

CORTE I.D.H.
14 MAR 2012
RECIBIDO

CERTIFICADO

ESTER VALENZUELA RIVERA, Directora de Escuela de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, certifica que esta Casa de Estudio imparte la asignatura de *Clinicas Jurídicas de Migrantes y Refugiados* desde el año 2009 a la fecha a cargo de la Profesora Helena Olea Rodríguez.


ESTER VALENZUELA RIVERA
Directora de Escuela
Facultad de Derecho



Santiago, 01 de marzo de 2012.

/jqs

**MEMORIAL AMICUS CURIAE DE LA CLÍNICA DE MIGRANTES Y
REFUGIADOS DEL CENTRO DE DERECHOS HUMANOS DE LA FACULTAD DE
DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES (CHILE), EN EL MARCO
DE LA OPINIÓN CONSULTIVA N°21 SOBRE NIÑEZ MIGRANTE,
FORMULADA POR EL INSTITUTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE DERECHOS
HUMANOS DEL MERCOSUR (IPPDH) A LA HONORABLE CORTE
INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.**

Helena Olea (directora), Víctor Hugo Lagos, Alejandro Navarrete, Juan Pablo Pino, Óscar Patricio Rojas (ayudantes), María Jesús Abdeladim, Orielle Ahumada, Nicole Camilli, Renata Jamasmie, Aileen Larraín, María Soledad Molina, Lionel Ojeda, Hernán Riveros, Cristián Sanhueza (estudiantes)

Clínica de Migrantes y Refugiados
Centro de Derechos Humanos
Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales
Av. República 105
Santiago, Chile
helena.olea@mail.udp.cl
Tel: (56 2) 6762603
Fax: (56 2) 6762676

*Aviso importante: Los documentos para acreditar la existencia legal de la Clínica Jurídica y de la Universidad, más los antecedentes personales de cada uno de los participantes de la elaboración de este escrito, serán remitidos a la Honorable Corte vía correo postal, junto con copia de este escrito.

Santiago, 17 de febrero de 2012

Señor Secretario

Pablo Saavedra Alessandri

Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos

San José

Costa Rica

Señor Secretario:

Sometemos a la consideración de la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos el escrito en calidad de amicus curiae, preparado por la Clínica de Migrantes y Refugiados del Centro de Derechos Humanos, de la Universidad Diego Portales.

La siguiente presentación se enmarca dentro del trabajo realizado desde el año 2009 por la Clínica de Migrantes y Refugiados. La Clínica surge como un programa académico, que persigue como objetivo central el desarrollo de destrezas y habilidades en la orientación y representación legal de la población migrante y refugiada en Chile, y de chilenos en el exterior. La asesoría jurídica se ofrece de manera gratuita. La Clínica ha suscrito convenios y relaciones de cooperación con instituciones que trabajan con la población migrante y refugiada a lo largo del país.

El trabajo de la Clínica ha generado un espacio de reflexión y análisis sobre la situación de derechos humanos de la población migrante y refugiada que reside en Chile. Sus áreas de intervención son diversas y cada una de ellas responde a las necesidades que migrantes y refugiados manifiestan durante su interacción con alumnos, ayudantes y profesores.

Esta interacción es la que precisamente inspiró la realización de esta presentación, pues recoge las reflexiones que un grupo de estudiantes destacados —alumnos y ex - alumnos— de la Clínica han podido elaborar durante su período de trabajo en ella. El objetivo principal de nuestro escrito como *amicus curiae* es ofrecer a la Honorable Corte un aporte a partir de una reflexión que vincula los estándares internacionales con la situación concreta que conocemos. Esperamos así que nuestro aporte contribuya al trabajo de la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos de manera que esta pueda dictar una Opinión Consultiva que contribuya a establecer elementos claros en la protección de los niños migrantes y refugiados, que son una población que se encuentran en condiciones particulares de vulnerabilidad.

Estimamos más útil para abocarnos a ofrecer elementos que respondan a algunas de las preguntas formuladas, reordenarlas. Nuestro criterio para ello, es considerar elementos generales y luego particulares desde una perspectiva temporal que considere desde el ingreso de un menor, hasta la expulsión de éste o de sus padres. Para facilitar la identificación de nuestros aportes, iniciamos cada sección con el título de la pregunta respectiva. Empezamos con la pregunta 1 y continuamos en el siguiente orden: 2, 8, 7, 6, 5 y 9.

Informamos a la Honorable Corte, que enviaremos vía correo postal una copia de este escrito, así como de los documentos que certifican la existencia de la Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados y de la Universidad Diego Portales. Adjuntaremos también, un escrito con la firma del equipo de ayudantes y estudiantes que trabajaron en la elaboración de esta presentación.

Aprovechamos para expresar a Usted, nuestros sentimientos de la mayor consideración y estima.

Atentamente,



Helena María Olea Rodríguez

Profesora

Tabla de Contenido

1. Procedimientos para identificar necesidades de protección internacional y potenciales situaciones de riesgo para los derechos de niños y niñas migrantespág. 4
2. Pregunta 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 debieran regir en los procesos migratorios que involucran niños y niñas migrantes?.....pág. 17
3. Pregunta 8: Características de los Procedimientos cuando se identifican niños o niñas que tendrían una potencial solicitud de asilo o de reconocimiento de la condición de refugiados.....pág. 31
4. Pregunta 7.1. El principio de no devolución en relación con los niños y niñas migrantes.....pág. 38
5. Pregunta 6: Garantías del debido proceso ante medidas que impliquen restricciones a la libertad personal e niños y niñas por razones migratorias.....pág. 68
6. Pregunta 5: Obligaciones estatales en caso de custodia de niñas y niños por motivos migratorios.....pág. 74
7. Pregunta 9. Derecho a la vida familiar de los niños y niñas en caso de disponerse la expulsión de los padres.....pág. 89

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

La migración de niños y niñas es un proceso cada vez más frecuente en el que debe conjugarse de manera efectiva su protección, en razón de su edad y de su situación de no nacionales. La responsabilidad de los Estados con relación a los niños y niñas migrantes no sólo se circunscribe a identificar necesidades de protección de los niños y niñas en los puntos fronterizos, o en los procedimientos migratorios sino también durante todo el tiempo de su permanencia en el país. El objetivo final que debe perseguirse es garantizar su protección, y en ese marco propender por la integración al país donde se encuentran, el conocimiento y respeto por sus tradiciones culturales de origen, en un marco de respeto de sus derechos humanos.

El deber de protección con respecto a los niños no nacionales debe considerarse a la luz de los instrumentos internacionales que establecen las obligaciones de los Estados para con todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción. Con respecto a los no nacionales, el marco internacional relevante, que debiera considerar la Honorable Corte Interamericana para responder a las preguntas formuladas en la Opinión Consultiva OC-21 incluye además de los instrumentos internacionales de protección del sistema interamericano, a la Convención sobre los Derechos del Niño¹, la Convención contra la Tortura², la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo Facultativo³, la Convención sobre el Crimen Organizado Transnacional y sus Protocolos Facultativos⁴, y la Convención

¹ Convención de los Derechos del Niño, G.A. res. 44/25, annex, 44 U.N. GAOR Supp. (No. 49) at 167, U.N. Doc. A/44/49 (1989), entrada en vigor el 2 de Septiembre, 1990 (en adelante CRC).

² Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, A.G. res. 39/46, anexo, 39 U.N. GAOR Supp. (No. 51) p. 197, ONU Doc. A/39/51 (1984), *entrada en vigor* 26 de junio de 1987 (en adelante CAT).

³ Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, 189 U.N.T.S. 150, *entrada en vigor* 22 de abril de 1954 y Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, 606 U.N.T.S. 267, *entrada en vigor* 4 de octubre de 1967.

⁴ Protocolo Para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que Complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional G.A. res. 55/25, annex II, 55 U.N. GAOR Supp. (No. 49) at 60, U.N. Doc. A/45/49 (Vol. I) (2001) y Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que Complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada

internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares⁵.

La globalización ha implicado cambios gravitantes y de orden cultural en todo ámbito de cosas. La economía de mercado y el acceso y uso de las tecnologías ponen a disposición de las personas información en torno a la situación económica, política y social en otras zonas de sus países, e incluso en otros Estados. Este factor incide en que la migración surja como una alternativa, cada vez más cercana, para mejorar las condiciones de bienestar personal, familiar y comunitario, principalmente en materia de acceso a vivienda, salud, educación y empleo, los cuales distan de manera considerable entre naciones⁶.

En este contexto, en las Américas se observan flujos migratorios regionales y extraregionales. Algunos Estados son países de expulsión de nacionales, ya sea migrantes económicos o refugiados, y otros mantienen o emergen como países de recepción de migración económica y de refugiados. Por lo anterior, avanzar en la definición de criterios y parámetros para la protección de los niños y las niñas migrantes y refugiados resulta muy necesario.

En la experiencia migratoria de los niños y niñas se observa que se acrecienta su vulnerabilidad en razón de su edad y de su condición de no nacional, la cual puede a la vez verse afectada por su situación migratoria regular o irregular o la de sus padres y por otros factores como lo son su pertenencia a un pueblo indígena o afrodescendiente. A todo lo anterior, debe sumarse la situación de desprotección en la que pueden encontrarse menores víctimas de abuso sexual o de trata y tráfico, y la de aquellos que viajan no acompañados o que se encuentran separados de sus familias. Según la CEPAL, un número importante de menores de edad viaja sin la compañía de un adulto, con el propósito de reunirse con sus padres o para escapar de la violencia y explotación de la cual estaban siendo víctimas⁷. En una situación de evidente asimetría de poder e información en cuanto a sus derechos, por su calidad de migrantes, de refugiados o de

Transnacional, G.A. res. 55/25, annex III, 55 U.N. GAOR Supp. (No. 49) at 65, U.N. Doc. A/45/49 (Vol. I) (2001).

⁵ Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares A.G. res. 45158, anexo, 45 U.N. GAOR Supp. (No. 49A) p. 262 ONU Doc. A/45/49 (1990) (en adelante CMW).

⁶ ERNESTO OTTONE, GOBERNAR LA GLOBALIZACIÓN, Ediciones UDP, 2011.

⁷ Migración internacional en América Latina y el Caribe. Nuevas tendencias, nuevos enfoques, Jorge Martínez Pizarro, ed., LC/R.2170, mayo 2011.

víctimas de trata, sumado a su condición de menores de edad, los niños y niñas afrontan múltiples riesgos tanto en el tránsito migratorio, como en los puntos fronterizos, y una vez se encuentran en su destino final.

Es importante considerar que en el caso de los niños y niñas no nacionales, el deber de protección de los Estados no se restringe al viaje o a su ingreso al territorio nacional, sino que se mantiene durante todo el tiempo en el que el menor de edad permanece no acompañado, se encuentra separado de sus padres, o incluso cuando pese a encontrarse con ellos, su vida o integridad corren peligro, y por lo tanto resulta oportuna y necesaria la intervención del Estado mediante una medida de protección. En ese contexto, la medida de protección debe ser anterior y principal, a la cual puede surgir de manera posterior y accesoria, otras acciones estatales tales como la persecución penal, si hay delitos involucrados contra los menores, o las medidas de control administrativo relativas a la condición migratoria del menor de edad.

En cualquier caso, anterior a ello el Estado debe verificar que el menor de edad no se encuentre en una situación de refugio o que tenga un temor fundado de ser víctima de tortura. En esas dos últimas hipótesis, el Estado debe iniciar el proceso de reconocimiento de la condición de refugiado o de protección bajo la CAT, proceso dentro del cual se debe dictar una medida de protección. En estas situaciones, dentro de la protección del menor de edad es esencial la garantía eficaz del principio de la no devolución⁸.

Un niño o una niña es una persona en desarrollo físico y psicológico, que se encuentra en un proceso de desarrollo identitario interactuando con elementos biológicos y culturales propios de su contexto social inmediato, co-construyendo su realidad mediante sus relaciones con otros. El menor migrante afronta solamente por su condición la difícil tarea de construirse identitariamente desde la diferencia, desprovisto de una serie de elementos ligados a factores de riesgo biopsicosociales. No se trata sólo de un rótulo semántico, es una subjetividad que mirará el mundo desde esa posición enquistada en una autodefinición y/o características asimiladas en una idea de personalidad e identidad⁹.

⁸ Todos estos elementos y garantías se desarrollan y sustentan adecuadamente más adelante.

⁹ Ver, MARÍA CLAUDIA DIQUE PÁRAMO, NIÑAS Y NIÑOS COLOMBIANOS EN LOS ESTADOS UNIDOS. AGENCIA, IDENTIDADES Y CAMBIOS CULTURALES ALREDEDOR DE LA COMIDA, en Revista Colombiana de Antropología [en línea] 2008, vol. 44 [citado 2012-02-06]. Disponible en Internet:

Desde otra perspectiva es necesario considerar que tanto las constituciones nacionales como los instrumentos internacionales de derechos humanos incluyen dentro del núcleo de derechos esenciales de protección para los no nacionales el derecho a la vida y a la seguridad e integridad de las personas —tanto física como psíquica—, de los cuales se desprenden o derivan otros derechos humanos. Proteger y garantizar dichos derechos posibilita un marco referencial para el actuar de los Estados, con el objeto de imposibilitar la inmersión en los factores de riesgo sociales y familiares. Dado que los niños y niñas se encuentran expuestos a diversos riesgos de abuso y vulneración de sus derechos, es deber del Estado informarse exhaustivamente de la situación del niño o niña al ingresar a un país y de esta forma encontrar posibilidades de otorgar un resguardo cabal de sus derechos.

Son de suma importancia los resguardos que se les debe ofrecer y garantizar a las niñas y niños en la frontera, teniendo en cuenta que es en este espacio donde las personas se encuentran más desprotegidas en relación a los funcionarios del Estado al cual quieren ingresar. Por lo anterior es necesario y consistente con el marco de obligaciones internacionales de derechos humanos generales, y en particular las relativas a los niños y niñas y a los no nacionales, el desarrollo de protocolos y organismos estatales especializados en la temática de niños migrantes y/o refugiados.

La CRC no hace distinción alguna entre nacionales y no nacionales. Por ello, la obligación estatal de protección y garantía de los derechos humanos es aplicable en relación a todos los niños y niñas que se encuentran bajo su jurisdicción, con independencia de su nacionalidad. A lo anterior, se agregan algunas protecciones especiales para los no nacionales, tales como el principio de no devolución y la prohibición de discriminación por origen nacional, que se desarrollan más adelante.

Ciertamente, las condiciones de vulnerabilidad de los niños y niñas se acrecientan cuando se agrega la condición de no nacional, particularmente cuando los menores ingresan y/o permanecen en el país de destino de manera irregular. Esta situación se agrava cuando los niños y las niñas ingresan o permanecen en un país del cual no son nacionales sin la compañía de miembros adultos de su familia o cuando son separados de éstos. Adicionalmente, las condiciones de

<http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=105012451002> (visitado Febrero 6, de 2012).

vulnerabilidad se incrementan en relación a ciertos factores tales como la edad, el género, la etnia y el país de origen.

Los procedimientos para identificar necesidades de protección deben considerar y desarrollar adecuadamente los siguientes aspectos:

a. Funcionarios especializados y competentes

La identificación de necesidades de protección requiere de funcionarios con la formación profesional y la especialización necesaria para entrevistar a los niños y niñas, y detectar las diversas y complejas situaciones en las que puedan estar inmersos. A partir de esta primera entrevista, deben desarrollar las medidas de protección apropiadas. Como establece el Comité de Derechos del Niño "La determinación del interés superior del niño exige una evaluación clara y a fondo de la identidad de éste y, en particular, de su nacionalidad, crianza, antecedentes étnicos, culturales y lingüísticos, así como las vulnerabilidades y necesidades especiales de protección. Así pues, permitir el acceso del menor al territorio es condición previa de este proceso de evaluación inicial, el cual debe efectuarse en un ambiente de amistad y seguridad y a cargo de profesionales competentes formados en técnicas de entrevistas que tengan en cuenta la edad y el género."¹⁰

Estos funcionarios deben encontrarse en los puntos fronterizos, las oficinas de migración, en las autoridades de policía, los centros de salud, los establecimientos de educación y los servicios sociales. Los funcionarios deben ser competentes en su área profesional específica y además, deben tener especialización o capacitación para trabajar con menores de edad.

Un factor importante al momento de establecer medidas para atender las necesidades de protección de los menores de edad es que los Estados al implementar políticas migratorias cuenten con la capacidad técnica necesaria. Muchas veces existe la intención de adoptar medidas de esta naturaleza, pero los profesionales y funcionarios a cargo de desarrollarlos carecen de la formación o capacitación necesaria para ejecutarlas adecuadamente. Si este elemento no está presente, los procedimientos ideados para proteger los derechos de los niños y niñas pueden resultar en una vulneración de derechos para quien se encuentra solicitando ayuda. Los Estados deben prestar especial atención a la formación del

¹⁰ Observación General N°6, Comité de los Derechos del Niño, Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen (2005), U.N. Doc. CRC/GC/2005/6 (2005), párr. 20.

personal que se ocupa de los menores separados de su familia y de los menores no acompañados y de su situación migratoria. Igualmente, esta formación debe ser aún mayor en lo que respecta a los representantes legales, tutores, intérpretes y otros que se ocupan de estos menores permanentemente. Toda formación debe adaptarse a las necesidades y derechos de los menores de edad, incluyendo elementos de diversidad cultural¹¹.

El idioma también es un elemento central al momento de la entrevista personal. Los procedimientos que se adopten en materia migratoria concerniente a los niños deben otorgarles la oportunidad de una entrevista personal, ya que ésta se enmarca dentro de lo que son las garantías mínimas con las que debe contar un procedimiento. Por ello, el Estado debe contar con intérpretes.

b. Protocolos

El desarrollo y ejecución de protocolos que identifiquen factores de riesgo, a partir de los cuales se pongan en acción dispositivos de identificación de factores de riesgo y acciones puntuales de protección. En el caso de los niños y niñas es importante definir medidas de protección inmediatas, con una visión de corto plazo, de otras medidas que tengan un horizonte de mediano y largo plazo. Para ello el trabajo interdisciplinario es esencial.

El trabajo de estos profesionales y los protocolos establecidos deben tener por objeto desarrollar las obligaciones establecidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos relevantes, a saber: la CRC; la CAT, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo Facultativo, la Convención sobre el Crimen Organizado Transnacional y sus Protocolos Facultativos, y la CMW. Al adoptar procedimientos adecuados, los Estados pueden identificar las necesidades de protección de los niños y niñas migrantes y responder adecuadamente.

El proceso de globalización ha conllevado un aumento de flujos migratorios mixtos, es decir de migrantes y refugiados, y con ello se hace imperante contar con adecuados sistemas para identificar desde un inicio y de forma oportuna, el ingreso de niños solicitantes de refugio o de asilo, niños víctimas de trata o de tráfico y todos los menores de edad que viajan no acompañados o separados de

¹¹ Observación General N°6, Comité de los Derechos del Niño, Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen (2005), U.N. Doc. CRC/GC/2005/6 (2005), párr. 95-97.

sus familias. Asimismo, se hace necesario contar con procedimientos claros, ágiles y oportunos para resolver medidas adecuadas de protección. Ya que sin éstas, el actuar del Estado podría estar mal enfocado y con ello causar un grave daño a los niños y niñas no nacionales.

c. Interés superior del menor de edad

Desde el primer momento que un niño o niña migrante se encuentra frente a las autoridades de un país diferente al suyo, éstas deberían actuar de acuerdo a la perspectiva de protección integral de sus derechos, que se denomina el interés superior del menor de edad¹².

Las autoridades que toman contacto con un niño o niña migrante deben contar con instrucciones o directrices claras de actuación a fin de que no se cometan abusos, deben poder determinar en cada caso concreto cuál es la medida más respetuosa de los derechos de los niños o niñas migrantes, asimismo deben contar con la capacidad técnica para evaluar a la luz del interés superior del niño, la adopción de medidas especiales de protección de derechos en las diversas etapas de un procedimiento migratorio¹³.

El interés superior del niño es elemental y básico y se materializa en el caso de menores de edad no acompañados o separados de sus familias en el nombramiento de tutores y curadores que velen de manera concreta por éstos, durante todo el procedimiento. Ello constituye una garantía procesal fundamental para el respeto del interés superior de los niños menores de edad no acompañados o separados de su familia. El niño o niña no podrá entablar ningún tipo de procedimiento luego de su arribo sino después del nombramiento de un tutor. El nombramiento de un tutor es una medida que los Estados deben incorporar al momento de establecer procedimientos migratorios y que debe siempre hacerse tomando en consideración el interés superior del menor de edad.

Además, este principio rige lo concerniente a la concreción de medidas que se adoptan para atender las necesidades de protección de los menores de edad no acompañados y separados de su familia. El interés superior del menor de edad enmarca la forma en la que debe evaluarse la situación de un menor de edad que

¹² Art. 3.1 CRC.

¹³ Observación General N°6, Comité de los Derechos del Niño, Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen (2005), U.N. Doc. CRC/GC/2005/6 (2005), párr. 20.

ingresa a un Estado o cuando éste se percata de su presencia no acompañada. A este respecto, la Observación General No. 6 del Comité de los Derechos del Niño delinea claramente el alcance y objeto de la intervención del Estado.¹⁴

d. Derecho a ser escuchado

La CRC en su artículo 12 establece el derecho del niño a ser escuchado¹⁵. Este es un derecho de titularidad individual y colectiva, el Comité de los Derechos del Niño establece que "Los Estados partes deben alentar al niño a que se forme una opinión libre y ofrecer un entorno que permita al niño ejercer su derecho a ser escuchado."¹⁶

De igual manera este Comité establece que las opiniones que pudiere tener un niño o niña deben ser evaluadas caso a caso, ya que éstas se forman a partir del entorno cultural del niño o niña, las expectativas sociales y culturales, y el nivel de apoyo que le procure su entorno, entre otros.

El derecho a ser escuchado debe tenerse en cuenta a la hora de establecer procedimientos ya que es sólo a través de éstos que la autoridad competente puede evaluar la situación del niño o niña y adoptar medidas de protección de sus derechos.

Advertimos que muchos Estados no sólo no incorporan este derecho fundamental inherente a todo menor de edad en todos los procedimientos que los afectan¹⁷, y otros, que se esmeran por añadirlo, lo hacen de forma errónea, ya sea en la legislación o en su aplicación práctica.

¹⁴ Observación General N°6, Comité de los Derechos del Niño, Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen (2005), U.N. Doc. CRC/GC/2005/6 (2005), párr. 31.

¹⁵ Artículo 12

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

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

¹⁶ Observación General N°12, Comité de los Derechos del Niño, El Derecho del Niño a Ser Escuchado (2009), U.N. Doc. CRC/C/GC/12 (2009), párr. 11.

¹⁷ Observación General N°12, Comité de los Derechos del Niño, El Derecho del Niño a Ser Escuchado (2009), U.N. Doc. CRC/C/GC/12 (2009), párr. 26-27.

Para ello, el Comité establece ciertas medidas para garantizar la observancia de este derecho. Respecto a la preparación es de advertir que los funcionarios o profesionales responsables de escuchar al niño o niña deben asegurarse de que éstos estén informados sobre su derecho a ser escuchado y "sobre los efectos que tendrán en el resultado las opiniones que exprese". Además, el "responsable de adoptar decisiones debe preparar debidamente al niño antes de que este sea escuchado, explicándole cómo, cuándo y dónde se lo escuchará y quiénes serán los participantes, y tiene que tener en cuenta las opiniones del niño a ese respecto."¹⁸ En lo tocante a la audiencia, el Comité indica que "el contexto tiene que ser propicio e inspirar confianza", ello para que el niño o niña se sienta cómodo en el lugar y esté seguro que el adulto lo estará escuchando y tomará en consideración sus palabras¹⁹.

Igualmente, el Comité establece condiciones básicas para la observancia del derecho a ser escuchado, las cuales incluyen que los procesos en que se vea involucrado un niño o niña sean transparentes e informativos, voluntarios, respetuosos, pertinentes, adaptados a los niños, incluyentes, apoyados en la formación, seguros y atentos al riesgo, y responsables.²⁰

El derecho a ser escuchado está directamente relacionado con el derecho a la información: "La realización del derecho del niño a expresar sus opiniones exige que los responsables de escuchar al niño y los padres o tutores informen al niño de los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias. El niño también debe estar informado sobre las condiciones en que se le pedirá que exprese sus opiniones. El derecho a la información es fundamental, porque es condición imprescindible para que existan decisiones claras por parte del niño."²¹

¹⁸ Observación General N°12, Comité de los Derechos del Niño, El Derecho del Niño a Ser Escuchado (2009), U.N. Doc. CRC/C/GC/12 (2009), párr. 41.

¹⁹ Observación General N°12, Comité de los Derechos del Niño, El Derecho del Niño a Ser Escuchado (2009), U.N. Doc. CRC/C/GC/12 (2009), párr. 42-43.

²⁰ Ver, Observación General N°12, Comité de los Derechos del Niño, El Derecho del Niño a Ser Escuchado (2009), U.N. Doc. CRC/C/GC/12 (2009), párr. 134.

²¹ Observación General N°12, Comité de los Derechos del Niño, El Derecho del Niño a Ser Escuchado (2009), U.N. Doc. CRC/C/GC/12 (2009), párr. 25.

e. Aspectos operativos y prácticos

La Observación General No. 6 establece obligaciones de los Estados partes de la CRC, que recaen sobre los poderes del Estado y órganos especializados. El Comité de los Derechos del Niño establece las siguientes obligaciones entre otras "promulgar legislación, crear estructuras administrativas y articular las actividades de investigación, información, acopio de datos y de formación general, necesarias para apoyar estas medidas"²². Estas obligaciones buscan no sólo que los Estados se abstengan de adoptar medidas que infrinjan de alguna manera los derechos de los menores de edad, y también instan a los Estados a adoptar medidas que garanticen el disfrute de los derechos sin discriminación de los menores de edad.

Los procedimientos migratorios, sobre todo cuando estén enfocados en los niños y niñas, deben ser establecidos con observancias de ciertos principios y derechos que contiene la CRC y la Convención Americana sobre Derechos Humanos²³ entre otros tales como:

- No discriminación (artículo 2 CRC y artículos 1 y 24 de la Convención Americana)
- Interés superior del niño (artículo 3 CRC)
- Derecho a la vida y a la integridad personal (artículos 6 y 37.a CRC y artículos 4 y 5 Convención Americana)
- Derecho a la Libertad Personal (artículo 37.b, c y d CRC y artículo 7 Convención Americana)
- Derecho a un debido proceso (artículo 8 y 25 Convención Americana)
- Derecho a la identidad (artículos 8 y 30 CRC y artículo 18 Convención Americana)

²² Observación General N°6, Comité de los Derechos del Niño, Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen (2005), U.N. Doc. CRC/GC/2005/6 (2005), párr. 13.

²³ Convención Americana sobre los Derechos Humanos, OEA, No. 36, 1144, Serie sobre Tratados de la ONU, 123 *entrada en vigor* 18 de julio de 1978, reimprimido en Documentos Básicos Concernientes a los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano, OEA/Ser.L.V/II.82 doc.6.rev.1 p. 25 (1992).

- Derecho a no ser separado de sus padres (artículo 9 CRC)
- La reunificación familiar (artículo 10 CRC y artículo 17.1 y .4 Convención Americana)
- El derecho a expresar su opinión (artículo 12 CRC)
- Libertad de expresión (artículo 13 CRC)
- Libertad de pensamiento, conciencia y religión (artículo 14 CRC y artículos 12 y 13 Convención Americana)
- Derecho a la intimidad personal, familiar y de domicilio (artículo 16 CRC y artículo 11 Convención Americana)
- Derecho de asilo o de refugio (artículo 22 CRC y artículo 22.7 Convención Americana)
- Derecho a la salud (artículo 24 CRC y artículo 10 Protocolo de San Salvador)
- Derecho a un nivel de vida adecuado (artículo 27 CRC y artículos 12 Protocolo de San Salvador)
- Derecho a la educación (artículos 28 y 29 CRC y artículo 13 Protocolo San Salvador).

Si bien el Comité de Derechos del Niño enfatiza que todo "Estado parte debe garantizar el acceso permanente a la educación durante todas las etapas del ciclo de desplazamiento"²⁴, el gran problema que se presenta es la barrera del idioma. Muchos de los niños y niñas no acompañados no manejan el idioma del país al cual han arribado. Esta situación demanda contar con recursos y personal especializado para cumplir esta función²⁵.

²⁴ Observación General N°6, Comité de los Derechos del Niño, Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen (2005), U.N. Doc. CRC/GC/2005/6 (2005), párr. 41.

²⁵ Observación General N°6, Comité de los Derechos del Niño, Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen (2005), U.N. Doc. CRC/GC/2005/6 (2005), párr. 41-43.

f. Conclusión

El Comité de los Derechos del Niño tuvo la oportunidad de referirse en particular a la situación de los menores de edad no acompañados y separados de sus familias en la Observación General No.6²⁶, la cual establece pautas claras que la Honorable Corte Interamericana debiera considerar e incorporar en su Opinión Consultiva, de manera que el desarrollo del derecho internacional sea consistente a nivel del sistema universal y del sistema interamericano.

El objetivo de esta Observación General es hacer énfasis en la situación de vulnerabilidad que experimentan en mayor medida los menores de edad no acompañados y separados de su familia. Así como también subrayar los problemas a los que se enfrentan los Estados por no tener establecidos mecanismos de protección, atención y trato adecuado para ellos y por carecer de procedimientos para identificar las necesidades de protección que requieren los niños y las niñas.

Los menores de edad no acompañados y separados de sus familias son más vulnerables ante las distintas situaciones por no contar con el apoyo de sus familias y la contención de éstas²⁷. Cada una de las situaciones descritas en la

²⁶ Observación General N°6, Comité de los Derechos del Niño, Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen (2005), U.N. Doc. CRC/GC/2005/6 (2005).

²⁷ "La presente observación general responde también a la identificación por el Comité de una serie de lagunas en lo que concierne a la protección de estos menores, entre las que se citan mayor exposición 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. En cuanto a las menores 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, estos menores 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 menores no acompañados o separados de su familia o son detenidos por funcionarios de los servicios de fronteras o de inmigración. En otros casos, son admitidos, pero se les deniega el acceso a los procedimientos de solicitud de asilo o sus solicitudes no se tramitan de forma que se tenga en cuenta su edad y sexo. En algunos países se prohíbe a los menores separados que han sido reconocidos como refugiados solicitar la reunificación familiar; en otros se permite la reunificación, pero se imponen unas condiciones tan restrictivas que resulta prácticamente imposible de conseguir. Son también muchos los menores que disfrutan de un régimen sólo temporal, que finaliza al cumplir los 18 años y se encuentran

Observación General No. 6 son particularmente graves y reflejan la vulnerabilidad en la que se encuentran los no nacionales, sujetos a procedimientos migratorios y de refugio de naturaleza administrativa en los cuales los estándares de debido proceso son mucho menos estrictos²⁸, acrecentando, por tanto, la vulnerabilidad de los niños y niñas no nacionales.

Todo lo anterior resalta la necesidad de que a partir de la OC-21 de esta Honorable Corte, los Estados parte del sistema interamericano de protección de derechos humanos adopten procedimientos que regulen la situación de los niños y niñas menores de edad que viajan no acompañados y separados de su familia. La Opinión Consultiva que está en proceso de dictar esta Honorable Corte constituye una oportunidad para establecer un estándar regional que los Estados debieran considerar al momento de desarrollar su derecho interno, acorde con las obligaciones establecidas en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El desarrollo de procedimientos que identifiquen necesidades de protección internacional permite que se activen mecanismos específicos. Esto resulta particularmente relevante para resolver vacíos normativos que resultan en desprotección y abusos en contra de los niños y niñas no nacionales.

entonces con que existen muy pocos programas eficaces de retorno." Observación General N°6, Comité de los Derechos del Niño, Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen (2005), U.N. Doc. CRC/GC/2005/6 (2005), párr. 3.

²⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2000, Capítulo V. Estudios Especiales, Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, O.A.S. Doc. OEA/Ser./L/V/II.111, doc. 20 rev., VI. Garantías de Debido Proceso, párr. 88 – 100.

2. Pregunta 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 debieran regir en los procesos migratorios que involucran niños y niñas migrantes?

La garantía del debido proceso ha sido entendida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como una garantía no solo aplicable respecto de las relaciones entre las personas naturales y el Poder Judicial, sino que también los órganos de naturaleza distinta a la judicial pero que ejerzan funciones de naturaleza jurisdiccional tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso²⁹. Así, la Corte ha señalado que:

*"De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de Derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo (...). Es decir, que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un "juez o tribunal competente" para la "determinación de sus derechos", esta expresión se refiere a **cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas**. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana"³⁰. (Negrita y cursiva fuera del texto original).*

De acuerdo a la pregunta formulada, corresponde señalar que los Estados Partes son los encargados de resguardar las garantías de debido proceso a través de los

²⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia (2001), párr. 103.

³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Tribunal Constitucional Vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia (2001), párr. 71.

organismos administrativos y judiciales. En relación con lo anteriormente señalado consideramos que en el caso de los niños y niñas migrantes, y en particular en los casos de los menores de edad no acompañados, la intervención de los órganos estatales se torna trascendental debido a que es esencial que se dicten medidas preventivas a favor de estos niños³¹. Finalmente, debemos resaltar que consideramos esencial que los Estados establezcan un procedimiento contencioso administrativo de acuerdo a los estándares internacionales del debido proceso frente a eventuales problemas en torno a la situación migratoria.

g. Garantías del Debido Proceso

En todo proceso migratorio existen una serie de garantías ligadas al debido proceso que han de ser respetadas de acuerdo a lo dispuesto en la Convención Americana. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que en materia migratoria se ha de aplicar un *quantum* de debido proceso; es decir, se ha de realizar una acomodación de los estándares de debido proceso en materia penal a materias propias del derecho administrativo³².

³¹ ACNUR ha diseñado un plan de acción como medidas preventivas a favor de los niños no acompañados. Este plan de acción contempla la planificación de políticas de identificación de niños, la que consiste en cuatro etapas: 1) Etapa de búsqueda: Que tiene por objetivo la reunificación familiar; 2) Registro: Los oficiales de frontera deben disponer de un registro de los niños no acompañados que se han acercado a migración; 3) Documentación: Si es posible, el oficial de frontera debe reunir los documentos del menor no acompañado para poder poner a disposición de la autoridad sus antecedentes y conocer las necesidades particulares del niño.; 4) Tutela: Fracasados los intentos de reunificación familiar es indispensable señalar que la responsabilidad legal del niño no acompañado la tiene el Estado al cual llega. Módulo sobre Niñas y Niños Refugiados y Solicitantes de Asilo- Los Niños Refugiados- Directrices sobre Protección y Cuidado- ACNUR, Ginebra 1994, pp. 78-79.

³² "Asimismo, para aquellos trámites o procesos de índole no penal a que pueda verse sometido un trabajador migratorio, debe regir también un cierto quantum de debido proceso. Ciertamente, ello no significa que las mismas garantías que son indispensables en un proceso penal deban aplicarse, por ejemplo, a la determinación de sanciones por infracciones de tránsito. Sin embargo, en todos los casos en que está en juego el goce efectivo de un derecho o un interés legítimo, las decisiones de la autoridad pública deben adoptarse sólo después de que el interesado sea debidamente escuchado por las autoridades. Ese quantum de debido proceso depende del resultado que se puede esperar del proceso mismo. En el derecho penal el acusado puede perder su libertad (y en algunos países y casos su vida) y por eso ahí las garantías son las máximas que el derecho contemporáneo ha creado para evitar injusticias. A medida que se desciende en el orden de importancia de los valores en juego, los contenidos del debido proceso legal pueden ser menores, en medidas compatibles con el principio general y también con la celeridad y eficacia de las decisiones de la autoridad. Este principio de debido proceso, con este grado de flexibilidad, se aplica no sólo en las decisiones jurisdiccionales sino también en las que adoptan las autoridades administrativas en la esfera de su competencia. Estos enunciados son apenas el principio de que

A continuación se describirán las principales inobservancias al debido proceso que se dan con ocasión de la migración de un país a otro, desde el ingreso al país de origen hasta eventuales expulsiones del país de niños y niñas.

h. Inobservancias al debido proceso durante los flujos migratorios.

Distinguiremos que las vulneraciones al debido proceso que pueden sufrir los niños y niñas migrantes se pueden ocasionar en tres momentos distintos:

i. Situación de los niños, niñas en las fronteras y puntos de ingreso

Nos parece que en el caso de los niños y niñas que ingresan a un país acompañados de sus padres, su situación en las fronteras o puntos de ingreso depende de la exclusiva responsabilidad de ellos. En el caso de los niños y niñas separados es de suma importancia que los oficiales de frontera verifiquen la veracidad de la documentación que faculta al presunto adulto responsable del niño a detentar su cuidado. En los casos que no exista documentación, consideramos esencial que el adulto pueda describir exactamente las circunstancias de por qué se encuentra viajando con el niño o niña y que su relato sea verificado por los oficiales de frontera. En los casos que sea necesaria la presencia de un intérprete, se debe proveer lo más pronto posible; esta situación no debe significar la detención ni del niño/niña ni del adulto. Somos partidarios de que los oficiales de frontera pueden realizar *distinciones* en el tratamiento que le otorguen a los migrantes, mas no serán admisibles las discriminaciones³³. El ingreso de niños y niñas no acompañados a algunos Estados en la actualidad no se realiza de acuerdo a los estándares internacionales de derechos humanos; esta situación ha quedado demostrada por las crecientes cifras de trata de blancas,

un mínimo de debido proceso es necesario aún en el ámbito del derecho administrativo, como lo estableció la Comisión Europea de Derechos Humanos en el Caso Hortolomei v. Austria (abril de 1998, p. 38). Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2000, Capítulo V. Estudios Especiales, Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, O.A.S. Doc. OEA/Ser./L/V/II.111, doc. 20 rev., VI. Garantías de Debido Proceso, párr. 88 – 100; y DIAZ, PEDRO: "Acceso a los tribunales y debido proceso legal de las personas migrantes", disponible en <http://portal.sre.gob.mx/pcdh/libreria/libro5/pedro%20diaz.pdf>, págs. 225-226.

³³ La Corte Interamericana en este sentido ha señalado lo siguiente: "*El término distinción se empleará para lo admisible, en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo. La discriminación se utilizará para hacer referencia a lo inadmisibles, por violar los derechos humanos. Por tanto, se utilizará el término discriminación para hacer referencia a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos*". Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva (2003), párr. 84.

marras y niños soldados. Consideramos que es esencial que los Estados dispongan de representantes legales que sean capaces de asesorar y representar los intereses del niño o niña de acuerdo a su edad y madurez y que a la vez sean capaces de entablar pretensiones de acuerdo al interés superior del niño³⁴. Así, la figura de un curador *ad litem* sería la más adecuada frente a este tipo de casos. Al no contar los Estados con este tipo de asistencia, se deja a los niños y niñas migrantes no acompañados en un estado de indefensión y desprotección jurídica. De esta forma, se está impidiendo en los hechos el ingreso por desconocimiento de la normativa migratoria vigente.

Derecho a no ser discriminado en el proceso (arts. 1.1 y 24 Convención Americana): Los Estados no pueden discriminar en torno al origen o nacionalidad, así lo disponen múltiples instrumentos internacionales de derechos humanos y entre ellos los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana. Recordemos que el derecho internacional de los derechos humanos ha desarrollado categorías problemáticas en el tratamiento de la igualdad, las que han estado asociadas a prácticas discriminatorias, como lo es el caso de los migrantes. Estas categorías recibirían la denominación de sospechosas porque se presume que la distinción que representan es contraria a lo que establecen los tratados internacionales de derechos humanos. Estas categorías se encuentran constituidas por elementos que: 1) guardan relación con aspectos centrales de su identidad y que afectan el respeto de su dignidad, 2) el elemento que les da la característica de sospechosa se asocia a prácticas de dominación y subordinación, 3) Las personas cuya situación se encuentra bajo la denominación de categoría sospechosa, pertenecen a un grupo con escaso poder político dentro de la sociedad por lo que les es difícil remover las discriminaciones que los afectan desde espacios de participación política y 4) Frente a estas categorías se aplican criterios irracionales en la distribución de las cargas que deben soportar y los beneficios que gozan. Por lo mismo, los magistrados frente a casos relativos a categorías problemáticas en el tratamiento de la igualdad se les exige que realicen un control judicial estricto, debido a que éste es el mecanismo que finalmente logrará establecer si la discriminación se encuentra justificada o no, ponderándose la diferencia frente a la necesidad imperiosa justificándose así las

³⁴ Observación General N°6, Comité de los Derechos del Niño, Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen (2005), U.N. Doc. CRC/GC/2005/6 (2005), párr. 33.

decisiones³⁵. El principio de no discriminación, se debe aplicar a todos los aspectos de los menores separados y no acompañados. En particular, prohíbe toda discriminación basada en la situación de no acompañado o separado del menor de edad o su condición de refugiado, solicitante de asilo o migrante³⁶.

Los Estados receptores de niños y niñas separados o no acompañados, en consecuencia, deben otorgarles *ipso facto* las medidas de protección nacionales y complementarias de acuerdo a la Convención sobre los Derechos del Niño, de forma tal de conferirles una protección efectiva durante todo el tiempo que deban permanecer en dicho país³⁷. En estos casos, el deber de protección debe primar sobre cualquier otra consideración. Los niños y niñas que se encuentran en la situación antes mencionada no deben ser rechazados en frontera, sino que siempre se les debe permitir su ingreso; por lo que consideramos que en este tipo de casos debe operar *ipso facto* el principio de no devolución³⁸. En este sentido, la aplicación del principio de no devolución frente a este tipo de casos sería el reconocimiento por parte de ese Estado de que ese niño o niña se encuentra en una situación de aún mayor vulnerabilidad en la que resulta esencial la protección que el país de llegada le pueda otorgar. Consideramos esencial que inmediatamente al ingreso es indispensable que dicten medidas de protección a su favor y que posteriormente se inicien los trámites pertinentes que permitan determinar los motivos de su viaje y así iniciar un proceso de reunificación familiar, asilo o refugio, protección bajo la CAT, o un proceso de visa de turista o residencia. Somos de la idea de que la alternativa de iniciar un procedimiento de adopción internacional es excepcional y de última instancia³⁹.

³⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, 92º periodo extraordinario de sesiones, "Audio intervención pericial Rodrigo Uprimny. Caso Atala Riffo e Hijas Vs. Chile", video, (fecha de consulta: 18 de diciembre de 2011). Disponible en: <http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=antidiscriminacion&publicacion=1066>

³⁶ Observación General N°6, Comité de los Derechos del Niño, Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen (2005), U.N. Doc. CRC/GC/2005/6 (2005), párr. 18

³⁷ Observación General N°6, Comité de los Derechos del Niño, Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen (2005), U.N. Doc. CRC/GC/2005/6 (2005), párr. 77.

³⁸ Observación General N°6, Comité de los Derechos del Niño, Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen (2005), U.N. Doc. CRC/GC/2005/6 (2005), párr. 27-28.

³⁹ Convenio de Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional 1870 U.N.T.S. 167, entrada en vigor mayo 1, 1995.; Observación General N°6,

Acceso a la justicia y Derecho a ser oído (arts. 8.1, 25 Convención Americana y artículo 12 CRC): Los Estados deben escuchar y tomar en cuenta para la toma de decisiones las opiniones de los niños y niñas no nacionales de acuerdo a su edad y madurez y de las circunstancias que aquejan a su país de origen⁴⁰. Analizar y resolver la situación de ingreso de los menores sin tomar en consideración su opinión, se traduce en una vulneración de la garantía de ser oído⁴¹. Sin embargo, para que sea posible que los funcionarios puedan cumplir con esta garantía, se requiere que se encuentren capacitados para analizar las necesidades expresadas por ellos y ellas⁴². Se debe tener presente que los niños y niñas deben ser oídos, tomando las previsiones necesarias según la edad que estos tengan⁴³, ya que siempre será posible conocer cuáles son los intereses de ellos (as).

Derecho a un tribunal competente, independiente e imparcial (art. 8.1 Convención Americana): En los procedimientos administrativos, al requisito de un tribunal independiente e imparcial se le agrega el de establecer un adjudicador independiente e imparcial. El adjudicador es la autoridad administrativa que en muchos procedimientos migratorios toma las decisiones en primera instancia⁴⁴. En segunda instancia, debiera siempre ser posible solicitar la revisión en sede judicial de las decisiones administrativas que rechacen el ingreso de personas, cuando se encuentren en situaciones en las que requieren protección, como lo serían los menores de edad no acompañados o separados de su familia. La revisión judicial debe satisfacer el requisito de imparcialidad, lo cual se corrobora con decisiones debidamente fundamentadas. En segundo lugar, para proteger la garantía en comento, se requiere contar con la posibilidad de perseguir las responsabilidades de estos funcionarios a través de la vía judicial; pues la ausencia de letrados que asesoren a niños y niñas en esta materia, impide que éstos puedan denunciar las

Comité de los Derechos del Niño, Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen (2005), U.N. Doc. CRC/GC/2005/6 (2005), párr. 91.

⁴⁰ *Convención sobre los Derechos del Niño* (1989), Art. 5 y 12.

⁴¹ Observación General N°12, Comité de los Derechos del Niño, *El Derecho del Niño a Ser Escuchado* (2009), U.N. Doc. CRC/C/GC/12 (2009), párr. 65-67.

⁴² Al respecto, puede verse lo desarrollado en la parte 1 de este escrito.

⁴³ Al respecto, puede verse lo desarrollado en la parte 1 de este escrito.

⁴⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2000, Capítulo V. Estudios Especiales, Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, O.A.S. Doc. OEA/Ser./L/V/II.111, doc. 20 rev., VI. Garantías de Debido Proceso, párr. 88 - 100.

prácticas efectuadas por las autoridades administrativas.

Derecho de defensa (art. 8.2 Convención Americana): Es necesario considerar que un elemento esencial del derecho a la defensa es la asistencia jurídica gratuita. En efecto, se requiere que en toda fase del procedimiento migratorio, los menores de edad cuenten con la asistencia de personas adultas, con conocimiento en la materia, quienes puedan garantizar el ejercicio del derecho a defensa de los niños y niñas migrantes, quienes no lo pueden hacer por sus propios medios. El Estado debe garantizar el derecho de defensa, proveyendo un servicio gratuito de representación jurídica o el acceso de servicios que ofrezcan instituciones públicas y privadas sin costo a los migrantes, como también proveer en los casos que sean necesarios de intérpretes que puedan comunicar sus deseos y sentimientos como también por qué su situación se encuentra bajo consideración judicial.

Publicidad del proceso (art. 8.5 Convención Americana): El cumplimiento de esta garantía se comprueba de diversas formas. Los órganos a cargo del proceso migratorio, deben ofrecer información clara al público sobre los requisitos para el ingreso y permanencia en el país. En este sentido resulta esencial que el no nacional frente a cualquier circunstancia que lo pueda aquejar en la frontera del país de destino pueda comunicarse con el Consulado de su país. La Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció en la OC-16/ que "[...]la notificación del derecho a comunicarse con el representante consular de su país, contribuirá a mejorar considerablemente sus posibilidades de defensa y a que los actos procesales en los que interviene —y entre ellos los correspondientes a diligencias de policía— se realicen con mayor apego a la ley y respeto a la dignidad de las personas"⁴⁵. Por lo que consideramos que debido a la calidad de incapaces absolutos y relativos de los niños, niñas y adolescentes respectivamente, que el Estado de llegada provea un representante legal para dar cumplimiento a la publicidad y transparencia del procedimiento de ingreso y permanencia en el país, y de todos modos debiéndose reconocer la individualidad y titularidad del derecho al niño, niña o adolescente, puesto que se debe considerar como una de las garantías mínimas de un debido proceso legal que los

⁴⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, Opinión Consultiva (1999), párr. 121.

Estados deben resguardar para poder brindar a los extranjeros la oportunidad de preparar oportunamente su defensa y contar con un justo juicio si es menester que se lleve a cabo⁴⁶. Además, el Estado debe contar con las estadísticas claras respecto del número de ingresos rechazados en frontera, desagregados por variables tales como nacionalidad, etnia y sexo, permitiendo saber la cantidad porcentual de personas que pueden ingresar y quienes no pudieron hacerlo, esta información debe estar a disposición de la población de manera fácil y expedita⁴⁷. Los órganos encargados del ingreso de personas extranjeras al país deben ofrecer toda la información necesaria a las personas que están ingresando, por lo que nos parece trascendental que los Estados cuenten una división de extranjería y migración⁴⁸. En el caso de niños y niñas no acompañados se les debe dar información, responder a sus preguntas⁴⁹, contar con intérpretes, y con un equipo multidisciplinario que pueda determinar las medidas de protección que sean necesarias de acuerdo a su situación⁵⁰.

ii. La situación de niños y niñas durante el procedimiento migratorio:

Derecho a la no discriminación en el proceso migratorio (arts. 1.1 y 24 Convención Americana): El marco regulatorio de los procesos migratorios debe establecer de manera clara y definida las condiciones y requisitos para permitir el ingreso y la permanencia de extranjeros en el país. Las decisiones de las autoridades migratorias deberían estar sujetas a un control judicial (generalmente en la jurisdicción o proceso contencioso administrativo), para garantizar el respeto por las garantías básicas del debido proceso legal.

⁴⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, Opinión Consultiva (1999), párr.122.

⁴⁷ En Chile esta información puede ser obtenida a través de una solicitud de información que se realiza de acuerdo a la normativa que establece la Ley N°. 20.,285 de Acceso a la Información, la que se promulgo como parte del cumplimiento de la sentencia del Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile.

⁴⁸ Chile cuenta con un Departamento de Extranjería y Migración(DEM), el cual es dependiente del Ministerio del Interior y Seguridad Pública. En el DEM, la población migrante presenta la documentación necesaria para solicitar visas, elevar solicitudes de refugio, levantamientos de prohibiciones de ingresos, entre otras funciones.

⁴⁹ Observación General N°12, Comité de los Derechos del Niño, *El Derecho del Niño a Ser Escuchado* (2009), U.N. Doc. CRC/C/GC/12 (2009), párr. 41.

⁵⁰ Observación General N°12, Comité de los Derechos del Niño, *El Derecho del Niño a Ser Escuchado* (2009), U.N. Doc. CRC/C/GC/12 (2009), párr. 124.

En el caso de niños y niñas no acompañados o separados de sus familias, es necesario establecer claramente procedimientos que los protejan⁵¹. El control migratorio debe ceder ante las necesidades de protección de un niño o niña no nacional. Como indicamos anteriormente, en todos los casos de menores no acompañados éstos deben quedar primero sujetos a una medida de protección. Con posterioridad a ello, las autoridades migratorias pueden entrevistarlos y determinar el curso de acción a seguir, el cual puede incluir darles el tratamiento de solicitantes de asilo o refugio, ofrecerles protección bajo la CAT, ofrecerles protección como víctimas de trata de personas o de tráfico de migrantes, reunirlos con su familia en ese país, o retornarlos a su país de origen, donde las autoridades encargadas de la infancia, debe iniciar un proceso para evaluar la posibilidad de que regresen al seno de su familia. En todos los casos, la entrevista y evaluación que hagan las autoridades de la situación del menor de edad es fundamental para establecer su historia personal y los motivos del viaje. Recordemos que el interés superior del niño es una consideración primordial que se debe tener en cuenta en todo momento en los casos en que la situación de los niños y niñas, como plenos sujetos de derecho, se encuentra bajo consideración judicial. El interés superior del menor debe ser el criterio que guíe la actuación del Estado.

Respecto del acceso a la justicia y derecho a ser oído (art. 8.1 Convención Americana y artículo 12 CRC): El acceso a la justicia de los niños y niñas migrantes no acompañados se garantiza a través de un representante legal y de una normativa adecuada que asegure la concreción de esta garantía. Por ello, la protección de las garantías del debido proceso en el caso de niños y niñas requiere de la consagración y desarrollo normativo de procedimientos que tengan en consideración el interés superior del niño y el derecho a ser oído. En el caso de menores que inician procedimientos de asilo o refugio, de protección como víctimas de tortura, de trata o de tráfico o de solicitud de visa de residencia, los menores deben contar con un tutor o curador *ad litem* que vele por sus intereses⁵². Así mismo, deben tener un abogado que los representen legalmente, de acuerdo a las instrucciones que le dé su tutor o curador ad litem.

⁵¹ Observación General N°6, Comité de los Derechos del Niño, Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen (2005), U.N. Doc. CRC/GC/2005/6 (2005), párr. 12 a 14.

⁵² Observación General N°6, Comité de los Derechos del Niño, Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen (2005), U.N. Doc. CRC/GC/2005/6 (2005), párr. 50 a 53.

En ningún caso de menores de edad, se le podría denegar el derecho de acceder a la justicia por seguir éstos la suerte de lo que se haya decidido en torno a sus padres o adultos con los cuales permanezcan.

Respecto del Derecho a un adjudicador y tribunal competente, independiente e imparcial (art. 8.1 Convención Americana): Durante el proceso migratorio, de refugio, de protección bajo la CAT, de protección como víctima de trata, o de tráfico se requiere contar con un adjudicador y un tribunal independiente e imparcial. Dichas decisiones debieran estar sujetas a una revisión ante una instancia jurisdiccional. Consideramos que es contrario al debido proceso que no existan mecanismos de revisión judicial frente a las decisiones adoptadas en sede administrativa.

Derecho a un plazo razonable de duración de un proceso (art. 8.1 Convención Americana): Para cumplir con esta garantía, se requiere que la tramitación de las visas y demás solicitudes ante los órganos migratorios, sean de plazos acotados. El trámite de solicitudes de visa o de refugio en el caso de menores de edad debe ser particularmente celoso del cumplimiento de los plazos legales establecidos, y ser tramitado de forma expedita, de manera que los niños y niñas se encuentren el menor tiempo posible en una situación de indefinición. Consideramos que frente a las solicitudes de menores no acompañados o separados una vez verificadas las circunstancias de su viaje, el tiempo en el que se obtenga una respuesta debe ser aún más acotado. Sea cual sea la decisión que se tome en cuanto a la situación migratoria de un niño o niña se le debe informar el resultado y de qué forma fueron consideradas sus opiniones⁵³. Una correcta aplicación del principio del interés superior del niño se traduce en que en estos casos, los procesos duren lo menos posible, para no contribuir con ello a la incertidumbre de la situación migratoria de los menores de edad. Si finalmente la autoridad decide que el menor de edad debe permanecer en el país de destino, es indispensable que cuente con documentos que lo identifiquen⁵⁴.

Respecto del derecho de defensa (art. 8.2 Convención Americana): Un presupuesto necesario para el ejercicio del derecho de defensa durante los procesos migratorios es que los niños y niñas cuenten con un traductor o

⁵³ Observación General N°12, Comité de los Derechos del Niño, El Derecho del Niño a Ser Escuchado (2009), U.N. Doc. CRC/C/GC/12 (2009), párr. 44.

⁵⁴ Módulo sobre Niñas y Niños Refugiados y Solicitantes de Asilo- Los Niños Refugiados- Directrices sobre Protección y Cuidado- ACNUR, Ginebra 1994, p. 79.

intérprete y que sean asistidos por un abogado el que sea capaz de representar sus intereses de acuerdo a su edad y madurez y que tenga en consideración su interés superior.

Derecho a apelar o recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior (art. 8.2.h Convención Americana): Deben existir procedimientos de impugnación de las decisiones de las autoridades migratorias y plazos razonables para su interposición. Para recurrir una decisión se requiere también de representación legal⁵⁵.

iii. La situación de niños y niñas frente a órdenes de expulsión.

En esta situación la efectividad que los Estados sean capaces de darles a las garantías del debido proceso toman especial relevancia debido a que la situación migratoria de una persona claramente se encuentra bajo consideración judicial. Debemos partir del presupuesto que las órdenes de expulsión son medidas excepcionales y de última instancia. Puede darse la circunstancia de que un niño o niña no nacional se vea obligado (a) a abandonar un país como consecuencia de la decisión de la autoridad migratoria que expulsa a uno de sus padres. , En este caso, cuando el adulto padre o madre, o tutor o curador de un menor de edad es expulsado, éste último se ve directamente afectado por la decisión migratoria de la autoridad administrativa; no obstante, consideramos que debe quedar establecido con claridad que la expulsión de uno de sus progenitores o de su tutor o curador, a pesar de que signifique el abandono de ese país, no significa la expulsión del niño.

En el caso de menores no acompañados, los Estados deben adoptar medidas de protección en favor de éstos para garantizar el cumplimiento de las garantías de debido proceso, atendida la especial situación de vulnerabilidad en que se encuentran. La nula consideración que han tenido los Estados del interés superior del niño frente a los procedimientos que se originan por la situación migratoria de un niño o niña se han manifestado debido a la falta de asistencia de letrados que conozcan los procedimientos judiciales, falta de tutores y traductores que logren captar lo que el niño, niña o adolescente desea y la falta de plazo razonable para resolver sus situaciones determinan infracciones a estas garantías, por lo que resulta importante resaltar su importancia en los procesos de expulsión.

⁵⁵ Observación General N°12, Comité de los Derechos del Niño, El Derecho del Niño a Ser Escuchado (2009), U.N. Doc. CRC/C/GC/12 (2009), párr. 46-47.

Derecho a la igualdad en el proceso (arts. 1.1 y 24 Convención Americana): Las resoluciones o sentencias que ordenan una expulsión deben ser fundadas, contando con una justificación que sea razonable. Para cumplir con esta garantía, se requiere también mejorar el acceso a la información. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la OC-16/99 señaló que "La inobservancia u obstrucción de su derecho a la información afecta las garantías"⁵⁶. Para garantizar la igualdad se debe fomentar la formación de personal letrado y equipos multidisciplinarios que puedan presentar soluciones que representen de la mejor forma posible, de acuerdo al interés superior del niño y autonomía progresiva a los niños y niñas migrantes durante estos procedimientos, para que no exista de esta forma, desigualdad de armas.

Acceso a la justicia (Derecho a ser oído, art. 8.1 Convención Americana y artículo 12 CRC): El acceso a la justicia debe estar garantizado en la ley y debe ser posible de ejecutar eficientemente en términos prácticos. Se debe disponer de un sistema de recursos sencillo y eficaz; en efecto, a modo de ejemplo, si el plazo para recurrir a la jurisdicción, es particularmente breve resulta negatorio del derecho a ser oído. Igualmente, lo es si existen otras barreras de acceso, tales como la representación letrada, el pago de una caución, o cualquier otro requisito que limite el derecho a ser oído por factores relativos a la información o los recursos económicos⁵⁷. El acceso a la justicia que los Estados deben propender de garantizar debe ser público y de calidad.

Derecho a un tribunal competente, independiente e imparcial (art. 8.1 Convención Americana): Las órdenes de expulsión emitidas por la autoridad administrativa deben ser susceptibles de ser revisadas posteriormente por un tribunal. Un elemento a considerar en el caso de las niñas y niños no acompañados, será la importancia y efectividad de la medida de protección, desde la consideración del interés superior del menor⁵⁸. La expulsión no podrá considerarse de manera aislada a la situación concreta de ese niño o niña.

En el caso de menores de edad no acompañados o separados de su familia, que se encuentren sujetos a una medida de protección y que se ordene su expulsión,

⁵⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, Opinión Consultiva (1999), párr. 129.

⁵⁷ Observación General Nº12, Comité de los Derechos del Niño, *El Derecho del Niño a Ser Escuchado* (2009), U.N. Doc. CRC/C/GC/12 (2009), párr. 48.

⁵⁸ Art. 3 CRC.

será necesario que las instituciones encargadas de la protección de la niñez en el Estado expulsor y en el Estado de nacionalidad del menor de edad, se coordinen de manera tal que se levante la medida de protección al momento de ejecutar la expulsión, vale decir, cuando el niño niña expulsado (a) llegue al país de origen o reasentamiento. En el momento en que el Estado de destino reciba al menor de edad debe inmediatamente tomar las providencias necesarias que resguarden su integridad física, psíquica y autonomía progresiva, las que se traducen en dictar nuevas medidas de protección. Lo anterior garantiza la efectiva protección del interés superior del menor. El Estado expulsor puede dictar medidas de control contra el niño o niña expulsado (a), pero estas medidas deben tener el carácter de excepcionales, deben tener una duración determinada y ser revisadas periódicamente.

Derecho a un plazo razonable de duración de un proceso (art. 8.1 Convención Americana): Dada la vulnerabilidad que implica la etapa de la infancia, frente a las órdenes de expulsión, los Estados deberán revisar con preferencia los casos donde se encuentra bajo consideración judicial la situación migratoria de un niño o niña, de forma tal de que sus solicitudes y alegaciones sean conocidas lo más rápido posible.

Derecho de defensa (art. 8.2 Convención Americana): Para cumplir con esta garantía, se requiere que antes y durante la interposición de un recurso idóneo en contra de la medida de expulsión, se cuente con el patrocinio de un abogado. Es necesario que dicha asistencia sea gratuita y asegurada *ex ante*, La representación del menor la podrá detentar el curador *ad litem* que se le haya asignado a ese niño (a)⁵⁹. Además, en el procedimiento de expulsión, todo niño, niña o adolescente debe tener derecho a ser oído, de forma tal de que tenga la posibilidad de expresar su parecer respecto de la medida y desvirtuar cualquier información que pueda ser errónea o no necesariamente ajustada a los hechos⁶⁰.

Pueden presentarse situaciones en las que los niños y niñas no expresen, sino hasta ese último momento, un temor fundado de regresar a su país de origen o nacionalidad porque temen por su vida, integridad o libertad. Es por ello que no

⁵⁹ Observación General N°6, Comité de los Derechos del Niño, Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen (2005), U.N. Doc. CRC/GC/2005/6 (2005), párr. 33.

⁶⁰ Observación General N°12, Comité de los Derechos del Niño, El Derecho del Niño a Ser Escuchado (2009), U.N. Doc. CRC/C/GC/12 (2009), párr. 86.

pueden existir limitaciones legales al derecho de asilo, tales como la existencia de una orden de expulsión.

3. Pregunta 8: Características de los Procedimientos cuando se identifican niños o niñas que tendrían una potencial solicitud de asilo o de reconocimiento de la condición de refugiados

El derecho de asilo o de refugio se garantiza mediante el establecimiento de un procedimiento adecuado, con garantías procesales, que permita a los solicitantes de asilo o de refugio presentar una solicitud para el reconocimiento de su condición a las autoridades competentes. El desarrollo adecuado de un procedimiento debe considerar el contexto y las condiciones en las cuales las personas huyen de su país de residencia e ingresan a otro para buscar protección.⁶¹

Existen algunos elementos que debieran estar presentes en todo procedimiento de asilo o de refugio de niñas y niños, los cuales se señalan de manera sucinta a continuación:

i. Ratificación de Instrumentos internacionales.

Hay un importante marco jurídico internacional relevante que debe ser ratificado por los Estados. Además de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados⁶² y su Protocolo Facultativo⁶³, la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas⁶⁴ y la Convención para reducir los casos de apatridia⁶⁵.

j. Adopción de legislación adecuada conforme con las obligaciones internacionales de protección de los refugiados.

En materia de niños y niñas migrantes no acompañados, es necesario crear procedimientos especiales, considerando la particularidad de estos casos. Estos

⁶¹ Se utilizó como fuente para elaborar esta sección las memorias del Seminario "Difusión y Seguimiento Recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño", realizado en Santiago de Chile, el 11 de junio de 2007. A este seminario asistieron instituciones nacionales públicas y privadas que trabajan con infancia.

⁶² Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, 189 U.N.T.S. 150, *entrada en vigor* 22 de abril de 1954.

⁶³ Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, 606 U.N.T.S. 267, *entrada en vigor* 4 de octubre de 1967.

⁶⁴ Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, 360 U.N.T.S. 117, *entrada en vigor* 6 de junio de 1960.

⁶⁵ Convención para reducir los casos de apatridia, 989 U.N.T.S. 175, *entrada en vigor* 13 de diciembre de 1975.

procedimientos deben permitir la distinción entre casos de niños o niñas no acompañados que son migrantes y aquellos que son refugiados. Asimismo, y como se señaló anteriormente, la competencia de los funcionarios es esencial.

Las implicancias de distinguir entre uno y otro caso no son menores: sabemos que en el caso de los refugiados opera el principio de la no devolución, que impide que el refugiado sea expulsado del país, no así en el caso de los migrantes económicos, quienes pueden ser sancionados con una orden de expulsión.

Para hacer frente al desafío que significa crear un procedimiento diferenciado e interdisciplinario en el tratamiento de menores no acompañados o separados, los Estados debieran utilizar como métrica lo dispuesto en la Observación General N°6 del Comité de los Derechos del Niño sobre "trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen"⁶⁶.

Según dicha Observación General, el primer principio aplicable es la **obligación jurídica que tienen los Estados Partes con referencia a todos los menores no acompañados o separados de su familia** que se encuentren dentro de su territorio, junto con la toma de medidas para el cumplimiento de tales obligaciones⁶⁷. Ello incluye la obligación de:

1. Promulgar legislación.
2. Crear estructuras administrativas, como sería la conformación de un grupo multidisciplinario de profesionales que asistieran a los funcionarios encargados de las entrevistas de refugio o de elegibilidad, integrado por:
 - a. Psicólogos infantiles, que faciliten un ambiente de confianza para que el menor pueda contar su experiencia y así obtener la información que el órgano administrativo requiere para determinar el tratamiento migratorio que se le dará al niño o niña.
 - b. Asistentes sociales, que analicen el riesgo social en que se encuentra el menor y puedan crear las redes con casas de acogidas, instituciones educacionales, ONGs que ayuden al menor a conservar su educación y cultura de origen.
 - c. Traductores o intérpretes.

⁶⁶ Observación General N°6, Comité de los Derechos del Niño, Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen (2005), U.N. Doc. CRC/GC/2005/6 (2005).

⁶⁷ Íbid., pp. 7, párrs. 12 y 13

d. Otros especialistas que conozcan sobre la realidad cultural, social, política y económica del país de origen del menor, para identificar de forma más rápida los factores que llevaron al niño a abandonar su país.

3. Articular actividades de investigación, información, acopio de datos y de formación general. Para lograr este objetivo, el trabajo de capacitación y apoyo técnico que realizan diversas dependencias de los Estados con agencias de Naciones Unidas, tales como ACNUR, UNICEF, ONU Mujer es esencial, y al debieran vincularse la academia, los centros de investigación y las organizaciones no gubernamentales.

k. Procedimiento especial para menores no acompañados o separados de sus familias

Resulta fundamental contar a nivel normativo con un procedimiento especial para tratar los casos de menores de edad no acompañados o separados de sus familias, pues se requiere un trabajo multidisciplinario para contemplar la totalidad de los factores que han hecho que menor solicite protección del Estado receptor. Como se indicó anteriormente y como lo establece la Observación General No.6⁶⁸, la entrevista inicial es fundamental como herramienta de evaluación de cada caso y pieza central para la identificación del interés superior del menor.

Un elemento central es identificar a los menores de edad en situación de no acompañados o separados de su familia lo antes posible, particularmente en la frontera o puntos de ingreso al territorio nacional. Asimismo, la referida Observación General establece el principio de no discriminación, de conformidad al Artículo 2 de la CRC. Específicamente, hace mención a las medidas de policía sobre menores de edad no acompañados como una acción de *ultima ratio*, por razones excepcionales y siempre aplicadas de forma individual y no colectiva.

Nuevamente el interés superior del niño aparece como uno de los ejes centrales en el análisis de solicitudes de refugio de menores de edad no acompañados, en concordancia con lo dispuesto en el Artículo 3 de la CRC. La norma dispone que dicho principio debe respetarse durante todos los momentos de la situación de desplazamiento, lo que torna de suma urgencia la especialización que

⁶⁸ Observación General N°6, Comité de los Derechos del Niño, Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen (2005), U.N. Doc. CRC/GC/2005/6 (2005), párr. 31-32.

funcionarios de frontera, puertos y aeropuerto deben tener para lograr reconocer cuándo se encuentran frente a un menor de edad no acompañado solicitante de residencia o de refugio. Para que dicho ejercicio sea exitoso, es necesario que el menor ingrese al territorio nacional, de forma tal que se logren hacer las respectivas preguntas y análisis de reconocimiento.

Con el propósito de responder a las necesidades de protección de los menores de edad no acompañados, la Observación General N°6 establece las siguientes medidas:

1. Determinar de forma prioritaria el carácter de menor no acompañado o separado de su familia inmediatamente, tras su llegada al puerto de entrada o tan pronto como las autoridades tomen conocimiento de su presencia en el país.

Dicha evaluación debe considerar los rangos etarios, lo que requerirá análisis de psicólogos y profesionales especialistas en menores de edad, para no vulnerar la dignidad humana del menor y no provocar una invasión a su integridad y privacidad.

2. "Inspección inmediata en el registro tras una entrevista inicial adaptada a las necesidades, edad y sexo del menor, realizada por profesionales calificados en un idioma que el menor pueda comprender, que permita reunir datos y antecedentes personales para determinar la identidad del menor, e incluso, de ser posible, la identidad de los padres y otros hermanos, y la ciudadanía del menor, sus hermanos y padres"⁶⁹.

Intento de localizar a los padres del menor para corroborar la información que el niño entrega, y tener así la certeza de estar frente a un caso de refugio.

3. A fin de atender a la situación concreta del menor, debe consignarse la siguiente información adicional:

- Razones por las que está separado de su familia o no acompañado;
- Evaluación de aspectos particulares de vulnerabilidad, en especial relativos a la salud, y de índole física, psicosocial y material, y de otras

⁶⁹ Observación General N°6, Comité de los Derechos del Niño, Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen (2005), U.N. Doc. CRC/GC/2005/6 (2005), párr. 31.ii.

necesidades de protección como las derivadas de la violencia en el hogar, la trata o el trauma;

- Toda la información disponible para determinar la posible existencia de necesidades de protección internacional, como las basadas en "fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas" en el país de origen (párrafo 2 de la sección A del artículo 1 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados), las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público. (Conclusión 3 de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados⁷⁰).

4. Tan pronto como sea posible, entrega a los menores no acompañados o separados de su familia de documentos personales de identidad.
5. Comienzo inmediato de la localización de los miembros de la familia (párrafo 2 del artículo 22, párrafo 3 del artículo 9 y párrafo 2 del artículo 10).

I. Nombramiento de un curador ad litem

Vinculado con el principio anterior, aparece la necesidad de nombrar un curador *ad litem* para los niños y niñas no acompañados, lo que se constituye como una garantía procesal importantísima para el respeto del interés superior de los menores de edad no acompañados o separados de su familia durante el proceso de solicitud de asilo⁷¹.

⁷⁰ Declaración de Cartagena sobre Refugiados, adoptada por el "Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios", celebrado en Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984.

⁷¹ Observación General N°6, Comité de los Derechos del Niño, Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen (2005), U.N. Doc. CRC/GC/2005/6 (2005), párr. 21.

m. Tramitación expedita de documentos de registro e identidad y garantía de acceso a los servicios de salud y educación

Se debe prever un sistema que garantice el acceso inmediato de los niños y niñas no acompañados al sistema de salud y educación, incluso antes de que hayan formalizado su solicitud de refugio. Se deberá tener en consideración su situación particular y no exigir documentos u otros requisitos que los menores de edad estén en imposibilidad de aportar.

n. Solicitar los servicios de asesoramiento de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR).

Para llevar a cabo el tratamiento a menores de edad no acompañados o separados de forma eficaz y eficiente, resulta necesario tener en consideración las recomendaciones y conclusiones que ha hecho ACNUR al respecto⁷².

En el caso de niños o niñas solicitantes de asilo o refugio es importante considerar lo siguiente:

1. Dar plena aplicación al principio de no devolución, que se desarrolla más adelante en este documento.
2. Actuar con suma cautela, antes de ponerse en contacto con las autoridades del país de origen o de nacionalidad, para no poner en peligro al menor de edad o a sus familiares.
3. Considerar que muchos refugiados no pueden salir de sus países con la documentación necesaria (pasaporte, visado, autorización para salir del país) y, por ello muchas veces viajan sin documentos o con documentación falsa y/o recurren a las redes de tráfico de personas.
4. Cometer errores al establecer vínculos de parentesco entre niños/as y adultos, puede poner o mantener a los primeros en situaciones de riesgo o vulnerabilidad.

⁷² Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del menor, Mayo, 2008; Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, Conclusión No.107 sobre los niños en situación de riesgo, 58º Periodo de Sesiones (2007).

5. Los exámenes para determinar la edad de un niño (a) o un adolescente debe considerar las variables étnicas, culturales, raciales, económicas, psicológicas y de género que impactan en el desarrollo de una persona.
6. Los niños y niñas suelen no tener información sobre lo que significa el asilo o refugio, y tampoco entender que las experiencias vividas por ello, podrían encuadrar para solicitar esta forma de protección internacional.
7. Cuando se nombra un curador *ad litem*, es él o ella quien debe evaluar la situación del menor de edad y considerar la posibilidad de pedir asilo, de acuerdo al interés superior del niño o niña.
8. En el caso de identificar un menor de edad no acompañado, las autoridades migratorias deben asignar su cuidado a las instituciones protectoras de la infancia, y en ningún caso debe permanecer sujeto a las medidas de control migratorio, detenido o bajo cualquier otra forma de privación de la libertad.
9. Se deben ofrecer servicios de traducción e interpretación.
10. Se debe buscar el apoyo de organizaciones no gubernamentales, fundaciones y la academia para documentar adecuadamente la situación de los países de origen, y confirmar el riesgo que corre ese niño o niña.

4. Pregunta 7.1. El principio de no devolución en relación con los niños y niñas migrantes ¿Cuál es el alcance y contenido del principio de no devolución a la luz de los artículos 1, 2, 4.1, 5, 7, 8, 19, 22.7, 22.8 y 25 de la Convención Americana, artículo 13 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 a un país determinado?

El presente punto pretende dar cuenta que el principio de no devolución debe primar al tratarse de niñas o niños, operando éste como una medida de protección ante eventuales supuestos que se expresarán a continuación. Para ello, el presente acápite abordará la pregunta a través de dos temas: un primero, que desarrollará el principio de no devolución como tal, poniendo énfasis en que el derecho a refugio es una condición que el Estado debe examinar en quien lo solicita; y un segundo, que articulará la relación existente entre el principio de no discriminación y los derechos de los niños, y cómo su condición los expone a riesgos⁷³ que el Estado, en su deber de garante, debe proteger respetando ciertos principios.

o. El principio de no devolución y su alcance normativo

El principio de no devolución o *non-refoulement* es entendido como el principio que "prohíbe la expulsión y repatriación de refugiados, de cualquier modo que

⁷³ Según Jorge Bustamante, Relator Especial sobre los derechos de los Migrantes de la ONU, ha señalado que los niños pueden estar expuestos a peligros tales como "convertirse en presa de la delincuencia organizada transnacional y ser objeto de prácticas de explotación como el contrabando, la trata de personas y las formas contemporáneas de la esclavitud, que en algunos casos se describen como formas abusivas de migración", en: Promoción y Protección de Todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo, Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, Consejo de Derechos Humanos, 11º Periodo de Sesiones, U.N. Doc. A/HRC/11/7, de 14 de mayo de 2009, párr. 19

sea, a las fronteras de territorios en los que su vida o su libertad pudieran verse amenazadas por razón de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social concreto o a una ideología política, tanto si se les ha concedido oficialmente el estatuto de refugiados como si no, o de las personas respecto de las cuales haya fundamento para creer que correrían peligro de ser objeto de torturas, en los términos previstos en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes".⁷⁴

Este principio constituye parte de la "columna vertebral" del derecho internacional de los refugiados, "aceptado y recogido, por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, como disposición que no admite norma en contrario, es decir, como parte del *jus cogens*(...)"⁷⁵ Siendo su naturaleza jurídica una norma cautelar o de garantía, su núcleo primordial encuentra fundamento en la protección de la vida y los esfuerzos que los Estados deben realizar en esta tarea. De manera que su relación con el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos es del todo coherente y se encuentra en sintonía con otros sistemas internacionales de derechos humanos.⁷⁶ Y si bien el contexto en el que surge el sistema de protección de los refugiados es para dar respuesta a los efectos de la Segunda Guerra Mundial —allí su eficacia particular—, "la legislación sobre derechos humanos puede servir a los refugiados, desplazados y repatriados en

⁷⁴ COMITÉ EJECUTIVO, Conclusiones del Comité Ejecutivo sobre la protección Internacional de los Refugiados, Conclusión general Nº 79 (XLVII) sobre la protección internacional, 47.º período de sesiones, 1996, j).

⁷⁵ RUIZ DE SANTIAGO, Jaime, "Derechos Humanos, Derecho de Refugiados: Evolución y convergencias", en: NAMIHAS, Sandra (Coordinadora), *Derecho Internacional de los Refugiados*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2001, p. 32.

⁷⁶ Ver CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, Estrasburgo, 12 de diciembre de 2007, Artículo 19.1 (Nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes). También ver CARTA AFRICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS (XVIII Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno de la Unidad Africana, Nairobi, Kenya, 27 de julio de 1981), Artículo 12.3 (Todo individuo tendrá derecho, cuando esté perseguido, a buscar y obtener asilo en otros países de conformidad con las leyes de esos países y los convenios internacionales).

formas que la legislación sobre refugiados y el derecho humanitario no pueden hacerlo, brindándoles principios más amplios para determinar su derecho a ciertas protecciones de parte de los Estados".⁷⁷

El principio de no devolución se encuentra establecido en el artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (en adelante la Convención sobre Refugiados). Este prescribe que:

"1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones política.

Ahora bien, es de tal la importancia reconocer que una persona no puede ser devuelta, sino tan solo por motivos excepcionales a un territorio en donde peligre su vida, que diversos instrumentos internacionales han recogido este principio en sus articulados. Así, por ejemplo, podemos ver que la CAT⁷⁸ establece en su artículo 3 que:

"1. Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura".

Asimismo, cabe destacar que la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados⁷⁹ también otorga vital importancia y refuerza la idea que el principio en cuestión es parte principal de la protección que un Estado debe darle a un solicitante de refugio al señalar:

⁷⁷ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1993, OEA/Ser.L/V/II.85, Doc. 8 rev., 11 febrero 1994, Capítulo V Situación de los refugiados, desplazados y repatriados en las Américas.

⁷⁸ CONVENCION CONTRA LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES, Asamblea General, Resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984.

⁷⁹ DECLARACION DE CARTAGENA SOBRE REFUGIADOS, Adoptado por el "Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá : Problemas Jurídicos y Humanitarios", celebrado en Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984

“Quinta. Reiterar la importancia y significación del principio de no devolución (incluyendo la prohibición del rechazo en las fronteras), como piedra angular de la protección internacional de los refugiados. Este principio imperativo en cuanto a los refugiados, debe reconocerse y respetarse en el estado actual del derecho internacional, como un principio de *jus cogens*”.

Del mismo modo, la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas o Involuntarias⁸⁰ establece en su artículo 8 que:

“1. Ningún Estado expulsará, devolverá o concederá la extradición de una persona a otro Estado cuando haya motivos fundados para creer que corre el riesgo de ser víctima de una desaparición forzada”.

Esta prohibición debe leerse en armonía al espíritu de la Convención sobre Refugiados, pues, determina “quién es y quién no es refugiado o ha dejado de serlo, el *status* legal del refugiado y sus derechos y obligaciones en el país de refugio”.⁸¹ Y es que la condición de refugio es *conditio sine qua non* de la eficacia del principio de no devolución. Por lo que el reconocimiento de la condición de refugiado será determinante al momento de argüir las excepciones que aplican a la obligación contenida en el artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

Con todo, el Comité Ejecutivo del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, en adelante ACNUR, ha comprendido la relevancia de este principio y ha señalado la “importancia fundamental de la observancia del principio de no devolución —tanto en la frontera como dentro del territorio de un Estado— de las personas que, **reconocidas o no oficialmente como**

⁸⁰ DECLARACIÓN SOBRE LA PROTECCIÓN DE TODAS LAS PERSONAS CONTRA LAS DESAPARICIONES FORZADAS, Asamblea General, A/RES/47/133, de 18 de diciembre 1992.

⁸¹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., de 22 de octubre de 2002, párr. 385.

refugiadas, podían ser objeto de persecución si se las devolvía a su país de origen”.⁸² De manera que estamos frente a un principio que, si bien es condición de una manifestación del Estado, cual es el reconocimiento oficial como refugiado, éste se determinará en función a los hechos que, de comprobarse, serán fundamento del acto estatal.

Luego, habida consideración de cómo se expresa el principio de no devolución, éste opera como garantía de protección. Haya sido declarado o no una persona como refugiada, ésta igual es titular de la garantía por tener temores fundados de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, y que llevan al individuo a no querer acogerse a la protección del país de origen o bien no quiere regresar.⁸³

Así lo ha entendido la CIDH al decretar como medida cautelar el respeto al derecho de no devolución a personas que no eran titulares de la condición de refugio.⁸⁴

Puesto así, la condición de refugiado, y en estricto sentido el derecho de no devolución, trata de una cuestión de hechos a verificar, antecedentes por los cuales el Estado está en el deber de presentarse ante el solicitante de refugio de

⁸² COMITÉ EJECUTIVO, 28º período de sesiones, 1977, Conclusión N°6 (XXVIII) No Devolución, c). (El énfasis es nuestro).

⁸³ Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre Canadá (2000), nota 338 *supra*, párrs. 21 y siguientes, que se refiere a la Oficina del ACNUR, Manual sobre Procedimientos y Criterios para determinar el Estatuto de Refugiado (reeditado, Ginebra, 1992), págs. 4-5., en COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2002), Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, ob. cit., párr. 385.

⁸⁴ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Medida Cautelar, Sandy Juliet Martínez Copete, de 25 de abril de 2003. (“Asimismo, la CIDH solicitó se garantizara el derecho de no-devolución (*non refoulement*) del que gozan las personas de nacionalidad colombiana que se encuentran en las comunidades de Boca de Cupe, Jaqué Matugantí, Puerto Obaldía y Punusa, en la zona del Darién panameño, conforme al derecho internacional y con la finalidad de que no sean expulsados del territorio panameño sin las garantías establecidas en los artículos 8, 22 y 25 de la Convención Americana”).

buena fe, pues cumple con una obligación internacional.⁸⁵ Y es que muchas veces los antecedentes que pueden fundamentar el temor no han sido recogidos debido al contexto de urgencia, pues está en riesgo la vida de quien precisamente escapa. Por tal razón, el Estado deberá velar por conseguir dichas pruebas, echando mano a todos los medios que estime conveniente, y en casos que, por ejemplo, el relato sea convincente, deberá concedérsele al solicitante el beneficio de la duda.⁸⁶

Dicho así, el solicitante de refugio no tendrá una efectiva protección si permanece en el país de refugio con un temor fundado de ser expulsado al país de donde proviene el peligro por el cual se fundamentan sus temores. Todo lo anterior lo sintetiza de buena manera la Corte Europea de Derechos Humanos que, recordando lo dicho por el ACNUR, ha señalado que:

"In its note of 13 September 2001 on international protection (A/AC.96/951, § 16), the UNHCR, whose task it is to oversee how the States Parties apply the Geneva Convention, stated that the principle of "*non-refoulement*" was:

a cardinal protection principle enshrined in the Convention, to which no reservations are permitted. In many ways, the principle is the logical complement to the right to seek asylum recognized in the Universal Declaration of Human Rights. It has come to be considered a rule of customary international law binding on all States. In addition, international human rights law has established *non-refoulement* as a fundamental component of the absolute prohibition of torture and cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. The duty not to *refoule* is

⁸⁵ Ver Convención de Viena sobre los Derechos de los U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, 23 de mayo de 1969, artículo 26. ("Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe").

⁸⁶ ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS, Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugio, párr. 196.

also recognized as applying to refugees irrespective of their formal recognition, thus obviously including asylum-seekers whose status has not yet been determined. It encompasses any measure attributable to a State which could have the effect of returning an asylum-seeker or refugee to the frontiers of territories where his or her life or freedom would be threatened, or where he or she would risk persecution. This includes rejection at the frontier, interception and indirect **refoulement**, whether of an individual seeking asylum or in situations of mass influx".⁸⁷

En consecuencia, el principio de no devolución, que es una expresión del derecho de asilo o de refugio, constituye una garantía que tiene el solicitante. El Estado está en la obligación jurídica de sopesar e incluso investigar los antecedentes expuestos por el solicitante de refugio, y ofrecerle protección —razón por la que no lo puede devolver al país de donde proviene— y, en la medida que no operen las excepciones, determinar los procedimientos necesarios para dar cumplimiento a la obligación de no devolución.⁸⁸

p. Excepciones al Principio de No Devolución

Las condiciones por las cuales se declara la condición de refugiado por algún Estado pueden ser de diversa índole, mas siempre que exista información cuyo resultado ponga en peligro la integridad de la persona, habrá motivo fundado para reconocer la condición de refugiado.⁸⁹ Sin embargo, es el artículo 33.2 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, el que establece las excepciones al principio de no devolución, que se conocen como causales de exclusión al señalar que:

⁸⁷ CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, Case of M.S.S. v. Belgium and Greece, párr. 56.

⁸⁸ Véase GALINDO, Francisco (2001), ob. cit., pp. 46-47.

⁸⁹ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha entendido el principio de no devolución y lo ha aplicado como Medida Cautelar ante casos que la devolución del migrante a su país de origen pone en riesgo su vida. Ver COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Medida Cautelar, 149/08 Boniface Nyamanhindi, de 18 de agosto de 2008; y 211/08 Djamel Ameziane, de 20 de agosto de 2008.

“Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la seguridad del país”.

Ambas cláusulas advierten un tratamiento reiterativo que, aún así, determina la discrecionalidad con que opera un Estado. Y es que las excepciones que podrá argüir un Estado solo tendrán como fundamento un solicitante cuya presencia (i) pone en peligro la seguridad del país o (ii) que éste haya sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, y que también constituya una amenaza para la seguridad. De manera que ambas encuentran legitimidad jurídica en el caso que la presencia del refugiado amenace o ponga en peligro la seguridad del país en el cual se encuentra, y que será el riesgo que fundadamente el Estado deberá justificar.

Luego, decimos que es un tratamiento reiterativo, pues se podría argumentar que no basta que un solicitante haya sido objeto de una condena según lo dispone el artículo 33.2. del Estatuto, sino que además debe concurrir la amenaza para la seguridad del país. Y es que un solicitante condenado definitivamente no constituye *per se*, una amenaza para la seguridad del país. Identificar lo anterior, es decir, la amenaza, puede implicar detallar y justificar el cómo la presencia de un migrante pone en riesgo “la situación social en la que todas las personas pueden gozar libremente de sus derechos fundamentales, a la vez que las instituciones públicas tienen la suficiente capacidad, en el marco de un Estado de Derecho, para garantizar su ejercicio y para responder con eficacia cuando éstos son vulnerados”.⁹⁰

⁹⁰ PNUD, *Informe sobre Desarrollo Humano 1994*. Disponible en <http://hdr.undp.org/es/informes/mundial/idh1994/capitulos/espanol>. El Informe sobre Desarrollo Humano para América Central 2009-2010 señala que “sin negar la importancia de otras

De modo que la amenaza a la seguridad del Estado remite a la alteración de la "seguridad ciudadana", concepto que "surgió, fundamentalmente, como un concepto en América Latina en el curso de las transiciones a la democracia, como medio para diferenciar la naturaleza de la seguridad en democracia frente a la seguridad en los regímenes autoritarios".⁹¹ Por lo que es ésta la seguridad y no otra la que se puede ver amenazada.

De todas maneras, la ponderación entre estos derechos, es decir, la garantía personal versus la integridad de la sociedad como bien jurídico ('garantía colectiva'), exige un estudio bastante disciplinario que, por de pronto, trasciende a la labor de un agente migratorio del Estado. Es ésta la razón que torna indispensable la existencia de un debido proceso⁹² que involucre las agencias estatales correspondientes y que garanticen los derechos humanos del migrante solicitante de refugio, ya sea su solicitud acogida o rechazada.

Con todo es necesario que tal decisión, es decir, la de expulsar a un solicitante de refugio argumentando alguna de las dos excepciones del artículo 33, "sea tomada conforme a los procesos legales vigentes" y que, además, se le garantice al refugiado "presentar pruebas exculporias y recursos de apelación, hacerse representar ante las autoridades y gozar de un plazo razonable para buscar asilo

dimensiones de la seguridad humana, vale destacar cinco características de la seguridad ciudadana que le dan una centralidad, una urgencia y un cariz muy especiales. En primer lugar puede decirse que la seguridad ciudadana está en la base de la seguridad humana(...) En segundo lugar que la seguridad ciudadana es la forma principal de la seguridad humana (...) En consecuencia, y en tercer lugar, la seguridad ciudadana garantiza derechos humanos fundamentales. En cuarto lugar (...) la seguridad respecto del crimen es una componente esencial de la ciudadanía (...). Por último, pero de singular importancia, la seguridad ciudadana atañe inmediatamente a la libertad que es la esencia del desarrollo humano(...). Ver <http://hdr.undp.org/es/informes/regionalreports/americalatinacaribe/name,19660,es.html> , citado en COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 57, 31 diciembre de 2009, párr. 22

⁹¹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2009), Informe sobre Seguridad (...), ob. cit., párr. 21.

⁹² Ver sección 2 relativa a la pregunta 2 de la Solicitud de Opinión Consultiva.

en otro país”.⁹³ Es decir, la decisión sobre la exclusión de la condición de refugiado debe ser posterior al análisis de inclusión, y de esta forma se garantiza el principio de no devolución. La devolución solamente tendría lugar una vez finalice el proceso de solicitud de refugio, luego de haber apreciado debidamente todos los antecedentes presentados, y de emitirse una decisión final por la Comisión o Comité de Elegibilidad. La cual además debe ser apelable.

Adicionalmente, un refugiado también podría ser expulsado luego de la cancelación, cesación o renuncia a dicha condición. En estas tres situaciones, contempladas en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, el principio de no devolución deja de operar. La persona deja de ser refugiado o solicitante de refugio.

Si bien el principio de no devolución sólo puede ser desconocido por las expresas causales que contempla el artículo 33 de la Convención antes citado⁹⁴, la protección contra la devolución de un solicitante de refugio, como también la de un refugiado, cesa cuando se constatan ciertas situaciones que extinguen la calidad otorgada por el Estado a la persona. Estas situaciones son las llamadas “cláusulas de cesación”, las cuales son “disposiciones jurídicas que indican en qué momento cesa la condición de refugiado”.⁹⁵ Estas cláusulas están consignadas en el artículo 1C del Estatuto, como también en el artículo 1.4 de la Convención de la OUA por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los refugiados en África. Luego, siendo la condición de refugio *conditio sine qua non* del principio de no devolución, éste deja de operar como garantía.

⁹³ GARRETÓN, Roberto, Principio de no devolución, fuerza normativa, alcances y aplicación en los países no partes en la Convención. En “10 años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados”. Publicación de ACNUR, IIDH y Gobierno de Costa Rica, 1994, pp. 228, párrafo 36.

⁹⁴ Id., p. 214, párrafo 7.

⁹⁵ Glosario de Términos claves relativos a la protección internacional de los refugiados, ACNUR; <http://www.acnur.org/t3/que-hace/proteccion/glosario-de-terminos-claves-relativos-a-la-proteccion-internacional-de-los-refugiados/?type=0&uid=11>

q. Los derechos de los niños y el sistema de protección de los refugiados

Lo que anteriormente fue expuesto se aplica en general para cualquier solicitante de refugio. Así, sostendremos que el tratamiento que se le debe dar a un niño refugiado debe ser más riguroso y con el énfasis a ciertas consideraciones especiales. Y es que las niñas y niños están desarrollándose tanto psicológicamente como físicamente, por lo que las perturbaciones características⁹⁶ de las situaciones a las que se enfrentan los refugiados pueden perjudicar su desarrollo físico, intelectual, cultural y social.

Es claro que las niñas y niños están comprendidos dentro de los supuestos de refugio que contiene la Convención de 1951, por lo que se hacen extensible a ellas y ellos todos los principios que de su calidad de refugiado implica. Y si bien es cierto que la CRC no se refiere expresamente a la niña o niño no nacional, "sus disposiciones revisten el mayor interés para velar por la protección adecuada de todos los niños en todas las circunstancias, incluidas por tanto, todas las etapas del proceso migratorio"⁹⁷.

El punto central es que al tener la condición de menor de edad también hay otras directrices para tener en consideración al momento de declarar, por parte de un Estado, la condición de refugiado. En estos procedimientos "el Estado tiene la obligación de respetar los derechos humanos en su relación con los niños

⁹⁶ Véase COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe Anual 2000, Capítulo V. Estudios Especiales, Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familia, OEA/Ser./L/V/II.111, de 16 abril 2001, párr. 64: "arrestos arbitrarios y la ausencia de debido proceso; deportaciones masivas; discriminación para concesión de la nacionalidad o para acceder a servicios sociales a los que extranjeros tienen derecho por ley; condiciones de detención inhumanas; apremios ilegítimos por parte de autoridades como policías y funcionarios de inmigración; y completa indefensión cuando son expuestos a condiciones de explotación por parte de empleadores inescrupulosos. Estas situaciones afectan de forma particular a las mujeres y niños migrantes, quienes están además expuestos a excesos como acoso sexual, golpizas y condiciones de trabajo deficiente".

⁹⁷ BUSTAMANTE, Jorge (2009), A/HRC/11/7, *ob. cit.*, párr. 31

afectados por la migración, sea cual sea su estatus migratorio o el de sus padres".⁹⁸

Lo último, o sea, la prescindencia de la relación entre el estatus migratorio de los padres respecto de la niña o niño, es importante para entender una idea fundamental del principio de no devolución: la legitimidad activa respecto a esta protección recae personal e indistintamente de una persona en razón de otra persona, sin perjuicio que la condición de una pueda ser fundamento de otra.

Ahora bien, tal y como lo señala ACNUR "todas las acciones tomadas con respecto a las niñas y los niños deberán estar regidas por el principio del interés superior del niño"⁹⁹. Desde ese punto de vista se hace necesario que en casos de solicitudes de refugio de niñas o niños no acompañados o acompañados por sus padres siempre se aplique el principio del interés superior del menor consagrado en la CRC. Como señala Miguel Cillero, "[e]n consecuencia, nada más lejano al sentido de lo que aquí llamamos principio del interés superior del niño, creer que el interés superior del niño debe meramente "inspirar" las decisiones de las autoridades. No, el principio del interés superior del niño lo que dispone es una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades."¹⁰⁰

El interés superior del niño no se refiere a la discrecionalidad al considerar a un menor de edad como tal por parte de un Estado, sino que es determinante para proteger todos los derechos de ese menor de edad. Así, lo que en un comienzo parece algo etéreo y sin forma, luego se transforma en algo completamente objetivo desde el momento en que reconocemos que las niñas y niños son sujetos

⁹⁸ Id., párr. 41.

⁹⁹ ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS, LOS NIÑOS REFUGIADOS, DIRECTRICES SOBRE PROTECCIÓN Y CUIDADO, Ginebra, 1994; pp.14- 16.

¹⁰⁰ Cillero, Miguel, El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño; en Justicia y Derechos del Niño, Unicef, 1999, pp. 53.

de derechos al igual que los adultos y que, por lo tanto, hay que atenerse a estos intereses al momento de reaccionar frente a una solicitud de asilo.

En ese sentido, el profesor Cillero ha señalado que:

“[d]esde el reconocimiento explícito de un catálogo de derechos, se superan las expresiones programáticas del ‘interés superior del niño’ y es posible afirmar que el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos; interés y derechos, en este caso, se identifican. Todo “interés superior” pasa a estar mediado por referirse estrictamente a lo “declarado derecho”; por su parte, sólo lo que es considerado derecho puede ser “interés superior”.¹⁰¹

Se requiere entonces de un “sistema integral de protección del niño [que] comprende leyes, políticas, procedimientos y prácticas dirigidas a prevenir y actuar de manera efectiva ante el abuso, el trato negligente, la explotación y el trato violento al niño”,¹⁰² la discrecionalidad con la cual debe operar un Estado ante la solicitud de refugio por parte de un menor de edad, y los estándares que aplican por tal condición, a saber, la de ser niña o niño, es que debemos establecer cuáles son las posibilidades en las que un menor de edad se puede encontrar en frontera como posible solicitante de refugio. Así, éstas pueden contemplar al menos tres hipótesis: (1) Menor de edad acompañado por sus padres; (2) Menor de edad acompañado por un tercero adulto; y (3) Menor de edad no acompañado.

i. Menor de edad acompañado por sus padres

En general una de las preocupaciones centrales de un refugiado adulto es que sus hijos o hijas sean objeto de amenazas, y que puede significar el motivo principal

¹⁰¹ Cillero, Miguel, El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño; en Justicia y Derechos del Niño, Unicef, 1999, pp. 54.

¹⁰² ACNUR, Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño, Mayo 2008, p. 17

de la solicitud de refugio. La necesidad de realizar los procedimientos distintos para adultos y niñas o niños tiene por objeto tutelar de buena manera los derechos de éstos. De manera que los aparatos institucionales reaccionarán en la medida que los datos presentados sean fundamento para comprender que, por ejemplo, la presencia del padre o la madre es fuente del peligro para la niña o niño, cuestión que debería concluir en una hipótesis que, en la práctica, es la de un menor de edad no acompañado.

De manera que de tratarse de menores de edad acompañados, los Estados deben diseñar procedimientos administrativos que le permitan al agente estatal preocupado de la cuestión migratoria solicitar a los adultos que exhiban la documentación correspondiente. Así, por ejemplo, la legislación de muchos Estados exige que todo menor de edad que abandona el país sin sus padres, exhiba la autorización expresa para poder hacerlo¹⁰³.

Un asunto similar trata del menor de edad acompañado por uno de los padres, ante un hecho de migración que tiene por objeto reunificarse con aquél que se encuentra en un país de refugio. Y es que "[m]uchos padres y otros familiares migran inicialmente sin los niños, pero después hacen planes para reunirse con ellos en el país de destino".¹⁰⁴ De manera que los Estados de origen, así como los receptores, deben elaborar políticas y fortalecer la cooperación bilateral para así

¹⁰³ En Chile, por ejemplo, el DECRETO LEY N° 1.094, Establece Normas sobre Extranjeros en Chile, de 14 de Julio de 1975. Diario Oficial, de 19 de julio de 1975. "Artículo 55.- El extranjero menor de 18 años que haya ingresado en el país en calidad de turista, debidamente autorizado por alguna de las personas y en la forma indicada en el artículo 16, N° 4, se entenderá de pleno derecho facultado para abandonar el territorio nacional en virtud de la misma autorización.

El extranjero menor de 18 años que haya ingresado en calidad de turista, en compañía de su representante legal, y quisiera salir del país sin éste, deberá contar con la autorización indicada en el inciso anterior.

Tratándose de extranjeros menores de 18 años residentes en el país, se estará a lo dispuesto en la ley N° 16.618.

Si las personas llamadas a dar su autorización para la salida de menores extranjeros del país no pudieren o no quisieren otorgar tal autorización, ésta podrá ser suplida por el juez de menores competente. Igual procedimiento deberá aplicarse respecto de los menores que ingresaren en el país ilegalmente".

¹⁰⁴ BUSTAMANTE, Jorge (2009), A/HRC/11/7, ob. cit., párr. 51
Av. Manuel Rodríguez Sur 415
Tel: (56-2) 676 2000
Fax: (56-2) 676 2112
www.udp.cl
Santiago - Chile

favorecer la unidad familiar y facilitar el reencuentro de los padres con las niñas y los niños que quedan atrás.¹⁰⁵

Lo interesante en este sentido es analizar si la protección de un Estado hacia un menor de edad necesariamente conlleva la protección de sus padres y viceversa. En esta hipótesis la respuesta debiera ser positiva, ya que el artículo 7.1 de la CRC prescribe que:

“El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”.
(El destacado es nuestro)

También el artículo 9 de la misma Convención es bastante elocuente al respecto al señalar:

“Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño”.

Ahora un terreno un más complejo es la situación en que el padre o madre, o bien ambos, sean quienes solicitan refugio y tengan una hija o hijo que los acompañe. Decimos lolo anterior, puesto que puede suceder que el mayor de edad se encuentre una causal de exclusión de la condición de refugiado, y por lo

¹⁰⁵ Id.

tanto al devolverlo a él, se devuelva al menor de edad al país donde corren peligro sus familiares.

En estos casos siempre debiera otorgársele al menor la protección aún no habiendo solicitud de refugio a su nombre, ya que es evidente que el peligro de vida que sufren sus padres también provoca que la vida del niño o niña peligré. Esto implica en ocasiones que un menor sea separado de sus familiares y que, en consecuencia, comiencen a funcionar los dispositivos institucionales, ya que todo Estado debiese tener instituciones dedicadas al resguardo de niños que, por motivos graves, fueron separados de sus padres. Luego, esta respuesta implicaría una posición de garante del Estado respecto del menor de edad que está bajo su cuidado.

Además, es necesario tener en consideración que el menor de edad al estar en desarrollo se ve influenciado por el ambiente en el que vive, de manera que la separación puede ser eficaz para ofrecer protección al menor de edad.

Aún dadas las ideas anteriores, es necesario recalcar que los Estados siempre debieran favorecer la no separación de los menores de edad y sus padres. Lo anterior siempre y cuando las circunstancias así lo permitan, porque como vimos el menor de edad debiese ser tratado en forma tal que sean considerados todos sus derechos.

ii. Menor de edad acompañado por un tercero adulto

En esta hipótesis el menor de edad puede estar acompañado por un adulto bajo el cuidado de éste o no. Si se trata de la primera de las probabilidades, o sea, un adulto a cuyo cargo se encuentra el menor de edad, es necesario hacer la distinción si se trata de un tercero adulto con el cuidado de la niña o niño emitido por la orden de un tribunal competente, o bien, con la debida autorización de los padres del menor de edad. En este sentido, debemos decir que se aplicaría el

mismo sistema que se aplica a los menores de edad acompañados por sus padres.

Si por el contrario, tal adulto no tiene el cuidado personal, pero llega a la frontera o punto de ingreso pidiendo refugio por y para el menor de edad, debiera sólo darse la protección al menor de edad y no al adulto, de manera que el Estado que brinda tal protección haga los esfuerzos posteriores de reunificar a la familia del menor de edad, siempre y cuando las circunstancias del caso particular así lo ameriten o permitan.

Con todo, si luego de comprobar, por perito especializado (creemos que en estos casos la ayuda de terceros auxiliares a la administración es fundamental), que la relación del menor de edad con el tercero adulto es tal en que no cabe duda razonable que el adulto no es un peligro para el menor de edad entonces la posibilidad de otorgarle una residencia al mayor de edad debiera ser considerada, así de esta forma se protege el impacto que sufre un menor de edad al estar en un ambiente que no le es familiar a través del contacto directo con un adulto en el que él plenamente confía. La situación anterior podría darse en el caso que por ejemplo el menor de edad llegue a la frontera de algún Estado con un familiar cercano (tíos, abuelos, etc.) o incluso amigos de la familia que por razones de fuerza mayor no cuentan con el debido cuidado expedido por autoridad pertinente o documento que acredite el beneplácito de los padres en cuanto a que el tercero mayor de edad efectivamente puede trasladarse junto al menor de edad de su país natal.

iii. Menor de edad no acompañado

Es posible que en situaciones materiales de refugio, cuyas condiciones de existencia instalan criterios de urgencia y, por ello, muchas veces desorden en la planificación de huida del peligro que se espera evitar, aumenten las probabilidades que el (la) menor de edad llegue a frontera separado de sus

familiares o tutor. Es en estos casos donde el "interés superior del niño" tiene la aplicación más extendida posible, ya que en esas circunstancias el Estado siempre debe otorgarles protección, ya que la situación en sí de una niña o niño no acompañado en frontera representa un grave riesgo para su vida e integridad personal. Por ello, aún no habiendo una solicitud formal por parte del menor de edad (ya que por edad o por desconocimiento muchas veces los menores de edad se encuentran en frontera sin saber que son refugiados), el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias, a través de personal capacitado, para otorgar la debida protección.

A su vez, el Estado debe trasladar la competencia en relación a su tutela y protección desde sede administrativa a la familiar, dando la posibilidad de otorgarle un tutor o curador para representarlo y así darle la efectiva protección mientras su solicitud se tramita conforme al procedimiento establecido en la ley.

En este sentido, "[d]ebe tenerse en cuenta el principio de no devolución de los niños no acompañados, en virtud del cual los niños sólo deben ser repatriados si ello redundaría en su interés, es decir, con el objeto de contribuir a la reunificación familiar y con las debidas garantías procesales".¹⁰⁶ De manera que el Estado debe procurar de forma inmediata la búsqueda de los padres o familiares del menor de edad, para poder analizar de mejor manera la situación que llevó al menor de edad a separarse de sus padres o tutores, y también ver la posibilidad de otorgarles protección a éstos.

r. Rol del debido proceso en el procedimiento y su aplicabilidad al principio de no devolución de niños y niñas.

Un aspecto relevante a tratar es que el principio de no devolución extrapolado a los casos mencionados en el punto anterior, debe aplicarse desde la presentación en frontera o punto de entrada del país de acogida del menor de edad que

¹⁰⁶ Id., párr. 57

demanda el reconocimiento de la calidad de refugiado. No obstante que en los instrumentos interamericanos de derechos humanos esta consideración no ha tenido expresa acogida, ello no obsta para que esta protección comience al momento en que el interesado pisa territorio del país de acogida, punto en el cual el rol del Estado y sus instituciones cobra especial relevancia para la protección de los derechos de los menores de edad que ingresen.¹⁰⁷

En el momento en que el o la menor de edad solicitante ingresa al territorio, comienza su vida de refugiado. Es por esta razón que el reconocimiento de la calidad de refugiado es un acto declarativo, la calidad de refugiado se reconoce y no se otorga.¹⁰⁸ Se es refugiado de pleno derecho tan pronto se reúnen las condiciones establecidas en el artículo 1 de la Convención Sobre el Estatuto de Refugiado y no cuando un órgano de la administración así lo determina.¹⁰⁹ Entonces, la inclusión de la obligación de no rechazo en la frontera, unida a las ya descritas que conforman el principio de no devolución, ha de aplicarse también a los casos de niños o niñas que ingresen al territorio y soliciten refugio.

En este contexto es donde el papel del Estado y los estándares del debido proceso se tornan relevantes para la debida aplicación de este principio y para la protección efectiva de los derechos humanos de las y los menores cuya vida o libertad corren peligro. Un niño o niña que tiene el estatuto de refugiado, se

¹⁰⁷ Otros tratados de derechos humanos fuera del contexto regional reconocen expresamente la prohibición de rechazo en frontera. Por una parte, el artículo II, numeral 3 de la Convención de la OUA por la que se regulan Aspectos Específicos de Problemas de Refugiados en África (1969) reconoce que: *"ninguna persona será sometida por un Estado miembro a medidas tales como la negativa de admisión en la frontera, la devolución o la expulsión que la obligarían a regresar o a permanecer en un territorio donde su vida, su integridad corporal o su libertad estarían amenazadas."*

La Declaración de las Naciones Unidas sobre Asilo Territorial de 1967 señala por su parte que en caso de persecución, ninguna persona *"será objeto de medidas tales como la negativa de admisión en la frontera o, si hubiere entrado en el territorio en que busca asilo, la expulsión o la devolución obligatoria a cualquier Estado, donde pueda ser objeto de persecución"*.

¹⁰⁸ ACNUR, Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado, 1979, reeditado, Ginebra 1992, Párrafo 28.

¹⁰⁹ GARRETÓN, Op. Cit. Pág. 220, párrafo 16.

encuentra solicitando el reconocimiento o ha pisado el territorio del país de acogida para comenzar el procedimiento no puede ser forzado a volver a su país de origen o a ser trasladado a otro país donde exista la posibilidad que sea devuelto al lugar en donde corre peligro.

Los niños y niñas refugiados (as) forman parte de uno de los grupos más vulnerables del mundo. Cualquiera que sea la forma de abordarlos por parte del Estado receptor, éste tiene siempre la obligación jurídica y moral de asegurar la no devolución y, al mismo tiempo, otorgar condiciones de bienestar para los menores desde el inicio del procedimiento.

Para precisar de mejor forma lo señalado anteriormente, debe hacerse presente lo señalado por el artículo 22 de la CRC que trata los casos de niños refugiados. El artículo señala:

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

2. A tal efecto los Estados Partes cooperarán, en la forma que estimen apropiada, en todos los esfuerzos de Naciones Unidas y demás organizaciones intergubernamentales competentes u organizaciones no gubernamentales que cooperen con las Naciones Unidas por proteger y ayudar a todo niño refugiado y localizar a sus padres o a otros miembros de su familia, a fin de obtener la información necesaria para que se reúna

con su familia. En los casos en que no se pueda localizar a ninguno de los padres o miembros de la familia, se concederá al niño la misma protección que a cualquier otro niño privado permanente o temporalmente de su medio familiar, por cualquier motivo, como se dispone en la presente Convención.”

El rol del Estado y la importancia de un debido proceso desde que el menor de edad pone un pie en el territorio nacional son esenciales para proteger al niño o niña durante la tramitación de su solicitud. Y es que cuando el sistema que el Estado tiene para examinar los documentos no es el adecuado, el (la) niño (a) puede encontrarse en una situación compleja en cuanto al reconocimiento de su calidad de refugiado.

Los casos en que los menores de edad que solicitan el reconocimiento de la calidad de refugiado vienen acompañados, generalmente terminan beneficiándose del estatuto que se les otorgue a sus padres. Sin embargo, el caso de menores de edad no acompañados representa una mayor complejidad, ya que son ellos mismos quienes deben probar su condición de refugiado. La dificultad en el proceso, al momento de presentar pruebas, se manifiesta en que son personas con un menor grado de madurez y conocimiento acerca de normas y procesos que deberán vivir en comparación con personas adultas, más aún si consideramos que muchas veces este estatuto a solicitar ha podido ser resultado de situaciones vividas por su familia y no por experiencias personales de los propios menores de edad.¹¹⁰

Deben considerarse las innumerables necesidades de los menores de edad acompañados o no acompañados a la hora de aplicar un proceso de no devolución: un niño o niña refugiado (a) debe poder vivir en un entorno seguro y habitable y, siempre que sea posible, junto a su familia y su comunidad. Al

¹¹⁰ HODGKIN, Rachel, NEWELL, Peter, Manual de aplicación de la Convención sobre los derechos del niño, New York : Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia ,2001; pág. 294

mismo tiempo debe gozar del respeto de sus orígenes culturales y lingüísticos; debe tener pleno acceso a educación; y debe tener efectivamente satisfechas sus necesidades afectivas, en especial cuando han sido víctimas de violencia o malos tratos. Asimismo, los principios que reconoce el artículo 12 de la Convención en relación al respeto de las opiniones del niño o niña deben siempre tenerse en cuenta.¹¹¹

Como se ha señalado, los estándares que reclama el artículo 22 de la Convención de los Derechos del Niño abarcan tanto a los menores de edad que tengan reconocido el estatuto de refugiado como también a los menores de edad solicitantes, no obstante que al menor de edad se le haya denegado su solicitud, éste al igual debe estar protegido por las instituciones estatales en todo momento y durante todo el tiempo que permanezcan en territorio nacional.

El Estado debe velar en todo momento por el disfrute de los derechos fundamentales de los menores de edad y de la protección del interés superior del niño en relación a la prohibición de devolución de los mismos. Tanto es así que un menor de edad no acompañado no debe ver menoscabado su interés superior para justificar la reunión familiar. Es decir, la reunión de la familia no puede ser un pretexto para actuar en contra del interés superior del menor de edad. Puede que el niño o niña no quiera reunirse con su familia o que la familia lo rechace, incluso que sea la misma la que haya provocado la huida del menor de edad al país receptor en busca de protección a su vida. La localización de los familiares del menor de edad debe llevarse a cabo con mucha cautela para no divulgar información confidencial que podría poner en grave riesgo a los menores de edad no acompañados.¹¹² Los casos deben ser tratados por el Estado de manera casuística considerando los aspectos relevantes en cada oportunidad.

¹¹¹ Id., p. 298

¹¹² Id., pp. 299 - 300

En este proceso, el rol del interés superior del niño resulta fundamental para la protección de los derechos fundamentales del menor de edad. Éste significa que “el menor gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensando 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”.¹¹³

En relación con los menores de edad refugiados, toda medida adoptada en su favor, debe guiarse por el principio de interés superior del niño (a) y contemplar el principio de unidad familiar. Asimismo, es pertinente recordar que el Grupo de Trabajo que redactó el texto de la CRC señaló como principios fundamentales para determinar el contenido del interés superior del niño los principios de no discriminación, de supervivencia y de desarrollo, de respeto por la opinión del niño con el objeto de determinar cuál será el interés superior del niño o niña en una situación concreta.

Como ya señalamos, en muchos casos el respeto de estos principios puede determinar la separación definitiva de un menor respecto de su familia. En estos supuestos es donde el rol de las instituciones del Estado las convierte en parte fundamental de su proceso de desarrollo como persona y sujeto de derecho.

En los casos que no pueda ubicarse a la familia o que la persecución sobre el menor se vincule directamente a ella, el niño o niña refugiada o solicitante de refugio debe tener el mismo tratamiento que el niño o niña privado temporal o permanentemente de su medio familiar. De esta forma, el artículo 20 de la CRC señala que el menor de edad tiene derecho a protección y asistencia especiales, y que el Estado debe proporcionarle cuidados alternativos, preferiblemente de tipo familiar, si ningún pariente puede hacerse cargo de él.

¹¹³ Principio N°2 Declaración de los Derechos del Niño (1959)

El niño o niña refugiado (a) o solicitante que ingresa solo se encuentra, por definición, privado de su medio familiar, por lo que se hace necesario que el Estado garantice todas las medidas y en la oportunidad para satisfacer sus necesidades. Esta situación refleja la urgente necesidad de desarrollar a nivel nacional un sistema integral de protección en que participen las autoridades de asistencia social y judicial para amparar de esta forma el cuidado de estos menores de edad mientras se encuentren bajo la jurisdicción del Estado. El efectivo disfrute de los derechos fundamentales de los menores de edad en un proceso de admisibilidad de la calidad de refugiado y un eventual proceso de expulsión en caso de rechazo hace presumir un fuerte nivel de acción en espacios nacionales para dar efectiva tutela y garantía de los derechos de los menores de edad.

Así, deben existir en la práctica procedimientos establecidos con anterioridad para dar cumplimiento a este mandato, cuyo objetivo sea que el tratamiento que se le dé al menor de edad pase desde la jurisdicción administrativa a la jurisdicción de familia. Lo anterior podría implicar que se implemente, por parte de las diversas instituciones del Estado que trabajan con niños o niñas, una representación y protección al menor de edad velando por el efectivo cumplimiento de sus derechos fundamentales por medio de tutores o curadores que ejerzan representación legal y cuidado.

Los tutores o curadores *ad litem* no solo deben velar por la protección del interés superior del niño, sino que además deben considerar en sus decisiones y estrategias de actuación un amplio espectro de circunstancias que conlleva el trabajo con el (la) menor. Específicamente la edad, el contexto cultural, el idioma, los posibles traumas que el menor traiga consigo y todas las demás apreciaciones

que el tutor o curador estime pertinentes para la protección de los intereses del menor de edad y la efectiva integración al medio nacional.¹¹⁴

El ACNUR ha desarrollado una gama de procedimientos operativos para abordar la problemática de los procesos aplicables a refugiados en relación a la no devolución. En este procedimiento, donde nosotros agregamos que en el contexto nacional el (la) menor de edad debe estar representado y protegido por un tutor o curador, deben comprenderse ciertos principios que sirvan como directrices a los procedimientos aplicables a la tramitación de la solicitud de refugio, los que abordarán las siguientes situaciones:¹¹⁵

- Cuando una persona, en este caso un menor, arriesgue un proceso de devolución al país en donde corre riesgo de persecución o daño irreparable teniendo reconocida la calidad de refugiado conforme al ordenamiento jurídico nacional e internacional.
- Casos en que el menor, al estar en proceso de tramitación de su solicitud, arriesgue la devolución.
- La devolución del menor refugiado o solicitante de refugio hacia un tercer país en donde arriesgue que sea devuelto al lugar donde su vida o libertad corren peligro.
- Casos en que el menor no es admitido en frontera y eventualmente sería devuelto sin que se les hubiera dado ninguna oportunidad para considerar su solicitud.
- La devolución de menores cuya solicitud fue rechazada previamente en conformidad a un procedimiento en donde la decisión no se tomó en el

¹¹⁴ HODGKIN (2001), op. cit. pág. 40

¹¹⁵ ACNUR, División de Protección Internacional, *Procedimientos operativos estándares para abordar la devolución o el riesgo inminente de devolución*. Pág. 5.

marco de un procedimiento justo de conformidad con la normativa nacional e internacional.

- Casos menos concurrentes, pero no por ello sin importancia, al ser el menor interceptado, solo o con su familia, en el mar o alta mar y el eventual retorno que arriesga al país donde corre peligro.

Por su parte, los principios generales que debiesen aplicarse a las situaciones anteriormente descritas son los siguientes¹¹⁶:

- Prevención de devolución:* Como actividad esencial del procedimiento aplicable a un menor de edad refugiado o solicitante, el Estado y las personas a cargo del menor de edad, deben tomar todas las medidas razonables y viables para evitar la devolución. El enfoque principal es siempre prevenir la expulsión del menor de edad en lugar de reaccionar a ella.
- Responsabilidad del Estado:* Es en el ente estatal, por medio de sus instituciones y representantes, donde recae la responsabilidad de protección de los menores de edad solicitantes o refugiados. Por medio de acciones concretas e implementación de políticas públicas vinculadas al tema, debe hacerse cargo de velar por el correcto ejercicio de los derechos fundamentales de los menores de edad.
- Necesidad de protección:* Al existir un riesgo de devolución, el Estado y sus instituciones debe tener conocimiento claro acerca de las necesidades de protección que se encuentran en juego y del rol que debe asumir como garante del menor de edad.
- Comunicación formal:* Si un Estado no pretende confirmar por escrito los acuerdos que se tome en relación a los casos particulares, deberá exigirse

¹¹⁶ ACNUR, pp. cit. Pág. 7.

un procedimiento por el cual impugnar que dicha decisión sea entregada por escrito con el objeto de darle certeza y celeridad al procedimiento.

- e) *Colaboración con otros actores y litigio estratégico*: En determinadas circunstancias deben movilizarse a los medios de comunicación para darle mayor relevancia al caso en particular, sobre todo en casos de discriminación y falta de debido proceso en la solicitud. El litigio estratégico en esta materia toma especial relevancia en defensa de los derechos humanos de los menores de edad que se encuentren dentro del territorio nacional.

Cabe considerar que el nivel de las medidas que deben adoptarse por los involucrados en el procedimiento debe hacerse considerando la situación en cada caso particular. Que las intervenciones sean formales o informales va a depender del caso concreto y no de un parámetro aplicable de modo general en todas las situaciones.

Por último, para ahondar en el rol del debido proceso, se identifican algunas acciones concretas que deben tenerse presente en los procedimientos de admisibilidad y de no devolución¹¹⁷:

- a) *Adjudicador responsable e imparcial*: Las decisiones que se tomen en materia de refugio vinculadas a los menores de edad acompañados o no acompañados no pueden ser determinadas por funcionarios policiales o administrativos no especializados. La legislación nacional reconoce expresamente la discrecionalidad del funcionario para rechazar el ingreso del ciudadano extranjero con sustento en causales arbitrarias y sin definición legal.¹¹⁸ El funcionario que se encuentre en esa situación debe ser responsable ante la ley

¹¹⁷ DIAZ, Pedro; *Acceso a los tribunales y debido proceso legal de las personas migrantes*, ponencia presentada durante el Seminario Internacional sobre los Derechos Humanos de los Migrantes. Boca del Río, Veracruz, junio de 2005.

¹¹⁸ VER DECRETO LEY N° 1.094, ob. cit.
Av. Manuel Rodríguez Sur 415
Tel: (56-2) 676 2000
Fax: (56-2) 676 2112
www.udp.cl
Santiago - Chile

y los organismos de control respecto de la legalidad de su determinación. Debe además ser un funcionario imparcial y alejado de cualquier presión para determinar su decisión. El Estado tiene el deber de capacitar a los funcionarios que se relacionen con refugiados y solicitantes de refugio en áreas vinculadas a los derechos humanos y al derecho internacional de los refugiados.

- b) *Derecho a ser oído:* Como bien señalamos anteriormente, los principios del artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño deben tener plena efectividad en el procedimiento de refugio y para evitar la devolución del menor de edad. El niño o niña deben tener siempre el derecho a ser escuchados y a que se tome en consideración su interés superior y defender de esta forma su derecho a no ser deportado.
- c) *Información, traducción e interpretación:* En beneficio de los menores involucrados, cualquiera sea su estatus, debe existir una forma clara y precisa de señalarse el procedimiento al que está sujeto, señalándole sus derechos y posibilidades de impugnación de las decisiones por medio de representación legal (a manos del tutor o curador). Para estos efectos, el Estado debe ofrecer servicios de traducción e interpretación del idioma que hable el menor de edad.
- d) *Celeridad del procedimiento:* las autoridades en los puestos fronterizos deberán adoptar de manera eficaz y en un plazo brevísimo todas las medidas para asegurar los derechos del menor de edad que ingrese a territorio nacional. Deben identificar de inmediato al menor de edad, el sistema de entrevistas, además de realizarse siempre por profesionales calificados, debe contemplar un ambiente grato y acogedor para el menor de edad, tomando siempre en cuenta el interés superior del niño, para lo cual deberá darse especial relevancia a circunstancias como el grado de madurez del menor de

edad y el conocimiento limitado que puede tener de las consideraciones que ameriten su solicitud de refugio en su país de origen.

Se deberá además designar un tutor o curador tan pronto se identifique al menor de edad con el objeto de acompañarlo en todo el proceso de su solicitud. Por último, su solicitud debe ser ingresada al sistema con la calidad de "prioritaria" por sobre las demás por la vulnerabilidad que presenta el caso concreto. Esto significa que su solicitud debe tramitarse con la mayor brevedad posible.

- e) *Representación legal:* A efectos de garantizar una base esencial del debido proceso, debe otorgarse al menor de edad la posibilidad de ser representado siempre por un abogado o un representante legal que pueda accionar a su nombre en procedimientos judiciales y administrativos, teniendo como supuesto base, el respeto por los derechos fundamentales y el interés superior del niño.
- f) *Revisión judicial:* Las decisiones en relación al refugio, al ser tomadas principalmente en sede administrativa, debe existir siempre la posibilidad que sean revisadas en sede judicial mediante recursos que consideren plazos razonables para su interposición y la posibilidad cierta de escuchar al interesado o su tutor o curador.
- g) *Rol de las autoridades consulares:* En virtud de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1969, resulta fundamental que los menores de edad tengan resguardado su derecho para el acceso oportuno a las autoridades consulares, siempre y cuando esta acción no agrave la situación de refugio a la que hace mención la solicitud del menor de edad.

Estos principios o directrices y elementos concretos para un debido proceso en materia de refugio y prohibición de devolución cumplen la función de resguardar los derechos de los menores de edad que se encuentren en el territorio nacional.

En este sentido, es deber del Estado velar por el cumplimiento de dichas garantías en materia administrativa y judicial, incluso modificar la legislación interna para satisfacer los estándares internacionales de la materia en virtud del artículo 1 y 2 de la Convención Americana.

Estas reglas del debido proceso, unidas a la vigencia efectiva de las obligaciones internacionales antes mencionadas, contribuyen efectivamente a la certeza y seguridad jurídica de las decisiones en materia de refugio y deportación de menores junto a sus padres o solos. Si bien esta lista no constituye una enumeración taxativa, cumplen la función de servir de base para una consideración más amplia de las condiciones de la solicitud de los menores de edad con el objeto de darle un mínimo de legalidad y justicia a los procedimientos que actualmente entran constantemente en conflicto con estos estándares.¹¹⁹

Además, en los procedimientos que conlleven la expulsión o deportación de estas personas, es preciso tener en cuenta y dar efecto al principio de *non-refoulement* reflejado en las disposiciones del artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de Refugiado, el artículo 3(1) de la CAT, el artículo 13 de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, y el artículo 22(8) de la Convención Americana.

¹¹⁹ DIAZ, Pedro, op. cit., p. 232.

5. Pregunta 6: GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO ANTE MEDIDAS QUE IMPLIQUEN RESTRICCIONES A LA LIBERTAD PERSONAL DE NIÑOS Y NIÑAS POR RAZONES MIGRATORIAS

¿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 Derechos y Deberes del Hombre las garantías de debido proceso que deberían 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?

Las garantías de debido proceso adquieren especial relevancia cuando se trata de personas privadas de libertad. Este es uno de los momentos en los que es trascendental que sean resguardadas, más aun cuando se encuentra bajo consideración judicial la situación de los niños y niñas. En la mayoría de los Estados de las Américas, las normas migratorias son de carácter administrativo. Asimismo, la infracción a ellas, en general, no está tipificada como un delito, sino como una infracción administrativa. Por lo tanto, no operan en estos casos las garantías de debido proceso penales, sino aquellas que rigen para los procedimientos administrativos, las que han otorgado un amplio margen de discrecionalidad a la autoridad. La gravedad de esta situación radica en que las personas pueden estar privadas de libertad por periodos de tiempo prolongados en condiciones en las que operan para ellos garantías del debido proceso debilitadas, en comparación a las penales. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que "[...Se] estima pertinente considerar [que] la aplicación del artículo 8 de la Convención Americana [es adecuada en el...] contexto del proceso administrativo"¹²⁰. Consideramos que la dictación de una medida de privación de libertad por motivos migratorios o que surja de un procedimiento migratorio, debe ser de carácter excepcional¹²¹ y ser una medida

¹²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*, Sentencia (2001), párr. 101.

¹²¹ Observación General N°6, Comité de los Derechos del Niño, Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen (2005), U.N. Doc. CRC/GC/2005/6 (2005), párr. 40.

de *ultima ratio*¹²², debiéndose siempre tratar de adoptar otras medidas de control que no signifiquen necesariamente la privación de libertad del niño. Estas medidas deben ser revisadas constantemente y deben proceder durante el menor tiempo posible¹²³. Somos de la idea que la privación de libertad no se puede justificar por el hecho de que un niño o niña sea migrante o se encuentre no acompañado separado de su familia¹²⁴; adoptar una medida privativa de libertad por este tipo de circunstancias significaría que ese Estado acepta la criminalización de la condición de migrante. La Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló expresamente que "[Los Estados pueden iniciar acciones] contra las personas migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal. Lo importante es que, al tomar las medidas que correspondan, los Estados respeten sus derechos humanos y garanticen su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa"¹²⁵.

La necesidad de que las garantías del debido proceso cobren efectividad en los casos en que se restrinja la libertad personal de los niños y niñas migrantes se pueden circunscribir en dos momentos: 1) Cuando se dicta la medida de privación de la libertad y 2) Durante la ejecución de la medida privativa de libertad. En ambos momentos una consideración primordial debe ser el interés superior del niño.

Consideramos que las medidas de privación de libertad contra niños y niñas al ser originadas por una infracción administrativa, no son idóneas, por lo que los Estados debieran implementar la práctica de dictar sanciones o medidas que aseguren la comparecencia personal del afectado y de su representante. Finalmente es importante tener en consideración que los niños y niñas migrantes se pueden encontrar sujetos a medidas de protección las que pueden contemplar el cuidado personal a una institución o a una persona, las que bajo ninguna circunstancia significan la privación de libertad de ese niño (a).

¹²² Observación General N°6, Comité de los Derechos del Niño, Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen (2005), U.N. Doc. CRC/GC/2005/6 (2005), párr. 61.

¹²³ Observación General N°6, Comité de los Derechos del Niño, Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen (2005), U.N. Doc. CRC/GC/2005/6 (2005), párr. 61.

¹²⁴ *Ibidem*.

¹²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva (2003), párr. 118.

s. Garantías de debido proceso a considerar en los casos de privación de libertad de niños y niñas migrantes

Los niños y niñas migrantes gozan del derecho a la asistencia consular, igual que un adulto, toda vez que se encuentren fuera del territorio del que son nacionales¹²⁶. El hecho que los niños y niñas viajen no acompañados o separados, los circunscribe en una situación de mayor vulnerabilidad, de allí que es esencial el tratamiento que le dé el Estado a la situación de éstos. Somos de la idea de que los esfuerzos deben centrarse primeramente en la identificación de los niños y niñas para luego, en la medida de que las circunstancias lo permitan, iniciar el proceso de reunificación familiar¹²⁷.

i. Derecho a la no discriminación

La decisión de privar a un niño o niña no nacional de la libertad debe tomarse teniendo en consideración el principio de igualdad¹²⁸. En este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que "(...) *la situación regular de una persona en un Estado no es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice el principio de la igualdad y no discriminación, puesto que, como ya se mencionó, dicho principio tiene carácter fundamental y todos los Estados deben garantizarlo a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio*"¹²⁹. Además consideramos que indistintamente de la medida que los Estados adopten en cuanto a la situación de un niño o niña migrante, es esencial que esta se encuentre fundamentada de acuerdo al principio del interés superior del niño, bajo el respeto hacia los derechos humanos, hacia la infancia y que la medida no tenga como argumento razones de edad, sexo, origen, nacionalidad o regularidad de la situación migratoria del niño¹³⁰. Finalmente, a propósito de la situación de los menores de edad no acompañados o separados, sostenemos que

¹²⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, Opinión Consultiva (1999), párr. 106.

¹²⁷ Observación General N°6, Comité de los Derechos del Niño, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen* (2005), U.N. Doc. CRC/GC/2005/6 (2005), párr. 13.

¹²⁸ Observación General N°6, Comité de los Derechos del Niño, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen* (2005), U.N. Doc. CRC/GC/2005/6 (2005), párr. 18.

¹²⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva (2003), párr.118

¹³⁰ *Ibidem*.

cualquier medida policial que se adopte en su contra solo será admisible si se adoptó de acuerdo a la ley, se respetó el principio de proporcionalidad y es la adecuada de acuerdo a las circunstancias del caso concreto¹³¹.

ii. Acceso a la justicia (Derecho a ser oído)

Antes de adoptar la decisión administrativa de privar de libertad por razones migratorias a un menor de edad, es necesario que el niño o niña tenga a su disposición toda la información necesaria y que sea comunicada de acuerdo a su edad y madurez, en cuanto a sus derechos, servicios de los cuales dispone y procedimientos de los cuales se puede hacer valer¹³². Es necesario que los Estados dispongan de mecanismos que permitan impugnar las decisiones en cuanto a la privación de libertad de un niño (a) migrante, mediante un sistema de recursos que permita la impugnación de la decisión¹³³ y que contemple procedimientos de denuncia frente a los casos en los que la decisión se ha adoptado al margen del testimonio y defensa del niño (a)¹³⁴ debe poder ser cuestionada mediante el recurso de habeas corpus, como cualquier otra medida de esta naturaleza. Sostenemos que no se pueden imponer requisitos que terminen constituyendo obstáculos para cuestionar judicialmente la decisión de privar de libertad, como lo pueden ser, a modo de ejemplo, el paso de una caución personal y la situación migratoria.

iii. Derecho a un tribunal competente, independiente e imparcial

Cualquier recurso que se interponga contra la decisión que ordene la privación de libertad de un niño o niña migrante debe ser resuelto de forma preferente por un tribunal competente, independiente e imparcial. El niño o niña debe ser escuchado en todo procedimiento que lo afecte, tanto en primera como en segunda instancia¹³⁵. En el caso de menores de edad, debe considerarse como parte del procedimiento, una entrevista entre el menor de edad y el juez, como lo establece la CRC. Sin embargo, consideramos que es indispensable que los

¹³¹ Observación General N°6, Comité de los Derechos del Niño, Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen (2005), U.N. Doc. CRC/GC/2005/6 (2005), párr. 18.

¹³² Observación General N°12, Comité de los Derechos del Niño, El Derecho del Niño a Ser Escuchado (2009), U.N. Doc. CRC/C/GC/12 (2009), párr. 25.

¹³³ Observación General N°12, Comité de los Derechos del Niño, El Derecho del Niño a Ser Escuchado (2009), U.N. Doc. CRC/C/GC/12 (2009), párr. 47.

¹³⁴ Observación General N°12, Comité de los Derechos del Niño, El Derecho del Niño a Ser Escuchado (2009), U.N. Doc. CRC/C/GC/12 (2009), párr. 46.

¹³⁵ Observación General N°12, Comité de los Derechos del Niño, El Derecho del Niño a Ser Escuchado (2009), U.N. Doc. CRC/C/GC/12 (2009), párr. 32.

Estados dispongan de cuerpos técnicos multidisciplinarios que permitan que el testimonio del niño o niña se obtenido de acuerdo al interés superior y que se consideren sus deseos y sentimientos de acuerdo a su edad y madurez¹³⁶.

iv. Derecho a un plazo razonable de duración de un proceso

El plazo razonable no sólo se refiere a la resolución del recurso que resolverá si el niño o niña debe permanecer en libertad, sino también al plazo en el que se decide el proceso administrativo migratorio. Consideramos que la garantía del plazo razonable torna especial relevancia en estos casos, puesto que privar de libertad a un niño (a), y sobre todo a un migrante, es la medida más lesiva a adoptar, afecta su autonomía progresiva, interés superior y proceso de adecuación y socialización en el nuevo país¹³⁷. Las medidas privativas de libertad fomentan la estigmatización, lo que en el caso de los niños y niñas migrantes los (as) hace estar en una situación de vulnerabilidad aún mayor. Es importante considerar que la privación de libertad puede darse como una forma de garantizar la comparecencia de la persona inmigrante ante las autoridades. Por ello, una pronta resolución del proceso migratorio tiene un impacto directo sobre la privación de libertad.

v. Derecho de defensa

El derecho a la defensa se garantiza con el ofrecimiento de servicios estatales de representación legal para los menores de edad privados de la libertad por asuntos migratorios. Adicionalmente, cuando se trate de de niños y niñas no acompañados, este derecho se complementa con el nombramiento de un tutor o curador *ad litem*, quien velará por los intereses de éstos, por lo que los Estados deben fomentar la promulgación de legislación que asegure que ese (a) menor de edad será debidamente representado¹³⁸ y en los casos que sea necesario que se le provea lo antes posible de un intérprete. Sostenemos que el derecho a la defensa no se satisface en el caso de los niños y niñas migrantes por el solo hecho de contar con asistencia letrada. La existencia de personal capaz de comunicarle al niño de acuerdo al desarrollo de sus capacidades cognitivas que su situación está siendo sometida a consideración judicial es una dimensión que

¹³⁶ Observación General N°12, Comité de los Derechos del Niño, El Derecho del Niño a Ser Escuchado (2009), U.N. Doc. CRC/C/GC/12 (2009), párr. 34.

¹³⁷ Observación General N°6, Comité de los Derechos del Niño, Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen (2005), U.N. Doc. CRC/GC/2005/6 (2005), párr. 40.

¹³⁸ Observación General N°6, Comité de los Derechos del Niño, Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen (2005), U.N. Doc. CRC/GC/2005/6 (2005), párr. 33.

satisface que el derecho a la defensa pueda ser ejercido por el niño o niña, en el sentido de entender lo que está sucediendo, poder dar su opinión en lo que estime pertinente¹³⁹.

¹³⁹ Observación General N°12, Comité de los Derechos del Niño, El Derecho del Niño a Ser Escuchado (2009), U.N. Doc. CRC/C/GC/12 (2009), párr. 26.

6. Pregunta 5: OBLIGACIONES ESTATALES EN CASO DE CUSTODIA DE NIÑAS Y NIÑOS POR MOTIVOS MIGRATORIOS

¿Cuáles son las condiciones básicas que debieran cumplimentar los espacios de alojamiento de niños migrantes y cuáles son las obligaciones principales que tienen los Estados respecto de los niños y niñas (solos o acompañados) que se encuentran bajo 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 los artículos 1 y 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre?

Los niños y niñas son dependientes y por lo tanto el apoyo y protección de los adultos durante toda la etapa de desarrollo resulta fundamental, en especial el de sus padres. En el caso de que uno de ellos falte es indispensable que alguien en representación de ellos, teniendo en cuenta sus intereses, deseos, sentimientos y a su vez el mayor bienestar posible en pos de su desarrollo, los represente no solo con el objetivo de resguardar su integridad física, sino también su estabilidad emocional y la configuración y desarrollo su personalidad.

El ser refugiado o solicitante de refugio es una situación que interrumpe la normalidad de la vida de cualquier persona pero dentro de la población infantil las consecuencias pueden llegar a ser aún más traumáticas. La cotidianidad de sus días corresponde al contexto donde el niño o niña se encuentra inserto y acostumbrado, extraerlo de ella puede ser perjudicial para el desarrollo de su identidad. La experiencia de solicitar refugio y el tiempo de espera por la respuesta estatal puede llegar a afectar psicológicamente a los adultos; consideramos que esta situación en el caso de los niños y niñas lo puede llegar a ser aún más por el hecho de ser la infancia una etapa de alta vulnerabilidad y en donde las capacidades cognitivas se encuentran en desarrollo. La importancia de tener en consideración en todo momento los antecedentes del caso concreto o un historial de persecución, se torna aún más relevante en la situación de los niños y niñas migrantes irregulares.

El hecho de migrar de un país a otro significa que desaparecen los patrones culturales, sociales, educacionales, habitacionales e incluso afectivos de una persona, generándose en el caso de los niños y niñas una mayor sensación de

inseguridad pudiendo afectar su comportamiento y derecho a la identidad. Por lo mismo, el trabajo de los Estados se debe focalizar en formar cuerpos profesionales multidisciplinarios que velen por el resguardo del interés superior del niño en relación con la autonomía progresiva teniendo en cuenta la edad y madurez del niño (a). Sin embargo, la intensidad del trabajo de estos equipos multidisciplinarios que realicen con un niño o niña dependerá de que si ha llegado con sus padres, sin ellos o simplemente solo¹⁴⁰. Nos parece que cada situación merece un análisis diferenciado.

Los Estados en cumplimiento de sus obligaciones internacionales en cuanto a derechos humanos deben propender a diseñar y, en consecuencia, implementar de manera progresiva políticas públicas teniendo este marco internacional como línea base en el tratamiento otorgado a los niños y niñas migrantes, considerando principios como el interés superior del niño y la autonomía progresiva. Es relevante que estas políticas públicas se diseñen teniendo en consideración las necesidades especiales de protección que exige la niñez por el hecho de ser una etapa de alta vulnerabilidad, la relevancia de que en la medida que sea posible el niño o niña permanezca con su familia y el resguardo del derecho a la identidad cultural de los niños y niñas migrantes. Las políticas estatales a diseñar no deben significar la penalización de la migración infantil; en el diseño de políticas públicas como también en su implementación los Estados pueden dar un amplio margen de operatividad a instituciones de la sociedad civil.

Finalmente, toda propuesta que se exponga dentro de este apartado tiene como consideración primera la situación de los niños y niñas migrantes, sin embargo, no podemos desentender la condición de su familia y de la comunidad a la que pertenecen. No obstante, las apreciaciones que se expongan se centran en las condiciones que deben cumplir los centros de custodia infantil con el objetivo de satisfacer las necesidades de los niños y niñas teniendo en consideración el

¹⁴⁰ Se utilizarán los términos de "niño no acompañado", "menor no acompañado" y no el de "huérfano". Un niño es huérfano sólo si ambos padres han muerto, llamarlos de esa forma puede ser un aliciente para la adopción en lugar de enfocar los recursos en pro de la reunificación familiar. Según el Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas, los niños no acompañados son quienes se encuentran fuera de su país de origen y están *"separados de ambos padres y otros parientes y no están al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumbe esa responsabilidad"*. Los niños separados son que lo están *"de ambos padres o de sus tutores legales o habituales, pero no necesariamente de otros parientes"*. Observación General N°6(2005), *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, CRC/GC/2005/6, del 1 de septiembre de 2005, párr. 8 y 9.

interés superior. No podemos dejar de mencionar que el interés superior del niño no se convierte en un principio inaplicable por el acaecimiento de flujos migratorios y que la autonomía progresiva no se detiene por el hecho de migrar.

t. Principales obligaciones de los estados respecto a las niñas y niños migrantes solos o acompañados que se encuentran bajo la custodia estatal por razones migratorias.

La mayoría de las legislaciones nacionales e internacionales en cuanto a migración y refugio no han tenido en consideración dentro de su normativa referencias a la edad y a la situación particular de los niños¹⁴¹. Sin embargo, se tiene consciencia de que el traslado de niños y niñas de un país a otro significa una gran responsabilidad para el adulto a cargo debiendo resguardar por la seguridad personal, integridad y salud del niño (a). El hecho de que un niño o niña haya efectuado el desplazamiento no acompañado obliga a los Estados a que se le dé protección y asistencia humanitaria con el objetivo de resguardar sus derechos.

No contar con la documentación necesaria expone a los niños y niñas a graves riesgos que pueden significar la exposición a vulneraciones de sus derechos, como por ejemplo, ser víctimas de explotación laboral, redes de prostitución y pornografía infantil, comercialización de órganos; incluso pueden llegar a ser utilizados para cometer delitos. Por lo que nos parece de suma importancia que en la medida que sea posible, antes de que se efectúe un traslado, los niños y niñas cuenten con la documentación requerida para el ingreso o salida de su país de origen o de destino y que lo realicen por los controles fronterizos habilitados¹⁴². Por ejemplo en la región, Estados como Chile cuentan con medidas

¹⁴¹ No obstante, en América Latina, Guatemala, Paraguay y Perú incluyen disposiciones específicas en materias de niños refugiados.

Disponible en:

<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1410.pdf>, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2528.pdf>, y <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1938.pdf>

Por su parte, Chile cuenta con un sistema de regularización migratoria infantil para los niños que se encuentren cursando estudios en establecimientos educacionales básicos y secundarios con independencia de la situación migratoria de los padres, así resguardándose el derecho a la educación.

¹⁴² En los casos de niños no acompañados solicitantes de refugio casi siempre los impulsores de la migración, teniendo en consideración lo que significa desplazarse solo para un menor de edad, son los padres, por lo que es obligación de ellos recopilar toda la documentación posible para que el niño no tenga mayores dificultades al momento de ingresar al país. No obstante, consideramos

de resguardo en cuanto a la protección de migrantes regulares como lo son el *Acuerdo sobre Procedimiento para la Verificación de la Documentación de Egreso e Ingreso de Menores*¹⁴³.

En este contexto, torna especial relevancia la situación de los niños y niñas solicitantes de refugio que han ingresado al país tanto acompañados como no acompañados y la de los niños y niñas migrantes a los que les han sido vulnerados sus derechos; por lo mismo el surgimiento de interrogantes como: En el caso de niños no acompañados, ¿quién es el encargado de representar sus intereses?, ¿dónde deben permanecer durante el tiempo que están solicitando la calidad de refugiado?, ¿cuáles son las condiciones básicas que debe cumplir éste lugar?, ¿el lugar debe pertenecer necesariamente al gobierno?, ¿qué rol juega la sociedad civil?. En el caso de menores acompañados, ¿el menor puede ser separado de su familia o de quién detenta su cuidado?, ¿qué pasa si uno de los padres se quiere quedar en el lugar de destino y el otro quiere reasentarse en otro país?, ¿Qué pasa en los casos en los que se decreta la orden de expulsión de los padres más no la de los hijos?

De acuerdo a los estándares internacionales de derechos humanos, la CRC establece en su artículo 3 que "[e]n todas las medidas concernientes a los niños, una consideración primordial será el **interés superior del niño**"; así como también el Artículo 2, que "[e]l Estado garantizará que los niños disfruten de plenos derechos dentro de su jurisdicción sin discriminación o distinción alguna". En este sentido, en cuanto a la situación de los niños y niñas refugiados (as), debemos vincularla con lo que establece la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y el Protocolo de 1967; lo preocupante es que ambos instrumentos establecen principios que se aplican a los niños y niñas de la misma forma que a los adultos. Si bien los niños y las niñas son plenos sujetos de derecho, se encuentran en desarrollo, no tener consciencia de su condición es una forma de vulneración infantil. La aplicación a los niños y niñas del estándar del temor fundado a sufrir persecución, no plantea problemas cuando, como en la gran mayoría de los casos, se encuentran acompañados por uno o ambos padres.

que hay casos en los que esta circunstancia no se puede llevar a cabo y apremia tomar medidas urgentes que resguarden de forma más inmediata la integridad de los menores incluso significándoles el apartamiento de su comunidad y/o familia.

¹⁴³ Acuerdo que rige para Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay y Venezuela. la Ley Nº 16.618 que se ha preocupado de regular la salida de niños chilenos y residentes del territorio nacional y sistemas de visación por vínculo con sus padres o con independencia del vínculo y situación migratoria con ellos.

La determinación del estatuto de refugiado de un niño o niña no acompañado es más compleja y requiere de especial atención. Nos parece que los estándares internacionales que se deben tener en consideración frente a la solicitud de refugio infantil, en cuanto a la acreditación de un temor fundado deben ser menores a la de un adulto teniendo en consideración la edad y madurez del solicitante¹⁴⁴.

Dependiendo de la legislación de cada Estado, a un menor de edad solicitante de refugio se le puede conceder¹⁴⁵:

1. El estatuto de refugiado por tener un "temor fundado de sufrir persecución", de acuerdo a la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967;
2. El estatuto de refugiado de acuerdo a la Convención de Estados Africanos de 1969 o la Declaración de Cartagena de 1984;
3. Si se deniega finalmente la solicitud de refugio, se puede permitir que el niño (a) permanezca con permiso de inmigrante, concedido por razones humanitarias, o ser rechazado o recibir una orden de deportación.

No obstante lo anteriormente señalado, la importancia de la CRC no se agota en solo ser el catalogo fundamental de derechos del niño (a), sino que ésta se utiliza toda vez que en un país donde se ha solicitado el refugio no se encuentre vigente el Estatuto de los Refugiados. La Convención así funcionaría como el único

¹⁴⁴ Consideramos interesante el caso de Noruega, país en el que para un niño solicitante de refugio el estándar de acreditación del temor fundado es menor al que se le pide acreditar a un adulto. Sin embargo, el estándar es más bajo en el caso de que los solicitantes de refugio sean inimputables (0-14 años); si el niño solicitante de refugio tiene entre 15 y 18 años, el estándar sube. Noruega ha previsto que muchos adultos jóvenes solicitantes de refugio pueden señalar que son menores de edad y con ello aprovecharse de la baja del estándar del temor fundado que favorece a los niños. Por lo mismo ha previsto un sistema en que frente a las dudas se realicen exámenes dentales que permitan determinar la verdadera edad del solicitante o bien, que se les tome radiografías a las manos. Nos parece que es un buen intento pero existen países en los que el desarrollo físico de una persona de 18 años es distinto al de otras regiones del mundo, por lo que consideramos que si las pruebas biológicas arrojan que el solicitante es niño, el procedimiento a seguir es el que se aplica en los casos de menores de edad.

NORGEWIAN DIRECTORATE IMMIGRATION (2011), "Solicitantes de asilo menores de 18", web, (fecha de consulta: 13 de enero de 2012). Disponible en:

<http://www.udi.no/Sentrale-tema/beskyttelse/Asylsokere-og-flyktninger/Enslige-mindrearige-asyisokere/>

¹⁴⁵ Módulo sobre Niñas y Niños Refugiados y Solicitantes de Asilo- Los Niños Refugiados- Directrices sobre Protección y Cuidado- ACNUR, Ginebra 1994, p.62.

instrumento de protección internacional que tiene el niño o niña refugiado (a) dentro de ese territorio; aún más, a Estados que no han ratificado la Convención sobre el Estado de los Refugiados, ACNUR les exige que los principios de ella sean respetados, debido al carácter de *ius cogens* del que gozan¹⁴⁶. Con independencia de la legislación bajo la cual se eleve la solicitud de refugio, existen procedimientos a la luz del derecho internacional para determinar la admisibilidad de la solicitud de un niño (a); a saber¹⁴⁷:

1. **Determinación de un grupo:** Si un flujo migratorio es de gran magnitud que hace imposible que se determine la calidad de refugiado en forma individual, el Estado puede conceder el estatuto de refugiado a TODOS los miembros del grupo.
2. **Determinación basada en la solicitud de un adulto:** Una práctica habitual de los Estados debiese ser si se le concede el estatuto de refugiado al jefe de hogar, se le debiese otorgar la calidad de refugiado a toda la familia de él. Esta práctica se fundamenta en el principio de reunificación familiar de la Convención los Estados han ido implementándola. En el caso de que el niño haya ingresado al país con un adulto que no sea uno de sus padres, un Estado no debiera considerar al adulto cercano como familia y se puede optar por que cada uno eleve sus solicitudes de refugio en forma separada. No obstante, esto puede dar lugar a que se le otorgue el refugio al pariente pero que la solicitud de refugio del niño o niña sea denegada. Frente a un caso así, se puede separar al niño (a) de su familiar, convirtiéndolo en un menor de edad no acompañado.
3. **Solicitud basada en la "unidad familiar":** Estas solicitudes pueden ser presentadas por un niño o niña que esté bajo el cuidado de una persona

¹⁴⁶ Módulo sobre Niñas y Niños Refugiados y Solicitantes de Asilo- Los Niños Refugiados- Directrices sobre Protección y Cuidado- ACNUR, Ginebra 1994.

¹⁴⁷ Módulo sobre Niñas y Niños Refugiados y Solicitantes de Asilo- Los Niños Refugiados- Directrices sobre Protección y Cuidado-ACNUR, Ginebra 1994, pp. 62-63.

que no es de su familia, en consideración a la relación con ese adulto es como la de una familia. En algunos casos, en la solicitud se puede describir el vínculo como una adopción informal, por costumbre o de hecho.

4. **Solicitud individual de un niño o niña:** Si un niño o niña bajo el cuidado de uno de sus padres, pariente o tutor presenta una solicitud individual de refugio, el adulto puede aportar en reconstruir el historial de persecución pudiendo, por ejemplo, proporcionar información sobre el contexto que ameritan la solicitud, representarlo, ayudarlo a entender los procedimientos, apoyar emocionalmente, aconsejar o tomar una decisión en su nombre. Los menores de edad no acompañados no cuentan con este tipo de apoyo al momento de presentar su solicitud, por lo que nos parece trascendental que en aquellos casos se decrete un curador *ad. litem*, encargado de velar por sus intereses e integridad.

Consideramos que especial tratamiento merece la situación de los menores de edad no acompañados que son hermanos. Los Estados debiendo resguardar el derecho a la protección de la familia y la identidad, por tanto, a nuestro juicio, no deben separar a 2 niños o niñas migrantes no acompañados que sean hermanos (as) y deben encaminar sus esfuerzos en la medida que sea posible en las alternativas de reunificación familiar que se pudieran llevar a cabo a su favor o bien, en la búsqueda de una solución duradera que no signifique su separación¹⁴⁸.

Finalmente, consideramos que frente a los diversos escenarios que se pueden presentar la situación de los niños y niñas migrantes irregulares, es necesario señalar que frente a las obligaciones de custodia que deben cumplimentar los Estados y de acuerdo al principio del interés superior del niño y de la autonomía progresiva, se debe propender por resguardar los

¹⁴⁸ Módulo sobre Niñas y Niños Refugiados y Solicitantes de Asilo- Los Niños Refugiados- Directrices sobre Protección y Cuidado- ACNUR, Ginebra 1994, p.79.

siguientes derechos que, a nuestro juicio, serían los que frente a una situación de migración irregular infantil merecen especial consideración:

1. Derecho a no ser discriminado;
2. Derecho a ser oído(en relación con el derecho de participación);
3. Derecho a la libertad personal y seguridad individual;
4. Derecho a la identidad;
5. Derecho a la protección de la familia (unidad familiar o reunificación familiar).

u. Condiciones de los espacios de alojamiento de niños migrantes

Consideramos que el principio del interés superior del niño debe encontrarse presente en toda decisión política relativa a la implementación de planes de protección en el caso de los niños y niñas migrantes. Pese a ser un principio de contenido indeterminado, debe incluso ser considerado en contextos de asignación presupuestaria, en la creación de leyes y en las actuaciones administrativas. Por las razones anteriormente señaladas, consideramos que debido a la relevancia del interés superior del niño, los centros de alojamientos de niños y niñas migrantes no pueden, bajo ninguna circunstancia, ser lugares donde se les prive de su libertad. Además, toda medida que dentro de un Estado se dicte en relación a la situación migratoria de un niño o niña debe tener el carácter de cautelar. Dictar medidas de control significaría que ese Estado está criminalizando al niño o niña por su condición de migrante.

Las Directrices sobre Protección y Cuidado¹⁴⁹ diseñadas por ACNUR, pese a no ser vinculantes para los Estados, permiten al momento de crear políticas públicas de protección para los niños y niñas migrantes enfocar la problemática conforme a

¹⁴⁹ Las directrices tienen sus antecedentes en los derechos humanos, en especial en la Convención sobre los Derechos del Niño. El ACNUR en 1988 publicó las "Directrices relativas a los Niños Refugiados". Dos años después las directrices fueron sometidas a análisis realizándose dos informes que sirvieron de antesala para que en 1993 se presentará al Comité Ejecutivo la "Política del ACNUR sobre los niños refugiados", la que posteriormente fue aceptada.

su diseño. Las Directrices de ACNUR han enfatizado que la fórmula por excelencia para lograr otorgar bienestar a los niños migrantes es ayudando a sus familias. La familia es el núcleo esencial de la sociedad y el hecho de que los gobiernos generen políticas pro unidad contribuye a un desarrollo con naturalidad y espontaneidad de la niñez.

En cuanto a las condiciones de custodia de los recintos de alojamiento de niños y niñas migrantes creemos que dependiendo de si el niño o niña ha ingresado al país acompañado o no, los centros de alojamientos deben cumplimentar con requisitos mínimos independiente de que sean de índole temporal o definitiva, de acuerdo a lo que establece el artículo 26 de la Convención Americana. Sin embargo, antes de derivar a un niño o niña a un recinto de alojamiento, consideramos que éste (a) en la medida que sea posible debe permanecer al lado de su familia. Si el niño o niña ingresa sin sus padres a un país y las condiciones de vida en el país en que se encuentran sus padres son aptas para su desarrollo y supervivencia, los Estados deben propender a activar los mecanismos que sean necesarios para reunirlo con su familia. En el caso de que lo anterior no fuera posible y en la medida que las circunstancias lo permitan, el niño o niña debe permanecer al lado de personas con la que tenga vínculos emocionales sólidos, que no necesariamente tienen que ser consanguíneos, todo esto con el objetivo de resguardar el derecho a la identidad del niño o niña. Consideramos que los frente a los casos de un solicitante de refugio no acompañado donde es muy difícil esclarecer su historial de persecución, los procedimientos de adopción aparecerían como una medida de *ultima ratio* y de carácter excepcional. En los casos de niños y niñas que no tienen a alguien que represente sus intereses, tal como se propone en capítulos iniciales, la figura del curador *ad litem* sería la adecuada en cuanto a las decisiones y representación que el menor necesite tanto en el ámbito judicial como en el extrajudicial. Este curador velará porque el

espacio de alojamiento en el que se encuentre el niño sea *ad hoc* a su cultura y necesidades básicas de supervivencia y desarrollo.

El interés superior del niño migrante irregular también se debe considerar a título individual. Cuando se toma una decisión sobre un niño o niña, el interés superior debe ser como mínimo la "consideración primordial"¹⁵⁰. Existen circunstancias en las que es más importante el bienestar del niño o niña, que la unidad familiar, como lo son por ejemplo, los casos de abuso de niños (as). Estos niños o niñas pueden ser separados de sus padres si es "necesario para defender el interés superior del niño"¹⁵¹. Sin embargo, nos parece fundamental el trabajo de equipos de psicólogos y antropólogos en determinar cómo puede llegar a afectar el hecho de que el Estado asuma la custodia estatal del menor de edad y que éste crezca lejos de su comunidad de origen. Diseñar un plan a largo plazo de custodia en un centro de alojamiento exige considerar derechos relacionados unos con otros, de manera que aseguren la supervivencia del niño o niña, la estabilidad emocional y el resguardo de su integridad. Algunos de los factores a considerar en tan importante decisión son el idioma del niño o niña, su cultura, el derecho que tiene a preservar sus relaciones familiares, su nacionalidad y sus deseos y sentimientos. La necesidad de trabajar con equipos multidisciplinarios radica en que el interés superior del niño es distinto en cada niño (a), no existiendo una respuesta uniforme en su determinación.

Los centros de alojamiento de niños y niñas migrantes deben ser espacios adecuados en cuanto a privacidad, higiene, alimentación, seguridad y entretenimiento. Algunos Estados han ido implementando paulatinamente soluciones, pero algunas de ellas violan leyes humanitarias¹⁵². Los espacios de alojamiento de

¹⁵⁰ Módulo sobre Niñas y Niños Refugiados y Solicitantes de Asilo- Los Niños Refugiados- Directrices sobre Protección y Cuidado- ACNUR, Ginebra 1994, p.14.

¹⁵¹ Convención de los Derechos del Niño (1989), Artículo 7.

¹⁵² LA JORNADA, *Cárceles, hoteles de lujo comparadas con estaciones migratorias: académica*, 26 de junio de 2011 (fecha de consulta: 3 de febrero de 2012). Disponible en: <http://www.jornada.unam.mx/2011/06/26/politica/005n1pol>

niños y niñas migrantes debiesen ser capaces de mantener algunas semejanzas con la vida normal del menor de edad y que dentro de ellos se incentive la práctica de sus usos y costumbres como también procurando la integración en el nuevo país.

Los espacios de alojamiento de niños y niñas migrantes deben resguardar la protección de los derechos del niño, derecho a la vida, libertad personal, honra y dignidad, libertad de conciencia y religión, libertad de expresión, educación, nombre, nacionalidad e igualdad como garantías mínimas que todo Estado debe asegurar a sus nacionales como a los migrantes. Los Estados deben asegurar su aplicación y respeto en toda su jurisdicción sin distinción alguna. Todos tienen derecho a gozar de los mismos beneficios, tanto los niños (as) solicitantes, los niños y niñas solicitantes de asilo rechazado y los niños y niñas refugiados. Es importante recordar que en general, la población no nacional es considerada una categoría sospechosa dentro del tratamiento de la igualdad.

Consideramos que todo espacio de alojamiento infantil de niños y niñas migrantes debe tener espacio suficiente para una zona de juegos y espacio necesario para otras necesidades de los niños (as) (W.C, duchas, espacios de estudio, una cama por niño). La disponibilidad del espacio y su distribución debe ser de acuerdo a la edad y circunstancias de salud de los niños y niñas. Consideramos que los impúberes deben encontrarse en establecimientos distintos que los púberes, como también dormir en dormitorios distintos. Óptimo sería que estos centros se encontraran cerca de un centro de policía, escuelas y hospitales. Los espacios deben ser diseñados de tal forma que en la medida de lo posible se eviten accidentes, estar alejados de zonas en las que haya intenso tráfico intenso o que la población se encuentra expuesta a riesgosos daños degenerativos a la salud.

Los espacios de custodia de niños y niñas migrantes deben evitar el hacinamiento, si el Estado no puede encargarse a plenitud de su mantención creemos prudente que se implementen mecanismos de participación a

organizaciones de la sociedad civil que se puedan encargar de la custodia de los niños (as); sin embargo, estos centros a cargo de organizaciones no gubernamentales deberían ser supervigilados por organismos del Estado.

Los espacios de alojamiento infantil deben proveer a los niños y niñas de ropa y abrigo, teniendo en consideración sus gustos y tradiciones. Es de vital importancia que se efectúen chequeos médicos para saber su real estado de salud. Cada centro debe ser un medio propicio para resguardar la salud de los menores de edad. Los centros también deben encargarse de que los niños y niñas reciban los tratamientos necesarios.

En cuanto a las necesidades de alimentación, los centros deben proveer de la leche necesaria de acuerdo a la edad, salud y estado de crecimiento de los niños y niñas y de las raciones de comida suficiente para un crecimiento normal, basado en una dieta balanceada, que desde el punto de vista nutricional sea aceptable y sabroso. También se debe proveer del agua necesaria para resguardar necesidades de higiene y bebestibles. No se debe forzar a los menores de edad a ingerir alimentos que su cultura no ingiera. El Estado cada vez que encargue en funcionamiento de uno de estos centros a organizaciones de la sociedad civil deberá supervisar a través de mecanismos de control y calidad que los estándares mínimos sean cumplidos ya sea de higiene, medida de las raciones, cantidad y calidad de los alimentos. En los casos en que los menores de edad necesiten de una dieta especializada por su estado de salud o tradiciones religiosas, el centro se las deberá proveer.

El personal que trabaje en los centros de custodia de niños y niñas migrantes debe manejar nociones mínimas de primeros auxilios y encontrarse capacitado y aprobado psicológicamente para trabajar con niños (as). El personal debe desarrollar su trabajo de acuerdo a lo que establece la CRC, en el sentido de que la Convención es más que un Tratado con rango de ley, si no también desempeña

el rol de una declaración de principios morales y guía práctica para lograr el bienestar y el desarrollo de los niños y niñas migrantes.

Consideramos, que para dar cumplimiento a las normas básicas de alojamiento al niño o niña migrante, se debe entender y reconocer que existe una gran presencia infantil en los flujos migratorios. Estos niños y niñas, en general tienen una posición subordinada en la estructura generacional de la sociedad y de las familias, por lo tanto deben dar cumplimiento a las decisiones que adopten para ellos las personas adultas; en este sentido, para otorgar una debida protección estatal a éstos , los funcionarios que trabajen con ellos deben comprender que son sujetos de derechos y actores sociales que participan en los procesos migratorios que inician y planifican las personas adultas. Es necesario que las personas que trabajen con estos menores de edad comprendan que son sujetos de derecho, es decir, verdaderos agentes sociales, con capacidad de reflexión y participación en toda decisión que los pueda llegar a afectar.

Los funcionarios de los centros de alojamiento de niños y niñas migrantes deben asumir que la infancia no es un grupo homogéneo y en su interior hay grandes diferencias de género y de origen étnico. También, se debe comprender que existen diferencias dentro del grupo infantil migrante, que se relacionan tanto con la nacionalidad, el origen cultural o religioso. Lo anterior es fundamental, ya que marcan las experiencias infantiles, ya sea por los planes de retorno o la permanencia definitiva de las familias en destino. De esta manera, si los lugares de alojamiento de niños y niñas migrantes y las personas que los operan, no recogen estas variables y no respetan sus diferencias, no podrá darse cumplimiento a los objetivos de protección que se propone cumplimentar.

Asimismo, debe existir una sensibilización de los funcionarios, para que sean capaces de reconocer las diferencias entre los niños y niñas para así, darle un alojamiento acorde a la situación personal. No podemos dejar de mencionar que la transformación de las relaciones familiares en el contexto migratorio impacta

en la forma de experimentar la niñez. Así, las nuevas condiciones habitacionales o de la ciudad o bien, de los entornos escolares van configurando nuevas expresiones de la infancia, las cuales merecen de una especial consideración por parte de los funcionarios del recinto que habita el menor de edad.

Por último, no podemos dejar de mencionar que un desafío que debieran plantearse los Estados es considerar dentro de estos espacios de alojamiento estatales los ciclos de vida de los niños y niñas. En este sentido, los programas de protección necesariamente deben contemplar el ciclo vital como uno de los factores claves de intervención, más allá de la sola vulneración del derecho ya que, por ejemplo, un niño o niña que ha vivido un proceso migratorio en la primera infancia, no sufre las mismas consecuencias que quien tiene el mismo proceso migratorio en la adolescencia. Además, del tiempo que ha durado su estadía en los centros residenciales y como ella ha afectado el desarrollo de su personalidad e identidad.

v. Propuestas

De acuerdo a lo analizado anteriormente consideramos que la Opinión Consultiva constituye una oportunidad para que esta Honorable Corte establezca que el desarrollo de los estándares internacionales en materia de alojamiento de niños migrantes requiere un cambio de paradigma hacia la empatía con los niños migrantes y su situación y que jamás signifique la criminalización de ellos por parte del sistema judicial. Esto implica aplicar los estándares de acuerdo a las características y circunstancias que rodean en contexto de los tipos de beneficiarios, lo que nos parece fundamental para lograr avanzar hacia una atención de calidad. Esta característica empática hacia los niños y adolescentes, sumado al diagnóstico de la realidad y rediseño de los servicios básicos, traerán como consecuencia el logro del principal objetivo: resguardar y proteger el interés superior del niño.

No podemos olvidar que niños y niñas migrantes son titulares de derecho, por lo tanto la legislación interna de los Estados debe reconocer mecanismos efectivos para ejercerlos. En este sentido, consideramos que una debida custodia estatal de niños y niñas migrantes implica procedimientos que otorguen una rápida protección a los menores de edad por su delicada situación de vulnerabilidad. Somos conscientes que todo proceso de cambio requiere tiempo, y enfatizamos en la necesidad de implementar un procedimiento contencioso administrativo. De esta manera, y en palabras de Miguel Cillero, "será necesario, avanzar hacia políticas públicas que aseguren un acceso universal e igualitario de los niños a la satisfacción de sus derechos sociales"¹⁵³.

¹⁵³ Miguel Cillero Bruñol. Los derechos del Niño: de la proclamación a la protección efectiva.

7. Pregunta 9. Derecho a la vida familiar de los niños y niñas en casos de disponerse la expulsión de los padres.

¿Cuál es el alcance que debiera conferirse a la protección del derecho de los niños/as a no ser separados de sus padres en los casos en que pudiera aplicarse una medida de deportación a uno o ambos progenitores, como consecuencia de su condición migratoria, a la luz de los artículos 8, 17, 19 y 25 de la Convención Americana y artículos 6 y 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre?

La pregunta plantea el desafío de dimensionar cuánto afectará la expulsión de los padres o uno de éstos —y el evidente quiebre familiar— a la niña o niño, y si acaso este suceso significa una vulneración al interés general de la niña o niño, dejando por sus efectos al niño o niña en una situación de riesgo del cual el Estado está, respecto de la niña o niño, en situación de garante. Con todo, sea o no sea coherente con el sistema internacional de protección de los derechos humanos la expulsión de los padres o uno de éstos sostendremos que igualmente la expulsión de uno de los padres del territorio, ésta debe ser una medida “excepcional y preferentemente, temporal”¹⁵⁴ por toda la afectación de derechos que conlleva.

Por cierto no se trata de una tarea fácil. Y es que la migración actual obedece a distintas motivaciones, muchas de éstas que no encajan en el único instrumento internacional que regula de manera indirecta la expulsión de un migrante: la CMW. En efecto, la hipótesis del migrante trabajador ya es insuficiente a la realidad de una migración diversa y, muchas veces, no sujeta a una condición de trabajo. Si hasta la migración puede ser un acto involuntario sometido a vicios del consentimiento del migrante, digámoslo así, ‘obligado’.

¹⁵⁴ “el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y preferentemente, temporal” Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, Párr.77.

Así, habida consideración de la multilateralidad con que se presenta la migración, sea respecto a los países que la detentan o las razones que motivan la migración, mantener una regulación acotada de la expulsión a la condición de trabajador es insuficiente. De manera que la regulación de la expulsión —criterios, requisitos y excepciones, por mencionar algunos aspectos— queda a criterio de cada Estado, que no es otra cosa que la “prerrogativa soberana de administrar sus fronteras”, cuestión que también está sujeta al deber de cumplir con sus obligaciones jurídicas internacionales¹⁵⁵, entre otras, las contenidas en los instrumentos internacionales anunciados en la consulta.

El Relator Especial sobre los derechos de los migrantes, Jorge Bustamante, así lo ha entendido al señalar que:

“Cualquiera que sea la condición jurídica del migrante, el Estado tiene la responsabilidad de garantizar que se cumplan las normas relativas a los derechos humanos fundamentales y que todos los migrantes sean tratados con dignidad, y la obligación de respetar y proteger a todas las personas que se encuentren en su territorio, tanto nacionales como extranjeras, independientemente de cómo hayan entrado en el país y de su situación como migrantes”.¹⁵⁶

La expulsión y el derecho a la familia: su relación con el interés superior del niño

Puesto así las cosas, la expulsión de uno de los padres o ambos deberá obedecer a dos criterios elementales tratándose de niñas o niños, a saber: uno primero, que dice relación con que la expulsión en sí debe obedecer a los estándares internacionales de derechos humanos a la luz del derecho a la familia en cuanto “constituye un principio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”;¹⁵⁷ y, segundo, la separación de la familia respecto de las niñas o los niños será aceptable en la medida que responda al

¹⁵⁵ Mensaje del Secretario General de la ONU, con motivo del Día Internacional del Migrante, 18 de diciembre de 2011.

¹⁵⁶ **RELATOR ESPECIAL SOBRE LOS DERECHOS DE LOS MIGRANTES, BUSTAMANTE, Jorge, Informe del Relator, Consejo de Derechos Humanos, 17º período de sesiones, Tema 3 de la agenda, A/HRC/17/33, de 21 de marzo de 2011, párr. 11**

¹⁵⁷ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr., 66.

interés superior del niño. Pues, si fuera de otro modo, el actuar del Estado dejaría a la niña o niño en una situación de riesgo que, como ha sido analizado, constituye fundamento por el cual el Estado podría reconocerle la calidad de refugiado, y allí su excepción de no devolución.

Dicho de este modo, la expulsión de uno de los padres puede implicar tres situaciones al menor de edad: (i) permanecer junto a uno de los padres en el país que ha expulsado al otro de éstos; (ii) permanecer en el país sin los padres; o, (iii) ser expulsado junto a sus padres, sin perjuicio que el menor de edad no ha configurado ninguna causal de expulsión por sí mismo.

Cabe destacar que no habiendo estándares claros respecto a la expulsión de los migrantes, sino tan solo aquellos que dicen relación con excepciones que ponen en riesgo la seguridad ciudadana del país, es que imaginaremos que las razones de la expulsión no se deben a materias de índole migratorias, puesto que en ésta subyace "un estándar aún más elevado debido a que las infracciones migratorias no deben tener un carácter penal"¹⁵⁸.

Queremos decir con esto que la expulsión de uno de los padres o ambos debe responder a razones que, ponderadas ante el interés superior del niño y el derecho a la defensa, sean suficientemente fundadas para que éstos puedan ser restringidos, como sería el caso de separar al menor de edad de su familia.

Paradójico resulta que puedan existir casos en que decisiones judiciales, donde el juez impida la salida del país del menor protegiendo el que éste pueda mantener un régimen comunicacional continuo con el padre/madre, velando por el interés superior del menor y potenciar su desarrollo integral¹⁵⁹, y por otro, dé curso a órdenes de expulsión argumentando el que éstas han sido emitidas por autoridades competentes, o bien, porque consideran relevante otro bien jurídico como el orden público, la seguridad nacional, la utilidad o conveniencia social, entre otros. Entonces, si esto es así, ¿cuál es

¹⁵⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2010), "Informe sobre inmigración en Estados Unidos: Detenciones Y Debido Proceso", OEA/Ser.L/V/II., párr. 38.

¹⁵⁹ Por ejemplo, la autorización de salir del país de dos menores franceses en compañía de su madre a Francia, el cual fue otorgado por tan solo un período de 15 días dado que se consideró necesario mantener un régimen comunicacional de éstos con su padre para cautelar el interés superior del niño y no afectar su desarrollo integral. Corte de Apelaciones de Santiago de Chile, STC-ROL 3383-09.

el desarrollo integral que puede tener un menor de edad al que se le ha deportado uno o ambos padres?

Si bien el concepto de familia es un concepto intrínsecamente dinámico, por cuanto se encuentra sujeto a las transformaciones que vive a diario la sociedad, es que, para efectos metodológicos e identificando su núcleo esencial, lo caracterizaremos como *"un sistema social compuesto por individuos unidos por lazos de consanguinidad o no, de parentesco, de afectividad o de subsistencia, cuyo funcionamiento se mantiene a través de una estructura relacional de convivencia, sea esta funcional o no, pero que **le permite un equilibrio y estabilidad para la sobre vivencia** y el mantenimiento del núcleo familiar"*¹⁶⁰. Lo anterior se traduce en que *"los miembros establecen **lazos de pertenencia e identidad desarrollando un modo de ser y sentir la vida de acuerdo a patrones culturales que internalizan, lo que determina su ser social**"*¹⁶¹.

El Estado y la sociedad tienen el deber de proteger a la familia. Se trata de un trabajo conjunto que requiere de ambos agentes y sobre todo de este último dado su posición de garante, siendo obligado a respetar y protegerla bajo cualquier respecto.

Por otro lado, al referirse sobre las órdenes de expulsión, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que no es posible que el padre deba escoger entre "el amor y cuidado [...] en circunstancias de pobreza y penurias o los beneficios de salud, educación y bienestar"¹⁶². En consecuencia, cuando el niño tiene derecho a que el Estado proteja su condición de menor, debe existir entonces una política migratoria consciente de este deber y por tanto, capaz de reconocer las consecuencias que genera en el niño el ser separado de sus padres de manera forzosa, así como también, y por qué no, los costos del Estado en producir políticas que hagan frente a los problemas sociales que

¹⁶⁰ Hernández, A. "Aportes de la Psicología, modelo de tratamiento preventivo con familias en pobreza" UNICEF, Bogotá. Colombia, 1992.

¹⁶¹ *Ibíd.*

¹⁶² www.unicef.org/lac Estudio sobre los estándares jurídicos básicos aplicables a niños y niñas migrantes en situación migratoria irregular en América Latina y el Caribe que hacen referencia en su pie de página n°240 al "Informe sobre situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado, del 28 de Febrero de 2000, párrs. 158 y 159.

pueden derivarse de una separación como ésta. En esta línea se ha dicho que "las familias cumplen funciones de apoyo social y protección ante crisis económicas, desempleo, enfermedad y muerte de alguno de sus integrantes", que incluso es más, "[...] La familia, como capital social, es un recurso estratégico de gran valor, [y que se] convierte en la única institución de protección social frente a los eventos traumáticos"¹⁶³.

Por consiguiente, cualquier medida tendiente a generar la disolución de la familia y el apartamiento del menor con sus padres, debe ser analizada sobre la base de la proporcionalidad y las consecuencias que esto conlleve. Entre otros, debe considerarse la protección de la integridad física y psíquica de los afectados. Por lo que podríamos entenderla como la inviabilidad de que el sujeto sea sometido a situaciones límite o de dolor, de una forma ilegítima cuestión que se ve de manera palpable cuando a un menor se le aparta de su/sus padre/s por un decreto de expulsión, ya que además de separarlo de manera violenta de su familia o parte de ella, la medida suele extenderse por un período de tiempo prolongado e incierto toda vez que como corolario de esta orden se sigue una prohibición de ingreso que, como bien señala su nombre, impide a la persona a regresar del país salvo que, previa solicitud del interesado, la autoridad administrativa determine su levantamiento.

Elementos a considerar

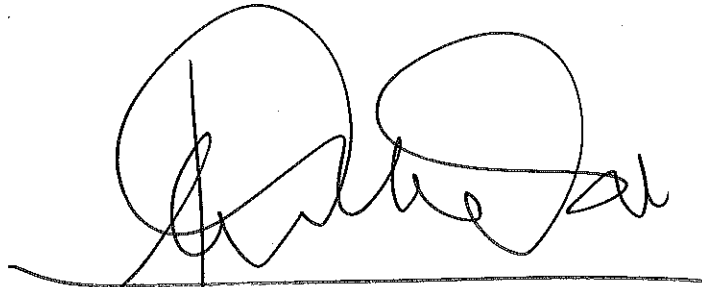
Nos permitimos sugerir a la Honorable Corte que al responder a la pregunta en referencia tenga en consideración lo siguiente:

1. Las órdenes de expulsión deben ser siempre sujetas a control judicial, en atención a que debe ser órgano independiente de la administración, quien es la que dicta la política migratoria.
2. La persona afectada, debe tener derecho a defenderse de esta medida, presentando pruebas y argumentos en contrario.

¹⁶³ CEPAL (2007), "Familias y políticas públicas en América Latina: una historia de desencuentros", LC/G.2345-P/E, pág.125.

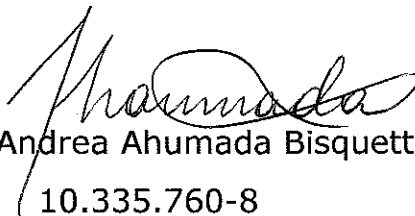
3. Tratándose de órdenes de expulsión dictadas en atención a la infracción de normas penales, se debe atender en primer lugar a la gravedad del delito cometido y la sanción que implica, sobretodo cuando afecta a personas con familias, incluyendo menores de edad. Aun así la persona infractora debe ser escuchada por el tribunal que dicta la medida.
4. Cuando la sanción de expulsión provenga de infracción a normas civiles, laborales o de otra índole, debe preferirse una sanción distinta a la expulsión, cuando de la medida se deriven también la expulsión de su familia y de los menores de edad.
5. La expulsión debe ejecutarse, una vez se hayan agotado los recursos contra dicha decisión o extinguido el plazo para hacerlo. No podrá dictarse una orden de expulsión si no ha concluido el proceso penal que la origina, para salvaguardar el derecho de defensa y la presunción de inocencia.
6. El extranjero afectado por una orden de expulsión debe contar con recursos que pueda interponer en un plazo razonable. La interposición del recurso suspende la ejecución de la medida de expulsión.
7. La privación de libertad por motivos migratorios no pueden extenderse al resto de la familia. Los Estados deberán tomar medidas para ordenar medidas de protección en el caso de que los adultos tengan a su cargo sus hijos menores de edad, las cuales deberán levantarse al momento de la expulsión.
8. El interés superior del niño no puede dejar de resguardarse por proteger la seguridad y la soberanía del Estado. Siempre ha de tenerse en cuenta, la proporcionalidad de la medida.
9. La política migratoria debe incorporar dentro de sus ejes la protección del menor, y por lo tanto debe considerar las consecuencias emocionales, educativas y sociales que genera en el niño el ser separado de sus padres.

10. Cuando el resultado de una expulsión genere una separación forzosa y no voluntaria de la familia, se deberán buscar otras alternativas particularmente cuando afecte nacionales y niños que tengan un arraigo en el país de destino.



María Jesús Abdeladim Maldonado.

16.478.059-7



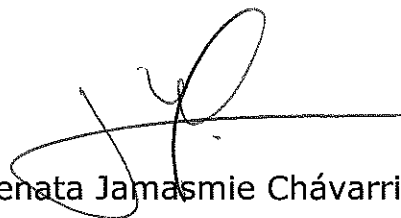
Orielle Andrea Ahumada Bisquett

10.335.760-8



Nicole Camilla Santiago

16.959.338-8



Renata Jamasmie Chávarri.

16.611.781-K



Aileen Camila Larraín Leyton

17.265.439-8



Víctor Hugo Lagos Lasch

15.838.326-8



María Soledad Molina Osorio

17.169.852-9



Alejandro Rafael Navarrete Añasco

15.334.432-9



José Lionel Ojeda Arriagada

17.084.529-3

Helena María Olea Rodríguez

21.907.503-0

Juan Pablo Manuel Pino Collipal

15.510.963-7

Hernán Felipe Riveros Palmiño

17.025.796-0



Oscar Patricio Rojas Mesina

15.715.963-1

Cristián Sanhueza Cubillos

16.094.596-6