



## **OPINIÓN CONSULTIVA**

### **SOLICITADA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

Presentada por CLADEM. Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer.

Solicitud de Opinión Consultiva de los Estados del MERCOSUR sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes ante la Corte IDH.

### **CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

Los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes ante la Corte IDH Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.

#### **I. PRESENTACIÓN DE LA CONSULTA**

1. El 7 de julio de 2011 los Estados de Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay presentaron conjuntamente una solicitud de opinión consultiva a fin de que la Corte determine cuáles son las obligaciones de los Estados con relación a las medidas posibles de ser adoptadas respecto de niños y niñas, asociada a su condición migratoria, o a la de sus padres, a la luz de la interpretación autorizada de los Arts. 1.1., 2, 4.1, 5, 7, 8, 11, 17, 19, 22.7, 22.8, 25 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los artículos 1, 6, 8, 25 y 27 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y el artículo 13 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura”.

2. Solicitan que la Honorable Corte Interamericana defina los estándares jurídicos en los siguientes temas: 1. Procedimientos para la determinación de necesidades de protección internacional y de medidas de protección especial de los niños, niñas y adolescentes migrantes; 2. Sistema de garantías que debería aplicarse en los procedimientos migratorios que involucran niños, niñas y adolescentes migrantes; 3. Estándares para la aplicación de medidas cautelares en un procedimiento migratorio sobre la base de principio de no detención de niñas y niños migrantes. 4. Medidas de protección de derechos que deberían disponerse de manera prioritaria y que no implican restricciones a la libertad personal. 5. Obligaciones estatales en casos de custodia de niños y niñas por motivos migratorios. 6. Garantías de debido proceso ante medidas que impliquen privación de la libertad de niños y niñas en el marco de procedimientos migratorios. 7. Principio de no devolución en relación con niñas y niños migrantes. 8. Procedimientos para la identificación y el tratamiento de niños y niñas eventuales solicitantes de asilo o refugio. 9 El derecho a la vida familiar de los niños y niñas en casos de disponerse la expulsión por motivos migratorios de sus padres.

4. Los países firmantes expusieron las consideraciones que originaron la consulta sobre algunas leyes y políticas migratorias con falta de articulación con el sistema de protección de derechos de la niñez, no hay definidas políticas públicas, procedimientos adecuados cuando ingresa un niño/a de manera irregular al país.

5. El 23 de septiembre del 2011 del Presidente de la Corte, Juez Diego García – Sayán dictó una Resolución mediante la cual invito a presentar la opinión escrita sobre los puntos sometidos a consulta con un plazo hasta el 15 de diciembre para recibir observaciones escritas u otros documentos sobre la solicitud. Con posterioridad, fue extendido dicho plazo hasta el 17 de febrero de 2012.

6. Las consultas planteadas por los países solicitantes son las siguientes:

- 6.1) ¿Cuáles son, a la luz de los artículos 1, 2, 5, 7, 8, 19, 22.7 y 25 de la Convención Americana y de los Artículos 1, 25 y 27 de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, los procedimientos que deberán adoptarse a fin de identificar los diferentes riesgos para los derechos de niños y niñas migrantes; determinar las necesidades de protección internacional, y adoptar en su caso, las medidas de protección especial que se requieran?
- 6.2) ¿Cuáles son a la luz de los artículos 1, 2, 7, 8, 19 y 25 de la Convención Americana y del artículo 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, las garantías de debido proceso que deberían regir en el proceso migratorio que involucren niños y niñas migrantes?
- 6.3) ¿Cómo debe interpretarse, a la luz de los artículos 1, 7, 8, 19 y 29 de la Convención Americana y del artículo 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el principio de la última ratio de la detención como medida cautelar en el marco de procedimientos migratorios cuando están involucrados niños y niñas que se encuentran junto a sus padres, y cuando están involucrados niños y niñas no acompañados o separados de sus padres?
- 6.4) ¿Qué características deben tener, a la luz de los artículos 2, 7, 19, 25 y 29 de la Convención Americana y del artículo 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, las medidas alternativas adecuadas de protección de derechos del niño, niña que debieran constituir la respuesta estatal prioritaria para evitar cualquier tipo de restricción a la libertad ambulatoria. ¿Cuáles son las garantías de debido proceso que deberían aplicarse en el procedimiento de decisión acerca de medidas alternativas a la detención?
- 6.5) ¿Cuáles son las condiciones básicas que debieran cumplir los espacios de alojamiento de niños, niñas migrantes, y cuáles son las obligaciones principales que tienen los Estados respecto de los niños y niñas (solos o acompañados) que se encuentran bajo la custodia estatal por razones migratorias, a la luz de los artículos 1, 2, 4.1, 5, 7, 17 y 19 de la Convención Americana y de los artículos 1 y 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre?
- 6.6) ¿Cuáles son a la luz de los artículos 1, 2, 7, 8, 19 y 25 de la Convención Americana y del artículo 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, las garantías del debido proceso que debieran regir en los procesos migratorios que involucran a niños y niñas, cuando en estos

- procesos se apliquen medidas que restrinjan la libertad personal de los niños?
- 6.7) ¿Cuál es el alcance y contenido del principio de no devolución a la luz de los artículos 1, 2, 4.1, 5, 7, 8, 19, 22.7, 22.8 y 25 de la Convención Americana, artículo 13 inciso 4 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, y de los artículos 1, 25 y 27 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, al adoptarse medidas que puedan implicar el retorno de un niño, niña un país determinado?
- 6.8) ¿Qué características, a la luz del artículo 22.7 de la Convención Americana y el artículo 27 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, deberían tener los procedimientos a emplearse cuando se identifica una potencial solicitud de asilo o de reconocimiento de la condición de refugiado/a de un niño, niña migrante?
- 6.9) ¿Cuál es el alcance que debería conferirse a la protección del derecho de los niños, niñas a no ser separados de sus padres en los casos en que pudiera aplicarse una medida de deportación a uno o ambos progenitores, como consecuencia de su condición migratoria, a la luz de los artículos 6 y 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre?

## ANTECEDENTES

Es importante mencionar los antecedentes y fundamentos que motivaron la opinión consultiva de los países solicitantes, con referencia a los datos proporcionados en su documento, hacen conocer cifras alarmantes en América Latina y el Caribe, donde alrededor de 25 millones de personas han migrado hacia países de Norteamérica y Europa, mientras que otros seis millones han migrado a otros países dentro de la región<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Migración internacional, derechos humanos y desarrollo, Santiago, agosto de 2006, p. 73. Cifras similares maneja la United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Population Division (2009). Trends in International Migrant Stock: The 2008 Revision (United Nations database, POP/DB/MIG/Stock/Rev.2008). Este organismo internacional afirma que hay 26 millones de personas latinoamericanas que viven fuera de sus países de origen de las cuales 7.480.267 millones habitan en otros países latinoamericanos (migración sur-sur). Asimismo, los principales destinos de los inmigrantes en América Latina son Argentina (19%), Venezuela (13%), México (9,7%) y Brasil (9,19%), conforme <http://www.un.org/esa/population>. Cerca de la mitad de los emigrantes regionales salió de su país de origen en el decenio de 1990 para dirigirse, en especial, a los Estados Unidos, actualmente el mayor receptor de inmigrantes del mundo. Hacia el año 2004, la cuantía alcanzada por la población latinoamericana y caribeña en ese país se acercaba a los 18 millones de personas. En el 2008 dicho país albergaba poco más de 45 millones de latinoamericanos, conforme el US Census Bureau, 2006-2008, American Community Survey. Esto es indicativo de que Estados Unidos todavía es el destino de preferencia de la mayoría de los emigrantes de la región. México es el país que registra la mayor población residente en Estados Unidos (cerca de 30 millones en 2008), seguido por Puerto Rico (4 millones), Cuba (1.572.138), El Salvador (1,477.210), República Dominicana (1.249.471), Guatemala (915,743) y

Las políticas anti inmigrantes aplicadas por algunos países como Estados Unidos, España, Italia entre otros afectan severamente el bienestar de cientos de familias de inmigrantes de países expulsores produciendo un fenómeno reciente: la migración de retorno de familias a su país de origen, las consecuencias sociales, culturales y económicas para las familias que se quedan y las familias que retornan siendo los menores migrantes el grupo más vulnerable en estos procesos.

La inmigración está siendo satanizada, cuando en realidad es la salida a una situación de desesperación. “La migración es un derecho humano más, sobre todo dada la situación por la que están pasando algunos países, y en un contexto internacional donde las desigualdades son marcadas”.

El acto de libre circulación y la libertad de residencia son proclamados por los derechos humanos. Los migrantes han dado forma a culturas y sociedades en el pasado y seguirán haciéndolo. Sin embargo, la migración forzosa ocasiona sufrimiento y decadencia, y es necesario luchar contra las causas profundas que obligan a las personas a abandonar sus sociedades.

### **La migración, sus causas y efectos.**

El derecho a migrar es el principio voluntario de la persona a encontrar su desarrollo donde las posibilidades de vida le sean más favorables o estables. El término “niño, niña inmigrante” engloba a todo niño, niña procedente de otro país, en situación legal o irregular, refugiado/a y/o procedente de la adopción.

Es necesario ver la contraposición del derecho de migrar con el “derecho de no migrar”, en caso específico de los niños, niñas y adolescentes que están obligados a desplazarse a otro país, otra cultura, por el proyecto de vida de sus padres.

En el Sistema Interamericano y/o Universal de Derechos Humanos e instrumentos internacionales de promoción y protección de Derechos Humanos el derecho a migrar no está considerado expresamente, pero se reconoce la libertad de circulación y residencia de las personas.<sup>2</sup>

---

Colombia (822,036), información según el U.S. Census Bureau, 2006-2008 American Community Survey

<sup>2</sup> Específicamente se encuentra reconocida en los siguientes instrumentos internacionales: Convención sobre los Derechos del Niño (Artículos 10 y 11); Declaración Universal de Derechos Humanos (Artículo 13); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Artículo VIII); Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Artículo 22); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Artículos 12 Y 13); Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Artículo 5 d) i. y ii.) y en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Artículo 15).

Los Estados son soberanos para definir sus políticas migratorias y tienen la obligación de garantizar en forma integral los derechos de los niños, niñas y adolescentes reconocidos por los convenios internacionales.<sup>3</sup>

La migración de los niños, niñas cuando no es legal desemboca en la vulneración de varios derechos humanos: como el derecho a la educación, alimentación adecuada, protección contra las formas de violencia, la salud, la nacionalidad, a un nombre. También implica otros efectos como la pérdida de referentes afectivos, la desintegración familiar que se traduce en sentimientos de abandono y sobre todo vulnerabilidad.

Se han identificado tres categorías diferentes en los procesos migratorios de los niños, niñas y adolescentes: a) los niños que migran junto a sus padres/madres/familias; b) los niños, niñas, adolescentes que permanecen en el país de origen cuando sus familiares directos trasladan su residencia a otro país; c) los niños, niñas que migran solos, sin la compañía de sus padres o responsables.

- a) **Los niños, niñas que migran junto a sus padres/madres/familias.** El traslado a un nuevo país buscando un proyecto de vida con mejores condiciones, el proceso de establecimiento, adaptación e integración en otro entorno social diferente, resulta muchas veces desconocido, hostil y discriminatorio en especial para los niños, niñas y adolescentes.
- b) **Los niños, niñas, adolescentes que permanecen en el país de origen cuando sus familiares directos trasladan su residencia a otro país.** El padre o la madre se traslada a otro país, los niños, niñas y adolescentes que se quedan en el país de origen sufren, la violencia en todas sus formas, la desintegración familiar que desencadena directamente en el desarrollo de los mismos, dejando muchas veces a otros miembros de la familia asumir nuevos roles. De acuerdo al contexto de pobreza la migración de los padres provoca deserción escolar, los niños, niñas se involucran en trabajo infantil y los adolescentes se hacen cargo de sus hermanos menores. Sin contar con las consecuencias psicológicas que conlleva la separación de los padres y el sentimiento de abandono con el que crecen los niños, niñas, convirtiéndose en una población altamente vulnerable y con fragilidad emocional.
- c) **Los niños, niñas que migran solos, sin la compañía de sus padres o responsables.** Los niños, niñas y adolescente que abandonan su país de origen para migrar a otro país a reencontrarse con su familia, presentando mayor

---

<sup>3</sup> Ver: Caso Velásquez Rodríguez, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 29 de Julio de 1988. En dicha oportunidad la Corte fijó el alcance del Artículo 1 de la CADH: “La primera obligación asumida por los Estados Partes (...) es la de “respetar los derechos y libertades” reconocidos en la Convención. El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado.” “La segunda Parte es la de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos”.

vulnerabilidad. Nos remitidos a la Observación General N° 6 “Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen”, que emitiera el Comité de los Derechos del Niño en el año 2005.

Se llama “niños, niñas no acompañados” a todo ser humano menor de 18 años de edad separado de ambos padres y de otros parientes y que tampoco están al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumbe su responsabilidad. Son “niños, niñas separados de su familia”, cuando lo están de sus padres pero no necesariamente de otros miembros adultos de su familia. En ambos casos, las obligaciones de los Estados en virtud de la Convención de los Derechos de los Niños, para con los niños, niñas que se encuentran dentro de su territorio, es igual. El disfrute de los derechos estipulados en la Convención son aplicables a todos los niños, niñas –sin excluir a los solicitantes de asilo, los refugiados y los niños, niñas migrantes – con independencia de su nacionalidad o apátrida ni su situación en términos de inmigración.

Es importante contribuir a visualizar la problemática de la migración de niños, niñas e identificar las posibles violaciones de sus derechos, por ejemplo en casos cuando se ordena su detención como medida de protección, cuando se los deporta; cuando se omite preservar la comunicación familiar interviniendo temporalmente y cuando la única respuesta al problema y salida para el Estado es la institucionalización indiscriminada de los niños, niñas sin cuidado parental, vulnerando su derecho a vivir con su familia y su comunidad.

Estas obligaciones jurídicas son tanto de carácter negativo como positivo, dado que obligan a los Estados tanto a abstenerse de medidas que infrinjan los derechos de los niños, niñas y adolescentes como a tomar las medidas que garanticen el disfrute de estos derechos. El principio de no discriminación se aplica a todo el trato con estos niños, niñas, prohibiendo en particular la discriminación basada en su situación de no acompañado/a o en su condición de migrante.

En este sentido, una primera medida fundamental de los Estados receptores para la protección de los derechos humanos de los niños, niñas migrantes no acompañados, es tomar todas las disposiciones necesarias para identificarlos como tales lo antes posible, particularmente en la frontera. Posteriormente, todas las decisiones que tengan repercusiones importantes en la vida del niño, niña, deben efectuarse considerando su interés superior, como principio fundamental del conjunto de derechos.

Los Estados deben garantizar también el acceso permanente a la educación durante todas las etapas del ciclo de desplazamiento, conforme los artículos 28 al 32 de la CDN, así como al disfrute del derecho a la salud y a los servicios para el tratamiento de las enfermedades, con arreglo a los artículos 23, 24 y 39 de la CDN. También, en aplicación del artículo 37 de la CDN y del principio del interés superior, la privación de libertad del niño, niña no podrá justificarse solamente en el hecho de que el niño, niña se encuentre solo o separado de su familia, ni por su condición de inmigrante.

Existe en la comunidad internacional una progresiva preocupación por la protección de los derechos humanos de todos los migrantes. El origen étnico, la nacionalidad, el sexo, la edad, la situación jurídica de los migrantes, se combinan con las dificultades provenientes de las distintas formas de intolerancia y discriminación que se expresan, en

casos extremos, en amenazas a su integridad física. Tal como lo plantea en sus párrafos 2 y 3 la Observación General N° 6:

Las razones de que un menor esté en situación de no acompañado o separado de su familia son variadas y numerosas y entre ellas figuran la persecución del menor o de sus padres, un conflicto internacional o una guerra civil, la trata en diversos contextos y manifestaciones, sin olvidar la venta por los padres y la búsqueda de mejores oportunidades económicas.

Estos niños, niñas y adolescentes están más expuestos a:

La explotación y abusos sexuales, al reclutamiento en fuerzas armadas, al trabajo infantil (también a beneficio de sus familias de adopción) y a la privación de libertad. También sufren con frecuencia discriminación y no tienen acceso a la alimentación, al cobijo, a la vivienda, a los servicios sanitarios y a la educación.

Las niñas no acompañadas y separadas de sus familias están particularmente expuestas a la violencia de género y, en particular, a la violencia doméstica. En algunos casos, los niños, niñas y adolescentes no pueden obtener documentos de identidad apropiados, no tienen acceso a registros, su edad no puede determinarse, ni pueden tampoco solicitar documentos, instar la localización de la familia, ni acceder a sistemas de tutela o asesoramiento jurídico. En muchos países, se rehúsa sistemáticamente la entrada a los niños y niñas no acompañados o separados de su familia o son detenidos por funcionarios de los servicios de fronteras o de inmigración.

Son varios los instrumentos internacionales ratificados por los países, con un marco de protección contra la explotación a la niñez y adolescencia, podemos citar los siguientes:

- a) La Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 11, 20, 34, 35, 36 y 39). Particularmente el artículo 34 establece que *“los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma”*.
- b) El Protocolo facultativo de la CDN relativo a la venta de niños, niñas la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.
- c) La Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores de 1994, cuyo objeto es la prevención y sanción del tráfico internacional de menores, así como la regulación de los aspectos civiles y penales del mismo.
- d) El Convenio 182 y su Recomendación 190, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Allí se establece que la trata de niños y niñas es inaceptable, análoga a la esclavitud y al trabajo forzoso y se insta a erradicarla sin demora.
- e) El Protocolo de las Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, niñas.

Otro instrumento importante que los Estados deben considerar es La Convención de Belém do Pará desarrollada en Brasil, fue adoptada el 9 de junio de 1994 por 31 de los 34 estados que integran la Organización de Estados Americanos (OEA) debido a que es la única Convención que existe en el mundo sobre violencia contra la mujer. Ha significado por tanto un avance sustancial en relación a la protección de los derechos

humanos de las mujeres ya que reconoce la violencia contra la mujer como un delito y una violación a los derechos humanos de las mujeres. Establece una serie de medidas jurídicas y pedagógicas dirigidas a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.

Es evidente que los Estados tienen derecho a controlar sus fronteras y reglamentar la migración, pero deben hacerlo de manera plenamente conforme con sus obligaciones como partes en los tratados de derechos humanos que han ratificado o a los que se han adherido. Comprende la promoción de procedimientos de migración seguros y la obligación de respetar, proteger y facilitar el ejercicio de los derechos de la mujer, del niño, niña como población vulnerable en todas las etapas del ciclo migratorio.

Los Estados partes deben tomar en consideración en todos los aspectos las Recomendación General N° 19 (sesión de XI, 1992), de las observaciones del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, con directa relación a la violencia y migración que son:

(A) Los Estados Partes deberían adoptar medidas apropiadas y eficaces para combatir todas las formas de violencia de género, ya sea por actos públicos o privados;

(B) Los Estados Partes deben velar por que las leyes contra la violencia familiar y abuso, violación, asalto sexual y otras formas de violencia de género ofrece una protección adecuada a todas las mujeres y respeten su integridad y dignidad. De protección adecuadas y servicios de apoyo deben proporcionarse a las víctimas. Con enfoque de género capacitación de los funcionarios judiciales y policiales y otros funcionarios públicos es esencial para la aplicación efectiva de la Convención;

(C) Los Estados Partes alienten la recopilación de estadísticas y la investigación sobre la magnitud, causas y efectos de la violencia, y sobre la eficacia de las medidas para prevenir y hacer frente a la violencia;

(D) Medidas efectivas deben ser adoptadas para garantizar que el respeto a los medios de comunicación y promover el respeto por las mujeres;

(E) Los Estados Partes en sus informes deben identificar la naturaleza y el alcance de las actitudes, costumbres y prácticas que perpetúan la violencia contra las mujeres y los tipos de violencia que engendran. Se debe informar sobre las medidas que se han comprometido a superar la violencia y el efecto de esas medidas;

(F) Medidas efectivas deben tomarse para superar estas actitudes y prácticas. Los Estados deben introducir programas de educación y de información pública para ayudar a eliminar los prejuicios que dificultan la igualdad de la mujer (Recomendación N ° 3, 1987);

(G) Se adopten medidas preventivas y punitivas para acabar la trata y la explotación sexual;

(H) Los Estados Partes en sus informes deben describir la magnitud de todos estos problemas y las medidas, incluidas las disposiciones penales, preventivas y medidas de rehabilitación que se han tomado para proteger a las mujeres que se prostituyan o sean víctimas de trata y otras formas de explotación sexual. La eficacia de estas medidas también deben ser descritos;

(T) Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legales y de otra índole que sean necesarias para proporcionar una protección efectiva de la mujer contra la violencia de género, incluyendo, entre otras cosas:

T) medidas jurídicas eficaces, incluidas sanciones penales, recursos civiles e indemnización para proteger a las mujeres contra todo tipo de violencia, incluida, entre otras cosas, la violencia y el abuso en la familia, el asalto sexual y el acoso sexual en el lugar de trabajo;

(Ti) las medidas preventivas, entre ellas programas de información y educación para modificar las actitudes relativas al papel y la situación de hombres y mujeres;

(Tii) medidas de protección, entre ellas refugios, asesoramiento, rehabilitación y servicios de apoyo para las mujeres que son víctimas de la violencia o que corren el riesgo de violencia;

(U) Los Estados Partes deben informar sobre todas las formas de violencia de género, y estos informes deben incluir todos los datos disponibles sobre la incidencia de cada forma de violencia y sobre los efectos de dicha violencia sobre las mujeres que son víctimas;

Contestando a las interrogantes planteadas por los estados solicitantes:

**6.1.) ¿Cuáles son, a la luz de los artículos 1, 2, 5, 7, 8, 19, 22.7 y 25 de la Convención Americana y de los Artículos 1, 25 y 27 de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, los procedimientos que deberían adoptarse a fin de identificar los diferentes riesgos para los derechos de niños y niñas migrantes; determinar las necesidades de protección internacional, y adoptar en su caso, las medidas de protección especial que se requieran?**

La solicitud de los Estados se refiere a los siguientes artículos de la Convención Americana:

### **Artículo 1. Obligación de respetar los derechos**

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza color, sexo, idioma, religión,

opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

El principio de igualdad al que hace referencia este artículo con respecto al tema de la niñez, obliga a los Estados a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos sin discriminación de ninguna naturaleza. El artículo 24 de la Convención consagra en forma específica el principio de igualdad ante la ley, por lo que la prohibición de discriminación establecida en el artículo 1.1. “se extiende al derecho interno de los Estados Partes, por lo que éstos se comprometieron a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley”.

En una opinión consultiva, la Corte hizo notar que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos, que si se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres.

El Artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño <sup>4</sup> dispone:

1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, niña de sus padres o de sus representantes legales.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

La protección de los niños, niñas en los instrumentos internacionales tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de la personalidad de aquéllos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos. Corresponde al Estado precisar las medidas que adoptará para alentar ese desarrollo en su propio ámbito de competencia y apoyar a la familia en la función que ésta naturalmente tiene a su cargo para brindar protección a los niños que forman parte de ella. <sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> El principio 1 de la Declaración de los Derechos del Niño (1959) estableció: El niño disfrutará de todos los derechos enunciados en esta Declaración. Estos derechos serán reconocidos a todos los niños sin excepción alguna ni distinción o discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición, ya sea del propio niño o de su familia.

<sup>5</sup> En igual sentido, *vid.* Human Rights Committee, General Comment 17, Rights of Child (Art. 24), 07/04/1989, CCPR/C/35, p. 2

Los niños, niñas poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos – menores y adultos- y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado.

Por las condiciones en las que se encuentran los niños, niñas el trato diferente que se otorga a los mayores y a los menores de edad no es *per se* discriminatorio, en el sentido proscrito por la Convención. Por el contrario, sirve al propósito de permitir el cabal ejercicio de los derechos reconocidos al niño, por lo que los Estados tienen la obligación de respetar los derechos y libertades reconocidos en el artículo 1.1. de la Convención Americana debiendo garantizar a la personas bajo su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

## **Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno**

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

La Corte Interamericana ha señalado que la obligación general de los Estados establecida en el artículo 2 de la Convención Americana incluye la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que impliquen una violación a las garantías previstas en la Convención, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de dichas garantías<sup>6</sup>.

Los Estados no podrán subordinar ni condicionar sus políticas migratorias que estén en contra de los tratados y convenios de derechos humanos, por lo que deben revisar y modificar sus políticas migratorias para que estén en concordancia y compatibles con todos los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones para cumplir con su compromiso asumido, de acuerdo a lo dispuesto al artículo 2 de la Convención.

## **Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal**

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

---

<sup>6</sup> Cfr. Caso “Cinco Pensionistas”, supra nota 27, párr. 165; Caso Baena Ricardo y otros, supra nota 27, párr. 180; y Caso Cantoral Benavides, supra nota 29, párr. 178.

2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.
4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.
5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.
6. Las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

Protege el derecho al libre desarrollo de la personalidad o la autonomía personal, que permite a su titular tomar una decisión sobre una cuestión por sí mismo sin intromisión ni ingerencia alguna.

### **Artículo 7. Derecho a la libertad Personal**

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

Protege a la persona en el ejercicio de sus derecho a la libertad individual, en su elemento de libertad-autonomía, frente a acciones o decisiones que pretendan reducirlo.

La libertad es la facultad natural que todo ser humano ejerce para determinar por sí mismo cada uno de sus actos o decisiones, una capacidad de autodeterminarse en el espacio, el tiempo y la estructura social – política, sin restricciones o limitaciones que no provengan de una justa causa y estén determinadas por una ley. La libertad además de constituirse en un principio fundamental, es un derecho inherente a la naturaleza humana y la dignidad de las personas.

Este artículo consagra la garantía al ejercicio de los derechos a la libertad física y de locomoción o libre tránsito. Es importante recordar que según la doctrina de los Derechos Humanos, el derecho a la libertad física, como parte de los derechos civiles y políticos, genera las obligaciones negativas para el Estado, lo que significa que el Estado no debe ni puede interferir la esfera de la autonomía personal, entendiéndose que en el ámbito de dicha autonomía se encuentran los derechos a la libertad física y de locomoción o libre tránsito, los que no pueden ser restringidos o suprimidos, salvo de manera excepcional en aquellos casos en los que sea necesario preservar los derechos de los demás, la seguridad de todos, el bienestar general y el desenvolvimiento democrático.

La restricción o limitación de los derechos a la libertad física y de locomoción o libre tránsito, solo podrá efectuarse en los casos y según formas previstas por ley. La restricción o limitación deberá ser ordenada por autoridad competente, de manera expresa y motivada.

Las infracciones migratorias no deben tener un carácter penal, los inmigrantes irregulares no son delincuentes, por lo que no deben ser tratados como tales, la detención por razones migratorias es de carácter eminentemente civil.

### **Artículo 8. Garantías Judiciales**

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.
2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene, derecho en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
  - a) Derecho del inculpado a ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
  - b) Comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;
  - c) Concesión al inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
  - d) Derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
  - e) Derecho irrenunciable a ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado

- no defendiere por si mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
- f) Derecho a la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
  - g) Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
  - h) Derecho a recurrir al fallo ante el juez o tribunal superior.
3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.
  4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.
  5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

En este artículo se expresan los requisitos que deben observarse en todas las instancias procesales para reafirmar las verdaderas y propias garantías judiciales según la Convención, reconociendo el llamado “debido proceso legal”, que debe entenderse como aplicable en lo esencial, a todas las garantías judiciales referidas en la Convención Americana.

Son los artículos 8 y 25 de la Convención Americana que deben “garantizar la tutela efectiva de los derechos, en base a tres principios fundamentales;

**a. Principio de culpabilidad (*nulla poena sine culpa*):** Consiste en la “necesidad de la existencia de culpa para ser castigado”, que es el principio de presunción de inocencia es considerado una “regla probatoria o regla de juicio” y una “regla de tratamiento de imputado”.

La culpabilidad debe estar vinculada con la imputabilidad, puesto que quien carezca de facultades psíquicas y físicas, por no tener madurez o padecer enfermedades graves no puede ser declarado culpable por lo que no podría ser responsable penalmente de sus actos, a pesar de ser típicos y antijurídicos.

**b. Principio de legalidad (*nullum crimen, nulla poena sine lege*):**

Entendido como garantía procesal, este principio busca garantizar que “todo procedimiento se lleve delante de acuerdo a la ley”, así como determinar un marco de acción a la autoridad que debe decidir sobre alguna cuestión relativa a los menores de edad.

Este principio se encuentra desarrollado en la jurisprudencia de la Corte y contemplado en la normativa internacional, e impone la imposibilidad de “penar un acto sin una ley que lo haya sancionado como un crimen previamente”. Asimismo, obliga a reconocer la inimputabilidad del menor de edad respecto de su responsabilidad penal, tanto para fijar los límites en que inicia y termina esta causa de inimputabilidad, como para “el tiempo en el que se debe imponer el tratamiento resocializador del menor infractor”.

### **c. Principio de humanidad:**

Este principio tiene el propósito de prohibir a las autoridades la comisión de abusos durante el cumplimiento de una pena o durante la institucionalización de un niño o niña. Tiene tres consecuencias principales: la prohibición expresa de aplicar torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; señalar los fines reeducativos y tendientes a la reinserción social de los niños, niñas que reciben las medidas; y la prohibición de aplicar la pena de muerte a personas que tenían menos de 18 años al momento de los hechos. En consecuencia, una medida privativa de libertad “en ningún caso puede implicar la pérdida de algunos de los derechos que sean compatibles con ella e incluso debe reconocérseles todos aquellos derechos que sean necesarios para su adecuada socialización”.

Asimismo, muchos centros de detención no tienen las condiciones de infraestructura adecuadas, ni recursos humanos ni profesionales con capacidad de desarrollar los programas de educación y trabajo que permitan la reeducación y la reinserción social que éstas medidas pretenden.

### **Garantías procesales:**

El poder punitivo en un Estado de Derecho siempre estará sujeto a límites impuestos por la misma exigencia social, límites a la coerción penal que se plasman en el principio sustancial del debido proceso, como exigencia de los convenios internacionales que se perfila en el reconocimiento pleno de los derechos fundamentales en el ámbito procesal y que se manifiesta en la supremacía que tienen que tener los Estados en las garantías constitucionales que protegen ante todo la libertad la dignidad y la vida del ser humano.

El debido proceso tiene su base legal en el principio de la contradicción que implica la necesidad de una imputación formal. Toda actividad sancionadora del Estado sea en el ámbito jurisdiccional o administrativo, debe ser impuesta previo proceso, en el que respeten todos los derechos inherentes a la garantía del debido proceso, entre los cuales se encuentra el derecho al defensa, que implica a su vez, entre otros elementos, la asistencia de un defensor, el derecho pro actione o a la impugnación, asimismo el derecho a la defensa, se relaciona directamente con los derechos a la igualdad de las partes ante la ley y ante su juzgador, al juez natural y a la seguridad, además que el derecho a defensa debe ser interpretado conforme al principio de favorabilidad antes que restrictivamente.

Otra de las garantías trascendentales que deriva del juicio previo es la presunción de inocencia que debe prolongarse a lo largo de todo el proceso, inclusive luego de pronunciada la sentencia condenatoria, durante la tramitación de los recursos. Únicamente la declaración de culpabilidad pasada en autoridad de cosa juzgada la destruye.

No se trata entonces de una mera presunción, una apariencia dudosa, sino de un verdadero estado o situación de inocente, que únicamente se destruye con la convicción de culpabilidad en grado de certeza, asumida por el juez o tribunal de instancia. El principio no se limita a una consideración procesal, sin que comprenda una consecuencia práctica, ser tratado como inocente. Este principio implica un status de inocencia, una presunción de inocencia, o un derecho a ser tratado como inocente.

En el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el debido proceso implica el derecho que tiene toda persona a ser oída, con las debidas garantías, por un Juez natural competente, independiente e imparcial, la importancia del debido proceso esta ligada a la búsqueda del orden justo. Aplicable no solamente al ámbito judicial, sino también al procedimiento administrativo.

En los procesos judiciales o administrativos donde participan niños, niñas, deben observarse todos estos principios y preceptos de garantías por su condición de seres humanos y la dignidad inherente a éstos, como por la situación especial en que se encuentran, en razón de su madurez y vulnerabilidad requieren protección que garantice el ejercicio pleno de sus derechos tanto en su familia, la sociedad y el Estado.

Los derechos procesales y garantías en el caso de los niños, niñas deben adoptar medidas específicas, para que los mismos gocen en forma efectiva sus derechos y garantías. El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño contiene previsiones, con el único objeto de la intervención del niño, niña se ajuste a sus condiciones.

### **Artículo 19. Derechos del niño**

Todo niño, niña tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

El niño, niña tiene derecho a recibir medidas de protección por parte de los Estados, deben ser brindados sin discriminación, éste artículo esta en concordancia con el artículo 29 de la Convención Americana que consagra “el principio de aplicabilidad de la norma más favorable al individuo” y a la Convención sobre los Derechos del Niño, que se manifiesta primordialmente en el principio del “interés superior del niño, niña”.

El interés superior del niño, niña se funda en la dignidad del ser humano, las características propias de los niños, niñas y para que ejerzan de manera plena sus derechos. El principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño (1959) establece: El niño, niña gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño, niña.

Principio que se reitera y desarrolla en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que dispone:

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> El Comité de Derechos del Niño ha establecido la necesidad de integrar en la legislación, o bien, de efectivizar lo consagrado en la misma, como una de las recomendaciones principales para atender el

## **Artículo 22. Derecho de Circulación y de Residencia**

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

Este artículo garantiza el derecho de circulación y residencia, de manera que todo ser humano que se encuentra legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por éste y a residir en él, de acuerdo a las normas legales vigentes.

La regulación para la permanencia legal establecidas en la normativa del Estado no es violatoria de las obligaciones internacionales, por lo que el Estado no puede dictar medidas políticas legales que establezcan un trato perjudicialmente distinto para los trabajadores migratorios indocumentados, puesto que la Convención determina la circulación y permanencia de un extranjero en el territorio de un Estado parte, debe ser legal y no incompatible con el objeto y fin de la convención, artículo concordante con el 2 de la Convención.

Los Estados tienen la obligación ante la comunidad internacional de impedir cualquier forma de discriminación, inclusive la derivada de su política migratoria, porque afecta el goce y ejercicio pleno de los derechos humanos.

## **Artículo 25. Protección Judicial**

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos de violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
2. Los Estados Partes se comprometen:
  - a) A garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
  - b) A desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
  - c) A garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

---

interés superior del niño, *inter alia*, Informe del Comité de Derechos del Niño en Paraguay, 2001; Informe el Comité de Derechos del Niño en Guatemala, 2001; Informe del Comité de Derechos del Niño en República Dominicana, 2001; Informe del Comité de Derechos del Niño en Surinam, 2000; Informe del Comité de Derechos del Niño en Venezuela, 1999; Informe del Comité de Derechos del Niño en Honduras, 1999; Informe del Comité de Derechos del Niño en Nicaragua, 1999; Informe del Comité de Derechos del Niño en Belice, 1999; Informe del Comité de Derechos del Niño en Ecuador, 1999; e Informe del Comité de Derechos del Niño en Bolivia, 1998.

Toda persona contra quien tenga que sustanciarse un proceso judicial o administrativo, debe ser sometido a la jurisdicción de los jueces, ligado a la búsqueda del orden justo, por lo que la finalidad no es solo poner en movimiento mecánico las reglas de procedimiento sino buscar un proceso justo, para lo cual hay que respetar los principios procesales de publicidad, inmediatidad, libre apreciación de la prueba; los derechos fundamentales como el derecho a la defensa, a la igualdad; lo que significa que la satisfacción de este derecho no se agota en la mera activación de los mecanismos procesales, sino en la creación y concesión de las garantías materiales, la obligación o responsabilidad, tenga la posibilidad de defender sus intereses de manera controversial, es decir, tenga la posibilidad de controvertir los fundamentos, las pruebas y pretensiones en igualdad de condiciones.

En los procesos a niños, niñas se debe considerar el principio de interés superior de los niños, niñas, protección integral, justicia especializada, presunción de minoridad, principio de lesividad, confidencialidad y privacidad, formación integral, reinserción en la familia y la sociedad, deben ser asistidos por un abogado.

Es importante que los Estados y en particular autoridades judiciales y administrativas, cumplan las obligaciones de aplicar los tratados internacionales, adaptando su legislación, o dictando resoluciones que cumplan con los estándares fijados por los Tratados de Derechos Humanos.”

## **DECLARACION AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE**

### **Artículo 1. Derecho a la vida, a la seguridad e integridad de la persona**

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

La seguridad es un derecho consagrado que implica que toda persona tiene derecho a estar exento de todo peligro en relación a su vida, su salud, su integridad física y mental, su libertad personal.

También podemos referirnos al ámbito de la seguridad jurídica que es una condición esencial para la vida y el desenvolvimiento de las naciones y de los individuos que la integran. Es deber del Estado proveer seguridad jurídica a los ciudadanos asegurando a todas las personas el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales proclamados por los tratados y convenciones suscritos y ratificados por los Estados.

### **Artículo 25. Derecho de protección contra la detención arbitraria**

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

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

## **Artículo 27. Derecho de asilo**

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

### **Respecto a la formulación de la primera consulta**

Nos permitimos realizar el análisis sucinto de los artículos sujetos a consulta antes de precisar la respuesta, los procedimientos que deben adoptar los Estados con el fin de identificar los diferentes riesgos en los derechos de los niños y niñas migrantes, habiendo identificado los siguientes:

- A. Todas las acciones que los Estados asuman deben basarse en un enfoque de derechos, debiendo implementar soluciones a corto y largo plazo que sean duraderas y como premisa con un proyecto de vida para los niños, niñas que tienda a la posibilidad de la reunificación familiar.
- B. Adecuar su normativa interna con referencia a las políticas públicas y legislación migratoria y leyes conexas a los convenios y tratados internacionales, debiendo ser de estricto y cumplimiento obligatorio, para no ser violatorios a los derechos humanos de los niños, niñas migrantes y reconocerlos, como sujetos de derecho pleno que deben disfrutar de todas sus garantías.
- C. De acuerdo al Derecho Internacional, los Estados tienen la obligación de promover y garantizar los derechos humanos, debiendo abstenerse de la violación directa de tales derechos, por lo que deben organizar el aparato estatal y el poder público a fin de garantizar el pleno goce los derechos humanos, en consecuencia deben tomar medida para prevenir y sancionar violaciones de derechos.
- D. Es necesario y prioritario que los Estados adopten en su agenda política todos los asuntos relacionados con la niñez migrante, elaborar y adoptar reformas legislativas y políticas públicas que protejan el interés superior del niño, niña y garanticen el goce y ejercicio efectivo de sus derechos, sin importar su calidad migratoria o condición social.
- E. Los Estados deben proteger, promover y garantizar los derechos de los niños, niñas a través de leyes y políticas públicas con perspectiva de derechos humanos, para el caso de los niños, niñas migrantes, se reconozcan sus derechos humanos y se asegure que el respeto al interés superior del niño, niña debe ser el principio que regule la actuación de las autoridades involucradas.
- F. Los Estados deberían desarrollar acuerdos marco, bilaterales, multilaterales para elaborar protocolos de intervención uniformes y adecuados y sobre todo que no afecten, ni menoscaben los derechos de los niños, niñas protegiendo su integridad física, psicológica.

- G. Deberán crearse departamentos entendidos en los Estados con personal especializado y multidisciplinario para la atención integral a los niños, niñas migrantes, quienes se obligarán a seguir protocolos y rutas críticas de atención de acuerdo a cada caso, con estudios psicológicos, sociales y legales, en consulta con los distintos actores implicados, para decidir: la reunificación familiar y/o la repatriación, la institucionalización, debiendo coordinar toda acción con los equipos similares de los Estados de origen de los niños, niñas, para determinar el interés superior del niño, niña.
- H. En estas instancias especializadas deben elaborarse y aplicarse sistemáticamente criterios adecuados basados en principios profesionales sólidos para evaluar la situación del niño, niña antes de recomendar la repatriación, internación o reunificación familiar del niño, niña migrante.
- I. Los Departamentos entendidos deberán desarrollar protocolos para la detección y atención de niños y niñas víctimas de violencia o de trata.
- J. En los departamentos especializados los niños, niñas migrantes deberán gozar de protección ejerciendo plenamente sus derechos a la alimentación, la educación, a información, la cultura, la recreación, entre otros y con enfoque de género.
- K. Los Estados deberán asignar presupuestos en toda la medida de los recursos disponibles y, cuando proceda en el marco de la cooperación acordes a la realidad migratoria de los niños, niñas, debiendo tener sistemas de información (estadísticas y base de datos), al momento de la asignación de los mismos. Asimismo deben facilitar la activa cooperación entre todas las autoridades competentes.
- L. Para que los niños, niñas migrantes puedan ejercer plenamente sus derechos consagrados en caso de existir familia en el Estado receptor, las autoridades deberán integrar al niño, niña a su familia, previa investigación, para después asumir las decisiones legales acordes al Estado y en estricto cumplimiento a los convenios y tratados internacionales.
- M. Los Estados deberán adoptar en sus políticas y procedimientos que favorezcan el intercambio y las redes de información entre Estados
- N. Es indispensable que se cree una comisión de trabajo con las instituciones de protección a los niños, niñas, Estados, Organizaciones no gubernamentales, la sociedad civil organizada, expertos académicos, organización de profesionales, para que se unan y desarrollen normas internacionales que den una orientación clara, experta a los Estados sobre la aplicación de las normas y convenios internacionales con relación a los niños, niñas migrantes.

- O. Los Estados deben iniciar procesos de concientización lanzando campañas de prevención, para sensibilizar a los adultos sobre los riesgos a los que se somete a los niños, niñas en migraciones ilegales.
- P. Los Estados tienen que promover acciones conjuntas dirigidas a garantizar la observancia de los derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes, implementando políticas y medidas que impulsen el desarrollo social de los niños, niñas y de sus familias con un proyecto de migración planificada y protegida.

**6.2) ¿Cuáles son a la luz de los artículos 1, 2, 7, 8, 19 y 25 de la Convención Americana y del artículo 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, las garantías de debido proceso que deberían regir en el proceso migratorio que involucren niños y niñas migrantes?**

- A. Para una efectiva defensa y protección de los derechos fundamentales las garantías del debido proceso son indispensables, para el ejercicio pleno de los derechos humanos de los niños, niñas migrantes, que se vincule con la legislación, políticas migratorias y procedimientos regulados por los Estados.
- B. Las garantías procesales para la protección de los derechos humanos de los niños, niñas migrantes y la observancia de los principios fundamentales del Derecho Internacional y de los acuerdos internacionales en la materia, tienen supremacía y no deben estar subordinadas a la implementación de políticas públicas de los Estados, de acuerdo al Artículo 2 de la Convención Americana de los Derechos.
- C. Con relación a las garantías que deben regir en los procesos migratorios se debe observar los procedimientos que los Estados aplican relativos al ingreso al país de destino en una zona fronteriza; y los distintos casos en los que puedan presentar los niños, niñas. Pueden ser si el niño, niña ha migrado con su familia, solo, los padres se encuentran en el país de origen o destino, si existe o no un proceso de expulsión contra alguno de los padres, si se inició o no la reunificación familiar, la etapa en la que se encuentra.
- D. El debido proceso de acuerdo a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos está consagrado como un derecho humano, por lo que los Estados deben asumir en su normativa interna el conjunto de derechos y garantías mínimas, sobre todo si se trata de niños, niñas: que comprende a un juez natural competente, independiente e imparcial, el derecho a ser oído y juzgado con las debidas garantías en un proceso legal y/o administrativo, en materia penal comprende: el derecho a la presunción de inocencia, derecho a ser informado de la acusación formulada, derecho a disponer del tiempo y los medios adecuados para la preparación de la defensa y comunicarse con el abogado defensor, derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, el derecho a la defensa técnica y material, el derecho a interrogar a los testigos y a obtener la comparecencia de los testigos de cargo, el derecho a ser asistido por un intérprete, el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable y el derecho a impugnar o recurrir el fallo ante juez o tribunal superior.

- E. Los Estados deben garantizar en su normativa legal interna todos los procedimientos legales necesarios acordes con la convención y los tratados para evitar que los niños, niñas sufran riesgos innecesarios y sean objeto de trata cuando tengan la necesidad de migrar para la reunificación familiar.
- F. Los Estados deben positivizar y judicializar los derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales, integrándoles al catálogo de los derechos fundamentales, a través de la interpretación integradora aplicando el principio de la fuerza expansiva de los derechos humanos.
- G. Los Estados deben regirse por los principios fundamentales, entre ellos, el de seguridad jurídica, el de buena fe y la presunción de legitimidad del acto, en consecuencia es deber del Estado proveer seguridad jurídica a los ciudadanos asegurando a todas las personas el efectivo ejercicio de sus derechos fundamentales y garantías constitucionales proclamados por los tratados, convenios suscritos y ratificados, así como las leyes ordinarias

**6.3 ) ¿Cómo debe interpretarse, a la luz de los artículos 1, 7, 8, 19 y 29 de la Convención Americana y del artículo 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el principio de la última ratio de la detención como medida cautelar en el marco de procedimientos migratorios cuando están involucrados niños y niñas que se encuentran junto a sus padres, y cuando están involucrados niños, niñas no acompañados o separados de sus padres?**

- A. Los inmigrantes no representan ninguna amenaza para la seguridad pública del Estado, la detención solo es aceptable en casos excepcionales; como cuando exista riesgo que representa una persona. Si un inmigrante tiene antecedentes penales y cumplió su condena penal no es suficiente argumento para respaldar la detención. En caso de detención se debe sustentar las circunstancias particulares por las que se considera ese riesgo.
- B. La Convención no aborda el tema migratorio como tema concreto, pero en el artículo 9 manifiesta que: “los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño”.
- C. Los Estados deben considerar el art. 3 de la Convención, que determina el principio del interés superior del niño, niña: “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. El principio de protección del interés superior del niño, niña los coloca como sujetos plenos de derechos en tanto que las decisiones que se tomen por terceros deberán tomar en cuenta las afectaciones puede generar para el desarrollo de su vida.
- D. Los Estados están obligados en los poderes (ejecutivo, legislativo y judicial) a promulgar disposiciones legales, políticas públicas, para establecer estructuras administrativas, y articular las actividades de investigación, información, acopio

- de datos y de formación general, necesarias para proteger a los niños, niñas no acompañados y separados de su familia.
- E. Las instituciones encargadas deberán realizar una evaluación concreta e integral del niño, niña con el fin de determinar su nacionalidad, antecedentes étnicos, culturales, sus necesidades especiales, en un ambiente de calidad y calidez para el niño, niña y a cargo de profesionales idóneos.
  - F. Los Estados deben establecer leyes y políticas de inmigración que partan de la presunción de libertad- el derecho del migrante a permanecer en libertad mientras están pendientes los procedimientos migratorios, y no a la presunción de detención, con el objeto de cumplir con las garantías contenidas en los artículos I y XXV de la Declaración Americana. La detención solo será permisible, después de efectuar una evaluación individualizada, debe considerarse que es una medida necesaria para dar cumplimiento a un interés legítimo del Estado, como asegurar la comparecencia de una persona al trámite de determinación de estatus migratorio y posible deportación.
  - G. De acuerdo a lo dispuesto por los artículos 8 y 25 de la Convención Americana el niño, niña está amparado por las garantías específicas en cualquier proceso donde se le prive su libertad u otro derecho incluyendo los procedimientos administrativos, garantías que deben ser observadas en especial, cuando el procedimiento signifique la probabilidad de aplicar una medida privativa de libertad (llámese “medida de internación” o “medida de protección”).
  - H. La restricción o limitación de los derechos a la libertad física y de locomoción o libre tránsito, solo podrá efectuarse en los casos y según formas previstas por ley, debe cumplir con las condiciones de validez legal.
  - I. Cuando el Estado deba aplicar la medidas de privación de libertad de un niño, niña es necesario considerar dos principios elementales que son: 1. la privación de libertad constituye la ultima ratio, por lo que se debe ver alternativas de otra naturaleza que no menoscaben los derechos de los niños, niñas, sin tener que recurrir al sistema judicial, siempre y cuando resulte adecuado; y 2. es preciso considerar siempre el interés superior del niño, niña lo cual implica reconocer que éste es sujeto de derechos.
  - J. Cuando se adopte una medida de protección que menoscabe la libertad del niño, niña debe ajustarse estrictamente a la ley y que el niño, niña continúe vinculado con su familia, debiendo esta medida imponerse por el menor tiempo posible debido a las consecuencias psicológicas, emocionales, de salud, que puedan derivar al ser separado de sus padres.
  - K. Es obligación del Estado de establecer todo tipo de políticas públicas y reformas de carácter legislativo y administrativo a fin de proteger el interés superior del niño, niña. Cuando el niño, niña es privado de su libertad se debe, atender y proveer de alojamiento digno, servicios de salud física y psicológica y acceso pleno a la educación, garantizar el acceso a un nivel de vida adecuado, y a un acceso irrestricto al procedimiento para obtener el asilo, garantías jurídicas y derechos en la materia con independencia de la edad.
  - L. Se deben tener procedimientos administrativos, legales de protección a los derechos del niño, niña a la reunificación familiar, la localización de su familia, como una solución duradera previa investigación por personal especializado para ver si va contra su interés superior o pone en peligro sus derechos.
  - M. Si el niño, niña carece de todo vinculo familiar después de una investigación detallada se abre la posibilidad de restituir su derecho a vivir en familia a través de un proceso de adopción, siempre y cuando no se haya localizado a su familia.

- N. Cuando el niño, niña no esta acompañado el Estado no podrá negarle la entrada ni deberá ser devuelto en el punto de entrada, por lo que no podrá se detenido por su carácter migratorio. Si es víctima de trata, el Estado debe tomar las medidas de protección y rehabilitación, que deberán prevalecer sobre otras condiciones.
- O. Se deben adecuar procedimientos específicos para los niños, niñas migrantes no acompañado, que deben observar determinadas medidas para identificar plenamente a los niños, niñas no acompañados y separados, mecanismos de registros y comunicación, nombrar una persona de confianza por cada niño, niña.
- P. El estado debe establecer lineamientos de acción para determinar la reunificación familiar a niños, niñas en caso de padres separados, para implementar medidas de protección de emergencia frente a casos de posible trata o maltrato, para verificar toda la información del niño, niña, su origen, su familia, su contexto social en el que vive y sobre todo escuchar a que exprese su voluntad y deseo.
- Q. En el caso de que el niño, niña detenido manifieste en forma vehemente su deseo de retornar a su país de origen, promover la repatriación voluntaria, previa investigación en el país de destino, debiendo ser tomada la decisión con el concurso de autoridades y sobre todo atender su interés superior.
- R. Es fundamental llevar un registro documental de toda la información recolectada, las entrevistas con los niños, niñas y, en general, los expedientes de todas las medidas implementadas. De esta manera, se asegura, se pueden establecer mejores prácticas al respecto que atiendan las omisiones que pudieran irse presentando a nivel administrativo en lo que hace a la atención de los niños, niñas conforme a estos lineamientos.
- S. La información, debe ser compartida entre autoridades y organizaciones no gubernamentales de los países involucrados para dar seguimiento y proveer de garantías adicionales de seguridad a las niñas y niños migrantes no acompañados en su proceso de internación o repatriación.
- T. Cuando los niños, niñas sean detenidos deben estar plenamente informados sobre todos los procedimientos legales con un lenguaje sencillo y si es necesario con el apoyo de interpretes.
- U. Con el objeto de que la medida de detención sea aplicada el menor tiempo posible los estados deberán crear mecanismos de comunicación entre autoridades consulares, instituciones de protección de la niñez, organismos internacionales, organismos no gubernamentales, para que cada caso se atienda de acuerdo al interés superior del niño, niña y sobre todo se protejan sus derechos, los principios de no discriminación, participación, respeto a la identidad cultural del niño, niña confidencialidad de su información personal, debido proceso, protección especial contra el abuso, la violencia y la explotación, prioridad del principio de unidad familiar y apego irrestricto al principio de no devolución que consiste en la no repatriación en caso de riesgo por una amenaza contra la vida, la libertad o la seguridad.

**6.4 ¿Qué características deben tener, a la luz de los artículos 2, 7, 19, 25 y 29 de la Convención Americana y del artículo 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, las medidas alternativas adecuadas de protección de derechos del niño, niña que debieran constituir la respuesta estatal prioritaria**

**para evitar cualquier tipo de restricción a la libertad ambulatoria. ¿Cuáles son las garantías de debido proceso que deberían aplicarse en el procedimiento de decisión acerca de medidas alternativas a la detención?**

- A. Cuando el Estado decida recurrir a una medida privativa de libertad del niño, niña debe cumplir ciertos requisitos relativos al procedimiento que consagran el derecho a la libertad personal. Estos requisitos constituyen garantías procesales que buscan asegurar el derecho a no ser detenido arbitrariamente y que conforman el “debido proceso legal” que precisa ser observado en todas las instancias procesales a efectos de que las personas puedan defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos.
- B. Los Estados que no tienen autoridades competentes para dictar y ejecutar la decisión de la detención de niños, niñas migrantes, por lo que no existen plazos señalados máximos de detención y existe ausencia de garantías elementales al debido proceso. Por lo que los Estados deberán adecuar sus leyes para no continuar vulnerando el derecho humano al debido proceso en casos de detención de niños, niñas.
- C. El Comité de Naciones Unidas para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, al examinar disposiciones que establecen la privación de la libertad por infringir la regulación relativa al ingreso a un país, ha recomendado que, a fin de ajustar la legislación a la Convención y otros instrumentos internacionales, se debe eliminar “como delito penado con privación de libertad la entrada irregular de una persona [al territorio [de otro Estado]]”<sup>8</sup>. En el mismo sentido, todos los Estados del ámbito iberoamericano han afirmado unánimemente que en tanto “migrar no es un delito, [...] los Estados no desarrollarán políticas orientadas a criminalizar al migrante”<sup>9</sup>.
- D. La irregularidad migratoria, no puede dar lugar a la iniciación de un proceso que pueda determinar la detención de una persona como pena. Mucho menos en el caso de niños y niñas migrantes. En los Estados que tienen en su ordenamiento jurídico disposiciones de esa naturaleza, esta prohibición supone el deber de reformar la normativa con el objetivo de eliminar cualquier clase de sanción privativa de la libertad con base en infracciones administrativas en el ámbito migratorio, para dar cumplimiento a lo dispuesto por el Art. 2 de la Convención Americana de los Derechos.

---

<sup>8</sup> 30 Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, Observaciones Finales, México, CMW/C/MEX/CO/01, del 8 de diciembre de 2006, párr.

<sup>9</sup> • Compromiso de Montevideo sobre Migración y Desarrollo de los Jefes de Estado y de Gobierno de la Comunidad Iberoamericana de Naciones, XVI Cumbre Iberoamericana, Montevideo, 5 de noviembre de 2006, párr. 17.

- E. Los Estados deberían diseñar políticas dirigidas a implementar estrategias de comunicación y capacitación dirigidas a evitar la asociación entre migración irregular y delincuencia, con la sociedad civil y organizaciones especializadas.
- F. Los Estados deben aplicar la detención por motivos migratorios solo con base a principios de derechos humanos como medida cautelar en especiales circunstancias que son: en el proceso de investigación para tomar la decisión acerca del ingreso o permanencia de un extranjero al territorio de un Estado, o durante un procedimiento de deportación o expulsión del país. La privación de libertad de un niño, niña solo podrá ser tomada como último recurso y por un tiempo breve y en casos excepcionales.
- G. Los niños, niñas migrantes no acompañados o separados de sus padres no deberían ser detenidos y los casos excepcionales que se tome la medida privativa de libertad deben realizarse todos los esfuerzos para su liberación inmediata y tomar otras alternativas apropiadas.
- H. Los Estados deben adoptar políticas públicas y leyes migratorias eficaces introduciendo diferentes medidas de detención, medidas que deben aplicarse en forma prioritaria a la detención, que solo debe determinarse como último recurso.
- I. Los niños, niñas son sujetos de derecho pleno que deben recibir protección integral y gozar de todos los derechos previstos por los convenios y tratados internacionales, además de gozar de derechos específicos por su calidad de niños, niñas que se encuentran en desarrollo.
- J. Cuando se adopten medidas especiales de protección deben regirse a lo dispuesto por el 19 de la Convención Americana y un conjunto de instrumentos internacionales en materia de niñez, debiendo aplicar los principios de no discriminación e igualdad ante la ley.
- K. Dentro de las garantías fundamentales deben estar incluidas el derecho a ser informado de los motivos y razones de la detención, el control judicial inmediato de la privación de libertad por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial previamente establecido por ley, el derecho a ser oído, el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a que se informe sobre la detención a una tercera persona -por ejemplo, un familiar, un abogado y/o al cónsul del país de origen, según corresponda-, el derecho a recibir asistencia legal gratuita, a ser asistido por un intérprete si fuera necesario, etc.

**6.5 ) ¿Cuáles son las condiciones básicas que debieran cumplir los espacios de alojamiento de niños, niñas migrantes, y cuáles son las obligaciones principales que tienen los Estados respecto de los niños y niñas (solos o acompañados) que se encuentran bajo la custodia estatal por razones migratorias, a la luz de los artículos 1, 2, 4.1, 5, 7, 17 y 19 de la Convención Americana y de los artículos 1 y 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre?**

#### **Artículo 4. Derecho a la Vida**

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

#### **Artículo 17. Protección a la Familia**

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad del estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que estas no afecten al principio de la no discriminación establecido en esta Convención.
3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.
4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptaran disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.
5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.
  - A. Las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños<sup>10</sup>, han desarrollado estándares mínimos a ser tenidos en cuenta en referencia a políticas públicas, estos instrumentos prevé el deber de los Estados de velar por la estabilidad del núcleo familiar, y de desarrollar políticas de apoyo y servicios que atiendan en mejor medida el interés superior del niño, niña.

B. La Directrices son de estricta aplicación a la situación que atraviesan los niños, niñas migrantes:

"Directriz N° 29 Ámbito de aplicación 29. A los efectos de las presentes Directrices, y sin perjuicio de las excepciones enunciadas, en particular, en el párrafo 30 infra, se aplicarán las definiciones siguientes:

a) Niños privados del cuidado parental: todos los niños que durante la noche no estén al cuidado de uno de sus padres, por lo menos, cualesquiera que sean las razones y circunstancias de ese hecho. El niño privado del cuidado parental que se encuentre fuera de su país de residencia habitual o sea víctima de situaciones de emergencia podrá ser designado como:

- i) "No acompañado", si no ha sido acogido por otro pariente o por un adulto que por ley o costumbre sea responsable de acogerlo; o

---

<sup>10</sup> Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, 24 de febrero de 2010. A/RES/64/142 - Parte VIII-Directrices de la 138-15

ii) “Separado”, si ha sido separado de un anterior cuidador primario legal o consuetudinario, aunque pueda estar acompañado por otro pariente.”

La Directriz N° 143. Los niños no acompañados o separados, incluidos los que llegan a un país de un modo irregular, no deberían ser privados en principio de su libertad por el mero hecho de haber incumplido cualquier disposición legal por la que se rijan la entrada y estancia en el territorio.

En este sentido el Artículo 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño y párrafo I.2 de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad <sup>11</sup> establece que la privación de libertad de un niño, niña sólo podría ser adoptada como medida de último recurso, por el período más breve que proceda y sólo en casos excepcionales.<sup>12</sup>

De acuerdo a la Directriz N° 160 Los niños en situaciones de emergencia no deberían ser trasladados a un país distinto de su residencia habitual a efectos de acogimiento alternativo excepto de manera transitoria por razones imperiosas de salud, médicas o de seguridad. En ese caso, **la acogida debería tener lugar lo más cerca posible del hogar del niño**, quien debería estar acompañado por uno de sus padres o un cuidador conocido del niño, y debería establecerse un plan claro de retorno.

En este sentido, se debe respetar lo establecido en las Directrices, en especial la N° 142. Al determinar el tipo de acogimiento apropiado, debería tenerse en cuenta, caso por caso, **la diversidad y disparidad de los niños no acompañados o separados, como su origen étnico y migratorio o su diversidad cultural y religiosa.**

Directriz N° 145. Se insta enérgicamente a los Estados a que, tan pronto como un niño no acompañado haya sido identificado, nombren un tutor o, de ser necesario, otorguen su guarda a una **organización responsable de su acogida y bienestar para que acompañen al niño durante todo el proceso de determinación de su situación y de toma de decisiones.**

146. En cuanto se haya asumido la guarda de un niño no acompañado o separado, se hará **todo lo que sea razonable para localizar a su familia y restablecer los lazos familiares, siempre que ello redunde en el interés superior del niño** y no ponga en peligro a las personas interesadas.

147. Para contribuir a la planificación del futuro de un niño no acompañado o separado de la manera que mejor ampare sus derechos, **el Estado** relacionado con el caso y sus

---

<sup>11</sup> Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990

<sup>12</sup> En igual sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/02, párrafos 93 y 94. “Entre estos valores fundamentales figura la salvaguarda de los niños, tanto por su condición de seres humanos y la dignidad inherente a éstos, como por la situación especial en que se encuentran. En razón de su inmadurez y vulnerabilidad, requieren protección que garantice el ejercicio de Estado. Estas consideraciones se deben proyectar sobre la regulación de los procedimientos, judiciales o administrativos, en los que se resuelva acerca de derechos de los niños y, en su caso, de las personas bajo cuya potestad o tutela se hallan aquéllas”.

servicios sociales **deberían hacer todo lo que sea razonable para obtener documentación e información a fin de realizar una evaluación de la situación de riesgo en que se encuentra el niño y las condiciones sociales y familiares en su país de residencia habitual.**

Con referencia a la localización de la familia y reintegración en el medio familiar las Directrices disponen:

162. La **identificación e inscripción en un registro de los niños no acompañados o separados**, y la expedición de documentos para ellos, constituyen una prioridad en cualquier situación de emergencia y deberían efectuarse lo más rápidamente posible.

163. Las **actividades** referentes a la inscripción de los niños en el registro deberían ser **realizadas por las autoridades del Estado** y las entidades expresamente encargadas de esta tarea y con experiencia al respecto, o bajo su supervisión directa.

164. Debería **respetarse el carácter confidencial de la información reunida** y habría que establecer sistemas para la transmisión y el almacenamiento seguros de la información. La información solo debería ser compartida entre las agencias debidamente habilitadas a los efectos de la localización de la familia, la reintegración en esta y el acogimiento en medio familiar.

165. Todos los participantes en la localización de los miembros de la familia o los cuidadores primarios legales o consuetudinarios deberían actuar en el marco de un sistema coordinado, en el que se utilicen, siempre que sea posible, formularios normalizados y procedimientos mutuamente compatibles. **Deberían velar por que sus actuaciones no pusieran en peligro al niño ni a terceros interesados.**

166. Debe verificarse en cada caso la validez de las relaciones y la confirmación de la voluntad de reagrupación familiar del niño y los miembros de su familia. **No debería adoptarse ninguna medida que pueda dificultar la eventual reintegración en la familia, como adopción, cambio de nombre o traslado a lugares alejados de la probable ubicación de la familia, hasta que se hayan agotado todos los intentos de búsqueda.**

167. Se debería dejar constancia en **un archivo seguro y protegido** de cualquier medida de acogimiento de un niño a fin de facilitar el reagrupamiento familiar en el futuro.

Las Directrices sobre las modalidades alternativas del cuidado de los niños, niñas que en las Modalidades alternativas de acogimiento recomienda:

10. Todas las decisiones relativas al acogimiento alternativo del niño deberían tener plenamente en cuenta la conveniencia, en principio, de mantenerlo lo más cerca posible de su lugar de residencia habitual, a fin de facilitar el contacto con su familia y la posible reintegración con ella y de minimizar el trastorno ocasionado a su vida educativa, cultural y social.

20. El recurso al acogimiento residencial debería limitarse a los casos en que ese entorno fuera específicamente apropiado, necesario y constructivo para el niño interesado y redundarse a favor de su interés superior.

Los Estados deben establecer estándares de acogimiento par garantizar la calidad y las condiciones propias para el desarrollo del niño, como la atención individualizada y en pequeños grupos, y deberían evaluar los centros de acogida existentes con arreglo a esos estándares.

## **V. BASES DE LA ACOGIDA**

52. Para atender a las necesidades específicas psico emocionales, sociales y de otro tipo de cada niño carente del cuidado parental, los Estados deberían adoptar todas las medidas necesarias para establecer las condiciones legales, políticas y financieras que permitan ofrecer opciones de acogimiento alternativo adecuadas, dando prioridad a las soluciones basadas en la familia y la comunidad.

53. Los Estados deberían velar por que haya una serie de opciones de acogimiento alternativo, compatibles con los principios generales de las presentes Directrices, para la acogida de emergencia y a plazo corto y largo.

54. Los Estados deberán velar por que todas las personas físicas y jurídicas participantes en el acogimiento alternativo de niños sean debidamente habilitadas para ello por las autoridades competentes y estén sujetas a la revisión y el control regulares de esta última de conformidad con las presentes Directrices. Con ese fin, dichas autoridades deberían elaborar criterios apropiados para la evaluación de la idoneidad profesional y ética de los acogedores y para su acreditación, control y supervisión.

56. La toma de decisiones sobre un acogimiento alternativo que responda al interés superior del niño debería formar parte de un procedimiento judicial, administrativo o de otro tipo adecuado y reconocido, con garantías jurídicas, incluida, cuando corresponda, la asistencia letrada del niño en cualquier proceso judicial. Debería basarse en una evaluación, planificación y revisión rigurosas, por medio de estructuras y mecanismos establecidos, y realizarse caso por caso, por profesionales debidamente calificados en un equipo multidisciplinario siempre que sea posible. Debería suponer la plena consulta del niño en todas las fases del proceso, de forma adecuada a su desarrollo evolutivo, y de sus padres o tutores legales. A estos efectos, se debería proporcionar a todos los interesados la información necesaria para basar su opinión. Los Estados deberían poner el máximo empeño en proporcionar recursos y cauces para la formación y el reconocimiento de los profesionales encargados de determinar la mejor modalidad de acogimiento, a fin de facilitar el cumplimiento de estas disposiciones.

### **2. Condiciones generales aplicables a todas las modalidades de acogimiento alternativo formal**

79. El traslado de un niño a un entorno de acogimiento alternativo debería efectuarse con la máxima sensibilidad y de una manera adaptada al niño, en particular con la intervención de personal especialmente formado y, en principio, no uniformado.

80. Cuando un niño haya sido recibido en acogimiento alternativo, se debería fomentar y facilitar, en bien de la protección y el interés superior del niño, el contacto con su familia y con otras personas cercanas, como amigos, vecinos y acogedores anteriores. El niño debería tener acceso a información sobre la situación de los miembros de su familia si no mantiene contacto con ellos.

81. Los Estados deberían prestar una atención especial a que los niños que se encuentren en acogimiento alternativo a causa de la prisión u hospitalización prolongada de sus padres tengan la oportunidad de mantener contacto con ellos y recibir el apoyo psicológico y la asistencia necesarios a este respecto.

82. Los acogedores deberían velar por que los niños que tienen a su cargo reciban una alimentación sana y nutritiva en cantidad suficiente según los hábitos alimentarios locales y las normas alimentarias correspondientes y de acuerdo con las creencias religiosas del niño. Cuando sea necesario se aportarán también los suplementos nutricionales apropiados.

83. Los acogedores deberían promover la salud de los niños que tengan a su cargo y tomar disposiciones para proporcionarles atención médica, orientación y apoyo cuando sea necesario.

90. El alojamiento en todos los entornos de acogimiento alternativo debería cumplir los requisitos de salud y seguridad.

91. Los Estados, por medio de sus autoridades competentes, deberían velar por que el alojamiento de los niños en acogimiento alternativo, y la supervisión de esas modalidades de acogimiento, permitan la protección efectiva de los niños contra los abusos. Es preciso prestar una atención especial a la edad, madurez y grado de vulnerabilidad de cada niño al determinar la modalidad de convivencia que más le convenga. Las medidas encaminadas a proteger a los niños en acogimiento deberían ser conformes a la ley y no deberían implicar limitaciones poco razonables de su libertad y comportamiento en comparación con los niños de edad similar en su comunidad.

92. Todos los entornos de acogimiento alternativo deberían ofrecer una protección adecuada a los niños contra el secuestro, el tráfico, la venta y cualquier otra forma de explotación. Las consiguientes limitaciones de su libertad y comportamiento deberían ser solo las estrictamente necesarias para garantizar su protección efectiva contra tales actos.

94. Los Estados, las agencias y los centros de acogida, las escuelas y otros servicios comunitarios deberían adoptar medidas apropiadas para que los niños en acogimiento alternativo no sean estigmatizados durante o después del período de acogida. Dichas medidas deberían incluir actuaciones encaminadas a reducir lo más posible la posibilidad de que el niño sea identificado como un menor que está siendo cuidado en un entorno de acogimiento alternativo.

95. Todas las medidas disciplinarias y de control del comportamiento que constituyan tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes, incluidas las medidas de aislamiento e incomunicación o cualesquiera otras formas de violencia física o psicológica que puedan poner en peligro la salud física o mental del niño, deben ser prohibidas

estrictamente de conformidad con la normativa internacional de derechos humanos. Los Estados deben adoptar todas las medidas necesarias para impedir tales prácticas y garantizar su punibilidad conforme a derecho.

No debería utilizarse nunca como sanción la limitación de los contactos del niño con los miembros de su familia y con otras personas de importancia especial para él.

97. Los niños acogidos deberían tener acceso a una persona de confianza en cuya absoluta reserva pudieran confiar. Esa persona tendría que ser designada por la autoridad competente con el acuerdo del niño interesado. El niño debería ser informado de que los estándares éticos o jurídicos pueden requerir en determinadas circunstancias la quiebra de la confidencialidad.

100. En las situaciones en que los padres del niño estén ausentes o sean incapaces de tomar diariamente decisiones que respondan al interés superior del niño, y en que la autoridad judicial o un órgano administrativo competente haya ordenado o autorizado que este sea entregado en acogimiento alternativo, la persona o entidad competente que haya sido designada debería ser investida con el derecho y la responsabilidad legal de adoptar tales decisiones en lugar de los padres, siempre en consulta con el niño. Los Estados deberían velar por el establecimiento de un mecanismo encargado de designar a esa persona o entidad.

101. Esa responsabilidad legal debería ser atribuida por las autoridades competentes y supervisada directamente por ellas o por medio de entidades formalmente acreditadas, incluidas las ONG. La responsabilidad por los actos de la persona o entidad interesada debería recaer en el órgano otorgante.

103. La función y las responsabilidades específicas de la persona o entidad designada deberían consistir, en particular, en lo siguiente:

- a) Velar por la protección de los derechos del niño y, en especial por que el niño cuente con el cuidado, el alojamiento, la atención de salud, las oportunidades de desarrollo, el apoyo psicosocial, la educación y el apoyo lingüístico apropiados;
- b) Velar por que el niño tenga acceso a representación legal y otro tipo de asistencia si fuera necesario, por que el niño sea oído, de modo que sus opiniones sean tenidas en cuenta por las autoridades encargadas de la toma de decisiones, y por que el niño sea informado y asesorado sobre sus derechos;
- c) Contribuir a la determinación de una solución estable que responda al interés superior del niño;
- d) Servir de enlace entre el niño y las diversas organizaciones que pueden prestar servicios a este;
- e) Asistir al niño en la búsqueda de sus familiares;
- f) Velar por que, si se lleva a cabo la repatriación o la reagrupación familiar, ello redunde en favor del interés superior del niño;

g) Ayudar al niño a mantenerse en contacto con su familia, cuando proceda.

123. Se deberían adoptar medidas para que, cuando sea necesario o apropiado, un niño que solo necesite protección y acogimiento alternativo pueda ser alojado separadamente de los niños que están sujetos al sistema de justicia penal.

## **VIII. EL ACOGIMIENTO ALTERNATIVO DE NIÑOS FUERA DE SU PAÍS DE RESIDENCIA HABITUAL**

### **A. Acogimiento de un niño en el extranjero**

136. Las presentes Directrices deberían aplicarse a todas las entidades públicas y privadas y a todas las personas que intervienen en la organización la acogida de un niño en un país distinto del de su residencia habitual, ya sea para tratamiento médico, acogida transitoria, atención temporal o cualquier otro motivo.

137. Los Estados interesados deberían velar por que se encomiende a un órgano designado la determinación de los estándares específicos que deben cumplirse en lo referente, en particular, a los criterios de selección de los cuidadores en el país de acogida y la calidad del acogimiento y su seguimiento, así como la supervisión y el control del funcionamiento de esos sistemas.

138. Para velar por la cooperación internacional y la protección del niño en esas situaciones se insta a los Estados a que ratifiquen el Convenio de La Haya relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, de 19 de octubre de 1996, o se adhieran a él.

### **B. Acogimiento de un niño que ya se encuentra en el extranjero**

139. Las presentes Directrices, así como otras normas internacionales pertinentes, deberían aplicarse a todas las entidades públicas y privadas y a todas las personas que intervienen en la organización de la acogida de un niño que la necesite mientras se encuentra en un país distinto del de su residencia habitual, sea cual fuere el motivo.

140. Los niños no acompañados o separados que ya se encuentran en el extranjero deberían gozar en principio del mismo nivel de protección y cuidado que los niños nacionales del país de que se trate.

141. Al determinar el tipo de acogimiento apropiado, debería tenerse en cuenta, caso por caso, la diversidad y disparidad de los niños no acompañados o separados, como su origen étnico y migratorio o su diversidad cultural y religiosa.

142. Los niños no acompañados o separados, incluidos los que llegan a un país de un modo irregular, no deberían ser privados en principio de su libertad por el mero hecho de haber incumplido cualquier disposición legal por la que se rijan la entrada y estancia en el territorio.

143. Los niños víctimas de la trata no deberían ser mantenidos en detención policial ni sancionados penalmente por su participación bajo coacción en actividades ilícitas.

144. Se insta enérgicamente a los Estados a que, tan pronto como un niño no acompañado haya sido identificado, nombren un tutor, o, de ser necesario, otorguen su guarda a una organización responsable de su acogida y bienestar para que acompañen al niño durante todo el proceso de determinación de su situación y de toma de decisiones.

145. En cuanto se haya asumido la guarda de un niño no acompañado o separado, se hará todo lo que sea razonable para localizar a su familia y restablecer los lazos familiares, siempre que ello redunde en favor del interés superior del niño y no ponga en peligro a los implicados.

146. Para contribuir a la planificación del futuro de un niño no acompañado o separado de la manera que mejor ampare sus derechos, el Estado relacionado con el caso y sus servicios sociales deberían hacer todo lo que sea razonable para obtener documentación e información a fin de realizar una evaluación de la situación de riesgo en que se encuentra el niño y las condiciones sociales y familiares en su país de residencia habitual.

147. Los niños no acompañados o separados no deben ser devueltos a su país de residencia habitual:

a) Si, después de la evaluación de la seguridad y los riesgos, hay motivos para creer que la seguridad y protección del niño están en peligro;

b) A menos que, antes del retorno, un cuidador idóneo, como uno de sus progenitores, un pariente, otro cuidador adulto, una agencia oficial o una agencia o un centro de acogida habilitados del país de origen haya aceptado y pueda asumir la responsabilidad por el niño y brindarle la protección y el cuidado adecuados;

c) Si, por otras razones, ello no responde al interés superior del niño, según la evaluación de las autoridades competentes.

148. Teniendo presentes esos objetivos, se debería promover, reforzar y mejorar la cooperación entre Estados, regiones, autoridades locales y asociaciones de la sociedad civil.

149. Debería preverse la intervención efectiva de los servicios consulares o, en su defecto, de los representantes legales del país de origen, cuando ello responda al interés superior del niño y no ponga a este o a su familia en peligro.

150. Los responsables del bienestar de un niño no acompañado o separado deberían facilitar con regularidad la comunicación entre el niño y su familia, salvo cuando ello sea contrario a los deseos del niño o claramente no responde a su interés superior.

151. El acogimiento preadoptivo o la *kafala* del derecho islámico no deberían considerarse una opción inicial idónea para un niño no acompañado o separado. Se insta a los Estados a que tomen en consideración esta opción solo cuando se hayan agotado todas las posibilidades de determinar el lugar donde se encuentran sus padres, su familia extensa o sus cuidadores habituales.

**6.6) ¿Cuáles son a la luz de los artículos 1, 2, 7, 8, 19 y 25 de la Convención Americana y del artículo 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, las garantías de debido proceso que debieran regir en los procesos migratorios que involucran a niños y niñas, cuando en estos procesos se apliquen medidas que restrinjan la libertad personal de los niños, niñas?**

- A. Si la aplicación de una sanción no tipificada como delito conduce a la internación de los niños, niñas, privando su libertad, se estaría vulnerando el principio de legalidad de la pena dispuesta por el artículo 8 de la Convención y se agrava la vulneración de este derecho cuando no se define la duración de la situación del niño, niña, por lo que se está contraviniendo la regla del debido proceso.
- B. Los trámites de procedimientos administrativos o judiciales relativos a derechos fundamentales del niño, niña se deben enmarcar a las debidas garantías considerando la opinión del niño, niña y las garantías fundamentales como los principios de culpabilidad, legalidad y humanidad, así como las garantías procesales (jurisdiccionalidad, contradicción, inviolabilidad de la defensa, presunción de inocencia, impugnación, legalidad del procedimiento y publicidad del proceso). No buscar como objetivo inmediato la internación de los niños, niñas restringiendo de esta forma su derecho a la libertad.
- C. Cuando se tenga que aplicar la internación del niño, niña en un establecimiento o institución de protección, al encontrarse en situación de riesgo o ilegalidad sin que hayan incurrido en un delito, es deber de los Estados proporcionar programas de protección y atención especializados, con instancias de control que supervisen la aplicación y legalidad de las medidas de internación.
- D. Cuando se disponga la restricción de la libertad del niño, niña debe estar claramente diferenciado entre la protección social que tiene como objetivo ofrecer condiciones adecuadas para que el niño, niña ejerza sus derechos fundamentales, y la protección jurídica que corresponde ser entendida como una función de garantía con el objetivo de decidir sobre los derechos subjetivos.
- E. Los Estados deben velar que el internamiento de niños, niñas en instituciones tenga carácter provisional y que su duración este sujeta a estudios especializados y en coordinación con otros Estados para determinar su situación a de acuerdo a su interés superior.

**6.7) ¿Cuál es el alcance y contenido del principio de no devolución a la luz de los artículos 1, 2, 4.1, 5, 7, 8, 19, 22.7, 22.8 y 25 de la Convención Americana, artículo 13 inciso 4 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, y de los artículos 1, 25 y 27 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, al adoptarse medidas que puedan implicar el retorno de un niño, niña un país determinado?**

#### **Artículo 22. Derecho de Circulación y de Residencia**

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

- A. El principio de la no devolución constituye una obligación absoluta e inderogable, que prohíbe que una persona sea remitida de un Estado a otra cuando existan indicios que revelan que la persona pueda sufrir un menoscabo en su vida o integridad física en el lugar de destino. Por lo que se debe realizar una evaluación individualizada en cada caso concreto para verificar todas las circunstancias. Principio que esta ligado a la protección a la vida y a la integridad física.
- B. Los niños, niñas migrantes no acompañados no deben ser expulsados del país sin que se haya realizado una evaluación completa de la situación del país de origen, de su situación familiar y de su derecho a presentar una petición asilo o solicitud de residencia.
- C. El niño, niña solo podrá ser devuelto de forma voluntaria, después de haber realizado un abordaje minucioso, considerando los posibles riesgos de seguridad para el niño, niña, como la violencia, maltrato, explotación, abuso, además de tener la información completa sobre la familia, tutores que lo recibirán, quienes deben garantizar un trato adecuado, en el regreso el menor deberá ir acompañado y los Estados deben coordinar los mecanismos de seguimiento después de su retorno.
- D. Los Estados deben determinar políticas públicas y legislación donde se asuman medidas para que informen a los migrantes los procedimientos de repatriación, los derechos que tienen de comunicarse y recibir atención de autoridades consulares de su país de origen.
- E. En el principio de respeto de no devolución se deben aplicar las garantías del debido proceso, de acuerdo a lo dispuesto por el Artículo 22.8 de la Convención Americana : “en ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas”. La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes también recepta el principio de no devolución en su artículo 3.
- F. Es obligación de los Estados el de adoptar y aplicar en sus políticas públicas y su legislación, en cumplimiento a los tratados y convenios internacionales la prohibición de medidas de expulsión colectiva de migrantes, que afecte sus derechos y garantías.
- G. En caso de proceder la repatriación debe ser previo un procedimiento que respete el debido proceso legal y los principios y normas de derechos humanos aplicables a cada situación en particular.
- H. Los Estados deben tomar medidas legales para que ningún niño, niña sea expulsado a un territorio en el que su vida, su supervivencia, su desarrollo integral o su libertad estén es riesgo y que además existan elementos indispensables para su desarrollo digno.
- I. En el marco del respeto de debido proceso cuando el Estado deba decidir si corresponde asumir la medida de repatriación, el Estado debe contar con mecanismos de valoración profesional y especializada, cuyo resultado se aplique

a identificar la solución más favorable al interés superior del niño, niña. Toda la familia, los representantes legales, deben tener acceso a la información completa y sobre todo el niño, niña deber ser oído,

- J. Se debe considerar en casos de repatriación las medidas adoptadas en algunos países del Caribe, Centroamérica y Norteamérica que han aprobado unos *Lineamientos regionales para la atención de niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados en casos de repatriación* (Conferencia Regional de Migración –CRM-, Guatemala, 9 de julio de 2009/231).<sup>13</sup>
- K. Este documento es considerado “una herramienta guía para llevar a cabo la repatriación legal, ágil, digna, segura y ordenada de niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados”, cuyo propósito “es fomentar la colaboración en la protección y repatriación entre los países miembros de la CRM (Conferencia Regional de Migración –CRM-, Guatemala, 9 de julio de 2009/231), y fungir como guía, desde el momento de su detección hasta el de su repatriación, siempre salvaguardando sus derechos y su interés superior”.
- L. Documento que puede contribuir, si se armoniza con estándares internacionales, a asegurar un marco de protección efectiva de niños y niñas no acompañados en los países de la región. Si bien estos Lineamientos contienen una cláusula sobre “alternativas a la repatriación” (en caso que ésta pueda generar algún riesgo para el niño o niña), el objetivo central de esta herramienta no es determinar cuándo corresponde la repatriación y cuándo, en virtud del interés superior, deben adoptarse otras políticas de protección (como podría ser la concesión de residencia y, eventualmente, la reunificación familiar en el país de destino), sino de facilitar y gestionar la repatriación. Por otra parte, cabe también señalar que ciertas garantías fundamentales de debido proceso (como la asistencia jurídica y el derecho a un tutor) que figuraban en versiones preliminares de los lineamientos, finalmente no han quedado incorporadas en el documento aprobado por los Estados.
- M. Los Estados deberían efectuar reformas legislativas, y/o adoptar medidas legales a fin de que exista la posibilidad de interponer recursos efectivos ante todas las resoluciones acerca del ingreso, la permanencia o la salida (repatriación, expulsión, retorno, etc.) de migrantes, incluyendo expresamente a los niños y niñas, debiendo prever la obligación de notificar, por escrito y con la correspondiente fundamentación, a las decisiones que denieguen el ingreso al país, o el otorgamiento de un permiso de residencia (o su renovación), o determinen la expulsión del territorio. La decisión debería informar también los recursos administrativos y judiciales disponibles, así como los plazos para presentarlos.
- N. Es preferible que el Estado receptor ofrezca acogida como principal opción para el bienestar del niño, niña, las solicitudes hechas por el niño, niña o sus padres para entrar a un Estado o salir de un reunión familiar, debe ser atendida por los

---

<sup>13</sup> • Los países miembros de la CRM son: Belice, Canadá, Costa Rica, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá y República Dominicana.

Estados de manera positiva y humanitaria, sin consecuencias desfavorables para su entorno familiar.

- O. Los niños, niñas y adolescentes separados o no acompañados deben tener acceso a los mismos derechos que los niños, niñas nacionales y en pie de igualdad con éstos, impulsar y promover acciones conjuntas dirigidas a garantizar la observancia de los derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes, particularmente los que se vean sometidos a manifestaciones de discriminación y situaciones de explotación, alentando el desarrollo social de la niñez y sus familias a través de la migración planificada y protegida, así como su participación activa en las sociedades de destino.

**6.8) ¿Qué características, a al luz del artículo 22.7 de la Convención Americana y el artículo 27 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, deberían tener los procedimientos a emplearse cuando se identifica una potencial solicitud de asilo o de reconocimiento de la condición de refugiado de un niño, niña migrante?**

- A. Todo niño, niña que necesite refugio debe poder acceder a un procedimiento de asilo justo, en un idioma que el solicitante entienda o con la ayuda de un intérprete y con asistencia jurídica gratuita en todas las fases del procedimiento.
- B. Las evaluaciones deben realizarse de forma individual sobre la base de información objetiva relativa a la situación de los derechos humanos en el país de origen. El organismo responsable de la tramitación de la solicitud debe ser independiente de las autoridades gubernamentales.
- C. Los Estados deben aplicarse normas mínimas y adoptar en sus políticas, legislaciones y prácticas para todo niño, niña que solicite asilo o de reconocimiento de su condición de refugiado que comprenden transparencia, criterios y plazos sobre procedimientos de aplicación, derecho a un salario mínimo nacional, reunificación familiar y acceso a una vivienda y a la educación.
- D. Los Estados deben contar con programas con equipos especializados para desarrollar proyectos de vidas del niño, niña que permita adquirir y reforzar aptitudes para convertirse en un miembro independiente, responsable y activo de la sociedad, por un tiempo determinado. En el proyecto se debe definir el futuro del niño, niña sin discriminación alguna con repuesta a corto y largo plazo en base al interés superior del mismo.
- E. Los niños, niñas migrantes no acompañados que solicitan asilo deben disfrutar de todos los derechos reconocidos por las normas internacionales y en particular la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, en la que se establecen las condiciones mínimas para la realización de sus proyectos de vida y se pueda garantizar un disfrute a sus derechos, en especial políticos, jurídicos, social, sanitario, educativo, económico y cultural.
- F. Los Estados deben contar con entidades de coordinación especializadas, con recursos materiales, humanos y financieros necesarios, además de gestionar las redes de intercambio con los demás países.
- G. Promover acuerdos bilaterales para especificar las condiciones que deben tener los niños, niñas migrantes no acompañados, para llevar adelante sus proyectos de vida y prever el intercambio de información entre los profesionales especializados.

- H. Los Estados deben mantener la reserva de información sobre los niños, niñas que solicitan asilo y refugiados, para su protección integral.
- I. Hasta que se resuelva la acogida, los Estados deben garantizar que el niño, niña no acompañado tenga acceso a cursos de idioma del país de acogida y a la educación y/o formación profesional adecuada en las mismas condiciones que los nacionales.

**6.10) ¿Cuál es el alcance que debería conferirse a la protección del derecho de los niños, niñas a no ser separados de sus padres en los casos en que pudiera aplicarse una medida de deportación a uno o ambos progenitores, como consecuencia de su condición migratoria, a la luz de los artículos 6 y 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre?**

**Declaración americana de los derechos y deberes del hombre**

**Artículo 6. Derecho a la constitución y a la protección de la familia**

Toda persona tiene derecho a construir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella.

- A. Los Estados deben determinar políticas públicas y adecuar sus legislaciones para preservar y favorecer la permanencia del niño, niña en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes para separarlo de su familia, en función del interés superior de aquél. La separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal.
- B. El Derecho a la Familia del niño, niña es reconocido por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, tratados internacionales, siendo un principio fundamental, por lo que los Estados están en la obligación de fijar las medidas de protección, respeto y garantía que tienen los Estados respecto de todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción.
- C. La Convención sobre los Derechos del Niño establece en su artículo 9, que los Estados deben velar porque los niños, niñas no sean separados de sus padres contra la voluntad de éstos, “excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño, niña”. Por lo que la separación sólo podría disponerse (como medida excepcional) si se dan una serie de requisitos: en primer lugar, que esté prevista en la ley; luego, que la decisión sea adoptada con respeto de las garantías de debido proceso (tanto de los niños, niñas como de sus padres); a su vez, dicha resolución debe poder ser revisada por una autoridad judicial; y finalmente, que sea “necesaria” para el interés superior del niño, niña.
- D. Los Estados deben adoptar medidas migratorias que tengan equilibrio con el perjuicio que pueda causarse a los derechos de las personas involucradas en cada caso particular, como es el derecho a la vida en familia, debiendo aplicarse el principio de razonabilidad, así como otros principios emanados de los instrumentos internacionales de derechos humanos.
- E. La separación del niño, niña de sus padres debe ser previo un proceso que respete las garantías fundamentales y asegure una eficaz intervención judicial, con todas las prerrogativas legales del proceso justo, debiendo asegurarse la

revisión judicial de la resolución debiendo considerar en su decisión el interés superior del niño, niña antes de determinar la deportación.

- F. Los Estados deben adoptar legislación y políticas públicas migratorias contemplando los derechos de los niños, niñas (como el derecho a no ser separado de sus padres). Debiendo aplicar la inhibición de la ejecución de la medida de deportación cuando suponga la separación del a familia.
- G. Los Estados deben diseñar mecanismos viables que permitan la reunificación familiar, otorgando a los padres el permiso de residencia de trabajo por criterios de unidad familiar a fin de garantizar los derechos del niño, niña y determinar acciones positivas para promover la reunión de los niños, niñas (nacionales, migrantes) con sus familiares.
- H. Se deben aplicar procesos legales sencillos con información veraz y precisa sobre los requisitos que se deben cumplir para la reunificación familiar. Elaborar protocolos de abordaje integral con enfoque de derechos y en especial en el interés superior del niño, niña a corto y largo plazo, con mecanismos que garanticen la protección de los niños, niñas que se encuentran en situación de vulnerabilidad.
- I. Los Estados deben desarrollar iniciativas dirigidas a promover la reunificación familiar, a través de acuerdos bilaterales con países de destino.
- J. La persona solo puede ser deportada de un país como consecuencia de un proceso legal referido a su situación particular y con base en los hechos y pruebas de cada caso. (Conferencia Regional de Migración –CRM-, Guatemala, 9 de julio de 2009/231).



Elba Nuñez Ibañez

Coordinadora Regional

CLADEM



M. Elizabeth Cabero Calatayud

Secretaria Ejecutiva

CLADEM