



USMP
UNIVERSIDAD DE
SAN MARTÍN DE PORRES

FACULTAD DE
DERECHO



Solicitud de Opinión Consultiva sobre Niñez Migrante ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Amicus Curiae

Presentado por

**Centro de Estudios de Derechos Humanos de la Facultad
de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres¹**

Alameda del Corregidor N° 1865,
Urbanización La Ensenada,
La Molina, Lima 12 – Perú.
Tel. : (511) 365 7000
cedh_derecho@usmp.edu.pe

¹ Equipo de trabajo bajo la coordinación de Oscar Andrés Pazo Pineda y conformado por: Deysi Condori Sucari; Rosa Erika Tejada Milagros Villar; Miguel Francisco Ávalos Alva; Elizabeth Kitazono Ascuña; Hugo Joel Inga Huamancaja, y Yuddy Medalith Vásquez Chacaliaza.

Índice

Objeto del Amicus Curiae.....	03
1. Sistema de garantías que debería aplicarse en los procedimientos migratorios que involucran, niños, niñas y adolescentes migrantes.....	04
2. Obligaciones estatales en casos de custodia de niños y niñas por motivos migratorios.....	13
3. Detención de niños migrantes. Garantías de debido proceso ante medidas que impliquen privación de la libertad de niños y niñas en el marco de los procedimientos migratorios.....	28
4. Principio de no devolución en relación con niñas y niños migrantes.....	35
5. Procedimientos para la identificación y el tratamiento de niñas y niños eventuales solicitantes de asilo y refugio.....	41
6. El derecho a la vida familiar de los niños y niñas en casos de disponer la expulsión por motivos migratorios de los padres.....	49

I. Objeto del *Amicus Curiae*

1. El presente *Amicus Curiae* tiene por objeto someter a consideración de la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos algunos alcances de carácter jurídico respecto de ciertas inquietudes planteadas por el Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos (IPPDH) a fin de profundizar y precisar los estándares y principios que han sido sentados sobre niñez y migraciones. En particular, solicitan que se pronuncie sobre: a) Procedimientos para la determinación de necesidades de protección internacional y de medidas de protección especial de los niños, niñas, y adolescentes migrantes; b) Sistema de garantías que debería aplicarse en los procedimientos migratorios que involucran, niños, niñas y adolescentes migrantes; c) Estándares para la aplicación de medidas cautelares en un procedimiento migratorio sobre la base del principio de no detención de niñas y niños migrantes; d) Medidas de protección de derechos que deberían disponerse de manera prioritaria y que no implican restricciones a la libertad personal; e) Obligaciones estatales en casos de custodia de niños y niñas por motivos migratorios; f) Garantías de debido proceso ante medidas que impliquen privación de la libertad de niños y niñas en el marco de los procedimientos migratorios; g) Principio de no devolución en relación con niñas y niños migrantes; h) Procedimientos para la identificación y el tratamiento de niñas y niños eventuales solicitantes de asilo y refugio; i) El derecho a la vida familiar de los niños y niñas en casos de disponer la expulsión por motivos migratorios de los padres.

2. Mencionado lo anterior, y a fin de coadyuvar al desarrollo de la función consultiva de la Honorable Corte, se procederá a efectuar una serie de consideraciones sobre los siguientes puntos: a) sistema de garantías en los procedimientos migratorios; b) obligaciones estatales en casos de custodia de niños y niñas por motivos migratorios; c) detención de niños y niñas migrantes y garantías del debido proceso en casos que restrinjan su libertad personal; d) principio de no devolución en casos de niños y niñas migrantes; e) Procedimientos para la identificación y el tratamiento de niños y niñas eventuales solicitantes de asilo y refugio; y, f) el derecho a la vida familiar en casos de expulsión.

1. Sistema de garantías que debería aplicarse en los procedimientos migratorios que involucran, niños, niñas y adolescentes migrantes

En la solicitud de opinión consultiva puesta en conocimiento de la Honorable Corte, se desea que la misma pueda precisar los alcances de las garantías básicas del debido proceso que deberían contemplarse en relación con las medidas básicas aplicables a los niños y niñas en el marco de los procedimientos de migración. En tal sentido, a fin de coadyuvar a la determinación que, de este derecho, pueda formular la Honorable Corte, se efectuaran una serie de consideraciones en torno al mismo y a las posiciones *iusfundamentales* que de él se derivan.

1.1 Consideraciones generales del debido proceso y derechos de migrantes

El artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos consagra la garantía del debido proceso². De su contenido se desprende que este conjunto de posiciones *iusfundamentales*, si bien suelen tener mayor acogida en sede penal, extienden su ámbito protegido a todos aquellos procesos en los cuales se pueda dilucidar alguna pretensión jurídico.

Uno de aquellos ámbitos, aunque no abordado de manera continua, lo constituyen los procesos de determinación de los derechos de los migrantes. Evidentemente, por tales procesos entenderemos aquellos en los cuales se verifique su condición migratoria³, se

² En particular, debiera prestarse atención al inciso uno del referido artículo que dispone que “[t]oda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

³ La verificación del estatus migratorio “hace referencia al encuentro inicial de un migrante con un funcionario responsable de hacer cumplir la ley migratoria o con cualquier otra autoridad policíaca o de seguridad pública, siempre y cuando la legislación local lo permita. Tal encuentro puede ocurrir por azar o a partir de que se ha expedido una orden para que el migrante comparezca ante una autoridad. Con

dilucidan causas en las que pueda disponerse la expulsión o deportación, o, tal y como se requiere en la solicitud de opinión consultiva, los procesos en los cuales se aborden derechos de niños migrantes que se encuentran en la condición de no acompañados en terceros Estados.

En todo caso, una idea central que no puede excluirse que los Estados poseen la potestad de controlar el ingreso, residencia y la expulsión de los migrantes⁴. No obstante, la expulsión de un migrante efectuada por un Estado puede generar controversias respecto de posibles violaciones de derechos fundamentales, especialmente en casos sobre integridad personal, vida o la vida familiar⁵. Resulta curioso, sobre este punto, que el Tribunal Europeo no haya reconocido en cierta jurisprudencia que el derecho al debido proceso –en los términos del artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales- no resulta aplicable en los casos de deportación de migrantes. En efecto, el referido Tribunal ha sostenido que, habida cuenta de la existencia del Protocolo Nro. 7 al Convenio –que regula las garantías en los procesos de expulsión de migrantes- debe entenderse que el artículo 6 del Convenio no ha pretendido regular garantías propias de esos procesos⁶, lo cual invita a la duda respecto de los casos en los cuales un Estado, pese a ser parte del Convenio, no haya ratificado el referido Protocolo.

Ahora bien, no es un impedimento el que el Tribunal Europeo no haya reconocido este derecho en los casos de expulsión de migrantes. En efecto, la práctica de este Tribunal se inclina por analizar los derechos fundamentales de carácter sustantivo antes que la cláusula general del debido proceso, lo cual permite que en los casos de deportación puedan alegarse

posterioridad al encuentro inicial, el migrante puede ser dejado en libertad o puede iniciarse un procedimiento migratorio, en desarrollo del cual puede ordenarse su detención”. Ver: *Lineamientos Regionales para la Protección de los Derechos Humanos de los y las Migrantes en Situaciones de Verificación del Estatus Migratorio, Detención, Deportación y Recepción*. Red Regional de Organizaciones Civiles para las Migraciones, año 2005, pág. 28.

⁴ ECHR. *Case of E.G v. the United Kingdom*. Judgment of 31 may 2011, para 65; *Case of Liu v. Russia*. Judgment of 26 July 2011, para. 77.

⁵ Piénsese, por ejemplo, en casos en que la expulsión de un migrante se lleve a cabo hacia un lugar donde se le pueda someter a torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; el caso en que un proceso de extradición se efectúe hacia un tercer Estado en donde se pueda aplicar la pena de muerte o, en todo caso, respecto de una deportación en que se separe a una familia.

⁶ ECHR. *Case of Maaouia v. France*. Judgment of 5 october 2000, para. 36.

violaciones de derechos fundamentales. Como se ha señalado, los alegatos de la parte demandante suelen circunscribirse respecto de los derechos a la vida, integridad o vida familiar de los peticionarios.

En todo caso, no puede olvidarse que a nivel interamericano no existe un instrumento similar al Protocolo N° 7 al Convenio Europeo. Además, la propia naturaleza y redacción del artículo 8 de la Convención Americana difieren claramente del artículo 6 del Convenio Europeo, lo que motivara acaso la adopción del referido protocolo. No puede olvidarse, por lo demás, que la intensidad de la sanción que podría imponerse al migrante –esto es, la expulsión- invita a dotar de ciertas garantías mínimas a este proceso. Ahora bien, sin perjuicio de ahondar con mayor especificidad en otro acápite lo referido a la detención, no es posible obviar el hecho que estas garantías mínimas deberían aplicarse desde el momento mismo en que tal detención se produce.

1.2 Detención de migrantes y debido proceso

El derecho a la libertad personal, en particular respecto de las medidas de detención, es un derecho que se encuentra reconocido en diversos instrumentos de protección a los derechos humanos. Importa que la detención deba efectuarse de modo excepcional y respetando estrictos parámetros de proporcionalidad⁷. Encuentra una gran vinculación con el debido proceso al tratarse de un derecho que, en gran medida, salvaguarda la libertad en el transcurso del mismo. Las garantías propias del derecho a la libertad personal tienen, así, una evidente influencia en el proceso que pueda seguirse contra una persona, por cuanto

⁷ Se han recomendado medidas alternativas a la detención de migrantes, particularmente en casos de grupos vulnerables como menores de edad, mujeres embarazadas o que sean discapacitadas. Así, se ha indicado una serie de medidas tales como “la comunicación, el pago de una suma de dinero como garantía de presentación ante las autoridades migratorias a título de fianza o caución prendaria, el apoyo o garantía de un tercero –ciudadano o residente- que se compromete a garantizar su presencia ante las autoridades migratorias, la obligación de residir en un lugar específico, la posibilidad de otorgar un estatus migratorio temporal, entre otras”. Ver: *Lineamientos Regionales para la Protección de los Derechos Humanos de los y las Migrantes en Situaciones de Verificación del Estatus Migratorio, Detención, Deportación y Recepción*. Red Regional de Organizaciones Civiles para las Migraciones, año 2005, pág. 59.

determinan las condiciones en las cuales ésta se encontrará en el desarrollo de la acción estatal iniciada en su contra.

En el caso de la detención de migrantes, la Comisión Interamericana ha tenido la oportunidad de afirmar que “[e]n 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”⁸. En efecto, de esta afirmación se deduce que un análisis de proporcionalidad de la medida invita a tomar en cuenta que las infracciones administrativas sobre temas migratorios no tienen carácter penal, y por ello la carga argumentativa del Estado respecto de una intervención en el derecho a la libertad personal debe ser aún mayor. Del mismo modo, debe tomarse en cuenta, siguiendo a la Comisión Interamericana, que

“la determinación de estatus del trabajador migratorio tiene consecuencias para su posibilidad de sobrevivir, de trabajar en condiciones dignas, y de alimentar y educar a su familia. Se afectan también su derecho a la vida familiar y a la protección especial de sus hijos menores. En algunos casos, el procedimiento puede tener efectos sobre su libertad personal mientras dura el trámite de deportación. Por ello, el valor en juego en estos trámites es similar al de la libertad” [...]⁹.

Respecto del procedimiento para la determinación y cambio de la situación migratoria, la Comisión Andina de Juristas¹⁰ ha indicado que deberían observarse una serie de pautas, las cuales serían, *inter alia*: a) establecer procesos de investigación de datos; b) suspender medidas de expulsión; c) que se garanticen resultados simples y ágiles; d) se facilite la recolección de evidencia relevante para la determinación de la condición del migrante; y e) establecer mecanismos de revisión individuales comparados con discreción ejecutiva ministerial. Ahora bien, en virtud del principio de legalidad, la legislación de cada Estado

⁸ CIDH. *Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: Detenciones y Debido Proceso*, párr. 38.

⁹ CIDH. *Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y miembros de sus familias en el hemisferio*, OEA/Ser./L/V/II.111, párr. 98.

¹⁰ Aguilar, Luis (coordinador). *El derecho humano al debido procedimiento administrativo en la gestión migratoria*. Comisión Andina de Juristas, año 2010, pág. 105.

debe establecer de manera taxativa y cierta cuáles son los criterios bajo los cuales las autoridades públicas se encuentran facultadas para verificar el estatus migratorio de una persona migrante interna en el país, así como los procedimientos a seguir. En este mismo sentido, debe tomarse en cuenta que “[c]ualquiera que sea la condición jurídica del migrante, el Estado tiene la responsabilidad de garantizar que se cumplan las normas relativas a los derechos humanos fundamentales y que todos los migrantes sean tratados con dignidad, y la obligación de respetar y proteger a todas las personas que se encuentren en su territorio”¹¹. Una especial atención debe brindarse en el caso de los migrantes indocumentados, ya que los mismos son particularmente vulnerables a la privación de libertad en el contexto de procedimientos tanto penales como administrativos y que, especialmente en el caso de la detención administrativa, los derechos y garantías mencionados no suelen ser observados en la práctica¹².

En todo caso, deberían tomarse en cuenta medidas menos restrictivas de este derecho que también puedan alcanzar el mismo propósito perseguido por el Estado en cuanto a la determinación de la situación migratoria, más aun porque esta medida puede suponer una restricción del derecho a la vida familiar, particularmente en el caso de los niños. El que los niños sean trasladados a los centros de detención migratoria¹³ para permanecer al lado de sus padres constituye una clara vulneración de determinados derechos reconocidos en la Convención, por lo que estas medidas de privación de libertad, por las consecuencias sociales que acarrearán en el entorno familiar –y más aun cuando no se trata de la comisión de ilícitos penales- deberían ser utilizadas únicamente en casos excepcionales. Como ha señalado de manera enfática la Relatora sobre Especial de la ONU sobre derechos de los migrantes, “los migrantes irregulares no son delincuentes en sí y que no deberían ser tratados como tales. La detención de los migrantes con motivo de su condición irregular no

¹¹ Informe del Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, A/HRC/17/33, 2011, párr. 11.

¹² Informe presentado por la Relatora Especial sobre Trabajadores Migrantes, E/CN.4/2003/85, 2002 párr. 16.

¹³ Los centros de detención migratoria deberían contener una serie de garantías mínimas que incluyan: áreas de servicios médicos, para realizar ejercicios físicos, sanitarias, de entrevistas para familiares, entre otros. Las personas que laboren en estos centros de detención deberían contar con una formación especializada en materia de derechos humanos y deben encontrarse sujetos a determinados regímenes administrativos para evitar cualquier clase de exceso que pudiera presentarse.

debería bajo ninguna circunstancia tener un carácter punitivo”¹⁴; para posteriormente recomendar que “[l]os gobiernos deberían contemplar la posibilidad de abolir progresivamente toda forma de detención administrativa”¹⁵.

Lo recomendable es que la detención, en tanto medida de *ultima ratio*, sea reservada para casos en los que existan suficientes elementos de convicción para considerar que la persona involucrada puede constituir un peligro para el orden público o la seguridad del Estado, y que en todo caso existan suficientes evidencias de que la persona pueda obstruir la acción de la justicia, específicamente la actividad probatoria. Y este examen es aun más exhaustivo en los casos de determinación de la condición migratoria, habida cuenta de la falta de naturaleza jurídico-penal de tal condición. Es por ello que tanto el Comité de Derechos Humanos como la Comisión Interamericana estiman que “los procedimientos de revisión de la detención deben cumplir estrictamente las garantías del debido proceso, incluido el derecho a ser escuchado por un agente imparcial en la toma de decisiones, la oportunidad de presentar pruebas y refutar el argumento del Estado, así como la posibilidad de ser representado por un asesor letrado”¹⁶. Añadiríamos que el Estado debe adoptar todas las medidas a su alcance para permitir que el migrante pueda conocer, en un idioma que comprenda, los actos que se le atribuyen y, por ello, pueda contar con asistencia de un intérprete si es que no posee experiencia de vida en el Estado en que se encuentra¹⁷. En similares términos se ha pronunciado la Comisión Interamericana, la cual ha añadido que se deberían garantizar los derechos a un adjudicador responsable e imparcial y el acceso a

¹⁴ CIDH. *Informe de la Relatora Especial de Trabajadores Migrantes de conformidad con la Resolución 2002/62 de la Comisión de Derechos Humanos*, E/CN.4/2003/85, párr. 73.

¹⁵ *Ibidem*, párr. 74.

¹⁶ Ver, en tal sentido, CIDH, Rafael Ferrer-Mazorra y otros (Estados Unidos) *supra*, párr. 213. En similar sentido ver: *Torres c. Finlandia*, Comité de Derechos Humanos, Comunicación No. 291/1988, CCPR/C/38/D/291/1988, párr. 7.2.

¹⁷ Como ha afirmado el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, “[e]l requisito de un juicio con las debidas garantías tampoco obliga a los Estado Partes a proporcionar servicios de interpretación a una persona cuya lengua materna no sea el idioma oficial del Tribunal si esa persona puede expresarse adecuadamente en el idioma oficial y comprender ese idioma. Sólo es obligatorio proporcionar servicios de interpretación si al acusado o a los testigos de descargo les resulta difícil comprender el idioma del Tribunal o expresarse en ese idioma”. Ver: Comité de Derechos Humanos. *Caso Cadoret y otros vs. Francia*, párr. 5.6.

autoridades consulares¹⁸. Respecto de los casos de detención de niños, se ha identificado como un problema central el que “los niños y niñas se encuentran en el país de tránsito o destino sin ningún documento que acredite su identidad y su edad, ante lo cual suelen ser tratados como adultos y no se les brinda la atención y protección adecuada a su condición”¹⁹. Al ser la detención, usualmente, el inicio del proceso migratorio en contra de la persona involucrada, era necesario efectuar esta interconexión sin perjuicio de lo que, sobre este punto, se desarrollará con posterioridad. Restaría desarrollar, en cuanto al tema planteado, qué garantías del debido proceso se presentan en los procesos migratorios.

1.3 Garantías del debido proceso en los casos migratorios

En todo caso, resulta pertinente mencionar las garantías del debido proceso a las que hace referencia la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares²⁰, la cual señala en su artículo 22, que:

“1. Los trabajadores migratorios y sus familiares no podrán ser objeto de medidas de expulsión colectiva. Cada caso de expulsión será examinado y decidido individualmente.

2. los trabajadores migratorios y sus familiares sólo podrán ser expulsados del territorio de un Estado Parte en cumplimiento de una decisión adoptada por la autoridad competente conforme a la ley.

3. La decisión les será comunicada en un idioma que puedan entender. Les será comunicada por escrito si lo solicitasen y ello no fuese obligatorio por otro concepto y, salvo en circunstancias excepcionales justificadas por razones de seguridad nacional, se indicarán también los motivos de la decisión. Se informará a los interesados de estos derechos antes de que se pronuncie la decisión o, a mas tardar, en ese momento.

¹⁸ CIDH. Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y miembros de sus familias en el hemisferio, OEA/Ser./L/V/II.111, párr. 99.

¹⁹ Estudio sobre los estándares jurídicos básicos aplicables a niños y niñas migrantes en situación migratoria irregular en América Latina y el Caribe. Publicación efectuada por UNICEF y la Universidad Nacional de Lanús, año 2009, pág. 31.

²⁰ Adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990.

4. Salvo cuando una autoridad judicial dicte una decisión definitiva, los interesados tendrán derecho a exponer las razones que les asistan para oponerse a su expulsión, así como a someter su caso a revisión ante la autoridad competente, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello. Hasta tanto se haga dicha revisión, tendrán derecho a solicitar que se suspenda la ejecución de la decisión de expulsión.
5. Cuando una decisión de expulsión ya ejecutada sea ulteriormente revocada, la persona interesada tendrá derecho a reclamar indemnización conforme a la ley, y no se hará valer la decisión anterior para impedir a esa persona que vuelva a ingresar en el Estado de que se trate.
6. En caso de expulsión, el interesado tendrá oportunidad razonable, antes o después de la partida, para arreglar lo concerniente al pago de los salarios y otras prestaciones que se le adeuden y al cumplimiento de sus obligaciones pendientes.
7. Sin perjuicio de la ejecución de una decisión de expulsión, el trabajador migratorio o familiar suyo que sea objeto de ella podrá solicitar autorización de ingreso en un Estado que no sea su Estado de origen.
8. Los gastos a que dé lugar el procedimiento de expulsión de un trabajador migratorio o un familiar suyo no correrán por su cuenta. Podrá exigírsele que pague sus propios gastos de viaje.
9. La expulsión del Estado de empleo no menoscabará por sí sola ninguno de los derechos que haya adquirido de conformidad con la legislación de ese Estado un trabajador migratorio o un familiar suyo, incluido el derecho a recibir los salarios y otras prestaciones que se le adeuden”.

Como puede apreciarse, se trata de un catálogo de derechos considerable. Un primer elemento a tomar en cuenta es el relativo a la competencia del órgano que conoce el proceso migratorio. Supone este derecho que, desde el momento mismo de la detención, ella se lleve a cabo por la autoridad que se encuentre facultada para ello y que la autoridad que conozca los argumentos del migrante sea aquella facultada por la ley.

Otro elemento, coherente con la jurisprudencia internacional desarrollada sobre esta materia, obliga a las autoridades del Estado a fundamentar las razones de su decisión y permitir, en cualquier caso, que el migrante pueda exponer sus razones en contra de la expulsión. De esta disposición es posible colegir la prohibición establecida en diversos

instrumentos internacionales respecto de no efectuar expulsiones de carácter colectivo²¹, toda vez que, al individualizar cada caso, el Estado deberá explicar el fundamento de su decisión, lo cual le permitirá al interesado ejercer su derecho a la defensa. La única excepción que suele plasmarse en estos casos es la seguridad nacional, la cual debe entenderse desde una perspectiva de Estado y no confundirse con la seguridad ciudadana.

Una peculiaridad de esta Convención, dada su matiz laboral, hace referencia al derecho del trabajador a que se le paguen los salarios pendientes al momento de la expulsión. Si bien no se trata, en sí misma, de una garantía del debido proceso, sí resulta importante de ser mencionada por cuanto un serio problema del que suelen ser víctimas los migrantes es precisamente el abuso que sobre ellos se ejerce en temas laborales.

Otra garantía del debido proceso, reconocida en la jurisprudencia de tribunales internacionales y que resulta indispensable en el desarrollo de los procesos migratorios es el derecho a la asistencia consular, la cual se encuentra consagrada en el artículo 23 de la Convención a la que se ha hecho referencia, y lo hace en los siguientes términos:

Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a recurrir a la protección y la asistencia de las autoridades consulares o diplomáticas de su Estado de origen, o del Estado que represente los intereses de ese Estado, en todos los casos en que queden menoscabados los derechos reconocidos en la presente Convención. En particular, en caso de expulsión, se informará sin demora de ese derecho a la persona interesada, y las autoridades del Estado que haya dispuesto la expulsión facilitarán el ejercicio de ese derecho.

Sobre este derecho, resulta importante acudir a lo dispuesto en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, tal y como lo ha desarrollado la Honorable Corte Interamericana principalmente en su Opinión Consultiva 16. Ahora bien, al ya haberse pronunciado la Honorable Corte en torno a este punto, deviene en innecesario el efectuar consideraciones adicionales a las ya expuestas por este organismo internacional.

²¹ Ver, al respecto, el artículo 22, inciso 9, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Del mismo modo, el artículo 4 del Protocolo 4 que complementa el Convenio Europeo de Derechos Humanos y el artículo 12, inciso 5, de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul).

En consecuencia, y atendiendo al pedido de la entidad recurrente, estimamos que las garantías a aplicarse en los procesos de migración se refieren, fundamentalmente, a aquellas que se encuentran reconocidas en los artículos 22 y 23 de la Convención Internacional para la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares. En caso este instrumento internacional no hubiera sido ratificado por algún Estado parte de la Convención, ello no es óbice para tutelar estas garantías en los procesos migratorios, habida cuenta que el artículo 8 de la Convención Americana extiende sus efectos a todos aquellos procesos en los que ventilen derechos de un ser humano, tal y como ocurre en esta clase de procesos.

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

En la solicitud de opinión consultiva puesta en conocimiento de la Honorable Corte, se desea que la misma pueda precisar los alcances respecto de las obligaciones estatales en casos de custodia de niños por motivos migratorios. Por tal razón, se procederá a efectuar una serie de consideraciones a fin de coadyuvar a la función consultiva de la Honorable Corte.

En este orden de ideas, tal y como lo ha identificado Norberto Liwski, existen tres situaciones o escenarios que, en el marco de los procesos migratorios, condicionan la vida de niños, niñas y adolescentes²², a saber: a) los niños que migran junto a sus padres/familias; b) los niños que permanecen en el país de origen cuando sus familiares directos trasladan su residencia a otro país; c) los niños que migran solos, sin la compañía de sus padres o responsables. Corresponde, pues, efectuar algunas consideraciones respecto de cada uno de estos grupos.

- Familia migrante: niños que migran junto con sus padres/familias

²² Liwski, Norberto. *Migraciones de Niñas, Niños y adolescentes bajo el enfoque de derechos*. Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes. Documento disponible en http://www.iin.oea.org/iin/cad/actualizacion/pdf/3_1/Migraciones%20de%20Ni%C3%B1os%20Ni%C3%B1as%20y%20Adolescentes%20bajo%20el%20Enfoque%20de%20Derechos.pdf.

Resulta evidente que el traslado de toda la familia a un nuevo territorio en búsqueda de mejores perspectivas, así como la instalación en un entorno social diferente, resulta muchas veces desconocido y hostil para todos sus miembros. Esta situación se torna más especial aun en el caso de los niños, niñas y adolescentes si se toma en cuenta el contexto de vulnerabilidad en el que los mismos se encuentran. En tal sentido, un aspecto que debe tenerse en cuenta en este escenario es si el desplazamiento implicó la separación de uno de sus padres, toda vez que ellos constituyen una pieza elemental en el desarrollo psicosocial de los menores.

Por otra parte, una amenaza de esta situación son los casos en los que los niños son separados de sus padres por las autoridades durante la repatriación, transformándose así en un niño, niña o adolescente no acompañado o separado de su familia.

- Padres/madres migrantes: niños, niñas y adolescentes en el país de origen

En este caso, la jefa, el jefe o los jefes de familia parten dejando atrás a sus hijos e hijas, provocando el debilitamiento en el ejercicio de la responsabilidad paterna y materna, con severas consecuencias en el cuidado y desarrollo de los niños y niñas.

- Niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados

Finalmente, en lo que respecta a niños y niñas no acompañados, puede afirmarse que un significativo número ellos abandona su país de residencia con relativa frecuencia a fin de migrar de manera solitaria hacia otro país, principalmente en el afán de reencontrarse con sus familiares que residen en el extranjero o para brindar una ayuda a los familiares que dejan²³.

²³ A modo de ejemplo, según datos de la ONG Casa Alianza, en el año 2006 existía un estimado de 25 mil niños de entre 11 y 17 años de edad que migraron a los Estados Unidos. La mayoría de ellos lo hicieron como consecuencia de la pobreza y de la violencia que se vive en la región..

Dicho lo anterior, es innegable el estado de vulnerabilidad presente en la niñez migrante, la cual afronta cualquiera de las tres situaciones expuestas. No obstante, consideramos que esta vulnerabilidad se acentúa aún más cuando existe de por medio la privación de la libertad del menor ya sea por haber ingresado a otro país sin autorización, por encontrarse allí sin permiso de residencia o que, en todo caso, éste se encuentre vencido²⁴.

2.1 De las obligaciones estatales ante niños migrantes

Si bien en la actualidad se debate sobre si resulta legítima o no la detención de migrantes irregulares²⁵, conocido es que en algunos países de la región esta medida es aplicada tanto para el caso de adultos como para los menores migrantes; esta última situación es especialmente grave puesto que no se han previsto disposiciones, enfoques y/o tratamientos especiales para estos niños. Tampoco existen, en la generalidad de los casos, medidas alternativas a la detención, dirigidas específicamente a asegurar una protección integral de la infancia migrante²⁶.

En este orden de ideas, debe tenerse presente, tal y como lo ha señalado la Oficina Regional de la UNICEF para América Latina, la necesidad de articular y complementar los estándares mínimos provenientes de diversos principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos de carácter más general, y enfocarlos en las especiales medidas que requieren los menores. Entre ellos podemos mencionar:

²⁴ Parlamento Europeo. *The conditions in centres for third country national (detention camps, open centres as well as transit centres and transit zones) with a particular focus on provisions and facilities for persons with special needs in the 25 EU member states*, pagina 32. Documento disponible en http://www.libertysecurity.org/IMG/pdf_eu-ep-detention-centres-report.pdf.

²⁵ El Comité de Naciones Unidas para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, ha recomendado a fin de ajustar la legislación a la Convención y otros instrumentos internacionales, la eliminación “como delito penado con privación de libertad la entrada irregular de una persona al territorio de otro Estado. Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, Observaciones Finales, México, CMW/C/MEX/CO/01, del 8 de diciembre de 2006, párr.15.

²⁶ UNICEF. *Estudio sobre los estándares jurídicos aplicables a niños y niñas migrantes en situación migratoria irregular estudio sobre los estándares jurídicos básicos en América latina y El Caribe*. Buenos Aires, Argentina. Febrero de 2009, pág. 11.

1- El principio *pro homine*, que exige recurrir a la interpretación más favorable a la persona. En el caso de los menores supone que se apliquen las medidas más favorables a su pleno desarrollo;

2- eE principio de no discriminación, que prohíbe la restricción irrazonable de derechos fundamentales con base en diversos factores, como podría ser la nacionalidad o la condición migratoria de la persona. Respecto de los menores, supone que el Estado no adopte medidas que los excluyan injustificadamente o que, en todo caso, no reconozcan la dignidad que les es inherente. En todo caso, ello no incluye la adopción de las denominadas medidas afirmativas a fin de revertir la situación de un grupo que, históricamente, no ha sido objeto de atención primordial por parte del Estado;

3- La progresividad y el dinamismo de los derechos humanos, que demanda interpretar las normas de forma tal que resulte posible enfrentar los desafíos presentes (en este caso, el fenómeno migratorio) con el objetivo de asegurar, progresivamente, la garantía de los derechos a todas las personas. Supone en el caso de los niños migrantes que los Estados no adopten medidas regresivas en la salvaguarda de sus derechos, sino que, por el contrario, puedan en la medida de sus posibilidades atender el grave problema del fenómeno migratorio en el caso de los niños;

4- La obligación de proteger especialmente los derechos de los grupos que se encuentran en condición vulnerable, como los niños y niñas migrantes indocumentados. Como se ha advertido, implica que el Estado tome en cuenta la especial situación en que los mismos se encuentran;

5- El principio del “interés superior del niño”, que debe ser una consideración primordial en cada medida que pueda afectarlo y exige una protección especial a sus derechos y su desarrollo; y,

6- El principio de “protección integral del niño”, que demanda un tratamiento centrado no sólo en los derechos de los niños sino también en la garantía efectiva e interdependiente de esos derechos.

De esta forma, basándonos en estos principios, así como en lo establecido en las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad ²⁷, complementándolas con los señalado en la Observación General N° 6 del Comité de Derechos del Niño relativa al Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, hemos considerado los siguientes puntos como estándares mínimos que deben seguir los Estados que tengan bajo su custodia menores detenidos por su condición migratoria irregular.

2.1.1 Medidas a tener en cuenta el caso de menores migrantes no acompañados

En el caso de los menores migrantes no acompañados, estimamos que los Estados deben velar que, en la medida de lo posible, se apliquen los siguientes mandatos:

- i) Las medidas que se adopten para atender las necesidades de protección de los menores no acompañados y separados de su familia, se regirán por el principio del interés superior del menor.
- ii) El proceso de evaluación debe comprender la determinación, con carácter prioritario, de la condición de menor no acompañado o separado de su familia inmediatamente en el momento de su llegada al puerto de entrada o tan pronto como las autoridades tomen conocimiento de su presencia en el país de acogida. 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 e imparciales,

²⁷ Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990. Consideramos aplicables estas reglas puesto que el párrafo 11.b) ha establecido:

A los efectos de las presentes Reglas, deben aplicarse las definiciones siguientes:

- b) Por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública.

atendiendo principalmente al interés superior 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 no exista certeza respecto de su condición de menor, se le trate como tal.

iii) Debe existir una 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.

iv) Tan pronto como sea posible, entregar a los menores no acompañados o separados de su familia documentos personales de identidad.

v) Los Estados deben crear un marco jurídico de base y adoptar las medidas necesarias para que el interés superior del menor no acompañado o separado de su familia esté debidamente representado. Por lo tanto, tan pronto como se determine la condición de menor no acompañado o separado de su familia, se nombrará un tutor o asesor que desempeñarán sus funciones hasta que el menor llegue a la mayoría de edad o abandone permanentemente el territorio o la jurisdicción del Estado de conformidad con la Convención sobre los Derechos del Niño u otras obligaciones internacionales. Se consultará e informará al tutor de todas las medidas adoptadas en relación con el menor.

vi) Cuando un menor sea parte en procedimientos administrativos o judiciales, además del tutor, se le nombrará un representante legal.

vii) De acuerdo con el principio de unidad familiar, se deberá permitir que permanezca juntos a sus hermanos.

2.1.2 *Medidas a tener en cuenta en los establecimientos que alberguen menores migrantes*²⁸

Respecto de las medidas a adoptar por los Estados dentro de los establecimientos que albergan menores conviene precisar que, en lo esencial, deberían garantizarse las siguientes:

a) Ingreso al establecimiento

- i) En todos los lugares donde haya menores detenidos, deberá llevarse un registro completo y fiable de la siguiente información relativa a cada uno de los menores admitidos:
 - a) Datos relativos a la identidad del menor
 - b) Las circunstancias del internamiento, así como sus motivos y la autoridad con que se ordenó;
 - c) El día y hora del ingreso, el traslado y la liberación;
 - d) Detalles acerca de los problemas de salud física y mental conocidos,
- ii) La información relativa al ingreso, lugar de alojamiento deberá notificarse sin demora a los padres o tutores o al pariente más próximo del menor.
- iii) Lo antes posible después del ingreso, se prepararán y presentarán a la dirección informes completos y demás información pertinente acerca de la situación personal y circunstancias de cada menor.

²⁸ Ya sea acompañados o no acompañados.

- iv) En el momento del ingreso, todos los menores deberán recibir copia del reglamento que rija el centro de detención y una descripción escrita de sus derechos y obligaciones en un idioma que puedan comprender, junto con la dirección de las autoridades competentes ante las que puedan formular quejas, así como de los organismos y organizaciones públicos o privados que presten asistencia jurídica. Para los menores que sean analfabetos o que no puedan comprender el idioma en forma escrita, se deberá comunicar la información de manera que se pueda comprender perfectamente.

- v) En todos los centros de detención, los menores deberán estar separados de los adultos a menos que pertenezcan a la misma familia. En situaciones controladas, podrá reunirse a los menores con adultos cuidadosamente seleccionados en el marco de un programa especial cuya utilidad para los menores interesados haya sido demostrada.

b) Medio físico y alojamiento

En lo que concierne al medio físico y al alojamiento de los niños migrantes, los Estados deben adoptar las siguientes medidas:

- i) Los menores tendrán derecho a contar con locales y servicios que satisfagan todas las exigencias de la higiene y de la dignidad humana.

- ii) El diseño de los centros de alojamiento de los menores, deberá tener en cuenta la necesidad del menor de intimidad, de estímulos sensoriales, de posibilidades de asociación con sus compañeros y de participación en actividades de esparcimiento.

- iii) Los locales para dormir deberán consistir normalmente en dormitorios para pequeños grupos o en dormitorios individuales, teniendo presentes las normas del lugar. Por la noche, todas las zonas destinadas a dormitorios

colectivos, deberán ser objeto de una vigilancia regular y discreta para asegurar la protección de todos los menores. Cada menor dispondrá, según los usos locales o nacionales, de ropa de cama individual suficiente, que deberá entregarse limpia, mantenerse en buen estado y mudarse con regularidad por razones de aseo.

- iv) Las instalaciones sanitarias deberán ser de un nivel adecuado y estar situadas de modo que el menor pueda satisfacer sus necesidades físicas en la intimidad y en forma aseada y decente.
- v) La posesión de efectos personales es un elemento fundamental del derecho a la intimidad y es indispensable para el bienestar psicológico del menor. Deberá reconocerse y respetarse plenamente el derecho de todo menor a poseer efectos personales y a disponer de lugares seguros para guardarlos.
- vi) En la medida de lo posible, los menores tendrán derecho a usar sus propias prendas de vestir. Los centros de detención velarán porque todos los menores dispongan de prendas personales apropiadas al clima y suficientes para mantenerlos en buena salud. Dichas prendas no deberán ser en modo alguno degradantes ni humillantes. Los menores que salgan del centro o a quienes se autorice a abandonarlo con cualquier fin podrán vestir sus propias prendas.
- vii) Todos los centros de detención deben garantizar que todo menor disponga de una alimentación adecuadamente preparada y servida a las horas acostumbradas, en calidad y cantidad que satisfagan las normas de la dietética, la higiene y la salud y, en la medida de lo posible, las exigencias religiosas y culturales. Todo menor deberá disponer en todo momento de agua limpia y potable.

c) *Actividades recreativas*

Todo menor deberá disponer diariamente del tiempo suficiente para practicar ejercicios físicos al aire libre si el clima lo permite, durante el cual se proporcionará

normalmente una educación recreativa y física adecuada. Para estas actividades, se pondrán a su disposición terreno suficiente y las instalaciones y el equipo necesarios. Todo menor deberá disponer diariamente de tiempo adicional para actividades de esparcimiento, parte de las cuales deberán dedicarse, si el menor así lo desea, a desarrollar aptitudes en artes y oficios. El centro de detención deberá velar porque cada menor esté físicamente en condiciones de participar en los programas de educación física disponibles. Deberá ofrecerse educación física correctiva y terapéutica, bajo supervisión médica, a los menores que la necesiten.

d) *Confesión religiosa*

Deberá autorizarse a todo menor a cumplir sus obligaciones religiosas y satisfacer sus necesidades espirituales, permitiéndose participar en los servicios o reuniones organizados en el establecimiento o celebrar sus propios servicios y tener en su poder libros u objetos de culto y de instrucción religiosa de su confesión. Del mismo modo, todo menor tendrá derecho a recibir visitas de un representante calificado de cualquier religión de su elección, a no participar en servicios religiosos y rehusar libremente la enseñanza, el asesoramiento o el adoctrinamiento religioso.

e) *Atención médica*

- i) Todo menor deberá recibir atención médica adecuada, normalmente, toda esta atención médica debe prestarse cuando sea posible a los jóvenes por conducto de los servicios e instalaciones sanitarios apropiados de la comunidad en que esté situado el centro de alojamiento, a fin de evitar que se estigmatice al menor.
- ii) Todo menor tendrá derecho a ser examinado por un médico inmediatamente después de su ingreso, con objeto de hacer constar cualquier prueba de malos tratos anteriores y verificar cualquier estado físico o mental que requiera atención médica.
- iii) Todo funcionario médico que tenga razones para estimar que la salud física o mental de un menor ha sido afectada, o pueda serlo, por cualquier circunstancia

del internamiento, deberá comunicar inmediatamente este hecho al director del establecimiento y a la autoridad independiente responsable del bienestar del menor.

- iv) Todo menor que sufra una enfermedad mental deberá recibir tratamiento en una institución especializada bajo supervisión médica independiente. Sólo se administrará medicamentos para un tratamiento necesario o por razones médicas y, cuando se pueda, después de obtener el consentimiento del menor debidamente informado. En particular, no se deben administrar para obtener información o confesión, ni como sanción o medio de reprimir al menor. Los menores nunca servirán como objeto para experimentar el empleo de fármacos o tratamientos. La administración de cualquier fármaco deberá ser siempre autorizada y efectuada por personal médico calificado.

f) *Notificación de enfermedad, accidente y defunción*

- i) La familia o el tutor de un menor, o cualquier otra persona designada por dicho menor, tienen el derecho de ser informados, si así lo solicitan, del estado de salud del menor y en el caso de que se produzca un cambio importante en él. El director del centro de detención deberá notificar inmediatamente a la familia o al tutor del menor, o a cualquier otra persona designada por él, en caso de fallecimiento, enfermedad que requiera el traslado del menor a un centro médico fuera del centro, o un estado que exija un tratamiento de más de 48 horas en el servicio clínico del centro de detención. También se deberá notificar a las autoridades consulares del Estado de que sea ciudadano el menor extranjero.
- ii) En caso de fallecimiento de un menor durante el período de privación de libertad, el pariente más próximo tendrá derecho a examinar el certificado de defunción, a pedir que le muestren el cadáver y disponer su último destino en la forma que decida. En caso de fallecimiento de un menor durante su internamiento, deberá practicarse una investigación independiente sobre las causas de la defunción, cuyas conclusiones deberán quedar a disposición del pariente más próximo.

- iii) Deberá informarse al menor inmediatamente del fallecimiento, o de la enfermedad o el accidente graves de un familiar inmediato y darle la oportunidad de asistir al funeral del fallecido o, en caso de enfermedad grave de un pariente, a visitarle en su lecho de enfermo.

g) Contactos con la comunidad en general

- i) Todo menor tendrá derecho a recibir visitas regulares y frecuentes, en principio una vez por semana y por lo menos una vez al mes, en condiciones que respeten la necesidad de intimidad del menor, el contacto y la comunicación sin restricciones con la familia y con el abogado defensor.
- ii) Todo menor tendrá derecho a comunicarse por escrito o por teléfono, al menos dos veces por semana, con la persona de su elección.
- iii) Todo menor tendrá derecho a recibir correspondencia.

h) Limitaciones de la coerción física y del uso de la fuerza

- i) Deberá prohibirse el recurso a instrumentos de coerción y a la fuerza con cualquier fin, salvo en los casos excepcionales, cuando se hayan agotado y hayan fracasado todos los demás medios de control y sólo de la forma expresamente autorizada y descrita por una ley o un reglamento. Esos instrumentos no deberán causar humillación ni degradación y deberán emplearse de forma restrictiva y sólo por el lapso estrictamente necesario.
- ii) En todo centro donde haya menores detenidos deberá prohibirse al personal portar y utilizar armas.

i) Procedimientos disciplinarios

- i) Todas las medidas y procedimientos disciplinarios deberán contribuir a la seguridad y a una vida comunitaria ordenada y ser compatibles con el respeto de

la dignidad inherente del menor y con el objetivo fundamental del tratamiento institucional, a saber, infundir un sentimiento de justicia y de respeto por uno mismo y por los derechos fundamentales de toda persona.

- ii) Estarán estrictamente prohibidas todas las medidas disciplinarias que constituyan un trato cruel, inhumano o degradante, incluidos los castigos corporales, así como cualquier otra sanción que pueda poner en peligro la salud física o mental del menor. Estarán prohibidas, cualquiera que sea su finalidad, la reducción de alimentos y la restricción o denegación de contacto con familiares.
- iii) Ningún menor estará sujeto a sanciones disciplinarias que no se ajusten estrictamente a lo dispuesto en las leyes o los reglamentos en vigor.

j) Inspección y reclamaciones

- i) Los inspectores calificados o una autoridad debidamente constituida de nivel equivalente que no pertenezca a la administración del centro deberán estar facultados para efectuar visitas periódicas, y a hacerlas sin previo aviso, por iniciativa propia, y para gozar de plenas garantías de independencia en el ejercicio de esta función. Los inspectores deberán tener acceso sin restricciones a todas las personas empleadas o que trabajen en los establecimientos o instalaciones donde haya o pueda haber menores privados de libertad, a todos los menores y a toda la documentación de los establecimientos.
- ii) En las inspecciones deberán participar funcionarios médicos especializados adscritos a la entidad inspectora o al servicio de salud pública, quienes evaluarán el cumplimiento de las reglas relativas al ambiente físico, la higiene, el alojamiento, la comida, el ejercicio y los servicios médicos, así como cualesquiera otros aspectos o condiciones de la vida del centro que afecten a la salud física y mental de los menores. Todos los menores tendrán derecho a hablar confidencialmente con los inspectores.

- iii) Terminada la inspección, el inspector deberá presentar un informe sobre sus conclusiones.
- iv) Todo menor tendrá derecho a dirigir, por la vía prescrita y sin censura en cuanto al fondo, una petición o queja a la administración central de los establecimientos para menores, a la autoridad judicial o cualquier otra autoridad competente, y a ser informado sin demora de la respuesta.
- v) A los efectos de formular una queja, todo menor tendrá derecho a solicitar asistencia a miembros de su familia, asesores jurídicos, grupos humanitarios u otros cuando sea posible. Se prestará asistencia a los menores analfabetos cuando necesiten recurrir a los servicios de organismos u organizaciones públicos o privados que brindan asesoramiento jurídico o que son competentes para recibir reclamaciones.

k) Personal

- i) El personal deberá ser competente y contar con un número suficiente de especialistas.
- ii) El personal deberá recibir una formación que le permita desempeñar eficazmente sus funciones, en particular la capacitación en psicología infantil, protección de la infancia y criterios y normas internacionales de derechos humanos y derechos del niño.
- iii) En el desempeño de sus funciones, el personal de los centros de alojamiento deberá respetar y proteger la dignidad y los derechos humanos fundamentales de todos los menores y, en especial:
- iv) Ningún funcionario del centro de detención o de la institución podrá infligir, instigar o tolerar acto alguno de tortura ni forma alguna de trato, castigo o medida correctiva o disciplinaria severo, cruel, inhumano o degradante bajo ningún pretexto o circunstancia de cualquier tipo;

v) Todo el personal deberá impedir y combatir severamente todo acto de corrupción, comunicándolo sin demora a las autoridades competentes;

vi) Todo el personal deberá velar por la cabal protección de la salud física y mental de los menores, incluida la protección contra la explotación y el maltrato físico, sexual y emocional, y deberá adoptar con urgencia medidas para que reciban atención médica siempre que sea necesario;

vii) Todo el personal deberá respetar el derecho de los menores a la intimidad y, en particular, deberá respetar todas las cuestiones confidenciales relativas a los menores o sus familias que lleguen a conocer en el ejercicio de su actividad profesional.

3.- Detención de niños migrantes. Garantías de debido proceso ante medidas que impliquen privación de la libertad de niños y niñas en el marco de los procedimientos migratorios

En la solicitud de opinión consultiva puesta en conocimiento de la Honorable Corte, se desea que se establezcan los parámetros para la aplicación de la detención como medida cautelar de *ultima ratio* en niños y niñas que se encuentran junto a sus padres o en el caso que no estén acompañados por ellos. En tal sentido, se procederá, en primer lugar, a establecer que se entenderá por un menor acompañado y uno no acompañado para así poder establecer las reglas tanto de uno como de otro caso.

3.1 Consideraciones generales respecto de la detención de menores de edad.

Las Reglas Mínimas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing) establecen que siempre que sea posible debe optarse por adoptar medidas sustitutorias de la prisión, y en caso de que estas se den deben darse como último recurso

garantizando, por lo demás, que la duración de la detención sea lo más breve posible. Del mismo modo, señalan que solo se impondrá como sanción la privación de la libertad personal de los menores en el caso en que este hubiera sido condenado por un acto grave que implique violencia contra otra persona siempre que no se encuentre otra sanción adecuada.

En esta misma orientación, la Convención de Derechos del niño recoge las mismas reglas en el artículo 37, el cual establece, en su inciso b), que “[n]ingún niño será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan solo como medida de último recurso y durante el periodo más breve”. Se puede colegir de lo antes señalado que la detención en menores de edad debe usarse solo como un último recurso debido a la situación de protección especial que tienen los niños y el interés superior que los reviste. El interés superior del niño y la niña constituye la norma básica que debe guiar la toma de decisiones de las organizaciones nacionales o internacionales, los tribunales, autoridades administrativas o cuerpos legislativos, a fin de ayudar a los menores de edad²⁹.

Este interés encuentra su fundamento, además, en que el niño es especialmente vulnerable a las violaciones de sus derechos porque, en virtud de su condición misma, en la mayoría de los casos no tienen autoridad legal para tomar decisiones en situaciones que pueden tener consecuencias graves para su bienestar. Es así que el Estado tiene la obligación especial de proteger a los niños y de asegurarse que cuando las autoridades públicas ejecutan acciones que los puedan afectar de alguna manera, se

²⁹ Comité Internacional de la Cruz Roja. *Directrices Generales Inter-Agenciales sobre niñas y niños no acompañados y separados*. Ginebra, Suiza. Enero de 2004, pág. 11. Documento se encuentra disponible en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3534.pdf?view=1>.

tomen las precauciones necesarias que permitan garantizar los derechos y el bienestar del niño³⁰.

3.2 Detención de migrantes y su especial situación al ser menores de edad.

La detención de migrantes es considerada como una “solución” al problema de la migración ilegal por muchos países de la región. En el marco de estas detenciones, resulta usual que se vulneren los derechos de los inmigrantes. Es por ello que, a fin de intentar remediar este contexto general de violaciones a los derechos de los migrantes, la Asamblea General de las Naciones Unidas

“exhorta a los Estados a que consideren la posibilidad de examinar y, de ser necesario, modificar la política de inmigración con miras a eliminar todas las prácticas de discriminación contra los migrantes y sus familiares y a que organicen cursos de capacitación especializados para los funcionarios gubernamentales encargados de formular normas y de hacer cumplir la ley, los funcionarios de migraciones y otros funcionarios competentes, incluso en cooperación con las organizaciones no gubernamentales y la sociedad civil, subrayando así la importancia de adoptar medidas eficaces para crear condiciones que promuevan una mayor armonía y tolerancia en la sociedad”³¹.

Pese a ello, resulta evidente que un gran número de estas políticas migratorias -que incluyen, fundamentalmente, a la privación de la libertad- sean aplicadas de manera indistinta tanto a adultos como niños, sin efectuar alguna especial distinción por la situación especial de vulnerabilidad de los niños. Como ya ha sido mencionado anteriormente, en aras de la protección a los menores se ha establecido en diversos

³⁰ Durán García, David Alfonso (compilador y editor general). *Personas Privadas de Libertad – jurisprudencia y doctrina*. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos. Bogotá, Colombia, mayo de 2006, párr. 103.

³¹ Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución 59/194

documentos la especial situación de vulnerabilidad que viven por su misma condición. A ello debemos añadir que esta situación se ve agravada cuando nos referimos a menores inmigrantes detenidos, toda vez que se sumaría, a su condición de niños, una nueva circunstancia de vulnerabilidad: el ser migrantes.

En esta línea, la Relatora Especial Sra. Gabriela Rodríguez ha tenido la oportunidad de afirmar que “la detención administrativa nunca debe ser de carácter punitivo y deben adoptarse disposiciones especiales para proteger a los grupos vulnerables. En esos casos los daños causados parecen ser totalmente desproporcionados con respecto a los objetivos de la política de control de la inmigración”³². Por ello, deviene indispensable la incorporación de una doble perspectiva -al ser niños y migrantes- en la elaboración de leyes, políticas y programas sobre migración, junto con un enfoque basado en sus derechos fundamentales.

Sin embargo, pese a los intentos de diversas organizaciones a fin de enfrentar esta grave situación, no debe dejar de mencionarse que diversos países de la región utilizan las detenciones como castigo por la situación de irregularidad en la que se encuentran los migrantes al infringir las normas internas que regulan esta materia. De similar forma ocurre en el contexto de detenciones administrativas que son empleadas como medidas cautelares durante el proceso de deportación, siendo así la única causa de la privación de libertad su situación irregular, sin que se tomen en cuenta otros criterios a fin de individualizar la particular situación en la que se encuentran. Es por ello que los migrantes irregulares se ven particularmente expuestos a una pena de prisión por cometer infracciones como cruzar ilegalmente las fronteras del Estado, utilizar documentos falsos, abandonar la residencia sin autorización, permanecer ilegalmente en un Estado o violar las condiciones de la estancia. Se observa con preocupación que los

³² Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes. Naciones Unidas, aprobado mediante resolución A/64/213.

gobiernos recurren cada vez más a la tipificación de la migración irregular como delito con la finalidad de desalentarla³³.

Por otro lado tenemos que la privación de la libertad como medida por situación de irregularidad no esta regulada en algunos países, en los cuales se aplican estas medidas con el fin de evitar utilizar como premisa del castigo la falta de documentación. Entre los países que optan por aplicar otro tipo de medidas tenemos a Venezuela, Perú, Bolivia, El Salvador³⁴ entre otros.

Así, tenemos que la ley de Extranjería y Migración Venezolana, Ley N° 37.944, establece en su art. 38 las causas de la deportación y en el art. 39 las causas de la expulsión, ambas situaciones previamente deben ser examinadas en el marco de un procedimiento administrativo. Durante el desarrollo de este procedimiento administrativo se ha optado por establecer una serie de medidas cautelares a fin de garantizar el cumplimiento de la decisión final. Es así que el art. 46 de la ley *sub examine* señala una serie de medidas cautelares, pero destaca que no se considere entre ellas a la detención. Ello permite afirmar que este cuerpo legal ha optando, de manera positiva, por la adopción de medidas alternativas, señalando de manera expresa la prohibición de su adopción. Entre estas medidas, deben destacarse:

- Presentación periódica ante la autoridad competente en materia de extranjería y migración.
- Prohibición de salir de la localidad en la cual resida sin la correspondiente autorización.
- Prestación de una caución monetaria adecuada, para lo cual deberá tomarse en cuenta la condición económica del extranjero o extranjera.

³³ Informe presentado por la Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, de conformidad con la resolución 2002/62 de la Comisión de Derechos Humanos, aprobado mediante resolución E/CN.4/2003/85.

³⁴ En este caso si bien es cierto se encuentra regulada la detención, se tiene otras medidas para ser aplicadas y la detención se da solo como último recurso.

- Residenciarse mientras dure el procedimiento administrativo en una determinada localidad.
- Cualquier otra que estime pertinente a los fines de garantizar el cumplimiento de la decisión de la autoridad competente, siempre que dicha medida no implique una privación o restricción del derecho a la libertad personal.

En el caso de Perú, la ley de Extranjería, Decreto Legislativo N° 703 , establece en su art. 60 las sanciones a imponerse a los extranjeros que incumplan las disposiciones de la ley citada ley, señalando además cuatro medidas a dictarse dentro de las cuales no se establece la detención de migrantes. Las sanciones que establecen la ley son: multa, salida obligatoria, cancelación de la permanencia o residencia y por último la expulsión. Evidentemente, en virtud del principio de legalidad, al no regularse en este país la posibilidad de aplicar la detención administrativa como medida cautelar, impide que la misma se aplique en caso de migración irregular. La ley peruana solo establece sanciones, mas no medidas cautelares que legitimen una posible detención por parte de las autoridades del Estado.

En el caso de Bolivia, el Decreto Supremo N° 24423, no establece la detención como una medida cautelar en el marco de un procedimiento instaurado por el incumplimiento o violación de la ley, lo cual supone que no se encuentre legitimada esta posibilidad. Este Decreto, por lo demás, regula la expulsión y multa del extranjero para determinados casos.

Por otro lado, diversos países de la región regulan la detención de migrantes, pero dicha medida se emplea de manera secundaria, presentándose, de esta manera, como la menos gravosa. En este grupo de Estados debemos mencionar el caso de El Salvador, país en el cual se establece, en el art. 60 del Decreto Legislativo N° 2772, que aquellos extranjeros que ingresen al país violando el citado decreto serán sancionados con una multa y de manera permutable podrá aplicarse la detención. Ahora bien, de darse esta situación, se deberá tomar en cuenta que 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.³⁵

Ahora bien, las políticas y los programas públicos deberían garantizar la protección de los niños frente al internamiento y la deportación. De similar forma, las leyes sobre migración deberían contener disposiciones concretas encaminadas a satisfacer las necesidades y los derechos de los niños en estas circunstancias. En particular, en esas leyes deberían incluirse principios relativos a los derechos de los niños, como el de no recurrir al internamiento sino como último recurso, medidas prioritarias y alternativas al internamiento y la prohibición de deportar a los niños no acompañados como castigo por su estatus migratorio³⁶

La penalización de infracciones migratorias contribuye a fomentar una incorrecta asimilación o vinculación entre el fenómeno migratorio y el delincencial. Por ello, debe evitarse criminalizar las infracciones migratorias. En tal sentido, el estudio sobre los estándares jurídicos básicos aplicables a niños y niñas migrantes en situación migratoria irregular en América Latina y el Caribe enuncia una serie de recomendaciones para evitar la criminalización de las infracciones migratorias, destacando que :

- Los Estados deben efectuar de manera urgente las reformas normativas pertinentes con el fin de eliminar cualquier clase de sanción privativa de libertad a infracciones de disposiciones relativas al ingreso o permanencia de migrantes en el territorio.
- Los Estados deberían diseñar e implementar, con participación de organizaciones sociales y organismos especializados, estrategias de comunicación y capacitación dirigidas a evitar la asociación entre migración irregular y delincuencia

³⁵ CIDH. *Informe sobre inmigración en Estados Unidos: detenciones y debido proceso*, párr.38.

³⁶ Sexagésimo cuarto período de sesiones- Promoción y protección de los derechos humanos: situaciones relativas a los derechos humanos e informes de relatores y representantes especiales.

La detención de niños migrantes por infracciones administrativas está prohibida por la legislación de algunos países, en la que se prevé que los niños migrantes irregulares no acompañados serán colocados con familias de acogida o en instituciones para menores. Sin embargo, en otros países, las leyes y los reglamentos de inmigración no contienen ninguna disposición respecto a la detención de menores, incluidos los niños no acompañados. En este contexto, es necesario establecer que se entenderá por niños no acompañados a los menores que están separados de ambos padres u otros parientes y no están al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre incumben esa responsabilidad. En el caso excepcional de que se opte por una medida privativa de libertad, ésta “no podrá justificarse solamente [en razón de que] el menor esté solo o separado de su familia, ni por su condición de inmigrante o residente”. En estas ocasiones, deben realizarse todos los esfuerzos posibles para permitir la liberación inmediata de los niños y niñas no acompañados o separados, y su posterior ubicación en otras formas más apropiadas de alojamiento³⁷.

Dentro de cada país, las acciones en torno a los menores extranjeros no acompañados se basan habitualmente en dos conjuntos de leyes diferentes y, con frecuencia, contradictorias: la legislación sobre inmigración y la legislación sobre protección del menor. Con demasiada frecuencia, las autoridades recurren primero a las leyes de inmigración y después a las leyes de protección del menor, lo que genera consecuencias directas y terribles para los niños³⁸. En tal sentido, deben tomarse de manera directa acciones que eviten empeorar la situación del menor teniendo en cuenta el hecho de que un menor se encuentre en un país extranjero sin compañía ya es, de por sí, algo traumático, y lo es más con motivo de su detención.

³⁷ UNICEF. *Estudio sobre los estándares jurídicos aplicables a niños y niñas migrantes en situación migratoria irregular estudio sobre los estándares jurídicos básicos en América latina y El Caribe*. Buenos Aires, Argentina. Febrero de 2009, pág. 24.

³⁸ Trolle, Simone. *En la trampa de la migración: Menores extranjeros no acompañados en Europa*. Human Rights Watch. Documento disponible en <http://www.hrw.org/es/world-report-2010/en-la-trampa-de-la-migraci-n-menores-extranjeros-no-acompa-ados-en-europa>.

En consecuencia, y atendiendo al pedido de la entidad recurrente, estimamos que los menores de edad migrantes en ninguna circunstancia deben ser detenidos por la calidad de su situación migratoria, asimismo no debe criminalizarse la situación irregular de las personas haciendo especial énfasis en los menores de edad. Por lo anteriormente expuesto, los Estados deben optar por modificar su legislación en materia migratoria y evitar aplicar como medida la detención y buscar métodos alternativos menos gravosos. Resulta recomendable, además, que exista un procedimiento especial en caso de menores no acompañados teniendo como principal objetivo el reunificar al menor con su familia y por ningún motivo aplicar una expulsión. De esta manera se evitarán consecuencias no deseables en los menores.

4.- Principio de no devolución en relación con niñas y niños migrantes

En la solicitud de la opinión consultiva puesta en conocimiento de la Honorable Corte, se desea precisar los alcances del Principio de No Devolución (*Non Refoulement*) en relación a los niños y niñas migrantes y las políticas migratorias que vulneran sus derechos fundamentales, como es el caso de la deportación. Al respecto, resulta necesario examinar el tratamiento que los Estados deberían otorgar a los niños migrantes, resaltando la importancia de efectuar previamente una evaluación sobre el riesgo que podría suponer una medida de expulsión³⁹.

4.1 La Determinación del Interés Superior del Niño

Como ha sido ya señalado, todas las acciones tomadas respecto a las niñas y los niños migrantes han de estar regidas por el principio del interés superior del niño. Sobre este punto, la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce que cada niño tiene ciertos derechos básicos y establece el principio de su interés superior, donde se estipula que "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos,

³⁹ Independientemente de las diferencias que, en diversas legislaciones internas, exista entre los términos "expulsión" o "deportación", en el marco del presente trabajo se les empleará como sinónimos.

una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño⁴⁰". Aunque la Convención sobre los Derechos del Niño no brinda una definición precisa del principio, o enuncia los factores comunes al interés superior del niño, el concepto describe de modo amplio su bienestar general⁴¹. En virtud de este principio, todas las autoridades e instituciones que se encuentren en contacto con niños en el contexto de la migración deberán determinar que la protección de los intereses de cada niño sea una consideración primordial en sus acciones. Este principio debería prevalecer sobre todos los demás, incluidas las disposiciones contrarias de la normativa sobre migración en caso de que se planteara un conflicto⁴².

En consecuencia, la acción estatal, desarrollada fundamentalmente a través de las políticas migratorias, debería estar guiada por dos directrices principales: la garantía de los derechos fundamentales y un enfoque transversal de edad que tenga debidamente en cuanto los intereses, necesidades y derechos de los niños y niñas afectados por la migración⁴³, con plena armonía de la determinación del interés superior del niño⁴⁴.

⁴⁰ Artículo 3, párrafo 1 de la Convención de los Derechos del Niño de 1989.

⁴¹ La ausencia de una definición específica por parte de la Convención sobre los Derechos del Niño da lugar a las consideraciones de cada caso para que sean equilibradas en relación con su propio contexto, pero dentro de un marco procedimental bien definido. Las consideraciones incluyen factores individuales como son la edad, el género, el nivel de madurez y las experiencias, al igual que factores del contexto social como son la presencia o ausencia de padres, la calidad de las relaciones entre el niño y el cuidador/familia, la situación física o psicosocial del niño, y la situación de protección (seguridad, riesgos de protección, etc.)

⁴² Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 15° Período de Sesiones, Temas 2 y 3 de la Agenda. 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, párrafo 24.

⁴³ UNICEF. *Estudio sobre los estándares jurídicos aplicables a niños y niñas migrantes en situación migratoria irregular estudio sobre los estándares jurídicos básicos en América latina y El Caribe*. Buenos Aires, Argentina. Febrero de 2009, página 7.

⁴⁴ Cabe señalar que la interpretación que se dé a lo que constituye el "interés superior" será necesariamente diferente en contextos diferentes, en función de la situación de cada niño. Ello exige asegurar que las circunstancias particulares del niño se tengan en cuenta para determinar dónde radica su interés superior, entre otros su nacionalidad, crianza, antecedentes étnicos, culturales y lingüísticos, así como vulnerabilidades y necesidades especiales de protección. Ver: Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 15° Período de Sesiones, Temas 2 y 3 de la Agenda. 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, párrafo 25.

4.2 El Principio de No Devolución

El Principio de No Devolución o, también conocido como “Non Refoulement” se encuentra particularmente relacionado con la determinación del interés superior del niño. Es así que la decisión de repatriar a un menor de edad desde el país donde habita hacia su país de origen, ha de guardar especial recelo frente a este principio. Ello supone, además, que la medida tendrá que estar enmarcada en una lógica de protección y no de sanción. En ningún caso una medida que disponga el retorno de un niño migrante al país de que es nacional debiera tener una naturaleza sancionatoria⁴⁵.

Si se trata de niños y niñas que migran con su familia, es razonable entender que, sin perjuicio de las causas puntuales que hayan impulsado el traslado, la decisión de migrar ha sido de los padres, por lo que difícilmente el Estado de destino puede imponer una sanción a niños o niñas en razón de aquello que han determinado sus padres. Menos aún si la expulsión conlleva, como sucede usualmente, una pena adicional generalmente materializada en la prohibición de reingreso a ese país por una determinada cantidad de años⁴⁶.

En el caso de niños y niñas no acompañados, la respuesta del Estado de destino debe estar basada, indefectiblemente, en una lógica de protección integral de la infancia. La situación de vulnerabilidad en que se encuentran los migrantes menores de edad en estos casos es un elemento que refuerza la imposibilidad de concebir la decisión sobre su futuro en los términos de una sanción. Asimismo, es preciso que la evaluación que haga el Estado sobre si el retorno al país de origen es la solución que mejor satisface el interés superior del niño, particularmente por razones de unidad y reunificación familiar, se alcance luego de un procedimiento que, por un lado, respete la debidas

⁴⁵ UNICEF. *Estudio sobre los estándares jurídicos aplicables a niños y niñas migrantes en situación migratoria irregular estudio sobre los estándares jurídicos básicos en América latina y El Caribe*. Buenos Aires, Argentina. Febrero de 2009, página 47.

⁴⁶ Por lo tanto, ante una eventual expulsión de los padres debido a un ingreso irregular o a la falta de permiso de residencia, la repatriación o retorno de su hijo o hija al país de origen no debería disponerse con el carácter de sanción sino como una medida de protección en razón del principio de unidad familiar, y siempre que ello sea en su interés superior (lo que implica, entre otras cuestiones, asegurar su derecho a ser oído, atendiendo a su edad y madurez).

garantías procesales del niño, y por el otro, incluya las pertinentes indagaciones a fin de asegurar que la repatriación a su familia y comunidad no sólo será posible y efectiva, sino también en su mejor interés y protección⁴⁷.

En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño señala, en relación con los niños y niñas no acompañados, que

“el retorno al país de origen podrá decidirse, una vez ponderados debidamente el interés superior del menor y otras consideraciones, si estas últimas están fundadas en derechos y prevalecen sobre el interés superior del menor [...] Los argumentos no fundados en la limitación general de la inmigración, no pueden prevalecer sobre las consideraciones fundadas en el interés superior”⁴⁸

En definitiva, las políticas de control migratorio, aplicadas en las circunstancias comentadas, deben partir de un principio que podríamos sintetizar como “niño primero, migrante segundo”, lo cual exige asegurar un enfoque de “protección de la niñez en materia de control migratorio”. El énfasis debe colocarse en garantizar que las normas y las prácticas de control sean compatibles con las obligaciones que emanan de las normas nacionales y los tratados internacionales relativos a los derechos de la niñez⁴⁹.

4.3 La Deportación o Repatriación

Aunque la repatriación debería ser la última medida a adoptarse respecto de los migrantes que hayan ingresado de manera irregular o que hayan contravenido las disposiciones legales internas, lo cierto es que con frecuencia los gobiernos prefieren inmediatamente esta solución sin considerar realmente si redundaría o no en el interés superior del niño. Sigue siendo cuestionable, en todo caso, la medida en que la repatriación redundaría en el interés superior del menor cuando, por ejemplo, el mismo esté lejos de su familia o comunidad

⁴⁷ UNICEF. *Estudio sobre los estándares jurídicos aplicables a niños y niñas migrantes en situación migratoria irregular estudio sobre los estándares jurídicos básicos en América latina y El Caribe*. Buenos Aires, Argentina. Febrero de 2009, página 47.

⁴⁸ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 6, párrafo 86.

⁴⁹ UNICEF. *Estudio sobre los estándares jurídicos aplicables a niños y niñas migrantes en situación migratoria irregular estudio sobre los estándares jurídicos básicos en América latina y El Caribe*. Buenos Aires, Argentina. Febrero de 2009, página 49.

local, y por ello la adopción de tal medida sirva para asegurar la expulsión rápida del niño en lugar de buscar una solución con vocación de permanencia.

La cuestión del retorno y la repatriación ocupa un lugar muy importante entre las tareas relacionadas con la migración en los países de todo el mundo. Los niños se encuentran atrapados en expulsiones colectivas y es posible que sean devueltos a su propio país o a países de tránsito sin que se haya hecho una determinación ad casum de la legalidad de esta medida o de las necesidades de protección del niño. A veces las devoluciones de niños se llevan a cabo con un alto nivel de violencia y con un uso desproporcionado de la fuerza. La devolución también puede entrañar la separación de familias, cuando los padres son deportados a los países de origen mientras que sus hijos permanecen en el país de acogida⁵⁰.

Sin embargo, la capacidad de los Estados para proceder al retorno de niños en el contexto de la migración se encuentra limitada por diversos principios, siendo el principal de ellos el de no devolución. Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño ha afirmado que en ningún caso deberá contemplarse el traslado de un niño a un país en el que haya motivos racionales para pensar que existe un peligro real de daño irreparable para el menor⁵¹. Ése riesgo puede ser imputable a actores estatales o no estatales y que puede ser consecuencia de acciones directamente premeditadas o ser consecuencia indirecta de la acción o inacción, y ha señalado además que los Estados deberán realizar ante todo una evaluación del riesgo tomando en consideración la situación de insuficiencia de alimentos o de servicios sanitarios en el lugar al que se devuelve el niño⁵².

En tal sentido, sólo teniendo presente la determinación del interés superior del niño y el principio de no devolución, será posible determinar en qué medida el propósito de la

⁵⁰ Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 15º Período de Sesiones, Temas 2 y 3 de la Agenda. 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, párrafo 45.

⁵¹ Ob. Cit., párrafo 46.

⁵² El principio del interés superior del niño, junto con principios concomitantes como el derecho del niño a ser escuchado, deberían ser la consideración primordial en toda decisión relativa a la devolución, así como en las decisiones sobre la deportación de los padres

repatriación resulta coherente; además de reiterar que éstas serían una de las medidas excepcionales por las consecuencias que podría acarrear su aplicación en cuanto comprometa que un posible retorno al país de origen del niño o la niña implique una posible afectación a su vida, libertad, integridad física/psicológica y su pleno desarrollo; tomando en consideración

“(…) que los Estados Partes respeten y garanticen los derechos del Pacto a todos los individuos que se encuentren en su territorio y a todas las personas sujetas a su jurisdicción entraña la obligación de no extraditar, deportar, expulsar o retirar de otro modo a una persona de su territorio, cuando hay razones de peso para creer que existe un riesgo real de provocar un daño irreparable (…) Las autoridades judiciales y administrativas competentes deben ser conscientes de la necesidad de garantizar el cumplimiento de las obligaciones del Pacto en esos asuntos”⁵³.

5.- Procedimientos para la identificación y el tratamiento de niñas y niños eventuales solicitantes de asilo y refugio

Respecto de los procedimientos para la identificación y tratamiento de niños(as) eventuales solicitantes de asilo y refugio a los que se ha hecho referencia en la solicitud de Opinión Consultiva puesta en conocimiento de la Honorable Corte, es necesario acotar que el tratamiento que se brinde a los niños(as) durante los procedimientos deben mostrar una mayor sensibilidad al menor atendiendo a las especiales condiciones en que estos se encuentran.

Los procedimientos para identificar un eventual solicitante de asilo o refugio no han sido señalados expresamente en la Convención para la determinación del Estatuto de los Refugiados de 1951, en especial en los que concierne a los niños. Por tanto, compete en principio a los Estados contratantes adoptar dichos procedimientos de acuerdo a su derecho interno a fin de poder cumplir con los propósitos del referido instrumento internacional. Sin embargo, teniendo en cuenta la situación especial del refugiado en general y de manera más específica la situación especial de los niños eventuales solicitantes de asilo o refugio. Así, los Estados contratantes deben contar con personal responsable para la atención de

⁵³ Comité de los Derechos Humanos, Observación General No. 31, párrafo 12.

refugiados y asilados, debiendo además estar capacitado para velar para que, a lo largo del procedimiento, se garanticen requisitos mínimos que brindarán al solicitante.

Señalado lo anterior, resulta pertinente citar los requisitos a los que se deben ajustar los procedimientos para la determinación de la condición de refugiados, tal y como lo ha recomendado el Comité Ejecutivo del ACNUR en su 28º periodo de sesiones:

- El funcionario competente (funcionario de inmigración o funcionario de la policía de fronteras) al que se dirija el solicitante en la frontera o en el territorio del Estado Contratante debe tener instrucciones precisas para tratar los casos que puedan estar incluidos en el ámbito de los instrumentos internacionales pertinentes. Debe actuar en conformidad con el principio de no devolución y remitir tales casos a una autoridad que pudiera revisar el caso en examen.
- El solicitante debe recibir la orientación necesaria en cuanto al procedimiento que ha de seguirse. Añadiríamos que esta información debe ser transmitida en un idioma que el niño comprenda.
- Debe existir una autoridad claramente identificada -de ser posible una sola autoridad central- encargada de examinar las solicitudes de concesión de la condición de refugiado y de adoptar una decisión en primera instancia.
- Deben proporcionarse al solicitante los medios necesarios, incluidos los servicios de un intérprete calificado, para presentar su caso a las autoridades competentes. Debe darse también al solicitante la oportunidad, acerca de la cual se le debe informar, de ponerse en contacto con un representante del ACNUR. Supone, además, el derecho a mantener contacto con los funcionarios consulares.
- Si se reconoce al solicitante la condición de refugiado, debe informársele al respecto y debe expedírsele el documento que certifique tal condición. Este trámite debería observar, primordialmente, el principio de celeridad tomando en cuenta la particular situación de vulnerabilidad en la que se encuentra el niño.

- Si no se reconoce al solicitante la condición de refugiado, debe concedérsele la oportunidad de poder apelar ante la misma autoridad o ante una autoridad diferente, administrativa o judicial, con arreglo al sistema prevaleciente, a fin de que se reconsidere formalmente la decisión adoptada.

- Debe permitirse al solicitante que permanezca en el país hasta que la autoridad competente a que se refiere el inciso iii) supra adopte la decisión del caso, a menos que tal autoridad haya demostrado que la solicitud era claramente infundada. Debe permitírsele asimismo permanecer en el país mientras esté pendiente una apelación a una autoridad administrativa o judicial superior⁵⁴, esto es, se debe suspender la ejecución de la expulsión en tanto el procedimiento al que se ha hecho referencia se encuentre pendiente.

Sin embargo, debe observarse que estos requisitos fueron establecidos para los refugiados en general, por lo que en el caso de niños se debe prestar especial atención, así como debe disponerse de otras medidas complementarias que sean más protectoras y sensibles, esto en atención a la mayor vulnerabilidad de los niños que también tienen derecho a presentar dicha solicitud para ser reconocidos como refugiados o asilados. Como afirmara de manera contundente el ACNUR, “[l]os niños deberían tener siempre acceso a los procedimientos de asilo, independientemente de su edad.”⁵⁵

En este orden de ideas, los procedimientos para la determinación de la condición de refugiados deben regirse por los principios de confidencialidad, no devolución, no discriminación, prohibición de rechazo en frontera, no sanción por ingreso ilegal, debido proceso legal, trato más favorable posible, interpretación más favorable de la persona humana, accesibilidad, oralidad, celeridad, gratuidad y poniendo particular atención en el principio de interés superior del niño. Los principios señalados son de aplicación en la

⁵⁴ ACNUR, Conclusiones del Comité Ejecutivo del Programa del ACNUR, 1975-2000, TOMO IV, Primera edición, México, D.F., noviembre de 2002. Pág. 51.

⁵⁵ ACNUR. Directrices sobre políticas y procedimientos relativos al tratamiento de niños no acompañados solicitantes de asilo, Febrero de 1997, pág.2

mayoría de países latinoamericanos, y forman parte de su legislación interna tal como se muestra a continuación:

Argentina

“La protección de los refugiados [...] se realizará con arreglo a los principios de no devolución, incluyendo la prohibición de rechazo en frontera, no discriminación, no sanción por ingreso ilegal, unidad de la familia, confidencialidad, trato más favorable y de interpretación más favorable a la persona humana o principio pro homine [...] tales principios se aplicarán tanto al refugiado reconocido como al solicitante de dicho reconocimiento⁵⁶”.

Chile,

“[...] La protección de los solicitantes de la condición de refugiado y los refugiados se regirá por los principios de no devolución, incluida la prohibición de rechazo en frontera; de no sanción por ingreso ilegal; de confidencialidad; de no discriminación; de trato más favorable posible; y de unidad de la familia⁵⁷”.

México

“... I. No devolución; II. No discriminación; III. Interés superior del niño; IV. Unidad familiar; V. No sanción por ingreso irregular, y VI. Confidencialidad⁵⁸”.

Venezuela

“La República Bolivariana de Venezuela reconoce y garantiza el derecho de asilo y refugio, de conformidad con los siguientes principios: 1. Toda persona puede solicitar refugio (...) 2.

⁵⁶ EL SENADO Y CÁMARA DE DIPUTADO DE LA NACIÓN ARGENTINA (2006) Ley 26.165. Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado. 28 de noviembre. Artículo 2.

⁵⁷ PODER LEGISLATIVO DE LA REPUBLICA DE CHILE, MINISTERIO DEL INTERIOR (2010) LEY NÚM. 20.430 Establece Disposiciones sobre Protección de Refugiados. 15 de abril. Artículo 3.

⁵⁸ EL CONGRESO GENERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS (2011) Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria. 27 de enero. Artículo 5.

Toda persona puede solicitar asilo (...) 3. Ninguna persona solicitante de refugio o de asilo será rechazada o sujeta a medida alguna que le obligue a retornar (...) 4. Ninguna autoridad podrá imponer sanción alguna, por causa del ingreso o permanencia irregular en el territorio de la República (...) 5. No se permitirán discriminaciones (...) 6. Se garantizará la unidad de la familia (...)59”.

Habiéndose determinado la importancia que, en el marco de la legislación comparada, adquieren estos principios en lo que concierne a la determinación de refugiado, debe enfatizarse el hecho que estamos frente a niños y, por ello, frente a un grupo vulnerable. En ese orden de ideas, cuando se trate de un niño, se le debe brindar todas las facilidades del caso para tener un acceso rápido y sencillo a la institución o instituciones encargadas del reconocimiento de la condición de refugiado. Lo ideal es que existan en migraciones oficinas de extranjería y personal especializado o familiarizado en el trato con niños, con lo cual estarían en la capacidad de reconocer o identificar de manera inmediata a niños que necesiten protección internacional. Esto permitirá, asimismo, realizar entrevistas respectivas al menor, esto con el fin de poder determinar de manera más certera los motivos por los que estaríamos frente a un eventual solicitante de asilo o refugio.

Podrán solicitar el reconocimiento de la condición de refugiado o asilado todos los niños que se encuentren dentro del territorio, ya sea que su residencia fuere regular o irregular, o quienes ingresen al territorio (entiéndase niños extranjeros); aplicándose el principio de no devolución.

Ahora bien, existen diversos factores que permiten determinar la condición de refugiado. No obstante, como tiene dicho el Comité Ejecutivo del ACNUR, “[l]a clave para identificar aquellas personas que requieren protección internacional está en la identificación del temor

⁵⁹ LA ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA (2001) Ley Orgánica sobre Refugiados o Refugiadas y Asilados o Asiladas. 3 de octubre. Artículo 2.

de retornar al país de origen o de residencia habitual⁶⁰”. En consecuencia, se deberá indagar en lo relativo al hecho, suceso o acción que motivó al menor a dejar su país de origen (ello no se realizará exhaustivamente); se intentarán identificar (si tuviese el niño solicitante noción de ello) las circunstancias en las cuales se encontraba el menor en su país en el momento en que salió de él y, del mismo modo, averiguar lo que podría ocurrir de regresar a su país de origen. Por ello, se deberá recopilar información sobre el país de origen o del que residiese habitualmente que sea relevante para el análisis de las solicitudes presentadas.

En caso de tratarse de un niño no acompañado o separado de su familia se le debe brindar un tutor o representante legal que vele por sus intereses a lo largo del procedimiento. Es decir, se les debe brindar “representación letrada cualificada y gratuita o representación de otra índole⁶¹”.

A modo de ejemplo, en México, durante el procedimiento del reconocimiento de la condición de refugiado se adoptan “las medidas necesarias para garantizar el otorgamiento de asistencia institucional a los solicitantes que requieran atención especial, así como [...] niñas, niños y adolescentes [...]”⁶².

De similar forma, en Chile, “[...] [c]uando la solicitud fuese presentada por un menor de edad no acompañado o separado de su familia, la Secretaría Técnica de la Comisión de Reconocimiento informará, de inmediato, a la autoridad de menores, de manera que se ejerzan las medidas de protección, cuidado y asistencia que sean necesarias⁶³”.

⁶⁰ ACNUR. Guía Práctica para funcionarios de DAS Recomendaciones de tratamiento ante Solicitantes de la Condición de Refugiado. pág. 2.

⁶¹ Comité Ejecutivo del ACNUR (EXCOM, por sus siglas en Inglés), *Conclusión No. 107*, párrafo (g) (viii).

⁶² EL CONGRESO GENERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS (2011) Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria. 27 de enero. Artículo 20.

⁶³ PODER LEGISLATIVO DE LA REPUBLICA DE CHILE, MINISTERIO DEL INTERIOR (2010) LEY NÚM. 20.430 Establece Disposiciones sobre Protección de Refugiados. 15 de abril. Artículo 39.

Un punto que no puede dejar de observarse es el relativo al deber de informar al menor respecto de las autoridades migratorias competentes a las que debe recurrir a fin de presentar su solicitud, en donde a su vez se le debe brindar la información necesaria sobre el procedimiento a seguir, sus derechos, deberes y obligaciones a cargo de personal capacitado y familiarizado en el trato con niños. Se debe tomar en cuenta que al ser el solicitante de la condición de refugiado o asilado un niño, debe *priorizarse*⁶⁴ su solicitud para que se determine una decisión justa en la brevedad posible, ello en atención de las necesidades especiales que pueda requerir.

Asimismo, se les debe informar sobre su derecho a la confidencialidad y las respectivas limitaciones de este derecho, y todo lo señalado anteriormente en su idioma u otro que el niño pueda entender ya que los niños “deben tener acceso a los servicios de intérpretes capacitados y calificados en todas las etapas del proceso⁶⁵”. Otra cuestión importante es que “[l]os oficiales de migración deben estar debidamente capacitados para atender a las solicitudes de la condición de refugiado y derivarlas a la autoridad competente para su análisis y determinación”⁶⁶ atendándose siempre a los principios de confidencialidad e interés superior del niño. Asimismo, los funcionarios deberán requerir que los menores expresen su verdadera identidad en caso de no contar con documentos para acreditarla, o manifestar si el documento de identidad es auténtico en caso de portarlo. Todo ello siempre teniendo en cuenta el ambiente apropiado y las autoridades capacitadas para la atención del menor. En lo que concierne a los funcionarios, requerirán los datos completos y la información correspondiente del niño solicitante, y “en caso de duda sobre la edad del presunto menor se procederá a determinarse la edad del mismo mediante una evaluación

⁶⁴ 1 ACNUR. DIRECTRICES DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL: Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados. HCR/GIP/09/08, 22 de diciembre de 2009, pág. 27. Párrafo 66. “La prioridad en la Tramitación significa, reducción de los períodos de espera en cada una de las etapas del procedimiento de asilo, incluyendo lo que se refiere a la emisión de la decisión de la solicitud”

⁶⁵ ACNUR. Normas procedimentales para determinar la condición de refugiado bajo el mandato de ACNUR. pág. 2-17, unidad 2, 2.5.1. El acceso a los intérpretes.

⁶⁶ ACNUR. Guía Práctica para funcionarios de DAS Recomendaciones de tratamiento ante Solicitantes de la Condición de Refugiado. pág. 2.

previa por parte de personal especializado⁶⁷”, los motivos por los que requiere interponer la solicitud y medios probatorios que sustenten la petición recordando que no siempre los solicitantes contarán con dichas *pruebas*⁶⁸ debido a las condiciones en que se encuentren por lo que es necesario cierta flexibilidad con la ausencia de ciertas pruebas en atención al interés superior del niño. Ello no implica que la información no corroborada deba darse por cierta, ya que el personal competente deberá recabar la información mediante entrevistas en las cuales se tratará de corroborar esos datos o pruebas faltantes o dudosas.

Sin embargo, dicho procedimiento debe realizarse siempre sin perjuicio de la interpretación más favorable al menor, de modo tal que la duda deba favorecerle en todo momento. En lo relativo a las entrevistas, resulta adecuado señalar que éstas serán realizados por separado, garantizándoseles la oportunidad de exponer su caso independiente ello de estar acompañados o no porque todos los niños(as) tienen derecho a presentar una solicitud en forma individual y deben ser informados debidamente de dicho derecho, también tienen derecho a elegir entrevistadores e intérpretes de su mismo sexo, quienes deberán estar especialmente capacitados para identificar cualquier factor cultural, religioso, razones de género o personales, como la edad y el nivel educativo del menor que pudiesen ser determinantes al momento de presentar su caso.

⁶⁷ Comité Ejecutivo del ACNUR (EXCOM, por sus siglas en Inglés), *Conclusión No. 107*, párrafo (g) (ix). “Cerciorarse de que únicamente se proceda a la determinación de la edad cuando haya dudas acerca de la edad del niño y que en ella se tengan en cuenta tanto la apariencia física como la madurez psicológica del niño, de que se lleven a cabo con un criterio científico, en condiciones de seguridad, de manera justa y que tenga en cuenta la condición de niño y el género y con el debido respeto de la dignidad humana y de que, en caso de duda, se considere que se trata de un niño”

⁶⁸ ACNUR. Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado. párrafo 196. “La mayoría de las veces, una persona que huya de la persecución llegará con lo más indispensable y, en muchos casos, incluso sin documentación personal. Por consiguiente, aún cuando, en principio, la carga de la prueba incumbe al solicitante, el deber de averiguar y evaluar todos los hechos pertinentes corresponde a la vez al solicitante y al examinador. Es más, en algunos casos el examinador habrá de recurrir a todos los medios que tenga a su disposición para conseguir las pruebas necesarias en apoyo de la solicitud. Sin embargo, puede ser que ni siquiera esa investigación independiente tenga siempre éxito y que haya además declaraciones que no sea posible probar. En esos casos, si el relato del solicitante parece verídico deberá concedérsele, a menos que existan razones de peso para no hacerlo, el beneficio de la duda.”

De ser negativo el resultado, es decir “si no se reconoce al solicitante la condición de refugiado, debe concedérsele un plazo razonable para apelar ante la misma autoridad o ante una autoridad diferente, administrativa o judicial, con arreglo al sistema prevaleciente, a fin de que se reconsidere formalmente la decisión adoptada”⁶⁹. Atendiendo al interés superior del niño y luego de previas evaluaciones se podrá determinar la necesidad real de la búsqueda de relaciones familiares y atendiendo a ello y al interés superior del niño velar por la prevalencia de la reunificación familiar.

6.-El derecho a la vida familiar de los niños y niñas en casos de disponer la expulsión por motivos migratorios de los padres

En lo referente al Derecho a la vida familiar de los niños y niñas cuyos padres hayan sido expulsados por su condición irregular, la solicitud de opinión consultiva presentada a la Honorable Corte Interamericana recuerda a ésta que los deberes de protección, respeto y garantía pasan por asumir el reconocimiento internacional expreso de los derechos a la familia y la vida familiar del niño, así como al favorecimiento de la fortaleza del núcleo familiar y a la protección contra toda injerencia arbitraria o ilegal en la familia a la luz del interés superior del niño que se traduce en las exigencias de separación excepcional y temporal. Todo ello, en el marco del criterio de *ius solis* que rige en casi toda América Latina y el Caribe y de la consideración de que es imposible que la separación provocada por la expulsión de los padres en razón de su irregularidad migratoria constituya la medida más adecuada y respetuosa de los derechos del niño/a.

En la solicitud de opinión consultiva puesta a consideración de la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos se solicita a ésta se pronuncie sobre los deberes de respeto y garantía que pesan sobre los Estados respecto del derecho a la vida familiar del niño, así como del favorecimiento de la protección de la familia contra toda injerencia

⁶⁹ ACNUR. Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado. Párrafo. 192. vi.

arbitraria o ilegal que la afecte en relación al interés superior del niño, ya sea por la disposición de su separación excepcional o temporal, en los casos en que se disponga la expulsión de los padres por su condición irregular. Ello, en el marco del criterio de *ius solis* que rige en casi toda América Latina y el Caribe.

6.1 El derecho a la vida familiar

En el ámbito de protección del derecho a la vida familiar se consagra la protección tanto de la familia en general como del niño en particular. Así, es de amplio consenso asumir que “la familia [...] tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”⁷⁰, mientras que en lo relativo al niño, llama la atención el imperativo de que éste “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”⁷¹.

Asimismo, es preciso indicar que el derecho a la vida familiar no puede comprenderse sin el interés familiar que premune las relaciones de familia. Al respecto, es necesario reconocer que aunque “la cohabitación no constituye un requisito *sine qua non* de la vida familiar entre padres e hijos menores de edad”⁷², ello no impide la consecución de los mismos objetivos por el conjunto familiar ya que la realización de los intereses así como la satisfacción de las necesidades de cada integrante de la familia no puede ser promovido en perjuicio del de los demás, cuestión que merece especial atención cuando el superior interés del niño se encuentra involucrado. En ese sentido, “la relación entre el interés individual y el interés familiar es aplicable al interés del niño. No es posible concebir una decisión que lo favorezca y que, al mismo tiempo, perjudique a todo el grupo familiar, como tampoco puede imaginarse una determinación que beneficie a la familia y lesione el bien vivir del niño. Al mismo tiempo que se le debe dar la posibilidad de satisfacer sus necesidades

⁷⁰ Artículo 10 de la Declaración de Derechos Humanos.

⁷¹ Artículo 9.1 de la Convención de los Derechos del Niño.

⁷² ECHR. *Case of Berrehab v. the Netherlands*. Judgment of 21 July 1998, para 21.

personales, su bienestar no puede ser pensado sin “los otros”⁷³. Por lo tanto, en el caso del niño, y para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, deberá crecer en el seno de una familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión; mientras que en lo concerniente a la familia, ésta ha de entenderse como un medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, razón por lo cual ésta deberá: “recibir la protección y asistencia necesaria para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”⁷⁴. En tal sentido, encontramos que la satisfacción de los derechos del niño así como de los demás miembros de su familia, inciden necesariamente en el favorecimiento del superior interés del primero.

6.2 El derecho a la vida familiar del niño y de la familia en las políticas migratorias

El derecho a la vida familiar goza de un amplio reconocimiento en el plano de la normativa internacional sobre política migratoria. En tal virtud, se ha establecido que: “Los Estados Partes, reconociendo que la familia es el grupo básico natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a protección por parte de la sociedad y del Estado, adoptarán las medidas apropiadas para asegurar la protección de la unidad de la familia del trabajador migratorio”⁷⁵. Asimismo, que “todos los gobiernos, y en particular los de los países de acogida, deben reconocer la importancia vital de la reunificación de las familias y promover su incorporación en la legislación nacional a fin de que se proteja la unidad de las familias de los migrantes [...]”⁷⁶. De otro lado, es importante destacar el lugar e importancia que a nivel interno destacan el derecho a la unidad familiar y el interés superior del niño como principios rectores en la gestación e interpretación de la normativa relativa a la política migratoria de los Estados. Un ejemplo de ello lo encontramos en la siguiente disposición normativa: “Unidad familiar e interés superior de la niña, niño y adolescente, como criterio

⁷³ Grosman, Cecilia (1998). *Los derechos del niño en la familia: discurso y realidad*. Buenos Aires. Editorial Universidad. Pág. 42.

⁷⁴ Preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño.

⁷⁵ Asamblea General de la ONU. Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990: Convención sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias. Artículo 44.

⁷⁶ Resolución de la Asamblea General 55/100 del 1 de marzo de 2001. Párrafo 2.

prioritario de internación y estancia de extranjeros para la residencia temporal o permanente en México, junto con las necesidades laborales y las causas humanitarias, en tanto que *la unidad familiar es un elemento sustantivo para la conformación de un sano y productivo tejido social de las comunidades de extranjeros en el país*⁷⁷.

En tal virtud, y a efectos de la determinación del contenido iusfundamental del derecho a la vida familiar del niño, en lo concerniente a la reunificación de la familia es claro que “Siempre que sea posible y en el mejor de sus intereses, los estados deben permitir a los niños unirse a sus padres que hayan migrado. Tales oportunidades de reunificación no debería depender de la situación migratoria de sus padres”⁷⁸ (Traducción no oficial). En tal sentido, si los Estados se encuentran obligados a permitir y crear las condiciones para que niños de otras nacionalidades se reúnan con sus padres con el propósito de mantener sus relaciones familiares, aún cuando su situación migratoria sea irregular; sería a todas luces ilegítimo negarles el mismo derecho a los niños cuya nacionalidad sea la del país de acogida.

Bajo los parámetros del artículo 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo ha determinado los siguientes criterios para determinar si la medida de expulsión, además de constituir una injerencia en la vida familiar, resulta legítima en una sociedad democrática:

a) Injerencia prevista en la ley.

El instrumento jurídico por el cual se ha de disponer la medida de expulsión ha de consistir en una “norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y

⁷⁷ Ley de Migración. Publicada el 25 de mayo de 2011. Artículo 2º. Las cursivas son nuestras.

⁷⁸ ONU. General Assembly. 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 July 2010. Párr. 78.

elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes”⁷⁹.

b) Persecución de un objetivo legítimo.

Dependiendo del caso en concreto, los objetivos que persiguen las leyes que restringen el derecho a la vida familiar, por medio de la medida de expulsión, pueden ser tan disímiles como los siguientes: el “interés de la seguridad nacional”⁸⁰, de la seguridad pública, el bienestar económico del país⁸¹, para la prevención del delito, para la protección de la salud o la moral públicos, o para la protección de los derechos y libertades de los demás”⁸². En ese sentido, el quebrantamiento del orden público y la seguridad nacional por la inobservancia de las medidas migratorias que establece cada país no constituye el único motivo para proceder a la expulsión con la consecuente afectación de la vida familiar del niño.

Asimismo, y ya que en su más de las veces el objetivo perseguido por la medida de expulsión es la protección del interés público cabe señalar que “el recurso, por parte de una autoridad nacional, al concepto de orden público requiere, en todo caso, aparte de la perturbación social que constituye toda infracción de la ley, que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad”⁸³.

c) Necesidad de la medida en una sociedad democrática.

Sobre este punto, una medida de expulsión será necesaria en una sociedad democrática si es “justificada por una necesidad social imperiosa y, en particular, proporcionada a la finalidad legítima perseguida”⁸⁴. En ese sentido, la deportación de una persona por su

⁷⁹ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6. Párr. 38.

⁸⁰ ECHR. *Case of Üner v. the Netherlands*. Judgment of 05 July 2005, para 38; *Case of Sezen vs. The Netherlands*. Judgment of 31 enuary 2006 Párr. 40.

⁸¹ ECHR. *Case of Berrehab v. the Netherlands*. Judgment of 21 July 1998, para 26.

⁸² Artículo 8.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

⁸³ Sentencia del Tribunal de Justicia. Asunto 30/77 del 27 de octubre de 1977. Párr. 35; Asunto 249/86 del 18 de mayo de 1989. Párr. 17.

⁸⁴ *Case of Üner v. the Netherlands*. Judgment of 05 July 2005, para 39.

condición irregular será necesaria en una sociedad democrática sólo si es a su vez idónea, necesaria y proporcional respecto a la intervención legítima del derecho a la vida familiar.

De otro lado, y sobre la base del criterio del interés familiar antes esbozado, cabe señalar que los criterios empleados para proceder a la deportación de uno de los progenitores del niño cuyo derecho a la vida familiar se garantiza, merecen también especial consideración. Así, el TEDH ha establecido que para los casos en que los migrantes hayan iniciado su residencia en el país de acogida siendo ya adultos, es preciso atender a los siguientes criterios:

- “–La naturaleza y seriedad del delito cometido por el demandante.
- La duración de la estancia del demandante en el país del que debe ser expulsado.
- El tiempo transcurrido desde la comisión del delito, y la conducta del demandante durante dicho período.
- La nacionalidad de las distintas personas involucradas.
- La situación familiar del demandante, en su caso la duración de su matrimonio, y otros factores que denotan la efectividad de una vida familiar en pareja.
- Si el cónyuge conocía la ofensa en el momento en el que entró a formar parte de la relación familiar.
- Si hay hijos nacidos del matrimonio, y en su caso, sus edades.
- La seriedad de las dificultades que el cónyuge encontraría en el país de origen del demandante”⁸⁵.

Asimismo, un criterio adicional a tener en cuenta ha de ser atender a los vínculos particulares que los inmigrantes hayan desarrollado en el país anfitrión donde hayan pasado la mayor parte de su vida⁸⁶.

Al respecto, aunque el Comité de Derechos Humanos al referirse a lo que entiende por la expresión “su propio país”, consagrado en el párrafo 4 del artículo 12º del PIDCP, a

⁸⁵ *Case of Üner v. the Netherlands*. Judgment of 05 July 2005, para 40; *Case of Sezen vs. The Netherlands*. Judgment of 31 January 2006 Párr. 42.

⁸⁶ *Case of Üner v. the Netherlands*. Judgment of 05 July 2005, para 40.

aludido solo a migrantes de condición regular⁸⁷, es preciso recordar que por el principio de no discriminación por razones migratorias, resultaría ilegítimo no utilizar los mismos criterios que les serían aplicables a éstos a aquellos migrantes de condición irregular en cuanto a su derecho a la vida familiar y a las relaciones familiares existentes en el país de acogida. En ese sentido, aunque el objeto de la consulta realizada a la Honorable Corte no se refiere a los casos de expulsión de migrantes de condición regular, a efectos de ilustrar la importancia que cobran factores como el tiempo de residencia y las relaciones que hayan formado y desarrollado el o los infractores de la ley migratoria y sus niños en el país de acogida es preciso resaltar la concomitante relación existente entre el derecho a entrar y residir en “su propio país”⁸⁸ y el ejercicio de las relaciones familiares como manifestación del derecho a la vida familiar de los migrantes de condición regular.

Así, en lo referido a la comprensión que se tiene por “su propio país”, en un voto discrepante emitido a propósito del caso *Stewart vs. Canadá* ante el Comité de Derechos Humanos, se estableció lo siguiente: “No puede privarse a las personas del derecho a entrar en "su propio país", porque se considera inaceptable privar a cualquier persona de contactos estrechos con su familia, sus amigos o, en términos generales, con la red de relaciones que forman su entorno social. Esta es la razón por la que este derecho se enuncia en el artículo 12, que se refiere a los individuos que se hallan legalmente en el territorio de un Estado, y no a quienes tienen vínculos formales con ese Estado. Para los derechos enunciados en el artículo 12, la existencia de un vínculo formal con el Estado es irrelevante; el Pacto trata aquí de los fuertes vínculos personales y emocionales que un individuo puede tener con el

⁸⁷ Al respecto, el Comité de Derechos Humanos ha establecido que: “Dado que la noción de "su propio país" no se limita a la nacionalidad en el sentido formal, es decir, a la nacionalidad recibida por nacimiento o naturalización, comprende, cuando menos, a la persona que, debido a vínculos especiales o a pretensiones en relación con un país determinado, no puede considerarse un simple extranjero. Este sería el caso, por ejemplo, de los nacionales de un país que hayan sido privados de su nacionalidad en violación del derecho internacional y de las personas cuyo país se haya incorporado o transferido a otra entidad nacional cuya nacionalidad se les deniega. En suma, aunque estas personas pueden no ser nacionales en sentido formal, tampoco son extranjeros en el sentido del artículo 13. Es más, el texto del párrafo 4 del artículo 12 permite una interpretación más amplia que podría abarcar otras categorías de residentes de larga duración, en particular los apátridas privados arbitrariamente del derecho a adquirir la nacionalidad del país de residencia.” *Caso Stewart vs. Canadá*. Párrafo 12.4.

⁸⁸ Reconocido en el artículo 12 inciso 4 del Comité de Derechos Civiles y Políticos, que establece: “Nadie podrá ser arbitrariamente privado de su derecho a entrar en su propio país”.

territorio en el que vive y con las circunstancias sociales que en él reinan. Esto es lo que el párrafo 4 del artículo 12 protege”⁸⁹. Asimismo, señala que: “Las palabras "su propio país" a primera vista hacen pensar en aspectos tales como larga residencia constante, estrechos lazos personales y familiares, y el propósito de quedarse (así como la falta de esos lazos en otras partes). Cuando la persona no es nacional del país, las relaciones tendrán que ser fuertes para que puedan apoyar la conclusión de que se trata de "su propio país"”⁹⁰.

En ese mismo horizonte, en su voto disidente a propósito del caso *Bouchelkia vs. Francia*, el Juez Palm, añadió lo siguiente: “encuentro, en principio, difícil de aceptar que un país pueda justificarse, en virtud de la Convención, en la expulsión de un migrante de segunda generación a su país de origen debido a su comportamiento cuando casi todos sus lazos son con su nueva patria. En mi opinión, debe haber razones mucho más fuertes (...) para justificar tal acción. Como regla general, los que pertenezcan a la segunda generación de inmigrantes deben ser tratados de la misma manera que los nacionales”⁹¹.

No obstante ello, el hecho de poder considerar como “su propio país” al país de acogida por el migrante, no significa que sea imposible imponer la medida de expulsión o deportación, la cual para ser procedente y legítima ha de estar prevista en la ley y ser razonable en cada caso en concreto. Sobre este último punto, el Comité de Derechos Humanos ha establecido lo siguiente: “la expresión "injerencias arbitrarias" puede hacerse extensiva también a las injerencias previstas en la ley. Con la introducción del concepto de arbitrariedad se pretende garantizar que incluso cualquier injerencia prevista en la ley esté en consonancia con las disposiciones, los propósitos y los objetivos del Pacto y sea, en todo caso, razonable en las circunstancias particulares del caso”⁹².

⁸⁹ Comité de Derechos Humanos. *Caso Stewart. Vs. Canadá*. Comunicación No. 538/1993 del 16 de diciembre de 1996. Opinión individual (discrepante) de Elizabeth Evatt y Cecilia Medina Quiroga. Párr. 05.

⁹⁰ Op. Cit. Párr. 06.

⁹¹ ECHR. Case *Bouchelkia vs. Francia*. Judgment of 29 enuary 1997. Voto disidente del Juez Palm.

⁹² Comité de Derechos Humanos. Observación General N° 16. **Artículo 17 - Derecho a la intimidad, 32° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 162 (1988). Párr. 04.**

Por otra parte, disposiciones normativas como la que sigue: "las medidas de orden público o de seguridad pública deberán estar fundamentadas, exclusivamente, en el comportamiento personal del individuo a que se apliquen"⁹³, no pueden ser de aplicación taxativa ni contundente toda vez que al momento de valorar los derechos o intereses opuestos al interés público del Estado, que interesa a la medida de expulsión, ha de valorarse, además del comportamiento personal, el derecho a la promoción y al favorecimiento de las relaciones familiares existentes entre el sujeto infractor de la ley migratoria y su cónyuge e hijos menores de edad. Dicho en otros términos, para que la medida de deportación sea legítima el Estado deberá demostrar factores que justificarían la expulsión de uno o de ambos padres más allá de la simple aplicación de las leyes de inmigración.

En tal virtud, en el caso *Winata vs. Australia* el Comité de Derechos Humanos declaró que a través de la medida de deportación de ambos padres por su condición irregular, el Estado no había garantizado debidamente el derecho a la vida familiar de éstos así como de su hijo Barry Winata, de 13 años de edad, debido a que había simplemente aplicado la Ley de Migraciones, sin considerar que los autores de la comunicación llevaban más de 14 años en Australia, que Barry Winata había vivido en Australia desde que nació hace 13 años, asistido a la escuela como cualquier otro niño y establecido los contactos sociales consiguientes.

De otro lado, la valoración que se haga de las circunstancias específicas en cada caso en concreto puede hacer que la decisión final oscile en uno u otro sentido, especialmente en aquéllos casos en que sólo uno de los padres sea objeto de la medida de deportación. En palabras del Comité, "en los casos en que una parte de la familia ha de salir del territorio de un Estado Parte mientras que la otra tiene derecho a quedarse, hay que tener en cuenta los criterios pertinentes para determinar si se puede justificar objetivamente dicha injerencia en la vida familiar, por un lado, a la luz de la importancia de las razones del Estado Parte para expulsar al interesado y, por otro, del perjuicio a que se expondría a la familia y a sus

⁹³ *Apartados 1 y 2 del artículo 3 de la Directiva 64/221/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1964.*

integrantes a consecuencia de la expulsión”⁹⁴. A lo cual, cabría resaltar la necesidad del criterio de razonabilidad en la valoración de las circunstancias de cada caso en concreto.

Así, por ejemplo, en el caso *Byahuranga vs. Dinamarca* el Comité de Derechos Humanos determinó que no se había producido la violación del artículo 17º del PIDCP toda vez que aunque la situación migratoria del denunciante era regular y se había comprobado la injerencia a su vida familiar, su deportación estaba justificada debido a la condena que le había sido impuesta por la comisión de un delito relacionado con las drogas en Dinamarca, la duración de la pena y la gravedad de los hechos; motivos que, al parecer del Comité, resultaban razonables y suficientes para restringir el derecho a la vida familiar⁹⁵; no obstante que su familia mantuviera una situación estable en Dinamarca y sus hijos no hablaran el idioma del país de origen al que fuera deportado, razones por las cuales sería improbable que éstos pudieran seguirlo.

En estos casos, ante la procedencia de la medida de deportación, es preciso señalar que en la determinación de lo que al interés superior del niño importa, los intereses y deseos de los padres no pueden dejar de ser tomados en cuenta. Así, en su informe sobre inmigración en Estados Unidos, la Comisión Interamericana ha determinado que: “Respecto de las y los inmigrantes que logran mantener la custodia durante los procedimientos de inmigración, la CIDH considera alarmante la información según la cual una vez se ha ordenado su deportación, la persona detenida no es consultada o escuchada en relación con las determinaciones de custodia respecto de sus hijas o hijos ciudadanos estadounidenses. De manera similar, la Comisión Interamericana insta al Estado a que la voluntad del padre o madre cuya deportación se ha ordenado sea tomada en cuenta de manera fehaciente en el

⁹⁴ Comité de Derechos Humanos. *Caso Byahuranga vs. Dinamarca*. Comunicación N° 1222/2003 del 09 de diciembre de 2004. Párr. 11.7.

⁹⁵ Al respecto, cabe precisar que debido a que el autor de la denuncia, el señor Jonny Rubin Byahuranga, había planteado la demanda a nombre propio y no a nombre de su esposa e hijos, en los propios términos del Comité, la determinación sobre la violación del derecho a la vida familiar se realizó solo en cuanto a éste. No obstante ello, tal situación no significa que el Comité haya de omitir la valoración del interés superior del menor así como del derecho de este, así como de su madre, a mantener sus relaciones familiares, toda vez que por el principio del interés familiar, al valorar el ejercicio de los derechos de un integrante de la familia, no es posible hacer un juicio aislado sino vinculado al interés de los demás miembros de la familia, pues tal interés no es sino la convergencia de los derechos e intereses de sus miembros.

análisis de lo que constituye el “interés superior” del niño o niña ciudadana estadounidense”⁹⁶.

De otro lado, en el caso *Sezen vs. The Netherlands*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos determinó que se había vulnerado ilegítimamente el derecho a la vida familiar, consagrado en el artículo 8.1 del Convenio de Derechos Fundamentales. En este caso, el Viceministro de Justicia de los países bajos había negado al señor Sezen un permiso de residencia permanente, imponiendo una medida de exclusión de 10 años por considerarlo una persona *non grata* debido a que 5 años atrás el solicitante había sido condenado por el delito de tenencia ilícita de drogas en calidad de coautor. Otra razón por la cual se le denegó el permiso solicitado fue que el denunciante, al solicitar el permiso de residencia, lo hizo de manera independiente y no en relación a los demás miembros de su familia, por lo cual, a juicio del órgano competente, el demandante no tenía la intención de mantener sus relaciones familiares en el país de acogida. No obstante ello, el tribunal valoró que aunque el fin perseguido con la medida era la seguridad pública y la prevención del delito, la medida empleada no se ajustaba a los requerimientos de una sociedad democrática⁹⁷, ya que la autoridad competente no había prestado la debida atención a los efectos negativos de la negación del permiso de residencia permanente en el derecho a la vida familiar del solicitante, toda vez que, después de cumplida su condena, el demandante había encontrado un trabajo y no había vuelto a reincidir. De otro lado, respecto a su esposa señaló que aunque era de origen turco, no dominaba el idioma y no mantenía ningún contacto o relación familiar en Turquía; mientras que respecto a sus hijos, además de no hablar turco, habían formado relaciones estrechas en el país de acogida, condiciones que hacían evidente la imposibilidad de mantener las relaciones familiares en caso de consentirse la medida de deportación.

⁹⁶ Comisión IDH. *Informe sobre inmigración en Estados Unidos: Detenciones y Debido Proceso*. Párrafo 370.

⁹⁷ En este punto de análisis, el Tribunal Europeo utiliza los criterios citados anteriormente para aquéllos casos en que el migrante haya iniciado su residencia en el país de acogida siendo ya adulto.

En consecuencia, y atendiendo al pedido de la entidad recurrente, estimamos que en cualquier caso la autoridad judicial, al disponer la medida de deportación, no deberá ceñirse a la aplicación taxativa de la ley, sino que deberá valorar otros factores como las relaciones familiares, la vida familiar y el interés superior del niño, todo ello en aras de la convergencia de los intereses de todos los miembros de la familia que constituyen el interés familiar. Asimismo, la decisión judicial de deportación deberá estar justificada en la ley y ser razonable en cada caso en concreto, atendiendo a las garantías de pretender la consecución de un fin legítimo y ser adecuada en una sociedad democrática.