

Excelentísimo Señor Presidente
Honorables Juezas y Jueces
Corte Interamericana de Derechos Humanos
San José de Costa Rica

Señores Jueces y Juezas:

Álvaro Francisco Amaya Villarreal, Felipe Franco Gutierrez y Viviana Ordoñez Salazar, ciudadanos y ciudadana de Colombia respectivamente, presentamos a consideración de la H. Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la H. Corte o CortelDH) nuestra opinión escrita en relación con la solicitud de opinión consultiva elevada por los Estados de Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay ante en la Secretaría de la H. Corte con el fin de que el Tribunal “determin[e] con mayor precisión cuáles son las obligaciones de los Estados con relación a las medidas posibles de ser adoptadas respecto de niños y niñas, asociada a su condición migratoria, o a la de sus padres, a la luz de la interpretación autorizada de los artículos 1.1, 2, 4.1, 5, 7, 8, 11, 17, 19, 22.7, 22.8, 25 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los artículos 1, 6, 8, 25 y 27 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y el artículo 13 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura”

Lo anterior de acuerdo con la invitación pública realizada por la H. Corte de acuerdo con el artículo 73.3 de su Reglamento, y en concordancia con nuestro compromiso profesional en la garantía de los derechos humanos, y con el fin de aportar elementos de análisis a la CortelDH en tanto la consulta sometida en esta oportunidad por los Estados mencionados.

El presente texto se encuentra dividido en dos secciones: A) en una primera parte se expondrá lo que, a juicio de los suscritos, debe considerarse como marco general en materia de protección de los derechos de los niños¹, y el cual proponemos como referente general en el que la Corte analice las preguntas que conforman la consulta puesta a su consideración, y; B) en una segunda parte nos referiremos en específico a la pregunta número como forma de ejemplificar la aplicación del referido marco general en una problemática concreta.

A) La protección internacional de los derechos de los niños.

¹ Los autores reconocemos la diferencia de género y promovemos la igualdad al respecto, sin embargo, con el fin de evitar expresiones barrocas que refieran distinciones de género, se hará uso de la palabra “niño” como genérico que incluye tanto niñas como niños.

En este aparte se hará referencia a las particularidades de la protección de los derechos de los niños, desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos. Si bien estas particularidades emergen de condiciones objetivas en tanto la condición de menor de edad, y que en el marco de las legislaciones nacionales la protección de dichos derechos esta consagrada –con poco o largo alcance-, en razón a la naturaleza de la competencia consultiva de la H. Corte, los autores tomamos como referente únicamente las instituciones del derecho internacional de los derechos humanos.

Es pertinente recordar que la competencia consultiva de la de Corte, según el artículo 64.1 de la CADH, le encarga el estudio de “la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos.” Tal como se desprende de la exegéticamente de la norma, y como fue recalcado desde un principio por la Corte, esta “competencia consultiva de la Corte puede ejercerse, en general, sobre toda disposición, concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes del mismo Estados ajenos al sistema interamericano.”²

Igualmente es necesario tener en cuenta que el análisis interpretativo de la Corte –tanto en ejercicio de su competencia contenciosa, como consultiva-, debe tener en consideración no sólo la *droit International* directamente relacionado con la problemática a abordar, sino tener en cuenta

“El *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos [el cual] está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo.”³

Con base en las anteriores consideraciones, a continuación se sugerirá respetuosamente a la H. Corte el marco normativo que –en consideración de estos intervinientes-, debe ser tenido en cuenta como un mínimo general de aproximación a todas y cada una de las cuestiones planteadas en la consulta *sub examen*. En particular se hará referencia al marco normativo internacional relativo a la protección de los niños, el cual impregna la totalidad de la consulta.

² CortelDH. “Otros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1. Párr 52

³ CortelDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16. Párr. 115.

De esta manera, y en primer lugar, diversas declaraciones en materia de derechos humanos expresan el compromiso con la protección y realización de los derechos de los niños. Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en su artículo 25 consagra que “[l]a maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. [...]” En el mismo sentido, el principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 señala que todo

“niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”⁴.

Con similar alcance la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en su artículo VII señala que “Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales.”⁵

En segundo lugar, esta protección y realización se encuentra también incorporada como un compromiso internacionales en variados instrumentos internacionales vinculantes. De esta manera, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 24.1 dispone que “[t]odo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.”

Por su parte el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 10.3 protege los niños de la siguiente forma: “[s]e deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil”.

⁴ Adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959.

⁵ Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana. Bogotá, Colombia, 1948. De acuerdo con la OC-10, la Declaración Americana de los Derechos del hombre y del Ciudadano no genera vínculos contractuales para los Estados parte, dado que su naturaleza jurídica no es la de un tratado. Sin embargo, La Corte IDH señaló que es competente para pronunciarse sobre la Declaración Americana, cuando esta sea necesaria para la interpretación de lo dispuesto en la Convención Americana, la cual los Estados están obligados a cumplir. (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A No. 10. Párrafos 42 y ss.)

Ya de forma especializada, la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas, recuerda en su Preámbulo la protección especial de los niños de acuerdo con la Declaración Universal. Esta Convención aborda de manera amplia los derechos de los niños en su conjunto –tanto aquellos los civiles y políticos, como los derechos económicos, sociales y culturales e inclusive incorpora algunos estándares de derecho humanitario-. En particular establece que los Estados Parte tienen la obligación de respetar y garantizar a cada niño, bajo de su jurisdicción, los derechos establecidos en la Convención, sin distinción de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas, nacionalidad, origen étnico o social, propiedad, incapacidad u otro status del niño, de sus padres o de sus guardianes legales. Así mismo, consagra la obligación estatal de garantizar la creación de instituciones y servicios destinados a su cuidado y la de adoptar las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas para proteger a los niños de toda forma de violencia física o mental, lesión corporal, o abuso, trato negligente, maltrato o explotación, incluyendo abuso sexual.

A nivel regional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 19 consagra la protección especial de los niños y el principio de corresponsabilidad al disponer: “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de la familia, la sociedad y del Estado”.

Asimismo, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derecho Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) incorpora la referida especial protección en su artículo 16 de la siguiente forma: “[t]odo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren [...]”.

Ahora bien, una vez delimitado el marco normativo mínimo del *corpus iuris* internacional de la protección de la infancia, no se debe olvidar que “tomando en cuenta la normativa internacional y el criterio sustentado por la Corte en otros casos, se entiende por “niño” a toda persona que no ha cumplido 18 años de edad”⁶

De esta forma, el derecho internacional de los derechos humanos no solo reconoce los derechos humanos de los niños, sino que le da alcance y características particulares. Esta particular protección jurídica de la niñez, gira alrededor de los siguientes ejes: 1. la protección especial de los niños y niñas; 2. la regla del interés superior del menor, y; 3. La corresponsabilidad de la familia, la sociedad y el Estado en la protección y garantía de los derechos los derechos de los niños y las niñas.

⁶ Cfr. CortelDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17. Párr. 42.

1. La protección especial de los niños y niñas⁷.

Múltiples instrumentos internacionales⁸, coinciden en la protección especial que debe otorgarse a los niños y niñas. Sin embargo, elementos normativos no explican con suficiencia las razones y alcance de esta especial protección. Por tanto resulta ilustrativa la interpretación autorizada de los tribunales y órganos internacionales de protección de derechos humanos, la cual ilumina las bases de dicha protección especial.

Por ejemplo, la Corte IDH ha dado alcance a la especial protección de los niños del artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En ejercicio de su competencia consultiva, la Corte estudió la tensión entre el otorgamiento de una protección especial a los menores, y el principio de igualdad contenido en los artículos 1.1 y 24 del mismo instrumento internacional. En relación con este principio, la Corte ha reiterado que *“no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana”*⁹ y haciendo referencia a jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁰ determinó que las distinciones inofensivas a la dignidad humana, son aquellas que se justifican objetiva y razonablemente, la cuales, además *“pueden ser un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran”*¹¹.

⁷ Las ideas de este subcapítulo se basan en el *paper* “La protección de los derechos de los niños y las niñas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: relectura del carácter especial de la protección”, de autoría de Alvaro Francisco Amaya-Villarreal.

⁸ Desde la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño se consagra esta protección especial. Esto es recogido por la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que en su artículo 25 resalta que “[l]a maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. [...]” Igualmente, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 sostiene en su principio 2 que “[e]l niño gozará de una protección especial [...]”. Disposición similar encontramos en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 24.1, según el cual “[t]odo niño tiene derecho [...] a las medidas de protección que su condición de menor requiere [...]”. Adicionalmente, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala en su artículo 10.3 que “[s]e deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes [...]”. Por su parte, la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas recuerda en su Preamble la protección especial de los niños de acuerdo con la Declaración Universal. Ahora, a nivel regional la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en su artículo VII y Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 19 consagran la protección especial de los niños, así como el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derecho Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) incorpora dicha especial protección en su artículo 16 de la siguiente forma: “[t]odo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren [...]”.

⁹ *Cfr.* Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17. Párr. 46., y; Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 55.

¹⁰ Eur. Court H.R., Case of Willis v. The United Kingdom, Judgment of 11 June, 2002, para. 39; Eur. Court H.R., Case of Wessels-Bergervoet v. The Netherlands, Judgment of 4th June, 2002, para. 42; Eur. Court H.R., Case of Petrovic v. Austria, Judgment of 27th of March, 1998, Reports 1998-II, para. 30; Eur. Court H.R., Case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" v. Belgium, Judgment of 23rd July 1968, Series A 1968, para. 34.

¹¹ *Cfr.* Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17. Párr. 46.

Igualmente, la Corte Interamericana ha considerado que existen razones suficientes para otorgar una protección especial, distinta a la protección que en general que otorga la Convención a todo ser humano, y ha resaltado *“que los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos –menores y adultos- y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado.”*¹² (Subrayas fuera del texto)

En consecuencia, no hay duda alguna sobre la existencia de un doble escenario de protección de los menores en virtud de la Convención Americana, los cuales deben ser observados y distinguidos al evaluar el cumplimiento de la garantía contenida en el artículo 19.

El primero de los mencionados escenarios corresponde a aquel en el cual los menores gozan de las mismas garantías que los mayores, en virtud del principio de igualdad formal u horizontal y su condición de ser humano. En una situación de hecho enmarcada en este escenario, la protección que cobija a los menores se debe otorgar en pie de igualdad que a los mayores, toda vez que hacer distinción alguna resultaría subjetiva e irrazonable. Así, por ejemplo, en una situación de urgencia médica, en la cual un especialista de la salud atiende un parto, y dentro de dicho procedimiento evidencie que está en juego la vida de la madre y del menor de forma excluyente, es decir, que si salva la vida de uno sacrifica necesariamente la del otro, el carácter de menor o mayor de cada una de las personas que tienen en riesgo su vida se desdibuja. A la par, circunstancias como las del presente caso, en la cual terceros atentaron contra la vida de varias personas –menores y mayores- en un escenario de violencia armada, desvanece la distinción en razón de la edad, en relación con las acciones que debe adelantar el Estado para la protección de los derechos de dichas personas.

Por su parte, en el segundo de dichos escenarios, efectivamente existen algunas garantías adicionales por su condición de menor –sobre la base de la igualdad material o vertical-, y es en éste en el que la referida protección especial aparece como elemento medular y necesaria para garantizar la efectiva realización de los derechos de los niños. Es en este escenario donde los Estados tienen la carga superior de garantía de sus derechos y seguridades, y por lo tanto se encuentran sujetos a la demostración del cumplimiento de dicha garantía. Dentro de este supuesto, tendríamos garantías como la alimentación, la atención en salud, la educación, así como especial protección en determinados escenarios como el procedimiento penal en contra de menores, la detención de niños o situaciones de violencia en las que las autoridades competentes conociesen previamente una amenaza real y cierta respecto de un niño o niña, y la cual estuviese fundamentada en su calidad de menor, como por ejemplo un ataque bélico en contra de una escuela primaria por parte de actores armados ilegales, y no adoptara las medidas adecuadas para prevenir o afrontar dicha amenaza.

¹² Cfr. CorteIDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17. Párr. 54.

Desafortunadamente esta perspectiva fundacional que la Corte y otras instancias internacionales han desarrollado, se ha diluido dentro de los casos contenciosos analizados por el mencionado Tribunal en los últimos años. Así pues, en variada jurisprudencia la protección especial de los niños se ha traducido meramente en una declaratoria de responsabilidad internacional agravada del Estado ¹³ o en una mera especial afectación¹⁴, sin profundizar en mayores consideraciones respecto del respeto, garantía y realización de los derechos especiales y particulares de los niños.

No obstante, en algunos casos la CorteIDH ha reconocido implícitamente en su jurisprudencia la distinción del mencionado doble escenario, al considerar internacionalmente responsable al Estado por violaciones al artículo 19, en tanto y cuanto se pruebe un contexto de riesgo social particular respecto de los niños. Así pues, determinó expresamente en el caso *Servellón García* que la violación a la libertad personal, a la integridad personal, así como al acceso a la justicia se relacionó con el artículo 19 en virtud a que se ejecutaron por la condición misma de menores de las víctimas. De esta manera sostuvo que:

“104. Además de lo anterior, la Corte ha establecido, que los hechos de este caso se dieron en el marco de un contexto de violencia en contra de los niños y jóvenes en situación de riesgo social en Honduras (*supra* párrs. 79.1, 79.2, 79.3 y 79.35).

[...]

110. El referido contexto estuvo marcado por la estigmatización de los jóvenes como supuestos causantes del aumento de la inseguridad pública en Honduras y por la identificación, como delincuentes juveniles, de los niños y jóvenes en situación de riesgo social, es decir, pobres, en estado de vagancia, sin empleos fijos o que padecen de otros problemas sociales (*supra* párr. 79.1).”¹⁵

Como resultado de esta postura, la Corte finalizó su estudio sobre la responsabilidad internacional del Estado en el mencionado caso señalando que:

¹³ Cfr. CorteIDH. *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148. Párr. 246; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 76, y;

¹⁴ Cfr. CorteIDH. *Caso Familia Barrios Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237, párr. 168.

¹⁵ Cfr. CorteIDH. *Caso Servellón García*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152. Párr. 104 y 110.

“117. Los hechos del presente caso ocurrieron en razón de la condición de personas en situación de riesgo social que tenían las víctimas, lo que demuestra que el Estado no les proporcionó a Marco Antonio Servellón García ni a Rony Alexis Betancourth Vásquez un ambiente que les protegiera de la violencia y del abuso, y no permitió su acceso a servicios y bienes esenciales, de una forma tal que esa falta privó definitivamente a los menores su posibilidad de emanciparse, desarrollarse y de tornarse adultos que pudieran determinar su propio futuro.”¹⁶

Ya de manera expresa, en casos como Rosendo Cantú, se evidencia como la Corte interpreta de nuevo el carácter propio de los derechos de los niños, al señalar que

“de conformidad con el artículo 19 de la Convención Americana, el Estado debe asumir una posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas o cuidados especiales orientados en el principio del interés superior del niño¹⁷. En tal sentido, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y a los derechos de los niños, en consideración a su condición particular de vulnerabilidad¹⁸. De conformidad con sus obligaciones convencionales, efectivamente, el Estado debió haber adoptado medidas especiales a favor de la señora Rosendo Cantú, no sólo durante la denuncia penal, sino durante el tiempo en que, siendo una niña, estuvo vinculada a las investigaciones ministeriales seguidas con motivo del delito que había denunciado, máxime por tratarse de una persona indígena, pues los niños indígenas cuyas comunidades son afectadas por la pobreza se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad. La obligación de proteger el interés superior de los niños y niñas durante cualquier procedimiento en el cual estén involucrados¹⁹ puede implicar, *inter alia*, lo siguiente: i) suministrar la información e implementar los procedimientos adecuados adaptándolos a sus necesidades particulares, garantizando que cuenten con asistencia letrada y de otra índole en todo momento, de acuerdo con sus necesidades²⁰; ii) asegurar especialmente en casos en los cuales niños o niñas hayan sido víctimas de delitos como abusos sexuales u otras formas de maltrato, su derecho a ser escuchados se ejerza garantizando su plena protección, vigilando que el personal esté capacitado para

¹⁶ Cfr. CorteDIH. Caso *Servellón García*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152. Párr. 117.

¹⁷ Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrs. 56, 59 y 60; *Caso Servellón García Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, párr. 116, y *Caso Chitay Nech y otros, supra* nota 25, párr. 164.

¹⁸ Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, supra* nota 261, párrs. 60, 86 y 93; *Caso De la Masacre de Las Dos, supra* nota 27, párr. 184, y *Caso Chitay Nech y otros, supra* nota 25, párr. 164.

¹⁹ Cfr. Comité de los Derechos del Niño. Observación General 12: El derecho del niño a ser escuchado, 51º período de sesiones, 2009, U.N. Doc. CRC/C/GC/2009 (20 de julio de 2009), párr. 70.

²⁰ Cfr. Comité de los Derechos del Niño. Observación General 5: Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44), 34º período de sesiones, 2003, U.N. Doc. CRC/GC/2003/5 (27 de noviembre de 2003), párr. 24, y Comité de los Derechos del Niño, Observación General 12: El derecho del niño a ser escuchado, *supra* nota 263, párr. 64.

atenderlos y que las salas de entrevistas representen un entorno seguro y no intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado²¹, y iii) procurar que los niños y niñas no sean interrogados en más ocasiones que las necesarias para evitar, en la medida de lo posible, la revictimización o un impacto traumático en el niño²²." (Se mantiene citas internas)

Esta determinación de escenarios garantiza el reconocimiento del contenido particular del artículo 19 de la Convención, más allá de una mera causal de agravación de otras violaciones convencionales. Si bien la H. Corte considera que en caso de ser niños las víctimas de las violaciones, estas se tornan en agravadas²³, consideramos que dicha interpretación se limita a los asuntos en los cuales las violaciones se efectuaron en los menores en consideración a su calidad de niños. De lo contrario, se vaciaría el contenido del artículo 19, convirtiéndolo en una mera causal de agravación, y por lo tanto se produciría –paradójicamente- un escenario de desprotección de la condición misma de menor.

2. El interés superior de los niños, niñas y adolescentes

El artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño consagra el principio que "el interés superior del niño" será "una consideración primordial" en todas las medidas que le afectan.

El concepto de los intereses superiores del niño fue incorporado por primera vez en un instrumento internacional en el Principio 2 de la Declaración sobre los Derechos del Niño de 1959. Esta Declaración dispone que el interés superior del niño debe ser "*la consideración fundamental*" únicamente en cuanto a "la promulgación de leyes" destinadas a la protección y bienestar del niño. La Convención de Derechos del Niño amplía el alcance de este principio a "*todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas (...)*"²⁴.

Así, en el derecho internacional de los derechos humanos²⁵, el principio del interés superior del menor debe ser la primera consideración en la toma de decisiones que

²¹ Cfr. Comité de los Derechos del Niño. Observación General 12: El derecho del niño a ser escuchado, *supra* nota 263, párr. 21 *in fine*, 34 y 64.

²² Cfr. Comité de los Derechos del Niño. Observación General 12: El derecho del niño a ser escuchado, *supra* nota 263, párr. 24.

²³ Cfr. CortelDH. Casos: *Masacres de Ituango*. Sentencia del 1 de julio de 2006, Serie C. No. 148, párr. 246, y; *Hermanos Gómez Paquiyauri*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110. Párr 76.

²⁴ Convención de los derechos del niño. Art. 3.

²⁵ General Comment No. 7. "Implementing Child Rights in early Childhood". Committee on the Rights of the Child, fortieth Session, Geneva, 20 September 2006. Parr. 13.

puedan llegar a afectar los derechos de los niños y niñas²⁶. Ello significa que –por ejemplo– cuando se presentan conflictos de derechos entre los adultos y el niño, como es el caso del niño que tiene necesidad de una transfusión sanguínea pero sus padres no la autorizan debido a que va en contra de sus creencias religiosas, el Estado²⁷ debe, a través de sus autoridades competentes, suplir la autorización de los padres en beneficio de la salud y la vida del menor o en el caso de la solicitud de custodia de un niño en el marco de un divorcio o separación, en el que la decisión de la autoridad deberá considerar el derecho a la integridad personal del niño y el derecho a participar en las decisiones que le afectan, antes que en el derecho del padre a ejercer la custodia.

3. El principio de corresponsabilidad en la protección y garantía de los derechos los derechos de los niños y las niñas

La protección y garantía de los derechos de los niños tiene una particularidad adicional: son responsables de ello el Estado, la sociedad y la familia²⁸.

En los instrumentos internacionales se ha reconocido el principio de corresponsabilidad respecto de la protección y realización de los derechos de los niños, lo cual pretende que una amplia gama de actores aporten en la protección de la infancia.

La protección y garantía de los derechos de los niños recae en el Estado, en virtud de sus competencias y facultades como autoridad y de los compromisos adquiridos en virtud de la adopción de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. No obstante, en materia de derechos de la infancia, dicha responsabilidad estatal se complementa con la concurrencia de la familia y la sociedad en la atención, cuidado y protección de los niños, niñas y adolescentes, de acuerdo con sus ámbitos de actuación.

De esta forma se pretende rodear de varios agentes protectores a los niños, lo cual supone un reto para todos quienes conformamos la sociedad o la misma familia del menor, de estar atentos y coordinados con el Estado para alcanzar la realización efectiva de los derechos de la infancia.

*
* *

²⁶ General Comment No. 7. “Implementing Child Rights in early Childhood”. Committee on the Rights of the Child, fortieth Session, Geneva, 20 September 2006. Parr. 13.

²⁷ Además, ante un conflicto de derechos o principios normativos debe prevalecer siempre el interés superior del menor en la toma de decisiones, bien sea, por la rama del poder judicial, ejecutivo o legislativo. Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17. P. 65.

²⁸ CIDH. Relatoria de los derechos de la infancia. *La infancia y sus derechos en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos* (Segunda edición) OEA/Ser.L/V/II.133. Doc. 34. 29 octubre 2008. Original: Español. Párr. 35.

En resumen, consideramos que la H. Corte debe tener en cuenta tanto la normativa internacional como los principios descritos en este primer capítulo, como los principales elementos orientadores en la respuesta a las cuestiones planteadas en la solicitud de opinión consultiva bajo consideración. De esta forma, invitamos a la Corte a no olvidar en desarrollo de su opinión autorizada los elementos descritos respecto de la protección y realización de los derechos propios de la infancia, dentro del espectro de los principios de protección especial, interés superior del menor y corresponsabilidad.

A continuación, nos centraremos en unas de las preguntas propuestas dentro de la solicitud de opinión consultiva, con el fin de ejemplificar la articulación interpretativa de los elementos propuestos.

B) ¿CUÁLES SON A LA LUZ DE LOS ARTICULOS 1, 2, 7, 8, 19 Y 25 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA Y DEL ARTICULO 25 DE LA DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE, LAS GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO QUE DEBERIAN REGIR EN LOS PROCESOS MIGRATORIOS QUE INVOLUCRAN NIÑOS Y NIÑAS, CUANDO EN ESTOS PROCESOS SE APLIQUEN MEDIDAS QUE RESTRIJAN LA LIBERTAD PERSONAL DE LOS NIÑOS?

Para dar respuesta a la pregunta formulada, consideramos conveniente partir del principio básico existente frente al derecho a la libertad de todos los seres humanos consagrado en el artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos y artículo XXV de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre y el Ciudadano.

La Corte IDH ha dado alcance al contenido del derecho a la libertad y la seguridad personal consagrado en el artículo 7 de la Convención Americana, bajo el entendido que

“En sentido amplio la libertad sería la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La seguridad, por su parte, sería la ausencia de perturbaciones que restrinjan o limiten la libertad más allá de lo razonable. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana.

[...]

En lo que al artículo 7 de la Convención respecta, éste protege exclusivamente el derecho a la libertad física y cubre los comportamientos corporales que presuponen la presencia física del titular del derecho y que se expresan normalmente en el movimiento físico. La seguridad también debe entenderse como la protección contra toda interferencia ilegal o arbitraria de la libertad física ahora bien, este derecho puede ejercerse de múltiples formas, y lo que la Convención Americana regula son los límites o restricciones que el Estado puede realizar”²⁹

Vale señalar que cuando la privación de la libertad recae sobre un menor de edad deberá tenerse en cuenta, tal y como lo señaló la Corte IDH en el caso de Instituto de Reeducción del menor, que “[...] el contenido del derecho a la libertad personal de los niños no puede deslindarse del interés superior del niño, razón por la cual requiere de la adopción de medidas especiales para su protección, en atención a su condición de vulnerabilidad.”³⁰

Así las cosas, cuando se va a proceder a la restricción del derecho a la libertad, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el texto normativo de la Convención Americana y de la

²⁹ CortelIDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñíguez. Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170. Párrafo 52.

³⁰ CortelIDH. *Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112. Párrafo 225.

Declaración American de Derechos del Hombre y del Ciudadano, la privación de la libertad debe ser una medida excepcional y la cual en todos los casos, independientemente de cual sea el título bajo el cual proceda, no podrá ser ilegal o arbitraria. Sin embargo, tal como se señalará adelante, esta garantía debe fortalecerse y adecuarse debidamente en relación con circunstancias en las que la privación de la libertad recaiga sobre un menor.

Ahora, es de recordar que para que la restricción de la libertad no sea ilegal, deberá darse cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 7. 2 de la CADH, es decir que cuando se proceda a la detención de una persona deberá ser con arreglo a las disposiciones legales y constitucionales existentes al momento de la detención. Ahora bien para que la detención no sea arbitraria deberá tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 7.3 así como todas las demás disposiciones del artículo 7 convencional, referentes entre otras a la necesidad de que la persona detenida sea informada de las razones por las cuales se la detiene y la posibilidad de ser puesto ante una autoridad judicial en el menor tiempo posible a fin de que esta pueda decidir sobre la detención.

La Corte IDH, ha señalado en su jurisprudencia³¹ que para que la privación de la libertad no sea arbitraria deberá tener una finalidad, ser necesaria y proporcional, en las palabras de la Corte,

“[...] 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 excepcional³², y iv) que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales³³, 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.”³⁴

Igualmente, dentro de la garantía general del derecho a la libertad de toda persona, también deberán entenderse incluidas las disposiciones del artículo 8 de la CADH referentes al debido proceso. Una vez la persona ha sido detenida tendrá derecho a la

³¹ CortelIDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170. Y *Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218

³² *Cfr. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 129; *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez, supra* nota 99, párr. 93, y *Caso Yvon Neptune, supra* nota 97, párr. 98.

³³ *Cfr. Caso Ricardo Canese, supra* nota 174, párr. 129; *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez, supra* nota 99, párr. 93, y *Caso Yvon Neptune, supra* nota 97, párr. 98.

³⁴ CortelIDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218. Párrafo 166

asistencia legal de un abogado, a la posibilidad de acudir ante la justicia, para que sea un juez imparcial quien decida sobre su caso, así como la posibilidad de una segunda instancia para la revisión de la decisión judicial y la asistencia gratuita de un intérprete cuando ello sea necesario.

Adicionalmente, en lo que tiene que ver con privación de la libertad de un niño, se debe hacer alusión al pronunciamiento de la Corte IDH a propósito del caso Instituto de Reeduación del menor, en el cual señaló que “[...] las garantías consagradas en el artículo 8 de la Convención se reconocen a todas las personas por igual, y deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye, además, el artículo 19 de dicho tratado, de tal forma que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho de un niño³⁵. Si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los niños, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías³⁶.”³⁷ (Se mantienen citas internas).

En este mismo sentido, la Corte Interamericana ha avanzado frente a la protección del derecho a la libertad personal de los menores, en el marco de situaciones de sustracción ilícitas atribuibles a agentes estatales. El caso de la menor María Macarena Gelman fue el sustento en virtud del cual el Tribunal Interamericano ha establecido que, frente a la sustracción y apropiación ilícita de niños y niñas, no solo se vulnera el derecho a la libertad personal analizado desde la perspectiva del *corpus iuris internacional* en materia de protección a menores, sino que también se ve vulnerado su derecho a la identidad, entendido como “ (...) *el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso*”³⁸. Este derecho es reconocido como una derivación de la disposición del artículo 8 de la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, y comprende entre otros, la garantía por parte de los Estados del derecho a la nacionalidad, al nombre y a las relaciones de familia de cualquier menor³⁹, a ser preservados ante una privación ilícita de su libertad, particularmente frente a una sustracción ilegal.

De igual manera, frente a temas de sustracciones ilegales, en el Caso Gelman la Corte destacó que la retención física por parte de agentes estatales en el caso de la menor María Margarita Gelman, sin el consentimiento de sus padres, implicó una afectación a su libertad, en el más amplio término del artículo 7.1 de la Convención Americana, al ser este

³⁵ Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, supra nota 150, párr. 9

³⁶ Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, supra nota 150, párr. 98.

³⁷ CortelDH. *Caso "Instituto de Reeduación del Menor" Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112. Párrafo 209

³⁸ Cfr. Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221. Parr. 122.

³⁹ La Corte realiza un análisis detallado de los contenidos de estos tres derechos, derivados del derecho a la identidad en el caso de la menor Gelman. Ver parrs. 125 a 128.

un derecho que “(...) implica la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia.” Señala particularmente la Corte que:

En el caso de los niños y niñas, si bien son sujetos titulares de derechos humanos, aquéllos ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal, por lo que en su primera infancia actúan en este sentido por conducto de sus familiares. En consecuencia, la separación de un niño de sus familiares implica, necesariamente, un menoscabo en el ejercicio de su libertad.”⁴⁰

Ahora bien, frente a la protección del derecho a la libertad en materia de menores, es posible evidenciar su importancia a través de varios textos internacionales que no se circunscriben únicamente al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, sino que por el contrario, atienden a la composición de un *corpus iuris internacional*, entendido por la Corte Interamericana como “(...) un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones)”⁴¹ el cual ha sido desarrollado de manera amplia por la Corte en materia de protección a menores⁴², lo cual ha permitido fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Dentro de los instrumentos que componen este *corpus iuris* internacional, podemos destacar en primer lugar, los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas que disponen que toda persona privada de su libertad se le debe respetar y proteger todos los derechos y garantías de los que es titular. Todas las personas deberán gozar de igual protección por parte de la ley y deberán gozar de las mismas condiciones para acceder a la justicia.

En el marco del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos en diferentes instrumentos entre ellos la Declaración Universal de Derechos Humanos⁴³, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴⁴ y el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, entre otros se ha dispuesto en el mismo sentido en el que lo han hecho los instrumentos interamericanos, la importancia de que la restricción del derecho a la libertad solo ocurra con un carácter excepcional y que dicha restricción se haga bajo el principio de legalidad,

⁴⁰ Cfr. CortelDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, Parr. 129.

⁴¹ Corte IDH, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, parr. 115.

⁴² En su sentencia en el caso de los Niños de la Calle, la Corte Interamericana manifestó que: “*Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo corpus juris internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana*” (párr. 194). También véase: CIDH, Informe: La infancia y sus derechos en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, segunda edición, OEA/Ser. L/V/II.133 Doc. 34, Washington, 29 de Octubre 2008, párrs. 43 y 44.

⁴³ Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

⁴⁴ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976.

así mismo se ha enfatizado en la necesidad consistente en garantizarle al detenido el ejercicio de todos sus derechos humanos, entre ellos el del acceso a la justicia.

Ahora bien, no se debe olvidar que la problemática planteada en la solicitud de opinión consultiva hace referencia a una doble categoría de vulnerabilidad: por un lado el carácter de menor de edad y segunda la condición de inmigrante. En lo relativo a la restricción a la libertad de personas migrantes, existen consideraciones especiales dada su condición de vulnerabilidad, dichas consideraciones deben entenderse agregadas a las consideraciones generales a las que nos referimos anteriormente.

La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares⁴⁵, hace referencia a la necesidad de que la detención de una persona migrante, indistintamente de su estatus migratorio, sea dentro del marco de la legalidad y sea una medida cuya necesidad esté justificada y por lo tanto que sea una medida excepcional. Así en el artículo 16 de la citada Convención, se dispone que cuando el detenido es una persona migrante, deberá comunicársele los motivos de su detención en un idioma que pueda entender, deberá darse comunicación de la detención a las autoridades diplomáticas o consulares de sus Estado de origen y deberán tener igual derecho que los nacionales para acceder a los tribunales de justicia. Por su parte el artículo 17, hace referencia a la necesidad de que la detención se desarrolle en condiciones compatibles con el concepto de dignidad humana y dándoles a los migrantes detenidos las mismas prerrogativas que tienen los nacionales, entre ellas lo que se refiere a visitas de familiares y notificación del cambio de centro de detención cuando ello ocurra.

A propósito de la detención de migrantes, la CIDH con ocasión del *Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: detenciones y debido proceso*, señaló que “En el caso de la detención por razones migratorias, el estándar sobre la excepcionalidad de la privación de libertad debe considerarse aún más elevado debido a que las infracciones migratorias no deben tener un carácter penal. Como lo subrayó la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, “los inmigrantes irregulares no son delincuentes per se, por lo que no deben ser tratados como tales”.⁴⁶

De su parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con oportunidad del caso *Vélez Loor Vs. Panamá*, señaló entre otros asuntos, que,

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

⁴⁶ Naciones Unidas, Informe de la Relatora Especial de la ONU sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, Gabriela Rodríguez Pizarro, E/CN.4/2003/85 (30 de diciembre de 2002) , disponible en inglés en [http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/3ff50c339f54a354c1256cde004bfbd8/\\$FILE/G0216255.pdf](http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/3ff50c339f54a354c1256cde004bfbd8/$FILE/G0216255.pdf) . En CIDH. INFORME SOBRE INMIGRACIÓN EN ESTADOS UNIDOS: DETENCIONES Y DEBIDO PROCESO. 2010. Párrafo 38.

“A diferencia del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales⁴⁷, la Convención Americana no establece una limitación al ejercicio de la garantía establecida en el artículo 7.5 de la Convención en base a las causas o circunstancias por las que la persona es retenida o detenida. Por lo tanto, en virtud del principio *pro persona*, esta garantía debe ser satisfecha siempre que exista una retención o una detención de una persona a causa de su situación migratoria, conforme a los principios de control judicial e intermediación procesal⁴⁸. Para que constituya un verdadero mecanismo de control frente a detenciones ilegales o arbitrarias, la revisión judicial debe realizarse sin demora y en forma tal que garantice el cumplimiento de la ley y el goce efectivo de los derechos del detenido, tomando en cuenta la especial vulnerabilidad de aquél⁴⁹. De igual forma, el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre la Detención Arbitraria estableció que “[t]odo [...] inmigrante retenido deberá comparecer cuanto antes ante un juez u otra autoridad”⁵⁰

Este Tribunal considera que, para satisfacer la garantía establecida en el artículo 7.5 de la Convención en materia migratoria, la legislación interna debe asegurar que el funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones jurisdiccionales cumpla con las características de imparcialidad e independencia que deben regir a todo órgano encargado de determinar derechos y obligaciones de las personas. En este sentido, el Tribunal ya ha establecido que dichas características no solo deben corresponder a los órganos estrictamente jurisdiccionales, sino que las disposiciones del artículo 8.1 de la Convención se aplican también a las decisiones de órganos administrativos⁵¹. Toda vez que en relación con esta garantía corresponde al funcionario la tarea de prevenir o hacer cesar las detenciones ilegales o arbitrarias⁵², es imprescindible que dicho funcionario esté facultado para

⁴⁷ En el Convenio Europeo el derecho a ser llevado prontamente ante un juez u otro funcionario, previsto en el párrafo 3 del artículo 5, se relaciona exclusivamente con la categoría de detenidos mencionados en el párrafo 1.c de dicho artículo, esto es, los que están en espera de ser llevados ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que han cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirles que cometan una infracción o que huyan después de haberla cometido.

⁴⁸ Cfr. *Caso Tibi*, *supra* nota 27, párr. 118; *Caso López Álvarez*, *supra* nota 98, párr. 87, y *Caso Palamara Iribarne*, *supra* nota 100, párr. 221.

⁴⁹ Cfr. *Caso Bayarri*, *supra* nota 27, párr. 67. En el mismo sentido, *Eur. Court HR, Iwanczuk v. Poland* (Application no. 25196/94) Judgment of 15 November 2001, para. 53.

⁵⁰ Naciones Unidas, Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Informe del Grupo, Anexo II, Deliberación No. 5: Situación relativa a los inmigrantes o a los solicitantes de asilo, 1999, E/CN.4/2000/4, Principio 3.

⁵¹ Cfr. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 71; *Caso Escher y otros Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200. párr. 208, y *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 119.

⁵² Cfr. *Caso Bayarri*, *supra* nota 27, párr. 67.

poner en libertad a la persona si su detención es ilegal o arbitraria.”⁵³ (Se mantienen citas internas)

Ahora bien, en la materia específica que nos concierne, lo primero que debe decirse es que cuando los sujetos de la detención son niños se deberá tener en consideración que les aplican las garantías generales que le corresponden a todo ser humano, sumadas las garantías especiales de las que gozan por ser niños y por tener una condición de vulnerabilidad derivada de su edad, lo que los hace sujetos de especial protección. Adicionalmente, cuando los menores detenidos son migrantes entonces también deberán gozar de las prerrogativas de las que gozan los migrantes en general.

De acuerdo con el artículo 40 de la Convención de los Derechos del Niño⁵⁴, dentro de las garantías con las que debe contar todo menor de edad en el caso de encontrarse detenido se encuentra que la causa legal debe ser dirimida de manera rápida por el funcionario competente y el menor deberá contar con asistencia legal gratuita al igual que un intérprete cuando su idioma sea diferente. Lo anterior deberá desarrollarse con consideración del principio del interés superior del niño, consagrado en la misma convención y el cual deberá ser la guía de cualquier actuación estatal que pueda tener una repercusión en los derechos de los niños. Tal y como lo señaló la Corte IDH en la Opinión Consultiva 17 referente a los Derechos del Niño, para las garantías del debido proceso en la detención de menores, deberán tenerse en cuenta las disposiciones de las Reglas de Beijing (Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores), las Reglas de Tokio (Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad) y las Directrices de Riad (directrices para la prevención de la delincuencia juvenil), las cuales se orientan en el mismo sentido que se ha venido señalando⁵⁵.

⁵³ Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218. Párrafos 107 y 108.

⁵⁴ Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990.

⁵⁵ No se debe olvidar que la Corte IDH declara que los Estados deben tomar las medidas previstas en ciertas disposiciones de las Reglas de Beijing y las Directrices de Riad para cumplir con la obligación de asegurar cabalmente la protección de los niños, al tenor del artículo 19 de la Convención Americana, eso no significa que las Reglas de Beijing o las Directrices de Riad son instrumentos vinculantes; significa que el contenido de algunas de sus disposiciones aclaran el contenido de una obligación proveniente de otra fuente o fuentes.

Existen sin embargo, garantías procesales que deben tenerse en cuenta de manera especial en el caso de los niños, en aras de permitir que este tenga una participación plena dentro del proceso, aspecto que ha sido siempre reiterado por la doctrina⁵⁶.

La necesidad de contar con un intérprete en el momento que sea requerido y la posibilidad de que el niño participe en las diferentes etapas procesales que se desarrollen dentro de un proceso concerniente en el cual este siendo juzgado, son en concepto de los autores, dos de las garantías de mayor importancia dentro del debido proceso, las cuales si bien se encuadran dentro del universo general de los derechos del niño, sin importar su condición, deben propender por ser aplicadas de cara a procesos penales sobre niños migrantes.

En suma, el análisis de las garantías del debido proceso que deberían regir en los procesos migratorios que involucran niños y niñas, cuando en estos procesos se apliquen medidas que restrijan la libertad personal de los niños, consideramos que estas deben tener en cuenta tanto la condición de migrante -y por tanto aplicar las garantías procesales y de restricción de la libertad acordes con esta condición-, las cuales se refuerzan en la detención de niños migrantes -de acuerdo con la protección especial del menor- y deben imponerse sobre cualquier otra motivación -interés superior del menor- tanto en la legislación de migraciones de los Estados, como en los procedimientos administrativos y/o judiciales que adelanten con ocasión de atender la situación de los niños migrantes en nuestro continente.

De los señores Jueces y Juezas,



Álvaro Francisco Amaya-Villarreal

CC. 79918932, República de Colombia

⁵⁶ Julio B.J Maier en su texto *“Los Niños como titulares del derecho al Debido Proceso”* que bajo la consagración de niño como persona humana, debe contar con garantías que le permitan una tutela efectiva de sus derechos, entre los cuales se destaca el derecho del niño a ser oído en cualquier oportunidad y tantas veces como sea necesario. Aspecto que por ejemplo es establecida de manera textual en textos constitucionales como la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, en su artículo 12.

F. Franco

Felipe Franco Gutiérrez

CC. 1020731921, República de Colombia

A handwritten signature in black ink on a light blue background. The signature reads "Viviana Ordóñez Salazar" and is underlined.

Viviana Ordóñez Salazar

CC. 1026259476, República de Colombia

Datos de contacto oficial para comunicaciones o notificaciones

Dirección: Calle 78 No. 9-57, oficina 801, Bogotá. Colombia.

Correo electrónico: alvaroamaya@gmail.com

Número de teléfono: +57 3162316149