

Buenos Aires, 15 de noviembre de 2013
MERCOSUR/IPPDH/NOTA_SI_N° 205/13

Ref.: Alegato escrito solicitud de opinión consultiva sobre niñez migrante

**Al Señor Secretario de la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos
Pablo Saavedra Alessandri**

De mi mayor consideración:

Tengo el agrado de dirigirme a usted en mi carácter de Secretario Ejecutivo del Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR y en representación de los Estados de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, con relación a la solicitud de opinión consultiva sobre niñez migrante.

Por la presente los Estados solicitantes acompañan un escrito, consensuado y acordado por las cuatro delegaciones, que amplía los argumentos jurídicos sobre algunos de los nueve puntos de consulta de la solicitud, cumpliendo con los plazos previstos por la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos en ocasión de la audiencia pública que tuvo lugar los días 9 y 10 de octubre del corriente en el marco del 48° Período Extraordinario de Sesiones en la Ciudad de México.

Sin otro particular, aprovecho la oportunidad para saludarlo con mi mayor consideración,



Víctor Abramovich
Secretario Ejecutivo
-IPPDH-



INDICE

I. INTRODUCCIÓN.....	3
II. LA PROHIBICIÓN DE DETENCIÓN DE NIÑOS Y NIÑAS.....	3
A. El principio de no detención a la luz del corpus iuris y de la jurisprudencia internacional en materia de protección de derechos de las personas migrantes	3
B. La prohibición de detención a la luz del corpus iuris y de la jurisprudencia internacional en materia de protección de derechos del niño	7
C. La obligación del Estado de adoptar medidas alternativas a la privación de la libertad.....	12
III. EL PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN EN RELACIÓN CON LOS NIÑOS Y NIÑAS MIGRANTES	14
IV. DERECHO A LA VIDA FAMILIAR DE LOS NIÑOS Y NIÑAS EN CASOS DE DISPONERSE LA EXPULSIÓN DE LOS PADRES	19

ANEXO

- A. Modelos de procedimientos para identificar necesidades de protección internacional y potenciales situaciones de riesgo para los derechos de niños y niñas migrantes implementados en países de la región
 - 1. Protocolo para la protección, asistencia y búsqueda de soluciones duraderas para los niños no acompañados o separados de sus familias en busca de asilo de la República Argentina
 - 2. Procedimiento para la atención de niños, niñas y adolescentes no acompañados de México



I. INTRODUCCIÓN

El presente documento tiene por objetivo ampliar los argumentos de los Estados promotores de la solicitud de opinión consultiva sobre la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes expuestos oralmente en ocasión de la audiencia pública que tuvo lugar los días 9 y 10 de octubre del corriente en el marco del 48° Período Extraordinario de Sesiones de esta Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en la Ciudad de México DF.

Teniendo en cuenta la cantidad y variedad de preguntas que ha realizado la Corte IDH, decidimos avocarnos a dar respuesta solamente a aquellas cuestiones que han suscitado mayor debate jurídico y que entendemos pueden ser de mayor utilidad para la tarea que tiene por delante el Tribunal.

En este sentido, creemos que sería necesario brindarle al Tribunal herramientas que lo ayuden a responder la pregunta 1 relativa a los procedimientos de identificación de necesidades de protección para lo cual enviamos como anexo al presente documento dos modelos de protocolos y mecanismos que están siendo implementados en países de la región.

Igualmente, creemos conveniente profundizar la respuesta a la pregunta 3 de la solicitud sobre el principio de no detención, para lo cual ampliamos en este escrito los argumentos jurídicos que respalden el estándar de prohibición de la privación de la libertad de niños, niñas y adolescentes por motivos migratorios.

En la misma línea, presentamos una mayor fundamentación sobre el principio de no devolución y el derecho a la vida familiar (preguntas 7 y 9 de la solicitud), intentando brindarle a esta Corte IDH argumentos que puedan fortalecer una posición que tenga una especial consideración por las realidades del continente.

II. LA PROHIBICIÓN DE DETENCIÓN DE NIÑOS Y NIÑAS

A. El principio de no detención a la luz del corpus iuris y de la jurisprudencia internacional en materia de protección de derechos de las personas migrantes

La población migrante en general, y aquella indocumentada o en situación irregular en particular, ha sido identificado por distintos organismos internacionales de derechos humanos, entre ellos la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), como un grupo en situación de desigualdad estructural que, con las particularidades de los contextos históricos de cada Estado, sufre graves vulneraciones a sus derechos



fundamentales y diversas situaciones de discriminación y xenofobia.¹ En este sentido, la comunidad internacional ha reconocido la necesidad de que los Estados adopten medidas especiales para garantizar la protección de los derechos humanos de este grupo, así como han sido establecidos determinados límites jurídicos a la potestad de regular las políticas migratorias.²

Ahora bien, más allá de los claros avances en el reconocimiento de la persona migrante como sujeto de derecho, aún son recurrentes en la región la disposición de medidas de privación de la libertad como sanción frente al incumplimiento de las leyes de migración, al igual que su aplicación como medida cautelar en el marco de procedimientos en los cuales se dirime su situación migratoria.

Esto resulta en muchos casos paradójico, toda vez que la mayoría de las legislaciones de la región le otorgan a las infracciones a las leyes migratorias carácter administrativo, diferenciándolas así de las infracciones de naturaleza penal. Sin embargo, la entrada irregular al territorio de un país y la falta de regularización de la situación de residencia así como la comisión de un delito está dando lugar, en principio, a las mismas respuestas de tipo punitivo por parte del Estado.

Sobre este punto se han pronunciado los expertos de los Sistemas Universal e Interamericano de Protección de Derechos Humanos quienes conjuntamente afirmaron que "cruzar una frontera sin la documentación requerida o permanecer más allá del tiempo que autoriza un visado no es *per se* un crimen, sino a lo sumo, una infracción administrativa".³

Por su parte, el Comité de Naciones Unidas para la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares, al examinar disposiciones que establecen la privación de la libertad por infringir la regulación relativa al ingreso a un país, ha recomendado que, a fin de ajustar la legislación a la Convención y otros instrumentos internacionales, se debe eliminar "como delito penado con privación de libertad la entrada irregular de una persona [al] territorio [de otro Estado]".⁴

En la misma línea se pronunció el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de Naciones Unidas al señalar que "la penalización de la entrada irregular en un país supera el interés legítimo de los Estados en controlar y regular la inmigración irregular y puede

¹ Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218. Párr. 98

² *Ibidem*. Párr. 99

³ Declaración conjunta de Expertos de las Naciones Unidas, el Relator sobre los Derechos de los Migrantes de la CIDH y la Relatora Especial sobre los Refugiados, los Solicitantes de Asilo, los Desplazados Internos y los Migrantes de la CADH. "Los migrantes merecen pleno reconocimiento como sujetos de derecho" 18 de diciembre de 2012 En el Día Internacional del Migrante de las Naciones Unidas Esta declaración conjunta ha sido suscrita el 18 de diciembre de 2012, en el Día Internacional del Migrante.

⁴ Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, Observaciones Finales, México, CMW/C/MEX/CO/01, del 8 de diciembre de 2006. Párr. 15.



dar lugar a detenciones innecesarias"⁵; al igual que la Relatora de Naciones Unidas sobre los derechos humanos de los migrantes quien ha sostenido que "[l]a detención de los migrantes con motivo de su condición irregular no debería bajo ninguna circunstancia tener un carácter punitivo".⁶

Por su parte, la Corte IDH a través de su jurisprudencia contenciosa hizo también referencia a que la situación migratoria irregular de una persona extranjera no se encuentra relacionada con la comisión de un delito penal.⁷ Y al respecto expresó que "la finalidad de imponer una medida punitiva al migrante que reingresara de manera irregular al país tras una orden de deportación previa no constituye una finalidad legítima de acuerdo a la Convención" Así señaló "serán arbitrarias las políticas migratorias cuyo eje central es la detención obligatoria de los migrantes irregulares".⁸

Asimismo, la Relatoría sobre los Derechos de los Migrantes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos recuerda que el hecho de ingresar a un país incumpliendo los requisitos de ingreso constituye a lo sumo una falta administrativa. Y hace referencia a que el nuevo paradigma en materia de migración ajustado a los estándares internacionales de derechos humanos debe incluir la excepcionalidad de la detención y establecer como regla general programas de alternativas a la detención.⁹

Los Estados de la región también se han pronunciado sobre este tema, y en el ámbito iberoamericano ha habido un consenso en el sentido de que en tanto "migrar no es un delito [...] los Estados no desarrollarán políticas orientadas a criminalizar al migrante".¹⁰ Igualmente, a nivel sudamericano se ha decidido "rechazar enfáticamente la criminalización de la irregularidad migratoria y su posible tratamiento como un hecho punible desde el derecho penal".¹¹

Tomando en cuenta estos importantes antecedentes estamos en condiciones de hablar de un principio de no criminalización de la migración irregular, o sea, de la prohibición de la detención de personas por incumplimiento de las leyes migratorias con fines punitivos. Este principio interpela al Estado para que las medidas que se adopten en el marco de

⁵ Naciones Unidas, "Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo", Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Informe del Grupo, A/HRC/7/4, 10 de enero de 2008, párr. 53

⁶ Naciones Unidas, "Grupos específicos e individuos: Trabajadores migrantes", Informe presentado por la Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, de conformidad con la resolución 2002/62 de la Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2003/85, 30 de diciembre de 2002, párr. 73 (expediente de prueba, tomo V, anexo 22 al escrito autónomo de solicitudes, argumentos y pruebas, folio 1993)

⁷ Corte IDH. Caso Velez Loor. Supra nota 1. Párr. 106

⁸ Ibídem. Párrs. 169 y 171

⁹ Observaciones preliminares de la relatoría sobre los derechos de los migrantes de la CIDH a México. Comunicado de Prensa 82/11. Ciudad de México, México, 2 de agosto de 2011

¹⁰ Compromiso de Montevideo sobre Migración y Desarrollo de los Jefes de Estado y de Gobierno de la Comunidad Iberoamericana de Naciones, XVI Cumbre Iberoamericana, Montevideo, 5 de noviembre de 2006

¹¹ Declaración de Asunción, VI Conferencia Sudamericana de Migraciones, 4 y 5 de mayo de 2006, párr. 3.b.



procesos migratorios sean diferentes a aquellas que se aplican en el marco de procesos penales.

El Comité de Derechos Humanos ha establecido que la obligación de los Estados es utilizar la detención como última medida especialmente tratándose de casos de migración. Asimismo el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de Naciones Unidas ha sido constante en señalar que los países deben evitar la detención de extranjeros irregulares. Incluso el ACNUR ha establecido que “la detención de los solicitantes de asilo es inherentemente indeseable, una medida de último recurso”.¹²

El poder punitivo del Estado expresado en la medida de privación de la libertad debe ser utilizado en palabras de la propia Corte IDH cuando “sea estrictamente necesario para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado”.¹³ Esta afirmación aplicada al caso de personas adultas que infrinjan las leyes migratorias llevó a la Corte IDH a afirmar que “las medidas privativas de libertad sólo deberán ser utilizadas cuando fuere necesario y proporcionado en el caso en concreto [...] y únicamente durante el menor tiempo posible”.¹⁴

Por otro lado, respecto de la detención como medida cautelar o preventiva es importante señalar que existe un consenso generalizado en limitar la aplicación de este tipo de medidas en los procesos penales. Como ha destacado la Corte Interamericana, “la prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por el derecho a la presunción de inocencia, así como por los principios de necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática [...] No cumplir con estos requisitos equivale a anticipar una pena sin sentencia, lo cual contradice principios generales del derecho universalmente reconocidos”.¹⁵

En este sentido, si la prisión preventiva en el ámbito penal debe ser aplicada como una medida excepcional, esta excepcionalidad cobra una trascendencia aún mayor en caso de

¹² Presentación escrita del ACNUR a la solicitud de opinión consultiva sobre niñez migrantes ante la Corte IDH, punto 6.1

¹³ Corte IDH. Caso Kimel, párr. 76; Caso Usón Ramírez, párr. 73, y Caso Tristán Donoso, párr. 119.

¹⁴ Corte IDH. Caso Velez Loor, supra nota 1, párrs. 171 y 166 en donde la Corte señala que : i) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención; ii) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; iii) que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto, razón por la cual el Tribunal ha señalado que el derecho a la libertad personal supone que toda limitación a éste deba ser excepcional , y iv) que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales , de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida.

¹⁵ Corte IDH, caso Instituto de Reeducación del Menor, párr. 228 y 229. En igual sentido, véase Corte IDH, caso Acosta Calderón v. Ecuador, del 24 de junio de 2005, párrs. 24-25



una infracción administrativa. En este sentido, desde el derecho internacional de los derechos humanos se ha venido afirmando que sólo podría aplicarse una medida privativa de la libertad como medida cautelar en el marco de un procedimiento migratorio ante situaciones absolutamente excepcionales, siendo necesario arbitrar de manera prioritaria medidas alternativas.¹⁶

En definitiva, el estándar que ha sido fijado por la jurisprudencia contenciosa de la Corte IDH así como por otros órganos de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos permite afirmar que la aplicación de una medida privativa de la libertad para el caso de personas adultas que infrinjan las leyes migratorias debe ser una medida excepcional, de último recurso, necesaria, proporcional, y por el menor tiempo posible.

B. La prohibición de detención a la luz del corpus iuris y de la jurisprudencia internacional en materia de protección de derechos del niño

Como fuera señalado, la interpretación armónica desde un enfoque de derechos humanos del corpus iuris y de la jurisprudencia internacional permite afirmar que la situación irregular de una persona migrante en ningún supuesto se puede considerar como delito penal y que por lo tanto la detención de personas adultas por infracciones a la ley migratoria debe ser excepcional, dando así prioridad a la aplicación de medidas alternativas a la privación de la libertad.

Ahora bien, este es el estándar aplicable a personas adultas. En esta oportunidad los Estados promotores de la solicitud de opinión consultiva le demandan a la Honorable Corte IDH que fije el estándar para el caso específico de niños, niñas y adolescentes que se encuentren involucrados en procesos en los que se revisen infracciones a las leyes migratorias.

Al respecto, la Corte IDH, interpretando el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), ha señalado en su jurisprudencia contenciosa y también en el marco de su competencia consultiva que los niños y niñas tienen derechos especiales a los que corresponden deberes específicos por parte de la familia, la sociedad y el Estado o, en otras palabras, que su condición exige una protección especial, entendida como un derecho adicional y complementario a los demás derechos que la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce a toda persona.¹⁷

¹⁶ Ver, entre otros antecedentes, el Informe adoptado una década atrás por la entonces Relatora de Derechos Humanos de Migrantes de la ONU, con relación a la necesidad de abstenerse de recurrir a la detención administrativa de migrantes (E/CN.4/2003/85, del 30 de diciembre de 2002).

¹⁷ Corte IDH Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110 párr. 164 y el Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 133, entre otras sentencia, donde toma lo establecido en la Opinión Consultiva N° 17 sobre Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Párr. 54



Asimismo, señaló 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 para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana”.¹⁸

A su vez, los niños y niñas migrantes están expuestos a situaciones de discriminación múltiple asociadas no sólo a su edad sino también, al menos, a su origen nacional y pertenencia cultural, lo que los expone a escenarios de mayor vulnerabilidad e impacto negativo en el efectivo goce de sus derechos fundamentales. Frente a este contexto, el derecho internacional de los derechos humanos exige un rol mucho más activo de los Estados en la adopción de medidas especiales de protección.¹⁹

Esta protección especial se traduce no sólo en la ampliación de deberes por parte del Estado al momento de adoptar una medida que afecte los derechos de este grupo, sino también en la prioridad que debe otorgarse al marco normativo e institucional de protección integral de los derechos de la niñez en las decisiones que afecten la vida de un niño por ser el que brinda la mayor protección jurídica.

Traduciendo este principio a la materia objeto de esta solicitud, el marco jurídico de protección integral de la infancia debe primar frente al marco migratorio toda vez que el Estado deba adoptar una medida que de alguna manera afecte el derecho de un niño, niña o adolescente migrante. Esto no significa que ambos sistemas deben funcionar separadamente sino, por el contrario, se exige una interpretación y aplicación armónica que permita visibilizar al niño en el marco de las políticas migratorias, ubicándolo en el centro de la escena como el principal sujeto de derechos. Así, la articulación entre estos dos marcos jurídicos impone la obligación del Estado de asegurar la protección de los derechos de la niñez en las políticas migratorias así como incluir a los niños y niñas migrantes en las políticas de infancia.

Una de las principales obligaciones del Estado en materia de protección de derechos del niño, que tiene en cuenta su especial situación de vulnerabilidad y que responde al paradigma introducido por la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) - que debe receptar el campo de regulación migratoria-, es la de tomar en consideración el principio medular del interés superior del niño toda vez que se adopte alguna medida que pueda afectarlo.²⁰

El Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas ha definido recientemente que el interés superior del niño debe integrarse de manera adecuada y sistemática en todas las medidas de las instituciones públicas, en especial en todas las medidas de ejecución y

¹⁸ Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77. Párr. 194

¹⁹ Véase la Recomendación general N° 28. Comité CEDAW 2010, párr. 18.

²⁰ Art. 3.1 CDN: Artículo 3 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.



los procedimientos administrativos y judiciales que afectan directa o indirectamente a los niños. Esto incluye el deber de explicar cómo se ha examinado y evaluado dicho principio, y la importancia que se le ha atribuido en la decisión; e incluye explícitamente las decisiones tomadas por las autoridades administrativas relativas al asilo, la inmigración y el acceso a la nacionalidad.²¹

En este sentido y de acuerdo a lo hasta aquí expuesto, el examen sobre la aplicación del principio de no detención por la condición migratoria a niños, niñas y adolescentes debe necesariamente tener en cuenta el principio del interés superior del niño fundado en la primacía del enfoque de protección de derechos del niño por sobre la mirada vinculada a la migración.

Cabe remarcar que entendemos que no debieran realizarse diferencias entre niños acompañados y no acompañados o separados de sus padres al momento de interpretar dicho principio, ya que esta distinción podría dar lugar a situaciones de discriminación en la protección de los derechos fundamentales. Si así no se hiciera, podría darse el caso de privar de la libertad a un niño por el sólo hecho de estar acompañando a su familia, mientras que deciden adoptarse medidas alternativas para niños o niñas que se encuentran no acompañados o separados de sus padres. Por este motivo, el estándar que creemos debería fijar la Honorable Corte IDH debe regir para todos los niños y niñas sin ningún tipo de distinción. En los próximos párrafos explicaremos cómo creemos que esto debiera impactar en las decisiones que se adopten respecto de la familia.

Como ha sido señalado, el paradigma de protección de derechos del niño exige contar con un estándar más alto y un tratamiento diferenciado entre personas adultas y niños o niñas. En otras palabras, el Estado está obligado a otorgar una protección especial a los niños que supone brindar respuestas diferentes a aquellas ofrecidas a los adultos. Ya ha quedado demostrado que la detención de personas adultas por infracciones a la ley migratoria debe ser una medida de último recurso y por el menor tiempo posible. Siguiendo esta lógica, no podría entonces fijarse el mismo estándar para el caso de niños, niñas y adolescentes. Si el principio para adultos es la excepcionalidad de la privación de la libertad por la condición migratoria, el principio para niños debe ser su prohibición.

El tratamiento diferenciado entre adultos y niños es uno de los ejes principales del derecho internacional de los derechos del niño, y en el cual los organismos internacionales han hecho mayor hincapié. Esto obliga a los Estados a revisar sus normas y prácticas para evitar que un niño sea tratado de la misma manera que un adulto. Por este motivo, reiteramos que siendo el estándar la excepcionalidad de la privación de la libertad de una persona adulta por infracciones a las leyes migratorias y la obligación del Estado de adoptar prioritariamente medidas alternativas, el estándar para niños debe ser la prohibición de la detención tanto como sanción como con carácter preventivo o cautelar.

²¹ Comité de Derechos del Niño. Observación General N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1) CRC/C/GC/14. Mayo 2013.



Más aún, teniendo en cuenta que para los supuestos de infracciones a la ley penal la CDN en el artículo 37.b establece que “la detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”, no puede utilizarse el mismo parámetro para las infracciones de naturaleza administrativa como es el incumplimiento de la normativa migratoria.

En muchas oportunidades se ha invocado este artículo de la CDN para legitimar detenciones cautelares a niños, niñas y adolescentes migrantes, arguyendo que el estándar en la materia se encuentra allí establecido y es la posibilidad de privar de la libertad a un niño como medida de último recurso. Sin embargo, debemos remarcar que este artículo regula la situación específica de adolescentes en conflicto con la ley penal, sustancialmente diferente a la situación de comisión de infracciones administrativas. En ese sentido, así como se ha diferenciado la comisión de un delito penal de la infracción de carácter administrativo respecto de las distintas respuestas que debe brindar el Estado para el caso de adultos, lo mismo debe realizarse frente al grupo de niños y niñas.

Por otro lado, los organismos internacionales han dado algunas pautas que afirman el principio de la prohibición de la detención de niños y niñas por su condición migratoria. Así, el Relator de Naciones Unidas sobre Derechos de Migrantes, ha señalado que los niños y niñas no deben estar detenidos por razones migratorias, y que su interés superior debe conducir a la adopción de medidas alternativas, tanto si están no acompañados o separados, como a favor de grupos familiares.²²

Igualmente, el Comité de Derechos del Niño en su Observación general N° 6 sobre el trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, afirma que no debe privarse de libertad, por regla general, a los menores no acompañados o separados de su familia y que la privación de libertad no puede justificarse solamente por su condición de inmigrante o residente, así como que los niños no deben ser considerados delincuentes por el solo hecho de haber entrado o encontrarse irregularmente en el país.²³

Asimismo, en las conclusiones de un extenso informe elaborado a petición del Parlamento Europeo, que supuso la visita y evaluación de cerca de 130 centros de detención de migrantes existentes en la Unión Europea, los expertos subrayaron, por un lado, que la detención de niños y niñas y de familias “deberían estar prohibidas”, y por el otro, que la privación de la libertad no podría, de ningún modo, ser en el “interés superior del niño”, en

²² Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, François Crépeau. ONU. A/HRC/20/24. 2 de abril de 2012

²³ Comité de Derechos del Niño. Observación General N° 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



tanto afecta sus derechos fundamentales, por lo que debería recurrirse a medidas de otra naturaleza.²⁴

En esta línea se ha manifestado el Relator de Naciones Unidas sobre Derechos de Migrantes quien señaló que deben hacerse todos los esfuerzos para liberar a niños y su familia de centros de detención, y ubicarlos en alojamientos más apropiados para familias con niños.²⁵

Cabe señalar que cuando los niños y niñas migrantes se encuentran junto a sus padres, la privación de libertad se suele justificar en razón de un equilibrio entre el principio de unidad familiar (es decir, el derecho a la vida familiar) y el interés estatal en el control de la migración irregular. Sin embargo, tales argumentos no deben invocarse en detrimento de los otros estándares que aquí se discuten. Al momento de tomarse decisiones por parte de las autoridades competentes, y fundado en el respeto al interés superior del niño, debe ponderarse el derecho a la unidad familiar del niño, su derecho a un adecuado nivel de desarrollo, su derecho a la educación, a la salud, al esparcimiento y al juego, entre muchos otros. Por ello, y tomando en consideración la prioridad del enfoque de infancia por sobre la regulación de la migración, debe prevalecer el mantenimiento de la unidad familiar sin recurrir a una medida privativa de la libertad.

Como fuera remarcado, el mismo estándar debiera regir para los niños y niñas migrantes no acompañados o separados de sus padres: la prohibición de la privación de la libertad. En ambos casos, los Estados deben adoptar medidas de protección de derechos y prever respuestas adecuadas basadas en la familia y en la comunidad. De ninguna manera podría entenderse que la privación de libertad será un ámbito propicio para que el niño ejercite sus derechos de forma adecuada y que se encuentra fundada en su interés superior. Por el contrario, se ha resaltado que la privación de libertad de niños tiene un efecto perjudicial para su desarrollo emocional y su bienestar físico ya que pueden padecer, entre otras consecuencias psicofísicas, depresiones, cambios de comportamiento, desórdenes de diverso carácter, pérdida de peso, negativa a alimentarse, falta de sueño, así como problemas dermatológicos y respiratorios, entre otros.

Por su parte, la interpretación que ha realizado el Comité de Derechos del Niño sobre el interés superior del niño brinda algunas pautas interesantes sobre su aplicación en el marco de un proceso migratorio. Así, el Comité señala que el interés superior “es un derecho, un principio y una norma de procedimiento basados en una evaluación de todos los elementos del interés de uno o varios niños en una situación concreta”. Y al definir la manera en que los Estados deben respetar dicho principio afirma que debe tenerse en cuenta la identidad del niño que abarca características como el origen nacional y la

²⁴ The conditions in centres for third country national (detention camps, open centres as well as transit centres and transit zones) with a particular focus on provisions and facilities for persons with special needs in the 25 EU member states, recommendations to Member States, y p. 210, recommendations to European Institutions.

²⁵ Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, supra nota 22.



identidad cultural, y ponderar de manera especial la preservación del entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones, así como las situaciones de vulnerabilidad del niño, como pertenecer a un grupo minoritario, ser refugiado o solicitante de asilo.²⁶

En definitiva, teniendo en cuenta que el estándar aplicable a niños, niñas y adolescentes debe ser más elevado que aquel establecido para personas adultas; que una lectura acorde al enfoque de derechos humanos de las normas previstas en la CDN no permite hacer extensiva la regulación específica para adolescentes en conflicto con la ley penal a situaciones diferentes en las que se vean involucrados los niños y niñas migrantes; y que debe realizarse una interpretación armónica de los artículos 1, 7, 8, 19 y 29 de la CADH a la luz del *corpus iuris* internacional de protección de los derechos del niño, entendemos que el estándar debe ser la prohibición de la detención de niños, niñas y adolescentes por su condición migratoria.

C. La obligación del Estado de adoptar medidas alternativas a la privación de la libertad

Siguiendo con la lógica del documento, se presenta a continuación el estándar previsto para la aplicación de medidas alternativas a la privación de la libertad en el caso de personas migrantes adultas para luego fundar nuestra posición en el caso específico de niños y niñas.

El efectivo cumplimiento del principio general de no detención de personas adultas por su condición migratoria exige a los Estados el desarrollo de un conjunto de medidas alternativas que deben adoptarse de manera prioritaria.

Esto mismo ha sido señalado por el Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los migrantes haciendo referencia al artículo 16.1 y 16.4 de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, "el derecho a la libertad y a la seguridad personales obliga a los Estados a considerar en primer lugar alternativas a la privación de libertad de los migrantes que sean menos rigurosas", y a su vez afirmó que "la obligación de considerar siempre alternativas a la detención (medidas no privativas de la libertad) antes de recurrir a la privación de libertad debe establecerse por ley".²⁷

Este estándar ha sido retomado por la Corte IDH en su jurisprudencia contenciosa al remarcar lo que fuera sugerido por el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de Naciones Unidas en el sentido de que "es esencial que los Estados dispongan de un catálogo de medidas alternativas".²⁸

²⁶ Comité de Derechos del Niño, supra nota 21.

²⁷ Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, supra nota 22. Pág. 14

²⁸ Corte IDH. Caso Velez Loo, supra nota 1. Cfr. Naciones Unidas, "Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo",



Como fuera señalado, la obligación de los Estados de ofrecer de manera prioritaria un conjunto de medidas no privativas de la libertad se desprende del principio rector de no detención de personas por incumplimiento a las normas migratorias. La adopción de estas medidas debe cumplir con determinados requisitos que garanticen el respeto a los derechos fundamentales de la persona que afectada. Las decisiones acerca de qué medida adoptar en cada caso deberán respetar ciertos recaudos básicos de legalidad, razonabilidad y debido proceso adjetivo. En este sentido, el Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los migrantes ha señalado la importancia de capacitar a los funcionarios en la aplicación de estas medidas, la necesidad de evaluar las circunstancias del caso particular, el deber de realizar un examen de necesidad y proporcionalidad de las medidas, y la exigencia de su adecuación a los principios generales del derecho internacional de los derechos humanos como no discriminación, enfoque de género, entre otros.²⁹

De este modo, para garantizar que una medida resulte lo menos restrictiva de derechos posible, máxime si de algún modo restringe la libertad ambulatoria, debería estar, en primer lugar, prevista en una ley formal, en la cual se establezca la obligación de aplicación prioritaria de la medida menos restrictiva. En segundo lugar, en caso de que se decida no aplicar dicha medida, la decisión debería estar debidamente fundamentada por los órganos administrativos y judiciales (y por ende, fundamentada la consecuente restricción de la libertad).

Ahora bien, es importante remarcar que en el caso de niños, niñas y adolescentes migrantes la adopción de este tipo de medidas es y debe ser la regla y no la excepción, por lo cual son las únicas medidas posibles que el Estado debe adoptar. En este sentido, el cumplimiento del principio de prohibición de la detención de niños y niñas por su condición migratoria exige por parte del Estado un deber positivo de diseñar e implementar un sistema de protección acorde a los estándares de derechos humanos que incorpore un conjunto de medidas que no vulneren el derecho a la libertad de los niños por su condición migratoria.

De acuerdo a las normas previstas en el CDN y a las pautas brindadas por el artículo 19 de la CADH, las medidas de protección que el Estado adopte deben reunir características especiales que garanticen, en primer lugar, el respeto al interés superior del niño de acuerdo a lo señalado en el punto precedente. Esto significa incluir el enfoque de niñez en las políticas migratorias y visibilizar la problemática migrante en el sistema de protección de los derechos de la infancia.

El Comité de Derechos del Niño en su observación general sobre los derechos de niños, niñas y adolescentes en la justicia penal juvenil, ha señalado que todo sistema normativo interno debe proveer a la autoridad administrativa o judicial de las herramientas para

Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Informe del Grupo, A/HRC/10/21, 16 de febrero de 2009, párr. 67.

²⁹ Informe del relator de los derechos de las personas migrantes, supra nota 22. Pág. 15



poder evaluar alternativas que no involucren el encierro: "...las leyes deben ofrecer al tribunal/juez, o a cualquier otra autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial, una amplia variedad de alternativas posibles a la internación en instituciones y la privación de libertad, algunas de las cuales se enumeran en el párrafo 4 del artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, a fin de que la privación de libertad se utilice tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que sea posible (artículo 37 b) de la Convención)."³⁰

Una vez más cabe realizar esta distinción: si la obligación del Estado en materia de justicia penal juvenil es ofrecer una amplia gama de opciones alternativas a la privación de la libertad, la obligación del Estado en materia de infracciones administrativas debe necesariamente reforzarse toda vez que no sólo el niño no ha cometido un delito sino que se encuentra por su particular condición en una situación de vulnerabilidad que requiere de la adopción de medidas de protección de sus derechos.

En definitiva, frente a niños, niñas o adolescentes migrantes que se encuentren en situación regular o irregular, solos, separados de sus padres o acompañados, el Estado tiene la obligación de adoptar medidas de protección integral de derechos que no impliquen la privación de su libertad y en las cuales el interés superior sea una consideración primordial.

III. EL PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN EN RELACIÓN CON LOS NIÑOS Y NIÑAS MIGRANTES

El principio de no devolución, previsto en el artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y en su Protocolo de 1967, ha sido reconocido como la piedra angular del derecho de asilo y del derecho internacional de los refugiados.

Desde la adopción de esta Convención, el principio de *non-refoulement* ha evolucionado hasta convertirse en una norma de carácter absoluto (*ius cogens*), siendo expresamente incorporada a diversos instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos.³¹ Así, los Estados están obligados a no trasladar a ningún individuo a otro país si existiera un riesgo de sufrir graves violaciones de sus derechos fundamentales, en particular la violación del derecho a la vida, a la libertad y la integridad física. El principio de no devolución se ha transformado en un derecho fundamental de la protección internacional.

³⁰ Comité de los Derechos del Niño, Los derechos del niño en la justicia de menores, Observación General Nro. 10, CRC/C/GC/10, del 25 de abril de 2007.

³¹ CADH, art. 22.8, Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, artículo 13.4; Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, artículo 3; PIDCyP, artículos 6 y 7; y Convenio Europeo de Derechos y Libertades fundamentales, artículos 2 y 3.



El ámbito de aplicación de este principio en el continente americano es más amplio que el otorgado a nivel universal. Su reconocimiento en el artículo 22.8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y en el artículo 13.4 de la Convención Interamericana para Prevenir y Castigar la Tortura permiten afirmar que el principio de no devolución en la región alcanza a todas las personas extranjeras.

En esta línea, el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos a través de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) posee numerosos antecedentes que respaldan una interpretación amplia del principio de no devolución. Así lo ha interpretado la CIDH al considerar que del texto de los artículos 22.8 de la CADH se desprende “una prohibición absoluta contra la expulsión o devolución (*refoulement*) de todo extranjero (no sólo respecto de refugiados), sin excepciones de ninguna clase”.³² A su vez, ha expresado la CIDH, “el artículo 13.4 de la Convención Interamericana para Prevenir y Castigar la Tortura complementa la amplia protección contra la devolución que prevé el artículo 22.8 de la CADH, al referirse también a la situación de las personas que se encuentran en proceso de extradición y al ampliar la protección a aquellas personas que tengan una presunción fundada de pueden ser sometidas a torturadas, tratos crueles, inhumanos o degradantes o de que serán juzgadas por tribunales de excepción *ad hoc* en el Estado requirente”.³³

Igualmente, cabe resaltar a nivel regional la Declaración de Cartagena sobre Refugiados en la cual una de las conclusiones fue “reiterar la importancia y significación del principio de no devolución (incluyendo la prohibición del rechazo en las fronteras), como piedra angular de la protección internacional de los refugiados. Este principio imperativo en cuanto a los refugiados, debe reconocerse y respetarse en el estado actual del derecho internacional, como un principio de *jus cogens*”. Asimismo, en dicho instrumento han sido ampliadas las causales para la determinación de la condición de refugiado lo que tiene consecuencias directas en la aplicación del principio de no devolución en los países del continente. Así, la Declaración señala que “la definición o concepto de refugiado recomendable para su utilización en la región es aquella que además de contener los elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, considere también como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”.³⁴

³² CIDH, Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos. OEA/Ser.LV/II.116 Doc 5 rev. 1 corr. (2002), párr. 394.

³³ Presentación de la CIDH a la solicitud de opinión consultiva sobre niñez migrante ante la Corte IDH. párr. 168

³⁴ Declaración de Cartagena sobre Refugiados. Conclusiones tercera y quinta. 22 de noviembre de 1984. Es importante señalar que la definición sobre el concepto de asilo o refugio del artículo 22.7 de la CADH se encuentra íntimamente ligada con la interpretación sobre el principio de no devolución. Al respecto,



Es decir, la evolución de este principio en las últimas décadas en América permite afirmar que estamos en presencia de un derecho de toda persona extranjera cuando resultaran aplicables algunos de los supuestos de la Declaración de Cartagena.

De esta manera, la interpretación del principio de no devolución debería realizarse a la luz de la realidad del contexto regional americano y de su histórica tradición en materia de protección internacional. La interpretación y aplicación de este derecho realizada por la CIDH marca la pauta del avance que ha tenido el principio a nivel regional. En ese sentido, a nuestro entender, la interpretación del artículo 22.8 de la CADH debería necesariamente tomar en consideración dicho contexto a partir de la evolución y el desarrollo que esta obligación convencional ha tenido en los países del continente. Al respecto, cabe mencionar que hay una notable experiencia en la región en la regulación del régimen de visas humanitarias y del mecanismo de protección complementaria: México, Honduras, Nicaragua, Costa Rica, Panamá, Venezuela, Brasil y Argentina son ejemplos de ello.

La CIDH ha adoptado diversas medidas cautelares relacionadas con situaciones en las cuales ha existido la presunción de un "riesgo cierto" de que personas podrían sufrir torturas, aplicación de la pena de muerte en caso de ser deportadas o extraditadas a otro país.³⁵ Igualmente, ha intervenido en casos en los cuales ha aplicado el derecho a la no devolución para la protección de otros derechos como la unidad familiar y la salud. Uno de los casos más sobresalientes ha sido el caso de Andrea Mortlock en el año 2005 en el cual la CIDH entendió que los Estados Unidos de América tenía la obligación de respetar el derecho a la no devolución de una mujer jamaicana portadora de VIH/SIDA cuya vida corría peligro si era deportada a su país de origen en donde muchas de las drogas que estaba recibiendo no estaban disponibles.³⁶ En ese sentido, la aplicación del principio de no devolución se fundó en el respeto al derecho a la salud e integridad física de una persona migrante.

Por su parte, la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias de la CIDH ha señalado que "[l]os Estados no pueden devolver a un extranjero a un país respecto del cual tenga fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas (Convención de 1951 sobre el Estatus de Refugiados y Protocolo Adicional de 1967). Esta regla, llamada de non-refoulement, ha adquirido estatus de derecho internacional

quisiéramos hacer referencia a lo señalado en la presentación del Representante del ACNUR en ocasión de la audiencia pública que tuvo lugar los días 9 y 10 de octubre del corriente en la Ciudad de México DF.

³⁵ MC-291-11, José Antonio Cantoral Benavides (Bolivia): MC - 10-09, Wong HoWing (Perú); Djamel Ameziane (Estados Unidos), Medida cautelar de 20 de agosto de 2008; Boniface Nyamanhindi (Estados Unidos), Medida cautelar de 18 de agosto de 2008.

³⁶ CIDH, Informe No. 63/08, Caso 12.534, Admisibilidad y Fondo, Andrea Mortlock vs. Estados Unidos, 25 de julio de 2008.



consuetudinario y aún de norma imperativa (jus cogens)³⁷. Asimismo, la CIDH sostuvo, al igual que lo había hecho el ACNUR previamente, que el principio de no devolución no tiene limitaciones geográficas.

Al dotar de contenido a este principio se hace muchas veces referencia a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que, sin dudas, ha marcado importantes estándares en la materia.³⁸ Sin embargo, el contexto regional en términos de protección de los derechos de las personas que no son nacionales de países de la Unión Europea difiere mucho de la realidad interamericana. Es así como han sido sancionadas normas vía el Parlamento Europeo y el Consejo Europeo como la Directiva 2008/115/CE³⁹ relativa a los procesos comunes aplicables en los Estados miembros respecto del retorno de los extranjeros provenientes de terceros países en una situación de estadía irregular, permitiendo, entre otras cuestiones, la expulsión de niños y niñas, incluso en el caso de no estar acompañados.

Por otro lado, este principio debe armonizarse con las disposiciones previstas en el artículo 19 de la CADH y en las normas de la CDN, como parte del corpus iuris internacional de protección de la infancia, al momento de ser aplicado a niños, niñas y adolescentes. La obligación del Estado de adoptar medidas especiales de protección de la infancia exige también deberes particulares para garantizar el derecho a la no devolución de niños y niñas.

En este sentido, deben integrarse al análisis sobre el principio de no devolución los derechos reconocidos en la CDN, en particular, el principio del interés superior, el derecho a ser oído, el derecho a la unidad familiar y los derechos del niño que trate de obtener el estatuto de refugiado o que sea considerado refugiado.⁴⁰

Así, la aplicación del principio de no devolución frente a niños, niñas y adolescentes adquiere una dimensión particular. Nuevamente en esta materia, así como fuera expuesto en el punto anterior, el marco de protección integral de los derechos de la niñez debe primar, por lo cual cualquier medida que pueda afectar a un niño o niña debe ser evaluada a la luz del principio del interés superior en los términos previstos por el Comité de Derechos del Niño en su Observación General N° 14. A su vez, el respeto al derecho a ser oído activa el conjunto de garantías de debido proceso presente en toda medida que afecte los derechos de un niño o niña.

³⁷ CIDH, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 2000: Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias. OEA/Ser./LV/II.111 doc. 20 rev., 16 de abril de 2000, párr. 97.

³⁸ Véase al respecto TEDH, Muminov vs Rusia, Sentencia del 11 de diciembre de 2008, párr. 130.; Chahal vs. Reino Unido; TEDH, H.R.L. vs. Francia, Sentencia del 29 de abril de 1997, párr. 40 y Ammari vs. Suecia, Decisión sobre la admisibilidad del 22 de diciembre de 2002, s/n; Hirsi Jamaa and Others v. Italy, del 23 de febrero de 2012.

³⁹ Véase <http://eur.lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:348:0098:0107:ES:PDF>

⁴⁰ Artículos 3.1, 12, 9, y 22 de la Convención sobre los Derechos del Niño.



Estos parámetros deben funcionar como un límite a los Estados en su potestad de adoptar medidas que impliquen el retorno de un niño o niña. Para garantizar la efectiva protección del principio de no devolución los Estados se encuentran obligados a realizar una evaluación exhaustiva no sólo sobre posibles situaciones de riesgo o amenaza a la vida, la integridad física y la libertad, sino también del contexto y de la proyección de la vida del niño en el Estado receptor y el respeto de sus derechos fundamentales como la salud, la unidad familiar y la educación, entre otros.

Al identificar algunos de los elementos claves que deben integrar el examen sobre el respeto al interés superior del niño, el Comité remarcó la importancia de la preservación del entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones. Y al respecto señaló que "cuando la relación del niño con sus padres se vea interrumpida por la migración (de los padres sin el niño o del niño sin los padres), la preservación de la unidad familiar debería tenerse en cuenta al determinar el interés superior del niño en las decisiones relativas a la reunión de la familia".⁴¹ A esto podría sumarse otro elemento fundamental a tener en cuenta en la evaluación que las autoridades realicen que es el nivel de integración del niño en el país de acogida y los derechos particulares que de esa situación se derivan.

El Comité también afirmó que "la evaluación del riesgo de las violaciones graves deberá efectuarse teniendo en cuenta la edad y el género y tomando asimismo en consideración, por ejemplo, las consecuencias particularmente graves para los menores que presenta la insuficiencia de servicios alimentarios o sanitarios".⁴²

Por último, una cuestión esencial para garantizar el efectivo cumplimiento del principio de no devolución es que las obligaciones de los Estados de evaluar las situaciones de riesgo y adoptar las medidas de protección correspondientes son aplicables con independencia de que las violaciones graves pueden ser imputables a actores no estatales o que las violaciones en cuestión pueden ser directamente premeditadas o consecuencia indirecta de la acción o inacción.⁴³

En definitiva, es importante remarcar que una aplicación armónica de los artículos 19 y 22.8 de la CADH a la luz del principio del interés superior del niño permitiría reducir las medidas de repatriación y expulsión de personas migrantes, al igual que asegurar que aquellas medidas que se adopten garanticen el respeto a los derechos fundamentales de las personas involucradas, reduciendo los riesgos que, principalmente, niños y niñas enfrentan en los países de origen, tránsito y destino.

⁴¹ Comité de Derechos del niño, supra nota 21. Párr. 66

⁴² Comité de Derechos del Niño, supra nota 23, Párr. 27.

⁴³ *Ibidem*. Párr. 27.



IV. DERECHO A LA VIDA FAMILIAR DE LOS NIÑOS Y NIÑAS EN CASOS DE DISPONERSE LA EXPULSIÓN DE LOS PADRES

A los fines de la presente opinión consultiva debe delimitarse el alcance del derecho a la protección de la familia previsto en el artículo 17 de la CADH en relación con el derecho a la protección especial del artículo 19 de ese mismo instrumento en el marco de procedimientos migratorios en los cuales se adopten medidas que puedan afectarlos. A su vez, la interpretación de estos dos artículos debe integrarse con los estándares previstos en la CDN conformando así el *corpus iuris* de protección de los derechos de la infancia, de acuerdo a lo señalado por la Corte IDH.

La CDN reconoce además del principio de interés superior del niño, los derechos a la vida familiar, a no ser separado de sus padres, a que una solicitud de reunificación sea considerada de forma positiva, humanitaria y expedita, a ser cuidados por sus padres, y a que el Estado arbitre medidas para facilitar que los padres cumplan sus obligaciones respecto de sus hijos.

Como ha sido sostenido a lo largo de esta presentación, el sistema de protección de derechos del niño debe primar por sobre el marco que regula la política migratoria. En ese sentido, la evaluación sobre el interés superior del niño cobra una relevancia fundamental en el examen que los Estados deben realizar frente a una decisión como la expulsión de los padres que pueda tener como consecuencia la separación de la familia.

La Corte IDH ha manifestado que “una de las interferencias estatales más graves es la que tiene por resultado la división de una familia. En este sentido, la separación de niños de su familia puede constituir, bajo ciertas condiciones, una violación del citado derecho de protección a la familia, pues inclusive las separaciones legales del niño de su familia biológica solo proceden si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales y, en lo posible, temporales”.⁴⁴ Asimismo, ha manifestado que “el derecho del niño a crecer con su familia de origen es de fundamental importancia y resulta en uno de los estándares normativos más relevantes derivados de los artículos 17 y 19 de la Convención Americana, así como de los artículos 8, 9, 18 y 21 de la Convención de los Derechos del Niño”.⁴⁵

Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño recuerda que es indispensable llevar a cabo una evaluación y determinación del interés superior del niño en el contexto de una posible separación del niño y sus padres. Al respecto señala que una de las principales consideraciones que deben tenerse al adoptar cualquier medida que afecte a un niño es la preservación del entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones. Y afirma que “prevenir la separación familiar y preservar la unidad familiar son elementos importantes del régimen de protección del niño, y se basan en el derecho recogido en el artículo 9,

⁴⁴ Corte IDH. Caso Forneron e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242. Párr.116

⁴⁵ *Ibidem*. Párr. 117.



párrafo 1, que exige "que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando [...] tal separación es necesaria en el interés superior del niño". Y, como fuera también señalado en el punto precedente, el Comité indica que "la preservación de la unidad familiar debería tenerse en cuenta al determinar el interés superior del niño en las decisiones relativas a la reunión de la familia".⁴⁶

De esto se desprende la obligación del Estado de garantizar una evaluación del interés superior del niño respetuosa de los estándares en materia de protección integral de los derechos de la niñez en todas las medidas que los afecten, y de manera particular, en aquellas que pudieran tener como consecuencia la separación del niño de su familia. En este sentido, todo proceso en el cual se dirima la adopción de medidas tales como la expulsión o deportación de los padres o familiares a cargo de un niño debe necesariamente contar con una instancia de revisión del interés superior del niño que se constituya en una consideración primordial al momento de brindar una solución. Como fuera señalado por el Comité, el interés superior es un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo y una norma de procedimiento⁴⁷ que se activa en cada decisión que el Estado adopte con relación a un niño, niña o adolescente.

Siguiendo esta lógica, en caso de separación de la familia, el Comité afirma la obligación del Estado de garantizar que la situación haya sido evaluada por un equipo multidisciplinario de profesionales perfectamente capacitados respetando las garantías de debido proceso, especialmente el derecho del niño a ser oído, y otorgándole una consideración primordial al impacto que la medida puede generar en los derechos del niño.⁴⁸

Asimismo, el Comité resalta que "dada la gravedad de los efectos en el niño de que lo separen de sus padres, dicha medida solo debería aplicarse como último recurso, por ejemplo, cuando el niño esté en peligro de sufrir un daño inminente o cuando sea necesario por otro motivo; la separación no debería llevarse a cabo si se puede proteger al niño de un modo que se inmiscuya menos en la familia".⁴⁹

En esta misma línea, la CIDH cuestionó, al examinar procedimientos de expulsión de padres extranjeros de niños nacidos en países de destino, la ausencia de procedimientos para garantizar que los derechos e intereses de esos niños fuesen tomados en cuenta en esos procesos.⁵⁰

⁴⁶ Comité de Derechos del Niño, supra nota 21.

⁴⁷ Comité de Derechos del Niño, supra nota 23.

⁴⁸ Comité de Derechos del Niño, supra nota 21. párr. 64

⁴⁹ *Ibidem*. párr. 61

⁵⁰ CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado. Párr. 166. Allí la CIDH subrayó que estas decisiones pueden tener un impacto dramático sobre su bienestar y desarrollo, y que un Estado no puede dejar librada a los padres (que serían expulsados) la elección entre, por un lado, "el amor y cuidado" en circunstancias de pobreza y penurias, y por el otro, los beneficios de salud, educación y bienestar en un país



Al respecto, en el informe del caso Smith, la CIDH resalta el artículo VII de la Declaración Americana establece que “todo niño, tiene derecho a protección, cuidados y ayuda especiales [...] Como un componente de esta protección especial para los niños, en el contexto de los procedimientos legales que puedan impactar los derechos del niño a una vida familiar, se requiere que haya “protección especial” y que los procedimientos presten la debida consideración al mejor interés del niño”. Igualmente, fue contundente al afirmar que los procedimientos de expulsión deben tomar en consideración los mejores intereses de los hijos de los no ciudadanos y los derechos del deportado a una vida familiar, de conformidad con el derecho internacional.⁵¹

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) también ha reconocido la necesidad de tener en cuenta el interés superior del niño en un proceso de expulsión contra sus padres. En una de sus sentencias afirmó que la expulsión de una madre afectaba el interés superior de su hija y señaló que la deportación en razón de su status migratorio no puede estar por encima del derecho a la vida familiar de la madre y la niña.⁵² Este mismo Tribunal manifestó que “corresponde a los Estados Contratantes mantener el orden público, en particular mediante el ejercicio de sus derechos [...] para controlar el ingreso y residencia de extranjeros y especialmente para ordenar la expulsión de extranjeros condenados por delitos serios. Sin embargo, sus decisiones en este campo deberán, en la medida que puedan interferir con un derecho protegido de conformidad con el párrafo 1 del Artículo 8 [derecho a la vida privada y familiar], ser necesarios en una sociedad democrática, es decir, justificados por una ingente necesidad social y proporcional al objetivo legítimo que se persigue”.⁵³

Tomando en cuenta estas consideraciones del TEDH y la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos que a lo largo de estos párrafos se transcribe es

con servicios y atención suficiente, pero separado de sus padres. Véase también presentación de UNICEF a la solicitud de opinión consultiva sobre niñez migrante ante la Corte IDH. párr. 151

⁵¹ CIDH. Smith INFORME No. 8110 12.562 Wayne SMITH, Hugo ARMENDARIZ, Y otros c. Estados Unidos. 12 de julio de 2010. Párr. 56 y 57.

⁵² TEDH, caso Rodríguez Da Silva c. Holanda, demanda 50435/99, sentencia del 31 de enero de 2006. En el caso se analizó la expulsión de la madre de una niña holandesa de tres años, quien al momento del nacimiento de su hija se encontraba en situación migratoria irregular. La Corte Europea de Derechos Humanos resolvió que la denegación del permiso de residencia y la expulsión de la madre a Brasil harían imposible una relación adecuada entre la madre e hija, por tal motivo consideró que para la debida protección de los intereses de la menor, el gobierno de Holanda debe permitir a la madre que resida con su hija.

⁵³ Corte Europea de Derechos Humanos C. Vs. Bélgica, 24 de junio de 1996, No. 35/1995/541/627, párrafo 31; Véase, Beldjoudi Vs. Francia, Sentencia de 26 de marzo de 1992, No. 12083/86, párrafo 74; Corte Europea de Derechos Humanos Nasri Vs. Francia, Sentencia de 13 de julio de 1995, No. 19465/92, párrafo 41; Corte Europea de Derechos Humanos, Boughanemi Vs. Francia, Sentencia de 24 de abril de 1996, No. 22070/93, Rep. 1996-II, Fasc. 8, párrafo 41; Corte Europea de Derechos Humanos, Bouchelkia Vs. Francia, Sentencia de 1 de enero de 1997, No. 230078/93, Rep. 1997-I, fasc. 28, párrafo 48; Corte Europea de Derechos Humanos, Boudjaidii Vs. Francia, Sentencia de 26 de septiembre de 1997, Rep. 1997-VI, fasc. 51, párrafo 39; Corte Europea de Derechos Humanos, Boujlifa Vs. Francia, Sentencia de 21 de octubre de 1997, 122/1996/741/940, Rep. 1997-VI, fasc. 54, párrafo 42.



importante señalar que el derecho a la vida familiar cuenta con una mayor protección a nivel de la región americana.

Al respecto, es importante recordar que la propia Corte IDH ha señalado en su reciente jurisprudencia contenciosa que “a diferencia de lo dispuesto en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el cual sólo se protege el derecho a la vida familiar bajo el artículo 8 de dicho Convenio, la Convención Americana cuenta con dos artículos que protegen la vida familiar de manera complementaria⁵⁴ [...] La Corte ya ha indicado que el derecho de protección a la familia conlleva, entre otras obligaciones, a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Es un derecho tan básico de la Convención Americana que no se puede derogar aunque las circunstancias sean extremas.⁵⁵ A su vez, ha sostenido que “la familia es la unidad central encargada de la integración social primaria del niño y por ende los gobiernos y la sociedad deben tratar de preservar su integridad”.⁵⁶

De aquí se desprende que la interpretación del derecho a la protección de la familia que ha realizado el Tribunal regional no sólo prevé obligaciones negativas por parte de los Estados como lo estableció su par europeo, sino que a la luz de esta jurisprudencia los Estados asumen obligaciones positivas para garantizar la protección del derecho previsto en el artículo 17 de la CADH.

Es decir, la protección de este derecho implica no sólo obligaciones negativas, de no injerencia en la vida privada o familiar, sino que necesariamente se compone de deberes positivos traducidos en medidas de acción afirmativas destinadas a promover la unidad y el fortalecimiento del vínculo familiar. En ese sentido, toda vez que la separación de la familia no sea necesaria para proteger a un niño, el Estado se ve obligado a adoptar una serie de medidas que eviten la violación al derecho fundamental a la vida familiar, como por ejemplo proporcionar apoyo a los padres para que cumplan con sus responsabilidades parentales, restablecer o aumentar la capacidad de la familia para cuidar del niño; y en el marco de procesos migratorios, un ejemplo sería la regularización de la situación de los padres a fin de evitar su expulsión o deportación imponiendo otro tipo de sanciones.⁵⁷

⁵⁴ Artículo 11.2 y 17 de la CADH

⁵⁵ Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257 párr. 145

⁵⁶ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17. Párr. 67.

⁵⁷ Sobre este punto resulta interesante lo planteado por UNICEF en su escrito de presentación ante la Corte IDH, en donde se señala que “las obligaciones de los Estados en relación con el derecho a la vida familiar, y su inserción en la política migratoria, suponen la necesidad de realizar un examen riguroso sobre la situación del niño, niña o adolescente, a la luz de sus vínculos familiares. Ello implicaría abstenerse de adoptar decisiones que determinen la separación de los miembros de una familia. De ahí también se deriva la obligación positiva de facilitar la reunificación de los niños (nacionales y migrantes) con sus familiares”. Párr.149.



La efectiva inclusión del enfoque de niñez en las políticas migratorias supone entonces que, si del examen sobre el interés superior del niño se desprende que la expulsión o deportación de los padres vulneraría sus derechos fundamentales, el Estado debe priorizar el respeto a los derechos del niño por sobre la aplicación de ese tipo de sanciones por la infracción administrativa.

La articulación del sistema de protección integral de derechos del niño con el marco migratorio tiene como consecuencia incluir en la evaluación del impacto de las medidas que se adopten el respeto a un conjunto de derechos y garantías que ejercen un límite sobre la potestad del Estado de aplicar determinado tipo de sanciones, debiendo optar siempre por la medida menos restrictiva de derechos.

Así, la separación de la familia fundada únicamente en la aplicación de una sanción a una infracción administrativa parecería, en principio, violatoria de los derechos consagrados en los artículos 17 y 19 de la CADH y de los derechos previstos en los arts. 3.1, 9, 10 y 18 de la CDN, no siendo la medida más respetuosa de los derechos y garantías del niño.

De allí se desprende la obligación de los Estados de prever medidas alternativas a la expulsión o deportación de los padres o familiares del niño que sean menos restrictivas de los derechos en juego. El Estado debe ofrecer un catálogo de sanciones alternativas que compatibilicen la potestad de regular la migración con el respeto irrestricto a los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes.

Como ha sido señalado por UNICEF "a partir de una interpretación integral de la CDN, también es posible afirmar que los derechos de la niñez pueden ser fundamento suficiente para abstenerse de dictar una medida de expulsión de una familia migrante en razón de la irregularidad migratoria en que pudieran encontrarse padres e hijos".⁵⁸

En la gran mayoría de los casos, estas situaciones de separación de la familia tienen lugar por el principio *ius soli* que rige en casi todo el continente. Al respecto, es importante aclarar que la situación irregular de los padres o familiares no debería tener como consecuencia la violación por parte del Estado de destino de los derechos del niño. Por el contrario, siendo coherentes con los estándares expresados en materia de protección integral de la infancia, la ponderación del respeto al interés superior del niño obliga a los Estados a adoptar medidas afirmativas para garantizar sus derechos, entre otros a la inscripción de nacimiento, a la nacionalidad, a la salud y educación, y asegurar la unidad y fortalecimiento de la familia.

En definitiva, los Estados tienen la obligación de adoptar medidas de acción positivas a fin de garantizar el derecho a la vida familiar que, en el marco de procedimientos migratorios, se traducen en el deber de contar con mecanismos adecuados que garanticen que la evaluación sobre el interés superior del niño sea la consideración primordial, y ofrezcan

⁵⁸ Presentación de UNICEF por la solicitud de opinión consultiva sobre niñez migrante ante la Corte IDH. Párr. 156



un catálogo de sanciones alternativas que resguarden el respeto a la unidad familiar sin menoscabar la potestad de los Estados de regular la migración.

