

CABA, 6 de abril de 2011

**SOLICITUD DE OPINIÓN CONSULTIVA SOBRE NIÑEZ MIGRANTE ANTE LA
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.**

INDICE

I. Introducción

- 1. El Objeto de esta solicitud de opinión consultiva.*
- 2. La situación de derechos humanos que motiva esta solicitud.*
- 3. Antecedentes institucionales.*

II. Solicitud de Opinión Consultiva

- 1. Procedimientos para identificar necesidades de protección internacional y potenciales situaciones de riesgo para los derechos de niños y niñas migrantes.*
- 2. Sistema de garantías de debido proceso.*
- 3. La no detención de niños y niñas. Estándares para la aplicación de medidas cautelares en un proceso migratorio.*
- 4. Medidas de protección de derechos que no implican restricciones a la libertad.*
- 5. Obligaciones estatales en casos de custodia de niños y niñas por motivos migratorios.*
- 6. Garantías de debido proceso ante medidas que impliquen restricciones a la libertad personal de niños y niñas por razones migratorias.*
- 7. El principio de no devolución en relación con los niños y niñas migrantes.*
- 8. Procedimientos de protección para el reconocimiento de la condición de refugiados.*
- 9. Derecho a la vida familiar de los niños y niñas en casos de disponerse la expulsión de los padres.*

III. Conclusiones

I. Introducción

1. Objeto de la Opinión Consultiva.

Esta Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos en recientes pronunciamientos ha afirmado el principio de que no debe darse un tratamiento criminal a las situaciones de irregularidad migratoria y tampoco imponerse sanciones de privación de la libertad como consecuencia del incumplimiento de las normas migratorias. También esta Corte Interamericana ha restringido sustancialmente la posibilidad de aplicar medidas de privación de la libertad, con fines cautelares, en los procesos migratorios, y ha definido con claridad una serie de garantías de debido proceso aplicables a estos procesos.

Por lo demás en varios precedentes jurisprudenciales y en ejercicio de su competencia consultiva, esta Corte ha definido el alcance del deber de protección especial de los niños, niñas y adolescentes del artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como un elenco básico de garantías de debido proceso y reglas de razonabilidad que deben regir la legislación, las políticas públicas y las prácticas estatales que involucren el ejercicio de derechos de la niñez (en adelante se utilizará niños y niñas o niños/as indistintamente para hacer referencia a todas las personas menores de 18 años de edad).

Los países firmantes entendemos que más allá de los importantes avances realizados en la adecuación de la normativa migratoria a los estándares del derecho internacional de derechos humanos, existe en el continente una situación grave y pendiente de afectación de derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes que migran por motivos económicos, sociales, culturales o políticos.

Esta situación se encuentra de cierto modo favorecida por un déficit de la legislación y de las políticas públicas en relación con diferentes temas que se examinan en esta solicitud. A manera de síntesis se podría señalar que un rasgo aún frecuente en algunas leyes y políticas migratorias, es la falta de la correspondiente articulación con el sistema de protección de derechos de la niñez, lo que limita la posibilidad de las instituciones públicas de definir de forma adecuada las medidas que tienen que adoptar cuando ingresa un niño/a al país de manera irregular.

Entre los problemas que consideramos más apremiantes que derivan de esta falta de articulación entre políticas migratoria y políticas de protección de derechos de la infancia, cabe mencionar la ausencia de procedimientos adecuados para identificar las diferentes situaciones de riesgo que enfrentan los niños que integran flujos migratorios mixtos o de composición diversa. Estos procedimientos deberían servir para determinar en cada caso las eventuales necesidades de protección internacional que pudieran existir, como por ejemplo, la condición de refugiado, o de víctima de delitos transnacionales, o la exposición a riesgo de tortura o trato inhumano en el país de origen. Estos procedimientos ayudarían a relevar información útil para la adopción de medidas especiales de protección de derechos que los niños y niñas requieran en circunstancias particulares.

En ocasiones también se advierte como un déficit de las políticas migratorias y de los aparatos administrativos que implementan esas políticas, la falta de capacidad técnica y de acuerdos institucionales apropiados, para realizar un examen estricto de las posibles consecuencias lesivas de derechos de los niños y niñas que pueden tener ciertas decisiones en el marco de procesos migratorios, tales como la radicación, o la expulsión.

Estimamos como otro aspecto pendiente en el campo de las políticas migratorias, la falta de sistemas de garantías procesales adecuados, para asegurar entre otros resguardos la representación legal, la asistencia jurídica y el derecho a ser oído de los niños/as en los trámites migratorios, así como la revisión de los actos administrativos ante instancias judiciales imparciales y especializadas.

Muchos sistemas legales permiten que los niños y niñas vean restringida su libertad personal por motivos migratorios, cualquiera sea la denominación que estas medidas reciban en los diferentes países, en algunas circunstancias sin resguardos de mínima razonabilidad, ni evaluación de medidas alternativas, ni las correspondientes garantías de debido proceso. Muchos niños y niñas sufren el alojamiento en instituciones migratorias cerradas como consecuencia de medidas cautelares aplicadas a sus padres en razón de su condición migratoria.

Asimismo, observamos que en las decisiones que se adoptan sobre deportación y expulsión es aún débil el reconocimiento de ciertos principios medulares del derecho internacional de los derechos humanos, como el de no devolución, la protección de la condición de refugiado y el principio de protección de la vida familiar.

Entendemos que estos temas al mismo tiempo novedosos en sus ribetes jurídicos y apremiantes en su aspecto humanitario, justifican la intervención de la Corte Interamericana por vía de su competencia consultiva, para profundizar y precisar los estándares y principios que han sido sentados en sus precedentes sobre niñez y sobre migraciones. Estos estándares y principios no sólo contribuirán a fijar un piso mínimo de derechos fundamentales a ser reconocido por los Estados, sino que además conformarán un parámetro o marco conceptual que servirán de referencia insoslayable para ajustar y revisar las leyes y las políticas públicas en esta materia.

En virtud de lo expuesto consideramos que están dadas las condiciones para que la honorable Corte Interamericana pueda avanzar en esta oportunidad en la definición de estándares jurídicos en los siguientes temas: 1. Procedimientos para la determinación de necesidades de protección internacional y de medidas de protección especial de los niños, niñas y adolescentes migrantes; 2. Sistema de garantías que debería aplicarse en los procedimientos migratorios que involucran niños, niñas y adolescentes migrantes; 3. Estándares para la aplicación de medidas cautelares en un procedimiento migratorio sobre la base del principio de no detención de niñas y niños migrantes. 4. Medidas de protección de derechos que deberían disponerse de manera prioritaria y que no implican restricciones a la libertad personal. 5. Obligaciones estatales en casos de custodia de niños y niñas por motivos migratorios. 6. Garantías de debido proceso ante

medidas que impliquen privación de la libertad de niños y niñas en el marco de procedimientos migratorios. 7. Principio de no devolución en relación con niñas y niños migrantes. 8. Procedimientos para la identificación y el tratamiento de niños y niñas eventuales solicitantes de asilo o refugio. 9. El derecho a la vida familiar de los niños y niñas en casos de disponerse la expulsión por motivos migratorios de sus padres.

2. La situación de derechos humanos que motiva esta solicitud de opinión consultiva.

2.1. En América Latina y el Caribe, se estima que alrededor de 25 millones de personas han migrado hacia países de Norteamérica y Europa, mientras que otros seis millones han migrado a otros países dentro de la región¹. De ellas, una cantidad creciente, aunque todavía inestimable, son niños, niñas y adolescentes algunos de los cuales migran junto a sus padres (o con uno de ellos) al tiempo que otros lo hacen, de manera creciente, en forma no acompañada o separada².

Sin embargo, los niños/as afectados de una u otra forma por la migración internacional representan un número significativamente más alto, ya que no se contabilizan, por ejemplo, a muchos hijos e hijas de migrantes nacidos con posterioridad a la migración de sus padres, quienes por lo general adquieren la nacionalidad del país de destino en razón del principio *ius soli* que rige en casi toda la región. Tampoco se incluye a muchos niños y niñas que permanecen en el país de origen cuando sus padres deciden migrar. La cantidad de niños/as migrantes que se encuentran en situación migratoria irregular en la región es otro dato del que no se tiene certeza. De ahí que sea posible aseverar

¹ Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Migración internacional, derechos humanos y desarrollo*, Santiago, agosto de 2006, p. 73. Cifras similares maneja la United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Population Division (2009). *Trends in International Migrant Stock: The 2008 Revision* (United Nations database, POP/DB/MIG/Stock/Rev.2008). Este organismo internacional afirma que hay 26 millones de personas latinoamericanas que viven fuera de sus países de origen de las cuales 7.480.267 millones habitan en otros países latinoamericanos (migración sur-sur). Asimismo, los principales destinos de los inmigrantes en América Latina son Argentina (19%), Venezuela (13%), México (9,7%) y Brasil (9,19%), conforme <http://www.un.org/esa/population>. Cerca de la mitad de los emigrantes regionales salió de su país de origen en el decenio de 1990 para dirigirse, en especial, a los Estados Unidos, actualmente el mayor receptor de inmigrantes del mundo. Hacia el año 2004, la cuantía alcanzada por la población latinoamericana y caribeña en ese país se acercaba a los 18 millones de personas. En el 2008 dicho país albergaba poco más de 45 millones de latinoamericanos, conforme el US Census Bureau, 2006-2008, American Community Survey. Esto es indicativo de que Estados Unidos todavía es el destino de preferencia de la mayoría de los emigrantes de la región. México es el país que registra la mayor población residente en Estados Unidos (cerca de 30 millones en 2008), seguido por Puerto Rico (4 millones), Cuba (1.572.138), El Salvador (1,477.210), República Dominicana (1.249.471), Guatemala (915,743) y Colombia (822,036), información según el U.S. Census Bureau, 2006-2008 American Community Survey.

² Según el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, los niños no acompañados son quienes se encuentran fuera de su país de origen y están "separados de ambos padres y otros parientes y no están al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumbe esa responsabilidad"; mientras que los niños separados serían los que están "separados de ambos padres o de sus tutores legales o habituales, pero no necesariamente de otros parientes"; Observación General No. 6 (2005), *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, CRC/GC/2005/6, del 1 de septiembre de 2005, párrs. 8-9.

que las cifras citadas al comienzo resultan acotadas respecto de la cantidad real de población infantil migrante³.

Cabe aclarar que en este documento, cuando se hace referencia a la niñez migrante, se entiende que el concepto abarca a los niños y niñas que migran por motivos diversos, sea por reagrupación familiar, búsqueda de mejores condiciones económicas, sociales o culturales, para escapar de la pobreza extrema, la degradación ambiental, al violencia u otras formas de abuso y persecución a las que se ven sometidos.

De acuerdo con la opinión de diversos organismos internacionales de derechos humanos, las personas migrantes en situación migratoria irregular, por un lado, y los niños y niñas, por el otro, son grupos sociales que se encuentran en una condición de vulnerabilidad. Ambos colectivos requieren, por ello, un compromiso especial por parte de los Estados que deben procurar el respeto, la protección y la garantía de sus derechos fundamentales⁴.

En el caso de la niñez migrante sin condición migratoria regular (o en caso que sus padres no tengan condición regular), el cuadro de vulnerabilidad se profundiza como resultado de la combinación entre edad y condición migratoria, demandando una protección específica y adecuada de sus derechos por parte de los Estados (de origen, tránsito y destino de migrantes) y de otros actores concernidos. La acción estatal, desarrollada fundamentalmente a través de las políticas migratorias y las políticas de protección integral de derechos de los niños y niñas, debería estar guiada por dos directrices principales: la garantía de los derechos humanos y un enfoque transversal de edad que tenga debidamente en cuenta los derechos de los niños y niñas afectados por la migración.

Las necesidades particulares de protección de los derechos que tienen los niños y niñas migrantes, dada su situación de vulnerabilidad, se visibilizan con especial intensidad en ciertas circunstancias, como es la privación de libertad vinculada a su condición migratoria, la cual puede determinarse por dos vías. Una de ellas es, sin dudas, la utilización de la privación de la libertad como sanción por el hecho de haber ingresado a otro país sin autorización o de encontrarse allí sin permiso de residencia o con éste vencido (este tipo de respuestas punitivas a la irregularidad migratoria suele denominarse criminalización de la migración irregular). La segunda causa por la cual se emplea la vía de la privación de libertad de migrantes (en general, y niños/as en particular) es la detención como medida cautelar en el marco de un procedimiento migratorio, por lo general de expulsión del país.

³ En el análisis de la temática migratoria realizado en este documento, se tomó como base la investigación: "Estudio sobre los estándares jurídicos básicos aplicables a niños y niñas migrantes en situación migratoria irregular y algunas líneas de acción para su protección", Universidad Nacional de Lanús – Centro de Derechos Humanos y Oficina Regional de UNICEF para América Latina y el Caribe/TACRO. Diciembre de 2009.

⁴ Sobre la vulnerabilidad de la situación de las personas migrantes, véase, entre otros documentos, la Convención Internacional para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, preámbulo; y el *Informe del Grupo de Trabajo Intergubernamental de Expertos en los Derechos Humanos de los Migrantes*, E/CN.4/AC.46/1998/5 noviembre de 1998.

En la actualidad, la utilización de la privación de libertad de migrantes (adultos y niños) asociada a la infracción de las normas migratorias constituye una problemática que suscita una profunda preocupación en diferentes ámbitos nacionales e internacionales. La afectación del derecho a la libertad de las personas migrantes ha llevado a la Asamblea General de Naciones Unidas a instar a los Estados “a adoptar medidas efectivas para poner fin a los arrestos y detenciones arbitrarios de migrantes y a tomar acción para prevenir y castigar cualquier forma de privación ilegal de la libertad de migrantes”⁵.

Al examinar la problemática de la privación de libertad de personas migrantes, es preciso aclarar que, sin perjuicio de la diferente terminología que cada país pueda utilizar para denominar esta situación (albergar, aprehender, alojar, asegurar, internar, retener, etc.), lo relevante está en sus implicancias prácticas y su naturaleza jurídica. Es decir, si una persona está privada de su libertad, sin tener la posibilidad de entrar y salir libremente (o abandonar) el lugar donde ha sido alojada, entonces las circunstancias deben ser evaluadas con base en los principios, normas y estándares que rigen el derecho a la libertad personal⁶.

La detención a la que se hace referencia es la que se produce en razón del ingreso a otro país de manera no autorizada ya sea por encontrarse sin residencia, bien porque

⁵ Asamblea General, Resolución 59/194, *Protección de migrantes*, 2005. En los mismos términos se expresó la (extinta) Comisión de Derechos Humanos, en la Decisión 2001/52 sobre Derechos humanos de los migrantes, E/CN/4/RES/2001/52, del 24 de abril de 2001, párr. 18. A su vez, el Comité sobre la Eliminación de la Discriminación Racial recomendó a los Estados “asegurar la seguridad de los no-ciudadanos, en particular con respecto a la detención arbitraria...” (CERD, Recomendación General XXX, *Discriminación Contra No Nacionales*, 2004).

⁶ En este documento se adoptará un entendimiento amplio sobre la acepción detención, asimilándola a la de privación de libertad conforme fuera definida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos del año 2009. En este informe se señala que debe entenderse por privación de libertad, “Cualquier forma de detención, encarcelamiento, institucionalización, o custodia de una persona, por razones de asistencia humanitaria, tratamiento, tutela, protección, o por delitos e infracciones a la ley, ordenada por o bajo el control de facto de una autoridad judicial o administrativa o cualquier otra autoridad, ya sea en una institución pública o privada, en la cual no pueda disponer de su libertad ambulatoria. Se entiende entre esta categoría de personas, no sólo a las personas privadas de libertad por delitos o por infracciones e incumplimientos a la ley, ya sean éstas procesadas o condenadas, sino también a las personas que están bajo la custodia y la responsabilidad de ciertas instituciones, tales como: hospitales psiquiátricos y otros establecimientos para personas con discapacidades físicas, mentales o sensoriales; instituciones para niños, niñas y adultos mayores; centros para migrantes, refugiados, solicitantes de asilo o refugio, apátridas e indocumentados; y cualquier otra institución similar destinada a la privación de libertad de personas”, párr. 143. En igual sentido véanse los “Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas”, documento aprobado por la Comisión en su 131º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008. Por su parte, las Naciones Unidas sobre la privación de la libertad en la Regla 11 (b) de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad adoptadas por la Asamblea General en la Resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990, establece que, “Por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública”. Finalmente, el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes en su artículo 4.2 establece que por privación de libertad se entiende “cualquier forma de detención o encarcelamiento o de custodia de una persona por orden de una autoridad judicial o administrativa o de otra autoridad pública, en una institución pública o privada de la cual no pueda salir libremente”.

carecen de permiso o porque éste ha expirado, en el marco de procesos de identificación de personas migrantes sin documentación alguna, o cuando se dispone de privación de libertad como medida cautelar hasta tanto se resuelve su condición migratoria. La expulsión (según cada país, puede denominarse también repatriación, deportación o devolución), a su vez, refiere a los procedimientos por los cuales se determina el traslado de una persona migrante hacia su país de origen en razón de infracciones a la normativa migratoria sobre ingreso o permanencia.

Cabe destacar que esta Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha expedido recientemente en ejercicio de su competencia contenciosa respecto de la facultad de los Estados para establecer una sanción de carácter punitivo en relación con el incumplimiento de las leyes migratorias, analizando a tal fin la compatibilidad entre las legislaciones internas que regulan esta materia y las exigencias de la Convención Americana⁷.

En este sentido, a la luz de los artículos 7.2⁸ y 7.3⁹ de la Convención Americana la Corte ha señalado que la aplicación de medidas privativas de libertad de carácter punitivo para el control de los flujos migratorios, en particular de aquellos de carácter irregular, deben respetar los siguientes requisitos: *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*¹⁰.

Al analizar los dos primeros requisitos, la finalidad legítima y la idoneidad de una medida privativa de la libertad en el marco de un control migratorio por parte del Estado, la Corte ha señalado que “la utilización de detenciones preventivas puede ser idónea para regular y controlar la migración irregular a los fines de asegurar la comparecencia de la persona al proceso migratorio o para garantizar la aplicación de una orden de deportación”¹¹. No obstante, haciendo referencia a la opinión del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, manifiesta que “la penalización de la entrada irregular en un país supera el interés legítimo de los Estados en controlar y regular la inmigración

⁷ 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. 163

⁸ Artículo 7.2. “Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas”.

⁹ Artículo 7.3. “Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios”.

¹⁰ Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, supra nota 7, párrs. 166 y 167.

¹¹ *Ibidem*, párr. 169.

irregular y puede dar lugar a detenciones innecesarias”¹². Al igual que ha tomado en consideración los estándares previstos en el Informe de la Relatora de Naciones Unidas sobre los derechos humanos de los migrantes referidos a que “[l]a detención de los migrantes con motivo de su condición irregular no debería bajo ninguna circunstancia tener un carácter punitivo”¹³.

Por otra parte, con relación a la “necesidad de la medida” como otro de los requisitos que deben ser analizados a la hora de establecer el alcance de las obligaciones del Estado en materia de protección de los derechos de las personas migrantes, la Corte ha manifestado que el poder punitivo de los Estados, que se ve reflejado en sanciones de tipo penal y administrativas, debe ser ejercido estrictamente “para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro”, recurriendo a la privación de libertad “sólo en tanto sea necesario para satisfacer una necesidad social apremiante y de forma proporcionada a esa necesidad”¹⁴.

De esta manera, esta Honorable Corte afirma que “la detención de personas por incumplimiento de las leyes migratorias nunca debe ser con fines punitivos. Así, las medidas privativas de libertad sólo deberán ser utilizadas cuando fuere necesario y proporcionado en el caso en concreto a los fines mencionados *supra* y únicamente durante el menor tiempo posible”¹⁵. Asimismo, destaca que los Estados tienen la obligación de disponer medidas alternativas a la privación de la libertad que cumplan con los requisitos descritos, y que sean menos restrictivas de los derechos fundamentales de las personas migrantes.

En definitiva, concluye que, para que las políticas migratorias de los Estados sean compatibles con las disposiciones de la Convención Americana, el eje central de ellas no debe ser la detención obligatoria de las personas migrantes irregulares, sino que los Estados tienen la obligación de evaluar en cada caso particular la posibilidad de adoptar medidas alternativas a la privación de la libertad¹⁶.

En esta misma línea, el Comité de Naciones Unidas para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, al examinar disposiciones como 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

¹² Ibidem, párr. 169, en donde la Corte hace referencia a lo señalado en el Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de Naciones Unidas, “Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Cíviles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo”, A/HRC/7/4, 10 de enero de 2008, párr. 53.

¹³ Ibidem, párr. 169 en donde la Corte hace referencia a lo señalado en el Informe presentado por la Relatora Especial de las Naciones Unidas, “Grupos específicos e individuos: Trabajadores migrantes”, 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).

¹⁴ Ibidem, párr. 170. Allí la Corte vuelve a remitir al Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de Naciones Unidas, *supra* nota 12, párr. 63.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Ibidem, párr. 171.

libertad la entrada irregular de una persona [al] territorio [de otro Estado]"¹⁷. En el mismo sentido, todos los Estados del ámbito iberoamericano han afirmado unánimemente que en tanto "migrar no es un delito, [...] los Estados no desarrollarán políticas orientadas a criminalizar al migrante"¹⁸. También 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"¹⁹.

La nítida posición de los Estados de la región sobre esta cuestión, reforzada por los estándares fijados por la Honorable Corte y por diversos organismos internacionales de protección de derechos humanos, habilita a hablar de un **principio de no criminalización de la migración irregular**.

2.2. Sentado el principio de no criminalización, aun restan muchas cuestiones pendientes en relación con el reconocimiento de los derechos humanos de los migrantes y en particular sobre el reconocimiento y la protección de los derechos humanos de los niños migrantes.

Un rasgo frecuente en las políticas migratorias es la falta de articulación adecuada con el sistema de protección de derechos de la niñez, lo que limita la posibilidad de las instituciones públicas de definir de forma adecuada las medidas que tienen que adoptar cuando ingresa un niño al país de manera irregular.

Esta situación no sólo puede constituir un escenario de incertidumbre en cuanto a la protección jurídica e integral de los derechos de estos niños, niñas y adolescentes, marco que suele ser proclive a las propagación de decisiones discrecionales e incluso arbitrarias sino que, además, puede determinar, como sucede en muchas ocasiones, que sean tratados en idéntica forma que los adultos, con los perjuicios que ello acarrea para su desarrollo presente y futuro. En virtud de ello, en diversos países la ausencia de preceptos legales dirigidos a proteger los derechos de los niños/as en estas circunstancias repercute en cuestiones tales como la ausencia de procedimientos y mecanismos institucionales para identificar las distintas situaciones de riesgo para el ejercicio de derechos en que se encuentran los niños/as migrantes. Esta ausencia de procedimientos impide identificar en los flujos migratorios mixtos las diversas necesidades de protección internacional que pueden presentar los niños/as migrantes, como por ejemplo, si califican para acceder a la protección como refugiados, o si deben recibir tutela especial por ser víctimas de delitos de trata, o si se aplica respecto de ellos el principio de no devolución por la situación de riesgo que enfrentarían en el país al que se ha decidido enviarlos. Otra consecuencia directa de la ausencia de un enfoque basado en la protección de los derechos de la niñez, es la ausencia, en algunos sistemas legales, de medidas alternativas a la detención de niños/as junto con personas

¹⁷ 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. La Convención a la que se hace referencia es la Convención sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias.

¹⁸ *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, párr. 17.

¹⁹ *Ibidem*.

adultas (migrantes, pero también, en ciertos casos, personas acusadas y/o condenadas por la comisión de delitos penales), de la no prestación de asistencia jurídica gratuita y de la falta de garantías procesales adecuadas a su edad en el marco de las cuales puedan defender sus derechos (por ejemplo, proveyendo un tutor a niños/as no acompañados). También expresa esta carencia de perspectiva de protección de derechos, la inexistencia de políticas públicas que aseguren el acceso a la educación, la salud, la vida familiar o la recreación, o las restricciones en el acceso a prestaciones y servicios sociales vitales para los niños y niñas basadas precisamente en su condición migratoria.

Indudablemente un tema de preocupación es la subsistencia en varios sistemas legales de políticas migratorias que acuden a esquemas de privación de la libertad de niños, niñas y adolescentes en el marco de procedimientos migratorios.

Una vez establecida la prohibición general de criminalización de la inmigración irregular, corresponde examinar si como efecto de dicha prohibición es posible la utilización de la detención de niños/as cuando ésta se encuentra asociada a su condición migratoria. Entre las situaciones más frecuentes donde se utiliza dicha medida pueden mencionarse: en razón del ingreso a otro país de manera no autorizada; por encontrarse sin residencia, bien porque carecen de permiso o porque éste ha expirado; en el marco de procesos de identificación de personas migrantes sin documentación alguna; o cuando se dispone la privación de libertad hasta tanto se resuelve su condición migratoria (usualmente, entre la opción de permitir su estancia en el país u ordenar su retorno forzado al país de origen).

En este sentido, mientras que algunos países prevén la detención de migrantes (sin perjuicio de su edad) como sanción penal por infringir la legislación migratoria, en otros se dispone la detención administrativa como medida cautelar en el marco de procedimientos migratorios, sin contemplar medidas que no impliquen restricciones a la libertad ambulatoria o detención, las cuales deberían aplicarse en forma previa de modo obligatorio. A su vez, en muchos casos esta detención de niños/as y adultos migrantes se impone (con base legal o de facto) en virtud de la condición migratoria de la persona, sin necesidad de alegar otros motivos o causas para justificar la medida.

Además, la condición migratoria de los padres tiene consecuencias directas en los derechos de los niños/as, por ejemplo cuando son obligados a alojarse con sus padres en estaciones migratorias, o cuando deben acompañar a sus padres expulsados pese a ser nacionales de un país, o cuando sufren la expulsión de sus padres y la ruptura del vínculo familiar. Por ello se considera indispensable analizar la situación de niños y niñas migrantes, vinculándola con los derechos de los adultos migrantes.

En cuanto al procedimiento por medio del cual se adoptan medidas respecto de los niños/as, que incluso pueden implicar restricciones a la libertad y llegar a la detención de adultos y niños/as migrantes, en diversos países es posible identificar importantes carencias respecto de la autoridad competente para dictar y ejecutar esa decisión, particularmente debido a la falta de intervención del poder judicial, la no estipulación de plazos de tales medidas y la ausencia de garantías elementales del debido proceso.

Al mismo tiempo, en numerosas ocasiones, niños/as y adultos migrantes son alojados en centros carcelarios o comisarías policiales. Estas dependencias, por un lado, no han sido destinadas para albergar a personas acusadas de cometer infracciones migratorias, y por otro, no han sido adecuadas a los estándares de derechos humanos en materia de los derechos de los niños y niñas. Asimismo, en diversos países en los cuales existen centros especialmente creados (o acondicionados) para el alojamiento de migrantes, éstos presentan una lógica de funcionamiento que en poco, o nada, se distingue de un régimen penitenciario, lo que incide en la criminalización y estigmatización de la población migrante sin residencia, repercutiendo de manera negativa y perjudicial en la niñez.

Por otra parte, en la región también es notoria la ausencia de un enfoque basado en los derechos de los niños/as (ya sean migrantes e hijos de migrantes) en el marco de procedimientos de expulsión de migrantes como sanción a infracciones a la regulación de las condiciones de ingreso y residencia a un país. El principio del interés superior del niño, entendido como la satisfacción integral de todos los derechos de los niños y niñas, resulta medular en los procedimientos migratorios²⁰. Componentes claves del derecho internacional de los derechos humanos como el principio de no devolución, exigen la adopción de medidas específicas en el marco de los mencionados procesos, que incluyen una serie de estándares concretos (entre otros, emanados del Comité de Derechos del Niño, como luego se describirá) dirigidos a asegurar los derechos de la niñez.

En el contexto de aumento de flujos migratorios mixtos se hace además necesario contar con sistemas adecuados para identificar de manera oportuna el ingreso de niños y niñas eventuales solicitantes de asilo o refugio, y tener disponibles procedimientos claramente establecidos para resolver medidas adecuadas de protección antes y después de reconocida su condición de refugiado. Las decisiones que se adopten en el marco de los procedimientos especiales sobre solicitud de asilo o refugio deben partir también de un enfoque basado en la protección de los derechos del niño o niña, a la luz del principio del interés superior, por ejemplo al decidir su esquema de garantías procesales, los acuerdos sobre soluciones temporales y definitivas, entre otras situaciones.

Finalmente, los mecanismos de expulsión de padres de niños/as residentes o nacionales de países de destino, requieren también una profunda revisión desde un

²⁰ La CIDH en el Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos, 2009, en el párr. 88 ha señalado que, "(...) a partir de la doctrina de la protección integral, sustentada en la misma Convención sobre los Derechos del Niño, por *interés superior del niño* no puede entenderse otra cosa que la efectividad de todos y cada uno de sus derechos humanos. En otros términos: todas las decisiones que en la familia, la sociedad, o el Estado afecten a una persona menor de dieciocho años de edad tendrán que tener en cuenta, objetiva e indefectiblemente, la vigencia efectiva de la integralidad de tales derechos. Así lo ha entendido la Corte Interamericana al afirmar que "(...) la expresión interés superior del niño, consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el pleno ejercicio de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación ciudadana de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño".

prisma basado en el respeto a los derechos del niño/a, que priorice entre otros, el derecho a la vida familiar y el derecho a un desarrollo integral.

En este escenario, resulta fundamental que la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos defina con mayor precisión cuáles son los estándares, principios y obligaciones concretas que los Estados deben cumplimentar en materia de derechos humanos de las personas migrantes, en particular en lo que respecta a los derechos de los niños y niñas migrantes e hijos/as de migrantes.

En particular en base a los antecedentes reseñados que constituyen puntos de preocupación prioritarios de los gobiernos firmantes de esta solicitud, consideramos adecuado que la Corte IDH pueda avanzar en la definición de estándares jurídicos en los siguientes temas: 1. Procedimientos para la determinación de necesidades de protección internacional y de medidas de protección especial de los niños, niñas y adolescentes migrantes; 2. Sistema de garantías que debería aplicarse en los procedimientos migratorios que involucran niños, niñas y adolescentes migrantes; 3. Estándares para la aplicación de medidas cautelares en un procedimiento migratorio sobre la base del principio de no detención de niñas y niños migrantes. 4. Medidas de protección de derechos que deberían disponerse de manera prioritaria y que no implican restricciones a la libertad personal. 5. Obligaciones estatales en casos de custodia de niños y niñas por motivos migratorios. 6. Garantías de debido proceso ante medidas que impliquen privación de la libertad de niños y niñas en el marco de procedimientos migratorios. 7. Principio de no devolución en relación con niñas y niños migrantes. 8. Procedimientos para la identificar y tratamiento de niños y niñas eventuales solicitantes de asilo o refugio. 9. El derecho a la vida familiar de los niños y niñas en casos de disponerse la expulsión por motivos migratorios de sus padres.

Entendemos que estos temas seleccionados no agotan el repertorio de cuestiones problemáticas relativas a los derechos humanos de la niñez migrante, pero por cuestiones metodológicas consideramos que constituyen un conjunto de problemas íntimamente vinculados y que podrían ser tratados por la Corte en el marco del proceso de esta opinión consultiva.

Por lo demás son cuestiones que permitirían a la Corte desarrollar y profundizar principios jurisprudenciales y reglas de interpretación de la Convención Americana ya insinuadas en los precedentes antes referidos.

3. Antecedentes institucionales.

El respeto de los derechos humanos en las políticas migratorias es un tema destacado en la agenda de los países miembros del MERCOSUR y del resto de los otros países de América Latina y el Caribe en dos niveles de análisis: 1) en cuanto a la población que migra o transita entre los países de la región; 2) en cuanto a los y las migrantes de

la región que se encuentran en países del Norte, como los Estados Unidos, Canadá y Estados Miembros de la Unión Europea.

Un tema de creciente interés y preocupación para los pueblos latinoamericanos y caribeños es el de las políticas migratorias restrictivas adoptadas en dichas regiones, las cuales con frecuencia vulneran derechos fundamentales, afectando de manera particular a los niños, niñas y adolescentes sean ellos migrantes o hijos/as de migrantes.

Los países miembros del MERCOSUR han incorporado la temática migratoria en diversos foros y espacios de interlocución internacional (como la Conferencia Sudamericana de Migraciones y el Foro Global de Migración y Desarrollo) y han suscripto acuerdos bilaterales, regionales y subregionales que reconocen derechos humanos de los migrantes con independencia de su condición migratoria, además de haber suscripto los principales tratados internacionales sobre derechos humanos y en particular sobre derechos de la infancia.

Esta solicitud se inserta en un marco más amplio de trabajo y articulación regional entre los países signatarios. Al respecto, en la XVIII Reunión de Altas Autoridades de Derechos Humanos y Cancillerías (RAADDHH) del MERCOSUR y Estados Asociados los Estados participantes decidieron impulsar una opinión consultiva ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con la temática de los derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes, otorgando al Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR (IPPDH) el mandato de elaborar un texto de solicitud de opinión consultiva. El texto final de esta solicitud fue aprobado por la RAADDH en su sesión de Asunción en el mes de abril de 2011.

Esta decisión expresa una tendencia hacia la coordinación de posiciones sobre aquellos temas de alto interés público que presentan una incidencia fundamental para la vigencia de los derechos humanos en la región y es el resultado de más de cinco años de trabajo por parte de la RAADDHH, a través de su Comisión Permanente Iniciativa Niñ@Sur, en la coordinación de acciones en materia de protección y promoción de los derechos del niño.

El objetivo principal de la propuesta consiste en promover la definición de estándares precisos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en relación con los temas mencionados que expresan una preocupación prioritaria de los países que integran el MERCOSUR.

Asimismo, esto contribuirá en los esfuerzos de los Estados de la región por adecuar su legislación, su política migratoria y de protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes a este piso común de estándares jurídicos regionales, sirviendo además como base para los diálogos bilaterales con los países centrales y las posiciones comunes de los Estados y del bloque MERCOSUR en los foros regionales y globales.

Cabe destacar que esta iniciativa expresa además el firme compromiso de nuestros gobiernos con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos el cual es concebido

como una pieza clave del sistema de garantías de protección de derechos humanos en el continente americano.

II. Solicitud de opinión consultiva

Por medio de la presente se consulta a la Honorable Corte para que tenga a bien determinar con mayor precisión cuáles son las obligaciones de los Estados con relación a las medidas pasibles de ser adoptadas respecto de niños y niñas, asociada a su condición migratoria, o a la de sus padres, a la luz de la interpretación autorizada de los artículos 1.1, 2, 4.1, 5, 7, 8, 11, 17, 19, 22.7, 22.8, 25 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los artículos 1, 6, 8, 25 y 27 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y el artículo 13 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

En la formulación de esta solicitud de opinión consultiva los firmantes hemos decidido adelantar nuestra posición sobre algunos aspectos que consideramos deberían incluirse en el análisis de la Corte y en ocasiones hemos enunciado también posiciones acerca del alcance que debería darse a las normas de la Convención en los temas propuestos. En tal sentido este documento expresa un consenso entre los Estados signatarios acerca de los puntos de vista que aquí se expresan. La formulación de estas posiciones, así como el relevamiento de diversas fuentes de derecho interno y de derecho internacional, estudios e investigaciones, y documentos de expertos y expertas, que se citan en la solicitud, deben entenderse como apoyo a la labor interpretativa de la Corte, último intérprete del alcance de las obligaciones establecidas en los instrumentos internacionales invocados.

El análisis relativo a los derechos de la niñez migrante debe tener en cuenta dos cuestiones generales centrales de carácter normativo. En primer lugar, la obligación fundamental del Estado de garantizar el acceso a los derechos de los niños y niñas migrantes en condiciones de igualdad. En segundo lugar, la necesidad de realizar una interpretación amplia y progresiva de los derechos de los niños y niñas migrantes que se encuentran involucrados en los diferentes temas planteados en esta solicitud de opinión consultiva. Esa interpretación amplia y progresiva debería integrarse de forma armónica con los derechos establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño. Esto último ha sido establecido por la jurisprudencia de la Honorable Corte la cual ha afirmado que tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un *corpus juris* internacional de protección de los niños muy comprensivo que debe servir a la Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana²¹.

²¹ Al respecto véanse los casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, Sentencia de 19 de noviembre 1999 (*Fondo*), Párrafos 194 y 195 e "Instituto de Reeducación del Menor" (Panchito López) vs. Paraguay, Sentencia de 2 de septiembre de 2004 (excepciones preliminares, fondo y reparaciones y costas), párrafo 148 y la Consultiva OC-17/2002 sobre la "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño", 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, párrafos 24 a 30. En el párrafo 28 de esta OC la Corte además indicó que "Hoy día debe darse una interpretación dinámica al artículo 19 de la Convención Americana que responda a las nuevas circunstancias sobre las que debe proyectarse y atienda a las

Al examinar los estándares internacionales aplicables específicamente a los temas en cuestión, se solicita a la Corte que tenga en especial consideración ciertos principios del derecho internacional de los derechos humanos de carácter más general, entre otros:

- el principio *pro homine*, que exige recurrir a la interpretación más favorable a la persona;
- el principio de no discriminación, que prohíbe la restricción irrazonable de derechos fundamentales con base en diversos factores, como podría ser la nacionalidad o la condición migratoria de la persona²² y que manda tomar en consideración rasgos identitarios destacados de la persona, entre otros, la edad, la diversidad cultural y el género;
- la progresividad y el dinamismo de los derechos humanos, que demanda interpretar las normas de forma tal de enfrentar los desafíos presentes (en este caso, el fenómeno migratorio) con el objetivo de asegurar, progresivamente, la garantía de los derechos a todas las personas;
- El principio de protección especial o de especialidad, que requiere considerar un enfoque diferenciado en las normas y en las políticas que de cuenta de la situación de desigualdad estructural en que pueden encontrarse ciertos grupos o colectivos sociales, en particular los niños, niñas y adolescentes²³. En este caso cabe ubicar la situación de particular desigualdad fáctica en que se encuentran los niños y niñas migrantes o hijos de migrantes en situación irregular.
- el principio del "interés superior del niño"²⁴, entendido como la satisfacción simultánea e integral de los derechos y garantías que debe ser una consideración primordial en cada medida que pueda afectarlo y exige una protección especial a sus derechos y su desarrollo;
- y el principio de "protección integral de los derechos del niño"²⁵, que demanda un trato centrado no sólo en los derechos de los niños sino también en la garantía efectiva e interdependiente de esos derechos.

En consecuencia, se solicita a la Honorable Corte Interamericana de Derechos

necesidades del niño como verdadero sujeto de derecho y no sólo como objeto de protección".

²² Al respecto, ver Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, del 17 de septiembre de 2003.

²³ Este último "debe entenderse como un derecho adicional, complementario, que el tratado establece para seres que por su desarrollo físico y emocional necesitan protección especial" (Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, OC-17/02, cit., párr. 54). Sobre el principio de especialidad también se ha dicho que "...no es posible desconocer que el menor de edad guarda una situación especial en el proceso, como la guarda en la vida y en todas las relaciones sociales. Ni inferior ni superior: diferente, que amerita atenciones asimismo diferentes. Hay que subrayar como lo hice supra –y en ello es enfática la Opinión Consultiva– que todos los instrumentos internacionales relativos a derechos del niño o menor de edad reconocen sin lugar a dudas la "diferencia" entre éstos y los adultos y la pertinencia, por ese motivo, de adoptar medidas "especiales" con respecto a los niños. La idea misma de "especialidad" constituye un reconocimiento y una reafirmación de la diferencia que existe –una desigualdad de hecho, a la que no cierra los ojos el Derecho– y de la diversidad de soluciones jurídicas que procede aportar en ese panorama de diversidad. Voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez a la Opinión Consultiva OC-17, sobre "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño", del 28 de agosto de 2002, párr. 27.

²⁴ Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 3.

²⁵ Corte IDH, Caso del *Instituto de Reeducación del Menor v. Paraguay*, sentencia del 2 de septiembre de 2004, p. 147; Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/02, del 28 de agosto de 2002, p. 54.

Humanos que se pronuncie específicamente sobre las cuestiones que se detallan a continuación.

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

Los flujos mixtos migratorios han sido definidos como movimientos de población complejos que incluyen a refugiados, solicitantes de asilo y otros migrantes²⁶. En concreto, los flujos mixtos están relacionados con movimientos irregulares, en los que con frecuencia hay migración de tránsito, con personas que viajan sin la documentación necesaria, atraviesan fronteras y llegan a su destino sin autorización. Cabe tener presente que las personas que viajan de esta manera a menudo ponen sus vidas en riesgo, son obligadas a viajar en condiciones inhumanas y pueden ser víctimas de explotación y abuso.

La determinación de cuál es la respuesta estatal adecuada para responder a las necesidades de protección de los niños/as migrantes se encuentra de forma inexorable asociada al establecimiento de procedimientos adecuados y oportunos para posibilitar efectivamente la identificación de las situaciones de riesgos, amenazas y afectación –o potencial afectación- de derechos en que se encuentran los migrantes que han ingresado o procuran ingresar al territorio del Estado.

Estos procedimientos de identificación de situación de riesgos para los derechos fundamentales servirían por un lado, para identificar necesidades concretas de protección internacional que permitieran activar los mecanismos específicos previstos en normas de derecho internacional de derechos humanos, del derecho internacional humanitario o del derecho internacional de refugiados entre otras normas. Por otro lado también servirían a los Estados para avanzar en la adopción de las medidas especiales de protección de los derechos de los niños y niñas previstas en el artículo 19 de la

²⁶ Suele prestarse mayor atención a los solicitantes de asilo y a los refugiados en los flujos mixtos debido a los principios jurídicos internacionales establecidos de no devolución y de protección de los refugiados, pero los flujos mixtos también involucran a diversos grupos de otros migrantes también vulnerables tales como, migrantes víctimas de la trata, migrantes objeto de tráfico, menores no acompañados (y separados), migrantes objeto de violencia (incluida la violencia de género) y traumas psicológicos durante el proceso migratorio, personas vulnerables como las mujeres embarazadas, niños y ancianos, y migrantes detenidos en tránsito o a su llegada. Además, los flujos mixtos pueden incluir a trabajadores migrantes, comerciantes transfronterizos y migrantes que se desplazan por causas medioambientales. Véase "Migración Irregular y Flujos Migratorios Mixtos: Enfoque de la OIM", octubre 2009 disponible en http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/nuevo_sitio/2010/conferencia/3.%20Background%20Informacion%20on%20Mixed%20Migration/The%20Protection%20of%20Smuggled%20and%20Irregular%20Migrants/IOM%20-%20Migracion%20Irregular%20y%20Flujos%20Migratorios%20Mixtos.pdf . Véase también el documento resumido de la Conferencia Regional sobre Protección de Refugiados y Migración Internacional en las Américas - Consideraciones de Protección en el Contexto de la Migración Mixta San José, Costa Rica, 19-20 de noviembre del 2009. Entre otras cosas aquí se destaca que "...el aumento en la migración irregular en todo el continente trae aparejados una serie de desafíos relacionados con la protección, en especial en los puntos de ingreso" y que "...hay una ausencia de mecanismos adecuados para identificar y abordar las necesidades específicas de protección de determinados grupos como las víctimas de la trata de personas y los niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados", págs. 4-5 .

Convención Americana, más allá de cual fuera su situación migratoria en el país en el que se encuentren.

La identificación es en particular apremiante respecto de niños y niñas cuya migración puede responder a múltiples causas, tales como: ser víctima del delito de trata de personas y de severas formas de violencia en el país de origen, tránsito o destino; la reagrupación familiar; la búsqueda de mejores condiciones económicas, sociales o culturales; escapar de la pobreza, la exclusión y la degradación ambiental; u otras formas de abuso y persecución que pudieran calificar en línea con los principios y criterios de los marcos normativos internos y del sistema de protección internacional.

Esta gama amplia de situaciones exige a los Estados actuar y procurar que la identificación sea efectiva, bajo un enfoque de protección integral de los derechos de niños/niñas. Es decir, con la debida diligencia, debería identificarse, caso por caso, el tipo de problemas que afecta al niño/a, los derechos afectados –o potencialmente afectados (amenazados)-, así como las causas que los originan y los factores que contribuyen a potenciarlos. De tal forma que la identificación suponga la prevención o primera respuesta a la vulneración de los derechos de los niños/as, y permita al Estado adoptar un curso de acción consecuente con las medidas concretas de protección orientadas a evitar la consumación de esos riesgos.

De allí que la identificación debería realizarse antes de definir un curso de acción pública, tanto de índole social, asistencial, humanitaria o migratoria. Esto significa que estos procedimientos deberían ser oportunos, esto es, implementados inmediatamente, pues en caso contrario el temperamento estatal podría estar mal orientado y causar los mismos daños a los derechos de los niños/as migrantes. De allí que se sostenga que este tipo de procedimientos de identificación deberían ser implementados en los primeros contactos de los niños y niñas con las autoridades públicas, sean autoridades migratorias u otros funcionarios.

Conforme el Relator sobre Derechos de Migrantes de Naciones Unidas, las medidas mínimas que deben tenerse en cuenta en el proceso de evaluación inicial una vez que un niño/a no acompañado o separado de sus padres llega a un país de tránsito o destino consisten en: "...la determinación, con carácter prioritario, de la condición de menor no acompañado o separado de sus padres a su llegada al puerto de entrada o tan pronto como las autoridades tomen conocimiento de su presencia en el país, incluida la determinación de la edad; la inscripción y la determinación inmediata, de una manera adaptada a su edad y sexo, de la identidad del niño, realizada por profesionales calificados en un idioma que el niño pueda comprender; la consignación de información adicional, a fin de atender la situación concreta del menor, que incluya, entre otras cosas, las razones por las que no está acompañado o está separado de sus padres, una evaluación de los aspectos particulares de vulnerabilidad, en especial relativos a la salud, y de índole física, psicosocial y material, y de otras necesidades de protección como las derivadas de la violencia en el hogar, la trata o un trauma²⁷."

²⁷ Informe del Relator de la ONU sobre Derechos de Migrantes, presentado ante el Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/11/7, cit., párr. 35.

Estos procedimientos de identificación, que deberían circunscribirse dentro del sistema de protección integral de derechos, deberían ser además idóneos para lograr su propósito de recabar información útil para formar un diagnóstico claro de las circunstancias en que se encuentra cada niño/a. Un factor que incidirá en la idoneidad de estos procedimientos es la capacitación del personal que actuará en cada caso. También la capacidad de dialogar e interactuar con niños y niñas con diferentes culturas y afectados por diferentes circunstancias, a menudo traumáticas. A ello debe agregarse el respeto por la perspectiva de género, en tanto, en numerosas ocasiones pueden existir circunstancias de violencia de género o sexual.

Será necesario que las autoridades respectivas cuenten con instrucciones o directrices claras de actuación, un claro marco normativo, herramientas que faciliten su accionar, en particular la identificación, el registro de la información relevante (por ejemplo factores de alto riesgo) y mecanismos de canalización o referencia a las autoridades competentes en materia de protección y de niñez, según los casos²⁸.

La información que se recabe debería ser confidencial y además debería servir para orientar adecuadamente las respuestas de las autoridades públicas. Los procedimientos de identificación de situaciones de vulneraciones de derechos deberían activar respuestas estatales diferenciadas acordes a las necesidades detectadas en cada caso, y en ciertos casos particulares, medidas urgentes y especiales de protección para paliar o evitar la consumación de riesgos, como por ejemplo, medidas de asistencia y cuidado de niños y niñas víctimas de trata o violencia.

El espectro de los riesgos que puede enfrentar los niños y niñas y sus consecuentes necesidades de protección puede ser amplio. Como se ha visto, puede ocurrir que un niño/a sea víctima de trata, huya de diversas formas de violencia, haya sufrido persecución, etc. Cualquiera fuese la necesidad en cuestión, los procedimientos o mecanismos de identificación deberían posibilitar que la misma salga a la luz y que el Estado responda de forma adecuada. En particular, en el contexto de flujos mixtos, es clave que sean identificadas las necesidades de protección internacional de los niños y niñas en el marco del derecho internacional de los Derechos Humanos, del derecho de refugiados o del derecho humanitario, habida cuenta de las normas que rigen la actuación del Estado en estos casos.

En síntesis, desde el primer momento que un niño, niña o adolescente se encuentra frente a las autoridades públicas, éstas deberían actuar conforme a la perspectiva de protección integral de sus derechos. Ello significa iniciar las acciones del Estado con un proceso que permita determinar claros cursos de acción, identificando los niños/as que se encuentran no acompañados y separados, aquellos que son víctimas de trata, solicitantes de asilo/refugio o migrantes. Al respecto, se debería contar con personal debidamente capacitado que efectúe entrevistas a los niños/as, en un lenguaje

²⁸ También influirá en la idoneidad del procedimiento el esfuerzo estatal para recoger información de contexto que permita determinar patrones o situaciones de riesgo general de la población migrante. La determinación de factores riesgos generales puede contribuir al análisis que debería realizarse en cada caso para determinar situaciones de riesgo particularizados, y adoptar medidas preventivas eficaces en casos concretos de niños y niñas migrantes.

comprensible, no invasivas, ni intimidatorias, respetuosas de la perspectiva de género, brindando al niño/a información sobre el propósito de la misma y el objetivo de la obtención de información, la cual debería ser confidencial. Esta instancia debería ser previa a la adopción de medidas de cuidado temporario, ya que permite la atención inmediata de necesidades urgentes. En ese sentido, es importante la realización de un examen psico-físico, para determinar si se requiere de cuidados urgentes de atención médica, o bien psicológica en caso de detectar que algún niño o niña haya sido víctima de algún tipo de violencia, por ejemplo de carácter sexual.

Además de contar con mecanismos idóneos y efectivos para identificar riesgos y necesidades de protección internacional, los sistemas y aparatos estatales administrativos que implementan políticas migratorias deberían contar con la capacidad técnica de evaluar a la luz del interés superior del niño, la adopción de medidas especiales de protección de derechos en las diferentes fases o instancias de un procedimiento migratorio. En especial antes de decidir sobre temas que pueden eventualmente afectar sus derechos, tales como la radicación en el país de destino o la expulsión o repatriación al país de origen, o de tránsito, o el reconocimiento de la condición de refugiado, o el otorgamiento de asistencia temporal o soluciones duraderas o definitivas.

El tratamiento diferenciado de los derechos de la niñez y el objetivo de alcanzar su protección integral, debe conducir a una evaluación estricta de las consecuencias jurídicas, sociales, culturales y personales que puede suponer para el niño/a medidas tales como la deportación, cualquiera sea la modalidad o nombre que ésta tenga. Esta evolución y la determinación de cuál es en el caso el interés superior del niño supone necesariamente el establecimiento de procedimientos y acuerdos institucionales aptos a este fin²⁹.

En diversos países de la región, los niños y niñas pueden ser deportados en razón de su condición migratoria o la de su familia con total prescindencia del análisis de otras consideraciones basadas en su interés superior y afectando sus derechos fundamentales. En este sentido, sin distinción los niños/as y sus padres, reciben la misma sanción de expulsión como castigo por infracciones a la normativa migratoria, como la falta de autorización de residencia. Esta sanción incluye a su vez, en muchos casos, una sanción adicional: la prohibición de retornar al país de destino por un número determinado de años. En estos casos, los niños y niñas pueden ser sancionados con la prohibición de retorno a un país como consecuencia de la conducta migratoria de sus padres.

²⁹ En línea con las directrices de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), a los efectos del presente documento la expresión "procedimiento de determinación del interés superior" describe el proceso formal, dotado de garantías procesales estrictas, establecido para determinar el interés superior del niño. Se hará especial énfasis en la adopción de las decisiones importantes que le afecten, en el contexto de procedimientos migratorios o de otra naturaleza, y que tenga por efecto directo o indirecto resolver sobre aspectos vinculados a su permanencia, retorno a un tercer país o al país de origen o, en general, respecto de soluciones duraderas (integración –radicación–, reunificación familiar, reubicación, reasentamiento, etc.).

El incumplimiento de la normativa de ingreso o residencia, o de cualquier otra normativa migratoria, no debiera ser la única circunstancia a evaluar por la autoridad administrativa al momento de disponer un procedimiento de deportación de menores de edad. La expulsión no debiera concebirse como sanción por la irregularidad migratoria y la repatriación, en cualquier caso, debería ser una medida cuya idoneidad debiera ponderarse en función de un enfoque de protección integral de derechos de los niños y niñas.

Por estas razones, la Honorable Corte ha determinado que, "Las medidas de protección que se adopten en sede administrativa, deben ajustarse estrictamente a la ley, y apuntar a que el niño continúe vinculado con su núcleo familiar, si esto es posible y razonable (...); en el caso de que resulte necesario una separación, que ésta sea por el menor tiempo posible (...); que quienes intervengan en los procesos decisorios sean personas con la competencia personal y profesional necesaria para identificar las medidas aconsejables en función del niño (...). Todo ello permite el desarrollo adecuado del debido proceso, reduce y limita adecuadamente la discrecionalidad de éste, conforme a criterios de pertinencia y racionalidad³⁰.

En la misma línea, el Relator de la ONU sobre Derechos de Migrantes, se ha referido al principio de no devolución o de no expulsión de niños migrantes como medida de carácter no punitivo. Este principio impone a las autoridades guiarse por una lógica de "protección", y no de "castigo"³¹, armonizando los objetivos de las políticas migratorias con los derechos de la niñez.

En este sentido, es fundamental que los procedimientos migratorios o aquellos que puedan decidir sobre el retorno o la repatriación de niños estén guiados por el objetivo de determinar, en cada caso concreto, cuál es la medida más respetuosa de sus derechos. Debe procurarse que a través de dicho procedimiento se evalúe, asegurando las garantías procesales, el impacto que tendrá en los niños y niñas cada una de las posibles soluciones, tal como la repatriación al país de origen, la devolución al país de procedencia, el otorgamiento de residencia en el país de tránsito o destino, la asistencia para la reunificación familiar en el país en el que se encuentra, o en un tercer país en que se encuentren sus padres (reubicación o reasentamiento).

El Comité de los Derechos del Niño sostuvo que, "La determinación del interés superior del niño exige una evaluación clara y a fondo de la identidad de éste y, en particular, de su nacionalidad, crianza, antecedentes étnicos, culturales y lingüísticos, así como las vulnerabilidades y necesidades especiales de protección. Así pues, permitir el acceso del menor al territorio es condición previa de este proceso de evaluación inicial, el cual debe efectuarse en un ambiente de amistad y seguridad y a cargo de profesionales competentes formados en técnicas de entrevistas que tengan en cuenta la edad y el género"³².

³⁰ Corte IDH. OC-17, párr. 103.

³¹ *Informe del Relator de la ONU sobre Derechos de Migrantes*, presentado ante el Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/11/7, cit., párrs. 57 y 123.

³² Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 6, cit., párr. 20.

Para ello, deberían adoptarse una serie de medidas tanto en los países de destino de niños migrantes, como de tránsito y de origen (como lo ha señalado el Relator de Naciones Unidas³³), de manera tal que, en cada caso, se pueda efectivamente determinar cuáles son las alternativas que armonicen los objetivos de las políticas migratorias con los principios y estándares fundamentales en materia de derechos de la niñez.

Conforme lo expuesto, la primera consulta que se considera oportuno formular a la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre esta cuestión es la siguiente:

¿Cuáles son, a la luz de los artículos 1, 2, 5, 7, 8, 19, 22.7, y 25 de la Convención Americana y de los artículos 1, 25 y 27 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, los procedimientos que deberían adoptarse a fin de identificar los diferentes riesgos para los derechos de niños y niñas migrantes; determinar las necesidades de protección internacional; y adoptar en su caso, las medidas de protección especial que se requieran?

2. Sistema de garantías de debido proceso.

Esta pregunta se refiere a una serie de garantías básicas de debido proceso que debían contemplarse en relación con las medidas aplicables a los niños/as en el marco de procedimientos migratorios.

En tal sentido, las normas internacionales consagran una serie de condiciones que deben satisfacerse a fin de que las medidas aplicables por el Estado sean legítimas. Estos requisitos constituyen garantías procesales que conforman el “debido proceso legal” que precisa ser observado en todas las instancias procesales a efectos de que las personas puedan defender de forma adecuada sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos³⁴. A mayor abundamiento, la misma Corte Interamericana ha indicado que es un atributo de los Estados tomar decisiones soberanas sobre su política de migración, “las cuales deben ser compatibles con las normas de protección de derechos humanos establecidas en la Convención Americana”³⁵.

Los estándares internacionales reconocen, con particular intensidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que cualquier actuación de los órganos estatales en un proceso administrativo o jurisdiccional debe respetar el debido proceso legal y que estas garantías mínimas se aplican en todos los órdenes en los cuales puedan afectarse los derechos de las personas, lo que incluye los procedimientos de índole migratoria³⁶. La Corte Interamericana ha subrayado que, sin perjuicio de que los

³³ Informe del Relator de la ONU sobre Derechos de Migrantes, presentado ante el Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/11/7, cit., párr. 57.

³⁴ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, cit., párr. 123.

³⁵ Corte IDH, Caso de medidas provisionales contra República Dominicana, resolución de 18 de agosto de 2000, punto 4 de los considerandos.

³⁶ Corte IDH, Caso *Baena Ricardo y otros*, sentencia de 2 de febrero de 2001, párr. 124; Caso *Ivcher Bronstein v. Perú*, sentencia de 6 de febrero de 2001, párr. 102; OC-17/02, *Condición Jurídica y Derechos*

Estados pueden establecer mecanismos de control de ingresos y salidas de migrantes “indocumentados”, esas medidas “deben siempre aplicarse con apego estricto a las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana”³⁷.

Asimismo, el debido proceso legal debe ser reconocido a todas las personas que se encuentren bajo la jurisdicción de un Estado, lo que sin lugar a dudas incluye a las personas migrantes sin perjuicio de su condición migratoria³⁸, y con especial atención, cuando se trata de niños, niñas y adolescentes.

Al respecto, la Corte en su reciente jurisprudencia ha delimitado con claridad las garantías del debido proceso que deben respetarse a lo largo de todo el procedimiento migratorio. De esta manera, estableció que “el funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones jurisdiccionales debe cumplir con las características de imparcialidad e independencia que deben regir a todo órgano encargado de determinar derechos y obligaciones de las personas”.

En esta línea señaló la exigencia de que “cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, cuyas decisiones puedan afectar los derechos de las personas, adopte tales decisiones con pleno respeto de las garantías del debido proceso legal”, siendo que “el debido proceso legal es un derecho que debe ser garantizado a toda persona, independientemente de su estatus migratorio”³⁹.

Otra de las garantías a las que ha hecho referencia la Corte en el caso comentado precedentemente, es a la asistencia letrada de quien se encuentra sometido a un proceso migratorio. A tal fin, dispuso que “es de resaltar la importancia de la asistencia letrada en casos como el presente, en que se trata de una persona extranjera, que puede no conocer el sistema legal del país y que se encuentra en una situación agravada de vulnerabilidad al encontrarse privada de libertad, lo cual requiere que el Estado receptor tome en cuenta las particularidades de su situación, para que goce de un acceso efectivo a la justicia en términos igualitarios”. Además, especificó las características que debe tener quien asiste técnicamente en la defensa de la persona sometida a proceso, y destacó que “en procedimientos administrativos o judiciales en los cuales se pueda adoptar una decisión que implique la deportación, expulsión o privación de libertad, la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a favor de éstas es necesaria para evitar la vulneración del derecho a las garantías del debido proceso”⁴⁰.

Humanos del Niño, cit., párrs. 115-136; OC-18/03, *Condición Jurídica y Derechos de Migrantes Indocumentados*, cit., párrs. 121-126.

³⁷ Corte IDH, OC-18/03, cit., párr. 119.

³⁸ Véase, al respecto, los principios establecidos en el Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Anexo II, Deliberación N° 5: *Situación relativa a los inmigrantes y a los solicitantes de asilo*, E/CN.4/2000/4, del 28 de diciembre de 1999. La Corte Interamericana afirmó que “el amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso comprende todas las materias y todas las personas, sin discriminación alguna” (Corte IDH, OC-18/03, cit., párr. 173.7). En igual sentido se expresó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, Relatoría Especial sobre Trabajadores Migratorios y miembros de sus familias en el hemisferio, *Segundo informe de progreso*, cit., párrs. 89 y 90).

³⁹ *Ibidem*, párrs. 142 y 143.

⁴⁰ *Ibidem*, párrs. 132 y 146.

Con relación al derecho a la información, y en particular en lo que se refiere a la información consular, este Honorable Tribunal reiteró que se trata de una de las garantías esenciales del debido proceso que promueve la igualdad real de quienes son llevados ante la justicia⁴¹. Conforme esta jurisprudencia son tres los componentes esenciales del derecho debido al individuo por el Estado Parte: "i) el derecho a ser notificado de sus derechos bajo la Convención de Viena; ii) el derecho de acceso efectivo a la comunicación con el funcionario consular, y iii) el derecho a la asistencia misma"⁴².

Para los niños y niñas migrantes, y particularmente para aquellos no acompañados, el derecho a ser oído (consagrado en el artículo 12.2 de la CDN) cobra una especial relevancia y está íntimamente vinculado con la idoneidad de los procedimientos referidos en el punto anterior para identificar riesgos de afectación de derechos, necesidades de protección internacional, y el examen estricto de las consecuencias que pueden tener las medidas que se adoptan en el trámite migratorio.

También respecto de los niños/as no acompañados o separados de sus familias es de suma importancia, a fin de garantizar eficazmente sus derechos, brindarles acceso rápido y gratuito a la asistencia jurídica, y nombrarles un tutor y representante legal a fin de defender sus derechos, intereses y asegurar su bienestar⁴³.

Cabe tener en cuenta que la dilación en la adopción de estas medidas representa una amenaza a la seguridad de los niños y niñas, dejándolos expuestos al riesgo de ser víctimas de trata y otros abusos⁴⁴. Estas garantías deberían ser tenidas en cuenta también en el marco de todos los procedimientos en especial para determinar la opción más adecuada al caso.

Como lo ha señalado la Corte en ejercicio de su función consultiva, las garantías reconocidas en los artículos 8 y 25 de la Convención deben relacionarse con las medidas de protección especial establecidas en el artículo 19, debiendo adoptar medidas especiales para la específica protección de los derechos de los niños, que requieren de un trato diferente por sus condiciones particulares⁴⁵.

En este sentido, la Corte ha señalado en el caso *Rosendo Cantú vs. México* que, "La obligación de proteger el interés superior de los niños y niñas durante cualquier procedimiento en el cual estén involucrados puede implicar, *inter alia*, lo siguiente: i) suministrar la información e implementar los procedimientos adecuados adaptándolos a

⁴¹ Cabe indicar que el derecho a la información consular, fundamental para los extranjeros en general, no se aplica para los refugiados. La OC-16 de la Corte IDH nada dice al respecto.

⁴² *Ibidem*, párrs. 152 y 153. Cabe señalar que la Corte aclara en este punto que estos estándares no se aplican a las personas detenidas o retenidas que hayan solicitado una medida de protección internacional (*supra* párr. 106). Si son detenidas, tales personas gozan de los derechos bajo la Convención de Viena, no obstante, hay otras consideraciones para proteger sus intereses, las cuales la Corte no estima pertinente examinar en esta Sentencia.

⁴³ 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*, cit., párr. 63.

⁴⁴ Así lo entendió la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en su Recomendación 1703 (2005) sobre protección y asistencia para niños no acompañados solicitantes de asilo.

⁴⁵ Corte IDH, OC-17, párrs. 95 y 96.

sus necesidades particulares, garantizando que cuenten con asistencia letrada y de otra índole en todo momento, de acuerdo con sus necesidades; ii) asegurar en particular en casos en los cuales niños o niñas hayan sido víctimas de delitos como abusos sexuales u otras formas de maltrato, su derecho a ser escuchados se ejerza garantizando su plena protección, vigilando que el personal esté capacitado para atenderlos y que las salas de entrevistas representen un entorno seguro y no intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado, y iii) procurar que los niños y niñas no sean interrogados en más ocasiones que las necesarias para evitar, en la medida de lo posible, la revictimización o un impacto traumático en el niño⁴⁶.

Por otra parte, un problema recurrente que enfrentan los niños/as migrantes es el debate en torno a las modalidades y criterios para la definición de su edad. En muchos casos, los niños y niñas se encuentran en el país de tránsito o destino sin ningún documento que acredite su identidad y su edad, ante lo cual suelen ser tratados como adultos y no se les brinda la atención y protección adecuada a su condición. Al respecto, el Comité de Derechos del Niño ha establecido que la determinación de la edad debe tomar en cuenta no sólo el aspecto físico del individuo sino también su madurez psicológica, y que la evaluación debe realizarse con criterios científicos, seguridad e imparcialidad, atendiendo al respeto de sus derechos y a consideraciones de género, evitando todo riesgo de violación de su integridad física, respetando su dignidad humana y, en caso de incertidumbre, otorgando al individuo el beneficio de la duda, de manera que, ante la imposibilidad de establecer con certeza la edad se lo trate como niño/a⁴⁷.

En virtud de lo expuesto, la segunda consulta concreta que se formula a esa Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre esta cuestión es la siguiente:

¿Cuáles son a la luz de los artículos 1, 2, 7, 8, 19 y 25 de la Convención Americana y del artículo 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, las garantías de debido proceso que debieran regir en los procesos migratorios que involucran niños y niñas migrantes?

3. La no detención de niños y niñas. Estándares para la aplicación de medidas cautelares en un proceso migratorio.

La detención de migrantes se encuentra expresa o implícitamente prohibida en algunos países⁴⁸. En otros países se admite la posibilidad de detención como medida cautelar dirigida a garantizar la ejecución de una resolución que se adopta en el marco de un

⁴⁶ Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C No. 216. Párr. 201.

⁴⁷ Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 6 (2005), cit., párr. 31.

⁴⁸ Venezuela, Ley de Extranjería y Migración (No. 37.944, 2004, art. 46). Hay países que en su normativa migratoria no tienen prevista la detención (Bolivia, Decreto Supremo No. 24.423, 1996; Perú, Decreto Legislativo No. 703, 1991; Uruguay, Ley 18.250, 2008). Otros, como Argentina, establecen el principio general que durante el procedimiento (administrativo y judicial) de expulsión, la persona no debe estar privada de la libertad (Ley 25.871, 2004).

procedimiento migratorio (ingreso al país, concesión de residencia y, en especial, procesos de expulsión o deportación).

El examen de la posibilidad de detención de migrantes como medida cautelar, debe realizarse bajo un criterio restrictivo y de último recurso, y sólo para el caso excepcional de que no pudiera imponerse, o no haya resultado efectiva, ninguna de las medidas alternativas más flexibles, que de manera previa y prioritaria deberían aplicarse. Este principio es importante para evitar el uso abusivo y/o arbitrario de las detenciones administrativas como un dispositivo de control o gestión de los flujos migratorios⁴⁹.

En relación a este punto cabe señalar que la reciente jurisprudencia de la Honorable Corte ha establecido que la medida privativa de libertad debe estar prevista en ley, perseguir un fin legítimo y ser idónea, necesaria y proporcional⁵⁰. En este sentido, la Corte ha manifestado 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 dar lugar a detenciones innecesarias”, y que “[l]a detención de los migrantes con motivo de su condición irregular no debería bajo ninguna circunstancia tener un carácter punitivo”⁵¹.

Asimismo, la Corte ha definido en este mismo caso los principios de necesidad y proporcionalidad de la medida y la determinación del menor plazo posible de duración. A tal fin, expresó que “de este principio se colige que la detención de personas por incumplimiento de las leyes migratorias nunca debe ser con fines punitivos. Así, las medidas privativas de libertad sólo deberán ser utilizadas cuando fuere necesario y proporcionado en el caso en concreto a los fines mencionados *supra* y únicamente durante el menor tiempo posible”⁵².

El examen que debería efectuarse cuando se encuentren involucrados niños y niñas consiste en que cualquier medida que restrinja la libertad sólo podrá realizarse como medida de último recurso una vez que se han hecho todos los esfuerzos posibles para aplicar medidas de protección de derechos en un medio familiar y comunitario o alternativas a cualquier forma de privación de libertad⁵³.

⁴⁹ En el informe elaborado a solicitud del Parlamento Europeo, se subraya que la detención debería ser la excepción a la regla y solo ser usada como último recurso, cuando medidas alternativas más flexibles hayan fallado, según lo ordena el derecho internacional de derechos humanos y el derecho internacional de refugiados. La detención de migrantes no debe ser utilizada como política para gestionar los flujos migratorios (Steps Consulting Social, *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*, Bruselas, Diciembre 2007, p. 209).

⁵⁰ Corte IDH. *Caso Vélez Loo Vs. Panamá*, supra nota 7, párr. 167.

⁵¹ Corte IDH. *Caso Vélez Loo Vs. Panamá*, supra nota 7, párr. 169, en donde la Corte remite al Informe del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre la Detención Arbitraria, Informe del Grupo, Anexo II, Deliberación No. 5: Situación relativa a los inmigrantes o a los solicitantes de asilo, 1999, E/CN.4/2000/4, Principio 7, y al 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).

⁵² Corte IDH. *Caso Vélez Loo Vs. Panamá*, supra nota 7, párr. 171.

⁵³ *Convención de los Derechos del Niño*, arts. 37 y 40.4; *Reglas de Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad*, Asamblea General, Resolución 45/113, del 14 de diciembre de 1990,

En cualquiera de los casos, todas las respuestas estatales ante estos supuestos y la eventual privación de libertad de niños/as migrantes con fin cautelar, requeriría en primer lugar, que una ley formal autorice y regule esa posibilidad⁵⁴ y , como ya se subrayó, que de manera expresa lo haga como una opción de última *ratio*, dando prioridad a aquellas medidas que no cercenen el derecho a la libertad personal⁵⁵. A su vez, la normativa debería establecer las causas particulares concretas que habilitan a las autoridades competentes a utilizar este último y excepcional recurso. Asimismo, la aplicación de una de estas causales en cada caso debería estar basada y justificada en las circunstancias individuales correspondientes, a fin de asegurar fehacientemente que se trata de una restricción necesaria para brindar una protección adecuada a los derechos del niño y que constituye una medida proporcional al objetivo que se busca alcanzar.

En este sentido, el examen de razonabilidad de la medida deberá partir de principios generales del derecho internacional de derechos humanos, como el *pro homine* y el principio de integralidad e interdependencia de tales derechos, que en este contexto estarían simbolizados en el principio *favor libertatis* (protegiendo un derecho esencial como la libertad personal⁵⁶). Con este criterio, 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/as 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 tanto afecta sus derechos fundamentales, por lo que debería recurrirse a medidas de otra naturaleza⁵⁷.

Cuando los niños 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.

reglas 1.2 y 17; Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, Reglas de Beijing, AG, Resolución 40/33, del 29 de Noviembre de 1985, reglas 13.1 y 19; Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, Resolución 2002/23, Protección Internacional de los Refugiados, 2002, p. 4; Informe del Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria, E/CN.4/1999/63, del 18 de diciembre de 1998, p. 78; Corte IDH, Caso Instituto de Reeducción del Menor v. Paraguay, cit., p. 228-231; Corte IDH, Caso Bulacio v. Argentina, sentencia del 18 de septiembre de 2003, párr. 133.

⁵⁴ El requisito de ley formal para la restricción de un derecho fundamental ha sido fundamentado detalladamente, entre otros organismos internacionales, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (véase, entre otros, Corte IDH, Opinión Consultiva OC-6/86, *La expresión leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, del 9 de mayo de 1986).

⁵⁵ Consejo de Europa, Asamblea Parlamentaria, Resolución 1509 (2006), *Human rights of irregular migrants*, del 27 de junio de 2006, p. 12.4; Consejo de Europa, *Twenty Guidelines on Forced Return*, Septiembre 2005, Directriz 11.

⁵⁶ El derecho a la libertad personal goza de una protección especial en el derecho internacional (y constitucional), dado que es considerado un derecho angular para la democracia y el Estado de Derecho, y por ende la restricción a este derecho sólo puede ser adoptada en particulares circunstancias y con el debido respeto de requisitos sustantivos y formales.

⁵⁷ *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*, cit., p. 22, recommendations to Member States, y p. 210, recommendations to European Institutions.

Sin embargo, tales argumentos no deberían invocarse en detrimento de los otros estándares que aquí se discuten.

Al respecto, al momento de tomarse decisiones por parte de las autoridades competentes, debería 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, a fin de garantizar los derechos de los niños debería prevalecer, antes que la detención de la familia, el mantenimiento de la unidad familiar sin recurrir a una medida privativa de la libertad. El Relator de Naciones Unidas sobre Derechos de Migrantes 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 niños⁵⁸. Como ya se indicó, de ninguna manera podría entenderse que la privación de libertad será un ámbito propicio para que el niño ejercite sus derechos de forma adecuada⁵⁹. De este modo, se ha resaltado que la privación de libertad de niños/as 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 otros⁶⁰.

En cuanto a los niños/as migrantes no acompañados o separados de sus padres, los organismos internacionales subrayan, como principio general, que no deberían nunca ser privados de libertad⁶¹. En este caso, como se señala en el punto siguiente, los Estados deben adoptar medidas de protección de derechos y prever respuestas adecuadas que prioricen las soluciones basadas en la familia y en la comunidad y no en el alojamiento en instituciones hasta tanto se resuelva de manera definitiva su situación, ya sea mediante el retorno a su país de origen en condiciones de seguridad o bien mediante la regularización de su condición migratoria y posterior adopción de medidas de protección de carácter permanente.

En sentido similar, organismos especializados como el Relator de Naciones Unidas sobre Derechos de Migrantes, han señalado que los niños y niñas no deben estar detenidos por razones migratorias, y que su interés superior debe conducir a la

⁵⁸ *Mission to the United States of America*, A/HRC/7/12/Add.2, 5 de marzo de 2008, párr. 125, la traducción es propia.

⁵⁹ *The conditions in centres for third country national (detention camps, open centres as well as transit centres and transit zones)*, cit., p. 22. Asimismo, según UNICEF Australia, la detención de niños y adultos en el mismo lugar no resulta en interés superior del niño ya que la detención de niños es inherentemente indeseable por una multiplicidad de motivos. La única opción sería dejar en libertad al niño junto a su familia. Por ello, deben desarrollarse modelos alternativos a la detención, que tengan en cuenta todos los aspectos del superior interés del niño, incluido preservar la unidad familiar (UNICEF, *Submission to the National Inquiry into Children in Immigration Detention*, cit., la traducción es propia).

⁶⁰ *Alternatives to immigration detention of families and children*, A discussion paper by John Bercow MP, Lord Dubs and Evan Harris MP for the All Party Parliamentary Groups on Children and Refugees, Supported by the No Place for a Child Coalition, Julio de 2006, p. 9.

⁶¹ Informe del Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria, en su visita al Reino Unido, sobre la cuestión de inmigrantes y solicitantes de asilo, E/CN.4/1999/63/Add.3, p. 37. Véase también, *Informe de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos de Migrantes*, E/CN.4/2003/85, cit., párr. 75. a.

adopción de medidas alternativas, tanto si están no acompañados o separados, como a favor de grupos familiares⁶².

Al respecto, la tercera consulta concreta que se considera corresponde solicitar a esa Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre este punto es la siguiente:

¿Cómo debe interpretarse, a la luz de los artículos 1, 7, 8, 19 y 29 de la Convención Americana y del artículo 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el principio de última ratio de la detención como medida cautelar en el marco de procedimientos migratorios cuando están involucrados niños y niñas que se encuentran junto a sus padres, y cuando están involucrados niño/as no acompañados o separados de sus padres?

4. Medidas de protección de derechos que no implican restricciones a la libertad.

El deber prioritario de los Estados consiste en diseñar políticas dirigidas a asegurar la protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes sin que éstas incluyan la privación de libertad como posibilidad. Para ello el Estado debe disponer de otras acciones alternativas a la restricción de la libertad que sean obligatorias y de previa implementación a cualquier medida de institucionalización para que tornen a la restricción de la libertad en un último recurso⁶³. Así lo definió esta Corte Interamericana en el caso Vélez Loor vs. Panamá para los migrantes adultos, afirmando que ante procesos migratorios, y a fin de evitar medidas que restrinjan la libertad personal, “es esencial que los Estados dispongan de un catálogo de medidas alternativas”⁶⁴.

En particular, los Estados están obligados a diseñar e implementar mecanismos de protección específicos para niños y niñas migrantes que consistirían en medidas alternativas de protección de derechos de los niños y niñas migrantes que permitan cumplir con la obligación exigida por el derecho internacional.

Tal como lo ha señalado el Relator de la ONU sobre Derechos de Migrantes⁶⁵, las políticas estatales deben incluir opciones expresamente adecuadas para los niños y niñas migrantes, tanto cuando se encuentren con su familia como en caso de no estar acompañados.

⁶² UNICEF, *Examples of Good Practices in the Implementation of the International Framework for the Protection of the Rights of the Child in the Context of Migration*, Draft, New York, 18 June 2010, www.unicef.org/socialpolicy/files/UNICEF_Good_Practices_Children_HRs_and_Migration_June_2010.pdf; Informe del Relator de la ONU sobre Derechos de Migrantes, presentado ante el Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/11/7, Ginebra, del 14 de mayo de 2009.

⁶³ En este sentido, el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial ha cuestionado que los Estados recurran “automáticamente” a la detención de inmigrantes que no cuentan con la documentación exigida para ingresar o residir en el país, recomendando, por el contrario, que, en tanto la detención debe ser un último recurso, deberían adoptarse otras soluciones no privativas de la libertad.

CERD, Observaciones Finales, Bahamas, CERD/C/64/CO/1, del 28 de abril de 2004, párr. 17.

⁶⁴ Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá, supra nota 7, párr. 171,

⁶⁵ Informe del Relator Especial sobre Derechos Humanos de los Migrantes, presentado ante el Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/11/7, 14 de mayo de 2009, párrs. 60-62.

Las decisiones acerca de qué medida adoptar en cada caso deberán respetar ciertos recaudos básicos de legalidad, razonabilidad y debido proceso adjetivo. 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). Con esto a su vez se aseguran las debidas garantías para impugnar dicha decisión, como así también la garantía del respeto del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta a lo largo de todo el procedimiento que lo involucre.

A fin de evitar la detención cautelar, deberían implementarse de manera prioritaria soluciones alternativas basadas en la familia y en la comunidad⁶⁶ tales como: la búsqueda en el país receptor de familia ampliada o referentes afectivos que pueda responsabilizarse por el niño o niña; otras medidas de alojamiento recurriendo a familias sustitutas; 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/as y, 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, entre otras.

Por consiguiente, la cuarta consulta concreta que se estima pertinente formular a esa Honorable Corte interamericana de Derechos Humanos sobre este punto es la siguiente:

***¿Qué características deben tener, a la luz de los artículos 2, 7, 19, 25 y 29 de la Convención Americana y del artículo 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, las medidas alternativas adecuadas de protección de derechos del niño que debieran constituir la respuesta estatal prioritaria para evitar cualquier tipo de restricción a la libertad ambulatoria?
¿Cuáles son las garantías de debido proceso que deberían aplicarse en el procedimiento de decisión acerca de medidas alternativas a la detención?***

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

Como principio general, los estándares internacionales exigen que toda persona bajo custodia estatal sea tratada de forma humana, respetando su dignidad, sus derechos y garantías fundamentales. Asimismo, y tomando en cuenta la posición especial de garante que tienen los Estados, éstos deben respetar y garantizar la vida e integridad

⁶⁶ Naciones Unidas A/Res/64/142. Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, 24 de febrero 2010, párrafo 53 y ss y Opinión Consultiva 17, párrafo 73.

personal de quienes estén bajo su custodia. Esto supone la adopción de medidas vinculadas no sólo con el lugar donde las personas son alojadas sino también con las condiciones en las que se ejecuta dicha medida⁶⁷.

Ahora bien, en el caso de las personas migrantes, que como ya se señaló no pueden ser detenidas sino, y de manera excepcional, en tanto medida cautelar y previo cumplimiento de una serie de requisitos formales y sustanciales pueden disponerse de ciertas medidas de alojamiento temporal, existen ciertos estándares específicos a garantizar en cuanto al lugar y las condiciones en que debería desarrollarse esta medida, algunos referidos concretamente a los niños y niñas.

En este sentido, cabe señalar en primer lugar que las personas migrantes no pueden ser alojadas en establecimiento carcelarios u otros destinados a personas condenadas o acusadas de haber cometido infracciones de naturaleza penal⁶⁸. La detención en este tipo de instituciones resulta total y absolutamente “incompatible con las garantías básicas de los derechos humanos”⁶⁹. La Corte Interamericana afirmó que “de resultar necesario y proporcionado en el caso en concreto, los migrantes deben ser detenidos en establecimientos específicamente destinados a tal fin que sean acordes a su situación legal y no en prisiones comunes, cuya finalidad es incompatible con la naturaleza de la posible detención de una persona por su situación migratoria, u otros lugares donde puedan estar junto con personas acusadas o condenadas por delitos penales. Este principio de separación atiende, ciertamente, a las diferentes finalidades de la privación de libertad”⁷⁰. Así concluyó que los Estados tienen la obligación de disponer de establecimientos públicos separados de los centros penitenciarios para el caso exclusivo de detenciones en el marco de procesos migratorios⁷¹.

Con relación a las condiciones del alojamiento, se ha establecido que los migrantes privados de libertad no deben ser expuestos a circunstancias que atenten contra sus derechos fundamentales y que puedan poner en riesgo su integridad física o su vida⁷². Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se refirió a las condiciones apropiadas de alojamiento temporal de los migrantes subrayando que, “la

⁶⁷ La Corte IDH entiende que “la forma en que se trata a un detenido debe estar sujeta al escrutinio más estricto, tomando en cuenta la especial vulnerabilidad de aquél, función estatal de garantía que reviste de particular importancia cuando el detenido es un menor de edad” y agregó que “esta circunstancia obliga al Estado a ejercer su función de garante adaptando todos los cuidados que reclama la debilidad, el desconocimiento y la indefensión que presentan naturalmente, en tales circunstancias, los menores de edad”; Corte IDH, Caso *Bulacio v. Argentina*, cit., párr. 126.

⁶⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, Resolución 01/08, marzo de 2008, Principio XIX. Véase también, Convención Internacional para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y sus Familiares, artículo 17; CIDH, *Segundo Informe de Progreso de la Relatoría Especial sobre Trabajadores Migrantes y sus Familias en el Hemisferio*, cit., párr. 110; Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria, Deliberación N° 5 sobre la situación de los inmigrantes y solicitantes de asilo, cit., principio 9.

⁶⁹ CIDH, Resolución 03/08. En igual sentido, véase el *Segundo Informe de Progreso*, Relatoría sobre Trabajadores migratorios y sus Familias de la CIDH, cit., párr. 110.

⁷⁰ Corte IDH. Caso *Vélez Loor Vs. Panamá*, supra nota 7, párr. 208.

⁷¹ Corte IDH. Caso *Vélez Loor Vs. Panamá*, supra nota 7.

⁷² Informe del Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria, A/HRC/17/4, cit., párrs. 57 y 58. En igual sentido, CIDH, Relatoría para los Trabajadores Migratorios, *Segundo Informe de Progreso*, cit., párr. 99.g.

responsabilidad que le cabe a los Estados de garantizar que los extranjeros detenidos, sobre todo aquellos retenidos por razones administrativas, no sean expuestos a condiciones que atentan contra sus derechos fundamentales y pueden poner en riesgo su integridad física o su vida⁷³. Por su parte, la Corte destacó que, “Si bien la privación de libertad trae a menudo, como consecuencia ineludible, la afectación del goce de otros derechos humanos además del derecho a la libertad personal, en caso de personas privadas de libertad exclusivamente por cuestiones migratorias, los lugares de detención deben encontrarse diseñados a los fines de garantizar condiciones materiales y un régimen adecuado para su situación legal, y cuyo personal esté debidamente cualificado, evitando en lo posible la desintegración de los núcleos familiares. En consecuencia, el Estado está obligado a adoptar determinadas medidas positivas, concretas y orientadas, para garantizar no sólo el goce y ejercicio de aquellos derechos cuya restricción no resulta un efecto colateral de la situación de privación de la libertad, sino también para asegurar que la misma no genere un mayor riesgo de afectación a los derechos, a la integridad y al bienestar personal y familiar de las personas migrantes⁷⁴”.

Ante personas menores de edad deberían tenerse en consideración los principios generales (interés superior del niño, la protección especial o especialidad y protección integral de derechos) al momento de diseñar y desarrollar las condiciones en que se debe ejecutar cualquier medida en circunstancias tan especiales y excepcionales: se trata de niños/as en una especial condición de vulnerabilidad quienes, en el peor de los casos, han infringido una normativa administrativa.

Respecto de los niños y niñas migrantes que se encuentran en el país de tránsito o destino bajo custodia estatal junto a sus padres, deberían interpretarse, armónicamente y en el marco de los estándares generales del derecho internacional de los derechos humanos, diversos principios. Entre ellos se destacan las exigencias de que “todo niño privado de libertad esté separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño” (artículo 37.c de la Convención de Derechos del Niño)⁷⁵, a que los niños en situación de detención no pueden ser separados de sus padres⁷⁶ y a la obligación de garantizar el derecho a la vida familiar (arts. 9, 11 y 18 de la Convención de Derechos del Niño). Los Estados deberían contar con lugares y recursos adecuados que permitan el alojamiento de familias a fin de garantizar la unidad familiar. De manera tal que los principios que conducen a evitar la restricción de la libertad de los niños deberían ser determinantes al momento de definir la situación de sus padres, más allá de su condición migratoria. En lugar de privar de la libertad a los niños para que acompañen a sus padres, deberían explorarse formas adecuadas para garantizar la protección de los derechos de los niños. Ello evitaría restricciones de los derechos de los niños impuestas en razón de la condición migratoria de los padres. Por ello, los Estados deberían adoptar medidas alternativas a la detención de los padres,

⁷³ CIDH. Relatoría sobre Trabajadores Migratorios, *Segundo Informe de Progreso*, cit., párr.94.

⁷⁴ Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, supra nota 7, párr. 209.

⁷⁵ En igual sentido, la Corte IDH estableció que “para salvaguardar los derechos de los niños detenidos, especialmente su derecho a la integridad personal, es indispensable que se les separe de los detenidos adultos”. Corte IDH. OC-17/02, Condición Jurídica y derechos humanos del niño, Párr.28.

⁷⁶ CIDH, *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, cit., Principio XIX.

que procuren que el grupo familiar pueda estar en libertad durante el procedimiento migratorio⁷⁷.

En cuanto a las condiciones en las cuales se restringe la libertad de niños/as migrantes, resulta imprescindible asegurar ciertos aspectos. En primer lugar, que las reglas del lugar, las autoridades competentes, los espacios, los horarios, las actividades, entre otros, estén diseñados según los derechos de los niños. Para ello, la participación directa de organismos y autoridades encargados de la protección integral de la niñez constituye un requisito ineludible.

A su vez, en el caso de los niños migrantes no acompañados, el Comité de Derechos del Niño ha señalado que, “se dispondrá lo necesario para que el alojamiento sea adecuado para los menores y esté separado de los adultos, a menos que lo contrario se considere conveniente en interés superior del menor”. A su vez, “los centros de detención no deberán localizarse en zonas aisladas donde no pueda accederse a recursos comunitarios adecuados desde el punto de vista cultural ni a asesoramiento jurídico. Los menores deberán tener oportunidad de establecer contactos periódicos con amigos y parientes y con su tutor y recibir la visita de éstos, así como asistencia espiritual, religiosa, social y jurídica”. Por otra parte, en cuanto al ejercicio de derechos fundamentales del niño en estas circunstancias, el Comité destacó el derecho de los niños y niñas migrantes “a recibir productos de primera necesidad y, de ser necesario, tratamiento médico adecuado y ayuda psicológica. Durante el período de privación de libertad, los menores tendrán derecho a recibir enseñanza, de ser posible fuera del lugar de detención, a fin de facilitarles la continuación de su educación una vez en libertad. También tendrán derecho al esparcimiento y el juego con arreglo al artículo 31 de la Convención”⁷⁸.

En cualquier caso, siguiendo los lineamientos del Comité, resulta fundamental destacar que cualquier medida aplicable a niños y niñas migrantes, debe estar acompañada por una serie de políticas públicas que aseguren que tanto la determinación de los espacios como las condiciones de alojamiento (así como la causa que justifica tal decisión) se orienten por el principio de respeto de todos los derechos reconocidos en el derecho internacional de los derechos humanos y no de “privación de libertad” del niño/a⁷⁹. Para ello, como indica la Corte Interamericana, las personas encargadas de los centros en los que disponga la detención de niños y niñas, deben estar debidamente capacitadas para el desempeño de su cometido⁸⁰. La efectiva garantía y aplicación de estas

⁷⁷ Según el Relator de la ONU sobre Derechos de los Migrantes, los familias migrantes con niños no deberían ser alojadas en establecimientos similares a las prisiones, sino ubicados en lugares alternativos, apropiados a su condición (*Mission to the United States of America*, cit., 2008, párr. 125). En igual sentido, véase UNICEF Australia, *Submission to the National Inquiry into Children in Immigration Detention*, cit.

⁷⁸ Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 6, cit., párr. 63.

⁷⁹ Comité de Derechos del Niño, Obs. Gral. 6, cit., párr. 63. El mismo Comité recomendó al Estado mexicano que los niños que buscan asilo y los que no tienen una condición migratoria regular, “no sean detenidos y tengan acceso a servicios especiales de recepción y atención” (CDN, Observaciones Finales, México, CRC/C/MEX/CO/3, del 8 de junio de 2006, párr. 61.d). Véase también, Corte Suprema de Sudáfrica (Transvaal Provincial Division), *Caso Centre for Child Law and Isabelle Ellis v The Minister for Home Affairs and others*, Caso no. 22866/2004, del 8 de septiembre de 2004.

⁸⁰ La Corte IDH en el caso “Panchito López,” en el párrafo 211 define el tema de la capacitación especial en los siguientes términos, “los que ejerzan dichas facultades deberán estar especialmente preparados y

obligaciones, principios y estándares, requiere la adopción de políticas estatales, a partir de un marco jurídico adecuado. Resulta verdaderamente difícil dar cumplimiento a tales exigencias sin el desarrollo de medidas que creen espacios aptos para la atención y protección social integral de los derechos de los niños migrantes y que aseguren su acceso a derechos tales como la educación, el esparcimiento y la salud.

Asimismo, la Corte IDH en la Opinión Consultiva N° 17, entendió que “la eficaz y oportuna protección de los intereses del niño y la familia debe brindarse con la intervención de instituciones debidamente calificadas para ello, que dispongan de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas (...) no basta con que se trate de organismos jurisdiccionales o administrativos; es preciso que éstos cuenten con todos los elementos necesarios para salvaguardar el interés superior del niño”. Y destacó lo previsto en el artículo 3 de la Convención de Derechos del Niño: “Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada”⁸¹.

En consecuencia, la quinta consulta que se pone en consideración ante esa Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre esta cuestión es la siguiente:

¿Cuáles son las condiciones básicas que debieran cumplimentar los espacios de alojamiento de niños/as migrantes, y cuáles son las obligaciones principales que tienen los Estados respecto de los niños y niñas (solos o acompañados) que se encuentran bajo la custodia estatal por razones migratorias, a la luz de los artículos 1, 2, 4.1, 5, 7, 17 y 19 de la Convención Americana y de los artículos 1 y 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre?

6. Garantías de debido proceso ante medidas que impliquen restricciones a la libertad personal de niños y niñas migrantes.

En las preguntas precedentes los firmantes hemos fijado nuestra posición acerca de la necesidad de afirmar el principio de prohibición de detención de niños y niñas por razones migratorias.

En este punto apuntamos a reforzar esta regla solicitando a la Corte Interamericana de Derechos Humanos una definición precisa de las garantías de debido proceso que resultan directamente aplicables para revisar y cuestionar decisiones que puedan

capacitados en los derechos humanos del niño y la psicología infantil para evitar cualquier abuso de la discrecionalidad y para asegurar que las medidas ordenadas en cada caso sean idóneas y proporcionales” (Cita: Cfr. Regla 6.3 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Pekín), adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33 de 28 de noviembre de 1985, adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33 de 28 de noviembre de 1985; y Artículo 40.4 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

⁸¹ Corte IDH OC 17. Párr. 78.

implicar restricciones o eventualmente privaciones de la libertad de niños y niñas por motivos migratorios o en el marco de procedimientos migratorios.

En sus recientes pronunciamientos la honorable Corte Interamericana se refirió al elenco de garantías de debido proceso que resultan aplicables a decisiones de las autoridades migratorias que importan restricciones o privación de la libertad personal de migrantes. Por ejemplo señaló que “para satisfacer la exigencia del artículo 7.5 de “ser llevado” sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, el detenido debe comparecer personalmente ante la autoridad competente, la cual debe oír personalmente al detenido y valorar todas las explicaciones que éste le proporcione, para decidir si procede la liberación o el mantenimiento de la privación de libertad”⁸².

En dicho precedente la Corte estableció que la revisión de este tipo de medidas restrictivas de derechos debe ser judicial, “el Tribunal estima que la revisión por parte de un juez o tribunal es un requisito fundamental para garantizar un adecuado control y escrutinio de los actos de la administración que afectan derechos fundamentales”⁸³.

Entendemos que la aplicación de este sistema de garantías procesales relacionadas con restricciones a la libertad personal deberían reunir elementos específicos y diferenciados cuando está en juego la libertad personal de niños y niñas.

Por lo tanto, además de las garantías sustantivas y procesales que exigen los estándares internacionales para evitar la aplicación de dispositivos o medidas arbitrarias, deberían contemplarse los mecanismos específicos de protección para adecuar dichas garantías a la situación de los niños y niñas.

Por otra parte, en virtud de que ciertas medidas, tales como el alojamiento en centros asistenciales o en estaciones fronterizas restringe la libertad ambulatoria, cabe mencionar que el artículo 37 de la Convención de Derechos del Niño consagra el derecho de todo niño/a a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción. Esta garantía también incluye el derecho a contar con un recurso efectivo para evitar una detención arbitraria⁸⁴. La intervención judicial, bien como autoridad competente para disponer la eventual privación de la libertad, o bien para verificar de forma inmediata la legalidad y razonabilidad de la medida dictada por un organismo administrativo, también supone una garantía esencial en el marco de los mecanismos de control migratorio, más aun si la medida involucra a niños. Como ya se ha señalado en el punto II. 4., la decisión de la autoridad competente (administrativa y/o judicial) de no aplicar una medida alternativa a la detención también debe dar lugar a la utilización de recursos efectivos para cuestionar dicha decisión.

⁸² Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, supra, párr. 109.

⁸³ *Ibidem*, Párr. 126.

⁸⁴ Sobre el derecho a un recurso efectivo, véase la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre los artículos 25 y 13 de las convenciones americana y europea de derechos humanos, respectivamente. A modo de ejemplo, véase la Opinión Consultiva OC-18/03 de la Corte IDH (cit., párr. 126) y la sentencia del caso *Conka v. Bélgica* (TEDH, caso No. 51564/1999, del 5 de febrero de 2002).

Entre las garantías procesales debe incluirse el derecho a ser informado de los motivos y razones de la aplicación de la medida en un lenguaje accesible a los niños, el control judicial inmediato por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial previamente establecido por ley, el derecho a ser oído, el derecho a que se informe a una tercera persona sobre la aplicación de cualquier medida, máxime si se ha restringido la libertad de la persona -por ejemplo, un familiar, un abogado y/o al cónsul del país de origen, según corresponda-, el derecho a recibir asistencia legal gratuita, y a ser asistido por un intérprete si fuera necesario.

El derecho a establecer contacto con un familiar o adulto referente, por su parte, es esencial cuando se trata de personas menores de edad. En esos casos, tanto la autoridad que practica la detención como la responsable del lugar en que se encuentra alojado el niño/a deben notificar de forma inmediata a sus familiares o representantes. La finalidad de la notificación es que los niños y niñas puedan recibir oportunamente la asistencia de la persona a quien se ha contactado⁸⁵.

Es importante recordar que los niños/as migrantes gozan también del derecho a la asistencia consular reconocido a toda persona extranjera detenida fuera de su país de origen⁸⁶. La vigencia de este derecho implica, para la persona bajo custodia del Estado, cualquiera sea la modalidad, la posibilidad de comunicarse con un funcionario consular de su país, salvedad hecha del caso de los refugiados, al tiempo que el Estado en cuyo territorio ocurre la detención tiene la obligación de informar al extranjero sobre dicho derecho y asegurar los medios para que su defensa efectiva⁸⁷.

Por lo dicho, toda decisión que se adopte estando los niños, niñas y adolescentes bajo custodia del Estado exige el desarrollo de medidas y mecanismos que aseguren efectivamente, de manera previa y durante la ejecución de la medida, las garantías fundamentales de debido proceso, adecuadas a la condición y edad de la persona, centrándose en la protección especial de derechos de la cual es titular y sin perjuicio de su condición migratoria.

En consecuencia, la sexta consulta que se pone en consideración ante esa Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre esta cuestión es la siguiente:

¿Cuáles son a la luz de los artículos 1, 2, 7, 8, 19 y 25 de la Convención Americana

⁸⁵ Corte IDH, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, Opinión Consultiva OC-16/99, del 1 de octubre de 1999, párr. 106; *Caso Bulacio v. Argentina*, cit., párr. 130; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri v. Perú*, sentencia de 8 de julio de 2004, párr. 93.

⁸⁶ Artículo 36 de la Convención de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares y artículo 16.7 de la Convención para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y Miembros de sus Familias.

⁸⁷ Según la Corte Interamericana, este derecho, al igual que el derecho a contar con un traductor cuando la persona (el niño, en este caso) desconoce el idioma en que se desarrolla el procedimiento, se fundamenta en la necesidad de "reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia" para alcanzar los objetivos del proceso atendiendo el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y la prohibición de discriminación (Corte IDH, OC-16/99, cit., párr. 119).

y del artículo 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, las garantías de debido proceso que debieran regir en los procesos migratorios que involucran a niños y niñas, cuando en estos procesos se apliquen medidas que restrinjan la libertad personal de los niños?

7. El principio de no devolución en relación con los niños y niñas migrantes.

Las garantías de debido proceso también constituyen una salvaguarda esencial para el respeto del principio de no devolución, una norma imperativa del derecho internacional.

Al respecto, la Convención Americana establece en su artículo 22.8 que “en ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas”. La Convención Interamericana Para Prevenir y Sancionar la Tortura, recepta el principio de no devolución en el artículo 13 inciso 4. La Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes también recepta el principio de no devolución en su artículo 3. Estas normas ordenan al Estado realizar una identificación de las necesidades de protección integral de los derechos de los niños y niñas.

Al examinar el tratamiento que los Estados deberían otorgar a los niños no acompañados, el Comité de los Derechos del Niño llamó la atención sobre la prohibición de efectuar retornos como consecuencia de los cuales pudiera configurarse un peligro de daño para los derechos del niño. Por ello, destacó la importancia de efectuar previamente una evaluación seria sobre el riesgo que podría suponer una medida de repatriación. A su vez, según el Comité, dicho riesgo no se limita a la posible privación de la libertad o a la vulneración de derechos como la integridad física o la vida sino que, “la evaluación del riesgo de dichas 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 [...] El retorno al país de origen sólo podrá contemplarse en principio si redundan en el interés superior del menor. A fin de determinar esta circunstancia, se tendrá en cuenta, entre otras cosas, la seguridad personal y pública y otras condiciones, en particular socioeconómicas, que encontrará el niño a su regreso...”⁸⁸.

Es así que ningún niño/a podría ser expulsado a un territorio en el que su vida, su supervivencia, su desarrollo integral o su libertad corrieran riesgo, no sólo por el temor de ser sometido a torturas u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, sino también por la ausencia de elementos esenciales para un crecimiento normal y digno.

Al momento de examinar si correspondería adoptar una medida de repatriación, se considera que los Estados están obligados a tener en cuenta estas circunstancias, cuya

⁸⁸ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General 6*, cit., párrs. 27 y 84.

valoración resulta ineludible si se aspira a identificar la solución que respete en términos adecuados los derechos de la niñez comprometidos y potencialmente afectados⁸⁹.

Los niños/as que no hayan obtenido la condición de refugiados, ni puedan exigir formas complementarias de protección internacional, deberían ser tratados de un modo compatible con las demás obligaciones que impone la protección integral de sus derechos.

Tal como ha dicho el Comité de Derechos del Niño, si el niño no cumpliera los requisitos para obtener la condición de refugiado al amparo de la Convención de 1951, su Protocolo de 1967 o la definición ampliada de la legislación o práctica interna aplicable, los niños y niñas deben disfrutar de la protección complementaria disponible en la medida determinada por sus necesidades de protección (cf. artículo 22.8 de la Convención Americana, artículo 3 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, y otros instrumentos de protección de derechos humanos y las normas de derecho interno que puedan resultar aplicables).

En virtud de lo expuesto, la séptima consulta concreta que se formula a esa Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre esta cuestión es la siguiente:

¿Cuál es el alcance y contenido del principio de no devolución a la luz de los artículos 1, 2, 4.1, 5, 7, 8, 19, 22.7, 22.8 y 25 de la Convención Americana, artículo 13 inciso 4 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, y de los artículos 1, 25 y 27 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, al adoptarse medidas que puedan implicar el retorno de un niño/a a un país determinado?

8. Procedimiento de identificación de necesidades de protección internacional de refugiados.

En el punto 1 de esta sección se hace referencia a los procedimiento de identificación de necesidades de protección internacional de niños y niñas migrantes en general. En este punto se realiza una aplicación de tal procedimiento al caso concreto de los niños/as refugiados/as a la luz de los deberes específicos establecidos en el artículo 22.7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En la actualidad, uno de los mayores retos de la protección internacional de refugiados consiste en identificar a aquellas personas necesitadas de protección internacional dentro de los flujos migratorios mixtos, como así también identificar sus necesidades específicas. Al respecto se deberían adoptar medidas para establecer sistemas de ingreso que permitan identificar a las personas recién llegadas necesitadas de

⁸⁹ A este fin, los niños, sus familias o tutores, así como sus representantes legales, deberán tener a su alcance la información y las herramientas que les permitan incorporar estas variables a fin de solicitar un examen exhaustivo del caso. Todo ello, en el marco del respeto de las garantías del debido proceso, especialmente del derecho del niño/a a ser oído.

protección internacional a los efectos de brindarles soluciones apropiadas y diferenciadas, conjuntamente con otras soluciones que correspondan para los otros grupos involucrados en los movimientos mixtos⁹⁰.

Los niños y niñas con necesidades de protección como refugiados que han llegado a ser identificados, han solicitado asilo o el reconocimiento de la condición de refugiado o podrían necesitar hacerlo, caen bajo el ámbito del artículo 22.7 de la Convención Americana relativo al derecho de buscar y recibir asilo⁹¹. El vínculo existente entre el derecho de asilo consagrado en los instrumentos regionales de derechos humanos y la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967 ha sido reconocido y resaltado en la jurisprudencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁹².

En el caso de los niños y niñas cubiertos bajo el artículo 22.7 de la Convención Americana, los Estados deben posibilitar la identificación de los niños que no pueden o no quieren retornar a sus países de origen debido a que poseen un temor fundado de ser perseguidos en los términos de la definición de refugiado prevista en la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967 en relación con el artículo 22 de la Convención de los Derechos del Niño. Asimismo, deberían identificar aquellos niños y niñas que reúnen los elementos de definiciones más amplias previstas en las legislaciones o prácticas internas que, en general, también consideran como refugiado a aquellas personas que han huido de sus países de origen 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.

Para la implementación práctica de acciones orientadas a asegurar la protección internacional de los niños y niñas, resulta decisivo adoptar una serie de recaudos: la identificación de necesidades especiales de protección, la referencia al sistema de asilo, la tramitación de la solicitud a través de un procedimiento diferenciado que contemple las necesidades específicas de los niños refugiados, la consideración de la solicitud bajo la óptica de los mencionados criterios sustantivos, y que brinden la definición de refugiado.

A ello debe agregarse lo ya señalado en el punto 1 de la solicitud sobre la necesidad de

⁹⁰ Véase ACNUR, La protección de refugiados y la migración mixta: El Plan de Acción de los 10 Puntos, 2007.

⁹¹ Conforme doctrina autorizada en la materia, este artículo de la Convención establece un marco general del derecho a buscar y recibir asilo que se ve complementado por los "convenios internacionales" a los que hace referencia los cuales serían la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967 como *lex specialis*. Véase, Leonardo Franco (coord.), *El Asilo y la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina*, UNLA, ACNUR, Siglo XXI Editores Argentina, 2003.

⁹² La jurisprudencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se ha referido a este vínculo, entre otros, en los siguientes casos: en el informe número 27/93 del caso 11.092, Joseph contra Canadá del 6 de octubre de 1993; el informe número 51/96 del caso 10.675 del Comité Haitiano de Derechos Humanos y otros contra Estados Unidos de América del 13 de marzo de 1997; el informe número 6/02 del caso 12.071, 120 Ciudadanos cubanos y 8 haitianos detenidos en Bahamas del 3 de abril de 2002; y el informe número 53/04 del caso 301/2002 de Rinaldo Juan Pacheco Osco y otros contra Bolivia del 13 de octubre de 2004.

evaluación estricta a la luz del interés superior del niño y del principio de protección especial de las distintas medidas que pudieran adoptarse durante los procedimientos administrativos migratorios y, en su caso, del trámite de reconocimiento de asilo, así como en los arreglos institucionales para brindar soluciones temporales y soluciones duraderas.

De ahí que, en este ámbito, se requiere de una clara definición de las medidas y acciones que los Estados deberían adoptar en materia de identificación de necesidades y riesgos para fines de protección internacional de los derechos de los niños/as⁹³.

Conforme lo expuesto, la octava consulta que se considera oportuno formular a esa Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre esta cuestión es la siguiente:

¿Qué características, a la luz del artículo 22.7 de la Convención Americana y el artículo 27 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, deberían tener los procedimientos a emplearse cuando se identifica una potencial solicitud de asilo o de reconocimiento de la condición de refugiado de un niño/a migrante?

9. Derecho a la vida familiar de los niños y niñas en casos de disponerse la expulsión de los padres.

Numerosas decisiones que los Estados adoptan regularmente en el ámbito de las políticas migratorias, referidas al ingreso, la permanencia o la salida de migrantes, suelen afectar el derecho a la vida familiar en lo que respecta a su unión o separación. Este derecho ha sido ampliamente reconocido por toda la comunidad internacional y, particularmente, por los Estados de América Latina y el Caribe. Por ello, tanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos como diversos tratados de derechos humanos contemplan el derecho de toda persona a la vida familiar y, consecuentemente, han fijado las obligaciones de protección, respeto y garantía que tienen los Estados respecto de todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción⁹⁴.

Cabe recordar que la Corte Interamericana ha señalado que los Estados, dentro de su responsabilidad de asegurar la protección y respeto de los derechos de los niños y

⁹³ Otros elementos de un sistema de protección para niños y niñas con necesidades de protección como refugiados incluyen, *inter alia*, el nombramiento de un tutor, la prestación de cuidado temporal y vigilancia, documentación personal, búsqueda y comprobación de relaciones familiares, identificación e implementación de soluciones duraderas, brindar información al niño/a de la decisión adoptada y controlar su implementación. Cf. Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del menor, Mayo, 2008.

⁹⁴ Artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículos 8, 9, 10, 16, entre otros, de la Convención sobre los Derechos del Niño; artículos 11 y 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 16 del Protocolo de San Salvador en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; artículos 17 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Convención sobre los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias, artículo 44.

niñas, tienen la obligación de favorecer de la manera más amplia posible el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar, ya que el reconocimiento de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, y el derecho de ésta a la protección estatal, “constituye un principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”⁹⁵.

La Corte también ha señalado que, “El niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. El derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia y del niño (...). Estas disposiciones poseen especial relevancia cuando se analiza la separación del niño de su familia”⁹⁶. En definitiva, la Corte afirma que “el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal”⁹⁷.

Concretamente, la Convención sobre los Derechos del Niño establece en el artículo 9 que los Estados deben velar porque los niños/as no sean separados de sus padres contra su voluntad, excepto cuando se compruebe una violación de los derechos de este niño en su medio familiar, por ejemplo cuando medien circunstancias graves que amenacen o causen perjuicio a la salud física o mental de la niña, niño o adolescente y/o cuando el mismo fuere víctima de abuso o maltrato por parte de sus padres. Asimismo, en dichos casos, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinan, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria. Esto implica que podría disponerse de forma excepcional que los niños/as sean separados de sus padres si se presentan los siguientes requisitos: en primer lugar, que esté prevista en la ley; luego, que la decisión sea adoptada con respeto de las garantías de debido proceso (tanto de los niños/as como de sus padres); a su vez, dicha resolución debe poder ser revisada por una autoridad judicial.

De aquí se siguen una serie de consecuencias. Una de ellas consiste en que es imposible concluir que la separación provocada por la expulsión de los padres en razón de su irregularidad migratoria, constituya la medida más adecuada y respetuosa de los derechos del niño/a. En virtud del criterio de *ius solis* que rige en casi toda América Latina y el Caribe, los niños nacidos en el país de destino por poseer esta nacionalidad no pueden ser expulsados, por ello en nada se beneficiarían con la expulsión de sus padres sino todo lo contrario, esto afectaría los derechos reconocidos en varios instrumentos internacionales ya mencionados y violaría los artículos 9, 11, 18, entre otros de la Convención de Derechos del Niño.

Por su parte, la Comisión Interamericana ha señalado que los procedimientos de expulsión de adultos migrantes deben garantizar que los derechos e intereses de sus hijos serán tomados en cuenta, ya que la decisión tendría un impacto dramático sobre su bienestar y desarrollo. Subrayó que un Estado no puede dejar librada a los padres

⁹⁵ Corte IDH, OC-17/02, cit., párr. 66.

⁹⁶ Corte IDH, OC-17/02, cit., párr. 71.

⁹⁷ *Ibidem*, párr. 77.

(que serían expulsados) una elección entre, por un lado, “el amor y cuidado” a sus hijos en un contexto de pobreza, o por el otro, los “beneficios de salud, educación y bienestar” de los niños en un país con servicios como educación y salud eficientes. Por esta razón, la Comisión resalta la relevancia de incluir la perspectiva e intereses del niño en esos procesos⁹⁸.

Las medidas de expulsión de padres resultan de difícil justificación si se consideran debidamente ciertos principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como el principio *pro homine* o el principio de proporcionalidad. Si tal como afirma la Corte Interamericana apoyándose en las Directrices de Riad⁹⁹, “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, resulta evidente que una infracción administrativa (en este caso, la irregularidad migratoria) no configuraría una conducta justificante de una medida que implicara la separación entre padres e hijos¹⁰⁰. La Comisión Interamericana ha indicado que las facultades del Estado en materia de control de ingreso, residencia y expulsión de extranjeros, deben equilibrarse con el perjuicio que puede causarse a los derechos de las personas involucradas en el caso particular, como el derecho a la vida familiar. Ello exige, entre otras cuestiones, recurrir al principio de razonabilidad¹⁰¹, así como a los demás principios emanados de los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Por otra parte, como ya se indicó, la Convención sobre los Derechos del Niño exige que la separación de padres e hijos esté prevista en la ley, sea el resultado de un proceso respetuoso de las garantías fundamentales y asegure la intervención judicial y que la causa de separación se justifique por existir una violación de los derechos de ese niño en el marco de la convivencia familiar.

El derecho de los niños/as a no ser separado de sus padres y el principio de unidad familiar, deben recibir en consecuencia una estricta ponderación en el examen de la situación migratoria de los padres, en especial al disponerse medidas como la expulsión.

⁹⁸ 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, del 28 de febrero de 2000, También, CIDH: “Wayne Smith, Hugo Armendariz , y otros c. Estados Unidos de América, del 12 de Julio de 2010. párrs. 158 y 159.

⁹⁹ Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad), adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su resolución 45/112, del 14 de diciembre de 1990.

¹⁰⁰ Corte IDH, OC-17/02, cit., párr. 67.

¹⁰¹ Según la CIDH, si se interpretan conjuntamente la Declaración Americana y la Convención sobre Derechos del Niño, “en los casos en que la toma de decisiones implica la potencial separación de una familia, la resultante interferencia en la vida familiar puede justificarse solamente cuando es necesaria para satisfacer una necesidad apremiante de proteger el orden público y cuando los medios son proporcionales al fin. La aplicación de estos criterios por parte de varios órganos de supervisión de los derechos humanos indica que se debe buscar este equilibrio caso por caso y que las razones que justifiquen la interferencia en la vida familiar deben realmente ser muy serias”. (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, cit., párr. 166).

Finalmente, la novena consulta que se considera oportuna formular a esa Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre esta cuestión es la siguiente:

¿Cuál es el alcance que debiera conferirse a la protección del derecho de los niños/as a no ser separados de sus padres en los casos en que pudiera aplicarse una medida de deportación a uno o ambos progenitores, como consecuencia de su condición migratoria, a la luz de los artículos 8, 17, 19 y 25 de la Convención Americana y artículos 6 y 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre?

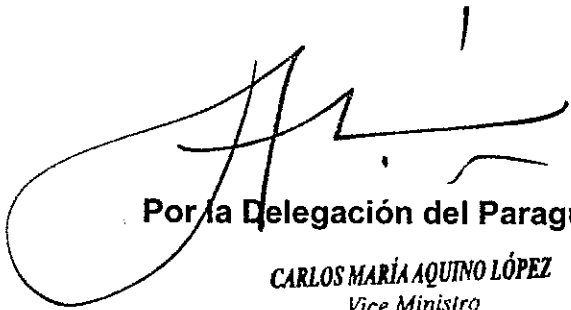
III. Conclusiones

En orden a lo expuesto, se solicita formalmente a esa Honorable Corte se tenga por presentada la presente solicitud de opinión consultiva conforme lo contempla el artículo 64.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y se le imprima el procedimiento previsto.

Estados Partes

Por la Delegación de Argentina

Por la Delegación del Brasil



Por la Delegación del Paraguay

CARLOS MARÍA AQUINO LÓPEZ
Vice Ministro
Vice Ministerio de Justicia y Derechos Humanos



Por la Delegación del Uruguay
EMÍLIO RICARDO VARELA
DIR. GENL. MONTOJO. ASUNTOS
POLÍTICOS.
MINISTERIO DE INTERIORES

Finalmente, la novena consulta que se considera oportuna formular a esa Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre esta cuestión es la siguiente:

¿Cuál es el alcance que debiera conferirse a la protección del derecho de los niños/as a no ser separados de sus padres en los casos en que pudiera aplicarse una medida de deportación a uno o ambos progenitores, como consecuencia de su condición migratoria, a la luz de los artículos 8, 17, 19 y 25 de la Convención Americana y artículos 6 y 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre?

III. Conclusiones

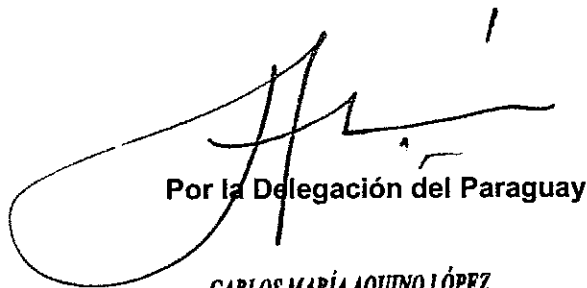
En orden a lo expuesto, se solicita formalmente a esa Honorable Corte se tenga por presentada la presente solicitud de opinión consultiva conforme lo contempla el artículo 64.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y se le imprima el procedimiento previsto.

Estados Partes

Por la Delegación de Argentina



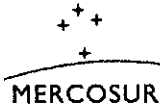
Por la Delegación del Brasil



Por la Delegación del Paraguay

CARLOS MARÍA AQUINO LÓPEZ
Vice Ministro
Vice Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Por la Delegación del Uruguay



IPPDH



Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos / Instituto de Políticas Públicas em Direitos Humanos

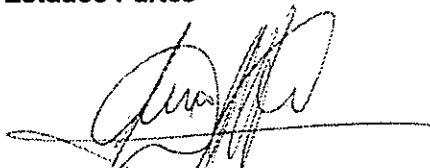
Finalmente, la novena consulta que se considera oportuna formular a esa Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre esta cuestión es la siguiente:

¿Cuál es el alcance que debiera conferirse a la protección del derecho de los niños/as a no ser separados de sus padres en los casos en que pudiera aplicarse una medida de deportación a uno o ambos progenitores, como consecuencia de su condición migratoria, a la luz de los artículos 8, 17, 19 y 25 de la Convención Americana y artículos 6 y 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre?

III. Conclusiones

En orden a lo expuesto, se solicita formalmente a esa Honorable Corte se tenga por presentada la presente solicitud de opinión consultiva conforme lo contempla el artículo 64.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y se le imprima el procedimiento previsto.

Estados Partes



Dr. LUIS HIPÓLITO ALÉN
MINISTRO DE POLÍTICA DE DERECHOS HUMANOS
SECRETARÍA DE DERECHOS HUMANOS
MINISTERIO DE INTERIORES Y GOBIERNO HUMANOS



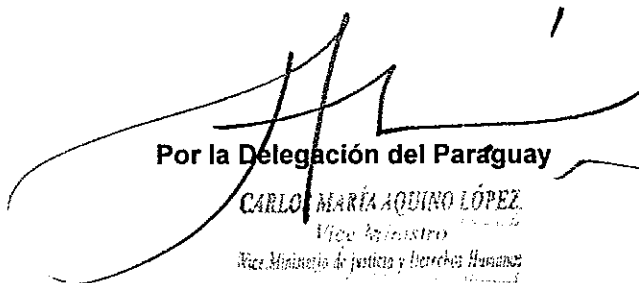
a/c. EDUARDO ACEVEDO DÍAZ
MINISTRO
Dirección General de Derechos Humanos

Por la Delegación de Argentina



Dr. Javier Salgado

Por la Delegación del Brasil



Por la Delegación del Paraguay
CARLO MARÍA AQUINO LÓPEZ
Vice Ministro
Vice Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Por la Delegación del Uruguay