

Bogotá D.C., febrero 15 de 2012

Honorables Magistrados

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Presidente Diego García-Sayán

E. S. D.

Ref.: Opinión sobre los puntos sometidos a consulta a la Corte Interamericana de Derechos Humanos por los Estados de Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay relativos a los derechos de los niños migrantes en situación ilegal.

Honorables Magistrados

Beatriz Eugenia Sánchez Mojica, doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid (España), identificada con la cédula de ciudadanía N° 52.047.458 de la república de Colombia, en mi condición de profesora de Derecho Internacional de la facultad de Derecho de la Universidad de los Andes de Bogotá (Colombia), con dirección carrera 1 N° 18A- 12 Bogotá, despacho 404 del Edificio RGB, correo electrónico be.sanchez20@uniandes.edu.co y teléfono (0057) 3212046772, para efectos de la recepción de cualquier tipo de comunicación o notificación, procedo a título personal a responder la invitación efectuada por el Presidente de la Corte a dicha facultad, en los términos establecidos por el artículo 73.3 del reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La presente opinión tiene por fin aportar elementos que contribuyan al análisis que debe hacer el tribunal para responder a las preguntas que le han sido formuladas por los Estados de Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay relativas a los derechos de los niños migrantes. Para ello se ha explorado en la jurisprudencia contenciosa y consultiva del sistema interamericano, relacionada con los temas que afectan los derechos de los niños y adolescentes migrantes, así como en las respuestas ofrecidas desde los sistemas universal y europeo de protección de los derechos humanos. Adicionalmente se ha recurrido a la doctrina y al estudio de los modelos de atención a los menores migrantes desarrollados en los Estados europeos. Este último por cuanto en esta región se viene desarrollado un intenso debate en torno a la responsabilidad de las autoridades estatales y la sociedad frente a esta población; los sistemas de atención fruto de esta discusión ofrecen parámetros de actuación que pueden ser útiles a la Corte Interamericana de Derechos Humanos al momento de abordar algunas de las cuestiones que le han sido presentadas.

El presente escrito se estructura en torno a diez secciones. En la primera son analizados tres asuntos que revisten particular importancia, en la medida en la que establecen las bases sobre las cuales debe darse respuesta a las preguntas que han sido formuladas por los Estados. Se trata del marco normativo que debe ser tenido en cuenta por la Corte al estudiar cualquier asunto relacionado con los derechos del niño, los límites que el derecho internacional impone a la soberanía estatal al momento de diseñar y poner en práctica la política migratoria en general y la destinada a los menores en particular, y el concepto e importancia del principio de interés superior del niño. En las ocho secciones siguientes se procura dar respuesta a aquellas cuestiones planteadas por los Estados a la Corte respecto a las cuales se ha considerado que es posible hacer algún aporte. Finalmente unas breves conclusiones sintetizan el trabajo desarrollado a lo largo del texto.

Previamente al desarrollo de estas secciones, se considera oportuno aclarar que el concepto *niño* que se maneja en este documento se ciñe a lo establecido en el artículo primero de la Convención sobre Derechos del Niño, de manera que abarca a todo ser humano menor de dieciocho años. Por otra parte cuando se haga mención a los menores no acompañados se estará haciendo referencia a la categoría desarrollada por el Comité de Derechos del Niño en su observación general relativa al trato que debe darse a los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen. Ésta abarca los menores que, por cualquier circunstancia, han sido apartados de ambos padres y otros parientes y no están al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumbe esa responsabilidad¹.

I.- Cuestiones preliminares

A. Marco normativo y principios básicos para abordar el estudio de los derechos de los niños y adolescentes migrantes.

El análisis de los derechos de los niños migrantes por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte) requiere, en primer lugar la definición del marco normativo en el que se establecen los derechos de estas personas y las obligaciones estatales para asegurar su garantía. Tal y como lo ha reconocido la propia Corte en el caso *Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala* de 19 de noviembre 1999 y en su opinión consultiva OC-17 *Condición jurídica y Derechos Humanos de los Niños*, de 28 de agosto de 2002, los instrumentos del sistema interamericano no agotan este marco, ya que existe “un *corpus iuris* de derecho internacional de protección de los derechos de los niños”, el cual debe ser empleado para definir el alcance y contenido de las obligaciones que han asumido los Estados frente a esta población y en especial para establecer las medidas protectoras a las que hace referencia el artículo 19 de la Convención interamericana de Derecho Humanos.

¹ Comité de los Derechos del Niño, Observación general N°6 *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*. Doc. ONU CRC/GC/2005/6 de 1º de septiembre de 2005. Párr. 7.

Este *corpus iuris* está integrado por la Convención de Derechos del Niño (en adelante CDN) y los instrumentos del sistema interamericano, entre los que destacan la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (en adelante DADH) y la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH). Incluye, así mismo, las disposiciones pertinentes de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. Así mismo, a este conjunto normativo deben incorporarse los instrumentos de *soft law* que han sido empleados por la Corte en diversas ocasiones² para interpretar y concretar las garantías y deberes consagrados en los instrumentos jurídicamente vinculantes del *corpus iuris*.

Los instrumentos de *soft law* a los que se hace referencia constituyen un amplio conjunto de normas, preparadas en su mayor parte por órganos de Naciones Unidas, entre los que se encuentran las observaciones generales del Comité de Derecho del Niño, los informes del Relator Especial de Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing) adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985, las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990 y la resolución del mismo órgano adaptada el 24 de febrero de 2000, entre otras.

Entre este conjunto de disposiciones debe destacarse el valor de las observaciones generales del Comité de Derechos del Niño; órgano creado por el artículo 43 de la CDN, con el propósito de examinar los avances de los Estados en el cumplimiento de sus disposiciones. Las observaciones generales -también conocidas como comentarios generales- constituyen un ejercicio de interpretación sobre el contenido y extensión de las obligaciones establecidas en este tratado, y como tal han sido recibidas y aceptadas por sus Estados parte³. El consenso que se ha generado alrededor de estas observaciones reviste particular importancia en la medida en la que dotan de contenido disposiciones vinculantes para todos los Estados miembros de Naciones Unidas, a excepción de Estados Unidos de América y Somalia que no han ratificado la CDN⁴. Se trata, por tanto de una lectura dotada de una especial autoridad, que debe guiar la interpretación y aplicación de este instrumento.

² La Corte ha empleado estos instrumentos, entre otras ocasiones, en sus opiniones consultivas *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño* de 28 de agosto de 2002 y *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, de 17 de septiembre de 2003. Así mismo en los casos "*Instituto de Reeducación del Menor*" Vs. Paraguay, sentencia de 2 de septiembre de 2004 y *Vélez Loor contra Panamá* del 23 de noviembre de 2003,

³ Villán Durán, Carlos, *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos* Editorial Trotta, Madrid (España, 2006. Pág. 400.

⁴ Información disponible en la base de datos on line sobre tratados de Naciones Unidas http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en consultada el 5 de enero de 2012.

Finalmente el marco normativo en el que se inscribe la opinión consultiva solicitada a la Corte incluye los tratados, la jurisprudencia y el *soft law* procedentes de otros sistemas internacionales de garantía de los derechos humanos, como el Derecho Internacional de los refugiados y el Derecho europeo de protección de los derechos humanos. Estos instrumentos deben emplearse como herramientas hermenéuticas frente a las disposiciones de la CADH en los términos establecidos en el artículo 29.9 de la misma, tal y como lo han hecho la Corte⁵ y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁶ en diversas ocasiones.

B. Los derechos de los niños migrantes como límites a las decisiones soberanas de los Estados relativas a la regulación de los flujos migratorios.

Una vez definido el marco normativo sobre el que debe trabajar la Corte para responder las dudas que le han sido planteadas procedemos a abordar el segundo asunto preliminar: los límites del Estado al momento de diseñar y poner en práctica su política migratoria. Se trata de un tema especialmente sensible, por cuanto el control sobre los flujos de población ha sido considerado desde finales del siglo XIX un asunto que compete exclusivamente a la voluntad del Estado afectado⁷.

Las razones que se han esgrimido a lo largo del tiempo para mantener la política migratoria como un asunto interno, ajeno a las injerencias del Derecho y la comunidad internacional pueden ser resumidas, siguiendo el trabajo de Catherine Dauvergne, en tres argumentos que combinan consideraciones políticas, culturales y jurídicas. En primer lugar se encuentra la relación existente entre la identidad nacional y los flujos migratorios. Las autoridades estatales temen que una afluencia descontrolada de extranjeros destruya los rasgos que caracterizan a la población autóctona, privándola del sentido de comunidad que la cohesionan. Íntimamente vinculado a este argumento se encuentra el segundo: el control migratorio ocupa un lugar destacado en la construcción de la imagen que una comunidad liberal tiene de sí misma. Las leyes migratorias permiten trazar una clara línea que distingue entre los miembros de la comunidad nacional, titulares del derecho a residir

⁵ La Corte ha empleado elementos extrasistémicos procedentes del sistema europeo de protección de los derechos humanos en casos como *Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala* de 19 de noviembre 1999, *Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay* de 2 de septiembre de 2004 y *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú* de 25 de noviembre de 2006.

⁶ La Comisión ha señalado que la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados debe ser tenida en cuenta en los términos del artículo 29 de la CADH en cuatro informes de admisibilidad: Informe 27/93 Joseph contra Canadá de 1993, Informe 51/96 Comité Haitiano de Derechos Humanos y otros contra USA de 1997, Informe 6/02 Ciudadanos cubanos y 8 haitianos detenidos en Bahamas de 2002 e Informe 53/04 Romualdo Juan Pacheco Osco contra Bolivia de 2004.

⁷ Contrario a lo que podría creerse sólo hasta finales del siglo XIX los flujos transnacionales de población comenzaron a ser percibidos como un asunto que debía ser regulado por cada Estado y considerado un asunto doméstico, libre de cualquier injerencia externa. Las Altas Cortes de Canadá y los Estados Unidos de América, a través de su jurisprudencia, fueron las primeras en introducir esta idea, que ejerció una poderosa influencia a nivel global. Las primeras sentencias de la Canada Supreme Court fueron *Musgrove v. Chun Teeong Toy*, A.C. 272 (1891) y *Attorney-General for Canada v. Cain*, A.C. 542 (1906). Más conocidas, en influyente fueron las de United States Supreme Court: *Nishimura Eiku v. U.S.*, 42 U.S. 651 (1892), *Fong Yue Ting v. U.S.*, 149 U.S. 698 (1893) y *Chae Chan Ping v. U.S.*, 130 U.S. 581 (1899).

en un territorio Estatal determinado y destinatarios de la plena protección por parte de las autoridades, frente a los foráneos⁸. Esta autoimagen de la comunidad autóctona, más allá de su valor simbólico, resulta determinante al momento de distribuir derechos y obligaciones entre los habitantes de este territorio. Por último se encuentra un argumento de corte histórico. Se trata del control, casi absoluto, que ha tenido el poder ejecutivo en la regulación de los flujos migratorios subordinando la protección de los migrantes al interés nacional; un fenómeno particularmente fuerte en los países de tradición anglosajona⁹.

No obstante el interés de los Estados de mantener la cuestión migratoria como un asunto doméstico, la vis expansiva de los Derechos Humanos ha logrado permear el muro de la soberanía, imponiendo obligaciones relativas tanto al diseño como a la aplicación de las políticas nacionales de inmigración y emigración. Tanto la jurisprudencia del sistema interamericano¹⁰, como la del sistema europeo¹¹ de protección de los derechos humanos coinciden en señalar que los compromisos internacionales adquiridos por vía convencional y consuetudinaria condicionan las decisiones internas de los Estado relativas al ingreso, permanencia y salida de extranjeros.

Si bien los Estados continúan gozando de un amplio espacio de libertad para elaborar sus políticas migratorias, en el momento de diseñarlas deben incluir entre los objetivos que pretenden alcanzar el respeto a los derechos humanos. Así mismo los mecanismos y procedimientos previstos para su aplicación deben garantizar la protección de los derechos de los migrantes¹². Resulta particularmente importante destacar que todas las medidas adoptadas en el marco de estas políticas deben ser acordes con el principio de no discriminación, incluso aquellas relacionadas con la concesión de visas o permisos de residencia y trabajo¹³. Ello con independencia de los compromisos internacionales adquiridos expresamente por el respectivo Estado, dado que esta norma reviste el carácter de *ius cogens*¹⁴.

Ahora bien, aunque el respeto de los derechos humanos de los migrantes como límite a la voluntad soberana de los Estados en la regulación de los flujos transnacionales de población ha quedado definido, aun es preciso definir el contenido de esos derechos. Si

⁸ Este argumento ha sido desarrollado por Michael Walzer en su trabajo *Spheres of Justice: A Defense Of Pluralism And Equality*, Basic Books, New York, 1983.

⁹ Dauvergne, Catherine, "Sovereignty, Migration and the Rule of Law in Global Times" en. *The Modern Law Review Limited*, Volume 67, Issue 4, July 2004.

¹⁰ Así lo ha señalado en su opinión consultiva *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados* de 17 de septiembre de 2003, en su decisión sobre las medidas provisionales en el caso *Asunto Haitianos y Dominicanos de origen Haitiano en la República Dominicana respecto República Dominicana. Medidas Provisionales* de 18 de agosto de 2000 y en la sentencia del caso *Vélez Loor contra Panamá* del 23 de noviembre de 2003.

¹¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos casos *Abdulaziz, Cabales, y Balkandali contra Reino Unido*, sentencia de 28 de mayo de 1985 y *Üner contra Holanda*, sentencia de la Gran Sala del 18 de octubre de 2006.

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos *Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados* Párr. 168 y 169.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Párr. 101.

bien la Corte se ha pronunciado sobre la exigencia de respetar a los migrantes los derechos a la no discriminación¹⁵, a la integridad personal¹⁶, a la libertad personal¹⁷, a las garantías judiciales¹⁸ y a un recurso judicial efectivo¹⁹ -entre otros-, no ha efectuado un pronunciamiento específico sobre los derechos de los niños migrantes.

La definición de este conjunto de garantías, así como de los correlativos deberes estatales, debe tener en cuenta que los niños son titulares de derechos especiales, adicionales a los reconocidos a los adultos²⁰. Así mismo es necesario tener en cuenta la jurisprudencia de la Corte relativa al deber estatal de especial protección respecto frente a grupos que enfrentan condiciones de vulnerabilidad²¹ entre los cuales se encuentran los migrantes en situación irregular²², sean adultos o niños. Ahora bien, es sabido que el artículo séptimo de la DADH, y el artículo décimo noveno de la CADH se limitan a establecer un principio de especial protección, sin entrar a precisar cuáles son los derechos de los niños. Tampoco establecen distinción alguna entre los reconocidos a los niños nativos y los foráneos, ni entre los extranjeros que se encuentran en situación legal y los que están en condiciones de ilegalidad. Por tanto para determinar el contenido de los derechos especiales de los menores y la posibilidad de distinguir, sin violar la prohibición de discriminación, entre los niños nacionales y extranjeros (así como entre regulares e irregulares) debe recurrirse a la CDN, parte del *corpus iuris* al que ya se ha hecho referencia. A su vez, la adecuada lectura de las disposiciones de este tratado exige la incorporación de las observaciones generales del Comité de los Derechos del Niño.

El mencionado comité, en concordancia con lo establecido en el artículo segundo de la CDN, ha sido enfático al señalar que todos los derechos consagrados en esta convención deben ser garantizados por igual a los menores que se encuentran en el territorio estatal o bajo su jurisdicción, sin importar su nacionalidad o la situación legal en que se encuentren; deber que se extiende a aquellos que intentan penetrar en el territorio estatal cruzando una frontera internacional. La garantía de estos derechos exige el desarrollo de medidas tanto negativas como positivas, por parte de todos los poderes públicos, de manera que las autoridades estatales no sólo deben abstenerse de adoptar decisiones que infrinjan los derechos del menor. También están obligadas a desarrollar

¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Párr. 112-119.

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia *Vélez Loor contra Panamá*, Párr 196-205..

¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia *Vélez Loor contra Panamá*, Párr 166.

¹⁸ Opinión consultiva *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal* de 1 de octubre de 1999 Párr. 84 y 124. 1999 y Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia *Vélez Loor contra Panamá*, Párr. 108.

¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia *Vélez Loor contra Panamá*, Párr. 102 y ss.

²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño* Párr. 54 y sentencia *“Instituto de Reeducación del Menor” Vs. Paraguay*, Párr. 147.

²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos sentencia *Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas* de 31 de enero de 2006, sentencia *Campo algodónero c México, 2009* de 16 de noviembre de 2009, Párr. 243, y *Caso Anzualdo Castro v. Perú* de 22 de septiembre de 2009, Párr. 37.

²² Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia *Vélez Loor contra Panamá*, Párr. 98.

acciones que garanticen el disfrute de estos derechos sin discriminación de ningún tipo²³. Los deberes estatales se extienden a la adopción de medidas especialmente protectoras en los casos de especial fragilidad, como la que experimentan los niños en situación migratoria irregular no acompañados, las cuales deberían incluir la priorización de los recursos necesarios para su atención²⁴.

En conclusión, las diversas políticas estatales de control de la migración deben asegurarse de garantizar el respeto de los derechos de los niños consagrados en la CDN. En esta tarea deben tener especial cuidado en no establecer distinciones desfavorables entre las condiciones de establecidas para garantizar estos derechos frente a las fijadas para los menores nacionales. Ello implicaría la vulneración de una norma de *ius cogens*, como es la prohibición de la discriminación. Lo anterior no significa que, teniendo en cuenta la especial fragilidad de los niños migrantes –o las particulares condiciones de vulnerabilidad de determinados subgrupos de este colectivos como el integrado por los menores no acompañados en situación irregular- no se adopten medidas especiales destinadas a cubrir sus particulares necesidades de asistencia y protección.

C. El interés superior del menor

El último asunto preliminar, esencial para establecer las bases sobre las cuales la Corte debe orientar sus respuestas, es el relativo al contenido y valor jurídico del principio de interés superior del menor. Este principio ha sido contemplado por varios instrumentos internacionales, tanto del sistema universal, como del sistema regional. Se encuentra en el artículo tercero de la CDN donde se establece como el objetivo final que debe guiar toda actuación estatal o privada concerniente a los niños. La Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer²⁵, lo establece en sus artículos quinto²⁶ y décimo sexto²⁷, en el mismo sentido. Por otra parte, si bien el Pacto

²³ Comité de los Derechos del Niño, Observación general N°6 (2005) *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*. Doc. ONU CRC/GC/2005/6 de 1º de septiembre de 2005. Párr. 12 -18.

²⁴ *Ibidem*, Párr. 163.

²⁵ Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979. Entró en vigor: 3 de septiembre de 1981.

²⁶ Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer:

“Artículo 5: Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para:

(...)

b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que **el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos.**” (Negrillas fuera del original).

²⁷ Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer:

“Artículo 16.1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

(...)

Internacional de Derechos Civiles y Políticos no lo menciona de forma expresa, el Comité de Derechos Humanos lo ha incorporado como un elemento indispensable para la interpretación de las obligaciones de los Estados que hacen referencia a la protección de los niños. Así lo ha hecho en sus observaciones generales 17²⁸ y 19²⁹, relativas a la protección de los menores en caso del divorcio o la separación de sus padres.

Este principio tampoco figura de manera expresa en los instrumentos que conforman el sistema interamericano de derechos humanos. No obstante, la Corte ha expresado claramente que esta norma -cuyo origen se encuentra en el concepto mismo de dignidad humana, base de todo el Derecho Internacional de protección del ser humano- debe guiar la interpretación del artículo 19 de la CADH³⁰. De hecho a través de su jurisprudencia este tribunal ha empleado de forma constante este principio para dotar de contenido los derechos de los niños y para evaluar el cumplimiento de las obligaciones correlativas de las autoridades estatales³¹. Finalmente, el interés superior del niño también ha sido reconocido, en el sistema europeo, como base de la especial protección que debe ofrecerse a los niños. Si bien el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH), no lo incluye de manera expresa, ha sido constantemente empleado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) a lo largo de su jurisprudencia³².

El amplio consenso en torno a esta norma y a la exigencia de condicionar todas las medidas relativas a los niños a su consecución, contrasta con las dificultades para ofrecer una definición precisa de su contenido. No es posible acudir a los trabajos preparatorios del CDN, pues el grupo de trabajo que preparó el borrador no desarrolló una definición, ni estableció criterios para evaluar su cumplimiento. Tampoco es factible buscarla en el trabajo del Comité de Derechos del Niño, ya que no la ha desarrollado. De hecho tanto uno como otro parecen haber evitado de manera intencional esta tarea, enfatizando la necesidad de aplicar los valores y principios de la CDN - entendida como un todo- a cada caso en particular y considerando al niño como un sujeto titular de derecho, poseedor de sentimientos y opiniones que deben ser tenidos en cuenta³³. Siguiendo esta línea la Corte

d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, **los intereses de los hijos serán la consideración primordial**" (Negrillas fuera del original).

²⁸ Aprobada en la trigésimo quinta sesión del Comité, en 1989.

²⁹ Aprobada en la trigésimo novena sesión del Comité, en 1990.

³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Párr. 56-61.

³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia *Instituto de reeducación del menor v. Paraguay* Párr. 160, 225 y 336. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri v. Perú* de 8 de julio de 2004, Párr. 124, 163-164, y 171, sentencia *Bulacio v. Argentina* de 18 de septiembre de 2003, Párr. 126 y 134; sentencia *"Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) v. Guatemala* de 19 de noviembre 1999, Párr. 146 y 191.

³² Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*, sentencia de la gran sala de 6 de julio de 2010, párr. 51-56 y 107, caso *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium*, sentencia de 12 de octubre de 2006, Párr.83, casoe *Maslov v. Austria*, sentencia de 23 de junio de 2008, párr. 82, caso *Boultif v. Switzerland*, sentencia de 2 de agosto de 2001 y caso *Omojudi v the United Kingdom*, sentencia del 24 de noviembre de 2009, Párr. 58, entre otras.

³³ Hodgkin, Rachel y Newell, Peter (Eds.), *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, United Nations Children's Fund 1998, Pág. 37- 40.

tampoco ha definido de manera abstracta el contenido del interés superior del niño, optando por aplicarlo en cada caso en particular, bajo la premisa de concebir al menor como un sujeto de derechos y no como un mero objeto de protección³⁴.

Pese a la negativa de los principales intérpretes del *corpus iuris* de derechos del niño a proponer una definición de este principio, se considera pertinente ofrecer una, por amplia que sea, pues ello contribuirá a esclarecer la magnitud de las obligaciones estatales relacionadas con la protección de los niños migrantes. Con tal fin se recurre a la interpretación que de este principio ha efectuado el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (en adelante ACNUR) a través de sus *Directrices para la determinación del interés superior del niño*; texto que ha sido empleado por el TEDH³⁵. En este documento es definido cómo el bienestar del niño, el cual depende de múltiples circunstancias tales como el género, la edad y el grado de madurez, la presencia o ausencia de los padres, el entorno en el que habita y sus experiencias. La interpretación de este concepto, en todo caso, debe efectuarse de manera acorde a las previsiones establecidas por la CDN y la lectura que de las mismas ha efectuado el Comité de Derechos del Niño³⁶.

Siguiendo la anterior propuesta, se considera conveniente entender por interés superior del menor la búsqueda de su bienestar integral, lo que deberá tener en cuenta las circunstancias particulares del niño en cada caso concreto, prestando especial atención a su edad, grado de madurez, género, presencia de sus padres o tutores, pertenencia cultural y étnica, así como a las circunstancias de especial fragilidad en las que pueda hallarse. La búsqueda de este bienestar debe guiar toda actuación estatal o privada, relacionada con los menores migrantes, y realizase de forma acorde y armónica con las disposiciones que integran el *corpus iuris* de derecho del niño.

Una vez aclarado los tres puntos preliminares se procede a abordar las preguntas realizadas por los Estados a la Corte.

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

La condición de migrante es en el mundo contemporáneo un sinónimo de vulnerabilidad puesto que está atada –por regla general- a la condición de no ciudadano, lo que a su vez acarrea una situación de ausencia o incluso carencia poder frente a la

³⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Párr. 28.

³⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*, 6 de julio de 2010, decisión de la gran sala Párr. 52.

³⁶ ACNUR, *Directrices para la determinación del interés superior del niño*, mayo de 2008, Pág. 15. Documento disponible en la página web <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7126.pdf?view=1> consultada el 15 de enero de 2012.

población local, así como un reconocimiento inferior de derechos. Si bien se han desarrollado formas de ciudadanía incluyentes que cobijan a los extranjeros, aquella ligada a la nacionalidad aún constituye la predominante en el mundo en general y en la región americana en particular³⁷. La Corte ha reconocido la fragilidad intrínseca del migrante producida tanto por esta ausencia de poder, como por la exclusión de la que suele ser víctima; fruto esta última de prejuicios nacionales, culturales y étnicos³⁸. Así mismo, ha reconocido la situación de irregularidad como un agravante a tal vulnerabilidad³⁹.

En el caso que el migrante irregular aún no se haya convertido en adulto esta vulnerabilidad se ve incrementada de forma considerable, pues reúne tres factores de fragilidad: como migrante, como irregular y como menor de edad. Pero este niño puede, además, reunir una serie de características o experimentar circunstancias que hagan su situación aún más precaria. Su viaje puede estar motivado por la persecución que sufre en su país de origen, por su deseo de huir de un conflicto armado, de una situación de violación masiva y sistemática de derechos humanos o de intentos de reclutamiento forzado por parte de un actor armado. También es posible que la causa de su éxodo se encuentre en situaciones de maltrato en su entorno familiar o social, en la destrucción de su hogar debido a algún tipo de catástrofe natural, o en su deseo de escapar de la miseria. Así mismo es factible que sea víctima del delito de trata, que sea portador de alguna enfermedad o que se encuentre separado de sus padres o tutores.

La identificación de esas situaciones de especial fragilidad del niño migrante irregular constituye una obligación jurídica de las autoridades del Estado en el que se encuentra. Se trata de un deber de carácter instrumental -pero no por ello menos vinculante- ya que resulta imprescindible establecer la situación en la que se encuentran estas personas para cumplir con los especiales deberes de protección fijados por la jurisprudencia de la Corte, como desarrollo de las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos frente a grupos de población vulnerable⁴⁰. Así mismo, resulta indispensable para que el Estado pueda cumplir con los compromisos relativos a la protección internacional que debe garantizar a los niños refugiados⁴¹ o cuyo retorno al país de origen podría poner en peligro su vida o integridad personal⁴².

El carácter instrumental de la obligación de identificar las situaciones de especial vulnerabilidad o riesgo que experimentan los niños migrantes en situación irregular, no implica que las condiciones en las que las autoridades estatales deben darle cumplimiento

³⁷ Para un panorama de las distintas formas de ciudadanía y de las limitaciones que presenta la ciudadanía nacional ver el trabajo de Libardo Ariza e Iker Barbero "Ciudadanía más allá del Estado-Nación: pertenencia y derechos en un mundo global" en *Ciudadanía sin nación*, A.A.V.V., Siglo del hombre editores, Bogotá, 2010.

³⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Párr. 112 y 113.

³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos *Vélez Loor contra Panamá*, Párr. 98.

⁴⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia *Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia* de 31 de enero de 2006, sentencia "*Campo Algodonero*" v. México, Párr. 243, sentencia *Anzualdo Castro v. Perú*, Párr. 37.

⁴¹ Artículo 27 de la DADH y artículo 22.7 de la CADH

⁴² Artículo 22.8 de la CADH.

sean menos exigentes de las impuestas para satisfacer las obligaciones directamente impuestas por las normas internacionales. En consecuencia el procedimiento establecido por cada Estado para definir el grado de fragilidad y la existencia de circunstancias que ameriten protección internacional, debe ceñirse al *corpus iuris* de derechos del niño y, ante todo, procurar la garantía del interés superior del menor. Para ello es preciso que el proceso de identificación de especiales condiciones de fragilidad se rija por las normas que se enuncian a continuación.

En primer lugar, debe darse inicio a este proceso desde el primer momento en el que las autoridades entran en contacto con el niño migrante en situación irregular, pues su resultado determinará los deberes que deben asumirse, así como el tipo de medidas que deben adoptarse⁴³. En segundo lugar, el niño debe ser tratado, en todo momento, como un sujeto titular de derechos, y no como un simple objeto de protección. Su derecho a participar en el proceso destinado a definir su grado de vulnerabilidad debe ser, por tanto, plenamente garantizado. Este derecho, que le ha sido reconocido por el artículo 12 de la CDN, exige que las autoridades estatales le brinden información suficiente sobre su situación, sobre la importancia del procedimiento al que está siendo sometido, así como sobre sus posibles resultados y consecuencias para su futuro. Todo ello por medio de un lenguaje adecuado para su edad y grado de madurez. La opinión expresada por el menor deberá ser valorada y tenida en cuenta por la autoridad competente al momento de identificar los especiales factores de vulnerabilidad que enfrenta. Así lo han indicado tanto la propia Corte⁴⁴, como el Comité Ejecutivo de ACNUR (en adelante EXCOM)⁴⁵, cuyas conclusiones constituyen un valioso instrumento de *soft law* para la interpretación de las obligaciones contenidas en la Convención de 1951 sobre el Estatuto del Refugiado, y su Protocolo adicional de 1967⁴⁶.

En tercer lugar, y en estrecha relación con la garantía al derecho a la participación, el Estado debe asegurar que la evaluación de la situación del niño sea realizada por parte de instituciones especializadas, dotadas de instalaciones adecuadas que ofrezcan seguridad y confianza al menor, medios idóneos y experiencia probada en este género de

⁴³ Comité de los Derechos del Niño, Observación general N°6, Párr.20.

⁴⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos Opinión Consultiva *Condición jurídica y Derechos Humanos de los Niños*, Párr. 99.

⁴⁵ Comité Ejecutivo de ACNUR, *Conclusión N° 107 sobre los niños en situación de riesgo*, 2007, 58° Período de sesiones:

“iv) Los Estados, el ACNUR y otros organismos y asociados competentes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño en función de su edad y madurez, y se cerciorarán de que existan mecanismos para informar tanto a los niños como a los adultos de los derechos y las opciones que tienen los niños;”

⁴⁶ El Comité Ejecutivo del ACNUR es un órgano subsidiario de la Asamblea General, creado por la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 1166(XII) de 26 de noviembre de 1957 y modificado por la Resolución 49/171 de 23 de diciembre de 1994, por medio de la cual su número de miembros fue aumentado de 47 a 50. Está compuesto por representantes de cincuenta Estados y tiene la función de asesorar al Alto Comisionado.

tareas. Adicionalmente deben contar con personal altamente calificado, especialmente formado en las técnicas de entrevista a niños en situaciones vulnerables⁴⁷.

En cuarto lugar el niño no debería ser separado de su familia mientras se realiza este tipo de evaluación, a menos que de manera fundada y con un amplio grado de certeza, se determine que su interés superior así lo demanda. Ello por cuanto es la familia el ámbito más adecuado para ofrecerle la protección y la atención que requiere. La Corte⁴⁸, así lo ha deducido al interpretar los instrumentos centrales del sistema universal⁴⁹ e interamericano⁵⁰ de protección de los derechos humanos, con la ayuda de instrumentos de *soft law* como las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil, también conocidas como las Directrices de Riad⁵¹ y la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social⁵².

Ahora bien, es necesario realizar dos precisiones respecto a este punto. Por un lado las autoridades deben manejar un concepto amplio y flexible de familia, que sea capaz abarcar las distintas concepciones culturales de la misma. Así lo ha señalado la Corte, en su opinión consultiva 17 de 2002⁵³, apoyándose en el artículo 5 de la CDN y en la consistente jurisprudencia europea al respecto⁵⁴. Por otro lado, no puede perderse de vista que, pese a su importancia para el adecuado desarrollo del niño, el núcleo familiar no puede ejercer un control arbitrario que pueda derivar en daño para la salud y el desarrollo del menor. Ante la existencia de indicios debidamente fundamentados de maltrato, explotación o abuso, será deber del Estado asumir la tutela del niños, en principio de forma provisional, para asegura su bienestar. Se trata, esta última, de una obligación sobre la que existe un importante consenso en la medida en la que se encuentra presente en el sistema universal⁵⁵, interamericano⁵⁶ y europeo⁵⁷, así como en las directrices propuestas por el EXCOM para los niños refugiados y desplazados⁵⁸. En todo caso la decisión de

⁴⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos Opinión Consultiva *Condición jurídica y Derechos Humanos de los Niños*, Párr. 78. En el mismo sentido Comité de los Derechos del Niño, Observación general N°6 (2005), Párr.20.

⁴⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos Opinión Consultiva *Condición jurídica y Derechos Humanos de los Niños*, Párr. 78. En el mismo sentido Comité de los Derechos del Niño, Observación general N°6, Párr. 66 y s.s.

⁴⁹ Artículo 9 de la Convención de Derecho del Niño, artículo 16.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁵⁰ Artículo VI de la Declaración Americana y 17.1 de la Convención Americana.

⁵¹ Adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990.

⁵² Adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2542 (XXIV), de 11 de diciembre de 1969.

⁵³ Párr. 69

⁵⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Keegan v. Ireland*, sentencia de 26 de mayo de 1994, Párr. 44 y caso *Kroon and Others v. The Netherlands*, sentencia de 27 de octubre de 1994, Párr. 30.

⁵⁵ Artículo 9 de la CDN, directriz 14 de Riad y numerales 17, 18 y 46 de las Reglas de Beijing.

⁵⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos Opinión Consultiva *Condición jurídica y Derechos Humanos de los Niños*, Párr. 74 y s.s.

⁵⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Buchberger v. Austria*, sentencia de 20 de diciembre de 2001, Párr. 40; caso *Scozzari and Giunta v. Italy*, sentencia de 11 de julio de 2000, Párr. 169; caso *Elsholz v. Germany*, sentencia de 13 de julio de 2000, Párr. 50 y caso *Johansen v. Norway, Judgment* sentencia de 7 de agosto de 1996, Párr. 78.

⁵⁸ Comité Ejecutivo de ACNUR, *Conclusión N° 107 sobre los niños en situación de riesgo*, 2007, 58° Período de sesiones

separar al niño de sus padres sólo puede ser tomada por una autoridad competente, con plena observancia del derecho al debido proceso y con la posibilidad de revisión judicial⁵⁹.

Por último en caso de determinarse que el menor se encuentra separado de su familia es obligación del Estado asignarle un tutor, que vele por la garantía de sus intereses antes de proceder con cualquier otro trámite⁶⁰.

III. Garantías procesales que deben estar presentes en los procesos en los que están involucrados niños y niñas migrantes a la luz de las disposiciones de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y de la Convención Americana de Derechos del Hombre.

En la primera sección de este texto se estableció la obligación de los Estados de no establecer discriminaciones entre los menores nacionales y extranjeros frente al reconocimiento y garantía de sus derechos básicos, señalados por la CDN. Sin duda los derechos procesales hacen parte de este conjunto, al ser reconocidos en los artículos 37 y 40 de este instrumento respaldado por un amplio consenso internacional. Así mismo la Corte ha señalado que el debido proceso debe ser garantizado a toda persona, independientemente de su estatus migratorio⁶¹, sin discriminación alguna. Por tanto es posible afirmar que los niños migrantes, tanto en situación regular como irregular son titulares plenos de los derechos al debido proceso y al juicio justo. No obstante, tal y como ha apuntado la Corte, su particular situación de fragilidad exige de los Estados especiales medidas para asegurar su plena garantía⁶².

Antes de iniciar el recuento de estas especiales medidas es preciso abordar un punto de suma relevancia, como es el hecho de que la simple situación de irregularidad de un menor migrante no puede constituir un delito; por tanto el tipo de procedimiento que debe enfrentar debe ser distinto al destinado a los menores infractores de la ley penal. Se trata de un punto particularmente sensible, dado que implica establecer un importante límite a la potestad soberana de los Estados al momento de diseñar y aplicar sus políticas migratorias, por lo que se dedicarán los próximos párrafos a fundamentarlo.

Se ha señalado con anterioridad en este escrito que si bien los Estados tienen el derecho soberano de proteger sus fronteras y establecer las políticas de migración que juzguen más convenientes, este derecho debe ejercerse de forma coherente y armónica con su deber de respetar los derechos humanos de todas las personas que se encuentran en su territorio o bajo su jurisdicción, incluyendo los migrantes sea su situación regular o irregular. La pregunta que se plantea aquí es si incluir la inmigración ilegal dentro de las

⁵⁹ Artículo 9.1 de la Convención de Derechos del Niño.

⁶⁰ Comité de los Derechos del Niño, Observación general N°6 (2005), Párr. 20 y 21.

⁶¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Párr. 122.

⁶² *Ibidem.*, Párr. 93 a 98.

conductas que se consideran delitos al interior de un sistema jurídico estatal constituye una vulneración de tales derechos, o por el contrario se enmarca dentro de la amplia discrecionalidad de las autoridades para controlar sus fronteras.

Esta cuestión ha sido abordada por el Relator Especial de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos de los Migrantes quien ha señalado la creciente tendencia de los Estados a criminalizar la migración irregular⁶³; decisión que en su concepto es problemática pues afecta de manera negativa la garantía de los derechos básicos de los migrantes. En efecto, la penalización de esta conducta eleva una barrera difícil de franquear para el ejercicio de los derechos de los refugiados a abandonar el país en el que están siendo objeto de persecución y a solicitar asilo. Así mismo incrementa la fragilidad de las víctimas del delito de trata⁶⁴. Es decir es una decisión estatal que atenta contra el ejercicio legítimo de derechos fundamentales, en el caso de los refugiados, al tiempo que contradice el deber de especial protección que tienen los Estados frente a grupos particularmente vulnerables, como son las víctimas de trata.

Por otra parte la criminalización de la migración ilegal genera efectos perversos, pues empuja a quienes deciden emprender su viaje al margen de las exigencias de las leyes nacionales a asumir mayores riesgos durante su travesía a fin de evitar a las autoridades, haciendo aún más frágil su precaria situación⁶⁵. Así mismo, mecanismos como las sanciones a los transportistas, los controles de inmigración y las políticas de interceptación severas, necesarios para dar cumplimiento a las leyes penales, tienden a dar lugar a actos de violencia y abusos; al tiempo que suelen tener como efecto colateral la expansión de las redes de contrabando y trata⁶⁶. Adicionalmente la criminalización de este tipo de éxodos exacerba los sentimientos xenófobos, que de alguna manera parecen ser respaldados por la asociación que se establece entre el migrante y el delincuente⁶⁷.

Las anteriores consideraciones llevan a concluir, de forma necesaria, que la criminalización de la migración irregular es incompatible con el respeto y garantía de los derechos humanos, los cuales deben constituir uno de los objetivos de la política migratoria; tal y como se señaló en la primera sección de este texto. No es de extrañar, entonces, que el Relator insista en solicitar a los Estados la despenalización de esta materia y recurrir a soluciones de tipo administrativo que permitan establecer un balance entre las necesidades de control de las fronteras y protección de los seres humanos que las cruzan⁶⁸. La Corte, en el ámbito interamericano, ha ido incluso más allá al señalar que la punición de los migrantes por el sólo hecho de ser ilegales, no resulta compatible con la CADH⁶⁹.

⁶³ Doc. UN A/HRC/17/33 *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante*, Párr. 10. En el mismo sentido se había pronunciado el Relator en su informe a la Asamblea General de 2010, Doc. U.N. A/65/222, Párr. 7

⁶⁴ Doc. UN A/HRC/17/33, Párr. 19 y 22.

⁶⁵ Doc. UN A/HRC/17/33, Párr. 15.

⁶⁶ Doc. U.N. A/65/222, Párr. 24.

⁶⁷ Doc. UN A/HRC/17/33, Párr. 16, y Doc. U.N. A/65/222, Párr. 25.

⁶⁸ Doc. UN A/HRC/17/33, Párr. 22.

⁶⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia *Vélez Loor contra Panamá*, Párr. 169

En el particular caso de los niños migrantes en situación irregular a las razones ya ofrecidas para no criminalizarlos se suma una más. El principio de interés superior del menor entra a jugar un papel determinante en al momento de analizar la tensión que enfrentan los Estados entre su deber de proteger los derechos humanos y las necesidades de control de la frontera y de regulación de los flujos migratorios, otorgando un especial peso al componente protector, frente al de control. La especial responsabilidad de las autoridades frente a la garantía del bienestar integral el niño impide sancionarlo penalmente por cruzar una frontera internacional de manera ilegal por dos razones.

Por un lado las soluciones de tipo penal implican un alto costo para el desarrollo del menor. Es por ello que esta Corte, en concordancia con lo establecido en el artículo 40.3 de la CN, ha señalado que sólo deben ser adoptadas en situaciones extremas, en las que la conducta del menor represente un riesgo tal para la sociedad –y para sí mismo- que no resulte adecuado su tratamiento por otros medios⁷⁰. Es más que cuestionable que la vulneración de las leyes migratorias por un niño genere un daño de tal entidad a la sociedad que exija su criminalización. Por tanto, la sanción penal en este caso resulta desproporcionada y, por ello, inaceptable⁷¹. Por otro lado, el trabajo desarrollado por el Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes ha demostrado con creces los efectos que generan las políticas punitivas frente a este tipo de éxodos. La imposibilidad de ejercitar ciertos derechos esenciales y el incremento de la vulnerabilidad atentan contra el interés superior del menor. Al ser el resultado de una decisión estatal esta violación genera responsabilidad internacional, ya que constituyen la vulneración de un deber consagrado en una norma consuetudinaria.

Una vez aclarado este punto, podemos pasar al análisis de las garantías procesales que deben rodear a los menores migrantes en situación irregular. Es importante aclarar que el hecho de que el proceso al que se someta al menor para definir su destino en el territorio del Estado en el que se encuentra no sea de naturaleza penal, no implica que las garantías de las que debe rodearse sean inferiores. El derecho al debido proceso, como ha señalado en varias ocasiones la Corte, irradia sobre todos los órdenes y no únicamente el penal⁷².

⁷⁰ La Corte ha insistido en la necesidad de desarrollar mecanismos alternativos para el tratamiento de los menores infractores de la ley penal, que no impliquen su judicialización (Opinión Consultiva *Condición jurídica y Derechos Humanos de los Niños*, Párr. 135, y en la sentencia del caso *“Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay*, Párr. 211). Así mismo ha prohibido el tratamiento penal para menores que, por enfrentar una situación de especial riesgo, requieren medidas protectoras especiales (en la misma opinión consultiva, Párr. 110).

⁷¹ La Corte ha insistido, a lo largo de su jurisprudencia en señalar que “en una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado” caso *Vélez Loor contra Panamá* del 23 de noviembre de 2003. Párr.170. en el mismo sentido ver las sentencias *Usón Ramírez v. Venezuela* de 20 de noviembre de 2009, Párr. 73 y *Tristán Donoso v. Panamá* de 27 de enero de 2009, Párr. 119.

⁷² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Párr. 124 y 125, sentencia *Ivcher Bronstei v. Perú* de 24 de septiembre de 1999, Párr.

En primer lugar todo procedimiento al que se someta al menor debe tener como fin último la definición de soluciones para su situación, que resulten plenamente acordes con el principio de interés superior del menor⁷³. Este fin debe condicionar todo el desarrollo del trámite que se siga, hasta el punto en el que deberían establecerse mecanismos para monitorizar el desarrollo de la decisión que finalmente se tome, para asegurar que se ajusta al bienestar del niño. En segundo lugar, las consideraciones realizadas frente a la primera de las preguntas elevadas a la Corte, en torno al proceso que debe seguirse para identificar las particulares vulnerabilidades que enfrenta el niño migrante, son plenamente aplicables en este nuevo procedimiento. Así, su derecho a la participación debe ser garantizado, de forma acorde con su edad y grado de madurez. El personal y responsable de adelantar este proceso, así mismo, debe contar con la cualificación y la experiencia necesaria para atender los específicos requerimientos de los niños sometidos a su decisión⁷⁴. Finalmente la permanencia del niño en su núcleo familiar también debe asegurarse, a menos que su interés superior determine otra cosa.

En tercer lugar, el menor debe tener derecho a asistencia letrada, independientemente de si el proceso se realiza en sede administrativa o judicial. La extrema vulnerabilidad en la que se encuentra demanda la presencia de un abogado para la defensa de sus intereses, tal y como señaló la Corte al analizar la situación de un adulto migrante irregular⁷⁵. En el caso, bastante probable, que el menor o su familia no puedan costearlo, el Estado debe proveerle de uno⁷⁶. La adecuada defensa de sus intereses también exige que, en caso de tratarse un menor no acompañado, le sea asignado un tutor antes de iniciar cualquier procedimiento y que este participe activamente en la definición del abogado.

La presencia de asistencia letrada en condición necesaria, mas no suficiente para garantizar el derecho a la defensa del menor, el cual debe asegurarse a lo largo del proceso, permitiéndole participar activamente y valorando sus razones y opinión en los términos ya mencionados. Así mismo es preciso que se garantice su derecho a solicitar protección consular, en particular si el menor ha sido privado de su derecho a la libertad personal. Este asunto ha sido ampliamente desarrollado por la Corte en su opinión consultiva 16 de 1999⁷⁷, donde se señala la cardinal importancia del derecho a la información y asistencia consular, dada la vulnerabilidad del migrante ante el sistema judicial o administrativo de un Estado del que no es ciudadano. No se pretende en este texto reproducir lo dicho por

103, sentencia *Baena Ricardo y otros v. Panamá*, 2 de febrero de 2001, Párr. 125; y sentencia *Tribunal Constitucional v. Perú* de 24 de septiembre de 1999, Párr. 70.

⁷³ Comité de los Derechos del Niño, Observación general N°6 (2005) *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*. Doc. ONU CRC/GC/2005/6 de 1° de septiembre de 2005, Párr. 19.

⁷⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos Opinión Consultiva *Condición jurídica y Derechos Humanos de los Niños*, Párr. 101 y 102.

⁷⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos *Vélez Loor contra Panamá*,. Párr. 132.

⁷⁶ *Ibidem*. Párr. 136 y 137.

⁷⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos Opinión Consultiva *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco del debido proceso legal* de 1 de octubre de 1999.

la Corte en esta ocasión, donde se establecieron claramente las condiciones para su adecuado ejercicio. En cambio se considera importante resaltar la condición de derecho de esta garantía, de manera que el menor debidamente informado puede rechazar su ejercicio. Ello resulta particularmente importante en el caso de niños refugiados. Estos menores no sólo pueden tener legítimas razones para evitar todo contacto con las autoridades del país del que han huido, también es preciso tener en cuenta que dicho contacto puede conllevar un riesgo para su vida, integridad y seguridad. Por tanto hay un deber de máxima diligencia por parte de las autoridades estatales al momento de informar al niño sobre este derecho y sobre su facultad de rechazar su ejercicio.

Finalmente, el desarrollo del proceso debe ceñirse a los principios y derechos reconocidos en todo procedimiento desarrollado por las autoridades estatales, si bien matizados por el principio de interés superior del niño. Por tanto deben garantizarse los principios de juez natural, doble instancia y recurso efectivo, así como el principio de inocencia, el principio contradictorio y el principio de publicidad, si bien este último sometido a las limitaciones necesarias para mantener la identidad del menor en reserva⁷⁸.

IV. Detención de menores como medida cautelar en el proceso migratorio

Los Estados, tal y como se ha señalado a lo largo de este texto, están limitados en su facultad de definir sus políticas migratorias por la obligación de respeto de los derechos humanos, así como por el especial deber de protección frente a los niños. Ello no implica que estén obligados a abrir sus fronteras, o a aceptar indiscriminadamente a todas las personas que las cruzan, mas si significa la existencia de normas imperativas que condicionan el trato que deben ofrecer a estos seres humanos, incluso si lo hacen de forma irregular. En la sección anterior se estableció que el Estado no puede penalizar el simple hecho entrar de forma ilegal a un Estado, pues esto constituye la vulneración de obligaciones adquiridas a nivel internacional. En el caso de que los migrantes irregulares sean niños este deber de no criminalización se ve reforzado por exigencia del principio de primacía del interés del menor. En consecuencia al abordar la tercer pregunta formulada por el grupo de Estados a la Corte, relativa a la posibilidad de privar de la libertad a niños migrantes irregulares – estén o no acompañados- debe partirse de la premisa de considerar que esta medida tendría lugar en un proceso de naturaleza no punitiva.

La detención de los menores en el contexto de un procedimiento no punitivo, y eventualmente la de los miembros de su familia, es un asunto que debe estudiarse a la luz de la amplia jurisprudencia que ha desarrollado la Corte en torno al derecho a la libertad personal y a la facultad del Estado de limitarla. Este tribunal internacional ha desarrollado un completo test al que deben someterse las medidas de privación de la libertad personal en aras de determinar su compatibilidad con las normas interamericanas de protección

⁷⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos Opinión Consultiva, *Condición jurídica y Derechos Humanos de los Niños*, Párr. 120-134.

del ser humano. Probablemente sea en la sentencia del caso Vélez Loor contra Panamá donde mejor se han expresado las condiciones que debe cumplir este tipo de medidas⁷⁹:

“166. En consecuencia, sin perjuicio de la legalidad de una detención, es necesario en cada caso hacer un análisis de la compatibilidad de la legislación con la Convención en el entendido que esa ley y su aplicación deben respetar los requisitos que a continuación se detallan, a efectos de que la medida privativa de libertad no sea arbitraria (...): **i) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención; ii) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; iii) que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto, razón por la cual el Tribunal ha señalado que el derecho a la libertad personal supone que toda limitación a éste deba ser excepcional, y iv) que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales (...)** de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida. Cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención (...).” (Las negrillas son mías)

En esta decisión la Corte consideró que la detención de un migrante adulto indocumentado cumple las dos primeras condiciones (finalidad legítima e idoneidad) cuando es empleada para asegurar la comparecencia de la persona al proceso migratorio o para garantizar la aplicación de una orden de deportación; siempre y cuando no sea una medida de orden punitivo⁸⁰. Sin embargo cuestionó su necesidad y proporcionalidad. Para el tribunal las restricciones a la libertad personal sólo deben ser empleadas cuando así lo exija una “necesidad social apremiante”⁸¹ y tan sólo durante el espacio de tiempo más breve posible. El acto de cruzar una frontera internacional sin cumplir los requisitos exigidos por la ley interna no constituye, a ojos de la Corte, una conducta que pueda encuadrarse dentro de la categoría que amerita la detención. En consecuencia demanda a los Estados el diseño y puesta en práctica de medias alternativas que permitan alcanzar los legítimos objetivos de asegurar la comparecencia de los migrantes irregulares ante las autoridades encargadas de definir su situación y garantizar el cumplimiento de las órdenes de expulsión⁸².

Ahora bien, la sentencia del caso Vélez Loor deja abierta la puerta a la detención cuando esta constituye la única medida posible para asegurar los dos objetivos ya mencionados. El carácter excepcional de esta medida debe ser asegurado mediante un

⁷⁹ Esta sentencia recoge y sistematiza la extensa jurisprudencia de la Corte a través de la cual ha fijado las condiciones para que una detención resulte admisible.

⁸⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos *Vélez Loor contra Panamá*, Párr. 169.

⁸¹ *Ibidem.*, Párr. 167. La Corte cita en este punto el informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de Naciones Unidas, Doc. U.N. , E/CN.4/2006/7, 12 de diciembre de 2005, párr. 63.

⁸² *Ibidem.*, Párr. 171.

estudio individualizado de cada caso, en el que se verifique su proporcionalidad y necesidad. Estas condiciones, concebidas para el análisis de la detención en el caso de adultos, se hacen aún más exigentes cuando son niños los sujetos de la medida.

Es posible señalar que la detención de menores migrantes en situación de irregularidad está prohibida como regla general. Tanto el trabajo del Comité de Derechos del Niño⁸³ como el desarrollado por el Relator Especial de Derechos Humanos de los Migrantes⁸⁴ apuntan en esta dirección. Si bien la Corte no ha realizado ningún pronunciamiento concreto sobre este punto, los elementos aportados por el caso del Instituto de Reeducción del Menor contra Paraguay -aplicados por analogía⁸⁵- no sólo corroboran la existencia de esta norma. También permiten afirmar que la detención sólo puede proceder en estos casos cuando se reúnen tres condiciones. Por un lado es preciso que se pruebe la necesidad y proporcionalidad de la medida previo examen individualizado de cada caso. Pero adicionalmente la detención sólo puede imponerse cuando las medidas alternativas hayan resultado inadecuadas para la obtención de los fines que legítimamente se persiguen⁸⁶.

En síntesis la detención de menores migrantes en situación irregular sólo cabe en casos del todo excepcionales y es deber del Estado justificar la existencia de las condiciones que la justifican. En este punto surge una nueva duda relacionada con la situación de los niños acompañados por sus familias. Si bien se ha señalado que la privación de la libertad en el caso de los adultos no puede ser la regla general, las condiciones para su imposición son menos severas que en el caso de los niños. Cabe entonces preguntarse qué regla debe aplicarse en este caso. Esta pregunta ha sido abordada por el Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, quien ha sostenido que el principio del interés superior de niño exige extender a su núcleo familiar el mismo tratamiento que éste debe recibir respecto a la garantía del derecho a la libertad personal⁸⁷. Por tanto los Estados están en la obligación de establecer medidas alternativas a la detención y el confinamiento para todas las familias migrantes en situación irregular con presencia de menores de edad.

⁸³ Comité de los Derechos del Niño, Observación general N°6, Párr. 20.

⁸⁴ Doc. U.N. A/65/222 Párr. 47 y 48.

⁸⁵ La sentencia analiza en este punto la imposición de detención preventiva a menores acusados de violar la ley penal. Si bien se trata de una situación distinta a la del menor migrante irregular se considera que la analogía es una herramienta válida para transpolar las reglas identificadas en tal ocasión por la Corte al caso objeto de análisis. Es conveniente recordar que el recurso a la analogía es común en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Así, por ejemplo, las reglas del Derecho Internacional de los Refugiados fueron empleadas por analogía para la elaboración de los Principios Rectores de los Desplazados. Ver al respecto el informe a la Comisión de Derechos Humanos del Representante del Secretario General de Naciones Unidas para los Desplazados Internos Doc. U.N E/C.N. 4/1996/52/Add.2 Párr. 25.

⁸⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Instituto de reeducación del menor v. Paraguay* Párr. 230.

⁸⁷ Doc. U.N. A/65/222 Párr. 48.

V. Medidas de protección de derechos que no implican restricciones de la libertad personal.

Ante la severa restricción de la posibilidad de privar de libertad personal a los menores migrantes en situación irregular, las medidas alternativas cobran especial relevancia. Se trata de medidas provisionales que deben ser adoptadas por una autoridad competente, con pleno respeto al debido proceso, con el doble objetivo de garantizar su protección y asegurar su presencia y participación en el proceso destinado a definir su permanencia en el país en el que se encuentra, o por el contrario su devolución a un territorio seguro; así como el cumplimiento de la decisión producto del mismo.

La primera cuestión que debe analizarse es la relativa al tipo de disposición en el que deben estar definidas estas medidas. Es previsible que éstas, aunque excluyan la detención, afecten derechos esenciales del niño como la intimidad, la libertad de reunión, la libertad de circulación y residencia e incluso la libertad personal. Tanto la CADH⁸⁸ como la CDN⁸⁹ exigen que sea a través de ley que se establezcan las restricciones a estos derechos. En consecuencia la definición de estas medidas debe ser tarea de los Parlamentos nacionales, a través de ley.

La segunda cuestión se relaciona con el tipo de autoridad que debe definir su aplicación. La jurisprudencia de la Corte no exige que sea un juez el encargado de la instrucción del proceso, pudiendo ser una autoridad administrativa. Independientemente de su naturaleza esta autoridad debe reunir dos requisitos. En primer lugar, y en la medida en la que de su decisión depende la definición y garantía de los derechos del niño, debe estar garantizada su imparcialidad e independencia⁹⁰. En segundo lugar, debe ser ejercida por personas provistas de la capacitación y la experiencia necesarias para asegurar la primacía del interés superior del niño⁹¹. Por otro lado, en caso de que la medida adoptada restrinja la libertad personal el menor debe ser llevado para comparecer físicamente ante un juez en el menor tiempo posible⁹² y debe garantizarse la posibilidad que, asesorado por un abogado, presente un recurso efectivo en contra de la misma⁹³.

La tercera cuestión se refiere al procedimiento que debe seguirse para la imposición de la medida. Si bien el Estado está facultado para establecer el trámite que considere más conveniente, éste debe garantizar el derecho al debido proceso en concordancia con el interés superior del menor. Las consideraciones realizadas en la tercera sección de este texto resultan, por tanto, plenamente aplicables.

⁸⁸ Artículos 7.2, 15 y 22.3 de la Convención Americana de Derechos del Hombre.

⁸⁹ Artículos 15.2, 16.2 y 37.b de la Convención de Derechos del Niño.

⁹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos *Vélez Loor contra Panamá*, Párr. 108.

⁹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Párr. 79, 103 y 104.

⁹² Corte Interamericana de Derechos Humanos *Vélez Loor contra Panamá*, Párr. 109.

⁹³ *Ibidem.*, Párr. 126-129.

Finalmente se plantea la última cuestión, relativa al tipo de medidas que pueden imponerse, de forma alternativa a la privación a la libertad; punto en el que los Estados gozan de una amplia discrecionalidad, siempre y cuando se rijan de conformidad con el principio de interés superior del menor. Ello implica, de acuerdo con el Relator Especial de Derechos Humanos de los Migrantes que en el caso de familias con hijos menores deben establecerse mecanismos que permitan mantenerlas unidas, alojadas en lugares alternativos a los centros de detención en régimen cerrado, en condiciones acordes a la dignidad humana⁹⁴.

En el caso de los niños no acompañados la primacía del principio de interés superior exige que, independientemente de la medida que se adopte, los hermanos no sean separados. Así mismo que se establezcan sistemas de monitoreo periódico, por parte de personal calificado, que permita evaluar las condiciones en las que se encuentran, en especial en lo relacionado a la garantía a sus derechos a la salud, la educación, la integridad personal y la protección en contra de cualquier tipo de explotación⁹⁵.

Más allá de estas previsiones mínimas comunes, tal y como se ha mencionado, cada Estado tiene la potestad de elegir las medidas cautelares que juzgue más adecuadas. No obstante lo anterior, se considera conveniente presentar en este escrito las soluciones dadas a esta cuestión en Europa; región que históricamente ha recibido importantes flujos de menores no acompañados lo que ha obligado a los Estados que la integran a desarrollar mecanismos para su atención. Es preciso empezar anotando que no existe un sistema común o predominante entre los Estados de la región. No obstante, es posible identificar tres modelos de acogida para los niños no acompañados, en tanto se define una solución definitiva para su situación. En primer lugar se encuentra la integración de estos niños en centros o estructuras comunes para menores desamparados o en situación de riesgo; modelo prioritario en países como Francia, Alemania e Italia. En segundo lugar se encuentra la acogida en centros especializados orientados específicamente para la atención de menores migrantes; sistema desarrollado en Bélgica. Finalmente se encuentra un modelo mixto, como el implantado en Reino Unido, que combina la acogida en dispositivos especializados y generales en función de la fase de acogida o perfil del menor⁹⁶.

Esta variedad de modelos no ha sido acompañada, por desgracia, por un debate sobre la conveniencia de adoptar uno u otro modelo. No obstante la ONG Save the Children preparó un informe sobre el sistema del Reino Unido, en el que se recogen las opiniones de los profesionales vinculados al mismo, el cual permite identificar los puntos débiles y fuertes de las dos opciones que se combinan en este país. En este trabajo se reconoce que el modelo de acogida en centros comunes tiene la virtud de facilitar la

⁹⁴ Doc. U.N. A/65/222 Párr. 48.

⁹⁵ Comité de los Derechos del Niño, Observación general N°6, Párr. 40.

⁹⁶ Senovilla Hernández. Daniel "Modelos de acogida e integración de los menores no acompañados y separados en Europa" en Isabel Lázaro y Beatriz Moroy (Coords.) *Los menores extranjeros no acompañados*, Editorial Tecnos, Madrid, 2010, Pág.86 y 87.

integración en la sociedad de acogida, si bien se señala que puede tener problemas al momento de ofrecer respuesta a las específicas necesidades de estos niños y adolescentes. En cuanto al modelo especializado ofrece medidas, estructuras y personal especialmente dirigidos a la situación de los menores, pero tiende a segregarlos. Los modelos mixtos podrían recoger las virtudes de los dos, pero siempre y cuando se preste especial atención a la definición de los criterios para trasladar a los menores de un tipo de institución a otra, así como la consideración del perfil y las necesidades específicas del niño⁹⁷.

El modelo mixto, por otra parte, tiene la ventaja de ofrecer distintos tipos de dispositivos para el alojamiento de los menores, que permiten contar con diversas alternativas frente a la limitación del derecho a la libertad personal. Así, por ejemplo, en Reino Unido se manejan tres tipos de dispositivos de alojamiento: centros residenciales, recursos de semi-independencia (casas de huéspedes o apartamentos compartidos) y familias de acogida⁹⁸.

La elección de un determinado dispositivo de alojamiento en un caso determinado, no es del todo libre. El TEDH impone, en concordancia con el principio de interés superior del menor la obligación de, entre varias alternativas, optar por aquella que resulte menos lesiva a los derechos del niño, y se acomode de mejor manera a sus particulares necesidades⁹⁹.

VI. Obligaciones de los Estados en caso de custodia de menores migrantes en situación irregular.

La privación de la libertad de los niños migrantes en situación irregular debe constituir una medida del todo excepcional, tal y como se ha señalado a lo largo de este texto. No obstante es plausible que se presenten casos en los que el Estado deba asumir la custodia de estos menores, en aras de la garantía de su interés superior. En tales circunstancias las autoridades asumen la posición especial de garante¹⁰⁰ de los derechos de estos niños, lo que deriva en una serie de obligaciones especiales. Es importante recalcar, antes de analizar estos deberes, que las autoridades no pueden olvidar que el diseño y puesta en práctica de los mecanismo de custodia deben tener como uno de sus objetivos finales la garantía de los derechos del niño, lo que implica garantizar su supervivencia en

⁹⁷ Free, Elli, *Local Authority Support to Unaccompanied Asylum-Seeking Young People. Changes since the Hillingdon Judgement* (2003), Save the Children, 2005. Documento disponible en la página web http://cfsc.truncky.net/uploads/Publications/local_auth_supp_uasc.pdf consultada el 30 de enero de 2012.

⁹⁸ Senovilla, Op. Cit., Pág. 89.

⁹⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Mubilanzila Mayeka y Kanini Mitunga contra Bélgica* de 12 de octubre de 2006 Primera sección. Párr. 57.

¹⁰⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos *Vélez Loor contra Panamá* del 23 de noviembre de 2003. Párr. 216, caso *Instituto de Reeducación del Menor* Párr. 152; sentencia *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia)v. Venezuela* de 5 de julio de 2006, Párr. 87, y sentencia *García Asto y Ramírez Rojas v. Perú* de 25 de noviembre de 2005, Párr. 221.

condiciones dignas así como su desarrollo pleno¹⁰¹; entendido este último desde una perspectiva integral que incluye los planos físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social¹⁰².

La Corte no ha asumido aún ningún caso en el que directa y específicamente se ocupe de las condiciones en las que debe desarrollarse la custodia de estos menores. Sin embargo, las consideraciones efectuadas tanto en su opinión consultiva 17, como en las sentencias relativas a las condiciones de detención de adultos (migrantes o no), y de niños acusados o condenados por la violación de normas penales, permiten establecerlas por analogía. Por otra parte la Corte Europea de Derechos Humanos cuenta con una interesante línea jurisprudencial específicamente referida a la detención de niños migrantes irregulares que, unida a los instrumentos de *hard* y *soft law* del sistema universal relativos a los mecanismos de privación de la libertad personal a menores, ofrecen herramientas para la interpretación de la DADH y la CEADH, complementando el trabajo de la Corte.

La custodia de los menores, estén o no acompañados de sus familias, debe desarrollarse en instituciones no penitenciarias¹⁰³, especialmente acondicionadas para atender sus necesidades y, en todo caso, dotadas de los servicios y enseres necesarios para garantizar la vida digna de sus ocupantes¹⁰⁴. Este deber general se concreta en varias obligaciones entre las que destacan las de asegurar la alimentación adecuada y el acceso de agua potable; entendiéndose por alimentación adecuada aquella que atienda sus necesidades nutricionales, suficiente y, en la medida de lo posible, acorde a sus exigencias culturales y religiosas¹⁰⁵. Las necesidades de recreación y deporte deben ser también tenidas en cuenta, en la medida en que su satisfacción es un requerimiento del proceso de desarrollo integral del niño¹⁰⁶. Así mismo el personal responsable de tales centros debe contar con la experiencia y capacitación necesarias para tratar adecuadamente a los menores y a sus familiares¹⁰⁷. La unidad familiar debe garantizarse al interior de estas instituciones, a menos que el interés superior del menor determine otra cosa¹⁰⁸. En este

¹⁰¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos caso “*Instituto de Reeducción del Menor*” Vs. Paraguay, Párr. 161.

¹⁰² Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, Observación General No. 5 *Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44)* de 27 de noviembre de 2003, Párr. 12.

¹⁰³ Corte Interamericana de Derechos Humanos *Vélez Loor contra Panamá*, Párr. 207; opinión consultiva *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Párr. 112 y 172.

¹⁰⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos *Vélez Loor contra Panamá*, Párr. 216.

¹⁰⁵ Regla 37 de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990 de la Asamblea General de Naciones Unidas. El Comité de Derechos del Niño, en el párrafo 44 de su observación general N°6 incluye la nutrición, junto a la vivienda y el vestido, dentro de los servicios que el Estado debe proveer a los menores no acompañados, para asegura su derecho a un nivel de vida adecuado.

¹⁰⁶ Regla 47 de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990 de la Asamblea General de Naciones Unidas

¹⁰⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos *Vélez Loor contra Panamá*, Párr. 208 y opinión consultiva *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Párr. 78. En el mismo sentido Comité de los Derechos del Niño, Observación general N°6, Párr. 44 y 45.

¹⁰⁸ Comité de los Derechos del Niño, Observación general N°6, Párr. 77.

último caso la separación de los padres debe efectuarse de acuerdo a los procedimientos ya señalados al final de la segunda sección de este texto.

Las autoridades deben ser especialmente diligentes en la garantía de los derechos de los niños a la vida y la integridad. En consecuencia deberán tomar las medidas necesarias para evitar cualquier tipo de maltrato, tanto por parte del personal responsable de su atención, como por parte de sus compañeros de reclusión¹⁰⁹. Las sanciones disciplinarias que se les impongan deberán estar precedidas de un debido proceso¹¹⁰ y, bajo ningún concepto, deben consistir en el aislamiento, ya que este castigo está prohibido por la CADH¹¹¹.

Por otra parte, teniendo en cuenta que la privación de la libertad personal de los migrantes, sean adultos o menores, no puede tener un carácter punitivo es responsabilidad de las autoridades garantizar que su detención se llevará a cabo en condiciones tales que no les impedirá el goce efectivo de sus demás derechos, no necesariamente afectados por su situación. Así mismo, es su deber garantizar que las condiciones en las que ésta se lleve a cabo no incrementen su vulnerabilidad o constituyan en un factor de riesgo para su integridad, bienestar o para el adecuado ejercicio de sus derechos¹¹².

Entre los derechos que deben asegurarse a los niños por parte del Estado destacan la educación y la salud. El primero de estos derechos ha sido ampliamente reconocido por instrumentos vinculantes de Derechos Internacional tanto universales como regionales¹¹³, y se ha enfatizado el deber estatal de garantizar su acceso a los niños migrantes sin ningún tipo de discriminación¹¹⁴. En el caso de los menores bajo custodia estatal resulta imperativo que el acceso a los servicios educativos les sea asegurado a través de un

¹⁰⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos caso “*Instituto de Reeducación del Menor*” Vs. Paraguay, Párr. 164 y s.s.

¹¹⁰ Reglas 66 a 71 de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990 de la Asamblea General de Naciones

¹¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos caso “*Instituto de Reeducación del Menor*” Vs. Paraguay, Párr. 167; sentencia *Maritza Urrutia v. Guatemala* de 27 de noviembre de 2003, Párr. 87; sentencia *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros v. Trinidad y Tobago* sentencia de 21 de junio de 2002, Párr. 164, y sentencia *Bámaca Velásquez v. Guatemala* de 25 de noviembre de 2000, Párr. 150. Es conveniente señalar que el aislamiento también ha sido prohibido a la luz de la Convención Europea de Derechos Humanos, tal y como señala el Tribunal en el caso *Mubilanzila Mayeka y Kanini Mitunga contra Bélgica*, Párr. 57.

¹¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos *Vélez Loor contra Panamá*, Párr. 209 y caso “*Instituto de Reeducación del Menor*” Vs. Paraguay, Párr.153.

¹¹³ Artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 28 de la Convención de Derechos del Niño, artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 5 de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, artículo 30 de la Convención de Derechos de los Trabajadores Migrantes y sus Familias, artículo 12 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y artículo 13 del Protocolo de San Salvador.

¹¹⁴ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 13 *El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto)*, Doc. N.U. E/C.12/1999/10 de 8 de diciembre de 1999., Párr. 31. En el mismo sentido se encuadra la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Mubilanzila Mayeka y Kanini Mitunga contra Bélgica*, Párr. 50.

sistema que no los segregue, y que facilite su integración en caso de que se les permita permanecer en el país en el que se encuentran¹¹⁵. Con tal fin deben desarrollarse programas educativos que tengan en cuenta las diferencias culturales y, en especial, las dificultades frente al idioma nacional que puedan presentar estos niños. Las especiales necesidades de los niños con discapacidades también deben ser tenidas en cuenta¹¹⁶. Así mismo todo centro de reclusión debe contar con los elementos necesarios para garantizar que la formación que se brinde a estos niños les permita desarrollar su proyecto de vida, por tanto debe facilitarse su acceso a las bibliotecas y al material didáctico adecuado¹¹⁷.

El derecho a la salud integral ha sido también ampliamente reconocido a través de numerosos tratados de Derecho Internacional de Derechos Humanos¹¹⁸. El correlativo deber del Estado de velar por la salud de cualquier persona bajo su custodia¹¹⁹ se amplía frente a los niños para incluir la asistencia psicológica y el acceso a terapias de rehabilitación física y mental en caso necesario¹²⁰. Este deber cobra particular importancia frente a menores refugiados, víctimas de trata, procedentes de áreas que enfrentan conflictos armados o situaciones de violaciones masivas de derechos humanos, o situaciones prolongadas de exclusión¹²¹.

Las reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad establecen parámetros que deben ser tenidos en cuenta al momento de definir los cuidados a la salud de los niños migrantes en situación irregular bajo la custodia estatal. En primer lugar el menor debe ser sometido a un examen integral al momento de ingresar al centro de detención para verificar la existencia de malos tratos anteriores y determinar la existencia de dolencias que requieran atención. En segundo lugar debe ofrecérsele atención médica integral a lo largo del periodo en el que permanezca bajo custodia. En consecuencia deben desarrollarse programas preventivos (con especial atención a la adición a sustancias como el alcohol o las drogas psicotrópicas), servicios especializados y

¹¹⁵ Así lo recomienda la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos Refugiados. Ver al respecto Guimont, Aude *Le droit a l'éducation des enfants migrants*, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (OACDH). marzo de 2007. Pág. 2. Documento disponible en la página web http://www2.ohchr.org/english/bodies/cmw/docs/Droit_leducation_fr.pdf Consultada el 29 de enero de 2012. En el mismo sentido las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad apuestan por que la formación de estos niños se lleve a cabo en instituciones externas al centro de reclusión (regla 38).

¹¹⁶ Regla 38 de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990 de la Asamblea General de Naciones Unidas.

¹¹⁷ Regla 41 de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990 de la Asamblea General de Naciones Unidas.

¹¹⁸ Artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículos 24.1, 25 y 39 de la Convención de Derechos del Niño, artículo 12.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, artículo 5 de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. Artículo 14 de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, artículo 28 de Convención de Derechos de los Trabajadores Migrantes y sus Familias, artículo 11 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y artículo 10 del Protocolo de San Salvador.

¹¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos *Vélez Loor contra Panamá*. Párr. 220, sentencia *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) v. Venezuela*, Párr. 102, y sentencia *García Asto y Ramírez Rojas*, Párr. 227

¹²⁰ Comité de los Derechos del Niño, Observación general N°6, Párr 47.

¹²¹ *Ibidem.*, Párr. 48.

atención psicológica. Finalmente el acceso a los medicamentos necesarios debe ser también garantizado¹²².

El derecho a la intimidad, pese a ser necesariamente afectado por la detención, debe asegurarse en la medida de lo posible¹²³. Nuevamente las reglas de las Naciones Unidas resultan útiles para indicar el tipo de medidas que deben tomarse para reducir al mínimo la afectación a este derecho. Este instrumento indica que los lugares de custodia deben contar con instalaciones adecuadas para su higiene personal y espacios que permitan la privacidad, como dormitorios pequeños. Así mismo, debe garantizarse a los niños el derecho a poseer efectos personales, lo que debería incluir en la medida de lo posible, el uso de sus propias prendas de vestir¹²⁴.

Los derechos a la libertad de expresión y de cultos deben ser, así mismo, plenamente garantizados. En relación a este último es preciso que las instalaciones de detención cuenten con espacios adecuados para la celebración de los rituales y cultos religiosos. En caso de que en el centro haya un número suficiente de menores que profesen una determinada religión se deberá permitir el acceso a un ministro para la celebración del culto¹²⁵.

Finalmente en el caso de los niños separados de su familia se exige un especial deber de cuidado, que demanda una especial supervisión por parte de personal cualificado durante todo el tiempo que se prolongue el control del Estado sobre el menor, incluso si este rebasa las fronteras estatales, en caso de que el niño sea enviado a otro país¹²⁶. Se exige también el incremento de los mecanismos de control para evitar cualquier riesgo de explotación¹²⁷.

VII. Garantías del debido proceso ante medidas que impliquen la privación de la libertad personal de los niños y niñas migrantes en situación irregular.

La decisión de privar de su libertad a un menor en situación de migración irregular debe estar rodeada de la totalidad de las garantías procesales. La Corte se ha ocupado, en la sentencia *Vélez Loor c. Panamá*, de establecer esas garantías en el caso de los adultos que han cruzado una frontera internacional sin cumplir los requisitos fijados por las normas

¹²² Reglas 49 a 55 de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990 de la Asamblea General de Naciones Unidas.

¹²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos caso *"Instituto de Reeduación del Menor" Vs. Paraguay*, sentencia de 2 de septiembre de 2004 Párr. 154.

¹²⁴ Reglas 33 a 36 de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990 de la Asamblea General de Naciones Unidas.

¹²⁵ Regla 48 de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990 de la Asamblea General de Naciones Unidas.

¹²⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos caso *Mubilanzila Mayeka y Kanini Mitunga contra Bélgica*, Párr. 56 y 69.

¹²⁷ Comité de los Derechos del Niño, Observación general N°6, Párr.52.

internas. Cabe preguntarse si estas disposiciones se aplican de manera plena en el caso de los menores de edad, o si debe ser objeto de modificación en atención a su especial situación de vulnerabilidad y a las severas condiciones que se exigen para la imposición de las medidas de restricción a la libertad, ya descritas en la quinta sección de este texto.

Al ser examinada esta cuestión a la luz del principio del interés superior del niño, así como del especial deber estatal frente a grupos especialmente vulnerables, es posible concluir que las garantías deben fortalecerse para asegurar el goce efectivo de los derechos de este colectivo y compensar, en la medida de lo posible, su fragilidad. Esto supone, en primer lugar, la obligación de los Estados de crear instancias judiciales y administrativas especializadas y dotadas de personal debidamente capacitado para ocuparse de los procesos en los que se decida la necesidad de aplicar medidas de privación de la libertad a los niños migrantes¹²⁸.

En segundo lugar, de acuerdo a lo establecido en el artículo 12 de la CDN, la participación del menor debe ser plenamente garantizada a lo largo del proceso y su opinión debe ser tenida en cuenta al momento de tomar la decisión definitiva sobre la imposición de la medida. En consecuencia los procedimientos administrativos y judiciales deben ser adaptados para permitir que el testimonio del niño sea tomado y valorado, tomando en consideración su edad y grado de madurez¹²⁹. Por último, se hace particularmente importante la brevedad del procedimiento, de manera que el trámite debe ser lo más corto posible¹³⁰, sin que ello pueda ser excusa para relajar la plena garantía de su derecho al juicio justo.

VIII. El principio de no devolución de niños y niñas migrantes en situación irregular

La pregunta relativa al alcance y contenido del principio de no devolución es, probablemente la más compleja del conjunto de cuestiones elevadas a la Corte. Ello por cuanto este principio, también conocido como *non refoulement* por la doctrina del Derecho Internacional, fue en sus orígenes una norma convencional exclusiva del Derecho Internacional del Refugio (En adelante DIR). Su desarrollo posterior, como se verá a lo largo de esta sección, lo ha transformado en una norma consuetudinaria cuyo ámbito de aplicación supera la protección de los refugiados. No obstante, aún se presentan dudas en torno a su verdadero contenido y a las situaciones a las que debe ser aplicado; dudas que se pretende resolver en este texto.

¹²⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos Opinión *Condición jurídica y Derechos Humanos de los Niños*, Párr. 77-79, 103 y 104. En el mismo sentido se encuentra la previsión 22 de las Reglas de Beijing, relativas a la administración de justicia a menores.

¹²⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos Opinión *Condición jurídica y Derechos Humanos de los Niños*, Párr. 101 y 102.

¹³⁰ Regla 17 de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990 de la Asamblea General de Naciones Unidas.

El principio de *non refoulement* impone a los Estados la obligación de no devolver a una persona a un país en el que su vida, integridad o libertad se encuentren en peligro. Se trata, por tanto, de una excepción a una de las manifestaciones de la soberanía, como es la facultad del Estado de determinar a cuales personas (no nacionales) autoriza el ingreso y permanencia en su territorio. Su primera manifestación en derecho positivo, tuvo lugar en 1928¹³¹, momento en el que pasó a desempeñar un importante lugar en el sistema de protección a los refugiados, desarrollado bajo la Sociedad de las Naciones¹³². Tras la Segunda Guerra Mundial este principio generó un importante consenso en una comunidad internacional ansiosa de hallar una solución para las masas de refugiados y personas desplazadas que vagaban por Europa. Por ello no es de extrañar que en una de sus primeras resoluciones la Asamblea General de Naciones Unidas, refiriéndose al problema del refugio, proscribiera los retornos forzados al país de origen cuando la persona en cuestión presenta objeciones válidas para no volver¹³³. Esta prohibición, fue reformulada por la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 en su artículo 33, el cual reza:

“Artículo 33. -- *Prohibición de expulsión y de devolución ("refoulement")*

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

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

Esta disposición, en su calidad de norma convencional, es exigible a los Estados que han ratificado el tratado y sólo en relación al tipo de refugiados contemplados en tal instrumento internacional; esto es a aquellas personas que huyen de sus Estados de origen a causa de una persecución basada en una serie de criterios expresamente establecidos por la misma Convención¹³⁴.

¹³¹ Recomendación N° 7 de la Sociedad de las Naciones adoptada bajo el Acuerdo de 1928, mediante la cual se solicitaba evitar la expulsión de los refugiados rusos y armenios, en los casos en los que la persona no pudiera entrar de manera legal a otro Estado.

¹³² Ver al respecto Goodwin-Gill, Guy, *The Refugee in International Law*, Claredon Paperbacks Oxford, 1996, Pág. 118 y s.s.

¹³³ Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 8(1) 12 de febrero de 1946 párrafo (c)(ii).

¹³⁴ Convención sobre el Estatuto del Refugiado:

Artículo 1. -- Definición del término "refugiado"

A. A los efectos de la presente Convención, el término "refugiado" se aplicará a toda persona:

(...)

2) Que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.

Sin embargo, muy pronto, el DIR perdió la exclusividad frente a este principio. Desde la década de los sesenta del siglo pasado numerosos instrumentos internacionales, tanto regionales como universales, lo han adoptado y en casi todos en términos más amplios que los del citado tratado. Así por ejemplo la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos, o degradantes¹³⁵, el IV Convenio de Ginebra¹³⁶ y la Convención Americana de Derechos Humanos¹³⁷, lo consagran para la protección de

En los casos de personas que tengan más de una nacionalidad, se entenderá que la expresión "del país de su nacionalidad" se refiere a cualquiera de los países cuya nacionalidad posean; y no se considerará carente de la protección del país de su nacionalidad a la persona que, sin razón válida derivada de un fundado temor, no se haya acogido a la protección de uno de los países cuya nacionalidad posea. (...)"

El Protocolo adicional a esta Convención, de 1967, eliminó las restricciones de tiempo y lugar.

¹³⁵ Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984:

"Artículo 3:

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

2. A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos."

¹³⁶ Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV):

"Artículo 45 - VIII. Traslado a otra Potencia

Las personas protegidas no podrán ser transferidas a una Potencia que no sea parte en el Convenio.

Esta disposición no será obstáculo para la repatriación de las personas protegidas o para su regreso al país de su domicilio después de finalizadas las hostilidades.

Las personas protegidas no podrán ser transferidas por la Potencia detenedora a una Potencia que sea Parte en el Convenio sino después de que la primera se haya cerciorado de que la Potencia de que se trata desea y puede aplicar el Convenio. Cuando las personas protegidas sean así transferidas, la responsabilidad de la aplicación del presente Convenio incumbirá a la Potencia que haya aceptado acogerlas durante el tiempo que le sean confiadas. Sin embargo, en caso de que esta Potencia no aplique, en todos sus puntos importantes, las disposiciones del Convenio, la Potencia por la cual las personas protegidas hayan sido transferidas deberá, tras una notificación de la Potencia protectora, tomar medidas eficaces para remediar la situación o solicitar que las personas protegidas le sean devueltas. Se satisfará tal solicitud.

En ningún caso se podrá transferir a una persona protegida a un país donde pueda temer persecuciones a causa de sus opiniones políticas o religiosas."

Las disposiciones de este artículo no se oponen a la extradición, en virtud de los correspondientes tratados concertados antes del comienzo de las hostilidades, de personas protegidas acusadas de crímenes de derecho común."

¹³⁷ Artículo 22: Derecho de circulación y residencia.

(...)

grupos e individuos distintos de los refugiados. En otras ocasiones el instrumento internacional no lo establece de manera expresa, pero el órgano responsable de su interpretación lo ha incorporado como requisito para garantizar los derechos que el tratado reconoce. Es el caso de la lectura que ha realizado el Comité de Derechos Humanos de los artículos 6 (derecho a la vida) y 7 (prohibición de la tortura) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹³⁸

Así mismo, el tratamiento que se ha dado a este principio por parte de Naciones Unidas ha contribuido a ampliar su contenido y, en particular, a cimentar su vinculación con la protección de los derechos humanos en contextos ajenos a los cubiertos por el DIR. La resolución de la Asamblea General 44/162 de 15 de diciembre de 1989, a través de la cual se aprueban los *Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias*¹³⁹ y la resolución 47/133 del 12 de febrero de 1993 sobre la desaparición forzada¹⁴⁰, establecen claras prohibiciones en relación al envío forzado de personas a territorios en los que su vida e integridad corran peligro.

En el particular caso de los derechos de los menores de dieciocho años, el Comité de Derechos del Niño ha interpretado el principio de *non refoulement* a la luz del interés superior del menor. Este análisis le ha llevado a concluir que, frente a los niños migrantes en situación irregular no acompañados, la devolución sólo es admisible si en el país de destino se garantizan no sólo los derechos a la vida y a la integridad personal, sino también aquellos que permiten asegurar al menor un desarrollo integral en condiciones acordes a la dignidad humana¹⁴¹. Esta interpretación del principio de *non refoulement*, que prácticamente reduce la devolución a la condición de excepción - en la medida que resulta aceptable únicamente si se ha comprobado que no afecta del derecho del niño a alcanzar su desarrollo pleno en condiciones de seguridad y dignidad- es compartida por el Relator Especial de Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos de los Migrantes. En su informe de 2010 a la Asamblea General señaló que el deber de protección a estos menores

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

¹³⁸ Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 20*: artículo 7 (Prohibición de la tortura y los tratos o penas crueles), 10 de marzo de 1992, documento de la ONU HRI/ GEN/1/Rev.7, Párr. 9.

¹³⁹ El párrafo quinto de los Principios establece:

“5. Nadie será obligado a regresar ni será extraditado a un país en donde haya motivos fundados para creer que puede ser víctima de una ejecución extralegal, arbitraria o sumaria.”

¹⁴⁰ Resolución 47/133 de la Asamblea General. Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas:

“Artículo 8

1. Ningún Estado expulsará, devolverá o concederá la extradición de una persona a otro Estado cuando haya motivos fundados para creer que corre el riesgo de ser víctima de una desaparición forzada.
2. Para determinar si hay tales motivos, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, incluida, cuando proceda, la existencia en el Estado interesado de un conjunto de violaciones sistemáticas, graves, manifiestas o masivas de los derechos humanos”.

¹⁴¹ Comité de los Derechos del Niño, *Observación general N°6*, Párr. 27 y 84.

exige considerar el principio de la no deportación de niños no acompañados, ya que estos sólo deberían ser retornados si ello favorece sus intereses superiores¹⁴².

Tal y como se ha visto el *non-refoulement* ha sido reconocido en numerosos instrumentos de Derecho internacional. Sin embargo, y justamente por ello, determinar su naturaleza y contenido ha requerido de múltiples debates, algunos de los cuales aún están en vigor. Dado que el objetivo de este texto no es presentar la discusión doctrinal en torno a esta norma, sino contribuir a la resolución de las cuestiones planteadas a la Corte, se procederá a establecer los puntos sobre los que hay consenso, para finalizar proponiendo la lectura adecuada de este principio en el especial caso de los niños migrantes en situación irregular

El primero de ellos es la naturaleza del principio de *non refoulement*. Este ha dejado de ser una norma convencional, vinculante tan sólo para los Estados parte de los tratados en los que ha sido consagrado, para convertirse en una norma consuetudinaria universal. Se trata de una conclusión a la que ha llegado tanto ACNUR¹⁴³ como la doctrina especializada¹⁴⁴, al comprobar la existencia tanto de una práctica extendida y consistente, aunque no unánime, como una conciencia de obligatoriedad de la misma. La existencia del primero de estos elementos se comprueba al analizar, más que de la legislación interna de los Estados, las respuestas que efectivamente se han dado a situaciones de flujos masivos de población. El recorrido histórico de las reacciones de los Estados frente a grandes grupos que huyen de situaciones de violencia generalizada, guerras, conflictos internos y demás situaciones de vulneración masiva y sistemática de derechos fundamentales revela que, pese a la existencia de excepciones, los Estados han permitido la entrada en su territorio de estos grupos. Si bien en ocasiones esta entrada ha estado condicionada a que su permanencia sea provisional o a la colaboración solidaria de la comunidad internacional (bien para repartir a los integrantes del flujo, bien para aportar recursos para asistirles materialmente)¹⁴⁵. Esta práctica no es llevada a cabo tan sólo por consideraciones humanitarias pues existe en la comunidad internacional plena conciencia de su obligatoriedad jurídica.

¹⁴² Doc. U.N. A/65/222 Párr. 50.

¹⁴³ ACNUR, *Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967*, Ginebra, 26 de enero de 2007, Párr. 15. Documento disponible en la página web <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7123.pdf?view=1> Consultada el 3 de febrero de 2012.

¹⁴⁴ Goodwin-Gil, Guy, *Op. Cit.*, Pág. 145 y s.s. Peral, Luis *Éxodos masivos, supervivencia y mantenimiento de la paz*. Editorial Trotta, Madrid, 2001, Pág. 67 y Perluss, Deborah y Hartan, Joan, "Temporary refugee: Emergence of a customary norm" en *Virginia Journal of International Law*, N° 26, 1986, Pág. 560-570, entre otros.

¹⁴⁵ PERLUSS, Deborah y HARTAN, Joan, " *Op. cit.*, en este texto las autoras realizan el análisis de la respuesta de los Estados ante éxodos forzados masivos causados por conflictos internos, llegando a la conclusión de que existe la práctica admitirlos. Su estudio cubre el continente africano, el Sur-Este de Asia, el sur de Asia, América Latina, América del Norte, la antigua Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y Europa Occidental. Curiosamente en la última de las regiones analizadas las autoras hallan que la práctica está menos afianzada, y ello porque en la época en la que se llevó a cabo el estudio no había conflictos internos en los países de la zona. La respuesta dada una década más tarde al conflicto de la Antigua Yugoslavia permite afirmar la existencia de la práctica en este continente también.

Esta *opinio iuris* se deduce, en primer lugar, de las invariables protestas que elevan Estados y organismos internacionales ante su incumplimiento¹⁴⁶. En segundo lugar, y con mayor peso argumentativo, se encuentra el hecho de que, hasta el momento ningún Estado ha reclamado un derecho a devolver a las personas que han entrado en su territorio, o que se hallan en su frontera a un país en el que sus derechos fundamentales se hallen en peligro¹⁴⁷. En los casos en los que los Estados se niegan a recibir individuos o flujos de migrantes forzados lo hacen excusándose en las excepciones del principio y no argumentando que éste no les vincula¹⁴⁸. En tercer lugar los instrumentos elaborados por organismos internacionales en los que se ha consignado la ampliación de este principio para proteger a grupos de personas que huyen de violaciones masivas de derechos humanos son bastante numerosos. Aunque no poseen capacidad de vincular jurídicamente a los Estados, *per se*, revelan la existencia de un consenso y una *opinio iuris* al respecto¹⁴⁹. Adicionalmente la mayor parte de informes del ACNUR, en los que se señala la existencia de una obligación estatal de no rechazar ni devolver a los refugiados, pero también a quienes temen un daño irreparable en sus derechos más esenciales¹⁵⁰, han sido aprobados por consenso en la Asamblea General¹⁵¹. Por último las ya mencionadas Conclusiones Generales del EXCOM apuntan hacia la aplicación del *non refoulement* a las poblaciones que huyen de situaciones de violación masiva y sistemática de derechos humanos en su Estado de origen¹⁵².

Una vez establecida la naturaleza de esta norma es posible entrar a definir su contenido. Esto supone la definición de tres aspectos. En primer lugar cuáles son las personas que tienen el derecho a no ser retornadas a su país de origen, En segundo lugar si la prohibición de rechazo en frontera se incluye dentro de este principio. Finalmente, el tercero apunta a las excepciones que permiten su inaplicación por parte de los Estados.

En relación al primer punto la norma consuetudinaria de *non refoulement* extiende su protección no sólo frente a los refugiados, sino también frente a toda persona cuya devolución represente un serio riesgo de generar un daño irreparable tal como violaciones al derecho a la vida o el derecho a vivir libre de tortura y de tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes¹⁵³. Sobre el segundo aspecto, las dudas que generaron un

¹⁴⁶ *Ibidem.*, Pág. 578.

¹⁴⁷ Goodwin-Gill, Guy, *Op. Cit.*, Pág. 145 y s.s., PERLUSS, D y HARTAN, J *Op. Cit.*, Pág. 572

¹⁴⁸ *Ibidem.*, Pág. 149.

¹⁴⁹ Es el caso de la Declaración de Asilo Territorial aprobada por la Asamblea General en 1967 por unanimidad.

¹⁵⁰ Entre estos informes destaca el correspondiente a 1985, en el que el Alto Comisionado afirmó, que el principio de *non refoulement* "requires that no person shall be subjected to such measures as rejection at the frontier, or, if he has already entered the territory, expulsion or compulsory return to any country where he may have reason to fear persecution or serious danger resulting from unsettled conditions of civil strife" UN Doc. E/1985/62 Párr. 22.

¹⁵¹ Goodwin-Gill, Guy, *Op. Cit.*, Pág 167.

¹⁵² EXCOM Conclusión N° 19 (XXXI) de 1980 literal b), Conclusión General N° 68 (XLIII) de 1992 literal u), y Conclusión General N° 77 (XLVI) de 1995, literal h).

¹⁵³ ACNUR, *Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967*, Ginebra, 26 de enero de 2007, Párr. 21 y 22. Desde la doctrina también se apoya esta posición Kay Hailbronner llega a esta conclusión tras analizar la jurisprudencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos y algunos fallos estatales. Ver *Non-refoulement*

intenso debate en el pasado se han disipado. Hoy en día existe consenso en torno al que este principio consuetudinario involucra la prohibición de rechazo en frontera. Es decir, no sólo exige a los Estados el deber de no expulsar a los extranjeros que se encuentran en su territorio, sino que les demanda aceptar a quienes solicitan la entrada alegando bien, su condición de refugiados, bien el peligro que supone para sus derechos a la vida y a la integridad personal el verse forzados a volver a su país de origen. A tal conclusión se llega tras analizar el trabajo de los doctrinantes¹⁵⁴, así como varios instrumentos internacionales han formulado este principio en términos que incluyen expresamente la admisión en frontera como parte integrante de éste¹⁵⁵. Finalmente el EXCOM se ha mostrado un firme partidario de la inclusión de la prohibición del rechazo en frontera dentro del *non-refoulement* desde 1977¹⁵⁶, postura que ha sostenido hasta el momento.

El último aspecto a analizar son las excepciones que los Estados pueden alegar para expulsar a una persona en su territorio, o no dejarle entrar, aunque ésta reúna las condiciones para ser acogida. Estas giran en torno a la seguridad y el mantenimiento del orden público interno; de manera que los individuos que representan un peligro para la sociedad de acogida pueden ser excluidos de la protección ofrecida por esta norma¹⁵⁷. No obstante, esta previsión debe ser interpretada de manera restrictiva y con estricta observancia del principio de proporcionalidad, pues se trata de una limitación a una garantía de derechos humanos. Por tanto, sólo se puede negar al acogida, u ordenar la devolución, de quien representa un verdadero peligro para la seguridad o el orden público del Estado de acogida, una vez el grado de riesgo que representa el individuo haya sido respaldado por pruebas confiables y convincentes. Se trata de un asunto en el que coinciden el ACNUR¹⁵⁸ y la doctrina¹⁵⁹.

and “Humanitarian Refugees: Customary International Law or Wishful Legal Thinking?” en *Virginia Journal of International Law* N° 26, Vol. 4, 1986., Pág. 888-889 Por su parte Goodwin-Gill tampoco pone en duda el carácter consuetudinario de la prohibición de expulsar o devolver a una persona a un Estado donde corra peligro de ser sometido a tortura o a tratos crueles, inhumanos o degradantes. *Op. Cit.*, Pág. 139.

¹⁵⁴ Goodwin-Gill, Guy, *Op Cit.*, Pág. 123 y Hailbronner, Kay, *Op. Cit.*, Pág. 863

¹⁵⁵ Es el caso de la Declaración Territorial de Naciones Unidas de 1967 y la Resolución 67(14) del Comité de Ministros del Consejo de Europa, que reza:

“ensure that non one shall be subjected to refusal of admission at the frontier, rejection, expulsion or any other measure which would have the result of compelling him to return to, or remain in, a territory where he would be in danger of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion”

¹⁵⁶ Conclusión General N° 6 (XXVIII) párrafo c).

¹⁵⁷ Artículo 33.2 de la Convención sobre el estatuto de los Refugiados.

¹⁵⁸ ACNUR. *Opinión consultiva a solicitud de un particular*, 6 de enero de 2006. Documento disponible en la página web del ACNUR <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7114.pdf?view=1> consultada el 12 de febrero de 2012.

¹⁵⁹ Lauterpacht, Elihu Bethlehem y Daniel “The scope and content of the principle of non-refoulement: Opinion”, en Erika Feller, Volker Türk y Frances Nicholson (Eds.) *Protección de los Refugiados en el Derecho Internacional: Consultas Globales sobre Protección Internacional del ACNUR* (ed.), Cambridge University Press, 2003, Párr. 169. En el mismo sentido Kälin, Walter *Das Prinzip des Non-refoulement*, Europäische Hochschulschriften Bd./Vol. 298, Bern, Frankfurt am Main: Peter Lang, 1982, Pág. 131.

En síntesis el principio de *non refoulement* es una norma consuetudinaria, que obliga a los Estados a acoger en su territorio a toda persona que de ser expulsada afrontaría el riesgo de sufrir un perjuicio grave e irreparable en sus derechos más esenciales; siempre y cuando no represente un peligro cierto para la seguridad del Estado. Hasta el momento, tal y como ha quedado expuesto, son los derechos a la vida y a la integridad personal, los que ameritan esta especial protección. Sin embargo, tal y como ya se ha mencionado, el Comité de Derechos del Niño y el Relator de Naciones Unidas para los Derechos Humanos de los Migrantes han sostenido que en el caso de los niños migrantes en situación irregular la prohibición de expulsión debe amparar un conjunto más amplio de derechos, orientados a la garantía del desarrollo integral del menor. Por tanto, señalan, el niño no puede ser devuelto a un país que carezca de servicios especiales para su atención o dónde no se garantice la continuidad de su proceso educativo.

Esta postura no es exclusiva de los dos organismos mencionados. Desde la doctrina ha insistido en que los menores migrantes no acompañados no deben ser retornados a su país de origen, a menos que ello redunde en su interés superior. Al tiempo que se advierte de los peligros de equiparar automáticamente este interés con la reunificación familiar. Ello por cuanto la reagrupación familiar, que implica el retorno del niño a su país de origen, no es la única posibilidad que se presenta como solución duradera y adecuada para su bienestar. Por tanto las autoridades deben efectuar un análisis individualizado de cada caso, en el que participe el menor, para determinar la conveniencia de esta opción¹⁶⁰.

Este planteamiento puede causar cierta perplejidad inicial, en la medida que contradice el carácter excepcional del *non-refoulement* al ampliar de forma considerable el deber estatal de ofrecer protección frente a riesgos que acechan al niño, más allá de las fronteras del país en el que se encuentra o al que pretende ingresar. Sin embargo, resulta una lectura perfectamente coherente de esta norma a la luz del principio de primacía del interés superior del menor y del especial deber de protección que tienen los Estados con las poblaciones particularmente vulnerables¹⁶¹. Así mismo encaja en la lógica que supone un sistema, como el interamericano, en el que los niños son titulares de más derechos que los adultos¹⁶², los cuales deben serles garantizados sin discriminación, independientemente de su nacionalidad o situación ante la ley migratoria nacional

En consecuencia es posible afirmar que la responsabilidad asumida por las autoridades estatales frente a la protección especial que merecen los menores, reconocida tanto en la DADH como en la CADH, exige dotar al principio de *non refoulement* de un contenido más amplio. Hasta el punto de considerar su devolución una excepción, una vez se ha comprobado que este acto no representa una amenaza para su desarrollo integral.

¹⁶⁰ Lázaro González, Isabel “¿Reagrupación o repatriación? La política del miedo.” en Isabel Lázaro y Beatriz Moroy (Coords.) *Los menores extranjeros no acompañados*, Editorial Tecnos, Madrid, 2010, Pág. 184.

¹⁶¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia *Vélez Loor contra Panamá* del 23 de noviembre de 2003. Párr. 98.

¹⁶² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva *Condición jurídica y Derechos Humanos de los Niños*, Párr. 147.

IX. Derecho a la vida familiar de los niños y niñas en caso de disponerse la expulsión de sus padres

En la sección anterior se analizó el contenido del principio de *non refoulement* frente a la situación de los niños migrantes en situación irregular, para concluir que el ámbito de protección de esta norma se extiende sobre derechos no cubiertos en el caso de los adultos, en virtud del principio de primacía del interés superior del menor y de la especial responsabilidad del Estado respecto a la garantía de los derechos de los niños. En esta última sección se abordará un asunto que está estrechamente relacionado con esta conclusión, como es la protección que debe darse al derecho de los niños a no ser separados de sus padres, cuando sobre estos últimos pesa una medida de deportación motivada por su situación migratoria irregular. Nuevamente surge aquí la tensión entre la facultad estatal de controlar los flujos migratorios y su deber de garantizar la protección de los derechos de los menores. Sin embargo en esta ocasión se añade un ingrediente adicional, como es el derecho de a la vida en familia; derecho esencial del niño, reconocido, entre otros instrumentos internacionales, por el artículo 9 de la CDN. La misma norma determina que las autoridades sólo pueden separar a un niño de sus padres mediante una decisión judicial, basada en una disposición de tipo legal y en atención al interés superior del menor.

La anterior introducción permite definir la pregunta que se pretende resolver en esta sección, que no es otra que la posibilidad que tiene un Estado, en ejercicio de su derecho soberano a regular la migración, de expulsar a los padres con hijos menores, sin que ello suponga la violación del derecho a la vida en familia de los niños involucrados. Se trata de una pregunta compleja, pues se trata de situaciones en las que los niños no están afectados por la medida de expulsión, si bien padres se ven forzados a decidir si se separan de ellos. Punto, este último, que podría llevar a la conclusión de liberar a las autoridades estatales del peso de la responsabilidad del futuro de los niños, ya que son sus progenitores los llamados a determinar el país en el que crecerán.

Este complejo problema ha sido abordado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en varias ocasiones¹⁶³. En estas sentencias se parte del reconocimiento de la responsabilidad del Estado frente a las consecuencias que tendrá la expulsión de adultos migrantes sobre sus hijos menores. Por tanto se exige que, en el análisis que la autoridad competente debe efectuar antes de proceder a la imposición de esta medida, se valoren las condiciones a las que se enfrentarán los niños en el país al que se envía a sus progenitores. En concreto se debe estudiar si en tal destino se garantizan las condiciones necesarias para asegurar su desarrollo integral¹⁶⁴. En caso de concluir que los menores verían frustrado tal proceso, por ausencia de garantías a sus derechos esenciales, o incluso por resultarles del

¹⁶³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos casos *Boultif v. Switzerland* de 2 de agosto de 2001, *Üner Vs. The Netherlands* sentencia de 18 de octubre de 2006, *Maslov Vs. Austria*, sentencia de 23 de junio de 2008, *Omojudo v The United Kingdom*, 24 de noviembre 2009.

¹⁶⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos caso *Omojudo v The United Kingdom*, Párr. 58

todo ajeno el contexto cultural en el que deberán desenvolverse, el tribunal ha considerado que, en principio, no puede imponerse la medida de expulsión, pues ello forzaría a los padres a romper la unidad familiar, en aras de garantizar el interés superior de sus hijos. La expulsión de un padre o una madre en estas circunstancias sólo resultaría legítima, en virtud del principio de proporcionalidad, en caso de probarse tras un riguroso examen que representa un peligro serio para la sociedad de acogida.

Los fallos del tribunal europeo analizan casos relativos a inmigrantes de larga duración¹⁶⁵. No obstante las consideraciones que realizan resultan extrapolables al sistema interamericano, el cual reconoce plenamente el derecho a la vida privada y familiar, así como la protección a la familia, tanto en la DADH como en al CADH¹⁶⁶. Adicionalmente no puede olvidarse que, dado el valor que en este sistema tiene la CDN y la interpretación de su respectivo comité –como parte del *corpus iuris* de derechos del niño– estos derechos deben ser garantizados a todos los menores sin discriminación alguna. Es por ello que no resulta sorprendente comprobar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha abordado la expulsión de migrantes adultos con hijos menores en dos ocasiones, siguiendo la línea jurisprudencial trazada por el TEDH. En consecuencia ha reconocido la responsabilidad del Estado por los efectos que acarrea esta medida al derecho a la vida familiar, así como la obligación de tomar en cuenta el interés superior de los niños involucrados durante el proceso de ponderación que se exige para su imposición¹⁶⁷. Así mismo ha indicado, que dados los perniciosos efectos de esta medida sobre el derecho a la familia de los menores sólo resulta acorde con el principio de proporcionalidad cuando se sustenta en la necesidad real e imperiosa de proteger el orden público de la sociedad de acogida¹⁶⁸.

Ahora bien, la Comisión no ha detallado cuales son los criterios que deben ser tomados en cuenta al momento de valorar el efecto de la expulsión de un adulto en el bienestar de sus hijos menores. Es en este punto en el que la jurisprudencia europea resulta útil. La Corte debería exigir a las autoridades estatales que valoren si en el país al que se pretende enviar al progenitor se dan las condiciones para hacer posible el desarrollo integral de los niños; condiciones que no serían distintas a las exigidas en el caso en el que se estuviera estudiando la devolución del menor. Así mismo en el análisis debe incluirse las posibilidades reales de adaptación del niño al nuevo entorno cultural que se le impone. Las conclusiones obtenidas por la respectiva autoridad tras el estudio de estos dos elementos deben ser dotadas de un especial peso al valorar la

¹⁶⁵ Se trata de una categoría de inmigrantes que, en virtud de su prolongada estancia en un país europeo, gozan de una protección especial al momento de decidirse su expulsión. Su situación se encuentra regulada por cada Estado y por dos recomendaciones del Comité de ministros del Consejo de Europa Rec.(2000)15 y Rec.(2002)4

¹⁶⁶ Artículos 5 y 6 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y artículos 11.2 y 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

¹⁶⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos Informe 81/10, caso 12.562 *Wayne Smith, Hugo Armendariz y otros v. USA*, 12 de julio de 2010, Párr 48, 56 y 57

¹⁶⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el Marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiados* de 28 de febrero de 2000, Párr. 166.

proporcionalidad de la medida de expulsión. Por tanto si el interés supremo de los niños involucrados no puede ser garantizado en el país de destino, la expulsión del padre o madre sólo será legítima si éste representa un peligro real y probado para la seguridad del Estado.

Finalmente, para concluir esta sección, es importante recordar que la CDN forma parte del *corpus iuris* de derechos del niño en el sistema interamericano. Por tanto, los Estado deben consignar la posibilidad de expulsar a un adulto migrante con hijos menores en una ley, discutida y aprobada por su Parlamento nacional. Así mismo la autoridad encargada de tomar la decisión de aplicar la medida debe tener naturaleza judicial.

Conclusiones.

Las reflexiones elaboradas a lo largo de este texto permiten sustentar las siguientes afirmaciones:

1. El marco jurídico que debe considerar la Corte Interamericana de Derechos Humanos para el análisis de las cuestiones que le han sido presentadas por los Estados, está conformado por un *corpus iuris*, en el que se integran la Convención Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás instrumentos del sistema interamericano, así como la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas, los comentarios del Comité de Derechos del Niño, los informes del Relator Especial de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos de los Migrantes y demás instrumentos de *soft law* relativos a los derechos de los niños.
2. La facultad soberana de los Estado de regular los flujos de población migrante está limitada por el respeto de los derechos humanos de los migrantes, por el principio de interés supremo del niño y por el especial deber de protección frente a los menores. En consecuencia las políticas migratorias deben incluir, como uno de sus objetivos finales, la garantía de los derechos de los niños
3. El principio de primacía del interés superior del menor debe guiar toda actuación estatal frente a los menores migrantes.
4. Es deber de las autoridades estatales identificar las condiciones de vulnerabilidad que enfrentan los niños migrantes en situación irregular que cruzan sus fronteras, ya que constituye un requisito indispensable para cumplir con sus obligaciones de respeto y garantía de los derechos de los menores. Con tal fin deben diseñar un procedimiento que se ajuste a las exigencias del derecho al debido proceso, el cual debe ser llevado a la práctica por entidades dotadas de los recursos adecuados y de

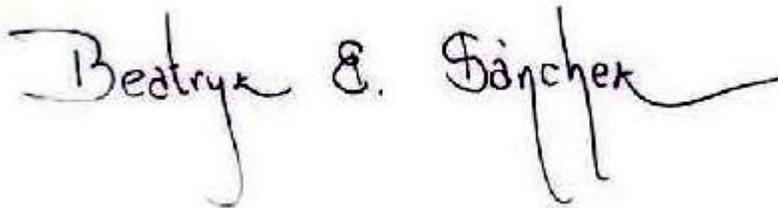
personal capacitado para satisfacer las necesidades de los niños. En el transcurso de este proceso se prestará especial atención a los derechos a la participación y a la vida familiar de los niños.

5. La migración irregular no debe ser objeto de tratamiento penal por parte de los Estados. Por tanto no resulta acorde con las obligaciones fijadas por el sistema interamericano de derechos humanos aplicar sanciones de carácter punitivo a los menores que han cruzado fronteras internacionales sin cumplir los requisitos establecidos por la legislación migratoria estatal.
6. Todo procedimiento al que se someta a un niño migrante debe tener como fin último la definición de soluciones para su situación, que resulten plenamente acordes con el principio de interés superior del menor. Así mismo deben llevarse a cabo respetando las garantías del debido proceso, con especial énfasis en los derechos a la participación en el proceso, a la asistencia letrada y el acceso a la protección consular.
7. La protección consular es un derecho y como tal el menor puede decidir no ejercerlo. Ello no libera al Estado del deber de informar al niño sobre este derecho, de una manera que pueda comprenderlo de acuerdo a su edad y grado de madurez.
8. La detención de menores migrantes en situación de irregularidad está prohibida como regla general. Sólo puede aplicarse en casos excepcionales una vez se ha probado la necesidad y proporcionalidad de la medida previo examen individualizado de cada situación y cuando han fracasado las medidas alternativas. En todo caso la privación de la libertad nunca debe aplicarse como medida punitiva
9. Las medidas alternativas a la detención de niños migrantes en situación irregular deben estar previstas en ley y deben ser impuestas por una autoridad que actúe conforme a los principios de imparcialidad e independencia y que previamente haya sido capacitada para enfrentar las especiales necesidades de los niños, de manera que pueda garantizar a través de su decisión la primacía del interés superior del menor. Así mismo el trámite para la imposición de esta medida debe ceñirse a las exigencias del debido proceso.
10. Si el Estado asume la custodia de menores migrantes en situación irregular se sitúa, en la posición de especial garante de los derechos de tales niños, de modo que se obliga a garantizar su supervivencia en condiciones dignas así como su desarrollo pleno; entendido este último desde una perspectiva integral que incluye los planos físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social. En consecuencia la custodia debe desarrollarse en instituciones no penitenciarias y sin que ello implique una

separación del núcleo familiar. Así mismo las condiciones de la privación de la libertad deben permitir la garantía de los derechos a la vida, a la integridad personal, a la educación, a la salud, a la intimidad, a la libertad de expresión y a la libertad de religión.

11. El proceso conducente a imponer una medida privativa de la libertad a un menor migrante debe estar revestidos de las garantías exigidas por el derecho al debido proceso en caso de limitación de este derecho esencial, identificadas en por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. No obstante, dada la especial vulnerabilidad de los niños se exigen tres requisitos adicionales. En primer lugar esta decisión debe ser adoptada por instancias institucionales especializadas, con personal debidamente capacitado en el tratamiento a menores. En segundo lugar la participación del menor debe ser plenamente garantizada a lo largo del proceso y su opinión debe ser tenida en cuenta al momento de tomar la decisión definitiva sobre la imposición de la medida. En tercer, y último lugar, el proceso deben ser lo más breve posible.
12. La devolución de niños migrantes en situación irregular sólo puede efectuarse si con ello se garantiza su interés superior. Ello por cuanto el principio de *non refolument* le provee de una protección particularmente amplia, extendiéndose más allá de la garantía a los derechos a la vida y a la integridad personal.
13. La expulsión de adultos migrantes con hijos menores sólo puede llevarse a cabo si, conforme a los principios de proporcionalidad e interés superior del menor, estas personas representan un peligro real y probado para la seguridad del Estados y el pleno desarrollo de los niños involucrados puede ser garantizado en el país de destino. Esta medida, además, debe estar prevista en una ley y ser aplicada por una autoridad judicial.

De los honorables magistrados

A handwritten signature in black ink that reads "Beatriz E. Sánchez". The signature is written in a cursive style with a long horizontal flourish at the end.

BEATRIZ EUGENIA SÁNCHEZ MOJICA

C.C. 52.047.458