

17 de febrero de 2012
Xalapa, Veracruz, México

**Estimado Dr. Pablo Saavedra Alessandri,
Secretario de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

El **Centro Estratégico de Litigio Latinoamericano**¹ y el **Programa de Derechos Humanos de la Universidad Veracruzana** nos dirigimos a usted con el propósito de presentar ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, un escrito en calidad de *Amicus Curiae*, respecto de la solicitud de Opinión Consultiva presentada el pasado 7 de julio de 2011 por los Estados de Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay sobre Niñez Migrante.

Sin otro particular, aprovechamos la oportunidad para reiterarle las muestras de la más alta consideración y estima.

Atentamente:



Chasel Colorado Piña
Directora Ejecutiva
Centro Estratégico de Litigio
Latinoamericano



Namiko Matzumoto Benítez
Coordinadora
Programa de Derechos Humanos
de la Universidad Veracruzana

¹ El número de teléfono del Centro Estratégico de Litigio Latinoamericano A.C. es (+52) 228 165 98 98. Su dirección completa es: Av. Américas 401, Piso 2°, oficina 5, Ciudad de Xalapa, Veracruz Mexico. Código Postal: 91130. Contacto a los fines de esta presentación: Chasel Colorado Piña [chasel@cellmexico.mx].

OBSERVACIONES ESCRITAS
CON RELACIÓN A LA SOLICITUD
DE OPINIÓN CONSULTIVA SOBRE
NIÑEZ MIGRANTE

AMICUS CURIAE PREPARADO POR:

CENTRO ESTRATÉGICO DE LITIGIO LATINOAMERICANO A.C.

PROGRAMA DE DERECHOS HUMANOS DE LA UNIVERSIDAD VERACRUZANA

**CENTRO ESTRATÉGICO DE
LITIGIO LATINOAMERICANO**

AV. AMÉRICAS 401 ESQUINA
PESTALOZZI, C.P. 91130
XALAPA, VERACRUZ, MÉXICO.
T. +52 228 165 98 98
WWW.CELLMEXICO.MX

CHASEL COLORADO PIÑA

DIRECTORA EJECUTIVA
**CENTRO ESTRATÉGICO DE
LITIGIO LATINOAMERICANO**
CHASEL@CELLMEXICO.MX

RAFAEL BELTRÁN RAMOS

PRESIDENTE
**CENTRO ESTRATÉGICO DE
LITIGIO LATINOAMERICANO**
RAFAEL.BELTRAN@CELLMEXICO.MX

**ARGEL HUMBERTO
AGUIRRE GARCÍA**

CONSEJERO
**CENTRO ESTRATÉGICO
DE LITIGIO LATINOAMERICANO**
ARGEL.AGUIRRE@CELLMEXICO.MX

**ANDRÉS CONTRERAS
FONSECA**

CONSULTOR EXTERNO
**CENTRO ESTRATÉGICO DE
LITIGIO LATINOAMERICANO**
ANDCON_89@HOTMAIL.COM

EDUARDO TRUJILLO ARIZA

DIRECTOR DE LITIGIO ESTRATÉGICO
**CENTRO ESTRATÉGICO DE
LITIGIO LATINOAMERICANO**
EDUARDO.TRUJILLO@CELLMEXICO.MX



CELL

CENTRO ESTRATÉGICO DE LITIGIO LATINOAMERICANO



**PROGRAMA DE DERECHO HUMANOS DE LA
UNIVERSIDAD VERACRUZANA**

CIRCUITO GONZALO AGUIRRE BELTRÁN S/N.
LOMAS DEL ESTADIO, CP. 91000.
XALAPA, VERACRUZ, MÉXICO
T. +52 228 186 28 59/ +52 228 842 17 55
[HTTP://WWW.UV.MX/DERECHOS-HUMANOS/](http://www.uv.mx/DERECHOS-HUMANOS/)

NAMIKO MATZUMOTO BENÍTEZ

COORDINADORA
PROGRAMA DE DERECHO HUMANOS DE LA
UNIVERSIDAD VERACRUZANA
NMATZUMOTO@UV.MX / DHUV@UV.MX

LUIS EDUARDO CORONEL GAMBOA

ASISTENTE LEGAL
PROGRAMA DE DERECHO HUMANOS DE LA
UNIVERSIDAD VERACRUZANA
LECOG91@HOTMAIL.COM

| | |
|---|-----------|
| Introducción..... | 6 |
| Naturaleza de Nuestras Instituciones | 7 |
| CONSIDERACIONES PREVIAS | 8 |
| A. Sinopsis del fenómeno migratorio..... | 8 |
| B. Trascendencia jurídica y social de la solicitud de Opinión Consultiva. | 10 |
| ANÁLISIS JURÍDICO SOBRE LOS ASPECTOS DE FONDO DE LA SOLICITUD DE OPINIÓN CONSULTIVA..... | 11 |
| 1. Principios transversales aplicables en la protección de los niños y las niñas migrantes..... | 11 |
| <i>a) El Principio de no Discriminación.....</i> | <i>11</i> |
| <i>b) El Principio del Interés Superior del Menor como consideración primordial de protección.....</i> | <i>12</i> |
| <i>c) Derecho a la Vida, la Supervivencia y el Desarrollo.....</i> | <i>14</i> |
| <i>d) Derecho a ser Escuchados.</i> | <i>14</i> |
| <i>e) Principio de No Devolución.</i> | <i>15</i> |
| 2. Obligaciones jurídicas primarias de los estados con referencia a todos los niños, niñas y adolescentes migrantes que se encuentren dentro de su territorio..... | 15 |
| <i>2.1 La identificación de necesidades de protección internacional y potenciales situaciones de riesgo para los derechos del niños, niñas y adolescentes migrantes.</i> | <i>16</i> |
| 2.1.1 Proceso de Evaluación Inicial..... | 16 |
| 2.2.2 Evaluación individualizada de las necesidades de protección del menor, teniendo en cuenta la persecución dirigida específicamente hacia los menores..... | 18 |
| 3. Sistema de garantías que debería aplicarse en procesos migratorios que involucran niños, niñas y adolescentes migrantes. | 21 |
| <i>3.1 Garantías judiciales genéricas y la simbiosis necesaria del derecho nacional e internacional.....</i> | <i>24</i> |
| 4. Privación de la libertad de niños, niñas y adolescentes migrantes..... | 26 |
| 4.1 Precisiones terminológicas..... | 26 |
| 4.2 El principio de no detención de niños, niñas y adolescentes migrantes como sanción por su condición migratoria: La obligación de adoptar medidas alternativas a la detención de niños migrantes. | 27 |
| 4.2.1 Elementos o Caracteres de las medidas alternativas de protección de derechos del niño..... | 29 |
| 4.2.2 Garantías del debido proceso aplicables al procedimiento de decisión acerca de medidas alternativas a la detención. | 30 |
| 4.3 La excepcionalidad de la privación de la libertad en el contexto migratorio..... | 30 |

| | |
|--|-----------|
| 4.3.1 Garantías del debido proceso ante medidas que impliquen privación de la libertad de niños y niñas en el marco de procedimientos migratorios..... | 33 |
| 5. Obligaciones estatales en casos de custodia de niños y niñas por motivos migratorios. | 35 |
| 5.1 <i>El origen de la custodia.....</i> | 36 |
| 5.2 <i>Supuestos que diferencian la necesidad de protección.....</i> | 37 |
| 5.3 <i>Baremo sobre obligaciones mínimas a ser cumplidas por los Estados durante la custodia de niñez migrante y las condiciones que debe cumplir el sitio de detención.....</i> | 38 |
| 5.3.1 <i>Sobre el derecho a la salud.....</i> | 38 |
| 5.3.2 <i>Sobre el derecho a la alimentación.....</i> | 39 |
| 5.3.3 <i>Sobre el derecho a la educación.....</i> | 40 |
| 5.3.4 <i>Sobre el derecho a la convivencia familiar.....</i> | 40 |
| 5.3.5 <i>Sobre el derecho a la identidad.....</i> | 41 |
| 5.3.6 <i>Sobre el derecho a ser detenido en un lugar especial de protección y las condiciones que debe cumplir el sitio de detención.....</i> | 41 |
| 6. El alcance y contenido del principio de no devolución en relación con niñas y niños migrantes | 43 |
| 6.1 <i>El contenido del principio de no devolución en el derecho internacional consuetudinario.....</i> | 43 |
| 6.2 <i>El principio de no devolución en los procesos migratorios.....</i> | 45 |
| 7. El derecho a la vida familiar de los niños y niñas en casos de disponerse la expulsión por motivos migratorios de sus padres. | 47 |
| 7.1 <i>El derecho a la familia y su protección en el Derecho Internacional.....</i> | 47 |
| 7.2 <i>El derecho a la vida familiar del niño en casos de disponerse la expulsión de los padres.....</i> | 48 |

Introducción

El Centro Estratégico de litigio Latinoamericano [CELL] y el Programa de Derechos Humanos de la Universidad Veracruzana [PDHUV] respetuosamente presentan un memorial en calidad de *amicus curiae* en relación a la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por los Estados de Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay sobre Niñez Migrante.

La presente solicitud de Opinión Consultiva se enmarca en el actual contexto de políticas migratorias en la región, cuyo rasgo característico es la omisión de un enfoque específico transversal de Edad que tenga en cuenta las necesidades y derechos de los niños, niñas y adolescentes y deriva de la necesidad de establecer estándares claros y precisos sobre la protección jurídica de la infancia en el marco de procedimientos migratorios.

Es en ese marco, que presentamos nuestras consideraciones sobre los nueve puntos planteados en la solicitud. Previo al análisis de fondo, en el acápite relativo a las *Consideraciones previas*, se presenta una sinopsis del fenómeno migratorio en la Región y la trascendencia jurídica y social de la opinión consultiva. Posteriormente, en el Análisis jurídico sobre los aspectos de fondo, se desarrollan en primer lugar, las preguntas relativas a: procedimientos para identificar necesidades de protección internacional y potenciales situaciones de riesgo para los derechos de niños y niñas migrante y procedimientos de protección para el reconocimiento de la condición de refugiados.

En segundo lugar, se analiza el sistema de garantías que debiera aplicarse en procedimientos migratorios, la privación de la libertad en el contexto migratoria y el carácter *última ratio* de la detención como medida cautelar para dar paso a las obligaciones Estatales en casos de custodia de niños, niñas y adolescentes migrantes.

Finalmente, se examina el puntos 7 relativo al *principio de no devolución* y el punto 9 que exalta el alcance de la protección del derecho de los niños a no ser separados de sus padres en casos que puedan implicar una medida de deportación.

Naturaleza de Nuestras Instituciones

El **Centro Estratégico de Litigio Latinoamericano** es un *think tank* catalizador de ideas y acciones a favor de la promoción y protección de derechos humanos. Nuestro trabajo busca incidir en las políticas y prácticas públicas con el fin de fortalecer la democracia, el Estado de Derecho y construir ciudadanía. En esta tarea, el litigio de interés público ante instancias nacionales e internacionales y la consultoría estratégica con perspectiva de derechos humanos enfocada a los tres poderes de gobierno son las herramientas principales del trabajo que realiza CELL. Como Organización de la Sociedad Civil sin fines de lucro, independiente y apartidista, CELL combina la investigación avanzada en derechos humanos con el análisis de políticas públicas y la utilización de estrategias de comunicación innovadoras.

El **Programa de Derechos Humanos de la Universidad Veracruzana** es un programa académico dedicado a promover una cultura de garantía, protección y defensa de los Derechos Humanos, mediante tareas sustantivas de docencia, investigación, extensión y divulgación, lo que permite aportar un enfoque multidisciplinario a las nuevas perspectivas sociales en el ámbito de los Derechos Humanos, fue creado el 1 de marzo de 2010 por acuerdo del Consejo Universitario bajo la iniciativa del Dr. Raúl Arias Lovillo. Ha colaborado con agencias internacionales y gubernamentales, organizaciones no gubernamentales e instituciones académicas en el desarrollo de prácticas y avances en materia de derechos humanos.

CONSIDERACIONES PREVIAS

A. Sinopsis del fenómeno migratorio.

En los últimos años, dos fenómenos sociales tuvieron mayor presencia en América latina: la migratoria y el incremento de las actividades ilícitas. El desarrollo paralelo de ambos fenómenos propició el aumento de ilícitos o actividades irregulares en el entorno migratorio. Tal es el caso del tráfico de drogas y de armas, el contrabando de mercancías y otros más complejos, como el tráfico y la trata de personas, particularmente de niños¹ y mujeres.

Esto contribuyó a generar el mito del vínculo directo de causa-efecto entre los migrantes y la comisión de delitos. No obstante, esta falsa asociación que señalara a los migrantes como autores materiales de actividades ilícitas, profundizó la inclusión del control migratorio como objetivo principal de la preservación de la seguridad nacional.

Con ello la criminalización de la migración sólo logró lamentablemente aumentar los abusos contra los migrantes. En consecuencia, éstos empezaron a recurrir a zonas de paso más peligrosas para burlar la vigilancia de las autoridades migratorias, sin embargo, esto los hizo a la vez más vulnerables ante la delincuencia organizada.

En este orden de ideas, si consideramos que, un grupo vulnerable es aquel que por sus características no puede resistir una situación de riesgo determinada en igualdad de condiciones a la demás población. No es difícil advertir que la confluencia de la categoría jurídica niño y migrante produce una vulnerabilidad exponencial que requiere un tratamiento y un enfoque especial para la proyección de las obligaciones de respeto, protección y garantía de los derechos humanos.

Si a esta vulnerabilidad exponencial se le agrega una política imperante en las Américas de discriminación, marginalización y explotación, la cuestión se vuelve más que preocupante, requiriendo una atención, que produzca al menos un paradigma capaz de superar parcial o totalmente alguno de los factores con motivo de amortizar la vulnerabilidad. Esta situación es muy preocupante. En primer lugar, en la actualidad no se tiene un número aproximado de la cantidad de niños y niña migrantes que existen en el mundo.² En segundo lugar, dentro del contexto americano, podemos hablar de la discriminación como uno de los principales

¹ En el presente escrito de observaciones se utiliza el término "niños" para hacer referencia a niños, niñas y adolescentes.

² Asamblea General de las Naciones Unidas. *Study of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on Challenges and best practices in the implementation of the international framework for the protection of the rights of the child in the context of migration*, A/HRC/15/29, 5 de Julio de 2012.

problemas de los niños y las niñas migrantes a lo largo del continente. En tercer lugar, es muy frecuente que el derecho de los niños y las niñas a desarrollar su proyecto de vida se vea truncado por efectos de la migración.³

Bajo esta tesitura es menester empezar por reconocer que la migración es una realidad imperante, y quizás las políticas no deben estar encaminadas a frenarla o contenerla, sino en prestar la debida atención para evitar que se convierta en un fenómeno que termine por quebrar las delgadas líneas de la seguridad internacional. Al respecto *Ferrajoli* ha señalado que "Si una verdadera universalización de los derechos fundamentales como la que traería la apertura de nuestras fronteras parece hoy en día irreal, mucho más ilusoria es la idea de que su violación en cuatro quintas partes del planeta pueda coexistir sin poner en riesgo la paz y la seguridad"⁴.

Por otra parte, a diferencia de la inmigración, la emigración es considerada como parte del ejercicio de un derecho natural, desde los inicios del Derecho Internacional Francisco de Vitoria lo afirmaba contundentemente. Así mismo, la emigración es agradecida por representar una válvula de escape para las cargas económicas y sociales de los Estados, así como la entrada de ingresos con fuerza de trabajo no producida dentro de las fronteras nacionales. La realidad debiese configurarse de manera distinta, puesto que como han señalado algunos especialistas "el primer derecho humano que deberíamos considerar es el de no migrar"⁵.

Ahora bien, en esta línea argumentativa quizás la primera necesidad prioritaria para activar una protección integral a los migrantes es el funcionamiento efectivo de la denominada *Drittwirkung*⁶ que se traduce en la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, consistente en el reconocimiento de que entre los particulares puede existir afectación a los derechos humanos, y conforme a las obligaciones de respeto y garantía de estos que consagra la *Convención Americana de Derechos Humanos* (en adelante CADH), el Estado se encuentra estrictamente vinculado a la consecución de medidas afirmativas para que se garantice una plataforma jurídica y social que permita el desarrollo óptimo de los derechos.

³ Liwiski, Norberto. *Migraciones de niñas, niños y adolescentes bajo el enfoque de derechos*, Instituto Interamericano del Niño. [Formato: PDF], disponible en: http://www.iin.oea.org/iin/cad/actualizacion/pdf/3_1/Migraciones%20de%20Niños%20Niñas%20y%20Adolescente%20bajo%20el%20Enfoque%20de%20Derechos.pdf, fecha de consulta: 10 de diciembre de 2011.

⁴ Ferrajoli, Luigi. *Derechos y Garantías: La ley del más débil*, 6ª edición, Trotta, Madrid, 2009, p.157.

⁵ Mármora, Lelio. "Derechos humanos y políticas migratorias" en *Revista de la OIM sobre Migraciones en América Latina*, Vol. 8, núm. 2-3, CIMAL-OIM, Chile, agosto-diciembre, 1990, pp. 7-32.

⁶ La eficacia horizontal de los derechos humanos fue desarrollada por el Tribunal Constitucional Federal Alemán en el Caso Lüth y ha sido también tratada en algunos casos de la Corte IDH, al respecto véase: Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, No. 4.; Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C, No. 134. y Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C, No. 205.

Si bien, para quienes están cercanos al Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, nos parece una necesidad obvia, hay quienes no lo ven de esa manera, puesto que algunos Estados siguen bajo el antiguo paradigma de la *Escuela Histórica Alemana* de considerar a los derechos humanos como concesiones que el Estado le otorga a sus ciudadanos únicamente para hacerlas exigibles de manera vertical. Esta ausencia de horizontalidad en la eficacia de los derechos humanos es en gran parte catalizador de la desigualdad e inseguridad para los migrantes, puesto que el Estado receptor parte de la premisa de que los derechos humanos que reconoce son obligaciones con sus ciudadanos y que si un tercero afecta intereses de un particular no ciudadano no se activan supuestos de responsabilidad internacional.

Conforme al exaltamiento de la eficacia horizontal de los imperativos de la CADH se pueden justificar infinidad de medidas para que la protección de un grupo de especial relevancia como lo son los niños migrantes. Los Estados deben sentirse comprometidos primordialmente con los derechos humanos de todos los seres humanos que se encuentren en su jurisdicción, de esta manera, se puede enfocar al migrante ya no como una amenaza a la seguridad nacional, sino como un verdadero sujeto de protección y beneficiario del amplio *Corpus Iuris* legal Estatal.

B. Trascendencia jurídica y social de la solicitud de Opinión Consultiva.

La presente solicitud de Opinión Consultiva se enmarca en el actual contexto de políticas migratorias en la región, cuyo rasgo característico es la omisión de un enfoque específico transversal de Edad que tenga en cuenta las necesidades y derechos de los niños, niñas y adolescentes. En este sentido, la decisión de la Corte IDH tendrá importantes repercusiones en la concreción de la protección jurídica de la niñez migrante y en el establecimiento de estándares precisos sobre la materia, no solamente en el *Sistema Interamericano de Derechos Humanos* (en adelante SIDH) sino también a nivel universal.

La repercusiones serán especialmente importantes en países o escenarios de ausencias políticas y normativas, terminando con el debate sobre la posibilidad (o no) de privar de libertad a niños y niñas en razón de su estatus migratorio, que hayan migrado junto a sus padres o de manera no acompañada. Asimismo al dar respuesta a las preguntas planteadas se lograría desarrollar el contenido de la obligación de adoptar *medidas adecuadas de protección* en el ámbito migratorio, situación que por sí misma contribuiría en la transformación de situaciones de inequidad, violencia, impunidad y corrupción.

En este sentido, se exalta que la inexistencia de estándares precisos sobre la materia, no sólo puede constituir a crear un escenario de incertidumbre en cuanto a la protección jurídica e integral de estos niños y niñas, marco que suele ser proclive a las propagación de decisiones

discrecionales e incluso arbitrarias, sino que, además, puede determinar, que esos niños y niñas sigan siendo tratados de idéntica forma que a los adultos, con los perjuicios que ello acarrea para su desarrollo presente y futuro.

Por último, de no existir pronunciamiento por parte de la Corte IDH, por considerar que las respuestas a las preguntas planteadas puede extraerse del análisis e interpretación integral del *Corpus Jurisprudencial* del tribunal sobre los derechos de los niños en relación con otros criterios establecidos por éste con respecto a migrantes. Se presentaría un vacío en cuanto en la implementación de las medidas específicas que los Estados deben adoptar para erradicar prácticas de detención a niños y niñas con base en su condición migratoria, lo que, de manera respetuosa consideramos, debe tomar en cuenta la decisión de la H. Corte IDH.

ANÁLISIS JURÍDICO SOBRE LOS ASPECTOS DE FONDO DE LA SOLICITUD DE OPINIÓN CONSULTIVA

1. Principios transversales aplicables en la protección de los niños y las niñas migrantes.

Si bien los Estados gozan de un margen discrecional para regular el marco de protección de una población determinada en virtud del principio de soberanía que el derecho internacional le reconoce, lo cierto es que, el *corpus iure* internacional de protección de menores ha establecido algunos principios rectores en lo que respecta al trato de los menores, los cuales deben inspirar, fundamentar y orientar toda política adelantada por el Estado. Así independientemente de cuál sea la medida que el Estado va adoptar, esta debe estar siempre de acuerdo a los principios internacionales de protección de los niños y las niñas.

Los principios generales de protección de los niños y las niñas están consagrados en la *Convención de los Derechos del Niño* (en adelante CDN o Convención), instrumento que posee un marco general y amplio de las obligaciones de los Estados con respecto a los menores.⁷

a) El Principio de no Discriminación.

El principio de no discriminación está consagrado en el artículo 2 párrafo 1 de la CDN, esta disposiciones establece que los derechos consagrados en el instrumento se deben

⁷ ONU. *Convención sobre los Derechos del Niño*. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, 20 de noviembre de 1989.

garantizar a todos los niños y niñas que se encuentren dentro del territorio del Estado parte, esto sin distinción por razones de ninguna índole.⁸ Cuando nos referimos específicamente al tema que nos ocupa, la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) estableció que la no discriminación en lo que concierne a niños y niñas migrantes se refiere específicamente a la igualdad de los derechos de esta población sin importar status de nacionalidad, status migratorio o la falta de nacionalidad del niño.⁹

Asimismo en materia de DESC, el *Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales* ha considerado que todo niño y toda niña dentro de un Estado parte del *Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales*, tiene derecho a programas de salud y educación sin importar su nacionalidad o su status de indocumentado.¹⁰

Razón por la cual se ha señalado tajantemente que cualquier discriminación, sea abierta o escondida, constituye una afrenta contra la dignidad de los niños.¹¹ En este punto, el *Comité de Derechos del Niño* igualmente ha encontrado que la disparidad entre los niños que perteneces a población vulnerable (en la que se encuentran los migrantes) y los otros niños, genera una discriminación de facto en temas vitales como educación, salud y asistencia social.¹²

Finalmente, la Corte IDH ha entendido que el principio de igualdad y no discriminación constituye una norma de *ius cogens*, en ese sentido, ha expresado que el principio hace parte del andamiaje del orden jurídico internacional y es un principio que permea todo ordenamiento jurídico.¹³

b) El Principio del Interés Superior del Menor como consideración primordial de protección.

EL *interés superior del niño* está contenido en el artículo 3º de la *Convención sobre los Derechos del Niño* (en adelante CDN o Convención) y constituye hoy en día un hito insoslayable en el largo proceso de consagración de los derechos de los niños.¹⁴

⁸ *Ibidem*. Art. 2.

⁹ Asamblea General de las Naciones Unidas. *Op.Cit., supra* nota 2, p.7.

¹⁰ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Observación General No. 20*, E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009, Párr.30.

¹¹ Comité de los Derecho del Niño. *Observación General No. 1*. Propósitos de la educación, 26º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 332, 2001.

¹² *Ídem*.

¹³ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003, Serie A, No. 18, Párr. 101.

¹⁴ Hernández, Francisco. *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 27.

En el ámbito regional, la Corte IDH ha sostenido que el desarrollo del niño y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño, justamente en atención a este principio¹⁵.

Hablar del interés superior del niño, implica reconocer necesariamente que por décadas fue utilizado e interpretado como un "cheque en blanco"¹⁶ que justificaba toda clase de arbitrariedades en el ámbito público estatal. Ulteriormente, a partir de que el principio fuera incluido en la CDN, se le comenzó a considerar una herramienta hermenéutica dirigida a resolver conflictos entre derechos.

En este sentido, el *interés superior del niño* puede ser definido como un mandato al Estado para privilegiar determinados derechos de los niños frente a situaciones conflictivas en las que se deban restringir o limitar derechos individuales o intereses colectivos. De este modo, presenta un contenido normativo específico que supone que determinados derechos de los niños¹⁷ poseen un "mejor interés" o prevalencia respecto de otros derechos individuales o intereses colectivos.

No obstante, no puede operar como regla general y garantizar todos los derechos de los niños en todas las situaciones de tensiones de derechos que pudieran generarse, ya que la CDN establece que ciertos derechos de los niños ceden frente a determinados intereses colectivos y-o frente a derechos individuales de terceros.¹⁸ Así se reconoce la existencia de un *núcleo duro*¹⁹ de derechos del niño dentro de la CDN que constituiría un claro límite a la actividad estatal al impedir su actuación arbitraria.

¹⁵ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/02, 28 de agosto de 2002, Serie A, No. 17, Conclusión 2.

¹⁶ [...] Este artículo de la CDN es el más citado por toda la jurisprudencia. Sin embargo no hay un sólo fallo que lo analice o desarrolle siquiera mínimamente. Se lo emplea por lo general para motivar las sentencias; pero al tratarse de una norma demasiado vaga, no es posible considerar que un fallo que sólo se base sobre este artículo lo logre. En estos fallos se advierte que el juez adopta una solución sobre la base de su valoración del caso y para justificarla sostiene que esa decisión se basa sobre el artículo 3. (Beloff, Mary, "Quince años de vigencia de la Convención sobre Derechos del Niño en la Argentina", en Bovino, Alberto, Courtis, Christian y Abramovich, Víctor (Comps.). *La aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos en el ámbito interno. Balance y perspectivas: 1994-2005*, Del Puerto, Buenos Aires, 2006, pág. 290.

¹⁷ Estos derechos que no permiten limitación alguna son reconocidos expresamente por la Convención sobre Derechos del Niño en sus artículos 6 (derecho a la vida), 7 (derecho al nombre y a la nacionalidad), 8 (derecho a la identidad y a la protección contra injerencias ilícitas), 14 (libertad de pensamiento, conciencia y religión), 24 (derecho a la salud), 27 (nivel de vida y desarrollo adecuados), 28 (derecho a la educación), 31 (derecho al descanso, al esparcimiento y al juego) y 40 (garantías penales).

¹⁸ ONU. *Convención sobre los derechos del niño*, *Op.Cit.*, *supra* nota 7, Art. 10, 13 y 15.

¹⁹ Este núcleo duro comprendería los derechos mencionados *supra* en la Nota 17.

En este punto del análisis, podemos identificar que el interés superior del niño definido de esta forma otorga prioridad a las políticas públicas destinadas a garantizar el contenido mínimo esencial de los mencionados derechos de la CDN, como expresión de las obligaciones positivas del Estado, así en lo que respecta a los niños migrantes, la OACNUDH, ha establecido que este principio es de aplicación prevalente a todos los otros, y que puede llegar incluso a aplicarse sobre políticas migratorias.²⁰

Todo lo anterior lleva a concluir que el reconocimiento del núcleo duro de derechos de los niños ofrece pautas hermenéuticas para resolver los casos en los que se produzca un conflicto entre los derechos reconocidos en la CDN, entre esos derechos y otros derechos garantizados a los niños y, finalmente, entre los derechos de los niños y los derechos de los adultos. De tal manera cuando la CDN determina que un derecho cede ante el interés superior del niño, implica necesariamente que ese derecho puede ser restringido en aras de garantizar los derechos que integran el núcleo duro mencionado con anterioridad²¹.

c) Derecho a la Vida, la Supervivencia y el Desarrollo.

El derecho a la vida, consagrado en el artículo 6 de la CDN va más allá de la mera supervivencia física de los menores, este derecho, conlleva el desarrollo del niño dentro de su concepción más amplia.²²

La Corte IDH ha ratificado esta opinión, afirmando la existencia del derecho inmanente que tienen todos los niños y las niñas a desarrollar su proyecto de vida. Así, en la sentencia del *Caso de los Niños de la Calle Vs. Guatemala*, la Corte expresó que "todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece."²³

En lo que concierne a los niños migrantes, se ha considerado que el desarrollo de la vida digna está en estrecha relación con la ausencia de figuras como la explotación, la detención y la separación de sus padres, en contravía con su interés superior.

d) Derecho a ser Escuchados.

²⁰ Asamblea General de las Naciones Unidas. *Op.Cit.*, supra nota 2, p. 8.

²¹ Freedman, Diego. "Funciones normativas del interés superior del niño", en *Jura Gentium, Revista de Filosofía del Derecho Internacional y de la Política Global*, [Formato: HTML], disponible en <http://www.juragentium.unifi.it/es/surveys/latina/freedman.htm>, fecha de consulta: 20 de enero de 2012, p. 511.

²² Asamblea General de las Naciones Unidas. *Op.Cit.*, supra nota 2, p. 8.

²³ Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*, Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C, No. 63, párr. 191.

En el artículo 12 de la CDN encontramos el derecho a ser escuchado, este derecho implica que en todas las decisiones que se tomen con respecto a un menor, las autoridades estatales tienen el deber de permitir su participación y escuchar su opinión. Este derecho adquiere una importancia mayor en el caso de los niños migrantes, pues las autoridades judiciales y administrativas están en la obligación de garantizar la participación de menores en todos los trámites y procesos relacionados con inmigración y asilo.²⁴

e) Principio de No Devolución.

La Organización Mundial para las Migraciones, estableció que uno de los principios básicos de protección de los menores migrantes, es el de no devolución, principio que prohíbe a los Estados devolver menores a sus países de origen cuando esta acción pueda generar un daño irreparable.²⁵

Esta afirmación se ve sustentada en la Convención contra la Tortura, que prohíbe expresamente que cualquier persona sea trasladada a un Estado donde haya indicios de que puede ser sujeto de tortura, o tratos crueles, inhumanos o degradantes.²⁶

2. Obligaciones jurídicas primarias de los estados con referencia a todos los niños, niñas y adolescentes migrantes que se encuentren dentro de su territorio.

Las obligaciones de los Estados en virtud de la CADH se aplican con referencia a todos los niños que se encuentren dentro de su territorio y a los que estén por otro concepto sujetos a su jurisdicción. Estas obligaciones a cargo del Estado no podrán ser arbitraria y unilateralmente recortadas, sea mediante la exclusión de zonas o áreas del territorio del Estado, sea estableciendo zonas o áreas específicas que quedan total o parcialmente fuera de la jurisdicción del Estado.

Asimismo, las obligaciones del Estado se aplican dentro de las fronteras de ese Estado, incluso con respecto a los niños que queden sometidos a la jurisdicción del Estado al tratar de penetrar en el territorio nacional. Por tanto, el disfrute de los derechos estipulados en el *Corpus Iuris* Internacional de protección de la niñez no está limitado a los menores que sean nacionales del Estado Parte, de modo que, salvo estipulación expresa en contrario en la Convención, serán también aplicables a todos los menores –sin excluir a los solicitantes de

²⁴ Asamblea General de las Naciones Unidas. *Op.Cit., supra* nota 2, p. 8.

²⁵ IML. *Information Note on the Protection of Unaccompanied Migrant Children*, IML, 2011, p. 5

²⁶ ONU. *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*. Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, 10 de diciembre de 1984. Art. 3.

asilo, los refugiados y los niños migrantes- con independencia de su nacionalidad o apatridia, y situación en términos de inmigración.

Al tenor de lo señalado, analizaremos en las siguientes líneas, lo que consideramos constituye, en nuestro entender, la obligación primaria de los Estados: la identificación de necesidades de protección internacional, sobre la cual se deben trazar las políticas de protección y garantía.

2.1 La identificación de necesidades de protección internacional y potenciales situaciones de riesgo para los derechos del niños, niñas y adolescentes migrantes.

Si analizamos que al menos 600,000 personas son víctimas de trata de personas²⁷ alrededor del orbe, y una gran parte de estas víctimas son menores de edad. No es difícil advertir la necesidad apremiante de la transversalización de la edad en los procedimientos de identificación de necesidades de protección y la necesaria sintonía entre los Estados con el *principio de no potencialización* de la vulnerabilidad que debe guiar dichos procedimientos, sobre todo porque no son los particulares quienes provocan el riesgo, sino es la estructura Estatal quien crea una biosfera de inseguridad hacia el no ciudadano de la cual se sirven los particulares. Por tanto, reafirmamos que el Estado, a través de sus distintos agentes e instituciones tendría como una primera obligación-conforme al artículo 1 de la CADH- no adoptar medidas que incrementen el riesgo de los niños migrantes.

2.1.1 Proceso de Evaluación Inicial

Ello nos lleva necesariamente a que en los procedimientos de identificación de necesidades de protección internacional y potenciales situaciones de riesgo para los derechos del niños, niñas y adolescentes migrantes, 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 protección²⁸. 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.

²⁷ La trata de personas se define como: la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.

²⁸ Comité de Derechos del Niño. *Observación General N° 6*, Trato de los menores no acompañados y separados de sus familias fuera de su país de origen, CRC/GC/2005/6, 1 de Septiembre de 2005, párr. 20.

De manera consecuente, la identificación de niños, niñas y adolescentes que se encuentran en "situación de riesgo" debería tener en cuenta su exposición al trauma, las dificultades, las amenazas, y los riesgos, así como sus mecanismos de adaptación, su capacidad de recuperación y sus maneras de mitigar el riesgo. Es importante subrayar que la clasificación no puede determinarse solo sobre la base de los factores de mayor riesgo, sin tener en cuenta también la capacidad de adaptación individual y los factores ambientales protectores.²⁹

Siendo así, es menester que las medidas que se adopten para atender las necesidades de protección de los niños, niñas y adolescentes, su secuencia y prioridad, se regirán por el principio del interés superior del menor-en los términos descritos en el apartado 1, inciso b) de este *amicus*-.

Por ello, la realización de un *proceso de evaluación inicial*³⁰ es primordial y debe comprender las siguientes fases:

- a) Determinación, con carácter prioritario, de la condición 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 (art. 8 CDN).

Las medidas incluirán la determinación de la edad, para lo cual no sólo debe tenerse en cuenta el aspecto físico del individuo, sino también su madurez psicológica. Además, la evaluación deberá realizarse con criterios científicos, seguridad e imparcialidad, atendiendo al interés del menor y a consideraciones de género, evitando todo riesgo de violación de su integridad física, respetando debidamente su dignidad humana, y, en caso de incertidumbre, otorgando al individuo el beneficio de la duda, de manera que, en la hipótesis de que se trate de un menor, se lo trate como tal.

- b) 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.
- c) Recopilar información sobre las razones por las que está separado de su familia o no acompañado;

²⁹ ACNUR. *Herramientas para la identificación de personas en situación de riesgo*, ACNUR, Ginebra, 2008, p. 1-2.

³⁰ Véase. Comité de Derechos del Niño. *Observación General N° 6*, Op.Cit., supra nota 28, párr. 20.

- d) Evaluar aspectos particulares de vulnerabilidad, en especial relativos a la salud, y de índole física, psicosocial y material, y de otras necesidades de protección como las derivadas de la violencia en el hogar, la trata o el trauma; en particular toda la información de que se disponga 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 origen³¹, o las provocadas por los efectos indiscriminados de la violencia generalizada.
- e) Entregar inmediatamente a los menores no acompañados o separados de su familia de documentos personales de identidad.
- f) Comienzo inmediato de la localización de los miembros de la familia.

Consecuentemente, las decisiones posteriores sobre la residencia y el estatuto de los niños, niñas y adolescente en el territorio del Estado se basarán en las conclusiones de dicho proceso de evaluación inicial de las medidas de protección, de allí la importancia de que estos se realicen con arreglo a los procedimientos mencionados *supra* y en pleno de los derechos de los niños.

2.2.2 Evaluación individualizada de las necesidades de protección del menor, teniendo en cuenta la persecución dirigida específicamente hacia los menores.

En lo que respecta a estándares para la identificación y tratamiento de menores solicitantes de asilo o refugio, debemos partir de reconocer la posibilidad de que ambas hipótesis puedan generarse en perjuicio de un menor, puesto que considerar de antemano la no plausibilidad de configuración de asilo o refugio constituiría una distinción soberbia y nociva para el interés superior del niño, niña o adolescente.

Por cuanto hace a la configuración del asilo en caso de menores, si es menester aclarar que la persecución por delito político no necesariamente debe presentarse mediante la vía penal, puesto que puede sugerirse el caso donde exista jurisdicción especial para los menores que cometen conductas sancionadas por las normas penales pero por razones de edad se llevan a cabo a través de tribunales de responsabilidad juvenil y que aun cuando se justifican con un discurso no penal, implican en gran medida la aplicación del poder punitivo del Estado. Aun cuando exista diferencia entre las penas y las medidas de seguridad-estas últimas aplicables

³¹ ONU. *Convención de 1951 sobre el estatuto de los refugiados*, adoptada el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el estatuto de los refugiados y de los apátridas, 22 de abril de 1954, párr. 2 de la Sección A del Art. 1.

para menores infractores- no es la posibilidad de pena corporal la que activa la solicitud de asilo, sino que más bien se corresponde con un sentimiento de censura de autodeterminación, discriminación y represión de la manifestación política.

Mientras que para el asilo se requiere el nexo con un injusto político, para el reconocimiento de refugiado es necesario que se cumplan los siguientes elementos³² objetivos y subjetivos, a saber: a) Que el sujeto se encuentre afuera de su país de nacionalidad o residencia habitual; b) Que tenga temor fundado de persecución y c) Que la persecución en cuestión sea motivada por su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas.

De acuerdo al Manual de procedimientos y criterios del ACNUR para aquellos casos en que el temor fundado de persecución no salga a la superficie de manera clara, es necesario analizar contextualmente determinadas circunstancias de la persona, como los antecedentes personales y familiares, su pertenencia a un determinado grupo racial, religioso o social así como todos los demás factores que justifiquen el estatus de refugiado.

Ahora bien, para activar una protección loable respecto de los menores que soliciten refugio o asilo, se debe crear un primer pilar paradigmático, que de cierta manera socava la antigua concepción creada por la doctrina y jurisprudencia³³ de que el menor de edad no es un sujeto capaz de ejercicio sin representación. En casos en que un menor solicite asilo o refugio no debe rechazarse la solicitud por argumentos relacionados con la falta de capacidad o representación, sino que el Estado debe darle curso a la solicitud y otorgar de oficio un abogado o representante que auxilie al menor en las diligencias necesarias para activar el refugio.

Además de lo anterior, los agentes migratorios cuando estén en presencia de menores de edad migrantes, ya sea acompañados o no, deben de oficio cuestionar las razones de su estancia en el país receptor, con el fin de conocer si existen razones fundadas para creer que el menor huye por razones de persecución o aquellas que activan la protección de asilo. Ante la mínima sospecha de que el migrante sufre un peligro si se le devuelve al país de origen la protección del interés superior del niño exige que exista la garantía de no devolución y se invierta la carga probatoria a las autoridades migratorias para que demuestren que su regreso al país no constituye la consumación de un daño irreparable.

³² *Ídem.*

³³ Véase. Beloff, Mary. *Cuando un caso no es "el caso". Comentario a la sentencia Villagrán Morales y otros*, en la Revista "Más derecho", Di Plácido, Buenos Aires, 2000. Considerando 4 y Conclusiones.

En la misma línea, las solicitudes de asilo de los menores no acompañados o separados, tendrán que interpretarse a la luz de la *lex specialis* y teniendo presentes la edad y el género y los motivos concretos, las formas y manifestaciones de la persecución sufrida por los menores.

La persecución por razones de parentesco, el reclutamiento de menores en las fuerzas armadas, el trato de menores con fines de prostitución, la explotación sexual de los menores o la mutilación genital de mujeres, constituyen todas ellas formas y manifestaciones de persecución específicamente infantil, que pueden justificar la concesión de la condición de refugiado si esos actos son subsumibles en uno de los motivos estipulados en la Convención de 1951.³⁴

Por consiguiente, en los procedimientos nacionales aplicables para la concesión de la condición de refugiado, los Estados deben prestar la máxima atención a estas formas y manifestaciones de persecución específicamente infantil, así como a la violencia de género. Incluso si el relato del menor adoleciera de problemas de credibilidad, se concederá a éste el "beneficio de la duda", así como la posibilidad de recurrir en debida forma contra la decisión recaída.

Los funcionarios que participan en los procedimientos deben recibir, con miras a la aplicación de las normas internacionales y nacionales en materia de refugiados, una formación que tenga en cuenta las necesidades específicas de los menores, así como sus particularidades culturales y de género. A fin de tramitar adecuadamente las solicitudes de asilo de los menores, cuando los gobiernos traten de reunir información sobre el país de origen, se incluirá la referente a la situación de la infancia y, en especial, de la perteneciente a minorías o grupos marginados.

Finalmente, la autoridad que atienda solicitudes de refugio o asilo debe contar con las garantías judiciales de competencia, independencia e imparcialidad y los procedimientos de solicitud de asilo o refugio incoados por menores deben de ser atendidos en un plazo razonable y de manera prioritaria al de los adultos que se encuentren en igualdad de circunstancias de gravedad, contexto y país sin que se justifique la negativa de protección bajo la excusa de que el contexto que motiva la solicitud sólo se encuentra en una parcialidad del territorio del Estado, siempre que se corresponde con un conflicto de etnias o de grupos sociales determinados.³⁵

³⁴ Comité de Derechos del Niño. *Observación General N° 6, Op.Cit., supra* nota 28, párr. 20.

³⁵ CIDH. *Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado*, OEA/Ser.L/V/II.106, 28 febrero 2000, párr.91.

3. Sistema de garantías que debería aplicarse en procesos migratorios que involucran niños, niñas y adolescentes migrantes.

"Las leyes que activan el poder punitivo no siempre lo dicen. Hay casos en que esto es patente pero hay otros que no surge con claridad, porque el discurso con que se justifica la ley es otro"

Eugenio Raul Zaffaroni ³⁶

Quien se asoma al fenómeno migratorio desde la perspectiva jurídica, se encontrara con un contexto de distinción de goce y garantía de derechos entre el ciudadano y el diferente o extranjero. Tradicionalmente la atribución, goce y ejercicio de los derechos fundamentales por imperio de ley se corresponde con al menos tres *status*- persona, ciudadano y capacidad de obrar – las cuales vienen a formar un amplio cuerpo de derechos con naturaleza jurídica distinta y con grados diversos de obligaciones Estatales. Aquellos que se corresponden con el *status* de persona-entendido dicho termino como todo ser humano- pertenecen a la categoría de los derechos humanos cuyo criterio de atribución no es otro más que la pertenencia al género humano, por otro lado el status de ciudadano genera los derechos políticos y por último el status de capacidad impulsa los derechos-poder consistentes en la capacidad de generar actos jurídicos con derechos de carácter transmisible.

Ahora bien, aun cuando dentro de la categoría de derechos humanos se encuentran los derechos de "circulación y residencia" dichas prerrogativas se encuentra limitadas a un escrutinio de status de ciudadano , así como a una serie de discursos donde se invocan conceptos cómo la soberanía Estatal, la seguridad nacional, el orden público entre otros. Como ha sido señalado previamente, el Derecho internacional reconoce a los Estados un amplio margen de discreción para el control poblacional³⁷, sin embargo es en los procedimientos migratorios, ya sea a través de organismos administrativos cómo judiciales, donde pareciera ser que no son sólo los derechos de circulación y residencia los que están en juego, sino que la actuación del Estado recipiente activa una resolución que toca por alcance otros derechos humanos y por ende es menester exigir el derecho a un debido proceso.

³⁶ Zaffaroni, Eugenio Raul. *Manuel de Derecho Penal parte general*, 2a edición, EDIAR, Buenos Aires, Argentina, 2006, p.30.

³⁷ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Op.Cit., supra nota 13, p.119. 163 y 168.; Cfr. Corte IDH. *Asunto Haitianos y Dominicanos de origen Haitiano en la República Dominicana respecto República Dominicana*, Resolución de medidas provisionales, 18 de agosto de 2000. Considerando cuarto.; Corte IDH. *Caso Vélez Loo Vs. Panamá*, Sentencia de 23 de noviembre de 2010, Serie C, No. 218, párr.97.

En línea con lo establecido por el artículo 8.1 de la CADH, son numerosos los precedentes del SIDH en los que se ha recalado la vigencia del debido proceso legal en todo proceso en que esté en juego la determinación del contenido y alcance de los derechos humanos, sin importar la materia de la que se trate.³⁸

En el marco del tema migratorio, la Corte IDH se ha pronunciado que se vulnera el derecho a las garantías y a la protección judicial por varios motivos: por el riesgo de la persona cuando acude a las instancias administrativas o judiciales de ser deportada, expulsada o privada de su libertad, y por la negativa de la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a su favor, lo cual impide que se hagan valer los derechos en juicio. Al respecto, el Estado debe garantizar que el acceso a la justicia sea no solo formal sino real.³⁹

No obstante, si nos apegamos a la definición de debido proceso ofrecida por la Corte IDH en la OC-9/87, resulta que se produce un vacío en lo que respecta a procedimientos migratorios. La razón que subyace esta afirmación es que dicha definición contempla que “debido proceso” abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial⁴⁰. En este sentido el debido proceso requiere la preexistencia de un derecho subjetivo o adjetivo que se pretende defender para que surja su activación, y si partimos del supuesto de que, los Estados han decidido que las personas que no cuentan con documentos que amparen su residencia legal no tienen derecho a permanecer en él. De ello se siguen argumentos legales como los vertidos en el *Caso Smith y Armendariz Vs. Estados Unidos* dónde el Estado invocó que si la persona no tiene derecho a la residencia y circulación no ha lugar a brindársele un debido proceso⁴¹.

Es claro que en los procedimientos migratorios que incluyen cómo sanción la deportación, el análisis administrativo o judicial será exclusivamente sobre si por razones humanitarias se dispensa la deportación, es decir, difícilmente se encontrara en un proceso de deportación personas con residencia legal en el país en cuestión que amerite un enfoque distinto al de aquellas personas que no cuentan con documentos legales de residencia o circulación. Bajo esta tesitura, la dispensa de deportación no es un derecho, sino que se encuentra todavía en el plano de la actividad discrecional de la autoridad, y por tanto, la defensa que el inmigrante

³⁸ CIDH. *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II.129, 7 septiembre 2007, párr. 180.

³⁹ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Op.Cit., supra nota 13, párr. 122, 123, 124.

⁴⁰ Corte IDH. *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-9/87, 6 de octubre de 1987, Serie A, No. 9, párr. 28.

⁴¹ CIDH. *Caso Wayne Smith, Hugo Armendariz, y otros Vs. Estados Unidos*, Caso 12.562, Informe No. 81/10, 12 de julio de 2010, párr. 34.

realizará no será otra más que la solicitud de beneficiarse de la dispensa de deportación.

He aquí donde el paradigma del debido proceso debe cambiar, puesto que si nos basamos en que los procedimientos migratorios decidirán sobre el derecho a la circulación y residencia se está condenando nuevamente a miles de migrantes a un intento infructuoso de salvaguardar su proyección de vida, ya que es más que obvio que pelear dos derechos subjetivos que no tienen como criterio de atribución la simple pertenencia al género humano, sino más bien, la de ciudadano traerá como consecuencia sólo la consideración de una concesión de carácter humanitario como lo es la dispensa de deportación.

Ahora, si se renuncia en parte al paradigma de que el inmigrante busca la defensa exclusiva de los derechos de circulación y residencia y se reconoce la defensa de aquellos derechos que se atribuyen sólo por ser humano, entonces el debido proceso acarrea consecuencias trascendentales, puesto que reconoce que no se utiliza para defender únicamente derechos subjetivos que no se conceden a no ciudadanos, sino que exige a las autoridades una serie de condiciones para defender derechos humanos que en efecto entran en colisión con los intereses Estatales .

Por otra parte, debe partirse del reconocimiento efectivo de que los procesos de deportación implican la activación del poder Estatal, y que la justificación de los mismos apelando a discursos cómo la seguridad nacional, el orden público y la prevención del delito traslada la actividad administrativa de los agentes fronterizos a la política criminal. Basta percatarse del funcionamiento de las patrullas fronterizas en busca de indocumentados o migrantes en situación irregular, la promulgación de leyes anti-migrantes y la discriminación en las requisas, entre otros factores, para entender que el migrante no es tratado como una persona con irregularidad residencial, sino como un enemigo del Estado que pone en riesgo el nivel de bienestar socio-económico.

Resulta muy fácil traspasar la línea de lo estrictamente administrativo para entrar a los dominios del Derecho Penal o al menos de la Política criminal, el propio Dr. *Norberto Liwski* especialista del instituto interamericano del niño, la niña y adolescentes, en la obra "*Migraciones de niños, niñas y adolescentes bajo el enfoque de derechos*", al diferenciar el delito de trata respecto del tráfico ilegal de personas señaló que este último tiene como característica que el sujeto pasivo del delito es el Estado⁴². Es nocivo considerar que la migración irregular lesiona un bien jurídico de los Estados puesto que aparte de todas las implicaciones en el principio de ultima ratio del derecho penal, y de la discusión respecto de si los Estados tienen bienes jurídicos a tutelar, se está considerando a la migración irregular como un símil al contrabando de mercancías, es decir, la persona se convierte en un objeto que si no cuenta con los permisos debe ser expulsado sin más implicaciones.

⁴² Cfr. Norberto, Liwski. *Migraciones de niños, niñas y adolescentes bajo el enfoque de derechos*, Op.Cit., supra nota 3, p.8.

De ahí que resulte más preocupante al hablar de niños, niñas y adolescentes migrantes, sin embargo, siguiendo los razonamientos anteriores el paradigma del debido proceso o de las garantías judiciales en los procesos migratorios donde estén involucrados menores de edad cambia radicalmente. La razón por la que todavía no se enuncian garantías judiciales específicas para los procedimientos migratorios es porque hemos querido dejar en claro que de nada sirve enumerar una serie de requisitos mínimos de protección en un proceso sin que se cambié el paradigma imperante sobre los dos puntos señalados *supra*; que en los procesos migratorios no sólo está en defensa el derecho a la residencia y circulación sino otros derechos que no admiten categoría de distinción y el reconocimiento efectivo de que los procesos de deportación activan el poder del Estado y se encuentran más cercanos a la política criminal que a un mecanismo benévolo de control de población.

Lo anterior, es absolutamente indispensable, puesto que consideramos que la tarea de realizar una opinión consultiva no debe ceñirse únicamente a enumerar taxativamente obligaciones y derechos sobre el mismo *status quo*, sino que debe ir en busca de un cambio de paradigma que de lograrse, contribuiría a producir nuevas exigencias en cuanto a la protección de derechos humanos en la región.

3.1 Garantías judiciales genéricas y la simbiosis necesaria del derecho nacional e internacional.

Bajo este esquema, los procedimientos migratorios de menores exigirán de los Estados el cumplimiento pleno de distintas garantías judiciales, como lo es: el derecho a expresarse y ser oído, el derecho a un intérprete, el derecho a asistencia jurídica gratuita, al derecho a acceder a la justicia, encarnado en un tribunal independiente e imparcial frente al cual impugnar la medida privativa de su libertad, el derecho a que la decisión sobre su libertad esté escrita y debidamente fundamentada, el derecho a disponer de un recurso efectivo, el derecho a recibir asistencia consular, y a la revisión judicial inmediata y periódica de la orden de detención⁴³ y las demás garantías que reconozcan las normas estatales y otros tratados internacionales.

Resulta pertinente enfocarnos, por un momento, en lo que consideramos, constituye un requerimiento para asegurar el derecho de acceso a la justicia de los niños y niñas de la región: la especialidad en la administración de justicia.

En consonancia con la CDN la Corte IDH ha reconocido en su jurisprudencia el *principio de especialidad* al analizar el art. 8.1 de la CADH, estableciendo que una consecuencia evidente de la pertinencia de atender en forma diferenciada y específica las cuestiones referentes a los niños.

⁴³ Abramovich, Víctor y otros. *Estudio sobre los estándares jurídicos básicos aplicables a niños y niñas migrantes en situación migratoria irregular en América Latina y el Caribe*, UNICEF, Universidad Nacional de Lanús, Centro de Derechos Humanos, Argentina, 2009, p. 37.

No obstante, la especialidad, no debe ser entendida sólo como una condición o característica de las diferentes instancias encargadas, sino como un principio- sea un mandato *prima facie* y de optimización- que pretende, como ya se señaló, asegurar respuestas jurídicas adecuadas a este grupo de personas. Justamente esto es quizás lo más importante de la vigencia de este principio, que se vea reflejado en la manera como se resuelven los conflictos en los que se encuentra involucrada una persona menor de edad y, se reitera, en la interpretación jurídica de las normas aplicables a cada caso concreto. Por lo que, dicho principio debe ser observado también en los procedimientos migratorios.

Si bien es cierto esta garantía de instituciones específicas para los menores se encuentra íntimamente ligada a la materia penal, consideramos menester trasladarla a la materia migratoria. La razón que subyace a esta especificidad en material penal en beneficio del menor es para que exista un trato distinto respecto de la aplicación del poder punitivo con relación a los adultos tutelando el interés superior del niño. empero, en apego al interés superior del niño hay que entender que no es la materia judicial la que determina esta necesidad de instituciones específicas, sino más bien los efectos que produce sobre los derechos humanos del niño, y por ende las cuestiones inherentes al acercamiento de la autoridad al proceso de deportación.

En atención a lo anterior, consideramos adecuado trasladar el principio del interés superior del niño al ámbito de las garantías procedimentales. De cierta forma de lo que se trata es de hacer verificable la tutela del interés superior del niño a través de una revisión judicial. La propuesta es en el sentido de que los niños a través de sus abogados puedan hacer disponibles a las autoridades migratorias criterios de cortes nacionales e internacionales para hacer autoejecutable aquellas interpretaciones que en mayor medida favorezcan sus derechos humanos, y por tanto al ser normas o jurisprudencia que expanden la protección al menor se activa de manera inmediata el *principio pro persona* y el interés superior del niño, ya no como directrices de hermenéutica, sino como una obligación judicial que está sujeta a revisión de instancia superior.

Realmente las condiciones adecuadas a las que se refiere la definición del debido proceso otorgada por la Corte IDH no están en los preceptos normativos de las constituciones y leyes nacionales o en tratados internacionales, sino en la totalidad de las sentencias y recomendaciones de los organismos encargados de la protección de los derechos humanos. Bajo esta última modificación el interés superior del niño se convierte en una garantía judicial de toque hermenéutico, sujeto a verificabilidad y que vincula al juez a la consideración de aquellas normas y resoluciones que favorezcan más al menor.

Lo último que queda por señalar, es que si bien es cierto lo que hemos propuesto parece un tanto utópico, debemos recordar que según Ferrajoli Luigi "La historia del derecho es una

historia de utopías vueltas realidad”

4. Privación de la libertad de niños, niñas y adolescentes migrantes.

4.1 Precisiones terminológicas.

En el desarrollo del presente documento, se ha utilizado el término “detención” en sentido amplio, para hacer referencia a situaciones de privación de libertad, entendiendo por esta:

[...] Cualquier forma de detención, encarcelamiento, institucionalización, o custodia de una persona, por razones de asistencia humanitaria, tratamiento, tutela, protección, o por delitos e infracciones a la ley, ordenada por o bajo el control de facto de una autoridad judicial o administrativa o cualquier otra autoridad, ya sea en una institución pública o privada, en la cual no pueda disponer de su libertad ambulatoria. Se entiende entre esta categoría de personas, no sólo a las personas privadas de libertad por delitos o por infracciones e incumplimientos a la ley, ya sean éstas procesadas o condenadas, sino también a las personas que están bajo la custodia y la responsabilidad de ciertas instituciones, y otros establecimientos para personas con discapacidades físicas, mentales o sensoriales; instituciones para niños, niñas y adultos mayores; **centros para migrantes**, refugiados, solicitantes de asilo o refugio, apátridas e indocumentados; y cualquier otra institución similar destinada a la privación de libertad de personas.⁴⁴

En este sentido, no se ignora que algunos especialistas consideran que técnicamente no debe acuñarse el término detención por las implicaciones penales que del mismo se derivan, siendo lo correcto el uso y la aplicación en el plano del derecho el término retención, puesto que la propia afirmación detención de individuos o niños por su condición migratoria, resulta contraria a la interpretación tradicionalmente aceptada de no criminalizar el estatus migratorio de un individuo⁴⁵. Sin embargo, se considera que al acercarse a la problemática de la privación de la libertad de niños, niñas y adolescentes migrantes, es necesario precisar que independientemente de las distintas denominaciones que cada país pueda utilizar para llamar esta situación [aprehender, asegurar, internar, retener, etc.], lo relevante está, en que se trata de una circunstancia que, por su naturaleza jurídica, sus implicancias, las causas que la determinan o las condiciones de su ejecución, constituye una privación de libertad *stricto sensu*.

⁴⁴ CIDH. *Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II., 30 de diciembre de 2009, párr.143.

⁴⁵ CIDH, *Relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias en el hemisferio*, Segundo Informe sobre progreso, OEA/Ser./L/V/II.111, 16 de abril de 2001, párrs. 101-119.

4.2 El principio de no detención de niños, niñas y adolescentes migrantes como sanción por su condición migratoria: La obligación de adoptar medidas alternativas a la detención de niños migrantes.

Técnicamente la detención es considerada una medida cautelar de carácter personal que grava provisionalmente el derecho a la libertad personal de los individuos. La Corte IDH en casos de imputación penal ha establecido que la prisión preventiva es la medida cautelar más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito⁴⁶, situación que motiva que su aplicación se realice de manera excepcional puesto que dicha medida se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad.

Bajo esta directriz, si bien es cierto la prisión preventiva es inherente a la materia penal y su excepcionalidad pudiese explicarse por la relación que existe entre la privación de la libertad y que el lugar donde se llevara a cabo será en una prisión, ha de entenderse por mayoría de razón, que cualquier medida similar, en una materia distinta a la penal exige un estándar mucho más alto de justificación, puesto que la persona a quien se afecta su libertad personal no se encuentra bajo la óptica de la posibilidad de haber cometido una conducta típica, antijurídica y culpable, *sino una falta de carácter administrativo que no amerita pena corporal*, siguiendo el silogismo la no correspondencia de pena corporal, impide de cierta manera, que las medidas previas a la determinación judicial sean más gravosas que el propio resultado que pone fin al juicio.

Así mismo, la prisión preventiva en materia penal exige que sea dictada por la autoridad judicial, excepcionalmente como medida cautelar, situación que implica al menos cuatro cuestiones a saber:

- a) Se requiere que sea dictada por el órgano judicial y no por la autoridad administrativa, significa que dicha medida requiere una visión imparcial, la cual no puede realizarse bajo el yugo de quien se encargó de la investigación penal, como lo sería la fiscalía o ministerio público.
- b) Se necesita que sea formalmente dictada, necesariamente implica que se trata de una resolución de autoridad que no puede presuponerse fácticamente ni prescindir de la debida fundamentación y motivación.
- c) Se trata de una decisión judicial de ello se sigue que no es una decisión discrecional, por tanto es menester un análisis específico de principios y reglas cuyo resultado está sujeto a revisión de instancia superior.

⁴⁶ Corte IDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador*, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Serie C, No. 114, párr. 106.

- d) Al tratarse de una medida cautelar de carácter excepcional, implica la existencia de otro tipo de medidas menos gravosas, que solo se desplazan en caso de que estas no seas suficientes para la consecución de la justicia.

Lo anterior, provoca un estudio análogo respecto de los procedimientos migratorios y las medidas cautelares que se utilizan, puesto que estas controversias-en especial aquellas que involucran menores de edad- no siempre están sujetas a la excepcionalidad de las medidas que gravan la libertad personal, por tanto resultan proporcionalmente más lesivas que aquellas que proviene de la justicia penal.

El *Comité de Derechos Humanos* ha establecido que la obligación de los Estados es utilizar la detención cómo última medida especialmente tratándose de casos de migración⁴⁷. Así mismo el *Grupo de trabajo de la ONU sobre detenciones arbitrarias* ha sido constante con que los países deben evitar la detención de extranjeros irregulares⁴⁸. Incluso el ACNUR ha establecido la misma línea jurisprudencial en beneficio de aquellos que solicitan asilo político o refugio⁴⁹.

Ahora bien, la detención de un menor inmigrante requiere una justificación a tal grado, que su consecución no se vea mermada por argumentos relacionados con: la naturaleza no penal del procedimiento, el interés superior del niño, el tratamiento homólogo entre menores y adultos, etc. Se podrían nombrar más posibles cuestionamientos, sin embargo, al menos estos tres son suficientes para dudar fuertemente sobre la viabilidad de la privación de la libertad del menor como medida meramente excepcional.

Paralelamente, la existencia de la detención de los menores migrantes como única medida de privación de la libertad con carácter cautelar significa *per se* un trato discriminatorio, puesto que parte de una abstracción que no permite a la autoridad hacer una distinción objetiva y razonable para casos que partan de supuestos diversos. Por lo anterior, una primera obligación de los Estados a la luz de lo dispuesto por la conexidad de los artículos 1, 7, 8, 19, 24 y 22 de la CADH es establecer normativamente medidas alternativas de tratamiento especial que no impliquen una restricción a la libertad personal de los menores en procesos migratorios.

⁴⁷ Comité de Derechos Humanos. *Bakhtiyari v. Australia*, doc. ONU CCPR/C/79/D/1069/2002, 6 de noviembre de 2003, párr. 9.3. y Véase también: Comité de Derechos humanos. *Baban v. Australia*, doc. ONU CCPR/C/78/D/1014/2001, 18 de septiembre de 2003, párr. 7.2.

⁴⁸ ONU. *Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria*, A/HRC/7/4/Add.3, 18 de febrero de 2010, párr. 100.

⁴⁹ ONU. *Directrices del ACNUR sobre los Criterios y Estándares Aplicables con Respecto a la Detención de Solicitantes de Asilo*, Ginebra, 10 de febrero de 1999, Directriz 3.

4.2.1 Elementos o Caracteres de las medidas alternativas de protección de derechos del niño.

Las características de las medidas alternativas vienen determinadas por su finalidad dentro de un proceso migratorio y se enmarcan en principios como el interés superior del niño, el principio *pro persona*, y el principio de no discriminación. La correcta comprensión de la naturaleza y los caracteres que conforman estas medidas, resulta imprescindible para su adecuada aplicación.

Entre los caracteres generales de las medidas alternativas podemos citar:

- a) **Jurisdiccionalidad:** las medidas alternativas únicamente pueden ser estimadas y adoptadas por la autoridad judicial competente. Este carácter resulta esencial, ya que sólo pueden ser adoptadas por el juez natural y legal y a través de las formalidades establecidas en la ley.
- b) **Instrumentalidad:** toda medida es instrumental, no puede ser considerada como un fin en sí misma, sino que siempre ha de concebirse y dirigirse en relación con el proceso cuya efectividad se pretende garantizar. Por esta razón se habla de otra característica: la subsidiariedad.
- c) **Provisionalidad:** las medidas no pueden llegar a convertirse en definitivas, sino que deben durar el tiempo estricto que establece la ley, o desaparecer por decisión de autoridad competente.
- d) **Temporalidad:** la duración de la medida alternativa será siempre limitada.
- e) **Variabilidad:** las medidas pueden ser modificadas o suspendidas si la situación o circunstancias que la motivaron han sufrido alteraciones; únicamente deberán mantenerse mientras subsistan los supuestos que las han justificado.
- f) **No prejuzgamiento el fondo.**

Ahora bien, las medidas alternativas no deben provocar el mismo efecto sobre la libertad personal, puesto que el análisis debe llevar diversas connotaciones de grado y no simplemente convertirse en sinónimos jurídicos que en la praxis conllevan nuevamente a un tratamiento igualitario a supuestos desiguales. Bajo esta razón, la implementación debe maximizar las posibilidades de casos de inmigración irregular, de conformidad con las diversas circunstancias fácticas y jurídicas que pueden rodear al menor, esta implementación es acorde con la visión de los derechos humanos como principios y no como reglas, puesto que los primeros son

mandatos de optimización que exigen la consideración de iure y de facto para su realización, mientras que las segundas son normas que pueden cumplirse o no⁵⁰.

Por lógica, la consideración del derecho a la libertad personal como un principio activa una protección más amplia que aquella establecida como norma, ya que mientras las normas tienen una limitación de cumplimiento extremista, los principios consolidan las connotaciones de grado a las que ha de acudir el juzgador para establecer una determinada medida de privación de libertad.

4.2.2 Garantías del debido proceso aplicables al procedimiento de decisión acerca de medidas alternativas a la detención.

Toda decisión relativa a la adopción de medidas alternativas a la detención en casos de niños/as migrantes, en particular sobre su duración, incumbe a una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial, y el niño deberá contar con asistencia jurídica u otra asistencia adecuada.

Por último, todas las medidas de restricción de la libertad, aun cuando no sean equiparables a la detención preventiva, deben motivarse como *ultima ratio* por autoridad judicial en virtud del principio de imparcialidad, así como ser objeto de una resolución específica fundamentada y motivada por juez competente en la causa con motivo de reglas y principios legales especiales para el caso de menores. Al ser una medida cautelar, debe sujetarse a una proporcionalidad estricta que justifique su utilización necesaria e idónea, por ser aquella que menos invada la esfera jurídica del menor, siempre abriendo la posibilidad de que el menor por sí mismo o su representante impugne alguno de los elementos de la resolución o ejecución de la medida ante autoridad judicial y de instancia superior.

4.3 La excepcionalidad de la privación de la libertad en el contexto migratorio.

Existe consenso internacional, respecto de que la afectación al derecho a la libertad personal en el marco de políticas migratorias, excede el interés legítimo de los Estados de ejercer control sobre la entrada, salida y permanencia de los extranjeros en su territorio. En efecto, el

⁵⁰ Véase: Alexy Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Ed. Centro de estudios constitucionales, Madrid 1993, pp. 86-87.

Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias de Naciones Unidas ha expresado la imperiosa necesidad de evitar tratar como delito la permanencia irregular en el territorio de los Estados.⁵¹

En el contexto migratorio, adquiere particular relevancia la situación de los niños, niñas y adolescentes debido a su mayor vulnerabilidad, entre otras razones por su propia condición de menor que requiere de medias especiales, tanto por encontrarse desconectado de su medio familiar y fuera de su país de origen. Tomando en consideración esto, el *Comité de los Derechos del Niño* ha sostenido que, por regla general, no se privará de la libertad a los menores.⁵²

De esta forma en Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante DIDH), se considera que la detención administrativa como tal de migrantes en situación irregular, es decir, migrantes que cruzan la frontera de un país de manera irregular o sin la debida documentación, o que han prolongado su permanencia en el país más allá del plazo autorizado y, por consiguiente, se exponen a ser expulsados, no se halla en contravención de los instrumentos internacionales de derechos humanos; sin embargo, en opinión del Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria:

[..] En el caso de recurrir a la detención administrativa, habrá que hacerlo como último recurso, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, en el marco de estrictas limitaciones legales y previendo las debidas salvaguardias judiciales. Habrá que definir claramente y enumerar de forma exhaustiva en la legislación las razones que podrán aducir los Estados para justificar esa detención.

Todavía mayor deberá ser la justificación para detener a menores, en particular a niños no acompañados. Dada la existencia de alternativas a su detención, es difícil imaginar una situación en la que la detención de un niño no acompañado sería compatible con lo dispuesto en la segunda frase del párrafo b) del artículo 37 de la CDN, según la cual esa detención se llevará a cabo solo como medida de último recurso.⁵³

Con base en lo anterior, como atinadamente lo ha sostenido la CIDH, en el caso de la detención por razones migratorias, el estándar sobre la excepcionalidad de la privación de libertad debe considerarse aún más elevado debido a que las infracciones migratorias no deben tener un carácter penal.⁵⁴

⁵¹ Consejo de derechos Humanos de Naciones Unidas. *Estudio de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los problemas y las mejores prácticas en relación con la aplicación del marco internacional para la protección de los derechos del niño en el contexto de la migración*, 15º período de sesiones, 5 de julio de 2010, Temas 2 y 3 de la agenda.

⁵² Comité de Derechos del Niño. *Observación General N° 6*, *Op.Cit.*, *supra* nota 28, párr. 40.

⁵³ ONU. *Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria*, *Op.Cit.*, *supra* nota 48, párrs. 59 y 60.

⁵⁴ CIDH. *Informe sobre inmigración en estados unidos: detenciones y debido proceso: estándares internacionales relevantes en materia de derechos humanos de los y las migrantes*, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 78/10, 30 diciembre 2010, párr. 38

Luego, si la detención por razones migratorias tiene carácter excepcional, la detención de niños y niñas migrantes supone una medida de último recurso, que muy difícilmente sería compatible con el principio de interés superior del niño.⁵⁵

La *Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos de los Migrantes* ha señalado que en el caso excepcional en que sea necesario detener a un niño o niña:

[...] la detención de niños sólo se permita en condiciones que garanticen la realización de los derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño [...] Los niños sometidos a medidas de privación de libertad deben ser separados de los adultos a menos que puedan ser alojados con parientes en instalaciones separadas [...] Si existen dudas sobre la edad del migrante, se le acordará el trato más favorable hasta que se determine si efectivamente es menor.⁵⁶

De manera similar, el *Comité de los Derechos del Niño* ha resaltado que:

Las condiciones de la privación de libertad, si se llegara al caso excepcionalmente, se regirán por el interés superior del menor y se atenderán en todo a lo previsto en los apartados a) y c) del artículo 37 de la Convención y otros instrumentos internacionales. Se dispondrá lo necesario para que el alojamiento sea adecuado para los menores y esté separado del de los adultos, a menos que lo contrario se considere conveniente en interés superior del menor. Efectivamente, el programa tendrá como fundamento la "atención" y no la "privación de libertad". Los centros de detención no deberán localizarse en zonas aisladas donde no pueda accederse a recursos comunitarios adecuados desde el punto de vista cultural ni a asesoramiento jurídico. Los menores deberán tener oportunidad de establecer contactos periódicos con amigos y parientes y con su tutor y recibir la visita de éstos, así como asistencia espiritual, religiosa, social y jurídica. También podrán recibir productos de primera necesidad y, de ser necesario, tratamiento médico adecuado y ayuda psicológica. Durante el período de privación de libertad, los menores tendrán derecho a recibir enseñanza, de ser posible fuera del lugar de detención, a fin de facilitarles la continuación de su educación una vez en libertad. También tendrán derecho al esparcimiento y el juego con arreglo al artículo 31 de la Convención. Para garantizar eficazmente los derechos previstos en el apartado d) del artículo 37 de la Convención, deberá darse a los menores no acompañados o separados de su familia privados de libertad acceso rápido y gratuito a asistencia jurídica y de otra índole, y especialmente deberá nombrárseles un representante legal.⁵⁷

De otra parte, sumado al hecho de considerar la detención como medida excepcional, bajo esas circunstancias, deben garantizarse los derechos humanos de los migrantes, por ello debe

⁵⁵ Abramovich, Víctor y otros. *Estudio sobre los estándares jurídicos básicos aplicables a niños y niñas migrantes en situación migratoria irregular en América Latina y el Caribe*, Universidad Nacional de Lanús, Centro de Derechos Humanos, Argentina, 2009, p. 24.

⁵⁶ ONU. Informe de la Relatora Especial sobre Derechos Humanos de los Migrantes, E/CN.4/2003/85, 30 de diciembre de 2002, párr. 75(a).

⁵⁷ Comité de Derechos del Niño. *Observación General N° 6, Op.Cit., supra* nota 28, párr. 63.

fijarse por ley un período máximo de detención y que, una vez transcurrido ese período, el detenido deba ser puesto automáticamente en libertad. Un juez deberá ordenar o aprobar la detención, y en cada caso individual esta deberá revisarse de manera automática, periódica y judicial, no solo administrativa. También deberá examinarse si la detención es legal, no sólo si es razonable o responde a otros criterios de menor valor. La garantía de procedimiento prevista en el párrafo 4 del artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos confiere a toda persona detenida o presa el derecho a impugnar ante un tribunal la legalidad de su privación de libertad.⁵⁸

4.3.1 Garantías del debido proceso ante medidas que impliquen privación de la libertad de niños y niñas en el marco de procedimientos migratorios.

Las normas internacionales que consagran el derecho a la libertad personal establecen una serie de condiciones que deben satisfacerse a fin de que una privación de la libertad sea legítima. A manera de ejemplo, el artículo 7 de la CADH señala que toda persona detenida debe ser informada de las razones de su detención, que ésta sea objeto de control judicial y el derecho a impugnar la legalidad de la misma. Estas garantías se ven reforzadas con lo establecido en el artículo 37 de la CDN, que señala además que todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada.

Con relación a la asistencia letrada de quien se encuentra sometido a un proceso migratorio; la Corte Interamericana ha sostenido su importancia considerando que se trata de una persona extranjera, que puede no conocer el sistema legal del país y que se encuentra en una situación agravada de vulnerabilidad al encontrarse privada de libertad, lo cual requiere que el Estado receptor tome en cuenta las particularidades de su situación, para que goce de un acceso efectivo a la justicia en términos igualitarios. Además, especificó las características que debe tener quien asiste técnicamente en la defensa de la persona sometida a proceso, y destacó que en procedimientos administrativos o judiciales en los cuales se pueda adoptar una decisión que implique la deportación, expulsión o privación de libertad, la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a favor de éstas es necesaria para evitar la vulneración del derecho a las garantías del debido proceso.⁵⁹

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha desarrollado a través de sus órganos un estándar relativo a la plena aplicabilidad de la garantía del debido proceso legal en los procedimientos administrativos como sería el relativo al tema migratorio; en efecto:

⁵⁸ Cfr. ONU. *Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria*, Op.Cit., supra nota 48, párr. 61.

⁵⁹ Cfr. Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Op.Cit., supra nota 13, párr. 126

[...] el SIDH ha subrayado la necesidad de regular y restringir la discrecionalidad estatal. La Corte y la CIDH han establecido que la labor de la Administración posee límites concretos y que, entre ellos, se encuentra el respeto de los derechos humanos. En cuanto a los casos que involucran a sectores especialmente vulnerables, la Corte IDH ha identificado la necesidad de trazar vínculos entre los alcances del debido proceso legal administrativo y la efectiva vigencia de la prohibición de discriminación.

El SIDH ha comenzado a identificar los elementos que componen la garantía de debido proceso en sede administrativa. En este sentido, la Comisión Interamericana ha considerado que entre los elementos componentes del debido proceso legal administrativo se encuentra la garantía de una audiencia para la determinación de los derechos en juego. De acuerdo con la CIDH, dicha garantía incluye: el derecho a ser asistido jurídicamente; a ejercer una defensa y a disponer de un plazo razonable para preparar los alegatos y formalizarlos, así como para promover y evacuar las correspondientes pruebas. La Comisión Interamericana también ha considerado a la notificación previa sobre la existencia misma del proceso, como un componente básico de la garantía.⁶⁰

Adicionalmente, la Corte ha sido enfática al señalar como componente de las garantías judiciales y del debido proceso, el derecho a la asistencia consular, en ese sentido, el tribunal ha sostenido que:

[...] desde la óptica de los derechos de la persona detenida, tres son sus componentes esenciales: 1) el derecho a ser notificado de sus derechos bajo la Convención de Viena; 2) el derecho de acceso efectivo a la comunicación con el funcionario consular, y 3) el derecho a la asistencia misma. Para prevenir detenciones arbitrarias, la Corte reiteró la importancia de que la persona detenida sea notificada de su derecho de establecer contacto con una tercera persona, tal como el funcionario consular, para informarle que se halla bajo custodia del Estado.⁶¹

En cuanto al acceso efectivo a la comunicación consular, al detenido se le debe permitir: 1) comunicarse libremente con los funcionarios consulares, y 2) recibir visitas de ellos. Respecto el derecho a la asistencia misma, las visitas de los funcionarios consulares deberían ser con miras a proveer la "protección de los intereses" del detenido nacional, particularmente los asociados con "su defensa ante los tribunales".⁶²

Relacionado lo citado en forma precedente con los derechos del niño, el tribunal interamericano, ha sido de la opinión que:

Las garantías consagradas en los artículos 8 y 25 de la Convención se reconocen a todas las personas por igual, y deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye,

⁶⁰ CIDH. *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II.129, 7 septiembre 2007, párrs. 13 y 14.

⁶¹ Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá, Op.Cit., supra* nota 37, párrs. 153 y 154

⁶² *Ibidem.* párr. 158.

además, el artículo 19, en forma que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho de un niño.

Es evidente que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto. Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento.⁶³

Por lo antes expuesto, resulta evidente que en el marco de procedimientos migratorios, los niños y niñas deben gozar de todas las garantías judiciales previstas para los adultos y aquéllas que resulten indispensables para su salvaguarda, tanto por su condición de seres humanos y la dignidad inherentes a éstos, como por la situación especial en que se encuentran en razón de su inmadurez y vulnerabilidad, que exigen una protección especial, misma que se debe proyectar sobre la regulación de los procedimientos judiciales o administrativos, en los que se resuelva acerca de sus derechos.

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

Los niños al igual que los migrantes, por su condición jurídica especial, requieren de una protección reforzada por parte de los Estados⁶⁴, ya que ambos grupos, en atención a la vulnerabilidad que los caracteriza, suelen verse sometidos con mayor facilidad a desigualdades tanto de hecho como de derecho⁶⁵. De esta manera podemos y debe considerar que Cuando confluyen en una misma persona las categorías jurídicas de niño y migrante, se refuerza en ésta su condición de vulnerabilidad en atención a sus especiales características, ello hace que, al mismo tiempo se refuercen también en cabeza de los Estados, las tradicionales formas obligacionales de respeto y de garantía⁶⁶ sobre los derechos de ese niño migrante, sin embargo, en virtud de la confluencia de las categorías jurídicas mencionadas, esas obligaciones se ven revestidas de un manto especial de protección, donde atendiendo a principios generales del derecho se demanda de los Estados, la protección reforzada de sus derechos con una debida diligencia⁶⁷.

⁶³ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Op.Cit., supra nota 15, párrs. 95 y 96.

⁶⁴ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Op.Cit., supra nota 15, párr. 88.; Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Op.Cit., supra nota 13, párr. 112.

⁶⁵ Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos. *Migración Irregular, Tráfico Ilícito de Migrantes y Derechos Humanos: Hacia la Coherencia*, 1 ed., Ed. Imprimerie Gasser SA, Suiza, 2010, p.12.

⁶⁶ Corte IDH. *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Op.Cit., supra nota 6, párr. 164.; Corte IDH. *Masacre de la Rochela vs. Colombia*, Sentencia de 11 de mayo de 2007, Serie C, No. 163, párr. 67.

⁶⁷ De León Gisela y otros. *Debida Diligencia en la Investigación de Graves Violaciones a Derechos Humanos*, 1° ed., Ed. Folio Uno S.A / CEJIL, Argentina, 2010, p. 20.

Bajo este parámetro general de protección y sin menoscabo de lo dicho en los capítulos precedentes, deben definirse y evaluarse las obligaciones estatales en casos de custodia de niños y niñas por motivos migratorios, donde lejos de criminalizar a los custodiados por su condición de irregularidad⁶⁸, debe prestárseles la protección debida hasta que se vea definida su situación en el plano jurídico y fáctico. En este sentido, a continuación se presentará un baremo sobre las obligaciones mínimas que deben respetar y garantizar los Estados durante la custodia de un niño migrante, así como un desarrollo sobre el estándar requerido en las condiciones que debe cumplir el sitio donde estos sean retenidos.

5.1 El origen de la custodia.

La detención de niños migrantes en países de tránsito o de destino, usualmente se verifica por la condición de irregularidad que estos detentan. Tradicionalmente, la detención puede darse en dos momentos bien diferenciados del proceso migratorio, el primero de ellos, ante el posible ingreso ilegal al Estado receptor; y el segundo, por la ausencia de documentación que le permita al niño migrante residir legalmente en el territorio del Estado que lo priva de libertad⁶⁹.

Normalmente, se produce la detención del niño migrante y luego, éste es sometido a un lamentablemente y común proceso de criminalización por su condición migratoria. Tal proceso de criminalización, hace que el menor en muchas ocasiones sea conminado a permanecer en establecimientos para el cumplimiento de penas privativas de libertad con delincuentes juveniles o incluso con adultos⁷⁰.

Ante cualquiera de los dos supuestos de detención de niños migrantes, tal dificultad, se erige como el primer gran escollo que estos deben sortear desde el momento en que inicia su custodia por parte de un Estado.

En ese orden de ideas, la detención de los niños/as migrantes debe hacerse con el ánimo de protegerlo ante las posibles desigualdades a las que pueda verse sometido, sin la intervención protectora del Estado, quien se encuentra obligado a permitirle el goce y ejercicio efectivo de sus derechos, sin hacer de la legalidad o ilegalidad de su ingreso o permanencia, motivo suficiente para igualar en cuanto a condiciones de custodia, al niño, niña o adolescente

⁶⁸ CIDH. *Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: Detenciones y Debido Proceso*, Op.Cit., supra nota 54, párr. 150.

⁶⁹ Feuk Rut y otros. "La Infancia y la Migración Internacional en América Latina y el Caribe", en *Desafíos. Boletín de la infancia y adolescencia sobre el avance de los Objetivos de Desarrollo del Milenio*, No. 11, noviembre de 2010, pp.5-9.

⁷⁰ Saramago André y otro. (OIM Chile). "Migración Irregular: Garantías Procesales y Detención Administrativa, Una Mirada Global", Organización Internacional para las Migraciones, Misión Chile, agosto de 2008, pp. 7.

migrante, con la población procesada o penada por delitos comunes sin distinción de su edad, ya que la condición de irregularidad migratoria no debe ser criminalizada⁷¹.

Aunque lo anterior se plantea como el escenario ideal, buena parte de la comunidad de Estados en toda América tienen limitaciones económicas, organizativas y estructurales que permitan el trato adecuado que debe dársele a estos individuos durante el tiempo que permanezcan en custodia, hasta el momento de la resolución jurídica definitiva de su situación de irregularidad.

5.2 Supuestos que diferencian la necesidad de protección.

La necesidad de protección que pueden requerir niños, niñas y adolescentes migrantes, se diferencia dependiendo de si estos están o no acompañados de sus padres en el momento de la detención y durante el período de custodia.

La diferenciación no estriba en la cantidad de derechos que deben ser salvaguardados, sino en la posibilidad o no, de proteger algunos de esos derechos con mayor eficiencia y eficacia. Por ejemplo, si un niño migrante es retenido junto a sus padres, el Estado custodio tiene una mayor facilidad de proteger el derecho de ese niño a no ser separado de su familia, permitiendo que tanto el niño como sus padres, estén en el mismo sitio especial de detención; en caso contrario, de viajar el niño retenido sin acompañantes, resultará más difícil para el Estado facilitar la convivencia familiar del niño, ya que estará condicionado a que pueda hacerse el contacto con sus familiares, no pudiendo ser tenida como una obligación de inmediato cumplimiento.

De lo anterior se colige, que en materia de niñez migrante existen obligaciones de cumplimiento inmediato por parte de los Estados, en relación a la protección de los derechos de los individuos custodiados; y obligaciones sobre las que por razones materiales, puede ser diferido su cumplimiento, como por ejemplo la unificación familiar, en un caso como el planteado.

Lo anterior, jamás deberá ser entendido como una relajación en el cumplimiento obligatorio de los Estados, pero si considerado como un referente en el alcance de dichas obligaciones en materia de niñez migrante.

⁷¹ Abramovich, Víctor y otros. *Estudio sobre los estándares jurídicos básicos aplicables a niños y niñas migrantes en situación migratoria irregular en América Latina y el Caribe*, Op.Cit., supra nota 43, p. 19.

5.3 Baremo sobre obligaciones mínimas a ser cumplidas por los Estados durante la custodia de niñez migrante y las condiciones que debe cumplir el sitio de detención.

El cúmulo de derechos reconocidos en tratados y declaraciones internacionales que conforman el corpus juris⁷² sobre derechos humanos, como por ejemplo la *Convención sobre Derechos del Niño de Naciones Unidas*, resultan obligaciones irrenunciables en la protección de la niñez en general, sin exclusión de la niñez migrante, grupo este último que por sus especiales características, requiere de la matización de esas obligaciones en razón de su doble condición de vulnerabilidad.

Con esa finalidad y en el marco de las obligaciones de respeto y garantía en materia de derechos humanos, los Estados deben garantizar un estándar mínimo de protección sobre los niños, niñas y adolescentes migrantes sometidos a su custodia de acuerdo al siguiente estándar:

5.3.1 Sobre el derecho a la salud.

El derecho a la salud de la niñez sometida a custodia por motivos migratorios, debe ser protegido por los Estados mediante acciones positivas⁷³ que se verifiquen desde el momento en que inicia formalmente la custodia. Para la protección de dicho derecho, esas acciones deben iniciarse con una *evaluación médica integral* del niño, a los efectos de determinar las posibles lesiones físicas y psicológicas sufridas durante el proceso de tránsito migratorio o anteriores a éste, que hayan podido afectar o comprometer en alguna manera su integridad física y emocional.

Mediante esta evaluación, que permitirá iniciar un historial médico del niño migrante, podrá determinarse si el evaluado requiere de cuidados especiales para patologías determinadas, o si solo necesita de un control general de su estado de salud. Para ello, los Estados deben proporcionar la atención médica y psicológica en el sitio de detención, o facilitar el traslado de los retenidos a hospitales y centros médico asistenciales especializados donde puedan hacerse las evaluaciones correspondientes y una vez obtenidos los resultados, tomar las previsiones necesarias para la atención de patologías en caso de ser necesario.

⁷² Corte IDH. *Control de Legalidad en el Ejercicio de las Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-19/05, 28 de noviembre de 2005, serie A, No. 19, párr. 28.; CIDH, *La Infancia y sus Derechos en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos*, Segunda Edición, OEA/Ser.L/V/II.133, doc. 34, párr.16.

⁷³ Centro de Estudios Legales y Sociales y Centro de Derechos Humanos Universidad Nacional de Lanús, *Informe Alternativo para el Comité por los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes 14^o período de sesiones / Evaluación sobre Argentina*, Argentina, 2011, párr. 10.

Por lo tanto, es requerido que en los casos de detención de niñez migrante, los Estados hagan una primera evaluación médica sobre los niños custodiados, sin embargo, los extremos de cumplimiento exigible de dicha obligación, se ensanchan cuando se verifican condiciones de salud física o psicológica que hagan necesaria la atención continua del niño, debiendo el Estado, proveerla de una forma eficaz y eficiente durante el periodo de tiempo que dure la custodia del sujeto.

En ese sentido, la protección del derecho a la salud de los niños migrantes sometidos a custodia estatal, es una obligación primordial que debe ser cumplida por los Estados, ya que el cumplimiento y protección efectiva de este derecho, constituye un prerequisite para la protección y preservación de otros derechos de gran importancia como el derecho a la vida y a la integridad personal de los niños migrantes sometidos a custodia.

5.3.2 Sobre el derecho a la alimentación.

El proveer de una alimentación adecuada a los niños migrantes sometidos a custodia⁷⁴, es otra obligación de importante cumplimiento por parte de los Estados en relación a la niñez migrante. Sobre dicho particular, los Estados deben facilitar en los establecimientos especializados para la detención de niños migrantes, con todos los medios a su alcance, una estructura organizativa que permita proveer a los custodiados de una alimentación adecuada, atendiendo a su edad y a las posibles necesidades devenidas por las posibles patologías sufridas, que hayan sido advertidas en la evaluación médica inicial.

Los alimentos que pueden y deben ser consumidos por niños, niñas y adolescentes varían dependiendo de su desarrollo físico, el cual en buena medida, va ligado a la edad que estos tengan. En razón de ello, los Estados deben proveer todos los recursos que tengan a su alcance y que resulten necesarios, para satisfacer a plenitud el derecho a la alimentación de los infantes bajo su custodia. Adicionalmente, cuando se trate de niños en etapa de lactancia materna, deberá procurarse la permanencia del niño junto a su madre⁷⁵, salvo en los supuestos que fuese materialmente imposible, en cuyo caso, el Estado deberá tratar de fomentar la lactancia del niño con una madre sustituta o con el consumo de formulas alimenticias.

De igual forma, cuando como producto de la evaluación médica inicial, se verifique que el niño requiere de una alimentación especial por padecer de alguna enfermedad, el Estado debe procurar dar la alimentación requerida por su condición de salud, según sea el caso que se

⁷⁴ CIDH, *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, Resolución 1/08, Principio XI.1.

⁷⁵ Michael C. Latham, *Nutrición humana en el mundo en desarrollo*, Colección FAO: Alimentación y nutrición, N° 29, pp. 67.

trate, sin dilaciones ni restricciones.

5.3.3 Sobre el derecho a la educación.

En cuanto al derecho a la educación, los Estados atendiendo al período de tiempo que tarde en resolverse la situación migratoria del individuo sometido a su custodia, deberán proveer en el sitio de detención o en cualquier otro lugar acondicionado para tal fin, la inserción del custodiado de forma obligatoria en la educación primaria y de forma progresiva en la educación secundaria y superior⁷⁶, según sea el caso.

Este derecho, aunque afectado por el principio de desarrollo progresivo, al ser un derecho económico, social y cultural, impone la obligación a los Estados que tienen bajo su custodia a niños migrantes, el facilitarles y proveerles de educación en razón de sus capacidades físicas e intelectuales, ya que de no hacerlo, contribuyen en acentuar las desventajas y desigualdades acarreadas y producidas por el proceso migratorio, comprometiendo el desarrollo del individuo de cara al futuro.

En los supuestos de niños con discapacidades físicas o mentales, los Estados en la medida de sus posibilidades deben salvaguardar y asegurar el acceso al derecho a la educación de estos sin restricciones⁷⁷, cumpliendo con sus obligaciones en forma directa o por medio de terceros de ser necesario.

5.3.4 Sobre el derecho a la convivencia familiar.

El derecho de los niños migrantes a convivir con sus familias durante el tiempo que dure la custodia⁷⁸, resulta de vital importancia para hacer un tanto menos traumática la difícil situación por la que estos atraviesan. Sobre ello, puede distinguirse cuando la detención del menor ha sido realizada junto con sus padres y familiares o cuando solamente se ha detenido al niño sin acompañantes.

En el primer supuesto, los Estados deben permitir la convivencia entre ellos en el centro de detención. Esto, además de fortalecer los lazos familiares y permitir el goce del derecho de

⁷⁶ ONU. *Observación General N° 13 sobre el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Doc. O.N.U E/C.12/1999/10, 8. dic. 1999.

⁷⁷ Croso Camila. "El Derecho a la Educación de personas con Discapacidad; impulsando el concepto de Educación Inclusiva", en *Revista Latinoamericana de Inclusión Educativa*, Vol. 4, N° 2, pp. 79-95.

⁷⁸ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, *Op.Cit.*, *supra* nota 15, párr. 71; Virosta Leticia, *Niñez y adolescencia migrante: situación y marco para el cumplimiento de sus derechos humanos*, Red Latinoamericana de Acogimiento Familiar, Argentina, p. 9.

protección a la familia, indirectamente impide que se haga del proceso migratorio un acto punitivo, ya que al estar en un mismo sitio de detención la familia en pleno, se evita la mezcla y clasificación de todos los custodiados en sitios donde se encuentran detenidos individuos perseguidos por la justicia penal del Estado que se trate.

Por otro lado, cuando solo es detenido el niño migrante, el Estado tiene la obligación de fomentar la convivencia familiar tratando de ponerse en contacto con familiares de éste dentro de su territorio, o alertando a la oficina consular del país de origen del niño migrante sobre la situación y exhortándole a entablar una vía de comunicación con los familiares del niño para que puedan viajar al país receptor. La protección de este derecho en una forma efectiva, permite paliar significativamente el desarraigo familiar producido por la migración y a su vez, permite al propio Estado receptor tener una mejor idea sobre los motivos que llevaron al niño migrante a realizar la movilización.

5.3.5 Sobre el derecho a la identidad.

De igual forma, los niños sometidos a custodia estatal, tienen el derecho a ser identificados⁷⁹, lo que se traduce en una obligación por parte de los Estados de realizar el proceso de identificación de los mismos, ya que de no hacerlo, la falta de identificación puede imponer trabas en el desarrollo de otros derechos contenidos en este baremo mínimo, tal como el derecho a la educación, puesto que en ocasiones a los niños no identificados, no se les permite el ingreso a instituciones educativas públicas y privadas en los países de América, por carecer de una identificación donde pueda ser verificada su identidad.

5.3.6 Sobre el derecho a ser detenido en un lugar especial de protección y las condiciones que debe cumplir el sitio de detención.

El lugar donde sea detenida la niñez migrante, debe ser una instalación especial de protección, adecuada para la recepción de este tipo de personas. De no ser así, se corre el riesgo de darle rasgos de punibilidad a un proceso que no tiene ese origen, sin contar que la detención en un sitio inadecuado puede derivar en la violación de varios derechos fundamentales de la niñez migrante.

⁷⁹ Perrault Nadine y otra. "Un enfoque de derechos para el registro de nacimiento en América Latina y el Caribe", en Desafíos. Boletín de la infancia y adolescencia sobre el avance de los Objetivos de Desarrollo del Milenio, No. 13, noviembre de 2011, pp.4-9.

En atención a las obligaciones mínimas que deben ser cumplidas por los Estados durante la custodia de niñez migrante, los lugares donde estos sean retenidos deben cumplir y contar con:

- a) Un espacio suficientemente amplio y acondicionado para que los custodiados desarrollen diversas actividades educativas, recreativas, deportivas, de aseo personal o cualquier otra que por la condición de niño, niña o adolescente sea necesaria para su desarrollo.
- b) Una enfermería o espacio destinado a la atención médica y odontológica de los niños custodiados, donde puedan realizarse consultas generales y la atención de primeros auxilios que alguno de ellos pueda requerir durante el tiempo que dure la detención.
- c) Un médico que atienda las necesidades en materia de salud que puedan presentarse en el recinto de especial protección.
- d) Un espacio destinado a la preparación de los alimentos que deben ser consumidos diariamente por los niños retenidos, que cuente con todas las condiciones que permitan una preparación higiénica de los mismos.
- e) Personal especializado, de carácter multidisciplinario, debidamente capacitado para tratar a personas migrantes.
- f) Espacios donde los retenidos puedan tener acceso al derecho a la educación. En caso de ser imposible esto, el Estado debe proveer el goce y ejercicio de este derecho en instituciones públicas o privadas y además, proporcionar los transportes necesarios para trasladar a los niños retenidos a esas instituciones educativas.
- g) Espacios adecuados para que el niño retenido pueda pernoctar acompañado de sus familiares.
- h) Cualquier otro servicio no nombrado expresamente, que sea considerado como indispensable para que los niños migrantes retenidos puedan tener acceso a condiciones de vida digna, mientras dure el proceso donde se define su situación de irregularidad migratoria.

6. El alcance y contenido del principio de no devolución en relación con niñas y niños migrantes

En este apartado, nos hemos dado a la tarea de examinar como respuesta al cuestionamiento número siete de la solicitud de Opinión Consultiva, el alcance y contenido del *Principio de no devolución* al adoptarse medidas que puedan implicar el retorno de un niño/a a un país determinado.

Cabe decir que la interpretación y aplicación del principio en casos específicos dependerá de los hechos individuales, razón por la cual, la opinión presente se limita a un análisis preliminar de la materia.

Genéricamente debe señalarse que, la no devolución es un concepto que prohíbe a los Estados devolver a un refugiado o solicitante de asilo a territorios donde existe el riesgo de que su vida o libertad se vean amenazadas a causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social, u opinión política.⁸⁰ La anterior descripción no pasa de ser una indicación sumaria de cómo se aplica el concepto con respecto a los refugiados. Existen, además, otros contextos en los cuales cobra gran importancia el concepto, en particular, en el DIDH, donde incluso dicho principio es aplicado como un componente de la prohibición contra la tortura o los tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes como veremos más adelante.⁸¹

6.1 El contenido del principio de no devolución en el derecho internacional consuetudinario.

Pasaremos ahora a examinar el contenido del *Principio de no devolución* en el derecho internacional consuetudinario. Para estos propósitos, será apropiado distinguir entre el principio consuetudinario como se ha desarrollado en los dos contextos distintos, el de refugiados y en el contexto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

⁸⁰ El concepto de la no devolución es relevante en varios contextos, principalmente, pero no exclusivamente, con respecto al derecho de los tratados. Su expresión mejor conocida para los propósitos presentes está en ONU. *Convención de 1951 sobre el estatuto de los refugiados*, Op.Cit., supra nota 31, Art. 33.; ONU. *Declaración de 1967 sobre el Asilo Territorial*, adoptada unánimemente por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2132 (XXII), 14 diciembre de 1967, Art.3.; OEA. *Convención Americana de Derechos Humanos*, suscrita en San José de Costa Rica, 22 de noviembre de 1969, Art. 22.8. y ONU. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, Adoptado por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), 16 de diciembre de 1966, Art. 7.

⁸¹ Esta obligación fue interpretada por el Comité de Derechos Humanos de la ONU, en su *Observación General No. 20*, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 173 (1992). Párr. 9.

En el contexto de los refugiados podemos identificar los siguientes elementos principales del principio del derecho internacional consuetudinario sobre la no devolución:

- a) El principio vincula a todos los estados, incluyendo todas sus subdivisiones y órganos y otras personas que ejerzan la autoridad gubernamental, e invoca la responsabilidad de los estados en aquellas circunstancias en que el comportamiento en cuestión sea atribuible al Estado dondequiera que ello ocurra.
- b) Imposibilita cualquier acto de devolución, de la forma que sea, incluyendo la no admisión en la frontera, que tendría como consecuencia exponer a un refugiado o solicitante de asilo a:
 - una amenaza de persecución;
 - un riesgo real de tortura o tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes; o
 - una amenaza a la vida, la integridad física o la libertad.
- c) Prohíbe la devolución a cualquier territorio donde el refugiado o solicitante de asilo corriese peligro,
- d) Está sujeto a excepción sólo por razones fundamentales de seguridad nacional y de seguridad pública, pero no está sujeto a excepción en circunstancias en que el riesgo de persecución pueda considerarse como equivalente al peligro de tortura o tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes, o caería dentro del alcance de otros principios consuetudinarios inderogables de derechos humanos.
- e) En circunstancias en que las excepciones son aplicables, deben interpretarse restrictivamente y con cautela, y supeditarse a la conformidad estricta con los principios del debido proceso jurídico y el requisito de que primero se den todos los pasos razonables para obtener la admisión del individuo en cuestión a un tercer país seguro.

Al igual que con el alcance y contenido del principio consuetudinario de no devolución en un contexto de refugiados, los parámetros del *Principio de no devolución* en el contexto de los derechos humanos también deben reflejar la cristalización de la práctica estatal y la *opinión juris*.

Así, el contenido del principio de no devolución en un contexto de derechos humanos es comparativamente fácil de identificar, ya que el principio es en gran medida una derivación implícita de la prohibición comúnmente formulada contra la tortura o los tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes.

No obstante, deben distinguirse tres elementos:

- a) El alcance de la prohibición consuetudinaria contra la tortura o los tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes.
- b) La no devolución como un componente fundamental de la prohibición consuetudinaria contra la tortura o los tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes.
- c) El contenido de la no devolución como un componente de la prohibición consuetudinaria contra la tortura o los tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes.

En atención a esto, este principio, es reconocido de forma expresa e implícita en diversos tratados, constituye una obligación absoluta e inderogable (*Ius Cogens*), y como tal no puede verse afectada en forma alguna (por acción u omisión).⁸²

6.2. El principio de no devolución en los procesos migratorios.

En el marco del trato adecuado de los menores no acompañados o separados, el Comité de los Derechos del Niño, ha señalado que los Estados deben respetar íntegramente las obligaciones de no devolución resultantes de los instrumentos internacionales de derechos humanos, del derecho humanitario y el relativo a los refugiados⁸³.

Asimismo, en cumplimiento de las obligaciones resultantes de la Convención, los Estados no trasladarán al menor a un país en el que haya motivos racionales para pensar que existe un peligro real de daño irreparable para el menor, por ejemplo, pero no sólo, del tipo de los contemplados en los artículos 6 y 37 de la Convención, sea en el país hacia el que se efectuará el traslado, sea a todo país al que el menor pueda ser ulteriormente trasladado.

Las obligaciones antedichas de no devolución son aplicables con independencia de que las violaciones graves de los derechos garantizados por la Convención sean imputables a actores no estatales o de que las violaciones en cuestión sean directamente premeditadas o sean consecuencia indirecta de la acción o inacción. La evaluación del riesgo de dichas violaciones graves deberá efectuarse teniendo en cuenta la edad y el género y tomando asimismo en consideración, por ejemplo, las consecuencias particularmente graves para los menores que presenta la insuficiencia de servicios alimentarios o sanitarios.⁸⁴

⁸² Cfr. Ceriani Cernadas, Pablo. "Control migratorio europeo en territorio africano: La omisión del carácter extraterritorial de las obligaciones de derechos humanos", en *Sur revista Internacional de Derechos Humanos*, Año 6, núm. 10, Junio de 2009, p. 11.

⁸³ ONU. *Convención de 1951 sobre el estatuto de los refugiados*, Op.Cit., supra nota 31, Art. 3.

⁸⁴ Comité de Derechos del Niño. *Observación General N° 6*, Op.Cit., supra nota 28, párrs. 26 y 27

Es importante precisar que el Comité en mención, nunca hace referencia a la posibilidad de expulsión, al contrario, otorga una serie de garantías que usualmente no son observadas por los Estados. A efecto de establecer esta pauta interpretativa en aplicación de cualquier decisión relativa a niños y niñas migrantes; el Comité proporciona una serie de circunstancias que han de ser tomadas en cuenta; entre otras:

- a) La seguridad personal y pública y otras condiciones, en particular socioeconómicas, que encontrará el niño a su regreso, efectuando, en su caso, las organizaciones sociales un estudio sobre las condiciones en el país;
- b) La existencia de mecanismos para la atención individual del menor;
- c) Las opiniones del menor manifestadas al amparo de su derecho en virtud del artículo 12, así como las de las personas que le atienden;
- d) El nivel de integración del menor en el país de acogida y el período de ausencia de su país de origen;
- e) El derecho del menor a "preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares" (art. 8);
- f) La "conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño" y se preste atención "a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico" (art. 20).⁸⁵

En este orden de ideas, como bien se destaca en el "Estudio sobre los estándares jurídicos básicos a niños y niñas migrantes en situación migratoria irregular en América Latina y el Caribe":

Tal como ocurre con la prohibición de las expulsiones colectivas, en los países de la región se evidencia una importante laguna en cuanto a la regulación normativa del principio de no devolución. A diferencia de lo que establecido en numerosas legislaciones en materia de refugio, en el campo de las políticas migratorias, y particularmente en la regulación de los procedimientos de rechazo en frontera o expulsión del territorio, el principio de *non-refoulement* (no devolución) suele estar ausente.⁸⁶

Con base en lo señalado *supra*, es evidente que el principio de devolución al estar íntimamente ligado a la protección del derecho a la vida y a la integridad personal, debe respetarse respecto

⁸⁵ *Ibidem*, párr. 84

⁸⁶ Abramovich, Víctor y otros. *Estudio sobre los estándares jurídicos básicos aplicables a niños y niñas migrantes en situación migratoria irregular en América Latina y el Caribe*, Op.Cit., *supra* nota 43, p. 68 y 69.

de cualquier persona que eventualmente pueda ver afectados esos derechos en caso de ser expulsado de un territorio; particularmente, tratándose de niños y niñas migrantes, cualquier decisión que pueda afectarlos debe tener en cuenta el principio de interés superior del niño como una pauta de protección especial en consideración a su especial vulnerabilidad.

Por tanto, es necesario que no solamente se considere en el momento de decidir acerca de la situación migratoria del menor, tomar en cuenta no únicamente un riesgo a ser sometido a torturas u otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, sino también un análisis serio de las perspectivas socioeconómicas que tendría que vivir, o sufrir, el menor en caso de ser repatriado. Pues el deber de garantía del interés superior del menor, no se anula por la condición de migrante irregular. La exclusión del goce de los derechos fundamentales por tener una nacionalidad distinta, o por no seguir un procedimiento administrativo, son inaceptables y niegan la universalidad que caracteriza a los derechos fundamentales. Este criterio es retrógrada, pues es producto de la vieja concepción nacionalista que primó durante gran parte del siglo XX y que precisamente el DIDH, como consecuencia del nuevo paradigma de constitucionalización global de los derechos humanos, se ha propuesto superar.

7. El derecho a la vida familiar de los niños y niñas en casos de disponerse la expulsión por motivos migratorios de sus padres.

7.1 El derecho a la familia y su protección en el Derecho Internacional.

Actualmente existe consenso en la comunidad internacional acerca de la importancia de proteger y garantizar la unidad familiar. La propia Corte IDH ha establecido que el reconocimiento de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, con derecho a la protección de la sociedad y del Estado, constituye un principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁸⁷. La vital trascendencia del núcleo familiar en relación a los menores fue externada por los Estados en la CDN al mostrarse convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños y niñas, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad". Aún más, reconocen que para el pleno y armonioso desarrollo de la personalidad del menor, éste debe crecer dentro del seno de la familia⁸⁸.

⁸⁷ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Op.Cit., supra nota 15, párr. 66.

⁸⁸ ONU. *Convención sobre los derechos del niño*, Op.Cit., supra nota 7, Preámbulo.

En efecto, es la familia quien debe proporcionar la mejor protección de los niños contra el abuso, el descuido y la explotación⁸⁹, encargarse de la integración social primaria del niño⁹⁰, Es por esto, que los Estados se hallan obligados no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar⁹¹, a través de políticas que abonen a la estabilidad necesaria para que ésta cumpla con sus propósitos.

Las políticas migratorias de los Estados, acerca de la entrada, salida o permanencia de migrantes, pueden tener un impacto enorme en la unidad familiar, y de esta forma, repercutir en las posibilidades de desarrollo integral del niño y en su derecho de crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres. Por tanto, es de especial importancia que tanto el marco normativo como las prácticas Estatales tomen en cuenta el interés superior del niño cuando la materia de decisión, en particular, la deportación de los padres, pueda afectar su esfera jurídica.

7.2 El derecho a la vida familiar del niño en casos de disponerse la expulsión de los padres.

La centralidad de la familia como derecho humano del niño es una de las reglas más rígidas en la *Convención sobre Derechos del Niño*⁹² (en adelante CDN). En dicho instrumento se reconoce como ya hemos señalado el deber de crianza de los padres; y procura que la separación del niño en contra de su voluntad sea excepcional, esté justificada sólo en el *interés superior del niño* y sea sujeta a control judicial. Se precisó en el tratado, además, de un modo no taxativo, que esa separación procede en los casos de maltrato infantil, abuso sexual o falta de cuidado⁹³.

En lo que se relaciona con la protección a la familia, en consonancia con el artículo 11º.2 de la CADH, el artículo 8º de la referida Convención obliga a los Estados Partes a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley, sin injerencias ilícitas. Asimismo, prevé que cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los

⁸⁹ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Op.Cit., supra nota 15, párr. 66.

⁹⁰ ONU. *Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil*, Adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/112, 14 diciembre de 1990, Punto 12.

⁹¹ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Op.Cit., supra nota 15, párr. 66.

⁹² ONU. *Convención sobre los derechos del niño*, Op.Cit., supra nota 7, Preámbulo y artículos 5, 9, 18 y 27.

⁹³ ONU. *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores*, Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, 28 de noviembre de 1985. Regla 18.2

Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad⁹⁴.

En especial la CDN contiene también referencias específicas para los casos de separación del niño de sus padres al establecer en su artículo 9° que 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 específicos, verbigracia, 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 niño⁹⁵.

En estricta concordancia con este aspecto, resulta oportuno traer a discusión los estándares de la *Corte Europea de Derechos Humanos* en relación a que una de las interferencias más graves por parte de las autoridades públicas es la que tiene como resultado la división de la familia⁹⁶. En consecuencia, se ha dado una protección reforzada al derecho del niño a la vida familiar, señalando como único supuesto legítimo para restringirlo el interés superior del menor. En este sentido, sólo cuando no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar, los intentos de la comunidad por ayudar a los padres en este aspecto hayan fracasado y la familia extensa no pueda cumplir con esta función⁹⁷, puede pensarse en una justificada separación familiar.

El *Protocolo de San Salvador* establece que la separación solo puede producirse en circunstancias excepcionales y reconocidas judicialmente⁹⁸.

Lo anterior, se traduce en que una infracción administrativa, como es la estancia irregular en un país, no es suficiente para menoscabar el derecho a la vida familiar. Si la separación del niño de sus padres es permitida exclusivamente en circunstancias excepcionales, no puede aplicarse indiscriminadamente como política migratoria. Cuando los menores han nacido en los países de destino y, como consecuencia, han adquirido la nacionalidad en razón del criterio *ius soli*, al decidir las autoridades la expulsión de los padres, vulneran directamente la unidad familiar.

⁹⁴ ONU. *Convención sobre los derechos del niño*, *Op.Cit., supra nota* 7, Art.16.

⁹⁵ *Ibidem*. Art.9

⁹⁶ Eur.Ct.H.R. *Bronda v. Italy*, Application No. 40/1997/824/1030, Judgment of 9 June 1998, §51. Y Eur.Ct.H.R. *Johansen v. Norway*, Application No. 17383/90, Judgment of 77 June 1998, §52.

⁹⁷ ONU. *Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil*, *Op.Cit., supra nota* 90, directriz 14.

⁹⁸ OEA. *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales Y Culturales "Protocolo de San Salvador"*, Adoptado en San Salvador, 17 de Noviembre 1988, Art. 16.

A esta conclusión llegó el *Comité de Derechos Humanos* al afirmar que si bien los Estados cuentan con un margen discrecional para la aplicación de sus políticas migratorias y para exigir la salida de su territorio de aquellas personas que se encuentren en él en forma ilegal, ese margen de discrecionalidad no es ilimitado y puede llegar a utilizarse arbitrariamente⁹⁹. Considerando como una medida arbitraria con clara injerencia en la familia el obligar a esta a escoger entre: dejar solo a un niño en un país en el que ya ha adquirido la ciudadanía, o llevárselo, en circunstancias que de una forma u otra producirían trastornos importantes en la vida que la familia se ha forjado¹⁰⁰.

Por lo que, se consideró que debe demostrarse factores que justificarán la expulsión de los padres más allá de la simple aplicación de las leyes de inmigración, pues resulta evidente que la expulsión de los padres, dejando atrás al menor, no constituye una medida en favor del interés superior del menor, por lo cual, aun cuando sea legal por encontrarse en las leyes migratorias, no es una restricción legítima a la unidad familiar.

El criterio antes mencionado, tiene relación con lo establecido por la Corte IDH en la OC-17 donde concluyó que el niño debe permanecer en su núcleo familiar, a menos que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, dicha separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal¹⁰¹.

Por esto, resulta indispensable que los Estados se ajusten a las disposiciones en materia de protección de los derechos de los niños en el contexto de los procedimientos migratorios. Puesto que el amplio *Corpus Iuris* de protección de la niñez da especial importancia a la protección de estos y permite determinar si la decisión del funcionario de inmigración fue un ejercicio razonable de albedrío¹⁰².

En este sentido, en la jurisprudencia interamericana se ha reconocido que en el ejercicio de este derecho a expulsar a extranjeros, los Estados miembros deben tener en cuenta ciertas protecciones que consagran valores fundamentales de las sociedades democráticas¹⁰³. Con este fin, la política de inmigración debe garantizar a todos una decisión individual con las garantías del debido proceso; debe respetar el derecho a la vida, a la integridad física y mental, familiar y el derecho de los niños a obtener medios especiales de protección.

⁹⁹ Comité de Derechos Humanos. *Hendrick Winata y otros v. Australia*, Comunicación No. 930/2000, U.N. Doc. CCPR/C/72/D/930/2000, 27 de Julio de 2001, párr. 7.3.

¹⁰⁰ *Ibidem*. párr. 7.2

¹⁰¹ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, *Op.Cit.*, *supra* nota 15, párr. 77.

¹⁰² CIDH. *Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado*, OEA/Ser.L/V/II.106, 28 febrero 2000, párr.160.

¹⁰³ CIDH. *Andrea Mortlock V. Estados Unidos*, Caso No. 12.534, Informe No. 63/08, Caso No. párrafo 78, 25 de julio de 2008 (Estados Unidos).

De esta forma, la CIDH se ha mostrado preocupada de la ausencia de alguna oportunidad procesal para que los intereses del niño sean considerados en los procedimientos que involucran la expulsión de uno o ambos padres, por lo que refirió que deben establecerse mecanismos para garantizar que los derechos e intereses de los niños sean tomados en cuenta en los procedimientos de expulsión, puesto que esta decisión impactaría dramáticamente sobre su bienestar y desarrollo¹⁰⁴.

De tomarse en cuenta en los procedimientos de expulsión la posible afectación al menor, sería difícil justificar la afectación a éste por una situación de irregularidad. Pues, como manifestó la CIDH:

“Aunque el Estado indudablemente tiene el derecho y el deber de mantener el orden público a través del control del ingreso, la residencia y la expulsión de extranjeros, ese derecho debe equilibrarse en relación al perjuicio que se puede causar a los derechos de las personas involucradas en el caso particular. La interferencia en la vida familiar puede justificarse solamente cuando es necesaria para satisfacer una necesidad apremiante de proteger el orden público y cuando los medios son proporcionales al fin. La aplicación de estos criterios por parte de varios órganos de supervisión de los derechos humanos indica que se debe buscar este equilibrio caso por caso y que las razones que justifiquen la interferencia en la vida familiar deben realmente ser muy serias”¹⁰⁵.

En la misma línea, la *Corte Europea de Derechos Humanos* concluyó en un caso contra Holanda que la expulsión de la madre traería consecuencias graves en su vida familiar y que era en atención al interés superior de su hija que se quedara dentro del territorio holandés. Por tanto, consideró que el bienestar económico del país no debía prevalecer sobre el derecho a la vida familiar de la madre y su hija, a pesar del hecho de que aquélla residía ilegalmente en el país. Aun más, expresó que las autoridades, al conceder tanta importancia a este hecho, habían incurrido en un excesivo formalismo¹⁰⁶.

Como consecuencia, la legislación migratoria de los Estados debe contemplar el interés superior del menor en los procedimientos en los que pueda aplicarse una medida de deportación de sus padres, garantizando de esta forma el derecho a no ser separado de su familia.

En ese sentido, consideramos tajantemente que, no puede bastar el incurrir en una infracción administrativa para restringir este derecho fundamental de los niños migrantes. Por tanto, la

¹⁰⁴ *Ibidem.* párr.158.

¹⁰⁵ *Ibidem.* párr. 166.

¹⁰⁶ Eur.Ct.H.R. *Rodríguez Da Silva v. Holanda*, Application No. 50435/99, Judgment of 31 January 2006.

política migratoria debe establecer el respeto a la unidad familiar mediante la interrupción del procedimiento de expulsión cuando suponga la desintegración de la familia. Es legítima la pretensión de los Estados de controlar el flujo migratorio y cuidar el bienestar económico, pero esto no puede llegar al extremo de ignorar el principio *pro persona*, las obligaciones contraídas en materia de los derechos de los niños y, mediante la aplicación de políticas que atentan contra la unidad familiar, negar categóricamente el efecto irradiante que tienen los derechos humanos sobre los ordenamientos jurídicos de los Estados, particularmente en la medida que los menores se encuentran en una situación de vulnerabilidad, tomando en cuenta su debilidad, su inmadurez o inexperiencia.