte IDH, *Caso de haitianos y dominicanos de origen haitiano en la República Dominicana*, Medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República Dominicana, 18 de agosto de 2000, párr. 2(d).



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

repitiendo muchas veces la expulsión de varias decenas de personas a la vez, y así alcanzando el mismo número de expulsiones a lo largo de un período más o menos corto”¹⁷.

La Comisión Africana, por su parte, ha entendido en casos de deportaciones colectivas¹⁸, pero no ha elaborado estándares propios.

Por último, la CIDH ha señalado en un sentido similar a lo expuesto que “el proceso para determinar quién es o quién no es un refugiado implica hacer determinaciones caso por caso que puedan influir en la libertad, la integridad personal e inclusive la vida de la persona de que se trate”¹⁹. Por ende, los principios básicos de igual protección y debido proceso consagrados en la Convención Americana hacen necesarios procedimientos previsibles y coherencia en la toma de decisiones en cada etapa del proceso de reconocimiento de la condición de refugiado²⁰. Dicho en otros términos, si bien del tenor del artículo 22.7 de la Convención Americana y del artículo XXVII de la Declaración Americana no puede colegirse que el derecho al asilo implique una garantía de su otorgamiento, lo que sí se desprende claramente es la necesidad de que el peticionario sea oído al presentar su solicitud²¹.

- b) El derecho a la defensa técnica eficaz en todo proceso al que se vean sometidos las personas migrantes

El derecho a contar con asistencia legal efectiva adquiere especial relevancia en los casos de personas migrantes por cuanto la posibilidad de acceder a ella muchas veces incide de manera determinante en los procedimientos migratorios²². La situación agravada de vulnerabilidad en la que suelen encontrarse los migrantes requiere que el Estado receptor tome en cuenta las particularidades de su situación y garantice, sin excepciones, que el migrante cuente con asistencia técnica de calidad para que pueda gozar de un acceso efectivo a la justicia en términos igualitarios.

USO OFICIAL

STELLA MARIS MARTÍNEZ
DEFENSORA GENERAL DE LA NACIÓN

¹⁷ CIDH, Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, *Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio*, 16 de abril de 2001, párr. 97(5).

¹⁸ Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Rencontre Africaine pour la Defense des Droits de l'Homme vs. Zambia*, Comm. No. 71/92 (1996), párr. 31 y *Union Inter Africaine des Droits de l'Homme, Federation Internationale des Ligues des Droits de l'Homme and Others v. Angola*, Comm. No. 159/96 (1997).

¹⁹ 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*, 28 de febrero de 2000, párr. 52.

²⁰ Cf. Ídem, párr.52.

²¹ Cf. Ídem, párr.60.

²² CIDH, Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, *Cuarto informe de progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el hemisferio*, 7 marzo 2003, párr. 207 y *Loren Laroye y otros vs. México*, cit., párrs. 65-71 y 75.

El deber del estado de garantizar la asistencia jurídica gratuita en estos casos emana, en gran medida, del principio de que los derechos deben ser implementados a través de mecanismos que sirvan para hacer valer los derechos consagrados en la CADH²³ y del derecho a la igualdad de protección de la ley y ante la ley²⁴.

En este sentido, si bien la Corte IDH elaboró una progresiva jurisprudencia celosa de esta garantía, recientemente ha tenido la oportunidad de desarrollar aún más el estándar de cumplimiento en el caso antes referido, *Vélez Loor vs. Panamá*.

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha adoptado un estándar que, si bien no está a la misma altura que el interamericano, resulta de interesante análisis, por cuanto ha establecido que la asistencia legal debe proveerse “siempre que el interés de la justicia lo exija”²⁵.

Se puede afirmar que, conforme lo han establecido la Corte IDH y la CIDH a lo largo de su jurisprudencia, la asistencia letrada a la que toda persona debe poder acceder debe reunir los siguientes caracteres:

- i) Efectividad²⁶: en palabras de García Ramírez “tener defensor nombrado no es contar con defensa en el enjuiciamiento”²⁷. Bien por el contrario, debe existir una actividad por parte del abogado defensor encaminada a batallar por los derechos de su asistido y ésta debe ser llevada a cabo de manera competente y diligente.

Fuera de la órbita interamericana, tanto el TEDH como el Comité de Derechos Humanos han dado especial relevancia a la efectividad de la defensa y han hallado violaciones al derecho a contar con un abogado defensor en casos donde, si bien existía formalmente un abogado designado para la persona, se corroboró la falta de comunicación con el defendido²⁸, se constataron situaciones en las que el abogado no consultó

²³ Cf. Corte IDH, *Excepciones al agotamiento de los recursos internos* (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. Serie A No. 11, párr. 30 y Comité de Derechos Humanos, *Currie vs. Jamaica*, Comunicación No. 377/1989, CCPR/C/50/D/377/1989 (1994), párr. 10.

²⁴ Cf. 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., párr. 126.

²⁵ Cf. Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 32: El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia*, 23 de agosto de 2007, párr. 38; *Anthony Currie vs. Jamaica*, Comunicación No. 377/1989, CCPR/C/50/D/377/1989, párr. 13(4) y *Steve Shaw v. Jamaica*, Comunicación No. 704/1996, U.N. Doc. CCPR/C/62/D/704/1996 (1998), párr. 7(6).

²⁶ Cf. Corte IDH, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñiquez vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 159 y *Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*, adoptadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia, 4-6 de marzo de 2008, regla 30.

²⁷ Corte IDH, *Caso Tibi vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, voto del juez Sergio García Ramírez, párr. 49.

²⁸ Cf. TEDH, *Artico vs. Italia*, Sentencia del 13 de mayo de 1980, párr. 3



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

sobre la voluntad de apelar decisiones contrarias a los intereses de su defendido²⁹ o se advirtieron graves deficiencias en el actuar del letrado³⁰.

Cuando una persona migrante es parte en un proceso de cualquier índole, es esencial que el abogado pueda brindar asesoría especializada sobre los derechos que asisten al inmigrante³¹ y esté familiarizado no sólo con la regulación migratoria nacional sino con los derechos consagrados a nivel internacional y con los estándares de respeto y garantía de derechos humanos desarrollados por órganos internacionales de aplicación de dichos tratados.

En relación con casos no estrictamente penales, como puede ser la expulsión de un migrante, la CIDH sostuvo que “tal vez no sea exigible que el Estado provea defensa profesional gratuita como en materia penal”³², dejando cierto margen de apreciación respecto de cómo cada Estado garantizará el acceso a la asistencia letrada de las personas bajo su jurisdicción que enfrentan procesos de deportación. Esos términos parecen no exigir que en todos los casos los letrados sean provistos por organismos públicos, sino que los Estados podrían convenir la provisión de dicha asistencia con organizaciones de la sociedad civil. Empero, la Corte IDH ha sido categórica al afirmar que “la asistencia que puedan prestar las organizaciones no gubernamentales no sustituye la obligación del Estado de brindar asistencia legal gratuita”³³. En este sentido, la obligación de garantizar la efectividad de la defensa quedará siempre en cabeza del Estado por virtud del artículo 8.2.e de la CADH, y será, pues, el Estado quien deberá velar por que la asistencia que provean las organizaciones o los organismos públicos, según sea el caso, sea competente y eficaz. De lo contrario, la tutela de los derechos del migrante “tropezará una y otra vez con las deficiencias de la defensa, que

USO OFICIAL

STELLA MARIS MARTÍNEZ
DEFENSORA GENERAL DE LA NACIÓN

²⁹ Cf. Comité de Derechos Humanos, *Collins v. Jamaica*, Comunicación No. 356/1989, U.N. Doc. CCPR/C/47/D/356/1989 (1993), párr. 8(2) y *Wright v. Jamaica*, Comunicación No. 459/1991, U.N. Doc. CCPR/C/55/D/459/1991 (1995), párr. 10(5).

³⁰ Cf. Comité de Derechos Humanos, *Carlton Reid vs. Jamaica*, Comunicación No. 250/1987, U.N. Doc. CCPR/C/39/D/250/1987 (1990), párr. 11(4) y *Lawrence Chan v. Guyana*, Comunicación No. 913/2000, U.N. Doc. CCPR/C/85/D/913/2000 (2006), párr. 6(3). Nótese que en este último caso, el Comité entendió que el tribunal debería haber suspendido el curso del proceso, al constatar que en el primer día de audiencia, el abogado defensor no se había hecho presente (empero, las opiniones en disidencia que lleva esta comunicación versan sobre este aspecto).

³¹ Cf. CIDH, *Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio*, cit., párr. 99(d).

³² *Íbidem*.

³³ Corte IDH, *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, cit., párr. 137.

se traducen, en fin de cuentas, en violación del derecho, mal disimuladas por un ejercicio aparente que no resiste el menor análisis”³⁴.

Como corolario, en el caso *Vélez Loor vs. Panamá*, la Corte IDH ha despejado toda duda respecto de cómo debe garantizarse este derecho en casos en los que está en juego la libertad de un migrante: “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”³⁵.

- ii) Oportunidad: este es uno de los elementos indispensables en casos de migrantes por su estado de vulnerabilidad. La asistencia letrada debe garantizarse desde las primeras etapas del procedimiento, ya que de lo contrario carecerá de idoneidad por su falta de oportunidad³⁶. Así es que la Corte IDH ha establecido que “[s]i el derecho a la defensa surge desde el momento en que se ordena investigar a una persona o la autoridad dispone o ejecuta actos que implican afectación de derechos, la persona sometida a un proceso administrativo sancionatorio debe tener acceso a la defensa técnica desde ese mismo momento”³⁷. A nivel universal, el Comité de Derechos Humanos adscribe al mismo estándar de oportunidad³⁸.
- iii) Independencia: el abogado defensor debe tener como único mandato los intereses de su asistido, poder contar con el tiempo necesario para entrevistarse con él y poder preparar su defensa. No satisfacen este requisito las intervenciones que pueden llegar a tener las Defensorías del Pueblo y/o instituciones públicas con mandatos generales o de contralor³⁹.
- iv) Gratuidad: esta cuestión ha sido motivo de debate a nivel local e internacional y ha ido de la mano del debate sobre la obligatoriedad -o no-

³⁴ Corte IDH, *Caso Tibi vs. Ecuador*, cit., voto del juez Sergio García Ramírez, párr. 49.

³⁵ Corte IDH, *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, cit., párr. 146.

³⁶ Idem, párr. 133.

³⁷ Idem, párr. 132.

³⁸ Cf. Comité de Derechos Humanos, *Pagdayawon Rolando vs. Filipinas*, Comunicación No. 1110/2002, U.N. Doc. CCPR/C/82/D/1110/2002 (2004), párr. 5(6); *Abduali Ismatovich Kurbanov vs. Tayikistán*, Comunicación No. 1096/2002, U.N. Doc. CCPR/C/79/D/1096/2002 (2003), párr. 7(3) y *Robinson LaVende vs. Trinidad y Tobago*, Comunicación No. 554/1993, U.N. Doc. CCPR/C/61/D/554/1993 (1997), párr 5(8).

³⁹ Cf. Corte IDH, *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, cit., párr. 133 y *Caso Tibi vs. Ecuador*, cit., voto del juez Sergio García Ramírez, párr. 49 y CIDH, Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, *Quinto Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio*, OEA/Ser.L/V/II.118, 29 diciembre 2003, párr. 303.



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

de la provisión de asistencia pública. Incluso ha sido abordado por la Corte IDH en relación con el agotamiento de los recursos internos por parte de personas indigentes. En los casos en los cuales la persona no se defiende a sí misma o no nombra defensor dentro del plazo establecido por la ley, ésta tiene el derecho a que el Estado le proporcione uno, que será remunerado o no según lo establezca la legislación interna. Es así como la CADH garantiza el derecho de asistencia legal. Pero como no ordena que la asistencia legal sea gratuita, un indigente se vería discriminado por razón de su situación económica si, requiriendo asistencia legal, el Estado no se la provee gratuitamente⁴⁰, lo cual a su vez importa una violación del artículo 8 del tratado si se puede probar que esa circunstancia afectó el debido proceso a que tiene derecho⁴¹.

La obligación del estado de proveer asistencia gratuita en casos de imposibilidad de costearla por la persona ha sido también acogida por el Comité de Derechos Humanos⁴².

- v) Accesibilidad: el derecho a la representación legal se hace efectivo cuando existen los medios para obtener esa representación legal⁴³, de lo contrario se estará ante una consagración teórica de un derecho que no puede ser ejercido en la práctica. Es importante insistir en la necesidad de que las personas detenidas cuenten con medios de comunicación, particularmente teléfonos, a través de los cuales puedan buscar asistencia legal. De la misma forma, es fundamental que se le garantice el acceso a las organizaciones no gubernamentales y defensores oficiales a los albergues o lugares donde se encuentran detenidas las personas migrantes⁴⁴.

- c) El derecho a ser asistido por un intérprete

USO OFICIAL


STELLA MARIS MARTÍNEZ
DEFENSORA GENERAL DE LA NACIÓN

⁴⁰ Cf. Corte IDH, *Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos* (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*), cit., párr. 25.

⁴¹ Ídem, párr. 27.

⁴² Cf. Comité de Derechos Humanos, *Fillastre, Bizouarn v. Bolivia*, Comunicación No. 336/1988, U.N. Doc. CCPR/C/43/D/336/1988 at 96 (1991), párr. 6(3).

⁴³ Cf. CIDH, *Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, Quinto informe de progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el hemisferio*, cit., párr. 303.

⁴⁴ Cf. CIDH, *Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, Cuarto informe de progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el hemisferio*, cit., párr. 371.

Uno de los factores que pueden agravar la vulnerabilidad de una persona migrante sometida a un proceso de expulsión es el desconocimiento del idioma en que éste se lleva a cabo. Ello así por cuanto si no se le garantiza el derecho a contar un intérprete, encontrará una barrera absoluta no sólo para comprender el proceso que se está incoando en su contra sino también para poder defenderse, comunicarse con su defensor y ofrecer su versión de los hechos.

Considerando que la lengua es el principal medio de comunicación en el proceso legal, la capacidad de la persona llevada a juicio para comprenderla y hablarla es crucial para la imparcialidad del proceso⁴⁵. Es primordial entonces, a los efectos de que el proceso reconozca y resuelva los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia y en aras de garantizar la igualdad de armas, que se provea un intérprete si el migrante no conoce el idioma del tribunal⁴⁶, conforme lo establece el artículo 8.2.a de la CADH. Sólo de esa manera el Estado asegurará el pleno acceso y capacidad de actuar de la persona en todas las etapas de la investigación y el juzgamiento⁴⁷.

Es preciso asegurar que el migrante entienda cabalmente los cargos que se le formulan y el contenido exacto de los derechos procesales que tiene a su disposición, teniéndose particularmente en cuenta que el lenguaje propio de un proceso judicial -en el que abundan los tecnicismos y términos ajenos al lenguaje cotidiano- puede incluso de por sí revestir alta complejidad para las personas que hablan el idioma oficial. Ello también debe tenerse presente en casos de migrantes de quienes pueda decirse que tienen “cierto dominio” del idioma. Muchas veces la comprensión de la lengua es ligeramente constatada por los agentes estatales al percibir que una persona puede establecer una conversación en el idioma oficial del tribunal. Esos rudimentos son generalmente adquiridos por los migrantes de manera informal -y muchas veces de manera autodidacta- a lo largo de su cotidiana interacción con el resto de las personas y suelen habilitarles a un intercambio coloquial básico. Sin embargo, el poder establecer una comunicación en situaciones cotidianas dista mucho de tener un dominio pleno del idioma que permita a la persona expresarse con la precisión y exactitud que requiere una defensa adecuada. Para ello, “es importante asegurar la traducción y explicación de

⁴⁵ Cf. Felming, Thomas M., “Right of accused to have evidence or court proceedings interpreted, because accused or other participant in proceedings is not proficient in the language used”, American Law Reports, 32 A.L.R.5th 149, párr. 1.

⁴⁶ Cf. Corte IDH, *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de noviembre de 2008, párr. 100 y CIDH, *Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio*, cit., párr. 99(b).

⁴⁷ Cf. Corte IDH, *Caso Fernández Ortega y Otros vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de agosto de 2010, párr. 230.



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

conceptos jurídicos a un idioma que el acusado entienda, a costa del Estado⁴⁸. Por ende, ante la duda, debe estarse por la provisión de un intérprete.

d) Principio de no devolución

Una de las garantías fundamentales que debe regir todo el proceso de expulsión de un migrante es el respeto al principio de no devolución -también conocido en su denominación en idioma francés, *non-refoulement*-.

Si bien no existe una única definición aceptada, puede decirse que, en términos generales, este principio prohíbe la expulsión o devolución de: a) una persona para ponerla en las fronteras de 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, independientemente de que se les haya otorgado o no oficialmente la condición de refugiado, ó b) una persona respecto de la cual haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes si acaso fuera expulsada o extraditada⁴⁹.

Este principio ha sido caracterizado como perteneciente al dominio del *ius cogens*⁵⁰, lo cual refuerza aún más el deber de todo estado de observarlo con especial diligencia. Sin embargo, tal como lo ponen de resalto ciertos autores⁵¹, la existencia de excepciones a este principio, incluso expresamente contempladas en instrumentos internacionales⁵², plantea algunos reparos con esta caracterización. Esta contradicción llama a un nuevo análisis de dichas cláusulas, o bien, considerarlas como tácitamente derogadas. Asimismo, otro sector de la doctrina, ha puesto de resalto que en la práctica, incluso los llamados derechos absolutos e inderogables son sometidos a un severo

USO OFICIAL

STELLA MARIS MARTÍNEZ
DEFENSORA GENERAL DE LA NACIÓN

⁴⁸ CIDH, *Informe Anual 1996*, 14 marzo 1997, párr. 92.

⁴⁹ Cf. ACNUR, *Conclusión General sobre la Protección Internacional N° 81 (XLVIII)*, 1997 (48° período de sesiones del Comité Ejecutivo), párr. (i).

⁵⁰ Cf. ACNUR, *Conclusión del Comité Ejecutivo Nro. 25*, 20 de octubre de 1982, párr. (b); Cançado Trindade, A. A., "Reflexiones sobre el desarraigo como problema de Derechos Humanos frente a la Conciencia jurídica Universal", en Cançado Trindade, A. A., Ruiz de Santiago, J., *La nueva dimensión de las necesidades de protección del ser humano en el siglo XXI*, 3ª edición, ACNUR, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Costa Rica, 2004, p. 29 y Garretón, R., "Principio de no devolución. Fuerza normativa, alcances, aplicación en los países no partes en la Convención", *10 años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados - Memoria del Coloquio Internacional*, San José, ACNUR/IIDH, 1995, p. 229.

⁵¹ Cf. Gortázar Rotaache, C., *Derecho de asilo y "no rechazo" del refugiado*, Universidad Pontificia Comillas, Dykinson, 1997, pp. 362 y 363 y Farmer, Alice, "Non-refoulement and Jus Cogens: limiting anti-terror measures that threaten refugee protection", *Georgetown Immigration Law Journal*, Vol. 23, No. 1, p. 2.

⁵² Específicamente, en el artículo 33.2 de la Convención de Naciones Unidas sobre el Estatuto del Refugiado de 1951.

escrutinio e interpretaciones restrictivas que pueden legitimar excepciones en la praxis cotidiana⁵³.

Para comprender cabalmente la operatividad de este principio y la necesidad de su plena aplicación a todo proceso de expulsión de migrantes es preciso examinar sus orígenes y su evolución en la jurisprudencia internacional.

La génesis del principio puede encontrarse en la órbita del Derecho Internacional de los Refugiados, específicamente consagrado en el artículo 33 de la Convención de Naciones Unidas sobre el Estatuto del Refugiado de 1951⁵⁴. Dicho artículo consagra la garantía en virtud de la cual los Estados se obligan a “no poner en modo alguno, ya sea por expulsión o devolución, a un refugiado en las fronteras de los territorios -de ahí el término *refouler*, en francés “devolver”, “hacer recular”- donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas”. Luego sería incorporado en diversos instrumentos internacionales en materia de protección de refugiados⁵⁵, pero paulatinamente se iría reconociendo su trascendencia más allá del ámbito de los peticionantes del reconocimiento de la condición de refugiado o quienes hubieran sido reconocido como tales, para transformarse en un principio consuetudinario aplicable en materia de derechos humanos a toda persona sujeta a la jurisdicción de un Estado que se pretenda expulsar o extraditar⁵⁶. En este sentido, Cançado Trindade ha analizado en profundidad la convergencia que ha existido entre el campo específico del Derecho Internacional de los Refugiados y el ámbito general del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Así, el principio de *non-refoulement*, identificado en el marco del primero como la prohibición del rechazo en frontera, pasó también a asociarse, en el marco del segundo, con la prohibición absoluta de la tortura y los tratos crueles,

⁵³ Cf. Pirjola, J., “Shadows in Paradise – Exploring Non-Refoulement as an Open Concept”, *International Journal of Refugee Law* (2007) 19(4), pp. 643, 657 y 659. Para un pormenorizado análisis de las tendencias interpretativas del principio del *non-refoulement*, reseñas de casos de aplicación concreta y estudio comparativo de posturas políticas al respecto se recomienda la lectura integral de este trabajo.

⁵⁴ Cf. Lauterpacht, E., Bethlehem, D., “The scope and content of the principle of non-refoulement: Opinion”, en Feller, E., Türk, V., Nicholson, F. (eds.), *Refugee Protection in International Law: UNHCR's global consultations on international protection*, Cambridge University Press, UNHCR, 2003, p. 90.

⁵⁵ *Inter alia*, Asamblea General de Naciones Unidas, *Declaración sobre el Asilo Territorial*, Res. 2312(XXII), Doc. A/6716 (1967), artículo 3; *Convención de la OUA por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los refugiados en África*, aprobada por la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno en su sexto período ordinario de sesiones, Addis Abeba, 10 de setiembre de 1969, artículo 2.3; *Declaración de Cartagena sobre Refugiados*, adoptada por el “Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios”, celebrado en Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984, conclusión 5ª y *The Addis Ababa Document on Refugees and Forced Population Displacements in Africa*, adoptada por el Simposio de la OUA/ACNUR sobre Refugiados y Desplazados Internos en África, 8 de setiembre de 1994, Addis Ababa, Etiopía, Recomendación Nro. 5.

⁵⁶ Cf. Asamblea General de las Naciones Unidas, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, cit., párrs. 124 y Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, *Discussion paper on expulsions of aliens in international human rights law*, Geneva, Setiembre de 2006, p. 2.



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

inhumanos o degradantes, revistiendo una naturaleza de tipo preventiva⁵⁷. De este modo, el principio de no devolución, garantía neurálgica de la que goza todo refugiado reconocido como tal, se irgue como protección a toda persona, y en especial respecto de quienes se les ha denegado su condición de refugiado.

Vale aquí destacar que la operatividad de este principio no se circunscribe al ámbito territorial de un estado⁵⁸. En otras palabras, se impone la obligación en cabeza de todo Estado, sea que la persona que se pretende expulsar o devolver se encuentre dentro de su territorio o en sus fronteras, e incluso vincula a los agentes estatales aun cuando se hallen fuera del territorio del estado⁵⁹. Este razonamiento no es más que la derivación lógica y necesaria del principio de la aplicación de las obligaciones estatales a las personas bajo su jurisdicción, como se ha mencionado anteriormente. Este punto reviste suma importancia por cuanto algunos estados pretenden eludir esta obligación devolviendo personas mediante la interceptación en altamar o cuando no han sido admitidas en su territorio⁶⁰.

En términos prácticos, para poder hacer operativa la garantía que ofrece el principio de no devolución, todo estado debe ofrecer una oportunidad razonable a las personas para que demuestren su condición de refugiado o para formular una petición de asilo, y si tal condición les fuera denegada, permitir que la persona presente las razones por las cuales teme ser torturada o recibir tratos crueles, inhumanos o degradantes de ser enviada a determinado país, incluyendo el de origen⁶¹. Asimismo, debe tenerse presente que tanto la jurisprudencia europea como la interamericana han avanzado en la interpretación de lo que puede asimilarse a los tratos crueles de los que deberá protegerse al migrante a deportar, contemplando no sólo actos eventualmente atribuibles a agentes estatales, terceros particulares y, más interesante aún, la deportación de una persona a un país donde no podrá proseguir con el tratamiento de una enfermedad grave.

Numerosos instrumentos internacionales de derechos humanos consagran de manera explícita el principio de *non-refoulement*, entre los que se pueden mencionar los siguientes:

⁵⁷ Cf. Cançado Trindade, A. A., "Reflexiones sobre el desarraigo como problema de Derechos Humanos frente a la Conciencia jurídica Universal", cit., p. 59.

⁵⁸ Cf. ACNUR, *Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967*, 26 de enero de 2007, párrs. 24 y ss. y *Background Note on the Protection of Asylum-Seekers and Refugees Rescued at Sea* (Final version, including Annexes), 18 de marzo de 2002, párr. 18.

⁵⁹ Cf. Cases and Comment, "The Haitian Refoulement Case: A Comment", *International Journal of Refugee Law*, Vol. 6, No. 1, 1994, p. 105 y Lauterpacht, E., Bethlehem, D., ob. cit., p. 160.

⁶⁰ Cf. CIDH, Informe No. 51/96, Caso 10.675, *Comité Haitiano de Derechos Humanos y otros vs. Estados Unidos*, 13 de marzo de 1997, OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. at 550 (1997), párrs. 71 y 182.

⁶¹ Cf. CIDH, Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, *Quinto Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio*, cit., párr. 278.

USO OFICIAL

STELLA MARIS MARTÍNEZ
DEFENSORA GENERAL DE LA NACIÓN

- i) Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes -en base al artículo 3.1 de este instrumento el Comité contra la Tortura resolvió, entre otros, los casos *Tahir Hussain Khan vs. Canada*⁶², *Balabou Mutombo vs. Suiza*⁶³ y *A. vs. Países Bajos*⁶⁴, desarrollando un *test* a tener en cuenta al momento de determinar la posible existencia a una violación del principio del *non-refoulement*, enfatizando el enfoque subjetivo que debe darse al análisis de las circunstancias imperantes en el Estado al cual se pretende deportar a una persona. El Comité verificó en cada caso: i) la situación general de los derechos humanos en el país -aunque, valga aclarar, la existencia de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos no es, de por sí, suficiente⁶⁵-; ii) las circunstancias personales del autor de la denuncia o comunicación, quien debe estar personalmente en peligro de ser sometido a tortura en el país al que fuera devuelto⁶⁶; y iii) si acaso existe peligro de concreto tortura, como consecuencia “previsible y necesaria” de la devolución⁶⁷. Asimismo, en el caso *Gorki Ernesto Tapia Paez vs. Suecia*, el Comité dejó en claro que el principio del *non-refoulement* es absoluto y no admite excepciones⁶⁸.
- En lo que respecta al nivel de prueba que debe producir la persona que se pretende deportar, el Comité ha determinado a lo largo de su jurisprudencia que el riesgo de tortura debe presentarse más allá de la

⁶² Comité contra la Tortura, *Tahir Hussain Khan vs. Canada*, Comunicación No. 15/1994, U.N. Doc. A/50/44 (1994).

⁶³ Comité contra la Tortura, *Mutombo vs. Suiza*, Comunicación No. 13/1993, CAT/C/12/D/13/1993.

⁶⁴ Comité contra la Tortura, *A. vs. Países Bajos*, Comunicación No. 91/1997, U.N. Doc. CAT/C/21/D/91/1997 (1998).

⁶⁵ *Inter alia*, Comité contra la Tortura, *A.A. y otros vs. Suiza*, Comunicación No. 285/2006, U.N. Doc. CAT/C/41/D/285/2006 (2008), párr. 7(2); *X. vs. Australia*, Comunicación No. 324/2007, U.N. Doc. CAT/C/42/D/324/2007 (2009), párr. 7(3) y *N.P. vs. Australia*, Comunicación No. 106/1998, U.N. Doc. CAT/C/22/D/106/1998 (1999), párr. 6(4).

⁶⁶ Así, por ejemplo, el Comité consideró que no había sustento suficiente para la aplicación del *non-refoulement* una petición en la que la persona alegaba que al ser deportado a los Estados Unidos de América donde sería encarcelado, estaría expuesto a las condiciones de violencia, mal trato a minorías raciales y la falta de implementación de medidas concretas contra la perpetración de abusos sexuales en los presidios estadounidenses. En esos términos, el Comité consideró que los elementos presentados describían una situación de natural *general* y no existía constancia alguna de que sería personalmente afectado por ese estado de cosas. Cf. Comité contra la Tortura, *L.J.R. v. Australia*, Comunicación No. 316/2007, U.N. Doc. CAT/C/41/D/316/2007 (2008), párr. 7(5).

⁶⁷ Cf. Comité contra la Tortura, *S. P. A. vs. Canada*, Comunicación No. 282/2005, U.N. Doc. CAT/C/37/D/282/2005 (2006), párr. 7(7) y *A. R. vs. Países Bajos*, Comunicación No. 203/2002, U.N. Doc. CAT/C/31/D/203/2002 (2003), párr. 7(6).

⁶⁸ Cf. Comité contra la Tortura, *Gorki Ernesto Tapia Paez vs. Suecia*, Comunicación No. 39/1996, U.N. Doc. CAT/C/18/D/39/1996 (1997), párr. 14.5.



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

teoría o la mera sospecha⁶⁹. Adicionalmente, se ha aclarado que no es necesario demostrar que el riesgo es muy probable⁷⁰.

ii) Convención Americana sobre Derechos Humanos

La CADH consagra explícitamente en su artículo 22.8 el derecho de todo migrante a no ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de su raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.

Si bien la Corte IDH no ha desarrollado jurisprudencialmente el contenido específico de este inciso, la CIDH ha hecho referencia a este principio en muchos de sus informes anuales y temáticos y ha recibido peticiones -en muchas ordenando medidas cautelares- sobre situaciones donde estaba en juego el principio del *non-refoulement*, en ocasiones con base en disposiciones en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Entre los informes más destacados pueden mencionarse:

- a) *Informe Anual 1984-1985*: la CIDH hizo un temprano llamamiento a fin de que los Estados reconocieran y respetaran el principio de no-devolución como principio del *ius cogens*, tal como fuera consagrado en la Declaración de Cartagena de 1984. Recomendó además extender el ámbito de protección de este principio para incluir “a personas que huyen de situaciones generalizadas de violencia”⁷¹;
- b) *Caso de la Interdicción de Haitianos (1993/1996)*: en 1993 la CIDH decretó medidas cautelares y exhortó a los Estados Unidos de América a revisar, con carácter urgente, su práctica de detener en alta mar navíos en los que viajaban haitianos y hacerlos regresar a Haití. Asimismo, le instó a tomar medidas para que los haitianos que ya se encontraban en los Estados Unidos de América no fueran devueltos a Haití sin que se establezca si tienen derecho a ser calificados como refugiados⁷². Adicionalmente, en su informe sobre el fondo del asunto, encontró que el Estado actuó en contravención del principio

USO OFICIAL


STELLA MARIS MARTÍNEZ
DEFENSORA GENERAL DE LA NACIÓN

⁶⁹ *Inter alia*, Comité contra la Tortura, *X. vs. Australia*, Comunicación No. 324/2007, cit., párr. 7(4).

⁷⁰ Cf. Comité contra la Tortura, *Observación general N° 1: Aplicación del artículo 3 en relación con el artículo 22 de la Convención*, A/53/44, 16° período de sesiones (1996), párr. 6. Dicha observación contiene además un cuestionario modelo sugerido para determinar los elementos que deberían constar en el acervo probatorio (párr. 7).

⁷¹ CIDH, *Informe Anual 1984-1985*, Apartado IV - “Desplazamientos humanos en la región y protección de refugiados”, párrafos sin numeración.

⁷² Cf. CIDH, *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Haití*, 11 febrero 1994, párr. 304.

del *non-refoulement* y lo declaró responsable por la violación del derecho a la vida, el derecho a la libertad y seguridad de la persona, el derecho de igualdad de la persona, el derecho a recurrir a los tribunales y el derecho a buscar y recibir asilo. La CIDH recomendó al Estado proveer indemnización apropiada para las víctimas por las anteriores violaciones⁷³;

- c) *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* (2000): la CIDH señaló que “la prohibición de la tortura como norma de derecho imperativo -codificada en la Declaración Americana de manera general y en el artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura en el contexto de la expulsión- se aplica más ampliamente que los términos de la Convención de 1951”. Además, hizo una referencia tangencial al tema del terrorismo afirmando que “el hecho de que se sospeche o considere que una persona está relacionada con el terrorismo no modifica la obligación del Estado de abstenerse de devolverla en los casos en los cuales existen elementos substanciales que indiquen la existencia de un verdadero riesgo de trato inhumano”⁷⁴;
- d) *Nacionales Colombianos en Panamá* (2003): la CIDH analizó la garantía del derecho de no devolución de los ciudadanos colombianos que se encontraban en la zona del Darién panameño que habrían sido objeto de operaciones de repatriación por parte del Gobierno panameño. Recibió una solicitud de medidas cautelares en relación con dichos ciudadanos y, en particular, sobre seis personas que se encontraban en territorio panameño bajo el control de las autoridades, entre quienes se encontraban 3 menores de edad -que habrían sido separados de sus padres cuando éstos fueron expulsados a Colombia-. El 25 de abril de 2003, la CIDH otorgó medidas cautelares a favor de estas seis personas y solicitó al Estado establecer el paradero de dos personas y adoptar medidas para salvaguardar su integridad, establecer el paradero de las tres niñas, proteger su seguridad y salud, y asegurar la reunificación con sus padres, y garantizar el derecho de

⁷³ Cf. CIDH, Informe No. 51/96, cit.

⁷⁴ 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., párr. 154.



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

no devolución del que gozan las personas de nacionalidad colombiana en las comunidades mencionadas⁷⁵;

- e) *Caso de Andrea Mortlock* (2005): éste es uno de los casos más ricos en la jurisprudencia de la CIDH en relación con el principio del *non-refoulement*. El 19 de agosto de 2005, dictó medidas cautelares a favor de esta mujer jamaicana de 41 años detenida en la Cárcel de New Jersey, Estados Unidos de América. Adicionalmente, en julio de 2008 emitió su informe sobre la admisibilidad y el fondo del asunto⁷⁶. La señora Mortlock había vivido en los Estados Unidos de América desde 1970 y en 1989 fue diagnosticada con VIH/SIDA y sufría de varias enfermedades graves relacionadas, tales como neuropatía y agotamiento extremo. Afrontaba el riesgo inminente de ser deportada a Jamaica sumado al hecho de que su vida e integridad personal corrían peligro porque muchas de las drogas que estaba recibiendo no estaban disponibles en aquel país. Además, allí corría el riesgo de no recibir tratamiento médico alguno, ser discriminada por su enfermedad y que se le negara el acceso a transporte público y privado, e incluso de ser víctima de violencia física. Por todas esas razones, la CIDH entendió que deportarla conscientemente “sería violatorio de sus derechos y constituiría una sentencia *de facto* a un sufrimiento prolongado y una muerte prematura”⁷⁷.

USO OFICIAL

Asimismo, existen otros instrumentos internacionales que, si bien no consagran este principio de manera explícita, la labor hermenéutica llevada a cabo por sus órganos de aplicación ha llevado a su incorporación por vía de interpretación dinámica. Entre ellos, se pueden destacar los siguientes:

- i) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

En 1986 el Comité de Derechos Humanos emitió una Observación General en la que cautamente expresó que el Pacto podría aplicarse a casos de circulación y residencia de migrantes cuando hubiera cuestiones de discriminación o vida familiar⁷⁸. Algunos años más tarde, entendió que el artículo 7 -que consagra el derecho a no ser sometido a tortura- lleva implícita la prohibición de exponer a una persona a tortura, tratos crueles,

⁷⁵ Cf. CIDH, Informe Anual 2003, 29 diciembre 2003, Capítulo III, párr. 61.

⁷⁶ CIDH, Informe No. 63/08, Caso 12.534, Admisibilidad y Fondo, *Andrea Mortlock vs. Estados Unidos*, 25 de julio de 2008.

⁷⁷ Idem, párr. 94.

⁷⁸ Cf. Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 15*, cit., párr. 5.

inhumanos o degradantes en casos de extradición, deportación o devolución⁷⁹. En esta línea, estableció por primera vez en el caso *Kindler vs. Canadá*, que si un estado remueve a una persona de su jurisdicción para ponerla bajo la de otro estado en el que corra riesgo real de que sus derechos consagrados en el Pacto fueran vulnerados, entonces ese estado expulsor violaría el Pacto⁸⁰. Esta interpretación fue confirmada en los casos *Judge v. Canada* -en relación con la extradición de una persona a un país donde le sería impuesta la pena de muerte⁸¹- y *C. v. Australia* -en relación con la expulsión de una persona a Irán, donde su enfermedad no podría ser tratada⁸²-.

ii) Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial

El Comité contra la Discriminación Racial ha emitido una Recomendación General en la que se refirió a los aspectos propios de su competencia en relación a expulsión de migrantes. En este sentido, puso de manifiesto que los regímenes migratorios no deben establecer diferencias con base en la etnia de los migrantes y llamó a la estricta observancia del principio de no devolución⁸³. Asimismo, hizo referencia a la garantía contra las expulsiones colectivas, al derecho de recurrir las órdenes de expulsión y a las posibles interferencias con la vida familiar de los migrantes asentados en un estado por un prolongado período de tiempo, cuestiones que se analizarán más adelante en detalle.

iii) Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales

El TEDH ha desarrollado una vasta jurisprudencia en torno al principio de no devolución a partir del caso *Soering Vs. Reino Unido*⁸⁴, donde compartió la posición previamente adoptada por la Comisión Europea de Derechos Humanos⁸⁵ en relación a que la extradición de una persona

⁷⁹ Cf. Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 20: Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, 3 de abril de 1992, párr. 9.

⁸⁰ Cf. Comité de Derechos Humanos, *Kindler vs Canadá*, CCPR/C/48/D/470/1991, 5 de noviembre de 1993, párr.13(2).

⁸¹ Cf. Comité de Derechos Humanos, *Judge v. Canada*, CCPR/C/78/D/1086/2002, 4 de agosto de 2003, párr. 10(9).

⁸² Cf. Comité de Derechos Humanos, *C. v. Australia*, CCPR/C/76/D/990/1999, 28 de octubre de 2002, párr. 8(5). Nótese que esta decisión lleva una fuerte opinión disidente de los miembros Ando, Klein y Yalden respecto de las consideraciones sobre qué debe entenderse como *base suficiente* para considerar procedente la aplicación del *non-refoulement*.

⁸³ Cf. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Recomendación General No. 30: La Discriminación contra los no ciudadanos*, 1º de Octubre de 2004, párr.27.

⁸⁴ Cf. TEDH, *Soering vs. Reino Unido*, Sentencia del 7 de julio de 1989.

⁸⁵ Cf. Comisión Europea de Derechos Humanos, *Altun vs. República Federal Alemana*, Aplicación 10308/83, Decisión del 3 de mayo de 1983, págs. 219 y 232; *M. vs Francia*, Aplicación 10078/82,



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

puede comprometer la responsabilidad del Estado cuando existen serias razones para creer que la persona será sometida, en el país al cual se lo envía, a tratos contrarios al artículo 3 del Convenio Europeo que consagra la prohibición de tortura y tratos inhumanos y degradantes⁸⁶. Asimismo, el TEDH consideró que entraría en colisión con el artículo 6 del Convenio -que consagra las garantías del debido proceso- el hecho de que se extradite a una persona a un Estado en el que haya sufrido o corra el riesgo de sufrir una denegación flagrante de las garantías mínimas del debido proceso⁸⁷, estándar que fue retomado en numerosos casos subsiguientes⁸⁸.

Si bien este primer caso giraba en torno a un proceso de extradición, el TEDH tuvo la oportunidad de dejar en claro que el estándar era de aplicabilidad en casos de deportación tanto en lo que se refiere a una eventual violación del artículo 3⁸⁹, como del artículo 6 del Convenio⁹⁰.

En *Chahal vs. Reino Unido*, el TEDH abordó la cuestión del *non-refoulement* como derecho absoluto, reconociendo expresamente que el artículo 3 del Convenio Europeo ofrece una protección más amplia que el artículo 33 de la Convención de 1951, por cuanto no admite excepciones. En este sentido, rechazó la postura británica sobre la existencia de excepciones implícitas basadas en razones de seguridad nacional⁹¹ y afirmó que las actividades en las que haya participado la persona a la que se pretende expulsar, por más indeseables o peligrosas que sean, no pueden ser tenidas en cuenta como elemento para flexibilizar la protección absoluta contra la tortura y los tratos inhumanos y degradantes⁹². De esta manera, constatada fehacientemente la existencia

STELLA MARIS MARTÍNEZ
DEFENSORA GENERAL DE LA NACIÓN

USO OFICIAL

Decisión del 13 de diciembre de 1984, págs. 111 y 120; *Kirkwood v. Reino Unido*, Aplicación 10479/83, Decisión del 12 de marzo de 1984, págs. 173 y 205.

⁸⁶ Cf. TEDH, *Soering vs. Reino Unido*, cit., párr. 91.

⁸⁷ Ídem, párr. 113.

⁸⁸ TEDH, *Mamatkulov y Abdurasulovic vs. Turquía*, Sentencia del 6 de febrero de 2003, párr. 85; *Bader y Kanbor vs. Suecia*, Sentencia del 8 de noviembre de 2005, párr. 42; *Ismoilov y otros vs. Rusia*, Sentencia del 24 de abril de 2008, párr. 100 y *Baysakov y otros vs. Turquía*, Sentencia del 18 de febrero de 2010, párr. 61.

⁸⁹ Cf. TEDH, *Cruz Varas y otros vs. Suecia*, Sentencia del 20 de marzo de 1991, párr. 70; *Vilvarajah y otros vs. Reino Unido*, Sentencia del 30 de octubre de 1991 y *Chahal vs. Reino Unido*, Sentencia del 15 de noviembre de 1996, párr. 74.

⁹⁰ Cf. TEDH, *Muminov vs. Rusia*, Sentencia del 11 de diciembre de 2008, párr. 130.

⁹¹ Cf. TEDH, *Chahal vs. Reino Unido*, cit., párrs. 75 y 76.

⁹² Ídem, párr. 80.

del riesgo, no hay cabida para sopesar si cuestiones de seguridad nacional justificarían aun así la expulsión⁹³.

Adicionalmente, en *H.R.L. vs. Francia* el TEDH tuvo la oportunidad de ampliar el ámbito de protección de esta garantía al considerar que el riesgo de sufrir tortura o trato inhumano puede provenir de terceros particulares. En tales casos, además de probar la existencia de tal riesgo, se debe demostrar la imposibilidad del Estado de poder garantizar la seguridad de la persona en cuestión⁹⁴.

En lo que hace a los requisitos establecidos por el TEDH para la evaluación y constatación del riesgo que correrá la persona en el país de destino, se pueden identificar los siguientes aspectos más salientes:

- i) El análisis del riesgo debe hacerse a la luz de la jurisprudencia del Tribunal en materia de tortura y tratos inhumanos y degradantes⁹⁵;
- ii) El trato inhumano debe presentar cierto grado de severidad para caer dentro del espectro del artículo 3 y su análisis será relativo, teniendo en consideración las condiciones personales de la persona y del caso concreto⁹⁶;
- iii) La mera posibilidad de que la persona encuentre un riesgo eventual no satisface el estándar probatorio requerido⁹⁷;
- iv) Corresponde, en primer lugar, a la presunta víctima arrimar los elementos de convicción necesarios para probar que, de ser adoptada la medida de expulsión, será expuesta a un riesgo real de sufrir tratos contrarios al artículo 3 del Convenio⁹⁸. Si la persona aporta elementos de prueba que hacen referencia a un cuadro general, debe poder probar que esa situación le afectará *personalmente* mediante otros medios de prueba⁹⁹;
- v) En caso de duda, debe estarse por la credibilidad de la prueba y los testimonios ofrecidos por la persona en cuestión. Empero, cuando la información presentada ofrezca razones considerables para poner en tela

⁹³ Idem, párr. 81.

⁹⁴ Cf. TEDH, *H.R.L. vs. Francia*, Sentencia del 29 de abril de 1997, párr. 40 y *Ammari vs. Suecia*, Decisión sobre la admisibilidad del 22 de diciembre de 2002, s/n.

⁹⁵ Cf. TEDH, *Mamatkulov y Askarov vs. Turquía*, Sentencia del 4 de febrero de 2005, párr. 67 y *Elmuratov vs. Rusia*, Sentencia del 3 de marzo de 2011, párr. 76.

⁹⁶ Cf. TEDH, *Hilal vs. Reino Unido*, Sentencia del 6 de marzo de 2001, párr. 60.

⁹⁷ Cf. TEDH, *Vilvarajah y otros vs. Reino Unido*, cit., párr. 111; *Saadi vs. Italia*, Sentencia del 28 de febrero de 2008, párr. 131 y *N.M. y M.M. vs. Reino Unido*, Decisión sobre la admisibilidad del 25 de enero de 2011, párr. 66.

⁹⁸ Cf. TEDH, *Saadi vs. Italia*, cit., párr. 129.

⁹⁹ Idem, párr. 131 y *Mamatkulov y Askarov vs. Turquía*, cit., párr. 73.



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

de juicio su credibilidad, la persona deberá poder explicar satisfactoriamente los diferendos y discrepancias que surjan en su caso¹⁰⁰;

vi) En algunos casos, la coexistencia de inferencias concretas, claras y concordantes o de presunciones de hecho no controvertidas pueden ser prueba suficiente para acreditar el riesgo¹⁰¹. Aportada prueba suficiente, opera una inversión del *onus probandi*, quedando en cabeza del Estado que pretende deportar el desvirtuar la prueba arrimada¹⁰²;

vii) El análisis de la situación debe encontrar sustento en documentos del Estado en cuestión y documentos internacionales de fuentes confiables tales como las agencias de Naciones Unidas u organizaciones no gubernamentales de renombre¹⁰³;

viii) La fecha crítica a tomar en consideración para el análisis será el momento mismo en el que se sopesa la cuestión -examen *ex nunc*-. Si bien las situaciones pasadas pueden arrojar cierta luz respecto de las perspectivas de cambio o no, lo cierto es que no se puede determinar la existencia del riesgo en relación con situaciones que no se lucen en el presente¹⁰⁴;

ix) La existencia de un cuadro generalizado de violencia en un Estado determinado puede ser prueba suficiente para la aplicación del principio si acaso la persona puede demostrar que estará en riesgo con el solo hecho de ser expuesto a esa violencia¹⁰⁵;

x) El análisis debe hacerse en relación a todo el territorio del Estado sin circunscribirse a una zona conocida como conflictiva¹⁰⁶.

De particular interés resulta el caso *D. vs. Reino Unido*¹⁰⁷, en relación con el trato inhumano que significaría la deportación a San Cristobal y Nieves de un hombre que padecía VIH/SIDA.

Además, es interesante destacar el caso *N. vs. Suecia* en el que se tuvo en cuenta el maltrato doméstico que recibiría una mujer afgana en caso de ser deportada, por cuanto, si bien no había prueba concreta del *riesgo personal y concreto* de la peticionante, se sopesó el patrón de sumisión de

¹⁰⁰ Cf. TEDH, *F.H. vs. Suecia*, Sentencia del 5 de junio de 2009, párr. 95.

¹⁰¹ Cf. TEDH, *Shamayev y otros vs. Rusia y Georgia*, Sentencia del 12 de abril de 2005, párr. 338.

¹⁰² Cf. TEDH, *NA. vs. Reino Unido*, Sentencia del 17 de julio de 2008, párr. 111 y *Garayev vs. Azerbaiyán*, Sentencia del 10 de junio de 2010, párr. 69.

¹⁰³ Cf. TEDH, *Garabayev vs. Rusia*, Sentencia del 7 de junio de 2007, párr. 74.

¹⁰⁴ Cf. TEDH, *Salah Sheekh vs. Países Bajos*, Sentencia del 11 de enero de 2007, párr. 136.

¹⁰⁵ Cf. TEDH, *S.S. y otros vs. Dinamarca*, Sentencia del 20 de enero de 2011, párr. 86.

¹⁰⁶ Cf. TEDH, *Chahal vs. Reino Unido*, cit., párr. 98.

¹⁰⁷ Cf. TEDH, *D. vs. Reino Unido*, cit.

STELLA MARIS MARTÍNEZ
DEFENSORA GENERAL DE LA NACIÓN

USO OFICIAL

las mujeres fuertemente arraigado en la sociedad afgana y el hecho de que en aquel país la violencia contra las mujeres es considerada parte de la cultura y no es perseguida penalmente por el Estado¹⁰⁸.

En relación al denominado “*refoulement indirecto*”, resulta de interés el fallo *M.S.S. vs. Bélgica y Francia*¹⁰⁹. En esta decisión, el TEDH encontró, por primera vez, una violación al principio de no devolución por el hecho de que un estado haya devuelto a una persona -un peticionante de refugio afgano cuya solicitud había sido rechazada- hacia otro estado en el que sería subsiguientemente devuelto a Afganistán. Si bien el TEDH había abordado esta cuestión en decisiones anteriores¹¹⁰, en todas ellas descartó la responsabilidad internacional del primer estado que devuelve, por cuanto -en ausencia de prueba en contrario-, no podía presumirse sin más que el estado al que estaba siendo deportada la persona no daría fiel cumplimiento a sus obligaciones respecto de la tramitación de su petición de asilo o que violaría el principio de *non-refoulement*. Sin embargo, en *M.S.S.*, el TEDH tomó en consideración una extensa lista de informes nacionales e internacionales sobre la situación de los peticionantes de refugio en Grecia que daban cuenta de violaciones sistemáticas a los estándares internacionales de cumplimiento en materia de refugiados en dicho estado. Así, el TEDH concluyó que, al momento de expulsar a la persona de Bélgica, los agentes belgas sabían o deberían haber sabido que en Grecia no contaría con las garantías mínimas de que su petición de asilo fuera seriamente considerada por las autoridades¹¹¹. Por último, resulta importante destacar que el TEDH puso en cabeza del Estado el deber de constatar la situación en el país de destino, rechazando el argumento belga de que el peticionante no habría alegado tal situación en sede interna¹¹².

iv) Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos

De manera similar a la interpretación europea, la Comisión Africana ha entendido que el artículo 5 de la Carta que prohíbe la tortura, los tratos

¹⁰⁸ Cf. TEDH, *N. vs. Suecia*, Sentencia del 20 de julio de 2010.

¹⁰⁹ Cf. TEDH, *M.S.S. vs. Bélgica y Grecia*, cit.

¹¹⁰ Cf. TEDH, *K.R.S. vs. Reino Unido*, cit., s/n y *T.I. vs. Reino Unido*, cit.

¹¹¹ *Idem*, párr. 359.

¹¹² *Íbidem*.



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

inhumanos y degradantes lleva implícita la garantía de la no devolución¹¹³.

- e) El derecho a la protección de la vida privada y familiar como límite a la potestad soberana de los Estados de expulsar migrantes

Una de las fases de la vigencia plena de los derechos humanos reconocidos en distintos instrumentos de derecho internacional consiste en que éstos actúen como un límite al poder discrecional de los estados. En este sentido, los derechos a la protección de la vida familiar y el respeto por la vida privada actúan como límite al momento de considerar la posibilidad de expulsar una persona¹¹⁴.

La Corte IDH no ha tenido aún oportunidad de expedirse en su jurisprudencia contenciosa sobre las injerencias a la vida privada y familiar que puede generar específicamente la expulsión de un migrante. Sin embargo, la CIDH ha abordado la cuestión en el caso *Wayne Smith, Hugo Armendariz y otros vs. Estados Unidos*, donde receptó los desarrollos jurisprudenciales del TEDH y del Comité de Derechos Humanos poniendo de resalto que, al momento de aplicar sus políticas migratorias, los estados deben llevar a cabo una prueba de equilibrio en la cual se sopesa el interés legítimo del estado de proteger y promover el bienestar general con respecto a los derechos fundamentales de los residentes no ciudadanos, tales como el derecho a la vida privada y familiar¹¹⁵. Esta prueba de equilibrio, sostiene la CIDH, “es el único mecanismo que se puede utilizar para lograr una decisión justa que contemple tanto los derechos humanos del individuo como las necesidades fijadas por el Estado”¹¹⁶. Este método tiene además la virtualidad de garantizar que, cuando la toma de decisiones implique la potencial separación de una familia, esta interferencia sea justificada por una “necesidad apremiante” de proteger el orden público y que los medios son proporcionales al fin buscado¹¹⁷. Para ello deberá atenderse a una lista no exhaustiva de criterios a tener en cuenta al momento de decidir sobre la expulsión de una persona.

USO OFICIAL

STELLA MARIS MARTÍNEZ
DEFENSORA GENERAL DE LA NACIÓN

¹¹³ Comisión Africana de Derechos Humanos, *Modise v. Botswana*, Comunicación 97/93 (1997 y 2000), párr. 91.

¹¹⁴ Cf. van Djik, P., “Protection of ‘integrated’ aliens against expulsion under The European Convention on Human Rights”, en Guild, Elspeth y Minderhoud, Paul (eds), *Security of residence and expulsion: protection of aliens in Europe*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2001, p. 24 y Comité de Derechos Humanos, *Winata v. Australia*, CCPR/C/72/D/930/2000, 21 July 2001, para.7(1).

¹¹⁵ Cf. CIDH, Informe No. 81/10, cit., párr. 51.

¹¹⁶ Ídem, párr. 58.

¹¹⁷ Cf. 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., párr. 166.

Esta enumeración surge, en gran medida, de los avances jurisprudenciales del TEDH, que en cada caso realiza un análisis de la legitimidad de la medida, la necesidad de la misma en una sociedad democrática y su proporcionalidad.

Entre dichos criterios -no taxativos- se pueden destacar los siguientes:

- i) La duración de la estadía del migrante en el país que pretende deportarlo: deberán ser más contundentes los argumentos para justificar la expulsión de migrantes que cuenten con una estancia prolongada en el país que pretende deportarlos¹¹⁸, incluso si esta estancia ha sido de manera irregular¹¹⁹;
- ii) La edad que tenía el migrante cuando ingresó al país que pretende deportarlo y el alcance de los vínculos del migrante en su país de origen: la prueba de equilibrio sopesa las posibilidades del migrante a poder restablecer y/o recomenzar su vida en su país de origen o en un tercer estado. Es decir, si el migrante ha ingresado al país que pretende deportarlo a una corta edad es altamente probable que se haya educado, adquirido la cultura y el idioma de ese país¹²⁰. Por ello, cuanto menor sea la edad del ingreso, mayores son las posibilidades de que sus vínculos con el país de origen sean mínimos o inexistentes, lo cual puede llegar a resultar un obstáculo infranqueable para poder restablecerse;
- iii) La capacidad del migrante para hablar los idiomas principales de su país de origen: íntimamente relacionado con el criterio anterior, las posibilidades de readaptarse del migrante serán extremadamente difíciles si no hablara el idioma de su país de origen o del país al cual será deportado¹²¹;
- iv) Los vínculos familiares forjados por el migrante: criterio por antonomasia que debe analizarse cuidadosamente al momento de sopesar la injerencia, atendiendo siempre al concepto amplio de familia¹²². Ésto hará necesario considerar vínculos que exceden la órbita de la familia nuclear clásica, incluso abarcando noviazgos prolongados¹²³;

¹¹⁸ Cf. TEDH, *Berrehab vs. Países Bajos*, Sentencia del 21 de junio de 1988, párr. 29 y *Maslov vs. Austria*, Sentencia del 23 de junio de 2008, párr. 73.

¹¹⁹ Cf. TEDH, *Zakayev y Safanova vs. Rusia*, Sentencia del 11 de febrero de 2010, párr. 42 y *Rodriguez Da Silva vs. Países Bajos*, Sentencia del 31 de enero de 2006, párr. 44.

¹²⁰ Cf. TEDH, *Üner vs. Países Bajos*, Sentencia del 18 de octubre de 2006, párr. 58; *Maslov vs. Austria*, cit., párr. 75 y *Ezzouhdi vs. Francia*, Sentencia del 13 de febrero de 2001, párr. 34.

¹²¹ Cf. TEDH, *Maslov vs. Austria*, cit., párr. 97 y *Nasri vs. Francia*, Sentencia del 13 de julio de 1995, párr. 45.

¹²² Cf. TEDH, *Berrehab vs. Países Bajos*, cit., párr. 21.

¹²³ Cf. TEDH, *Khan A.W. vs. Reino Unido*, Sentencia del 12 de enero de 2010, párr. 44 y *Lupsa vs. Rumania*, cit., párr. 21.



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

- v) El alcance de las penurias que constituye la deportación del migrante para su familia¹²⁴: este criterio incorpora al análisis el grado de afectación que sufrirá la familia a raíz de la expulsión de uno de sus miembros, considerando cuáles serían las consecuencias en sus dos fases posibles:
- a) Si permanecieran a pesar de la expulsión de dicho familiar, deberá analizarse el grado de dependencia que ostentan los familiares respecto del integrante del cual serán separados¹²⁵, teniendo en cuenta la edad de los hijos¹²⁶, la existencia de situaciones especiales de dependencia, como en el caso de niños de corta edad¹²⁷, enfermedades¹²⁸, etc.
- b) Si decidieran acompañar al familiar expulsado, deberán examinarse los vínculos de los familiares del migrante que se pretende expulsar con el país al cual sería expulsado. Vale decir, si los familiares fueran completamente extraños y ajenos a la cultura e idioma de ese país y carecieran de todo vínculo con otras personas, entonces mayores serán las penurias que deberán enfrentar si acaso debieran acompañar a su familiar expulsado¹²⁹;
- vi) La naturaleza y severidad del delito (o los delitos) cometido(s) por el migrante: cuando la expulsión de un migrante tiene como antecedente de hecho la comisión de un delito -en algunos estados la mera irregularidad migratoria está contemplada en el ámbito penal-, debe analizarse la gravedad del delito. Cuanto menos grave sea el delito, mayores serán los argumentos que se necesitarán para justificar la expulsión. En este sentido, si bien algunos estados prevén expresamente en su legislación interna cuáles son los delitos que consideran “particularmente graves” -y con ello pretender justificar la deportación por la mera corroboración en la comisión de dicho delito-, deben poder analizarse las circunstancias propias de cada caso concreto, con sus circunstancias atenuantes -como puede ser la salud mental del migrante¹³⁰- y agravantes. En este sentido, no pueden extraerse parámetros prefijados para determinar la gravedad de

USO OFICIAL


STELLA MARIS MARTÍNEZ
DEFENSORA GENERAL DE LA NACIÓN

¹²⁴ Cf. Comité de Derechos Humanos, *Madafferi v. Australia*, CCPR/C/81/D/1011/2001, 26 July 2004, para.9(8).

¹²⁵ Cf. TEDH, *Zakayev y Safanova vs. Rusia*, cit., párr. 45.

¹²⁶ Cf. TEDH, *Berrehab vs. Países Bajos*, cit., párr. 29.

¹²⁷ Cf. TEDH, *Lupsa vs. Rumania*, cit., párr. 27.

¹²⁸ Cf. TEDH, *Zakayev y Safanova vs. Rusia*, cit., párr. 46 y *Khan A.W. vs. Reino Unido*, cit., párr. 43.

¹²⁹ Cf. TEDH, *Üner vs. Países Bajos*, cit., párr. 64; *Amrollahi vs. Dinamarca*, Sentencia del 11 de julio de 2002, párr. 41; *Omojudi vs. Reino Unido*, Sentencia del 24 de noviembre de 2009, párr. 46 y *Boultif vs. Suiza*, Sentencia del 2 de agosto de 2001, párr. 53.

¹³⁰ Cf. TEDH, *Nasri vs. Francia*, cit., párr. 43.

los delitos y su correlación con la justificación de la deportación por cuanto existen antecedentes en los que, aun habiéndose probado la comisión de delitos que pueden considerarse “graves”, como lo son los delitos contra la integridad sexual¹³¹ o el comercio o importación de estupefacientes¹³², el TEDH entendió que no estaba probada la necesidad apremiante del Estado para deportarlos;

- vii) La edad del migrante en el momento que cometió el delito: este elemento puede considerarse una circunstancia atenuante en los términos considerados en el apartado anterior. Si los delitos fueron cometidos a una corta edad, puede que se requieran mayores elementos para justificar la expulsión¹³³;
- viii) La conducta del migrante desde el momento que cometió el delito: este criterio permite analizar durante el tiempo que medió entre la conducta delictiva y el momento en que se pretende expulsar al migrante, si ha reincidido en su conducta delictiva¹³⁴ y/o si ha mostrado voluntad de mantener buen comportamiento sin reincidir¹³⁵. Si se tratare de una persona con un solo o pocos antecedentes que daten de un tiempo considerablemente anterior a la deportación, y luego de los cuales mostró buena conducta, entonces, se necesitarán más argumentos para justificar la expulsión;
- ix) Pruebas de la rehabilitación del migrante, con respecto a su actividad criminal: íntimamente ligado al criterio anterior, todo lo que el migrante haya hecho en pos de rehabilitarse y reinsertarse a la sociedad debe ser tenido en cuenta al momento de analizar la necesidad de expulsarlo, por cuanto este elemento puede desvirtuar el argumento de que la persona representa un peligro o una amenaza para la seguridad del Estado o el orden público;
- x) Los esfuerzos realizados por el migrante para obtener la ciudadanía en el Estado receptor: el hecho de que la persona haya regularizado su situación migratoria o haya hecho todo lo que estuviera a su alcance da muestras claras de su voluntad de cumplir con las normas internas y estabilizar su

¹³¹ Cf. TEDH, *Omojudi vs. Reino Unido*, cit., párr. 44 y *Nasri vs. Francia*, cit. párr. 42.

¹³² Cf. TEDH, *Mehemi vs. Francia*, Sentencia del 26 de septiembre de 1997, párr. 37; *Amrollahi vs. Dinamarca*, cit. párr. 36 y *Khan A.W. vs. Reino Unido*, cit., párr. 40.

¹³³ Cf. TEDH, *Maslov vs. Austria*, cit., párr. 95.

¹³⁴ Cf. TEDH, *Üner vs. Países Bajos*, cit., párr. 63; *El Boujaïdi vs. Francia*, Sentencia del 26 de septiembre de 1997, párr. 40; *Bouchelika vs. Francia*, Sentencia del 29 de enero de 1997, párr. 47 y *Joseph Grant vs. Reino Unido*, Sentencia del 8 de enero de 2009, párr. 40.

¹³⁵ Cf. TEDH, *Boultif vs. Suiza*, cit., párr. 51 y *Khan A.W. vs. Reino Unido*, cit. párr. 41.



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

situación en el país. En muchos casos, el descuido o la desidia respecto a la irregularidad migratoria han servido como un elemento que complica la situación del migrante, justificando su extrañamiento¹³⁶;

A partir del caso *Boultif vs. Francia*¹³⁷, el TEDH ha ido desarrollando progresivamente la mayor parte de estos criterios. Asimismo, a partir del caso *Üner vs. Países Bajos*, puntualizó dos criterios adicionales:

- i) El interés superior y el bienestar del niño, y en particular las dificultades que encontraría en el país al cual se pretende deportar a su padre y/o madre: este criterio podía encontrarse implícito en los detallados arriba¹³⁸. Dadas las consecuencias que puede tener una medida de expulsión para un niño¹³⁹, el TEDH consagró este elemento como un criterio autónomo; y
- ii) El grado de solidez de los vínculos sociales, culturales y familiares que ha desarrollado el migrante en el país que pretende deportarlo -en contraste con aquéllos que tiene en el país al cual se lo deportará-¹⁴⁰: este criterio plantea un examen de contraste entre los vínculos del migrante en el país en el que se encuentra y aquéllos que mantiene con su país de origen, considerando no sólo los lazos familiares sino de manera amplia todos aquellos que pueda haber establecido a nivel social y cultural, como parte de su vida privada¹⁴¹. En relación con este último punto, es dable destacar la diferenciación hecha por el TEDH entre la protección de la “vida privada” y la protección de la “vida familiar” a partir del caso *Üner vs. Países Bajos*. En este sentido, el Tribunal puso de manifiesto que no todos los migrantes, hayan tenido o no una prolongada estadía en el país que pretende deportarlos, desarrollan necesariamente vínculos que puedan encuadrarse dentro del concepto de “vida familiar”. Empero, la protección a la “vida privada” viene a resguardar el derecho de toda persona a establecer vínculos con otros seres humanos y el entorno en general, pudiendo abarcar aspectos de la identidad social de la persona. Por ello,

USO OFICIAL

STELLA MARIS MARTÍNEZ
DEFENSORA GENERAL DE LA NACIÓN

¹³⁶ Cf. TEDH, *Omojudi vs. Reino Unido*, cit., párr. 45.

¹³⁷ TEDH, *Boultif vs. Francia*, cit., párr. 48.

¹³⁸ Cf. TEDH, *Üner vs. Países Bajos*, cit., párr. 58.

¹³⁹ Cf. TEDH, *Maslov vs. Austria*, cit., párr. 82.

¹⁴⁰ Cf. TEDH, *Üner vs. Países Bajos*, cit., párr. 62; *Onur vs. Reino Unido*, Sentencia del 17 de febrero de 2009, párr. 54; *Joseph Grant vs. Reino Unido*, cit., párr. 37; *Maslov vs. Austria*, cit., párr. 48; *Chair y J. B. vs. Alemania*, Sentencia del 6 de diciembre de 2007, párr. 59 y *Kaya vs. Alemania*, Sentencia del 28 de junio de 2007, párr. 55.

¹⁴¹ Cf. TEDH, *Kaftailova vs. Letonia*, Sentencia del 22 de junio de 2006, párr. 63; *Shevanova vs. Letonia*, Sentencia del 15 de junio de 2006, párr. 66 y *Sisojeva y otros. vs. Letonia*, Sentencia del 16 de junio de 2005, párr. 102.

“la totalidad de los vínculos sociales” establecidos por el migrante con la comunidad en la que vive forman parte del ámbito de su “vida privada” y son merecedores de igual protección y deberán ser analizados al momento de sopesar la proporcionalidad y necesidad de una expulsión¹⁴².

Todo lo expuesto no implica que los estados hayan perdido toda potestad de expulsar al migrante que haya generado un vínculo familiar, social o cultural a lo largo de los años, pero sí será condición necesaria para expulsarlo en legal forma el realizar un ejercicio de ponderación o balance para analizar la “convencionalidad” de tal decisión. En atención a ello, Cançado Trindade sostiene que los Estados ya no tienen discrecionalidad total de expulsar de su territorio extranjeros que ya hayan establecido un vínculo genuino con ellos¹⁴³.

En relación con aquellos casos en los que una deportación implica la deportación del núcleo familiar integrado por niños o niñas, debe tenerse particularmente en cuenta que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida familiar¹⁴⁴. Por ello, en tales casos la normativa aplicable comprenderá, además, todas las normas de protección de la niñez y, en particular, deberá considerarse que, en función del interés superior del niño, la separación de su núcleo familiar sólo “debe ser excepcional”¹⁴⁵. En función de este último criterio, en el caso *Lupsa vs. Rumania*, el TEDH determinó que, contando con una completa integración del migrante a la vida del país y teniendo una familia genuina, su deportación implicaría una interferencia en su vida privada y familiar imposible de ser subsanada siquiera con visitas regulares de su hijo¹⁴⁶.

Por otra parte, así como en la protección de la vida familiar va ínsita la protección de todo niño o niña, los derechos del niño concebido como sujeto titular de éstos y que tiene un interés concreto en la resolución que se adopte, también deberán ser específicamente ponderados al momento de resolver en sede interna la expulsión de una persona. En esta inteligencia, debe mencionarse que la Convención sobre los Derechos

¹⁴² Cf. TEDH, *Üner vs. Países Bajos*, cit., párr. 59; *Maslov vs. Austria*, cit., párr. 68 y *Sisojeva y otros vs. Letonia*, cit., párr. 103.

¹⁴³ Cançado Trindade, Antônio A., “Reflexiones sobre el desarraigo como problema de Derechos Humanos frente a la conciencia Jurídica Universal”, ob. cit., p. 46; TEDH, *Beldjoudi vs. Francia*, Sentencia del 26 marzo de 1992, párr. 79 y Redpath, Jillyanne, “Legislación migratoria, soberanía estatal y derechos humanos”, en AA.VV., *Compilación de trabajos del Seminario sobre legislación migratoria*, Infoterra Editores S.A., San José, 2008, p. 20.

¹⁴⁴ Cf. TEDH, *Saviny vs. Ucrania*, Sentencia del 18 de diciembre de 2008, párr. 47; *Buchberger vs. Austria*, Sentencia del 20 de diciembre de 2001, párr. 35; *T y K vs. Finlandia*, Sentencia del 12 de julio de 2001, párr. 151; *Elsholz vs. Alemania*, Sentencia del 13 de julio de 2000, párr. 43; *Bronda vs. Italia*, Sentencia del 9 de junio de 1998, párr. 51; *Johansen vs. Noruega*, Sentencia del 7 agosto de 1996, párr. 52 y *McMichael vs. Reino Unido*, Sentencia del 24 de febrero de 1995, párr. 86.

¹⁴⁵ Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 77.

¹⁴⁶ Cf. TEDH, *Lupsa vs. Rumania*, cit., párr. 27.



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

del Niño prevé expresamente en sus artículos 9 y 10 que los Estados Partes deberán velar por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos. Asimismo, dispone que “cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas”.

La Convención también establece que cualquier solicitud de un niño o sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida de manera positiva, humanitaria y expeditiva y se garantizará, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares. En el caso de que el niño y sus padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres.

De esta manera, el accionar discrecional de los Estados se ve limitado por la obligación de atender los requerimientos de unificación familiar en forma positiva y humanitaria. De la misma forma que la persona sujeta a proceso tiene derecho a que se respeten los vínculos familiares y de otra índole que haya generado a lo largo del tiempo, el niño o niña que pueda llegar a verse afectado tiene derecho a solicitar no ser separado de sus padres y mantener el contacto con ellos.

Tales previsiones deben interpretarse conjuntamente con el artículo 12.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño que dispone que el niño tiene derecho a participar en los procedimientos en que se discuten sus propios derechos y cuya decisión es relevante para su vida futura, lo que implica que sus intereses sean tomados en cuenta¹⁴⁷. La Corte IDH ha precisado que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto, por lo cual deberán tomarse en consideración a los fines de acordar tal participación, el grado de desarrollo físico e intelectual, la experiencia y la información que posee el niño y en dicha ponderación se procurará su mayor acceso -en la medida de lo posible- al examen de su propio caso¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Cf. 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., párr. 163.

¹⁴⁸ Cf. Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, cit., párrs. 93, 101 y 102.

USO OFICIAL

STELLA MARIS MARTÍNEZ
DEFENSORA GENERAL DE LA NACIÓN

En este sentido, ha establecido que “debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior”¹⁴⁹. En ese marco de actuación deberá procurarse escuchar al niño, sopesar sus intereses, dar intervención a los funcionarios designados en la estructura judicial para resguardar sus intereses y, finalmente, orientar la decisión final en función del interés superior del niño. De existir niños o niñas en el grupo familiar y no hacer referencia alguna a ellos en la resolución, podrá generarse una violación al derecho a contar con una sentencia fundada como ya ha sido analizado, además de ser susceptible de generar la responsabilidad internacional del Estado de que se trate.

3) Garantías procesales específicas de protección de los niños migrantes y solicitantes de refugio¹⁵⁰

En consonancia con lo señalado en el apartado anterior, es innegable que los niños son merecedores de una protección especial, dada su situación de particular vulnerabilidad. Así lo ha expresado unívocamente la comunidad internacional en su conjunto con la masiva ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño. El cuidado especial que debe gozar todo niño encuentra pues sustento normativo en este instrumento internacional, el cual irradia progresivamente su esencia hacia todos los ámbitos del derecho internacional y doméstico. En otras palabras, la sola condición de niño trae aparejada una situación de vulnerabilidad y dependencia que hace necesario proveer a toda persona menor de dieciocho años de las salvaguardas y garantías necesarias “para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad”¹⁵¹.

A continuación mencionaré algunas garantías procesales específicas a fin de velar por una adecuada toma de decisiones en procedimientos donde intervengan niños migrantes.

a) Designación expedita de un tutor que ejerza la representación legal y que intervenga desde el inicio mismo del proceso

¹⁴⁹ Idem, párr. 101.

¹⁵⁰ Para un análisis con mayor profundidad ver Filardi, Marcos Ezequiel, Dubinsky, Karina y Mendos, Lucas Ramón, “El debido proceso en el reconocimiento de la condición de refugiado de niños y niñas no acompañados o separados de sus familias”, en prensa.

¹⁵¹ Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 2.



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

Una de las garantías especiales del debido proceso legal con la que debe contar todo niño o niña migrante es la de ser asistido por un tutor o representante legal desde el inicio mismo del procedimiento y en todas y cada una de sus etapas.

Si el derecho a ser asistido por un defensor corresponde a todo migrante, aún más importante y necesario resulta en casos de niños no acompañados o separados de su familia, puesto que respecto de éstos el estado tiene a su cargo obligaciones especiales de protección.

El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño sostiene que “se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”. Asimismo, el artículo 22.1 del mismo instrumento, por su parte, establece que “los Estados Partes adoptarán medidas adecuadas para lograr que el niño que trate de obtener el estatuto de refugiado o que sea considerado refugiado de conformidad con el derecho y los procedimientos internacionales o internos aplicables reciba, tanto si está solo como si está acompañado de sus padres o de cualquier otra persona, la protección y la asistencia humanitaria adecuadas para el disfrute de los derechos pertinentes enunciados en la presente Convención y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos o de carácter humanitario en que dichos Estados sean partes”.

En íntima vinculación con esta temática, el Comité de los Derechos del Niño, órgano de supervisión de la Convención sobre los Derechos del Niño, sostuvo 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. Así pues, el menor no podrá entablar los procedimientos de obtención del asilo u otros procedimientos sino después del nombramiento de un tutor. Si el menor separado o no acompañado solicita el asilo o entabla otros procesos o actuaciones administrativas o judiciales, además del tutor, se le nombrará un representante legal”¹⁵². Seguidamente, afirmó que “los Estados deben crear un marco jurídico de base y adoptar las medidas necesarias para que el interés superior del menor no acompañado o separado 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 desempeñará sus funciones hasta que el menor llegue a la mayoría de edad, o abandone permanentemente el territorio o la

USO OFICIAL

STELLA MARIS MARTÍNEZ
DEFENSORA GENERAL DE LA NACIÓN

¹⁵² Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6 (2005), Trato de los Menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, CRC/GC/2005/6, 1° de septiembre de 2005, párr. 21.

jurisdicción del estado de conformidad con la convención u otras obligaciones internacionales. Se consultará e informará al tutor de todas las medidas adoptadas en relación con el menor. El tutor estará autorizado a asistir a todos los procedimientos de planificación y adopción de decisiones, incluidas las comparecencias ante los servicios de inmigración y órganos de recurso, los encaminados a definir la atención del menor y buscar una solución duradera [...] El menor que solicite el asilo debe estar representado por un adulto que esté al corriente de los antecedentes del menor y que sea competente y capaz para representar a éste o a sus intereses superiores. El menor no acompañado o separado tendrá en todo caso acceso gratuito a un representante jurídico competente, incluso si la solicitud de asilo tramita con arreglo al procedimiento normalmente aplicable a los adultos”. Asimismo, en todas las entrevistas en materia de asilo “deben estar presentes el tutor y representante legal”¹⁵³.

El mismo Comité recomendó a un Estado Parte de la Convención que “corrigiera la legislación actual en materia de solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado de modo de asegurar que a todos los menores no acompañados se les designe inmediatamente un tutor que esté obligado a actuar en su interés superior y tenga en cuenta sus intereses”¹⁵⁴. En igual sentido se expidió el Comité de Derechos Humanos, órgano de aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ante otro Estado¹⁵⁵.

Congruentemente, en las *Directrices Generales Inter-Agenciales sobre Niñas y Niños no acompañados y separados* se expresó que “la esencia del término tutela se refiere a la asignación de responsabilidad a un adulto u organización para que garantice que el interés superior del niño o niña es respetado completamente. Un ejemplo específico de esta función en muchas jurisdicciones es el de tutor en los procedimientos administrativos o judiciales. La función del tutor es asegurar que el niño o niña esté representado apropiadamente, que sus puntos de vista son expresados y que las decisiones tomadas sean en el mejor de sus intereses. Esto es en conformidad con los artículos 3 y 12 de la Convención de 1989 sobre los Derechos del Niño. Se debería usar la tutela en procedimientos administrativos o judiciales siempre que exista un sistema de apoyo, ya que proporciona una salvaguarda para garantizar que los derechos y el interés superior del niño son respetados [...] Al evaluar una solicitud individual de asilo de un niño o una niña, se deben tomar en cuenta los siguientes aspectos [...] el nombramiento

¹⁵³ Ídem, párrs. 33, 69 y 72.

¹⁵⁴ Comité de los Derechos del Niño, *Observaciones al Informe del artículo 44 presentado por los estados partes, Polonia*, CRC/C/15/Add. 194 (2002), párr. 47).

¹⁵⁵ Cf. Comité de Derechos Humanos, *Observaciones al informe presentado por los estados parte, Federación Rusa*, CCPR/CO/79/RUS (2003), párr. 25.



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

de un representante legal así como un tutor que promueva una decisión basada en el interés superior del niño o la niña”¹⁵⁶.

En sintonía con lo expuesto, también se ha sostenido que “no puede pretenderse que los niños conozcan sus derechos en otro país. Esta es la razón por la que el ACNUR le pide a los gobiernos que se aseguren que un tutor adecuado sea designado para los menores separados”¹⁵⁷. Así, el ACNUR también ha aseverado que “al no ser jurídicamente independiente, un niño refugiado debe estar representado por un adulto cuya tarea consiste en tratar de obtener una decisión que irá a favor del interés superior del niño [...] Un representante legal, o tutor, se debería designar *tan pronto como sea posible* para asegurar que los intereses del solicitante de asilo, que es un menor, se salvaguarden por completo. [...] Un niño no acompañado debe tener un representante legal para todo lo referente a los procedimientos judiciales, también puede necesitarlo para defender sus intereses o para tomar decisiones que afecten al niño en otras situaciones”¹⁵⁸. Conteste con ello, el Comité Ejecutivo del ACNUR señaló la necesidad de que los Estados establezcan procedimientos nacionales de asilo que incluyan una representación letrada cualificada y gratuita a favor de los niños no acompañados o separados de sus familias¹⁵⁹.

USO OFICIAL

En el ámbito iberoamericano, las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad señalan que “el desplazamiento de una persona fuera del territorio del Estado de su nacionalidad puede constituir una causa de vulnerabilidad [...] Se reconocerá una protección especial a los beneficiarios del estatuto de refugiado conforme a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, así como a los solicitantes de asilo [...] Todo niño, niña o adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo [...] Se constata la relevancia del asesoramiento técnico-jurídico para la efectividad de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad: en el ámbito de la asistencia legal, es decir, la consulta jurídica sobre toda cuestión susceptible de afectar a los derechos o intereses legítimos de la persona en condición de vulnerabilidad, incluso cuando aún no se ha iniciado un proceso judicial; y en el ámbito

STELLA MARIS MARTÍNEZ
DEFENSORA GENERAL DE LA NACIÓN

¹⁵⁶ ACNUR, UNICEF, Comité Internacional de la Cruz Roja, Save the Children, Comité Internacional de Rescate, World Vision Internacional, *Directrices Generales Inter-Agenciales sobre Niñas y Niños no Acompañados y Separados*, Ginebra, 2004, pp. 27 y 34.

¹⁵⁷ Cf. Kumin, Judith, “David vs. Goliath” en *Refugees*, Vol. 1, Número 122, 2001, p. 12.

¹⁵⁸ ACNUR, *Los Niños Refugiados: Directrices sobre Protección y Cuidado*, Ginebra, 1994, pp. 64 y 79.

¹⁵⁹ Cf. Comité Ejecutivo del ACNUR, *Conclusión N° 107 sobre los niños en situación de riesgo*, aprobada en el 58° período de sesiones, 2007, g (viii).

de la defensa, para defender derechos en el proceso ante todas las jurisdicciones y en todas las instancias judiciales”¹⁶⁰.

El ACNUR emitió lineamientos específicos para las solicitudes de refugio formuladas por niños, expresando que éstos “pueden no estar en condiciones de articular sus solicitudes de la misma manera que los adultos, por lo que pueden necesitar, en consecuencia, asistencia para hacerlo [...] Debido a su corta edad, su dependencia y relativa inmadurez, los niños deben disfrutar de salvaguardas de procedimientos y prueba para asegurar que se arribe a decisiones justas en sus solicitudes [...] Antes del inicio del procedimiento, los niños requieren suficiente tiempo para prepararse y para reflexionar antes de contar sus experiencias. Necesitarán tiempo para construir relaciones de confianza con su tutor y el *staff* profesional a fin de sentirse seguros y a salvo [...] Un tutor calificado e independiente debe ser designado inmediatamente, en forma gratuita en el caso de los niños no acompañados o separados de sus familias [...] Dichos representantes deben estar adecuadamente capacitados y deben asistir al niño durante todo el procedimiento”¹⁶¹.

La intervención de un tutor o representante legal desde el inicio mismo del procedimiento procura, de manera inmediata, evitar que todo niño, niña o adolescente: a) quede a merced de organizaciones de tráfico o trata de personas, cuyos miembros directamente suscriban por él cualquier documento; b) si no sabe leer y/o escribir, tenga que declarar ante un oficial que se desempeñe en el órbita de la autoridad de aplicación correspondiente para que complete por él los datos que le fueran requeridos y c) sea notificado de sus derechos y obligaciones sin la presencia de su representante legal.

Contrariamente a ello, se erige como buena práctica que cuando un niño no acompañado o separado de su familia se presenta ante cualquier autoridad, se arbitren los medios para que se le designe un tutor de modo expedito, quien identifique si tiene necesidades de protección como refugiado u otras necesidades de protección.

Sólo mediante la designación expedita de un tutor o representante legal -con facultad para actuar desde el inicio mismo del procedimiento- los estados respetan la garantía aquí desarrollada, evitando que el niño tenga que recurrir a medios alternativos en aras de formalizar su solicitud, con el riesgo ínsito de no comprender verdaderamente el sentido y contenido del procedimiento.

b) Derecho a ser oído con consideración del grado de desarrollo mental y madurez

¹⁶⁰ Cf. *Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad*, cit., reglas 5, 13 y 28.

¹⁶¹ Cf. ACNUR, *Directrices de Protección Internacional*, supra nota 13, párrs. 2, 66 y 68.



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

Tal como lo expusieramos precedentemente, el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño consagra el derecho de todo niño a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecte y a que se tengan debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez¹⁶². Así, los estados deben garantizar que las opiniones del niño sean tomadas en consideración seriamente, a partir de que éste sea capaz de formarse un juicio propio, y que se tenga en cuenta su situación individual y social en un entorno en que el niño se sienta respetado y seguro cuando exprese libremente sus opiniones¹⁶³.

En relación con ello, el Comité de los Derechos del Niño resaltó que “es imperativo que los menores dispongan de toda la información pertinente acerca de, por ejemplo, sus derechos, servicios existentes, en especial medios de comunicación, el procedimiento para solicitar asilo, la localización de su familia y la situación de su país de origen. En lo que concierne a la tutela, custodia y alojamiento y representación del menor, deben tomarse en cuenta las opiniones de éste. La información antedicha se proporcionará en forma que sea acorde con la madurez y el nivel de comprensión del menor”¹⁶⁴. Así, para garantizar una adecuada participación del niño en todo proceso en que sea parte él o su familia es necesario que se lo mantenga informado de manera apropiada a su edad de las decisiones que se han tomado en torno a él y sus posibles consecuencias jurídicas y de otra índole¹⁶⁵.

Esta manera de llevar a cabo el proceso suele informalmente denominarse “*child-friendly*” (del inglés, “*amigable con el niño*”) y se caracteriza por tender a que el proceso se vea desprovisto de formalismos o ritualismos que pueden intimidar a los niños o generarles dificultades para comprender lo que se requiere de él y, al mismo tiempo, crear un ambiente propicio para que se encuentre cómodo y pueda expresarse libremente.

En materia de solicitud de la condición de refugiado, su edad y todo lo que ella trae aparejada, puede afectar directamente la forma en que éste experimenta o siente el temor que lo hace ser solicitante de protección internacional¹⁶⁶, ya que los niños son más propensos a estar angustiados por situaciones hostiles, a creer en amenazas improbables y afectarse emocionalmente¹⁶⁷.

¹⁶² Cf. *Convención sobre los Derechos del Niño*, artículo 12.

¹⁶³ Cf. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 12 (2009)*, *El derecho del niño a ser escuchado*, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párrs. 23 y 28.

¹⁶⁴ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6 (2005)*, *Trato de los Menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, cit., párr. 25.

¹⁶⁵ Cf. ACNUR, *Directrices sobre políticas y procedimientos relativos al tratamiento de niños no acompañados solicitantes de asilo*, Febrero de 1997, párr. 5.14.

¹⁶⁶ ACNUR, *Directrices de Protección Internacional*, cit., párr. 15.

¹⁶⁷ Ídem, párr. 16.

USO OFICIAL

STELLA MARIS MARTÍNEZ
DEFENSORA GENERAL DE LA NACIÓN

En relación con esto, el Comité Ejecutivo del ACNUR destacó que los estados deben garantizar a los niños que se encuentren en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar libremente su opinión en todos los asuntos que le afecten, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones de aquéllos en función de su edad y madurez, asegurando mecanismos idóneos para informar a los niños los derechos y opciones que poseen¹⁶⁸. Resulta crucial, pues, que los estados promuevan un enfoque sensible a las consideraciones de edad, género y diversidad, teniendo presente esa información al tiempo de aplicar los instrumentos internacionales en materia de refugio¹⁶⁹. Así, el ACNUR enfatizó que aunque los niños “puedan enfrentar formas similares o idénticas de daño como los adultos, ellos pueden experimentarlo de manera distinta”¹⁷⁰. Por ello, las acciones y amenazas que puedan no alcanzar el umbral de persecución en el caso de un adulto, sí pueden equivaler a persecución en el caso de un niño por el simple hecho de ser un niño¹⁷¹.

Consecuentemente, siempre y cuando la edad y la madurez del niño lo permitan, con anterioridad a la adopción de una decisión definitiva, debería existir la oportunidad de una entrevista personal con un funcionario competente¹⁷². En este sentido, para que los niños sean adecuadamente oídos, las autoridades deben asegurar que existan instancias de entrenamiento acerca de cómo entrevistar a aquéllos y que el personal calificado al efecto sea suficiente y de ambos sexos¹⁷³. De este modo, se debe garantizar que las entrevistas sean conducidas por personal especialmente capacitado que pueda atender las necesidades especiales de los niños y tenga suficiente conocimiento sobre el desarrollo psicológico y emocional y comportamiento de un niño¹⁷⁴.

Finalmente, debe procurarse, en la medida de lo posible, que la lengua materna de dichos expertos coincida con las del niño entrevistado¹⁷⁵ y que se preste debida atención a las necesidades psicológicas, religiosas y culturales de los niños, a fin de velar por su debido desarrollo y estabilidad emocional¹⁷⁶.

¹⁶⁸ Cf. Comité Ejecutivo del ACNUR, *Conclusión N° 107 sobre los niños en situación de riesgo*, cit., párr. b (iv).

¹⁶⁹ Cf. Comité Ejecutivo del ACNUR, *Conclusión N° 108 sobre la protección internacional*, aprobada en el 59° período de sesiones, 2008, párr. h.

¹⁷⁰ ACNUR, *Directrices de Protección Internacional*, cit., párr. 15.

¹⁷¹ *Ibidem*.

¹⁷² Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6 (2005), Trato de los Menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, cit., párr. 71.

¹⁷³ Cf. ACNUR, *Improving Asylum Procedures, Comparative Analysis and Recommendations for Law and Practice - Detailed Research on Key Asylum Procedures Directive Provisions*, marzo de 2010, p. 111.

¹⁷⁴ *Ibidem*.

¹⁷⁵ ACNUR, *Directrices sobre políticas y procedimientos relativos al tratamiento de niños no acompañados solicitantes de asilo*, cit., párr. 5.12.

¹⁷⁶ Cf. Comité Ejecutivo del ACNUR, *Conclusión N° 47 (XXXVIII) sobre niños refugiados*, aprobada en el 38° período de sesiones, 1987, párr. n.



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

c) Quantum de la prueba y beneficio de la duda

En cuanto a los procedimientos establecidos para el reconocimiento de la condición de refugiados, debo señalar que las autoridades que tengan a su cargo el análisis de las solicitudes de niños deben tener especial consideración del nivel de credibilidad que se le exige al testimonio de todo niño como prueba de su solicitud. Dicha credibilidad se establece cuando el niño ha presentado una solicitud coherente y verosímil, que no contradice hechos de conocimiento público y que por lo tanto, en su conjunto, puede considerarse creíble¹⁷⁷.

Como señala el ACNUR, no se puede esperar que los niños brinden un relato de sus experiencias como lo hacen los adultos¹⁷⁸. Es sabido que los niños pueden tener dificultad para expresar sus miedos por una serie de razones, incluyendo el trauma, instrucciones de sus padres, falta de educación, miedo a las autoridades estatales o personas en posiciones de poder, el uso de testimonios ya hechos por traficantes, o miedo a represalias¹⁷⁹. Por ello, y teniendo presente que no es necesario que el niño pruebe todos los hechos en el afán de convencer totalmente al examinador sobre la veracidad de sus afirmaciones¹⁸⁰, “si el relato del menor adoleciera de problemas de credibilidad, se concederá a éste el beneficio de la duda”¹⁸¹.

Debido a las experiencias traumáticas por las que ha pasado un solicitante de refugio, quizás no se encuentre en condiciones de hablar libremente, no pueda recordar todos los detalles de los acontecimientos ocurridos, o bien no pueda relatarlos de manera precisa o los confunda. La incapacidad de recordar o aportar todas las fechas o detalles secundarios, así como también las inconsistencias de menor importancia, la vaguedad leve o las declaraciones incorrectas que no sean esenciales, si bien podrán ser tenidas en cuenta al tiempo de la evaluación final de la credibilidad, no deberían utilizarse como factores decisivos¹⁸².

La credulidad de un niño y la falta de experiencia pueden, además, hacerlo especialmente vulnerable a los dichos u órdenes de adultos con quien pueda

USO OFICIAL

STELLA MARIS MARTÍNEZ
DEFENSORA GENERAL DE LA NACIÓN

¹⁷⁷ Cf. ACNUR, *Nota sobre la carga y el mérito de la prueba en las solicitudes de asilo*, 16 de diciembre de 1998, párr. 11.

¹⁷⁸ Cf. ACNUR, *Directrices de Protección Internacional*, cit., párr. 72.

¹⁷⁹ *Ibidem*.

¹⁸⁰ Cf. ACNUR, *Nota sobre la carga y el mérito de la prueba en las solicitudes de asilo*, cit., párr. 12.

¹⁸¹ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6 (2005), Trato de los Menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, cit., párr.71; ACNUR, *Directrices de Protección Internacional*, cit., párr. 73.

¹⁸² Cf. ACNUR, *Nota sobre la carga y el mérito de la prueba en las solicitudes de asilo*, cit., párr. 9.

eventualmente establecer contacto en su cotidianeidad, lo cual debe ser particularmente sopesado al analizar su testimonio.

Es así que cobran esencial importancia las garantías de contar con un tutor con el que pueda afianzar su confianza y poseer un tiempo suficiente para generar dicho lazo.

Resulta crucial, por consiguiente, que quienes evalúen la petición tengan la capacitación y habilidades necesarias para poder examinar con certeza la fiabilidad y el significado del relato del niño. Esto requerirá que se involucre a expertos en entrevistas a niños, se realicen las mismas fuera de un entorno formal u observando al niño y se comuniquen con él en ambientes donde se sientan a salvo. Es importante considerar que los niños pueden omitir o distorsionar información vital, no conocer acabadamente las condiciones en su país de origen, no diferenciar lo imaginado de la realidad y ser imprecisos en cuanto a las referencias de tiempo y lugar¹⁸³.

Finalmente, el ACNUR sostuvo que “aunque la carga de prueba usualmente es compartida entre quien examina y el solicitante (...), puede ser necesario para quien evalúa solicitudes de niños el asumir una mayor carga de prueba, especialmente si el niño en cuestión es no acompañado”¹⁸⁴. Por ello, en el supuesto que los hechos del caso no pudieran establecerse correctamente o bien que el niño no pudiera expresar completamente su solicitud, “el examinador necesita tomar una decisión en base a todas las circunstancias conocidas, que puede ser llamada como una aplicación liberal del beneficio de la duda”¹⁸⁵. Ello implica, entonces, que si bien el solicitante de asilo tiene la responsabilidad de cooperar con las autoridades del país de asilo, la carga de la prueba es compartida entre aquél y el Estado, en reconocimiento de la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra el niño, debiendo el procedimiento reflejar estos dos factores¹⁸⁶. Es decir, teniendo presente las particularidades de la situación de un refugiado, el examinador comparte con el peticionante el deber de averiguar y evaluar todos los hechos pertinentes de su caso¹⁸⁷.

- d) Criterios a tener en cuenta en las pericias determinativas de edad de un niño o niña

¹⁸³ Cf. ACNUR, *Directrices de Protección Internacional*, cit., párr. 72.

¹⁸⁴ Ídem, párr. 73.

¹⁸⁵ Ibidem.

¹⁸⁶ Cf. ACNUR, *Procedimientos de Asilo Justos y Eficientes, Consultas Globales sobre Protección Internacional*, Segunda Reunión. EC/GC/01/12, 31 de mayo de 2001, la traducción es propia, párr. 50.k.

¹⁸⁷ Cf. ACNUR, *Nota sobre la carga y el mérito de la prueba en las solicitudes de asilo*, supra nota 52, párr. 6.



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

Como se señala en el pedido de Opinión Consultiva, muchos niños migrantes se encuentran en el país de tránsito o destino sin ningún documento que acredite su identidad y edad, por lo que suelen ser tratados como adultos.

Las Directrices sobre Protección y Cuidado del ACNUR reconocen que “los Estados se enfrentan con problemas prácticos a la hora de determinar la edad. Puede darse el caso de que el nacimiento de un refugiado no se haya registrado nunca, o que no se le haya emitido ningún documento de identidad. Los documentos de identidad a veces se pierden, se falsifican o se destruyen. Incluso cuando los documentos están en orden, las autoridades pueden dudar de su autenticidad. Cuando no se puede confiar en los documentos de identidad para establecer la edad, las autoridades a menudo basan su criterio en la apariencia física. A veces, se utilizan procedimientos ‘científicos’ como radiografías dentales o de los huesos de la muñeca. En caso de que se utilicen dichos métodos, se deben adoptar una serie de precauciones. En primer lugar, estos métodos sólo estiman la edad. Las autoridades deberán por tanto asegurarse de que sus métodos sean exactos, así como admitir márgenes de error. En segundo lugar, cuando se utilizan las innovaciones técnicas éstas deben ser fiables y respetar la dignidad humana. En tercer lugar, los programas especiales a menudo intentan ayudar a los jóvenes ya que sus necesidades son mayores. Cuando la edad exacta es incierta, se le debe conceder al niño el beneficio de la duda (...) Dado que los estados se enfrentan con una serie de problemas prácticos a la hora de aplicar las leyes que tienen un límite de edad, es importante no descuidar las cuestiones de exactitud, seguridad y dignidad”¹⁸⁸.

En el mismo sentido, se ha señalado que “si la determinación de la edad de un niño es necesaria, las siguientes consideraciones deberían ser tomadas en cuenta: a) Dicha determinación debe tener en cuenta no sólo la apariencia física del niño sino también su madurez psicológica; b) Cuando se utilizan procedimientos científicos a fin de determinar la edad del niño, márgenes de error deben ser permitidos. Dichos métodos deben ser seguros y deben respetar la dignidad humana; c) Se debe otorgar el beneficio de la duda si la edad exacta del niño es incierta. Cuando resulte posible, las consecuencias legales o la significancia de la determinación de edad debe ser reducida o minimizada. No es deseable que muchas ventajas o desventajas se deriven de dicha determinación porque esto puede ser un incentivo para la representación inadecuada. El principio rector es si un individuo demuestra una inmadurez o vulnerabilidad que requiera un tratamiento más sensible”¹⁸⁹.

¹⁸⁸ ACNUR, *Los Niños Refugiados*, Directrices sobre Protección y Cuidado, Ginebra, 1994, Cap. 8.I, p. 65.

¹⁸⁹ UNHCR, *Guidelines on Policies and Procedures in dealing with unaccompanied Children seeking asylum*, febrero de 1997, la traducción es propia, párr. 5.11 y ss.

USO OFICIAL

STELLA MARIS MARTÍNEZ
DEFENSORA GENERAL DE LA NACIÓN

El Comité de los Derechos del Niño, por su parte, señaló que “si no hay prueba de edad, el niño tiene derecho a que se le haga un examen médico o social que permita establecer de manera fidedigna su edad y, en caso de conflicto o prueba no fehaciente el niño tendrá derecho a la aplicación de la norma del beneficio de la duda”¹⁹⁰.

En el mismo orden de ideas, en el ámbito europeo, se expresó que “la determinación de la edad incluye aspectos físicos, de desarrollo, psicológicos y culturales. Si una determinación de edad es necesaria, la misma debe ser realizada por profesionales independientes con suficiente experticia y familiaridad con la cultura del niño. Los exámenes nunca deben ser forzados o ser culturalmente inapropiados. Particular cuidado debe tomarse para que los exámenes sean género-sensitivos. En casos de duda, debe prevalecer la presunción de que una persona que manifiesta ser menor de 18 años de edad, debe ser tratada provisoriamente como tal. Es importante destacar que la determinación de la edad no es una ciencia exacta y existe un considerable margen de error. A la hora de efectuar una determinación de la edad, se debe conceder el beneficio de la duda”¹⁹¹.

Las directrices antes mencionadas fueron adoptadas por el Comité de Migración, Refugiados y Población de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en un documento en el que además agregó que “el consentimiento de un niño o de su tutor debe ser recabado antes de que se practique la pericia determinativa de edad. Asimismo, el menor y/o su tutor deben tener la posibilidad de cuestionar los resultados de los estudios ante los tribunales”¹⁹².

El Consejo Europeo de Refugiados y Exiliados, por último, señaló que “en la determinación de la edad, el ECRE es de la opinión que a los solicitantes de refugio jóvenes se les debe conceder el beneficio de la duda. Los estudios deben tener en cuenta la apariencia física y la madurez psicológica. (...) Los estudios médicos deben ser manejados con suma cautela, dadas las limitaciones científicas (...) A la hora de determinar la edad psicológica, los pediatras deben tener un conocimiento del país de origen, factores culturales relevantes y conocimiento de cuestiones ligadas al refugio”¹⁹³.

4) Procedimientos para identificar necesidades de protección internacional y potenciales situaciones de riesgo para los derechos de los niños y niñas migrantes

¹⁹⁰ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 10 (2007). Los derechos del niño en la justicia de menores*, CRC/C/GC/10, 25 de Abril de 2007, párr. 40.

¹⁹¹ UNHCR, *Save The Children, Separated Children in Europe Programme, Statement of Good Practice*, Tercera Edición, 2004, la traducción es propia, párr. 18.

¹⁹² Council of Europe, Parliamentary Assembly, Committee on Migration, Refugees and Population, *Protection and Assistance for separated children seeking asylum*, doc. 10477, 22 de marzo de 2005, la traducción es propia, párr. 32.

¹⁹³ European Council on Refugees and Exiles, *Position on Refugee Children*, la traducción es propia, párrs. 9 y 10.



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

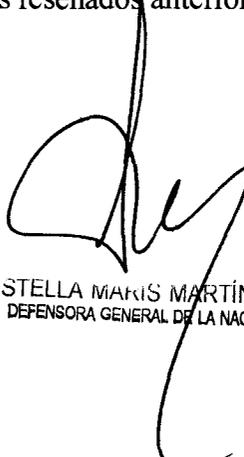
En el ámbito de la República Argentina se aprobó el Protocolo para la protección, asistencia y búsqueda de soluciones duraderas para los niños no acompañados o separados de sus familias en busca de asilo destinado a satisfacer las necesidades de protección y cuidado de los niños no acompañados o separados de sus familias que buscan protección internacional en el país, definiendo claramente los roles y las responsabilidades de los distintos actores involucrados en su atención, desde el momento de su identificación hasta encontrar una solución duradera a su situación.

En este sentido, se señala cuál es la competencia y el mandato de distintos actores como la Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE), la Dirección Nacional de Migraciones (DNM), la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (SENAF) del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación, el Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia, el Ministerio Público de la Defensa, organizaciones de la sociedad civil y organismos internacionales como el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF).

En el Protocolo se destaca la exigencia de la identificación inmediata de aquellas personas necesitadas de protección como refugiados, como elemento clave en el diseño del sistema de ingreso y control fronterizo.

Asimismo, se establecen criterios para el registro y determinación de la posible existencia de necesidades de protección y pautas para la determinación de la edad, en aquellos casos donde existan dudas al respecto. Por último, se consagra el principio de la prohibición del rechazo en frontera de niños con necesidades de protección, el derecho de los niños solicitantes de asilo y refugiados a obtener documentación y se especifican algunas medidas de cuidado inicial que el estado se compromete a adoptar en materia de alojamiento, apoyo para la subsistencia, acceso a la educación y al empleo y atención médica y acceso a servicios para el tratamiento de enfermedades y de rehabilitación.

Se adjunta al presente una copia del protocolo mencionado, en el cual han quedado reflejados los principios reseñados anteriormente.



STELLA MARIS MARTÍNEZ
DEFENSORA GENERAL DE LA NACIÓN