

Bogotá, 17 de Febrero de 2012

Doctor

PABLO SAAVEDRA ALESSANDRI

Secretario Ejecutivo

Corte Interamericana de Derechos Humanos

San José, Costa Rica

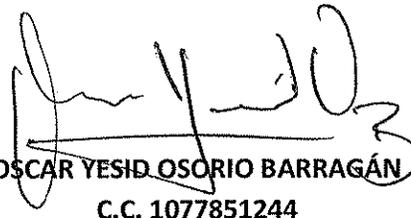
Respetado doctor Saavedra:

Sea la presente la oportunidad para enviarle un saludo y el deseo de los mayores éxitos en la labor. Junto con esta carta, a través de este medio, le enviamos el Amicus Curiae que versa sobre la solicitud de opinión consultiva realizada por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay sobre menores migrantes.

Agradecidamente,



JULIANA POVEDA CLAVIJO
C.C. 1016032456
Estudiante de Derecho
Universidad Nacional de Colombia



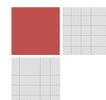
OSCAR YESID OSORIO BARRAGÁN
C.C. 1077851244
Abogado – Especializado en DDHH – DIH
Universidad Nacional de Colombia

Febrero
2012

AMICUS CURIAE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

Presentado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre la solicitud de Opinión Consultiva solicitada por Mercosur para el caso de menores migrantes.

Juliana Poveda Clavijo
Oscar Yesid Osorio Barragán



AMICUS CURIAE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

Presentado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre la solicitud de Opinión Consultiva solicitada por Mercosur para el caso de menores migrantes.

Juliana Poveda Clavijo¹
Oscar Yesid Osorio Barragán²

¹ Estudiante de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Observadora en representación de la Universidad Nacional de Colombia en el Concurso Nacional Universitario de Derechos Humanos VIII Edición (Septiembre 2010) y Participante en el Concurso Interamericano de Derechos Humanos. 16 Concurso Anual (Mayo 2011), American University- Washington College of Law, Washington D.C.

² Abogado de la Universidad Nacional de Colombia con Especialización en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario en la misma institución. Participante en representación de la Universidad Nacional de Colombia en el Concurso Nacional Universitario de Derechos Humanos VI Edición (Septiembre 2008) y Participante en el Concurso Interamericano de Derechos Humanos. 14 Concurso Anual (Mayo 2009), American University- Washington College of Law, Washington D.C.

ÍNDICE

	Introducción	Pág.4
1.	Situación general: nuevas concepciones de ciudadanía, fenómeno migratorio, discriminación y situación de vulnerabilidad de los menores migrantes.	Pág.5
2.	Derecho internacional aplicable: obligaciones mínimas de los estados en el caso de menores migrantes.	Pág.10
	Medidas urgentes por tomar al momento del contacto con el NNA migrante.	Pág.12
	Medidas alternativas a la privación de la libertad y la detención como última ratio.	Pág.14
	Derechos consulares como parte del debido proceso.	Pág.16
	Condiciones de la medida excepcional de la detención.	Pág.18
	Principio de Non Refoulment: ausencia de condiciones de vida digna.	Pág.20
	Derecho a la unidad familiar y la reunificación familiar.	Pág.21
3.	Principios básicos para una política pública para menores migrantes.	Pág.22
	Conclusiones: perspectiva de derechos en contraposición a un etiquetamiento de criminalidad.	Pág.29

INTRODUCCIÓN

La respuesta normativa internacional frente al fenómeno migratorio ha sido extensa, desarrollándose multifacéticamente de manera exponencial en las últimas décadas, a la par del aumento de flujo de personas entre Estados, siendo un gran porcentaje de éste de manera ilegal, o por lo menos irregular. A pesar de la referenciada normatividad internacional, aún está en discusión la fuerza vinculante que pueden tener estos mandatos.

El derecho internacional, frente a la migración, ha procurado pronunciarse sobre la soberanía de los Estados para el control de sus fronteras y la condición de las personas que las atraviesan, así como las obligaciones y derechos que recaen sobre los países a la hora de determinar las medidas a aplicar. La inmigración irregular, y la respuesta a ella, lamentablemente se ha sobrecargado de contenido político, hecho evidente ante la lógica actual de los Estados más desarrollados como los primeros en la lista de Estados destino, contextualizado en la actual crisis económica internacional, junto con la no infaltable presencia de conflictos armados internos e internacionales que causa el desplazamiento de grandes masas de seres humanos.

Dentro de los afectados por los diversos fenómenos que conducen a la migración están los menores, que debido a su indiscutible vulnerabilidad por el sólo hecho de su nivel de desarrollo, son los más afectados. No sólo deben sufrir el hecho de abandonar a toda costa el espacio de desenvolvimiento para entrar en la aventura siniestra de ir a la nada para buscar un mejor destino. Durante esta travesía, se ven acosados por riesgos y violaciones de sus derechos, vistos en forma de delitos internacionales como la trata de personas, esclavitud sexual, trabajos forzosos, secuestros, etc., todo esto ante la incertidumbre de no tener donde socorrer porque usualmente en sus condiciones se encuentran fuera de toda protección.

Entre la legislación mundial encaminada a la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y el correspondiente a las personas migrantes, se podría llegar a alcanzar un alto estándar de protección de los derechos y libertades de los NNA migrantes pero, en la práctica, los menores siguen siendo presa fácil de la inactividad de los Estados para respetar y garantizar sus derechos en esta situación.

La solicitud de Opinión Consultiva a la Corte Interamericana es la oportunidad para que el organismo interamericano fije un estándar de protección de los derechos de los NNA migrantes que sirva de fuente de obligación inexcusable a los Estados americanos, siendo además un referente internacional que a la larga adquiera la solidez mínima para ser fuente de obligaciones de todos los países.

Este trabajo trata la normatividad internacional existente al momento aplicable, tanto los tratados suscritos por los Estados como el desarrollo y la ampliación de la que han sido objeto a partir de pronunciamientos de los distintos organismos interestatales que se encargan de aplicar e interpretar las normas mundiales. Con el estudio de lo anterior, a la par se propone un mayor alcance dirigido a unificar el alcance de la protección a los NNA migrantes.

Como segundo punto, se esbozan los principios y contenidos básicos con los que debe contar la implementación de una política pública destinada al respeto y garantía de los derechos de los NNA migrantes. Sobre esto, se deben puntualizar dos cosas: primero, esta propuesta está dirigida a determinar unos derroteros en esta política pública, sin ahondar en exponer mecanismos específicos con los que deberían contar los Estados, esto sin defecto de hacer cuenta de mecanismos alternativos a los existentes que han sido ideados por organismos internacionales, por ejemplo. Lo anterior partiendo que la Corte no está sujeta a crear y obligar a los Estados a la apropiación de mecanismos determinados, sino a recordarle a los países sobre la soberanía con la que cuentan, sin que lleguen a desconocer las obligaciones internacionales a que están sujetos.

Segundo, el contenido de este trabajo está enmarcado en una tesis, y es la de contribuir a que la perspectiva con la cual se aborda el fenómeno migratorio no sea la de la criminalidad, que degrada en una discriminación estructural, sino desde la óptica de la promoción y protección de los derechos de los NNA migrantes, enfocándose más en la prevalencia del interés superior del menor, la primacía de sus derechos y la unidad familiar.

1. SITUACIÓN GENERAL: NUEVAS CONCEPCIONES DE CIUDADANIA, FENÓMENO MIGRATORIO, DISCRIMINACIÓN Y SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD DE LOS MENORES MIGRANTES

Antes de contextualizar la situación migratoria regional y sus impactos en los niñas, niños y adolescentes, es necesario apelar a las nuevas teorías de la ciudadanía, y su inherente relación con los derechos humanos en un mundo globalizado, en aras de brindar a la Corte Interamericana mayores criterios y herramientas conceptuales para la interpretación y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a la luz de los nuevos desafíos globales en materia de derechos humanos, concretamente los relativos a la protección de este grupo doblemente vulnerable.

La ciudadanía como concepto, en la teoría política y sociológica clásica³, está estrechamente ligada a la idea del surgimiento del Estado-Nación, donde la nación como elemento fundacional del Estado, resulta ser una abstracción de la sociedad para considerarla como una entidad culturalmente homogénea, en tanto comparte una historia común, una comunidad de valores y un territorio ancestral. De tal suerte que los “derechos subjetivos” o que limitaban el ejercicio del poder del Estado soberano, antes que “humanos” fueron “derechos fundacionales” o “fundamentales”, reconocidos en función de la pertenencia a la comunidad cultural y política.

No obstante, las dinámicas históricas llevaron a superar esta fundamentación de los derechos, y por ello desde la segunda posguerra se propende por la idea “derechos humanos” fundamentada en la universalidad de la condición humana⁴, que a su vez posibilita limitar la soberanía estatal⁵ y la idea limitada de derechos como valores pertenecientes a una comunidad nacional específica. No de otra forma, podemos explicar la actual y legítima existencia de organismos internacionales que controlan las obligaciones de los Estados para con los derechos humanos de las personas bajo su jurisdicción.

Ahora bien, este giro en torno a los “derechos humanos”, si bien evidencia un primer cuestionamiento a la categoría de ciudadanía como base de los derechos, no es el único que se plantea. En la práctica, la sociología ha caracterizado cuestionamientos⁶ a la ciudadanía tales como el multiculturalismo, la participación política de sujetos colectivos y diferenciados de derecho y la globalización, que llevan a concluir que ésta es un categoría en deconstrucción⁷, cuyo planteamiento precisamente debe hacerse precisamente en función de los derechos humanos, y no a la inversa.

En concreto, la globalización, caracterizada en tres elementos: migración, desaparición del concepto clásico de soberanía y crisis del Estado Social de Derecho, es la mayor evidencia de la necesidad de plegar el concepto de ciudadanía a los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales en la materia (ciudadanía posnacional)⁸.

³ Barbero González, Iker y Ariza, Libardo José. Ciudadanía más allá del Estado-Nación: Pertenencia y Derecho en un Mundo Global. En: Ciudadanía sin Nación. Bogotá, Uniandes. 2010. Pág. 35.

⁴ Soysal, Yasemin. Hacia un modelo de pertenencia pos-nacional. En: Ciudadanía sin Nación. Bogotá, Uniandes. 2010. Pág. 125.

⁵ Faúndez, Ledesma. Hector. El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica. 2004. Pág. 5.

⁶ Barbero González, Iker y Ariza, Libardo José. Ciudadanía más allá del Estado-Nación: Pertenencia y Derecho en un Mundo Global. En: Ciudadanía sin Nación. Bogotá, Uniandes. 2010. Pág. 54.

⁷ Sassen, Saskia. Sujetos fundacionales de pertenencia política: el cambio en la relación actual con el Estado nacional. En: Estado, Territorio y Derechos. Argentina, Editorial Katz. 2010. Pág. 349.

⁸ Soysal, Yasemin. Hacia un modelo de pertenencia pos-nacional. En: Ciudadanía sin Nación. Bogotá, Uniandes. 2010. Pág. 167.

La migración⁹, por ejemplo, calificada como un problema desde el siglo XX, es causada por graves violaciones de derechos humanos al interior de los Estados, cuyos rasgos comunes son: los conflictos armados internos, los gobiernos autoritarios, la corrupción, la incapacidad administrativa y, en general, la inestabilidad política. Además de la paradójica apertura rigurosa¹⁰ de las fronteras para el flujo de capitales, que más allá de permitir también los flujos migratorios verticales (de países en vía de desarrollo a países desarrollados) y horizontales (entre países en vía de desarrollo con pequeños márgenes de diferencia a nivel de calidad de vida), ha potenciado de manera considerable el riesgo de violación de derechos humanos de los migrantes, al ser víctimas de delitos transnacionales¹¹ tales como: el tráfico y trata de personas.

Por su parte, el concepto clásico de la soberanía absoluta de los Estados se ha visto disminuido por las restricciones¹² que imponen los organismos internacionales y las entidades transnacionales, de tal manera que muchas de las decisiones en materia económica de los Estados están permeadas por las directrices del FMI, BID y empresas transnacionales, que pugnan por la flexibilización de los derechos laborales y por la reducción de los controles institucionales a la violación de los mismos, aunque cabe aclarar que también hay incidencias positivas de los organismos internacionales, como la ONU, UNICEF, UNESCO y la OIT, seriamente preocupados por el catálogo de los derechos, el alcance y justiciabilidad de los mismos¹³.

Respecto de la crisis del Estado Social de Derecho, es muy bien sabido que las políticas neoliberales impulsadas en los años 80 y 90 pusieron este modelo en crisis, toda vez que coartaron la posibilidad del Estado de regular la economía, haciendo explícita la desigualdad social y “los derechos de papel”¹⁴.

Por tanto, la propuesta en este contexto en torno a la ciudadanía y a los derechos humanos, en congruencia con autores como Yasemin Soysal¹⁵, debe implicar una fundamentación desde la experiencia histórica universal, donde la ciudadanía resida en la personalidad de los seres humanos, que a su vez incluye a sectores tradicionalmente excluidos o vulnerables como lo son

Sassen, Saskia. Sujetos fundacionales de pertenencia política: el cambio en la relación actual con el Estado nacional. En: Estado, Territorio y Derechos. Argentina, Editorial Katz. 2010. Pág. 381.

⁹ Barbero González, Iker y Ariza, Libardo José. Ciudadanía más allá del Estado-Nación: Pertenencia y Derecho en un Mundo Global. En: Ciudadanía sin Nación. Bogotá, Uniandes. 2010. Pág. 63.

¹⁰ Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos. Informe de Política sobre Migración Irregular, Tráfico Ilícito de Migrantes y Derechos Humanos. Ginebra, Suiza. 2010. Pág. 2.

¹¹ Convención de Palermo o Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. 2000.

¹² Bonilla Maldonado, Daniel. Presentación: Estado, Nación y Ciudadanía. En: Ciudadanía sin Nación. Bogotá, Uniandes. 2010. Pág.19

¹³ Ibídem. Pág.20

¹⁴ Ibídem. Pág.21

¹⁵ Soysal, Yasemin. Hacia un modelo de pertenencia pos-nacional. En: Ciudadanía sin Nación. Bogotá, Uniandes.2010. Pág. 125-167.

mujeres, niños, migrantes, pueblos indígenas y trabajadores. De tal suerte que la ciudadanía sea progresivamente una categoría más incluyente en términos de garantía y goce efectivo de derecho, al punto que las diferencias entre los “derechos del nacional” y los “derechos del extranjero”, no sean más que un resquicio del pasado.

Según datos de la CEPAL¹⁶, alrededor de 6 millones de migrantes circulan dentro de América Latina y el Caribe, y 25 millones de personas han salido de la región, especialmente a Estados Unidos y Europa. Dentro de estas cifras no se cuentan los NNA que han sido abandonados por sus padres migrantes o los nacidos en el país de destino, todos ellos también siendo comprometidos sus derechos por el fenómeno migratorio.

El flujo migratorio que se ha intensificado en los últimos años es producto de la creciente disparidad económica mundial, donde regiones vastas han sido marginadas con lo que aumentan las necesidades vitales¹⁷ sin olvidar la degradación del medio ambiente, el aumento de la violencia, catástrofes naturales, la presencia de conflictos armados y la inestabilidad democrática en algunas regiones¹⁸; además, ha sido a la par con el endurecimiento de la política migratoria de los países de destino, tendiente al reforzamiento de las fronteras dentro de una política de seguridad nacional¹⁹ más no de política migratoria destinada o procedente de la protección de los derechos humanos²⁰. Además, crece una reacción discriminatoria y xenófoba contra los inmigrantes²¹, trato que es muchas veces procedente de posturas políticas legales²². Este trato se ve expandido en las instituciones públicas y privadas, que desemboca en el temor de los migrantes a la hora de solicitar ayuda y asistencia, ante el riesgo de ser detenidos y/o deportados²³, lo que es agravado ante las desventajas claras producto de permanecer en un territorio y en una cultura que son

¹⁶ UNICEF – CEPAL – ONU. Infancia y migración internacional en América Latina y el Caribe, en Desafíos: Boletín de la Infancia y Adolescencia sobre el avance de los Objetivos del Milenio. Número 11, noviembre de 2010. ISSN 1816-7535. Pág. 6.

¹⁷ Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución A/RES/54/212 sobre “Migración internacional y desarrollo”. 1 de febrero de 2000.

¹⁸ Naciones Unidas, Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo celebrada en El Cairo del 5 al 13 de septiembre de 1994, A/CONF.171/13, 18 de octubre de 1994, Programa de Acción, Capítulo X.A.10.1.

¹⁹ PNUD. Informe sobre Desarrollo Humano 2009. “*Superando barreras: Movilidad y desarrollo humanos*”. 2009. Pág. 107.

²⁰ Olea, Helena. Los Derechos Humanos de las Personas Migrantes: Respuestas del Sistema Interamericano, En: El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y los derechos de los migrantes, mujeres, pueblos indígenas, y niños, niñas y adolescentes. IIDH. 2004. Pág. 16.

²¹ Katharine Derderian y Liesbeth Schockaert. Respondiendo a los flujos “mixtos” de migración: Una perspectiva humanitaria. Revista Sur. Número 10, Junio de 2009. Pág. 108.

²² Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, A/HRC/7/12, 25 de febrero de 2008., Párr. 15 y 19. Katharine Derderian y Liesbeth Schockaert. Op. Cit. Pág. 108 y 109.

²³ Katharine Derderian y Liesbeth Schockaert. Op. Cit. Pág. 112 y 114.

AMICUS CURIAE – MENORES MIGRANTES

ajenas²⁴. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido consciente de la existencia de prejuicios culturales que han alimentado la reproducción de situaciones de vulnerabilidad y que se han manifestado en la xenofobia y el racismo presente en países con alta llegada de flujo migratorio, reacción fomentada por situaciones de *jure* y de *facto*.²⁵

Las causas de la migración en América Latina sigue siendo la desigualdad social en los países de origen, donde se está lejos de garantizar un mínimo vital que incluya seguridad alimentaria, educación, salud, empleo, igualdad y libertad de expresión. Ante este fenómeno, persiste el ideario de mejores oportunidades en otros Estados como la salida a dicha situación, precisamente teniendo como países de destino los que han endurecido las condiciones de entrada y libre circulación interna, por lo que el fenómeno migratorio sigue circunscrito a la ilegalidad, de manera contradictoria a los llamados de algunos organismos internacionales en búsqueda de dar fin a la criminalización del migrante.

La situación de los NNA migrantes, donde se reitera debe incluirse en su análisis los hijos abandonados por padres que han emigrado, los nacidos en los países destino siendo hijos de padres indocumentados y, por supuesto, los NNA migrantes no acompañados y los separados, se ve directa y estrechamente comprometida. Pueden encontrarse los dos fenómenos: hijos que son abandonados y se encuentran solos en los países de origen, sobreviviendo de las remesas generadas por sus padres en la mejor de las condiciones; o ni siquiera sin saber el rumbo y suerte de sus padres, mucho menos teniendo una fuente de subsistencia. Asimismo, están los NNA que han debido asumir la carga de encontrar una fuente de ingresos para su familia y, por lo tanto, emprenden solitarios el plan de abandonar su tierra para encontrar mejores oportunidades en el extranjero, estando sometidos a amenazas como la trata de personas que puede desembocar en esclavitud forzosa y explotación sexual, entre otras. Finalmente, están quienes junto a su familia emigran a un estado de suerte sin ninguna garantía de prosperidad.

En conclusión, y sea cual sea la modalidad en que se ven afectados por el fenómeno migratorio, los derechos de los NNA se encuentran especialmente vulnerables y amenazados, lo cual requiere como respuesta una atención especial sumada a la ya necesaria por su sola condición de menores.

Tratados y organismos internacionales han hecho un llamado a los Estados a la revisión de sus políticas migratorias con el fin de eliminar de sus jurisdicciones políticas y prácticas discriminatorias, racistas y xenófobas²⁶; sin embargo, se ha mantenido intacta la soberanía de los

²⁴ Olea, Helena. Op. Cit.. Pág. 12.

²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados., párr. 112 y 113.

²⁶ Declaración y Programa de Acción de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, párr. 30 y 38. Resolución de la Comisión de Derechos

Estados a la hora de tomar postura acerca de la inmigración ilegal, existiendo un vacío que ha permitido la criminalización de la situación irregular de millones de migrantes en muchos países²⁷.

Existe legislación latinoamericana, nacional y diplomática, para la repatriación de menores a sus países de origen o a donde se encuentren sus padres con el fin de recuperar la unidad familiar, pero es inexistente la conducida a los casos donde los padres son quienes se encuentran en los países destino y sus hijos quienes quieren inmigrar para reunirse con ellos. Esto constituye un vacío aprovechado por la trata de menores. Situación aun más grave cuando los padres se encuentran en situación irregular y no pueden acudir a las autoridades, por lo cual recurren a las redes de tráfico de personas.

2. DERECHO INTERNACIONAL APLICABLE: OBLIGACIONES MÍNIMAS DE LOS ESTADOS EN EL CASO DE MENORES MIGRANTES

La Observación General No. 6, en su párrafo 15 y en apoyo al artículo 41 apartado b de la Convención sobre los Derechos del Niño, hace un llamado a los Estados Parte para la ratificación e implementación interna de tratados internacionales, un *corpus iuris internacional*²⁸, que complementan la protección dirigida, en el caso particular, a los menores separados y los no acompañados.

Humanos sobre el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, 2001/5, Párr. 8 a 10.

²⁷ A/HRC/7/12, Op. Cit., Párr. 15.

²⁸ Para la Comisión, este *corpus iuris internacional* está integrado por: “los dos Protocolos Facultativos de la Convención sobre los Derechos del Niño (sobre la participación de los niños en los conflictos armados y sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía), la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CAT), la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial contra la mujer, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (en lo sucesivo “la Convención de 1951 sobre los Refugiados”) y el Protocolo sobre el estatuto de los refugiados, la Convención para reducir los casos de apatridia, la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, el Convenio de La Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, el Convenio de La Haya relativo a la competencia, la ley aplicable y el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, el Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) de 8 de junio de 1977, el Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y relativo a la protección de las víctimas de conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) de 8 de junio de 1997.” Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, CRC/GC/2005/6, 1° de septiembre de 2005, párr. 15.

Podría decirse que la disposición-fuente expresa de la protección de los NNA migrantes, sin que dicha norma sólo cubija a los menores en dicha situación, es el artículo 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que obliga a los Estados a brindar protección, atención y cuidados especiales. Expresamente, este artículo establece que las medidas se tomarán de conformidad con la legislación interna, pero es claro también que bajo una óptica conjunta y universal, y en particular con los artículos 4 y 22 de la Convención, estas medidas deben tener como fin la garantía de los mínimos vitales protegidos por la normatividad internacional y para lo cual los Estados pueden contar con la cooperación internacional tanto de otros Estados como por parte de la ONU y demás organismos internacionales y no gubernamentales, lo que a la par se traduce en la prohibición de los Estados de alegar la situación interna para enajenarse de los mandatos contraídos, principio proveniente de la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados (1969), en su art. 27, y respaldado por la jurisprudencia del Sistema Interamericano²⁹, por lo que las autoridades judiciales nacionales no sólo están sujetas a las normas internas, sino también a la aplicación e interpretación del derecho internacional, lo que la Corte Interamericana ha llamado el “control de convencionalidad”³⁰.

Como se expresó en la Observación General No. 5³¹, los Estados Parte están en la obligación de implementar las disposiciones de la Convención en la legislación interna y que, en caso de contrariedad, prima la convencionalidad, por lo cual los Estados deben tomar las medidas para dejar sin efectos las normas internas contradictorias³². Así es revalidado en el artículo 2 de la Observación 6, el cual estipula que las obligaciones convencionales del Estado cobijan a todos los menores dentro de la totalidad de su territorio, sin excepción e independientemente de su nacionalidad y/o situación jurídica³³. No sólo se comprenden las obligaciones de respeto (obligación negativa) sino que comprende las medidas positivas tendientes a brindar los mínimos vitales a los menores, responsabilidad que ya le es propia a los Estados respecto a los menores

²⁹ Corte Interamericana Derechos Humanos, Caso Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Párr. 177. Corte IDH, Caso Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. voto razonado del Juez Antônio A. Cançado Trindade, párr. 22.

³⁰ CorteIDH, Caso Gomes Lund y Otros, Op. Cit., párr. 176.

³¹ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 8 sobre Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 22 y párrafo 6 del artículo 44). CRC/GC/2003/5, 27 de noviembre de 2003.

³² CorteIDH, Caso Gomes Lund y Otros, Op. Cit., párr. 173.

³³ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 16. Convención Internacional sobre los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias, artículo 24. A/HRC/7/12, Op Cit., Párr. 14 y 60.

nacionales. Entre estas medidas positivas están la localización, identificación y atención, en salvaguarda del interés superior del niño³⁴ y la unidad familiar.

El principio de igualdad y no discriminación han adquirido el alcance de *ius cogens*, es decir, que ningún precepto, práctica o cualquier actuación del poder del Estado, *de jure* o *de facto*, que sea contraria a dichos principios es válida. Dicha prohibición cobija todo el ordenamiento internacional y se extiende incluso respecto a particulares. Como consecuencia, es inaceptable cualquier disposición o práctica que constituya discriminación sobre una persona o un grupo de personas por cualquier motivo y que implique el riesgo o vulneración de los derechos humanos. De lo anterior se desprende que sólo se acepta como excepción el trato diferenciado que tenga como objetivo remediar cualquier situación de desventaja o vulnerabilidad que pueda sufrir una persona³⁵. Consideramos que dichas condiciones deben cumplirse también en las medidas judiciales y legislativas, acorde con el artículo 3 de la Convención, sobre el interés superior del niño.

La Corte Interamericana ha aclarado que la situación de irregularidad en la que pueda estar una persona migrante dentro de otro Estado está cobijada por el alcance del principio de igualdad y no discriminación³⁶, lo que implica que los Estados deben abstenerse de tomar medidas o acciones que constituyan discriminación contra estas personas y, por el contrario, se deben tomar medidas positivas que erradiquen la vulnerabilidad en la que se encuentran³⁷, inmanente por el hecho de estar en un país que no es el de origen, pero agravado tanto por su condición de menor, en el caso de los NNA migrantes³⁸, como por la falta de acceso inmediato a derechos que normalmente le son garantizados a los nacionales, además de posibles reacciones agresivas por su condición de extranjero y demás condiciones sociales que fomentan la xenofobia y el racismo³⁹ “... *que dificultan la integración de los migrantes a la sociedad y llevan la impunidad de las violaciones de derechos humanos cometidas en su contra*”⁴⁰ un cuadro que, si se acompaña de un Estado permisivo, inoperante e, incluso, xenófobo, se constituye en la existencia de una discriminación estructural contra los migrantes.

³⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño., párr. 56.

³⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos., Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005., párr. 141.

³⁶ CorteIDH, Caso de las Niñas Yean y Bosico, Op. Cit., párr. 155.

³⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal., párr. 119. Olea, Helena. Op. Cit.. Pág. 89.

³⁸ CorteIDH, Caso de las Niñas Yean y Bosico, Op. Cit., párr. 166.

³⁹ Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución A/RES/54/166 sobre “Protección de los migrantes” de 24 de febrero de 2000.

⁴⁰ CorteIDH, OC-18/03, Op. Cit., párr. 113.

Medidas urgentes por tomar al momento del contacto con el NNA migrante

En la Observación General No. 6, el Comité de los Derechos del Niño enuncia las medidas de mayor trascendencia a implementar por las autoridades migratorias que tengan contacto con el menor migrante, las cuales se constituirán en la primera atención brindada y el comienzo de la determinación de los derechos del menor. A continuación se enuncian las más importantes⁴¹:

- Los mecanismos de identificación⁴² del menor deben implementarse en la fase inicial, es decir, tan pronto se conozca la condición del menor, bajo la aplicación del artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño.
- Estos mecanismos deben incluir criterios tanto científicos como psicológicos, y deben aplicarse respetando la dignidad del menor y bajo el beneficio de la duda.
- Debe estar acompañada de una entrevista adecuada a las condiciones del menor y realizada por profesionales competentes y entrenados, con el fin de reunir los datos y antecedentes personales posibles y tendientes a una solución pronta de su situación. Sumándose a esta información, es indispensable determinar las razones por las cuales se encuentre separado o no acompañado. Agregamos que es necesario obtener dicha información directamente del menor si éste conoce las razones que han desembocado en su irregularidad o en la de sus padres así como condiciones particulares que conlleven mayor vulnerabilidad, ya sean condiciones físicas, psicológicas, económicas y demás, especialmente si éstas se encuentran dentro de las causales para brindarles la protección especial propia de la condición de refugiado o de asilado. Frente a este aspecto se pronuncia el Comité, invocando la obligación especial de la creación de un sistema operativo en materia de asilo.
- A la identificación se ha añadido el nombramiento de tutores, y de representantes legales cuando sea el caso, que lo represente en su beneficio en todas las medidas que lleguen a incidir en sus derechos en particular, además de las condiciones que deben reunir como profesionales en el tratamiento de estos casos y el trato humano.
- Se recuerda que los mínimos de un debido proceso también se hace extensiva a este tipo de procedimientos, incluyendo la asistencia consular y la de un intérprete en todas las etapas del procedimiento, sea para definir su permanencia en el territorio del Estado destino o sea para la implementación de medidas de protección.

⁴¹Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 6, Op. Cit.

⁴² UNICEF. Guidelines on the Protection of Child Victims of Trafficking, New York, 2006, Guideline 3.

- Luego de la identificación, el menor debe ser conducido ante la autoridad competente para que estudie el caso y aplique las medidas de protección necesarias y urgentes para salvaguardar el interés superior del menor⁴³.
- La situación del menor debe registrarse y documentarse⁴⁴.
- En casos de masiva llegada de personas en busca de refugio o asilo, el Comité propone el reconocimiento de dicha situación como presunción mientras se comprueba dicha condición. En estos casos, los menores separados o no acompañados deberán ser tratados como iguales y, a la vez, garantizando el interés superior del menor.
- Dentro de las causas de persecución recurrentes por las que migrantes llegan a Estados destino solicitando refugio se encuentran la persecución por razones de parentesco, el reclutamiento de menores en las fuerzas armadas, el trato de menores con fines de prostitución, la explotación sexual de los menores o la mutilación genital de las mujeres, todas estas situaciones que afectan en mayor medida a los menores, lo cual justifica la creación y aplicación de medidas con un enfoque diferenciado frente a los menores y a la violencia de género.

Medidas alternativas a la privación de la libertad y la detención como última ratio

La detención de los NNA migrantes debe ser la última ratio⁴⁵, la cual, en caso de proceder, debe ser temporal y por el tiempo máximo necesario para efectos del proceso y salvaguardando el respeto de los derechos del NNA⁴⁶. La Unicef, al pronunciarse sobre la Observación General No. 6, refuerza el principio de prohibición de detención de niños por razones de índole migratoria. Frente a los niños migrantes separados o no acompañados, este principio es regla general. Cuando sea

⁴³ UNICEF. Guidelines on the Protection of Child Victims of Trafficking. Guideline 4.

⁴⁴ UNICEF. Guidelines on the Protection of Child Victims of Trafficking. Guideline 5.

⁴⁵ Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 40/33 de 28 de noviembre de 1985, “Reglas de Beijing”, Regla 13.1 y 19. Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad, adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 45/110 de 14 de Diciembre de 1990, “Reglas de Tokio”, Regla 6. A/HRC/7/12, Op. Cit., Párr. 65. Informe del Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria, A/HRC/7/4, 10 de enero de 2008. Párr. 51.

⁴⁶ Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, Art. 37. Reglas de Tokio, Regla 6.2.

necesario, no basta justificar la medida en su condición de inmigrante. Se debe prever la posibilidad de aplicar otras medidas de monitoreo en sustitución a la privación de la libertad⁴⁷.

Como avance contra la criminalización de la condición de migrante irregular⁴⁸, la detención como medida dentro del proceso migratorio no debe ser entendida como medida de carácter penal, por mucho debe ser de naturaleza administrativa⁴⁹, sin olvidar que el debido proceso y las garantías procesales también se extienden a este tipo de procesos, así como a todos los que se pronuncien sobre el respeto y garantía de derechos humanos. Tanto la Asamblea General de la ONU como la Relatoría Especial sobre los derechos humanos de los migrantes han propuesto desde 2003 la progresiva abolición de la privación de la libertad en los procesos migratorios⁵⁰.

Siendo reforzada en el caso de NNA la detención como una medida a evitar y la obligación estatal de crear mecanismos alternativos, debe contemplarse la opción de aplicar medidas diferentes a la privación de libertad en todos los casos a familias migrantes⁵¹. El Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria se ha pronunciado en contra de la detención de los menores no acompañados⁵². Dicha posibilidad debería considerarse para todos los casos de NNA migrantes.

La eventual deportación de NNA, y cualquier medida que respete sobre el menor, debe ser producto de la primacía del interés superior del niño y no la imposición de una sanción. Para la determinación de la medida, debe garantizarse el debido proceso del menor en la regulación de los procesos de cualquier naturaleza⁵³ que puedan afectarle⁵⁴, en función a su edad y su madurez, incluido el derecho a ser oído⁵⁵, mucho más ante la determinación de la repatriación y sus derechos a la unidad familiar y al interés superior. (“Niño primero, migrante segundo”⁵⁶). Estas garantías deben ser extendidas a las personas que los lleguen a representar y respecto de las personas de quienes estén bajo tutela. Aunque la Corte Interamericana ha hecho el llamado a

⁴⁷ Directrices del ACNUR sobre los criterios y estándares aplicables con respecto a la detención de solicitantes de asilo, febrero de 1999, Directriz 3. Reglas de Beijing, Regla 13. 2.

⁴⁸ Informe de la relatora especial de la ONU sobre los derechos humanos de los migrantes, E/CN.4/2003/85, 30 de diciembre de 1985, Párr. 73.

⁴⁹ E/CN.4/2003/85, Op. Cit., párr. 43 y 73.

⁵⁰ Asamblea General de la ONU, Resolución A/RES/59/194 sobre Protección de los migrantes, 18 de marzo de 2005, Párr. 12. E/CN.4/2003/85, Op. Cit., Párr. 74.

⁵¹ Convención sobre los Derechos del Niño, Art. 37.c y 40. 3. B. Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, Resolución 2002/23 sobre Protección Internacional de los Refugiados, 2002, Párr. 4. Reglas de Beijing, Regla 13. 2. A/HRC/7/4, Pág. 2 y Párr. 54. CortelDH, OC- 17/02, párr. 119 y 135.

⁵² Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria relativo a su visita al Reino Unido sobre la cuestión de los inmigrantes y solicitantes de asilo, E/CN.4/1999/63/Add.3, Párr. 37.

⁵³ CortelDH, OC- 17/02, párr. 117.

⁵⁴ *Ibid.*, párr. 94 y 95.

⁵⁵ Convención sobre los Derechos del Niño, art. 12 y 13. CortelDH, OC-17/02, párr. 93.

⁵⁶ UNICEF – Universidad de Lanús (Centro de Derechos Humanos), Estudio sobre los Estándares Jurídicos Básicos aplicables a Niños y Niñas Migrantes en situación migratoria irregular en América Latina y el Caribe, ISBN: 978-92-806-4533-0, febrero de 2009, pág. 51.

implementar medidas que reduzcan o eliminen la desigualdad real que pueda existir en el debido proceso frente a los menores⁵⁷, debe reiterarse que, aunque sea una obligación de medio la de garantizar el debido proceso, dentro del alcance de esta obligación está la de garantizar este derecho en la normatividad legal y que dicha legislación debe ser adecuada y efectiva, acorde con los mandatos de los artículos 1.1 y 2 de la CADH, así que los Estados deben no sólo reducir sino eliminar las condiciones de desigualdad⁵⁸, particularmente de los menores.

Derechos consulares como parte del debido proceso

Como ya se ha tratado el tema en la Opinión Consultiva 16 de 1999 de la Corte Interamericana, el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (1963) estipula que los funcionarios consulares del Estado emisor tienen la obligación de comunicarse y visitar a los nacionales de dicho Estado, lo que implica que los nacionales que se encuentren en el Estado receptor deben gozar de la libertad de comunicarse con los agentes consulares del país de origen⁵⁹. En esta misma opinión se definen los derechos a la información, comunicación y asistencia consular, que tienen como fuente la Convención de Viena ya aludida. En el artículo 5 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares se desarrolla el derecho a la asistencia consular como mínimo para que los funcionarios puedan cumplir sus funciones y, especialmente, dichas labores implican la garantía del derecho al debido proceso, asesoría legal y asistencia al extranjero detenido⁶⁰.

Debe recordarse a los Estados que, en cuanto al derecho a la comunicación consular, ésta no depende de la solicitud del Estado emisor y que el Estado receptor está en la obligación de dar aviso de los derechos consulares al detenido a la asistencia, así como realizar sin dilación la notificación a los funcionarios consulares⁶¹. El objetivo que tiene esta notificación es que, cuando así lo permite el detenido, los funcionarios consulares se cercioren de las condiciones de detención y, además, puedan brindar la asistencia jurídica necesaria para una defensa eficaz⁶². Por tal motivo, la notificación debe ser al momento de la privación de la libertad y antes que se

⁵⁷ CorteIDH, OC- 17/02, párr. 97. CorteIDH, OC-16/99, párr. 47.

⁵⁸ CorteIDH, OC-18/03, párr. 104.

⁵⁹ CorteIDH, OC- 16/99, Párr. 77 y 78. Convención Internacional sobre los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias, Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990, Arts. 16.7 y 23.

⁶⁰ CorteIDH, OC- 16/99, Párr. 80 y 86. Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 59/194 sobre Protección de los Migrantes, A/59/503/Add.2 del 18 de marzo de 2005, Párr. 6.

⁶¹ CorteIDH, OC- 16/99, párr. 89.

⁶² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe de Fondo N° 52/02, Petición 11.753, Ramón Martínez Villareal Vs. Estados Unidos, 10 de octubre de 2002, Párr. 84.

desarrolle cualquier declaración o confesión antes las autoridades. Con esto se garantiza el *effet utile* de los derechos consulares⁶³.

En esta opinión consultiva, la Corte estudia el caso en el cual al Estado receptor le sea difícil establecer la nacionalidad del detenido, lo cual también hace más difícil la garantía plena de sus derechos consulares, empezando por la notificación. La Corte determinó que el Estado que recibe está en la obligación de contar con las medidas necesarias para la identificación del detenido, medidas que deben ser implementadas desde el control migratorio. Ahora, también contempla la situación en la que sea el mismo detenido quien imposibilite la identificación. En consonancia con el hecho que siendo el detenido la única persona que puede, expresamente, rechazar los derechos consulares, existe la presunción que el Estado receptor tiene la carga de la identificación, situación que puede variar en cada caso particular⁶⁴. No debe ignorarse la posibilidad que el migrante vea como un riesgo que los funcionarios consulares de su Estado de origen conozcan de su paradero y situación, hecho más notorio en los casos de posible asilo o refugio⁶⁵.

En conclusión, recae en el Estado destino la obligación de contar con los mecanismos de identificación de extranjeros desde los controles migratorios, lo cual facilita el seguimiento de la situación de éstos, las circunstancias por las cuales entra al país y la asistencia que se pueda brindar. Incluso, en los casos donde no vaya en contravía del interés superior del menor y mientras se garantice la libertad de expresión, es menester la colaboración bilateral con el Estado origen. Se recalca que la misión de estas medidas no debe ser desde una óptica de seguridad nacional ni de política pública contra el crimen, sino la del respeto y garantía de los derechos de los migrantes, en particular de los NNA, la asistencia y la protección del interés superior del menor, lo cual puede redundar en eficiencia del fenómeno migratorio y combatividad a delitos transnacionales como la trata de personas y la esclavitud sexual.

El alcance de los derechos a la notificación, comunicación y asistencia consulares debe ser extensivo no sólo a la detención que hagan parte de procedimientos penales, sino a cualquier tipo de privación de la libertad⁶⁶. Las garantías del debido proceso se extienden a los procesos migratorios⁶⁷, incluso en los sistemas de control de ingreso y salida de migrantes. Estando los migrantes en clara desventaja frente a sus garantías procesales y el debido proceso, los derechos consulares en caso de privación de la libertad constituyen elementos adicionales obligatorios en las garantías mínimas de debido proceso que debe gozar toda persona y se convierten en un

⁶³ CorteIDH, OC- 16/99, párr. 102 y 106.

⁶⁴ UNICEF. Guidelines on the Protection of Child Victims of Trafficking. Guideline 8.

⁶⁵ CorteIDH, OC- 16/99, párr. 93 a 97.

⁶⁶ *Ibíd*, párr. 101.

⁶⁷ CorteIDH, OC-18/03, párr. 121 a 125. A/HRC/7/12, Párr. 43.

medio para una defensa eficaz⁶⁸. El hecho que la notificación, asistencia y comunicación consular, y en general las disposiciones establecidas en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, no son sólo disposiciones interestatales sino que implican y constituyen derechos humanos ha adquirido fuerza de *corpus juris internacional*⁶⁹, fuerza de la que también goza la protección de los derechos del niño⁷⁰, lo cual refuerza las medidas especiales que deben tomar los Estados cuando sean NNA quienes vean comprometidos sus derechos en procesos de cualquier naturaleza.

Condiciones de la medida excepcional de la detención

De ser necesaria la detención, los procesos en los que se adelanten se llevarán a cabo bajo los principio de especialidad⁷¹ y bienestar⁷², dándose prioridad en la investigación y juicio⁷³. Además, se deben recoger todas las condiciones para que no sea considerada una detención arbitraria, empezando por tener fuente expresa en la legislación y cumplir los procedimientos mínimos para garantizar el debido proceso, desde el momento de la detención y por todo el proceso, que incluyen la notificación de la medida, el derecho a la comunicación con los familiares, representantes y funcionarios consulares, comparecimiento ante un juez competente, la proporcionalidad en la detención y su duración, la permanencia en un sitio de detención que reúna las mínimas condiciones para la permanencia y demás⁷⁴. A esto debe sumarse la existencia de un control judicial de supervisión expedito y periódico sobre la necesidad de la medida, además de recursos que permitan solicitar dicha revisión, lo cual incluye las garantías del contradictorio y el derecho a la defensa⁷⁵.

La obligación por parte de los Estados receptores de brindar las condiciones mínimas necesarias para el respeto y garantía de los derechos de los menores migrantes que lleguen a ser detenidos, aparte del sólo hecho de ser menores, se refuerza con la posición especial de garante en que se

⁶⁸ CorteIDH, OC- 16/99, párr. 118 a 124. También en el voto concurrente del Juez Antônio A. Cançado Trindade, párr. 23 y el voto concurrente del Juez Sergio García Ramírez, pág. 2.

⁶⁹ *Ibíd.*, voto concurrente del Juez Antônio A. Cançado Trindade, párr. 27 a 29.

⁷⁰ CorteIDH, OC- 17/02, párr. 24.

⁷¹ Reglas de Beijing, Art. 3, 12 y 22.

⁷² *Ibíd.*, Art. 5.

⁷³ *Ibíd.*, Art. 20.

⁷⁴ Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Deliberación N° 5, E/CN.4/2000/4, Anexo II, 2000.

⁷⁵ Reglas de Tokio, Reglas 3.5 y 3.6. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe de Admisibilidad y Fondo N° 51/01, Caso 9.903, Rafael Ferrer-Mazorra Vs. Estados Unidos, Párr. 212 y 213.

encuentra cualquier Estado, a través de las autoridades carcelarias, por ejercer un control directo sobre las personas privadas de la libertad⁷⁶.

La detención debe cumplirse de manera separada con personas privadas de la libertad en procesos de carácter penal⁷⁷, además de la detención separada entre menores y adultos⁷⁸, así como entre mujeres y hombres⁷⁹. Contarán con todo tipo de asistencia, cuidado y protección, de carácter social, médico, psicológico, educacional y físico no sólo si se encuentran detenidos, sino durante la duración la totalidad del proceso⁸⁰. El NNA migrante no debe ser puesto en aislamiento⁸¹, debe protegerse el derecho de comunicarse con sus familiares⁸² y debe ser protegido de cualquier acto de violencia.

En el caso de NNA migrantes en condiciones para solicitar asilo o refugio, se insiste que la detención sólo puede contemplarse con el objetivo de realizar las investigaciones de rigor y cumplir con los siguientes fines⁸³:

- Verificación de la identidad.
- Determinación de las razones para el reconocimiento de la calidad de refugiado o asilado.
- Si hay una mala fe al no contar con los documentos de identidad o portar falsos.
- Protección de la seguridad nacional o el orden público, sólo si hay antecedentes personales que concluyan en la necesidad de la detención.

⁷⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Instituto de Reeducción del Menor Vs. Paraguay, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 2 de septiembre de 2004, párr. 152 a 159.

⁷⁷ Reglas de Tokio, Regla 17. Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, Art. 17.3.

⁷⁸ Reglas de Beijing, Regla 13.4.

⁷⁹ A/HRC/7/4, Pág. 2.

⁸⁰ Reglas de Beijing, Regla 13.5. E/CN.4/2003/85, Párr. 75. a). Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Párr. 57. OEA - Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes, Migraciones de Niñas, Niños y Adolescentes bajo el enfoque de Derechos, pág. 7.

⁸¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Suárez Rosero vs. Ecuador. Sentencia de 12 de noviembre de 1997, Párr. 91.

⁸² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri v. Perú, Sentencia de 8 de julio de 2004, párr. 93. También están Caso Bulacio vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 18 de Septiembre de 2003, párr. 130, Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. el Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de marzo de 2005, párr. 62, y Caso Tibi vs. Ecuador. Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Párr.201-205.

⁸³ Conclusión del Comité Ejecutivo del ACNUR N° 44 (XXXVII), Detención de los refugiados y de las personas que buscan asilo, 1986, Párrafo b

La propuesta es que estos fines sean extendidos a todos los casos de los NNA migrantes, sin la espera de la solicitud de asilo o refugio por parte del interesado, es decir, de oficio. En otras palabras, se propone que los casos de NNA migrantes sean estudiados bajo perspectiva de casos de asilo o refugio, con las consecuencias que esto implica.

Los menores tienen el derecho de impugnar las decisiones, contando con un recurso efectivo, rápido y sencillo⁸⁴, incluso los recursos de *habeas corpus* y amparo⁸⁵, además de los de doble instancia⁸⁶. En este punto debe recordarse lo reiterado por la CorteIDH sobre las condiciones que deben reunir los recursos en la jurisdicción interna para cumplir la convencionalidad, como son la disponibilidad, legalidad, idoneidad y efectividad.

Principio de Non Refoulment: ausencia de condiciones de vida digna

El principio de no devolución se encuentra consagrado en el art. 22.8 de la CADH, artículo 13 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, el artículo 33 de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados y en el artículo 3 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes. En estas legislaciones se ha prohibido la devolución cuando en el país de origen existan riesgos de violación de los derechos a la vida y a la libertad a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social u opiniones políticas. Pero, en la Observación General No.6, el Comité de los Derechos del Niño incluye elementos determinantes para condiciones de vida digna, como es la seguridad alimentaria y sanitaria, situación reforzada en casos de conflicto armado, donde los menores pueden ser víctimas de, entre otras, reclutamiento forzoso y explotación sexual⁸⁷. Los Estados destinatarios deben estudiar estas condiciones y, en dicho proceso, garantizar el derecho del menor a ser oído. Cada caso debe observarse particularmente, primando el interés superior del niño⁸⁸. El alcance del *non-refoulment* debe ser ampliado a los controles migratorios cuando la deportación sucede incluso en el momento en que el migrante entra al país destino, no sólo cuando es detenido dentro del territorio, ya que a la larga se genera el mismo efecto si no se garantiza el debido proceso y estos

⁸⁴ Convención sobre los Derechos del Niño, Art. 37. CorteIDH, OC-18/07, párr. 107. A/HRC/7/12, Párr. 43. Comité de Derechos Humanos, Observación General Nº 8 relativa al derecho a la libertad y a la seguridad personales (artículo 9 del PIDCP), 1982, Párr. 1.

⁸⁵ CorteIDH, OC- 17/02, párr. 122. También en la Opinión Consultiva OC-8/87, 30 de enero de 1987, El Habeas Corpus bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), párr. 34.

⁸⁶ Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 8.2.h. CDN, Art. 40.b. inciso v. CorteIDH, OC-17/02, párr. 121.

⁸⁷ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 6, párr. 27.

⁸⁸ CorteIDH, OC- 17/02, párrs. 60 y 61.

controles concluyen generalmente en la expulsión automática⁸⁹. En vista que las autoridades del Estado receptor están en la obligación y capacidad de conocer las circunstancias bajo las cuales el menor llega a su territorio, y la misma capacidad que tiene el Estado como tal de conocer el riesgo real e inminente que puede padecer el migrante si llega a ser deportado, una medida como ésta más la eventual vulneración de sus derechos como consecuencia de la expulsión, implican la responsabilidad internacional del Estado que deporta⁹⁰, como producto de la posición de garante que ejercía ante una situación de riesgo razonable⁹¹.

Derecho a la unidad familiar y la reunificación familiar

La familia es el entorno natural en el que se desenvuelven los derechos de los menores, además del vínculo afectivo en su desarrollo. El Estado debe apoyar a la familia en su función natural de brindar protección a sus derechos⁹². Bajo los principios de la unidad familiar y el interés superior del niño, los Estados Parte deben tomar las medidas necesarias para la reunificación familiar cuando les es solicitado la entrada o salida de su territorio⁹³, siendo una prioridad en la búsqueda de una solución duradera⁹⁴ y respetándose que, en principio, está prohibida cualquier injerencia arbitraria o ilegal en la familia⁹⁵.

La Convención sobre los Derechos del Niño ha claramente fijado unos principios que deben ser observados y aplicados cuando se considere la separación del menor de su familia⁹⁶:

- Legalidad.

⁸⁹ Katharine Derderian y Liesbeth Schockaert. Op. Cit. Pág. 112.

⁹⁰ Olea, Helena. Op. Cit. Pág. 22 sobre el caso de los haitianos deportados por las autoridades de Estados Unidos bajo la aplicación del Programa de Intercepción: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe de Fondo No. 51/96, Caso 10.675, Personas Haitianas -Haitian Boat People-(Estados Unidos), 13 de marzo de 1997.

⁹¹ CorteIDH, Caso Masacre de Pueblo Bello, Op. Cit., párr. 123.

⁹² CorteIDH, OC-17/02, Párr. 53, 66, 67 y 88. En la Directriz de Riad No. 13. artículos 16.3 de la Declaración Universal, VI de la Declaración Americana, 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 17.1 de la Convención Americana. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Gelman vs. Uruguay. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Párr. 125.

⁹³ Convención de los Derechos del Niño, Art. 10, complementando el Art. 9.

⁹⁴ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 6, Párr. 79 y 80.

⁹⁵ Declaración Universal de los Derechos Humanos, Artículos 12.1; Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, art. V; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 17; Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 11.2 y Convención Europea de Derechos Humanos, Art. 8. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de noviembre de 2009., párr. 188 y 190. También OC-17/02, Párr. 71.

⁹⁶ Convención sobre los Derechos del Niño, Art. 9.

- Garantías del debido proceso.
- Revisión de autoridad judicial. Intervención judicial.
- Necesidad.

Como se ha mencionado, el fin progresivo es la desaparición de la detención como medida aplicable al caso de NNA migrantes, sin importar la naturaleza del proceso, especialmente cuando implica la separación de la familia. Cualquier medida que implique la separación de la familia sólo puede justificarse si es en protección del interés superior⁹⁷ y debe ser temporal⁹⁸, obligación a la que debe estar sujetos tanto el Estado que envía como el Estado destino, para lo cual se recomienda el estudio de mecanismos como permisos o autorizaciones de permanencia o movilidad en y entre los Estados con el objetivo de preservar la unidad familiar.

La reunificación puede ser obtenida ya sea con la repatriación del menor o con su regularización y la posterior de su familia en el país destino, esta última aun más si las condiciones del Estado de origen no aconsejan que dicha reunificación se dé fuera de las fronteras del país receptor⁹⁹. Sea cual sea la decisión, dentro del proceso debe ser tomada en cuenta la opinión del menor, prevaleciendo su interés y evitándose cualquier decisión que implique o amenace la violación de sus derechos. En caso de haber separación, debe reunificarse tan pronto lo permitan las circunstancias¹⁰⁰.

Ahora, la reunificación familiar no necesariamente debe ser el resultado del proceso si dado el caso el regreso del menor al entorno familiar se constituye en un riesgo para sus derechos¹⁰¹. En este punto, la Directriz 14 de la Riad establece esta posibilidad, pero promulga que esta separación debe ser posterior a la comprobación de la ausencia de *“un ambiente familiar de estabilidad y bienestar, los intentos de la comunidad por ayudar a los padres en este aspecto hayan fracasado y la familia extensa no pueda ya cumplir esta función”*¹⁰². Dada esta situación, nace una nueva obligación para el Estado receptor¹⁰³, la cual es brindar una alternativa de colocación familiar dotado de un ambiente de estabilidad y bienestar, además de la oportunidad

⁹⁷ CorteIDH, OC- 17/02, párr. 73 y 77.

⁹⁸ *Ibíd*, párr. 77. CorteIDH, Caso Gelman Vs. Uruguay, Op. Cit. párr. 125.

⁹⁹ OEA - Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes, Op. Cit., pág. 10.

¹⁰⁰ Reglas de Beijing, Reglas 17, 18 y 46.

¹⁰¹ Convención sobre los Derechos del Niño, Art. 9.1.

¹⁰² Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad), adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 45/112 de 14 de diciembre de 1990, Directriz 14.

¹⁰³ Convención sobre los Derechos del Niño, Art. 20.1. y 20.2.

para el menor de generar una permanencia¹⁰⁴, garantizando que dicho servicio sea prestado por autoridades y funcionarios competentes, con personal adecuado e instalaciones suficientes¹⁰⁵.

3. PRINCIPIOS BÁSICOS PARA UNA POLÍTICA PÚBLICA PARA MENORES MIGRANTES

En los últimos años el enfoque de políticas públicas es uno de los más frecuentes en los discursos institucionales, espacios académicos y el activismo de derechos humanos, no obstante para cada uno de estos “actores sociales” (institucionalidad, academia y activistas) el significado de este enfoque es completamente distinto. Mientras los primeros ven este enfoque como un asunto de gobernabilidad o de aserción de las decisiones - unilateralmente tomadas - en función de la eficacia o el cálculo costo-beneficio¹⁰⁶; los segundos crean categorías - naturalmente teóricas - como: las fases¹⁰⁷, los actores¹⁰⁸, lo referencial¹⁰⁹, el análisis en sentido estricto¹¹⁰ y la legitimidad¹¹¹ para abarcar la complejidad de la realidad de las políticas públicas. Los terceros, por su parte, asumen las políticas públicas como una oportunidad de ejercicio del derecho de participación, que implica a su vez: el reconocimiento, el respeto, la garantía, la promoción y la protección¹¹² de los demás derechos por parte del Estado¹¹³.

No obstante, para efectos de la interpretación y aplicación que debe hacer la Corte Interamericana en la presente situación, las políticas públicas deben cobrar una significación estrechamente ligada

¹⁰⁴ Directrices de Riad, Directriz 14.

¹⁰⁵ CorteIDH, OC-17/02, párr. 78. Convención sobre los Derechos del Niño, art. 3.

¹⁰⁶ Bardach, Eugene. Los Ocho pasos para el análisis de políticas públicas: un manual para la práctica. CIDE. México. 2004. Pág. 61-66.

¹⁰⁷ Haciendo referencia a las tres fases clásicas de estudio de las políticas públicas de: formulación, implementación y evaluación.

¹⁰⁸ Knoepfel, Peter. Hacia un modelo de análisis de políticas públicas operativo. Un enfoque basado en los actores, sus recursos y las instituciones. En: Revista Ciencia Política 3 de la Universidad Nacional de Colombia Bogotá, Universidad Nacional. 2007.

¹⁰⁹ Muller, Pierre. Las Políticas Públicas. Cuarta Edición de la Universidad Javeriana. Bogotá 2000. Pág. 28.

¹¹⁰ Bardach, Eugene. Los Ocho pasos para el análisis de políticas públicas: un manual para la práctica. CIDE. México. 2004.

¹¹¹ Cejudo M, Guillermo (Octubre de 2008). “Discurso y Políticas Pública: Enfoque Constructivista”. CIDE Número 205. México. Disponible en: <http://www.cide.edu/publicaciones/status/dts/DTAP%20205.pdf>. Pág. 1-7.

¹¹² Curtis, Christian. Los Derechos Sociales como Derechos. Disponible en: <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/los-derechos-sociales-como-derechos-christian-curtis.pdf>. Pág.15.

¹¹³ Díaz, Elías. Estado de Derecho y Derechos Humanos, En: Constitución y Derechos Fundamentales. Universidad de Madrid. 2004.

a los derechos y garantías expresados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de tal manera que la política pública en su esencia sea manifestación de la garantía de los derechos humanos, y apunte a superar graves violaciones de los mismos.

En tal sentido, encontramos adecuada la definición de política pública elaborada por el profesor André-Noël Roth, quien desde una perspectiva democrática¹¹⁴, define las políticas públicas como: *“Un conjunto conformado por uno o varios objetivos colectivos considerados necesarios o deseables y por medios y acciones que son tratados, por lo menos parcialmente, por una institución u organización gubernamental con la finalidad de orientar el comportamiento de actores individuales o colectivos para modificar una situación percibida (problema socialmente construido) como insatisfactoria o problemática”¹¹⁵ .*

Donde es evidente que la política pública implica la participación en un plano de igualdad de los actores involucrados en el problema, así atendiendo al contexto anteriormente expuesto, es un ideal que los Estados receptores, los Estados emisores, las organizaciones de población migrante, las organizaciones de defensa de los derechos de los NNA, y los mismos NNA con capacidad de participación autónoma en función del principio de autonomía progresiva¹¹⁶ construyan la política, pues más allá de los acuerdos a que se lleguen, lo que debe tener mayor relieve es la construcción social del problema mediante la participación efectiva de estos actores, dado que esto permite el “empoderamiento” de los sujetos tradicionalmente discriminados, es decir, se les garantiza a estos sujetos de manera directa la superación de un contexto de discriminación estructural.

Más teniendo en cuenta que estos criterios no son ajenos a la Corte Interamericana, y que en su jurisprudencia más reciente¹¹⁷ ha creado un hito en términos de reparaciones, pues habidas cuentas ante el contexto de discriminación estructural no se puede plantear la restitución in integrum o reproducción de los modelos sociales discriminatorios y vulneratorios imperantes frente a los migrantes. Por tanto, debe recurrirse a una vocación transformadora o correctiva, que reconozca la condición de sujeto de derechos plena de los migrantes, sin que medien consideraciones de primacía de los intereses nacionales.

¹¹⁴ Preámbulo. Convención Americana sobre de Derechos Humanos. 1969.

¹¹⁵ Roth Deubel, André-Noël. Políticas Públicas, Formulación, Implementación y Evaluación. Ediciones Aurora. Bogotá, 2002. Pág. 27

Faúndez, Ledesma. Hector. El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica. 2004. Pág. 17.

¹¹⁶ CorteIDH, OC-17 de 2002, Párr. 100. Convención sobre los derechos de los Niños, ONU, 1989. Art.5.

¹¹⁷ Corte IDH, Caso Campo Algodonero vs. México, Sentencia 16 de noviembre de 2009. Párr. 450.

La Corte Interamericana ha dejado claro que el respeto y garantía del principio de igualdad y no discriminación no deben estar supeditados al logro de los objetivos de las políticas públicas, incluyendo las políticas destinadas a dar respuesta al fenómeno migratorio¹¹⁸. Dicho mandato debe ser claro al establecer que la condición legal en que se encuentren los extranjeros no debe ser razón para establecer un trato diferenciado, a menos que éste sea producto de un enfoque diferencial cuyo fin sea brindar una atención especial para contrarrestar la vulnerabilidad y el riesgo latente de los derechos de los migrantes, particularmente de los NNA migrantes¹¹⁹.

Es claro que los Estados tienen cierta libertad de tomar postura frente al fenómeno migratorio, pero dicha “soberanía” se encuentra limitada al respeto y garantía de los derechos humanos¹²⁰. Lo anterior se constituye en la causa fundamental para la necesidad de establecer una política pública integral de inclusión social por parte del Estado respecto de la entrada de migrantes indocumentados¹²¹. Las medidas que ha de tomar el Estado deben estar enfocadas en, primero, la atención a los migrantes y, luego, la definición de la situación legal, y no debe ser una política pública basada en la penalización de la entrada irregular al país¹²². Como lo ha dicho el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, un enfoque tal desborda el interés legítimo de los Estados de controlar y regular la migración irregular¹²³.

Las políticas públicas que tengan aplicación sobre los NNA migrantes no debe estar limitada a la respuesta a su situación legal dentro del Estado destino ni a la garantía de sus derechos procesales, sino también a la protección de sus libertades y derechos, incluyendo los DESC¹²⁴. Las medidas tendientes a la garantía de estos derechos deben contar con un enfoque especial, teniendo en cuenta, como se ha descrito al inicio del documento, las situaciones riesgosas por las que se ven amenazados los NNA migrantes, hablando tanto de las causas de la migración como lo sufrible durante ella, como son conflictos armados internacionales, desastres ambientales, trata de personas, esclavitud sexual, enfermedades, hambruna, entre otras¹²⁵.

Se recuerda que la legislación que puede ser aplicada a los casos de NNA migrantes no debe ser restringida a la norma especial, sino que debe aplicarse las disposiciones que protegen los derechos y libertades de todas las personas que habiten el territorio, sin distinción de su condición

¹¹⁸ CortelDH, OC-18/03, párr. 172.

¹¹⁹ CortelDH, OC-17/02, párr. 46.

¹²⁰ CIDH, Caso Rafael Ferrer-Mazorra, Op. Cit., Párr. 177 a 179.

¹²¹ OEA - Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes, Op. Cit., pág. 6.

¹²² A/HRC/7/12, Párr. 60.

¹²³ A/HRC/7/4, Párr 53.

¹²⁴ Relacionado: Convención sobre los Derechos del Niño, Art. 23.1. CortelDH, OC-17/02, párrs. 80, 81 y 88. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Villagrán Morales y otros (Niños de la Calle) vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999., párr. 144.

¹²⁵ CortelDH, OC-17/02, párr. 82.

legal¹²⁶ y con un enfoque diferencial de acuerdo a la nacionalidad, origen étnico, edad y género¹²⁷. Leyes migratorias, es decir con destinatarios específicos, podrían alimentar la distinción entre ciudadanos y no ciudadanos, con un riesgo latente y mayor tratándose de NNA. El mandato es la protección de los mínimos fundamentales para todos los NNA¹²⁸. Tratándose de mínimos fundamentales y de menores, no es consecuente una normatividad especial en caso de NNA migrantes, excepto en lo necesariamente requerido por las circunstancias adicionales de ser migrantes, para lo cual no es necesario una normatividad aparte, sino una complementaria (enfoque diferencial) a la general (NNA sin distinción), una óptica de garantía de derechos fundamentales de NNA no “sólo” por su condición de migrantes, sino desde políticas públicas de infancia¹²⁹ con medidas específicas destinadas a la protección de los derechos de los menores¹³⁰.

El Comité de los Derechos del Niño, en la Observación General No. 6, incluye una propuesta sobre las medidas que los Estados deben implementar en el caso de NNA migrantes. Por encima de esta propuesta, y dentro del análisis propio de este concepto, los pilares de estas medidas, que deben ser entendidas como una política pública especial, son: la creación de una política a largo plazo y permanente, la libertad de expresión de los NNA, su interés superior y la reunificación familiar como decisión final deseable¹³¹.

Interpreta el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, sobre el interés superior de éste y lo traslada al caso de los NNA migrantes. En los párrafos 20, 21 y 22 enuncia medidas particulares que deben tomar los Estados en consonancia con este principio, como son la identidad del menor a través de una evaluación amistosa y con las medidas de seguridad necesarias, estudio realizado por funcionarios profesionales competentes lo suficientemente preparados¹³²; así como también el nombramiento de tutores y de representantes legales si es el caso.

El Comité se ha pronunciado sobre la no detención de los menores migrantes no acompañados, ante lo cual los Estados deben contar con medidas alternativas al internamiento, respaldadas por políticas públicas que hagan viables y efectivas estas medidas alternativas¹³³. La Unicef ha

¹²⁶ Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución A/RES/54/166 sobre Protección de los migrantes de 24 de febrero de 2000.

¹²⁷ XVI Cumbre Iberoamericana, Compromiso de Montevideo sobre Migraciones y Desarrollo de los Jefes de Estado y de Gobierno de la Comunidad Iberoamericana, Montevideo, diciembre de 2006, pág. 25.g.

¹²⁸ Convención sobre los Derechos del Niño, Art. 2.

¹²⁹ UNICEF – Universidad de Lanús, Op. Cit., pág. 5.

¹³⁰ Ibíd. Pág. 8. OEA - Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes, Op. Cit., pág. 11.

¹³¹ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 6, párr. 79.

¹³² CorteIDH, OC-17/02, párr. 78. Convención sobre los Derechos del Niño, art. 3. Reglas de Tokio, Reglas 15 y 16.

¹³³ Informe del relator especial sobre los derechos humanos de los migrantes, A/HRC/11/7, 14 de mayo de 2009, párr. 60 a 62.

mencionado como alternativas “... el alojamiento en centros de protección social, no cerrados; el albergue de niños y niñas no acompañados en instituciones de atención social cuya finalidad sea su protección integral y la garantía de sus derechos fundamentales; la exigencia de una caución juratoria (compromiso jurado ante la autoridad competente); la fijación de medidas para asegurar la presencia de las personas migrantes (niños y niñas, en su caso, sus padres) en las diferentes etapas de los procesos (administrativos y judiciales) ligados a su ingreso y/o residencia en el país, como podría ser la presentación periódica en determinada institución pública; el nombramiento de un garante, etc.”¹³⁴ Sin embargo, en caso que la detención como medida excepcional sea necesaria, proporcional y justificada, debe ser con el objetivo de proteger y atender los derechos del menor¹³⁵ y debe incluir evaluaciones periódicas sobre la necesidad de la medida, las condiciones en las que se presenta¹³⁶ y ésta no debe extenderse más de lo justificablemente adecuado. De incumplirse lo anterior, la medida será arbitraria¹³⁷ y, en caso de desembocar luego en la expulsión del NNA migrante, ésta también será ilegal¹³⁸.

En todo caso, de acuerdo a lo anterior, un principio claro es que cada caso es único y debe ser estudiado para determinar las medidas a tomar¹³⁹, particularmente en caso de la ubicación del menor en un lugar determinado como medida temporal. La especificidad de las medidas debe estar comprendido en los principios fundantes de la política pública destinada a los NNA migrantes, sin el menoscabo de la universalidad del deber estatal.

Dentro de las medidas para la protección de la vida, la supervivencia y el desarrollo de los menores, la política pública frente a los NNA migrantes debe estar coordinada también con las políticas públicas destinadas a la lucha contra la trata de personas, la esclavitud sexual y los trabajos forzados, dentro de una lógica de enfrentamiento preventivo, sumándose unos claros postulados frente a la detención como medida excepcional y la aplicación de medidas no privativas de la libertad como regla general¹⁴⁰. Este derrotero es producto de una nueva visión y un cambio en la estrategia global en cambiar el etiquetamiento delictivo que ha pesado sobre el fenómeno migratorio.

¹³⁴ UNICEF – Universidad de Lanús, pág. 24.

¹³⁵ Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, Art. 17.1.

¹³⁶ Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, 1984, Art. 11.

¹³⁷ A contra Australia, Comunicación Nº 560/1993 del Comité de Derechos Humanos: Australia. 30/04/97. CCPR/C/59/D/560/1993, Párr. 9.2. C. contra Australia, Comunicación Nº 900/1999 del Comité de Derechos Humanos: Australia. 13/11/2002, CCPR/C/76/D/900/1999. Párr. 8.2.

¹³⁸ Conclusiones y Recomendaciones del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, E/CN.4/2004/3, 2004, Párr. 86.

¹³⁹ CorteIDH, OC- 17/02, párr. 60 y 61.

¹⁴⁰ Reglas de Tokio, Reglas 20 y 21.

Es más, al observarse el contenido del Protocolo de Palermo destinado a la prevención, represión y sanción de la trata de personas, especialmente mujeres y niños, se encuentra el mandato sobre los Estados para que se implementen mecanismos internos y regionales de cooperación para la lucha contra la trata de personas, que comprende políticas sociales, educativas y culturales para erradicar la trata de personas¹⁴¹, cooperación bilateral y multilateral para la identificación de traficantes de personas¹⁴² y la capacitación del personal necesario¹⁴³, particularmente el ubicado en las fronteras. De cumplirse con el contenido de este Protocolo, se puede desarrollar a la par con la atención tanto de las personas que son víctimas de la trata de personas como de los demás migrantes, incluyendo los que llegan sin intermediación al Estado destino. Siendo clara la obligación estatal de atender en lo necesario y acompañar a las víctimas de la trata, se debe extender estos mandatos a las personas migrantes, particularmente a los NNA, para que reciban la atención y se inicie el proceso destinado a garantizar sus derechos, insistimos, con una perspectiva no penal ni de combate a la migración, partiendo del hecho que, aunque parte de esta normatividad puede cobijar casos particulares de migrantes y han sido aplicados, esto ha sido insuficiente ante la falta de reconocimiento de derechos por la condición jurídica no reconocida del migrante¹⁴⁴.

Las anteriores medidas para el encuentro y atención de los NNA migrantes deben ir acompañadas con la asistencia destinada a conocer de la situación bajo las cuales el menor llega al Estado receptor. Bajo la aplicación del artículo 12 de la CDN, la libertad de expresión del menor debe ser garantizada en toda medida que decida sobre sus derechos. Dicho principio debe ser extendido a cualquier situación en la que se encuentre, v.gr. tanto si el menor es quien se encuentre en condición legal irregular en el Estado destino o si son sus padres quienes se hayan bajo proceso ya sea judicial o administrativo por su situación de irregularidad. La CDN agrega que, a la hora de garantizar dicho derecho, el menor debe ser proveído de la asistencia necesaria, siendo un factor determinante su edad, para que efectivamente sea escuchado. Para eso debe ser proveído de tutores profesionales competentes o demás funcionarios cuando sea del caso, siempre y cuando dicha asistencia sea de mayor beneficio.

El Comité, a partir de la Observación General No. 6, estableció el conducto que deben llevar los Estados como respuesta a la situación de los menores separados o no acompañados, la cual debería extenderse a los NNA abandonados en el Estado origen, lo que implica medidas efectivas por parte tanto del Estado de donde salieron los padres como del Estado destino, con miras a la reunificación familiar, siendo éste el fin último cuando es el interés superior del menor. Dichas

¹⁴¹ Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. “Protocolo de Palermo”, Art. 9.

¹⁴² Protocolo de Palermo, Art. 10. 1.

¹⁴³ Protocolo de Palermo, Art. 10. 2.

¹⁴⁴ A/HRC/7/12, Párr. 55.

medidas deben partir de una promulgación legal lejos de ser dubitativa, que no se limite a consagrar principios, además de ser eficaz¹⁴⁵.

El Comité determina criterios objetivos que redundan en las situaciones particulares frente a la determinación si el retorno del menor al país de origen es consecuente con el interés superior de éste. Dichos criterios comprenden¹⁴⁶ las circunstancias socioeconómicas que encontrará el menor al lugar que será deportado, la existencia de mecanismos para su atención, la opinión del menor y las personas que lo atienden, el nivel de integración que podría tener el menor, el derecho a la identidad, condiciones para su educación y sus creencias.

Como propuesta complementaria al principio de *non refoulement*, los Estados deben contemplar una política pública que incluya una legislación aplicable al momento en que se detecte el riesgo de violación de los derechos humanos si el NNA es deportado a su país, legislación que comprenda la actuación oficiosa de las autoridades estatales para estudiar la posibilidad de reconocer el estatus de refugiado, en concordancia con el art. 31.1. Se enfatiza en la actuación oficiosa, sin imponer la carga al NNA migrante de demostrar la amenaza sobre sus derechos que conllevaría la deportación, razones que implicarían el refugio. Una vez comprobada dicha situación, en concordancia con los mandatos internacionales¹⁴⁷, no debe aplicarse ningún tipo de detención contra el refugiado, para lo cual se debe contar también con acciones destinadas específicamente a brindar protección y asesoría al refugiado¹⁴⁸.

Por encima de todo, tanto la reunificación familiar como el retorno al país de origen deben ser totalmente condicionadas al interés superior de menor y producto de un estudio riguroso de la situación del menor, la familia y el contexto social en el cual residiría. Por tal razón, se incluye la opción de la permanencia del menor en el Estado destino, donde el menor debe gozar de todos los derechos en igualdad comparado con la de los menores nacionales del país de acogida, bajo el amparo de la normatividad general y de la especial en lo pertinente. Incluso, el Comité propone la figura del reasentamiento del menor en un tercer país¹⁴⁹, teniendo claro que, como las anteriores medidas, esté supeditada al bienestar del menor.

¹⁴⁵ Comité de Derechos Humanos, PIDCP, Artículo 2 - Aplicación del Pacto a nivel nacional, HRI/GEN/1/Rev.7 at 140 (1981). Párr. 1 y 2. CorteIDH, OC-18/03, párr. 171.

¹⁴⁶ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 6, Párr. 84.

¹⁴⁷ Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951), Art. 31.1. Directrices del ACNUR sobre los criterios y estándares aplicables con respecto a la detención de solicitantes de asilo (1999), Directriz 2.

¹⁴⁸ Convención sobre los Derechos del Niño, Art. 22. Directrices del ACNUR sobre los criterios y estándares aplicables con respecto a la detención de solicitantes de asilo, Directriz 6.

¹⁴⁹ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 6, Párr. 92.

CONCLUSIONES: PERSPECTIVA DE DERECHOS EN CONTRAPOSICIÓN A UN ETIQUETAMIENTO DE CRIMINALIDAD

El desarrollo normativo internacional se ha conducido poco a poco a la prohibición de la detención del menor migrante y, contrariamente, a la supremacía del interés superior dada su vulnerabilidad, por lo cual también se ha encaminado a obligar a los Estados a, más que a la concesión, al reconocimiento de sus derechos y, por lo tanto, a la predilección por medidas como el reconocimiento de la nacionalidad o, por lo menos, la residencia en el Estado destino, la prohibición de la repatriación si se constituye en una amenaza a su condición, la unidad familiar como resultado de los mecanismos que se llegaran a implementar con contadas excepciones, entre otros. Lo anterior es el reflejo de las crisis humanitarias que han desembocado el flujo migratorio, comprendiendo los factores causantes como los paralelos como la trata de personas, la explotación sexual y la esclavitud laboral.

Hace falta una mayor unificación en el estándar mínimo internacional que deben cumplir los Estados con el fin de promover y proteger los derechos de los NNA migrantes. En la última década se evidencia la producción e interpretación de normas, de *hard law* y *soft law*, que insisten en unos mínimo como los esbozados en el párrafo anterior, pero siendo ausente una convergencia en lo que podría ser, verbi gracia, un tratado internacional que consagren los derechos de los menores migrantes y los deberes de los Estados, así como ya existen en cuanto a la responsabilidad penal del menor, la trata de personas, entre otros.

Aunado a lo anterior, debe haber una mayor consolidación normativa en cuanto a las políticas públicas que se encarguen de la aplicación de las normas nacionales e internacionales que traten el tema. Se invita a los Estados a que implementen los mecanismos bilaterales que han sido creados con el fin de mantener un orden en sus fronteras, ahora con el objetivo de una mayor coordinación para brindar atención a los migrantes, especialmente los grupos vulnerables como los menores. Ahora, también es deber de los Estados estudiar cada caso particular para determinar las circunstancias bajo las cuales el menor abandona el país destino y si dicha razón es la amenaza o violación de sus derechos. Por eso, los mecanismos regionales y bilaterales deben primar el interés superior del menor, el derecho a la intimidad y a la libertad de expresión, conducentes a la protección de los demás derechos. Es decir, los mecanismos aludidos no deben servir de miedo para la persecución de los migrantes.

La población migrante constituye en una fuerza laboral primordial en los países con mayor desarrollo, mientras sus ingresos se han constituido en concepto valioso en la economía de los países emisores. Además, el derecho a la circulación y residencia, de la cual gozan todos los seres humanos, han creado un lazo más estrecho entre las distintas culturas, no sólo al interior de los

Estados sino entre ellos. Lo anterior se constituye en la transformación del concepto de ciudadanía clásico, desdibujando las fronteras y convirtiéndose en un elemento indispensable en el desarrollo de los pueblos. Estas son algunas de las razones importantes para abandonar la perspectiva de la migración como contravención de normas y la persecución del migrante, que no ha sido más que el inicio permitido de reacciones sociales discriminatorias y xenófobas, discursos que se convierten en fuente de mayores crisis humanitarias.