

CABA, 13 de diciembre de 2010

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

I. Introducción

1. El Problema de la Niñez Migrante en las Américas

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 EEUU, Canadá, y Estados Miembros de la UNION 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 (en adelante se utilizará las siglas NNA o niños y niñas indistintamente para hacer referencia a todas las personas que no alcancen los 18 años de edad) sean ellos migrantes o hijos/as de migrantes. En particular, este documento de consulta se centra en la utilización (indebida) de las distintas formas de detención de los niños, niñas y adolescentes migrantes, haciendo énfasis en los motivos que se esgrimen como causas y condiciones de detención y sus garantías¹.

En América Latina y el Caribe, se estima que alrededor de 25 millones de personas han migrado hacia países de Norte América y Europa, mientras que otros seis millones han migrado a otros países dentro de la región². De ellas, una cantidad creciente, aunque

¹ En el análisis de la temática migratoria realizado en este documento, se tomó como base la investigación: "Estudio sobre los estándares jurídicos básicos aplicable 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.

² 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 cerca de 7.480.267 millones habitan en otros países latinoamericanos (migración sur-

todavía inestimable, son niños, niñas y adolescentes, algunos/as de los/as cuales migran junto a sus padres (o con uno de ellos) al tiempo que otros/as lo hacen, de manera creciente, en forma no acompañada o separada³.

Sin embargo, los niños/as afectados/as 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 adquieren la nacionalidad del país de destino en razón del principio *ius soli* que rige en prácticamente 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 que las cifras citadas al comienzo resultan acotadas respecto de la cantidad real de población infantil migrante.

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 otro, son grupos sociales que se encuentran generalmente 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 status migratorio regular (o en caso que sus padres no tengan status 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

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 EEUU 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.

³ 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.

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.

integral de derechos de los NNA, debería estar guiada por dos directrices principales: la garantía de los derechos fundamentales 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, niñas y adolescentes migrantes, dada su situación de vulnerabilidad, se visibilizan con especial intensidad en ciertas circunstancias, como es la privación de libertad vinculada a su status migratorio, 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 es usualmente denominado como la criminalización de la migración irregular). La segunda causa por la cual se emplea la vía de 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, generalmente de expulsión del país.

En la actualidad, la utilización de la detención 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 detención 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.

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. Una posible lectura es la que realiza la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos, 2009, en el párr. 143, donde señala que “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

Es especialmente importante analizar la cuestión de la utilización de la detención de niños/as cuando ésta se encuentra asociada a su condición migratoria, es decir: 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 status migratorio (usualmente, entre la opción de permitir su estancia en el país u ordenar su retorno forzado al país de origen).

Un rasgo frecuente en las políticas migratorias es la omisión de un enfoque específico que tenga en cuenta los derechos de los niños y niñas. En este escenario se ubica el debate sobre si la utilización de la privación de libertad a niños/as en razón de su status migratorio, hayan migrado junto a sus padres o de manera no acompañada es una medida que se adecua a los estándares de derechos humanos en la materia. Es decir, en muchos países, tanto cuando se habilita por ley la detención de personas migrantes como cuando se lleva a la práctica sin sustento legal, no se prevén disposiciones, enfoques y tratos especiales para los casos de niños y niñas migrantes. Tampoco suelen existir medidas de protección de derechos que no impliquen la restricción de la libertad ambulatoria dirigidas específicamente a garantizar el pleno goce y ejercicio de sus derechos.

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 este sentido, por una parte, en diversos países la ausencia de preceptos legales dirigidos a proteger los derechos de los niños/as en estas circunstancias repercute en cuestiones como la ausencia de medidas alternativas a la detención de niños/as junto con personas adultas (migrantes, pero también, en ciertos casos, personas acusadas y/o condenadas por la comisión de delitos penales), la no prestación de asistencia jurídica gratuita y 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), o la inexistencia de políticas públicas que aseguren el ejercicio de derechos como la educación, la salud, la vida familiar o la recreación, debido a la detención por razones migratorias.

Al existir un tratamiento indiferenciado entre migrantes adultos y niños/as, y teniendo particularmente en cuenta la existencia de normas y políticas migratorias restrictivas y/o regresivas en materia de derechos humanos, es necesario analizar algunas problemáticas relativas a la privación de la libertad de migrantes en situación migratoria irregular en general, ya que así se identifican al menos dos situaciones problemáticas:

cualquier otra institución similar destinada a la privación de libertad de personas". Asimismo 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 Asamblea General 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".

a) la restricción de derechos a las personas migrantes en general, en razón de su condición migratoria, en contradicción con estándares generales de derechos humanos (por ejemplo, en cuestiones de garantías procesales en procedimientos de detención y expulsión). Estas restricciones afectan de manera particularmente grave a los niños y niñas migrantes; y b) las violaciones de derechos de la niñez al no existir mecanismos, garantías y estándares específicos que aseguren sus derechos (por ejemplo, la regulación indistinta de la privación de la libertad).

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 prever 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. Principios generales sobre la excepcionalidad de la prisión provisoria, aún en el ámbito del derecho penal (y por ende, más importantes aún en procesos administrativos), no son tenidos en cuenta en procedimientos migratorios.

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, deben acompañar a sus padres expulsados pese a ser nacionales de un país, o 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 cuando resulta pertinente con los derechos de los adultos migrantes.

En cuanto al procedimiento ligado por medio del cual se adoptan medidas respecto de los niños, 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 a albergar a personas acusadas de cometer infracciones migratorias, y por otro, no se adecuan a los estándares de derechos humanos en materia de los derechos de los niños y niñas. Por otra parte, en diversos países en que 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 forma particularmente negativa y perjudicial en la niñez.

En muchos casos, cuando se ordena la deportación de un inmigrante en virtud de su irregularidad migratoria, ella se efectúa en desmedro del derecho a la vida familiar de

los niños y niñas migrantes al provocarse la separación de la familia. Ello es violatorio del derecho a vivir en familia y de su derecho a tener un desarrollo integral. Esta es otra cuestión que incide negativamente en el respeto de los derechos de los niños y niñas migrantes.

Por otra parte, en la región también se evidencia una ausencia de enfoque de los derechos de la niñez (niños 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 resulta medular en los procedimientos migratorios que pueden afectar los derechos de la niñez⁷. En particular, componentes claves del DIDH como el principio de no devolución, exige 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 igual sentido, los procedimientos migratorios que pudieran derivar en la deportación de niños (no acompañados o con sus padres) no tienden a estar guiados por los principios, los estándares y el espíritu de la Convención sobre los Derechos del Niño y los estándares fijados, entre otros, por el sistema interamericano en materia de niñez. Así, el interés superior del niño es el eje medular de todo procedimiento migratorio que pudiera derivar, o bien en el traslado de un niño o niña a su país de origen, o bien en otro tipo de medida, como la residencia e integración en el país de destino, o la reunificación familiar en uno u otro país. Por ello, la repatriación (voluntaria, no punitiva) de niños debería estar guiada por el principio de interés superior y de protección integral de la niñez, antes que por una lógica centrada en la sanción a infracciones migratorias.

Finalmente, los mecanismos de expulsión de padres de niños residentes o nacionales de países de destino, requiere también una profunda revisión desde un prisma basado en el interés superior del niño, que coloque, entre otros, el derecho a la vida familiar, en un lugar determinante para asegurar los derechos de la niñez, entre ellos, 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 la situación de los niños y niñas migrantes.

⁷ 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".

Ello permitirá examinar en qué medida los Estados de América Latina y el Caribe han desarrollado estos compromisos en el marco de sus políticas y prácticas migratorias y de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes existentes respecto de la migración irregular, y de los niños/as en esa circunstancia, desde un enfoque basado en los principios y obligaciones de derechos humanos. También permitirá plantear lineamientos en relación con las medidas que más acabadamente cumplimentarían esos estándares.

Como es sabido, la invocación de la competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha rendido positivos frutos en materia de interpretación normativa de las obligaciones que surgen de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su impacto en el derecho interno de los Estados partes. En ese sentido, el proceso de reflexión sobre el alcance de los derechos humanos de los NNA migrantes resulta un marco propicio para activar la competencia consultiva de la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos.

2. Antecedentes de esta solicitud de Opinión Consultiva.

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 del MERCOSUR y Estados Asociados los estados participantes decidieron impulsar una opinión consultiva ante la Corte IDH de la OEA en relación con la temática de los derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes. 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 más graves de vulneración de derechos de un grupo social en condiciones altamente vulnerables. 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.

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 sus estatus migratorio, además de haber suscripto los principales tratados internacionales sobre derechos humanos y en particular sobre derechos de la infancia.

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 2, 4.1, 5, 7, 8, 11, 17, 19, 22.8, 25 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los artículos 1, 6, 8 y 25 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre⁸.

⁸ Convención Americana sobre Derechos Humanos

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. **Artículo 4. Derecho a la Vida.** 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente. **Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal.** 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. 3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente. 4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas. 5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento. 6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados. **Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal.** 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. 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. 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios. 4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella. 5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. 6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona. 7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios. **Artículo 8. Garantías Judiciales** 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada; c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e)

En particular, se consulta sobre los estándares jurídicos aplicables a la restricción de la libertad o la detención de niños/as cuando ésta se encuentra asociada a su condición migratoria o a la de sus padres. Dicha detención es la que se produce en razón del ingreso a otro país de manera no autorizada ya sea 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 de privación de libertad como medida cautelar hasta tanto se resuelve su estatus

derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. 3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia. **Artículo 17. Protección a la Familia.** 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención. 3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. 4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos. 5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo. **Artículo 19. Derechos del Niño.** Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. **Artículo 22. Derecho de Circulación y de Residencia.** 8. En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas. **Artículo 25. Protección Judicial** 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso. **Artículo 29. Normas de Interpretación.** Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona. Artículo 1: Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona. **Artículo 6.** Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella. **Artículo 25.** Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes. Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil. Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad.

migratorio.

El estudio 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. Entendemos que esa interpretación amplia y progresiva se debe integrar armónicamente 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 Americana.⁹

Al examinar los estándares internacionales aplicables específicamente a los temas en cuestión, solicitamos 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 persona¹⁰;
- 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;
- la obligación de proteger especialmente los derechos de los grupos que se encuentran en condición vulnerable, como los niños/as migrantes indocumentados;

⁹ 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 Reeduación 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 atiende a las necesidades del niño como verdadero sujeto de derecho y no sólo como objeto de protección”.

¹⁰ Al respecto, ver Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, del 17 de septiembre de 2003.

- el principio del “interés superior del niño”¹¹, 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”¹², 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 Humanos que se pronuncie específicamente sobre las cuestiones que se detallan a continuación.

1. El principio de no detención como sanción por la situación migratoria.

La interdicción de respuestas de tipo punitivo a la irregularidad migratoria (en el ingreso o la permanencia) está especialmente enfocada en impedir la penalización de meras infracciones administrativas¹³. Al respecto, el Comité de Naciones Unidas para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, al examinar disposiciones que establecen medidas de naturaleza penal, tales 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 libertad la entrada irregular de una persona [al] territorio [de otro Estado]”¹⁴. 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”¹⁵. 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”¹⁶.

De estas posiciones se deriva una precisa obligación negativa para los Estados: la prohibición de imponer penas tales como la de prisión a personas migrantes como sanción a una infracción a las regulaciones acerca del ingreso y la permanencia en el

¹¹ Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 3.

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos, 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.

¹³ Según el *Global Migration Group*, constituido por UNICEF, PNUD, UNESCO, ACNUR y otras agencias internacionales, es importante que la irregularidad migratoria sólo sea vista como una infracción administrativa y no de índole criminal (GMG, *International Migration and Human Rights. Challenges and Opportunities on the Threshold of the 60th Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights*, octubre de 2008, pp. 72, 73).

¹⁴ 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.

¹⁵ *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.

¹⁶ *Declaración de Asunción*, VI Conferencia Sudamericana de Migraciones, 4 y 5 de mayo de 2006, párr. 3.

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

La irregularidad migratoria, esto es, la entrada al país sin cumplir con las condiciones exigidas en la legislación, o la circunstancia de encontrarse dentro de un país sin autorización de residencia (o con ésta vencida), no puede dar lugar a la iniciación de un proceso de naturaleza penal que pueda determinar la detención de una persona como sanción o pena en razón de alguna de esas conductas. Mucho menos en el caso de niños y niñas migrantes donde la restricción de la libertad ambulatoria sólo se encuentra reservada para los casos de delitos graves, como último recurso y por el plazo más breve posible. En los Estados que tienen en su ordenamiento jurídico disposiciones de esa naturaleza, esta prohibición supone el deber de reformar la normativa con el objetivo de eliminar cualquier clase de sanción privativa de la libertad con base en infracciones administrativas en el ámbito migratorio.

En suma, la primera consulta concreta que se considera oportuno formular a esa Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre este punto es la siguiente:

¿Cuál es el alcance del principio de no criminalización y detención de migrantes como sanción por su condición migratoria a la luz del artículo 7 de la Convención Americana y del artículo 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre? ¿Cuál es el alcance de este principio aplicado a la situación de los niños y niñas migrantes a la luz de los artículos 7, 19 y 29 de la Convención Americana y del artículo 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre?

2. La no detención de NNA. Estándares para la aplicación de medidas cautelares en un proceso migratorio.

La detención de migrantes se encuentra expresa o implícitamente prohibida en algunos países¹⁷. 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 procedimiento migratorio (ingreso al país, concesión de residencia, y, especialmente, procesos de expulsión o deportación).

El examen de la posibilidad de detención de migrantes como medida cautelar, también debería realizarse bajo un criterio restrictivo y de último recurso, y sólo para el caso

¹⁷ Venezuela, Ley de Extranjería y Migración (No. 37.944, del 2004, art. 46). Hay países que en su normativa migratoria no está prevista la detención (Bolivia, Decreto Supremo No. 24.423, de 1996; El Salvador, Decreto Legislativo No. 2772, de 1958; Honduras, Decreto No. 208-2003; Perú, Decreto Legislativo No. 703, de 1991; y Uruguay, Ley 18.250, de 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, de 2004).

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 migratorios¹⁸.

El examen que debe efectuarse cuando se encuentren involucrados niños y niñas consiste en que cualquier medida que restrinja la libertad sólo podrá realizarse una vez que se han hecho todos los esfuerzos posibles para aplicar medidas alternativas a la detención¹⁹.

En cualquiera de los casos, todas las respuestas estatales ante estos supuestos y la eventual restricción de la libertad de niños/as migrantes con fin cautelar, requiere en primer lugar, que una ley formal autorice y regule esa posibilidad²⁰ y, como ya subrayamos, que expresamente lo haga como una opción de última *ratio*, dando prioridad a aquellas medidas que no cercenen el derecho a la libertad personal²¹. A su vez, la normativa debe establecer las causas particulares en que las autoridades competentes podrían recurrir a este último y excepcional recurso. Asimismo, la aplicación de una de estas causales en cada caso debe estar basada y justificada en las circunstancias individuales correspondientes, a fin de asegurar fehacientemente que se trata de una restricción estrictamente 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

¹⁸ 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).

¹⁹ 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, 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 Reeducación del Menor v. Paraguay, cit., p. 228-231; Corte IDH, Caso Bulacio v. Argentina, sentencia del 18 de septiembre de 2003, párr. 133.

²⁰ 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).

²¹ 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.

como la libertad personal²²). 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 naturaleza²³.

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. Sin embargo, tales argumentos no puede invocarse en detrimento de los otros estándares señalados.

En este sentido, al momento de tomarse decisiones por parte de las autoridades competentes, deberá 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 a la detención de la familia, el mantenimiento de la unidad familiar sin recurrir a una medida privativa de la libertad²⁴. A su vez, como ya se subrayó, de ninguna manera podría entenderse que la privación de libertad será en un ámbito propicio para que el niño ejercite sus derechos adecuadamente²⁵. En este sentido, se ha resaltado que está suficientemente documentado que la detención 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 otros²⁶.

²² 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.

²³ *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.

²⁴ En este sentido, 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 niños (*Mission to the United States of America, A/HRC/7/12/Add.2*, del 5 de marzo de 2008, párr. 125, la traducción es propia).

²⁵ *The conditions in centres for third country national (detention camps, open centres as well as transit centres and transit zones)*, cit., p. 22. En igual sentido, 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).

²⁶ *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.

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 detenidos²⁷. 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 definitivamente 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 igual sentido, 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 adopción de medidas alternativas, tanto si están no acompañados o separados, como a favor de grupos familiares²⁸.

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

¿Cuál es el alcance, a la luz de los artículos 7, 8, 19 y 29 de la Convención Americana y del artículo 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, del principio de última ratio de la detención como medida cautelar en el marco de procedimientos migratorios, cuando están involucrados niños y niñas?

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

Tanto la privación de la libertad de migrantes exclusivamente como último recurso, como la prohibición o bien la absoluta excepcionalidad de la detención de niños/as migrantes como medida cautelar, exigen evaluar qué características tienen las medidas que deben adoptar los Estados y qué implicancias y derivaciones concretas tienen en el plano de las obligaciones de los Estados. Siendo la no detención de niños migrantes la obligación, el deber prioritario de los Estados consiste en diseñar políticas dirigidas a asegurar la protección de este grupo social sin que éstas incluyan la privación de libertad como posibilidad²⁹. Para ello el Estado debe disponer de otras acciones

²⁷ 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.

²⁸ 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.

²⁹ 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, contrariamente, que, en tanto la

alternativas a la restricción de la libertad que sean obligatorias y de previa implementación a cualquier medida de institucionalización para que realmente tornen a la restricción de la libertad en un último recurso.

En particular, los Estados están obligados a diseñar e implementar mecanismos de protección específicos para niños y niñas migrantes que consistan 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 Migrantes³⁰, las políticas estatales deberían incluir opciones expresamente adecuadas a los niños y niñas migrantes, tanto cuando se encuentren con su familia como en caso de no estar acompañados.

Las decisiones acerca del otorgamiento o no de medidas alternativas deberían respetar ciertos recaudos básicos de legalidad, razonabilidad y debido proceso adjetivo. Así, para que dichas medidas alternativas aseguren efectivamente el principio de detención como última ratio, deberían estar previstas en una ley formal, en la cual se establezca su obligación de aplicación prioritaria, así como la debida fundamentación (por órganos administrativos y judiciales) de la no aplicación de estas medidas (y por ende, de disponer una privación de libertad) en cada caso concreto, asegurando a su vez las debidas garantías para impugnar dicha decisión.

En primer lugar, se recomienda de manera prioritaria la implementación de soluciones alternativas basadas en la familia y en la comunidad³¹. Asimismo, entre otras medidas alternativas que podrían disponerse para evitar la detención cautelar, cabe señalar: el alojamiento en centros de protección social, no cerrados; el albergue de niños no acompañados en instituciones de atención social cuya finalidad sea su protección integral; la exigencia de una caución juratoria (compromiso jurado ante la autoridad competente); la fijación de medidas para asegurar la presencia de las personas migrantes (niños y, 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 tercera consulta concreta que se estima pertinente formular a esa Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre este punto es la siguiente:

¿Cuáles son 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 adecuadas de protección de derechos del niño que debieran

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.

³⁰ 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.

³¹ 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.

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?

4. Garantías de debido proceso en casos de detención de niños y niñas por razones migratorias.

Sin perjuicio de las limitaciones y prohibiciones que los estándares de derechos humanos imponen respecto de la posibilidad de detener personas migrantes en razón de su condición migratoria, y especialmente cuando se trata de niños y niñas, en caso de que el Estado decida aplicar una medida de protección de derechos o a aquellas que puedan restringir de alguna forma la libertad es preciso cumplir con ciertos requisitos relativos al procedimiento a seguir.

En tal sentido, las normas internacionales que 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 adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos³².

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 migratoria³³. La Corte Interamericana ha subrayado que, sin perjuicio de que los 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”³⁴.

Estas garantías incluyen el derecho a ser informado de los motivos y razones de la aplicación de la medida, 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 sobre la detención a una tercera persona —por ejemplo, un familiar, un abogado y/o al cónsul del país de origen, según corresponda—, el derecho a recibir asistencia legal gratuita, a ser asistido por un intérprete si fuera necesario, etc. Además, el Estado tiene la carga de probar el incumplimiento de normas migratorias. Asimismo, el debido proceso legal debe ser reconocido a todas las personas que se encuentren bajo la jurisdicción de un Estado, lo que indudablemente incluye a las

³² Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, cit., párr. 123.

³³ 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 Humanos del Niño*, cit., párrs. 115-136; OC-18/03, *Condición Jurídica y Derechos de Migrantes Indocumentados*, cit., párrs. 121-126.

³⁴ Corte IDH, OC-18/03, cit., párr. 119.

personas migrantes sin perjuicio de su condición migratoria³⁵, y con especial atención, cuando se trata de niños, niñas y adolescentes.

Por lo tanto, además de las garantías sustantivas y procesales que exigen los estándares internacionales para evitar la aplicación de dispositivos o medidas arbitrarias, máxime cuando existe una restricción a la libertad ambulatoria, deben contemplarse los mecanismos específicos de protección para adecuar dichas garantías a las condiciones de los niños (entre otras, el respeto al principio de especialidad de las autoridades judiciales, administrativas y de los dispositivos de alojamiento, la participación de los padres otro adulto referente, la sustanciación de los procedimientos en un lenguaje comprensible, la especial celeridad que den tener los procesos en virtud del impacto del paso del tiempo en los niños, que es en términos psicológicos diferente a la percepción de los adultos, etc.). Para los niños 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. También respecto de 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 de otra índole, y nombrarles un tutor y representante legal a fin de defender sus derechos, intereses y asegurar su bienestar³⁶. Cabe tener en cuenta que la dilación en la adopción de estas medidas representa una amenaza a la seguridad de los niños, dejándolos más expuestos al riesgo de ser víctimas de trata y otros abusos³⁷. Estas garantías deben ser tenidas en cuenta también en el marco de los todos los procedimientos especialmente para determinar la opción más adecuada al caso.

Por otra parte, en virtud de que ciertas medidas, tales como el alojamiento en centros asistenciales o en estaciones fronterizas pueden restringir la libertad ambulatoria, cabe mencionar que el artículo 37 de la CDN 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 arbitraria³⁸. 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

³⁵ 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 derecho al debido proceso legal debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se deben brindar a todo migrante, independientemente de su estatus migratorio” y 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).

³⁶ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 6: *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, cit., párr. 63.

³⁷ 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.

³⁸ 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).

razonabilidad de la medida dictada por un organismo administrativo, también supone una garantía esencial en el marco de los mecanismos de control migratorio, y especialmente si la medida involucra a niños. Como ya se señaló, 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.

El derecho a establecer contacto con un familiar o adulto referente, por su parte, puede ser 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, deben notificar inmediatamente a sus familiares o representantes. La finalidad de la notificación es que el NNA pueda recibir oportunamente la asistencia de la persona a quien se ha contactado³⁹. 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 origen⁴⁰. 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, 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 vigencia efectiva⁴¹.

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 debidamente su dignidad humana y, en caso de incertidumbre, otorgando al individuo el beneficio de la duda, de manera que, en la hipótesis de que se trate de un menor de edad, se lo trate como tal⁴², incluso al momento de resolver si correspondería adoptar una medida privativa de la libertad.

³⁹ 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.

⁴⁰ 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.

⁴¹ 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).

⁴² Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 6 (2005), cit., párr. 31.

Por lo dicho, toda decisión que se adopte estando los niños, niñas y adolescentes bajo custodia del Estado, especialmente si se ve restringido el derecho a la libertad personal, exigiría 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.

A modo de ejemplo, ello exige la adopción de políticas que garanticen su derecho a la asistencia jurídica; y a contar con un tutor y un representante legal, procedimientos que satisfagan su derecho a ser oído de manera efectiva, y ante un tribunal imparcial; mecanismos que impliquen la revisión periódica de la medida, especialmente si ésta afecta en alguna medida la libertad; instituciones y prácticas especializadas en derechos del niño responsables de asegurar la comunicación con sus familiares y las autoridades consulares; provisión de asistencia de un intérprete y de especialistas en el área de protección de la infancia, entre otras cuestiones.

En virtud de lo expuesto, la cuarta 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 2, 8, 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, cuando durante esos procesos se restringe la libertad personal de los niños?

5. Obligaciones estatales en casos de custodia de NNA por motivos migratorios.

Como principio general, los estándares internacionales exigen que toda persona bajo custodia estatal sea tratada humanamente, respetando su dignidad inherente, 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 personal de quienes estén bajo su custodia en tales circunstancias. Esto supone la adopción de medidas vinculadas no solamente con el lugar donde las personas son alojadas sino también con las condiciones en las que se ejecuta dicha medida.

Ahora bien, en el caso de las personas migrantes —que como ya se señaló no pueden ser detenidas sino, y excepcionalmente, en tanto medida cautelar y previo cumplimiento de una serie de requisitos formales y sustanciales pueden disponerse de ciertas medidas de alojamiento temporal⁴³—, hay 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 niñas⁴⁴.

⁴³ CIDH, Relatoría sobre Trabajadores Migratorios, *Segundo Informe de Progreso*, cit., párr. 115.

⁴⁴ Véase nota 6.

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 penal⁴⁵. La detención en este tipo de instituciones resulta total y absolutamente “incompatible con las garantías básicas de los derechos humanos”⁴⁶.

Respecto de las condiciones del alojamiento, se ha establecido que los migrantes detenidos no deben ser expuestos a circunstancias que atenten contra sus derechos fundamentales y que puedan poner en riesgo su integridad física o su vida⁴⁷. Al respecto, la CIDH se refirió a las condiciones apropiadas subrayando “la 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 vida”⁴⁸. En relación con las personas menores de edad, deben tenerse en consideración los principios generales (interés superior del niño, entendido como la máxima y simultánea satisfacción de los derechos del niño, derecho a una protección especial e integral de derechos, principio de especialidad, etc.⁴⁹) 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 administrativa⁵⁰.

En lo que respecta a los niños y niñas migrantes que se encuentran en el país de tránsito o destino bajo custodia estatal junto a sus padres, deben interpretarse, armónicamente y en el marco de los estándares generales del DIDH, 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

⁴⁵ 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.

⁴⁶ 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.

⁴⁷ Informe del Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria, A/HRC/7/4, cit., párrs. 57 y 58. En igual sentido, CIDH, Relatoría para los Trabajadores Migratorios, *Segundo Informe de Progreso*, cit., párr. 99.g.

⁴⁸ CIDH, Relatoría sobre Trabajadores Migratorios, *Segundo Informe de Progreso*, cit., párr.94.

⁴⁹ Esto “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).

⁵⁰ 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.

superior del niño” (artículo 37.c de la CDN)⁵¹, a que los niños en situación de detención no pueden ser separados de sus padres⁵² y a la obligación de garantizar el derecho a la vida familiar (arts. 9, 11 y 18 de la CDN). 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 estatus migratorio. 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, que procuren que el grupo familiar pueda estar en libertad durante el procedimiento migratorio⁵³.

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”⁵⁴.

En cualquier caso, siguiendo los lineamientos del Comité, resulta fundamental destacar que cualquier medida aplicable a niños y niñas migrantes, debe estar acompañada por

⁵¹ 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.

⁵² CIDH, *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, cit., Principio XIX.

⁵³ 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.

⁵⁴ Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 6, cit., párr. 63.

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/a⁵⁵. 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 cometido⁵⁶. La efectiva garantía y aplicación de estas 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.

Además de las condiciones particulares de estos centros en razón de la condición de menores de edad, en tanto se trata de personas que NO están detenidas como paso previo a una sanción privativa de la libertad (como sucede con la prisión preventiva en el ámbito penal), resulta necesario adoptar medidas para que las condiciones de alojamiento sean sustantivamente diferentes de las diseñadas para ámbitos ligados a la política criminal. En tal sentido, resulta relevante que el régimen disciplinario, la formación de los funcionarios y las autoridades de los centros, las medidas de seguridad y control, entre otras cuestiones, no respondan a una lógica penitenciaria sino a un enfoque de protección integral de la niñez.

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 por sus padres) que se encuentran bajo la custodia estatal por razones migratorias, a la luz de los artículos 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?

⁵⁵ 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 un estatus migratorio 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.

⁵⁶ 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 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 Beijing), 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).

6. Garantías de debido proceso y determinación del interés superior del niño en el marco de los procedimientos migratorios.

La pregunta cuarta se refiere a una serie de garantías básicas de debido proceso que debían contemplarse en relación con la restricción de la libertad personal de niños en el marco de procedimientos migratorios.

En este punto abordamos las garantías básicas de debido proceso que deben ser resguardadas con relación a otros aspectos que pueden ser decididos en un procedimiento migratorio, como por ejemplo la radicación en el país de destino o la repatriación al país de origen. En especial se plantea la necesidad de contar con procedimientos específicos de determinación del interés superior del niño antes de disponerse medidas de expulsión o repatriación.

En diversos países de la región, los niños, niñas pueden ser deportados en razón de su condición migratoria o la de su familia. En este sentido, sin distinción los niños y sus padres, menores de edad y adultos, 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 pueden ser sancionados con la prohibición de retorno a un país como consecuencia de la conducta migratoria de sus padres.

El tratamiento diferenciado de los derechos de la niñez, y el objetivo de alcanzar la protección integral y resguardar el interés superior de los niños, debe conducir a una evaluación estricta y diferenciada de las consecuencias jurídicas, sociales, culturales y personales, que puede ocasionar una deportación, cualquier sea la modalidad que ésta tenga. 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, sino sólo como una medida cuya idoneidad debiera considerarse en función de la protección integral del menor de edad.

Por estas razones, 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 punitivo. Este principio impone a las autoridades guiarse por una lógica de “protección”, y no de “castigo”⁵⁷, armonizando los objetivos de las políticas migratorias con los derechos de la niñez.

En este sentido, es fundamental que los procedimientos de repatriación de niños estén guiados por el objetivo de determinar, en cada caso concreto, del interés superior del niño, a través del cual se debe evaluar, asegurando las garantías procesales, el impacto

⁵⁷ 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.

que tendrá en el niño o niña 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.

Si el objetivo de estos procedimientos es precisamente determinar el interés superior, debe asegurarse la defensa adecuada de los derechos del niño, su acceso a asistencia jurídica y representación legal, y oportunidad de audiencia suficiente, para que el juicio de ponderación de su real interés pueda ser realizado debidamente.

Para los niños migrantes separados de sus padres o no acompañados, el derecho a ser oído (consagrado en el artículo 9.2 de la CDN) cobra una especial relevancia. También respecto de niños/as no acompañados o separados de sus familias es de suma importancia, a fin de garantizar eficazmente el conocimiento de sus circunstancias personales y familiares y la posibilidad de anticipar riesgos que podrían originarse en casos de radicación o expulsión, brindarles acceso rápido y gratuito a la asistencia jurídica y de otra índole, y nombrarles un tutor y representante legal⁵⁸.

Si, en lugar de una expulsión como sanción migratoria, se estableciera una repatriación voluntaria de niños migrantes, bien sea no acompañados o junto a sus padres, es esencial que esa decisión sea el fruto de un procedimiento orientado por el principio del interés superior del niño, lo cual requiere una serie de medidas procesales (incluso, probatorias) que permitan arribar a la conclusión de que la repatriación es la medida idónea para el resguardo de sus derechos y su protección más adecuada.

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 Unidas⁵⁹), 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.

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

¿Cuáles son las garantías de debido proceso que deberían implementarse, a la luz de los artículos 2, 8, 19, y 25 de la Convención Americana y el artículo 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, a fin de asegurar la adecuada evaluación del interés superior del niño y la protección integral de sus derechos, antes de disponer la deportación o repatriación de niños y niñas, con sus padre, separados o no acompañados?

⁵⁸ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 6: *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, cit., párr. 63.

⁵⁹ *Informe del Relator de la ONU sobre Derechos de Migrantes*, presentado ante el Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/11/7, cit., párr. 57.

7. El principio de no devolución en relación con los NNA 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 que 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 contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes también recepta el principio de no devolución en su artículo 3.

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 redundaría 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...”⁶⁰.

Es así que ningún niño 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, consideramos que los Estados están obligados a tener en cuenta estas circunstancias, cuya valoración resulta ineludible si se aspira a identificar la solución que respete más adecuadamente los derechos de la niñez comprometidos y potencialmente afectados. En este sentido, 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 ser oído.

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

⁶⁰ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General 6*, cit., párrs. 27 y 84.

¿Deben los Estados a la luz de los artículos 2, 4.1, 5, 8, 19, 22.8 y 25 de la Convención Americana y de los artículos 1 y 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, disponer procedimientos adecuados para evaluar durante el procedimiento migratorio, o al decidirse sobre su posible repatriación, si el niño o niña se encuentra en una situación de riesgo en caso de ser devuelto a su país de origen? ¿Cuáles son los principales elementos que deben ser evaluados a fin de dar cabal cumplimiento al respeto a sus derechos y cumplir con la obligación internacional de “no devolución” del artículo 22.8 de la Convención Americana?

8. Derecho a la vida familiar de los NNA 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 jurisdicción⁶¹.

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 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”⁶².

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 por parte de 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,

⁶¹ 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.

⁶² Corte IDH, OC-17/02, cit., párr. 66.

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 respecto a 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, 1, entre otros de la CDN.

La Directriz 14 de Riad señala que “[c]uando no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar, los intentos de la comunidad por ayudar a los padres en este aspecto hayan fracasado y la familia extensa no pueda ya cumplir esta función, se deberá recurrir a otras posibles modalidades de colocación familiar, entre ellas los hogares de guarda y la adopción, que en la medida de lo posible deberán reproducir un ambiente familiar de estabilidad y bienestar y, al mismo tiempo, crear en los niños un sentimiento de permanencia, para evitar los problemas relacionados con el “desplazamiento” de un lugar a otro”.⁶³

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 (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 procesos⁶⁴.

Las medidas de expulsión de padres resultan de difícil justificación si se consideran debidamente ciertos principios del DIDH, como el principio *pro homine* o el principio de proporcionalidad. Si tal como afirma la Corte Interamericana apoyándose en las

⁶³ Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad), AG resolución 45/112, de 14 de diciembre de 199, parr. 14. Véase también Corte IDH, OC-17/02, cit., párr. 73 y 77 .

⁶⁴ 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, del 12 de Julio de 2010. párrs. 158 y 159.

Directrices de Riad⁶⁵, “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 hijos⁶⁶. 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 razonabilidad⁶⁷, 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.

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

¿Cuál es el alcance que debiera conferirse al 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 estatus migratorio, 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

⁶⁵ 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.

⁶⁶ Corte IDH, OC-17/02, cit., párr. 67.

⁶⁷ 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).

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.