

Amicus Curiae sobre la solicitud de opinión consultiva N° 21: Derechos de los/as niños/as migrantes

Introducción.

El Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEH-PUCP) presenta su posición en torno a la opinión consultiva solicitada por el Mercado Común del Sur (MERCOSUR), relacionada a los derechos de los/as niños/as migrantes, y espera que sea un instrumento de ayuda a la Corte Interamericana de Derechos Humanos para mejor resolver dicha consulta. En ese sentido, responde las nueve preguntas presentadas de acuerdo a una interpretación de los tratados del Sistema interamericano de derechos humanos y de diferentes instrumentos internacionales, así como algunas legislaciones internas.

En consideración del IDEH-PUCP, las preguntas planteadas en la solicitud de opinión consultiva pueden agruparse en cuatro grandes temas. En este sentido, el presente documento se estructura sobre la base de cuatro ejes: La primera sección es una presentación general de la problemática que envuelve a los/as niños/as migrantes y los principios que los protegen; en la segunda sección se plantean aspectos vinculados a las preguntas 1, 2 5, 7 y 9 de la solicitud, referidos a los derechos y garantías generales que tiene el niño y la niña migrante en materias como son el debido proceso, la vida familiar o los derechos económicos, sociales y culturales, entre otros; la tercera sección se encuentra referida específicamente al derecho a la libertad personal de los/as niños/as migrantes (preguntas 3, 4 y 6 de la solicitud); finalmente, la cuarta sección trata sobre las garantías de los/as niños/as migrantes solicitantes de asilo o refugio (pregunta 9).

El IDEH-PUCP confía en que este documento sea un aporte para el planteamiento de estándares internacionales en materia de protección al niño y niña migrante.

1. El Derecho internacional de los derechos humanos y los/as niños/as migrantes

1.1 El Derecho internacional de los derechos humanos y los/as niños/as

Los/as niños/as son un grupo que por sus características derivadas de su edad se encuentran en condición de vulnerabilidad. Esta situación de vulnerabilidad se demuestra en el grado de dependencia y el cuidado especial que requieren para desarrollarse de manera adecuada y sin que su vida u otros derechos corran peligro.

En las últimas décadas la protección que desde los derechos humanos se ha dado a los/as niños/as es bastante amplia. El instrumento internacional que por excelencia protege sus derechos es la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN)¹. No obstante, existe un gran número de instrumentos convencionales y no convencionales que complementan esta protección.²

¹ Adoptada el 20 de noviembre de 1989 y entró en vigor el 2 de setiembre de 1990. A la fecha cuenta con 193 Estados partes, haciéndolo el tratado de derechos humanos con mayor cantidad de ratificaciones.

² El Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la

En el ámbito interamericano, si bien no existe un tratado específico sobre los derechos de los/as niños/as, esta protección se deriva del artículo VII de la Declaración americana de los derechos y deberes del hombre (en adelante Declaración Americana) y del artículo 19 de la Convención americana sobre los derechos humanos (en adelante Convención Americana o CADH). Dichas garantías, a su vez, han motivado la producción de una gran cantidad de informes por parte de la Comisión Americana de Derechos Humanos (en adelante CIDH o comisión Interamericana), así como una amplia jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH o Corte Interamericana) e incluso la emisión de una Opinión Consultiva específica sobre el tema.

La amplia gama de tratados y otros instrumentos internacionales sobre los derechos de los niños se justifica en la gran cantidad de temas que comprenden sus derechos. La situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los/as niños/as se puede configurar en diversos ambientes como sucede con los/as niños/as en el caso de conflictos armados, violencia familiar, situaciones de desprotección, como en el caso de los/as niños/as de la calle, niños/as privados de libertad, niños indígenas, discriminación por género, raza, religión o por su sola condición de niños/as o la falta de acceso a servicios básicos necesarios para su edad como alimentación, salud, educación, entre otras muchas situaciones.

Dentro de las situaciones que agravan la condición de vulnerabilidad de los/as niños/as se encuentra la condición de migrantes. Los migrantes son otro grupo en situación de vulnerabilidad, debido a “situaciones *de jure* (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y de facto (desigualdades estructurales). Esta situación conduce al establecimiento de diferencias en el acceso de unos y otros a los recursos públicos administrados por el Estado”³. Además, existen “prejuicios culturales acerca de los migrantes, que permiten la reproducción de las condiciones de vulnerabilidad, tales como los prejuicios étnicos, la xenofobia y el racismo, que dificultan la integración de los migrantes a la sociedad”⁴.

Así, se puede afirmar que en este caso en concreto, la pertenencia a dos grupos en situación de vulnerabilidad (ser niño/a y migrante) incrementa el riesgo de sufrir mayores afectaciones a los derechos de los/as niños/as migrantes.

1.2 Protección de los derechos de los/as niños/as migrantes

El grupo que comprenden los niños y niñas migrantes es amplio y heterogéneo. Ello se debe a que responde a diversas circunstancias como el caso que el niño y la niña migrante tenga o no documentos que permitan su estadía en el país receptor, el encontrarse o no con sus padres, el ser solicitantes de asilo o refugiados, el ser víctimas de trata de personas, etc.

adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional, las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (Reglas de La Habana), las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Protocolo de Palermo), entre otros.

³ Corte IDH. Opinión Consultiva No 18. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. 17 de setiembre de 2003. párr. 112.

⁴ Ídem. párr. 113.

Frente a ello no se puede tratar al grupo de niños/as migrantes de manera homogénea. Los estándares orientados a la protección de sus derechos deberán, por tanto responder a las características propias de cada caso, es decir, de su particular situación migratoria. A pesar de ello, se pueden establecer ciertos estándares que se deben seguir ante determinadas circunstancias para que los/as niños/as migrantes no vean vulnerados sus derechos.

El caso de los/as niños/as migrantes se encuentra enmarcado en los llamados flujos migrantes mixtos. Según la Organización Mundial para las migraciones, los flujos mixtos son movimientos de población migrante complejos, que incluyen a refugiados, solicitantes de asilo, migrantes económicos y otros migrantes⁵. Dentro de este colectivo es posible incluir a los/as niños/as migrantes.

Además, desde un punto de vista estadístico también se debe tener presente que en el ámbito americano existe un gran flujo migratorio. Si bien los destinos principales son los países del norte, Estados Unidos y Canadá⁶, también existe un gran movimiento migratorio interno en los países de Latinoamérica que se está incrementando, así como la cada vez más frecuente migración desde países de fuera de la región⁷. Los principales destinos de los migrantes intrarregionales en América Latina y el Caribe son Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica y Venezuela⁸. Es necesario precisar que mientras que los países del norte suelen ser países receptores de migrantes, en el caso de los países de América Latina y el Caribe son países destino, de tránsito y de emisión de migrantes, por lo que la situación se complejiza. Dentro de los flujos migratorios mencionados, los niños migrantes ocupan un papel sumamente importante, dada la protección especial que requieren.

1.3 ¿Quiénes deben ser considerados/as niños/as migrantes?

Según la propia CDN, se entiende por niño/a a todo/a menor de 18 años, aunque los Estados pueden establecer por ley la mayoría de edad antes de dicha edad. Sin embargo, en el ámbito del Sistema interamericano de protección de derechos humanos (en adelante Sistema Interamericano o SIDH) tanto la CIDH⁹, como la Corte Interamericana¹⁰ han establecido que se aplicarán los derechos establecidos para los/as niños/as a todas las personas menores de 18 años. Por ello, la condición de niños/as migrantes también debe seguir la definición general sobre niño/a.

“Migrante” según la Corte IDH es un término que abarca tanto a la persona que deja o que llega a otro Estado con el propósito de residir en él¹¹. Por otro lado, la Convención

⁵ OIM. Migración irregular y flujos migratorios mixtos: Enfoque de la OIM. 19 de octubre de 2009. p. 1.

⁶ Según la OIM Estados Unidos concentra 42.8 millones y Canadá 7. 2 millones de migrantes provenientes de América y el Caribe. El total de migrantes en esta zona es de 57.5 millones, siendo Argentina el tercer país en cantidad de migrantes con 1.4 millones. En: < <http://www.iom.int/jahia/Jahia/about-migration/facts-and-figures/americas-facts-and-figures/cache/offonce/lang/en>>

⁷ OIM. Informe sobre las migraciones en el mundo. Ginebra: Organización Mundial para las Migraciones. 2011. p. 72

⁸ SERRA, María Laura. La migración y los derechos del niño. Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja" - Año V, Número Especial, 2011. Argentina. p. 229.

⁹ CIDH. Informe sobre la infancia y sus derechos en el sistema interamericano de protección de derechos humanos. 2º edición. 2008. párr. 27.

¹⁰ Corte IDH. Opinión Consultiva No 17. Condición jurídica y derechos humanos del niño. 29 de agosto de 2002. párr. 40.

¹¹ Corte IDH. Opinión Consultiva No 18. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. 17 de setiembre de 2003. párr. 69.

internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, señala en su artículo 1 que

La presente Convención será aplicable durante todo el proceso de migración de los trabajadores migratorios y sus familiares, que comprende la preparación para la migración, la partida, el tránsito y todo el período de estancia y de ejercicio de una actividad remunerada en el Estado de empleo, así como el regreso al Estado de origen o al Estado de residencia habitual (el resaltado es nuestro).

Esta concepción de trabajador migrante implica que el carácter de “migrante” puede adquirirse incluso desde antes de salir del país, desde el momento de la preparación para la migración, lo que extiende la interpretación de migrante al que aún no ha salido de su país, pero que lo hará en futuro próximo. Esta última interpretación “amplia” del término “migrante” puede ser importante en el caso de los niños que si bien no han dejado el país de su nacionalidad, sus padres sí lo han hecho, por lo que tienen planes en futuro próximo a reunirse con sus ellos en el exterior.

En este sentido, se podría afirmar, de acuerdo a los conceptos señalados, que niño o niña migrante será toda persona menor de 18 años que se encuentre fuera del Estado del cual es nacional con la intención o necesidad de residir allí o en otro Estado al cual se dirige, o que encontrándose en el país del que es nacional o residente, podría migrar en un futuro cercano. La configuración de una persona como niño o niña migrante significará que tendrá una doble protección: por su condición de niño/a y de migrante.

1.4 Principios protectores de los/as niños/as migrantes

Los Estados que reciben niños migrantes tienen que brindar ciertas garantías para resguardar de la mejor manera los derechos del/la niño/a. Estas garantías, en la medida que son aplicadas a niño/as, deben seguir ciertos principios establecidos en el Derecho internacional de los derechos humanos respecto de los/as niños/as, recogidos en la CDN. Estos principios son: (i) el interés superior del niño y niña, (ii) la igualdad y no discriminación, (iii) el derecho a expresar su opinión y ser oído/a; y (iv) el derecho a la vida. Además, estos principios generales se relacionarán junto a otros que responderán a circunstancias específicas como en el caso de niños/as no acompañados/as o solicitantes de asilo.

El interés superior del niño y la niña

El interés superior del niño y la niña es el principio esencial según el cual se deben regir los Estados al tratar temas en los que menores de 18 años estén involucrados. El interés superior del niño y la niña se encuentra regulado en el artículo 3.1 de la CDN que establece que:

en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial que se atenderá será el interés superior del niño.

La Corte Interamericana desarrolló mejor el contenido de este principio en su jurisprudencia, estableciendo que “el principio del interés superior del niño (...) se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de

sus potencialidades”¹². De esta manera, toda medida que los Estados establezcan en la custodia de niños/as migrantes se hará respetando el mejor interés para su futuro y desarrollo, lo cual debe ser tenido presente para la interpretación de todos sus derechos como la libertad personal, vida, educación, entre otros.

Es importante resaltar, en el caso de la libertad personal, que la medida que pueda justificar la privación de libertad del niño será absolutamente excepcional para los/as niños/as migrantes en base a su interés superior. En este sentido, la privación de libertad no podrá justificarse ni siquiera por la unidad familiar cuando solo se están analizando temas de índole migratorio. El caso que los padres puedan ser privados de libertad por razones migratorias, no será una razón justa para que los niños/as vean privados su libertad también, puesto que por el contrario, dada la presencia del niño/a se velará para que toda la familia siga el procedimiento migratorio en libertad.

La igualdad y la no discriminación

El principio de igualdad y no discriminación según la Corte IDH “pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico”¹³. De acuerdo con el desarrollo normativo y jurisprudencial, tanto la condición de niñez como la de migrante pueden ser consideradas categorías o motivos prohibidos.

La Convención sobre los derechos del niño en su artículo 2 regula que los Estados deben velar que no se discrimine a los niños por ningún motivo vinculado a ellos, a sus padres o tutores. Asimismo, deben velar para que todos los derechos de los niños y niñas regulados en dicho tratado se apliquen de igual manera para todo niño/a¹⁴.

Por otro lado, en el caso específico de los migrantes la Corte Interamericana ha señalado que “los Estados (...) no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de los migrantes”¹⁵, como violaciones a las garantías del debido proceso o actos xenofóbicos, ello incluye también a los migrantes indocumentados, aunque en el caso de estos últimos se podrán establecer algunas medidas específicas que el Estado considere pertinente por su condición.

En este sentido, en el caso de los niños y niñas migrantes el principio de igualdad y no discriminación no sólo prohíbe los actos o normas discriminatorias en su contra, sino que se deben tomar las acciones y el marco normativo que garantice que se respeten sus derechos por su condición especial. Es decir, dentro del principio de no discriminación también deben estar previstas las medidas especiales de protección para los niños migrantes, como puede darse en caso de procesos judiciales o administrativos¹⁶, tal como se analizará de manera detallada posteriormente.

El derecho a expresar su opinión y a ser escuchado

¹² Corte IDH. Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100. párr. 163.

¹³ Corte IDH. Opinión Consultiva No 18. Óp. Cit. párr. 101.

¹⁴ Es importante destacar que de acuerdo con la Corte Interamericana no será discriminatorio aquello que se establezca por su condición de niño, siempre y cuando sea para que se puedan ejercer de manera cabal sus derechos reconocidos y que las diferenciaciones tengan una justificación razonable y objetiva. Ver Corte IDH. Opinión Consultiva No 17. Óp. Cit. párr. 55.

¹⁵ Corte IDH. Opinión Consultiva No 18. Óp. Cit. párr. 119.

¹⁶ Corte IDH. Opinión Consultiva No 18. Óp. Cit. párr. 107.

Los niños tienen el derecho a poder formar su voluntad de manera libre y a ser oídos. Este derecho se encuentra regulado en el artículo 12 de la CDN, en el cual se estipula que los niños serán oídos cuando se encuentren ante cualquier proceso judicial o administrativo de manera directa o por medio de un representante. La importancia de este derecho es que además de estar regulado en la CDN, se ha convertido en uno de los estándares para todo procedimiento en el cual los niños se encuentren vinculados¹⁷, como son los procedimientos de naturaleza migratoria, que serán desarrollados más adelante. La Corte IDH también se ha pronunciado sobre la necesidad de que los niños y niñas sean oídos para poder resolver de acuerdo a su mejor interés, siendo que incluso las opiniones de sus padres o tutores no pueden reemplazar la de los niños/as¹⁸.

El derecho a la vida

El principio del derecho a la vida se encuentra regulado en el artículo 6 de la CDN. En dicho artículo se regula que los Estados deberán garantizar no sólo la supervivencia de los niños y niñas, sino que deberán garantizar su desarrollo. Ello se condice con la posición de la Corte IDH, entendiéndose que los Estados deben garantizar las condiciones para una vida digna¹⁹. Este nivel de desarrollo en base a condiciones de vida digna debe garantizar, según jurisprudencia de la Corte Interamericana, derechos como la alimentación, el agua, la educación y la salud²⁰, entre otros. En ese sentido, el niño migrante goza, por parte del Estado de acogida, de la debida protección de su derecho a la vida.

2. Garantías generales de los derechos de los/as niños/as migrantes

2.1 Procedimientos para la determinación de necesidades de protección internacional y de medidas de protección especial de los/as niños/as migrantes.

Como se ha mencionado el concepto de niño migrante es bastante amplio, dado que abarca diversas circunstancias. Sin embargo, dentro de las múltiples posibilidades que se pueden dar, existen tres circunstancias en el marco de las migraciones que condicionan a los/as niños/as: (i) niños/as que migran junto con sus familias, (ii) niños/as que migran sin compañía de sus padres, madres o responsables y (iii) niños/as que permanecen en el país de origen cuando sus padres y madres migran²¹.

Los/ niños/as cuyos padres migran se enfrentan a momentos difíciles. Esto porque muchas veces se quedan bajo el cuidado de familiares u otras personas, lo que afecta su desarrollo normal. Un alto número de estos/as niños/as queda a la espera de poder migrar para alcanzar al padre o madre. En nuestra opinión, siguiendo el estándar de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, estos/as niño/as deben ser considerados migrantes. En este sentido, sería importante que los Estados emisores de migrantes tengan presente las situaciones en que los niños pueden quedar desamparados por estas situaciones y que tomen las medidas que se encuentren dentro de sus posibilidades. Estas medidas podrían ser el apoyo psicológico, el cuidado en casos de

¹⁷ SALMÓN, Elizabeth. Óp. Cit. p. 66.

¹⁸ Corte IDH. Caso Atala Riffo e hijas Vs. Chile. Resolución de 29 de noviembre de 2011. Participación de las niñas. párrs. 9-12.

¹⁹ Opinión Consultiva No 17. Óp. Cit. párr. 80.

²⁰ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214. párrs. 194-217.

²¹ LIWSKI, Norberto. Migraciones de niños, niñas y adolescentes bajo el enfoque de derechos. Washington DC: Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes. p. 4.

abandono, el contacto con los padres en el extranjero o todo aquello en beneficio del interés superior del niño.

En este supuesto, solo podrán ser catalogados como niños/as migrantes aquellos que al encontrarse sin sus familiares encargados de su cuidado (porque estos han migrado) se encuentran próximos a migrar también. Sin embargo, aquellos/as que no tienen planeado migrar merecen especial atención por parte de los Estados, no sólo por su condición de niños/as y la vulnerabilidad que ello implica, especialmente al verse privados de quienes deberían cuidarlos, sino porque muchas veces se ven afectados por razones como pobreza, conflictos armados u otros, que obligaron a sus padres y madres a migrar.

De los otros dos grupos antes mencionados (niños/as que migran junto con sus familias y niños/as que migran sin compañía de sus padres o responsables), quienes se encuentran en un mayor grado de vulnerabilidad son los/as niños/as no acompañados, dado el peligro que corren al migrar solos a su corta edad. Sin embargo, los/as niños/as que migran con acompañados también requieren un enfoque especial, dado que las circunstancias que generalmente podrían no afectar a adultos, para ellos si podrían significar un grave daño. Además, migrar acompañado no necesariamente es sinónimo de viajar bajo un régimen de protección, por lo que los Estados deben estar atentos a identificar si el mayor que acompaña al niño/a realmente está cumpliendo una función de custodia del interés superior de este/a, o si por el contrario, abusa de su posición de autoridad (pensamos por ejemplo, de mayores que acompañen a niños/as en el marco de una red de trata de personas).

En estos dos grupos se puede hallar una diversidad de situaciones que comprometen seriamente el trato que las autoridades deben tener con los/as niños/as migrantes, es decir, que pueden ser víctimas de trata, estar huyendo de un conflicto armado, de violencia familiar, de pobreza o ser solicitantes de asilo. Toda esta amplia gama de posibilidades requiere que las autoridades de los países de tránsito o de destino desarrollen procedimientos adecuados para identificar las circunstancias en las que el niño migrante se encuentra al llegar a dichos Estados.

Medidas generales de protección

La prioridad de los procesos de determinación de necesidades de protección internacional y de medidas de protección especial es identificar a la víctima y sus necesidades, y debe darse en un análisis caso a caso, puesto que si bien pueden existir grupos comunes, en la realidad cada niño migrante es una historia independiente. Lo primero que hay que tener presente en este procedimiento de identificación es el momento en que ésta debe hacerse. La situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los niños migrantes genera una obligación de celeridad para los Estados frente a ellos. Además, durante todo este procedimiento los niños tendrán las garantías de un debido proceso como el nombrar a un tutor y representante legal, asistencia consular, derechos a ser oído, a un traductor, entre otros (los cuales se abarcarán en extenso en el punto 2.2).

Tal como lo ha establecido la Corte Interamericana, el artículo 25 de la CADH garantiza el acceso a un recurso efectivo y rápido²². De esta manera, relacionando los artículos 25 y 2 de la Convención Americana, los Estados deben implementar los recursos efectivos que garanticen la exigibilidad de los derechos humanos, sea mediante medidas legislativas, administrativas o de cualquier otra índole²³. En el caso

²² Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125. párr. 99.

²³ Ídem. párrs. 100-104.

de niños/as migrantes ello debe interpretarse de manera conjunta con el artículo 19 de la Convención Americana de acuerdo a la protección especial del niño y teniendo como base su interés superior. Por ello, encontramos que el procedimiento de identificación debe darse desde el primer momento que el niño entra en contacto con el agente migratorio y siguiendo garantías específicas de protección.

El primer paso, es identificar que se trata de un/a menor de dieciocho años. Este paso es importante dado que muchos niños viajan sin ninguna identificación, por lo que frente a la duda serán los funcionarios del país de tránsito o destino los que deberán realizar todas las investigaciones necesarias para determinar su edad. Los métodos para determinar la condición de niño/a no pueden ser intrusivos, deben respetar su integridad personal y deben ser de acuerdo a su condición de vulnerabilidad. De continuar con la duda se asumirá que el migrante es niño/a²⁴.

Una vez determinada la condición de niño migrante se tendrá que determinar en qué situación es que se encuentra específicamente. Este punto es esencial porque como se mencionó el trato que se dará a cada niño/a dependerá de la condición en la que se encuentra migrando. Por ejemplo, de acuerdo al factor género, la trata de personas por explotación sexual afecta principalmente a las niñas²⁵, mientras que en el caso de los niños se enfoca principalmente en la explotación laboral²⁶. Estas apreciaciones deberán ser tomadas en cuenta para prestar especial cuidado frente a situaciones que puedan ser potencialmente peligrosas.

Los procesos administrativos siguen las garantías del debido proceso²⁷, por lo que el plazo razonable del procedimiento de identificación deberá ser el menor posible atendiendo a la necesidad y la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra el niño migrante. El procedimiento de identificación es diferente al decisorio sobre la situación migratoria del niño y la niña. Sin embargo, existirá una importante relación entre ellos.

Además, por su naturaleza administrativa y no sancionadora, no puede significar la privación de libertad ni del niño y la niña, ni de los padres en caso se traten solo temas de carácter migratorio. De igual manera, ninguna de las acciones puede significar tortura, tratos crueles o degradantes²⁸. La privación de libertad de niños/as migrantes son acciones que atentan contra la libertad personal y también contra la integridad personal, configurándose, por lo menos, como tratos degradantes.

Muchos países privan de libertad a los migrantes irregulares cuando ingresan al territorio. En caso de niños/as migrantes, la existencia del proceso de identificación no puede significar en ningún caso la privación de libertad. En caso que el niño o niña se encuentre con uno o ambos padres tampoco se les podrá privar de libertad; mantener la unidad familiar no puede ser un motivo para que se prive de libertad a los niños, por el contrario, se tendrá que mantener a la familia unida en libertad²⁹.

²⁴ UNICEF. Estudio sobre los estándares jurídicos básicos aplicables a niños y niñas migrantes en situación migratoria irregular en América Latina y el Caribe. Argentina: Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Lanús. 2009. p. 31.

²⁵ Comité de derechos del niño. Observación General No 6. párr. 50.

²⁶ OIM. Informe sobre las migraciones en el mundo. Ginebra: Organización Mundial para las Migraciones. 2011. p. 114.

²⁷ Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71. párr. 71.

²⁸ Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218. párrs. 209 y 210

²⁹ UNICEF. Óp. Cit. p. 36.

Finalmente, se debe tener presente que los niños migrantes, aun cuando no cumplan con los documentos regulares, no deben ser devueltos sin que se haya identificado su situación concreta. El Estado de tránsito o destino tiene la obligación de cerciorarse de acuerdo al interés superior del niño qué es lo mejor para él o ella. Se tiene que tener presente que es precisamente este el momento en que se puede reconocer a un solicitante de asilo o refugio, por lo que la devolución inmediata violaría el artículo 22.7 del Convención Americana y, como se analizará más adelante, podría implicar la violación del principio de no devolución.

Garantías específicas.

Dada la heterogeneidad ya señalada en el caso de los niños migrantes, a continuación, se resaltarán algunos supuestos especiales frente a los que los Estados deberán tener un especial cuidado al identificar las necesidades de los niños y niñas migrantes:

- Niños y niñas no documentados

Los niños/as que se encuentran indocumentados deberán ser identificados a la brevedad de lo posible mediante huellas digitales, comunicación con familiares, conocidos o autoridades consulares, o cualquier otra medida que no tenga un carácter intrusivo para el niño o niña. Estas acciones se realizarán para asegurar el derecho a la personalidad jurídica de los/as niños/as, sobre el cual la Corte IDH ha señalado que el Estado tiene el deber de “brindar las medidas necesarias para facilitar el registro de la persona”³⁰. De igual manera, también ha señalado que “el Estado se encuentra especialmente obligado a garantizar a aquellas personas en situación de vulnerabilidad, marginalización y discriminación, las condiciones jurídicas y administrativas que les aseguren el ejercicio de este derecho, en atención al principio de igualdad ante la ley”³¹.

- Niños no acompañados

En los procesos de identificación también se deberá tener presente si se trata de un/a niño/a no acompañado/a (los cuales en muchos casos serán además no documentados/as). En esta situación y de acuerdo a la Observación General No 6 del Comité sobre los Derechos del Niño, el primer paso que se debe seguir es determinar que se trata de un menor no acompañado, inspeccionar sus datos y de su familia, consignar los datos obtenidos y la entrega de documentos de identidad e iniciar la búsqueda de la familia del menor³². Las búsqueda de la familia y la reunificación familiar son acciones frente a las cuales el Estado debe agotar todos los medios que se encuentran a su alcance, al menos que sea contrario al interés superior del niño.

- Niños y niñas posibles víctimas de trata de personas

La relevancia del proceso de identificación también es importante para el caso de la lucha contra la trata de personas. Los/as niños/as migrantes y especialmente los/as menores no acompañados/as y separados/as, son los/as que se encuentran en mayor situación de vulnerabilidad. Uno de los puntos más importantes que deberán tener presente los oficiales migratorios es que el consentimiento del niño y niña es irrelevante al momento de que se encuentren las pruebas que permitan deducir que se

³⁰ Corte IDH. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130. párr. 183.

³¹ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Óp. Cit. párr. 250.

³² Ídem. párr. 31

está ante un crimen de trata³³. Además, el Tribunal europeo de derechos humanos (en adelante Tribunal Europeo o TEDH) también ha señalado que la situación de un migrante indocumentado, niño o niña, causa el suficiente temor a este como para que pueda desempeñar labores que en circunstancias normales no haría³⁴, por lo que es una víctima potencial de trata, aun cuando no haya ingresado en el país para dicho fin.

Los Estados además deberán tomar las medidas de prevención para que no se produzcan situaciones de trata de niños y niñas en su jurisdicción o que se puedan identificarse en el momento en que las víctimas intentarían ingresar. Entre estas medidas se encontrarán la capacitación de los agentes del Estado en el trato con niños y niñas posibles víctimas de trata, puestos de control migratorio bien equipados y garantías de investigación y seguimiento hacia los niños y niñas que se encuentren dentro de este supuesto.

Por todo lo señalado, de acuerdo a lo establecido en los artículos 1, 2, 5, 7, 8, 19, 22.7 y 25 de la Convención Americana y 1, 25 y 27 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante Declaración Americana) el Estado se encuentra en obligación de realizar un proceso de identificación de los niños migrantes de manera especializada, inmediata, celeridad y objetiva. Este procedimiento deberá respetar los estándares del debido proceso, de acuerdo a los derechos del niño y su interés superior y tendrá como objetivo identificar de manera fehaciente la situación concreta en la que el niño y niña migrante se encuentra, sin que en ningún momento se prive su libertad para ello.

Desarrollar este sistema, implica además un debe ser Estado de organizar su aparato estatal en torno a tal sistema, para lo cual deberá contar con persona capacitado, módulos de información, entre otros.

2.2 Sistema de garantías de debido proceso que debería aplicarse en los procedimientos migratorios que involucran niños/as y adolescentes migrantes.

Esta pregunta se encuentra muy relacionada con la anterior, dado que las garantías del debido proceso para los niños migrantes se darán en todo proceso en que se vean involucrados, lo cual incluye a los procedimientos de identificación, así como los de definición de la calidad de migratoria y los procesos de expulsión. Los/as migrantes no han cometido ningún delito, por lo que no podrán ser procesados penalmente por el sólo hecho de su condición migratoria. Siendo así, tal como lo ha establecido la CIDH, en los procedimientos administrativos se deben respetar los derechos del debido proceso³⁵, los cuales además deberán ser interpretados en base a la situación de vulnerabilidad de los niños migrantes. Dado que no han cometido ninguna acción delictiva, los niños y niñas migrantes no podrán ser privados de su libertad personal por motivos de su calidad migratoria.

Garantías del debido proceso

- Derecho de notificación

³³ ACNUR. Directrices de protección internacional. Solicitudes de asilo bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de Refugiados. párr.25.

³⁴ TEDH. Caso de Siliadin V. Francia. Sentencia de 26 de julio de 2005. párr. 118.

³⁵ CIDH. Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: Detenciones y debido proceso. Washington: 2010. párr. 56 y 57.

La CIDH se ha pronunciado específicamente sobre el derecho de ser notificado que tiene todo migrante ante un proceso de expulsión³⁶. En el caso del niño y niña migrante, ello se extiende a todo tipo de procedimiento que lo involucre. De esta manera, se le deberá comunicar si se trata de un procedimiento de identificación, de resolución de su situación migratoria, de expulsión de él o de algunos de sus padres o por cualquier otro procedimiento en el cual se encuentre involucrado el niño/a. Además, el Estado debe poner también en conocimiento de sus padres los motivos por los que a su hijo o hija se le está siguiendo el procedimiento, al menos que sea contrario a su interés superior.

- Derecho de defensa

Una vez que se haya identificado la situación del menor, en caso que este no se encuentre acompañado, el Estado tendrá la obligación de nombrar a un tutor y un representante legal al niño y niña³⁷. Ello significará que el niño o niña debe ser representado por un adulto que pueda ayudarlo frente a cualquier procedimiento y ser quien pueda tener la capacidad de obrar que como niño/a el migrante puede tener restringida. Asimismo, se le deberá brindar un asesor legal que le otorgue apoyo jurídico para los procedimientos administrativos que requiera, como el caso de la legalización de su situación migratoria o los procedimientos en búsqueda del estatuto de refugiado.

El apoyo legal se encuentra enmarcado en el debido proceso regulado en el artículo 8 de la Convención Americana, de esta manera la Corte IDH estableció 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 migratorio³⁸. Por su cuenta. En el caso específico de niños no acompañados, la CIDH, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 37(d), ha establecido la obligatoriedad de que los niños que están en esta circunstancia accedan de manera rápida a la justicia y a la asistencia jurídica³⁹.

Además del derecho a la asesoría jurídica, también deberá asegurarse que se respete su derecho a la asistencia consular⁴⁰. Este derecho establecido para todo migrante, debe buscar ser aún más protector en el caso de los niños y niñas. Sobre las funciones que el cónsul podría desempeñar, éste debe asistir al detenido en diversos actos de defensa del procedimiento migratorio, como son: ⁴¹

- El otorgamiento o contratación de patrocinio letrado,
- La obtención de pruebas en el país de origen,
- La verificación de las condiciones en que se ejerce la asistencia legal, y
- La observación de la situación que guarda el procesado.

Además en caso de niños no acompañados, ellos también tienen el derecho a que se notifique a sus familiares, a menos que sea contrario a su interés superior⁴².

³⁶ CIDH. Caso Elias Gattass Sahih c. Ecuador. Informe No 09/05. Petición 1/03. Admisibilidad.

³⁷ Comité de derechos del niño. Observación General No 6. párrs. 33-38.

³⁸ Corte IDH. Opinión Consultiva No 18. Óp. Cit. párr. 121.

³⁹ CIDH. Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: Detenciones y debido proceso. Washington: 2010. párr. 93.

⁴⁰ Corte IDH. Opinión Consultiva No 18. párr. 120.

⁴¹ Corte IDH. Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114. párr. 112.

⁴² Corte IDH. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyaui. . Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 93. Comité de los Derechos del Niño.

- El derecho a ser oído/a

Otro derecho del debido proceso de los/as niños/as migrantes, establecido a su vez como uno de los principios de la CDN, es el derecho de éstos/as ser oídos/as. El párrafo 2 del artículo 12 de la Convención sobre los derechos de los niños establece que los niños serán escuchados en todo procedimiento en el cual estén involucrados, lo cual incluye a los de carácter administrativo⁴³. El niño tiene derecho a ser oído directamente y no solo por medio de un intermediario si es que es conforme con su interés superior. Ello puede ser muy importante en procesos donde su opinión será esencial para la resolución, como son los casos de expulsión de alguno de sus padres⁴⁴.

- Derecho a un traductor

Relacionado con el derecho a ser oído se encuentra el derecho a que se le que se le otorgue un traductor libre de cargos en caso sea necesario para su comunicación⁴⁵. Esta obligación general deberá ser interpretada de acuerdo a las necesidades propias de los niños, en sentido que el traductor deberá estar capacitado para trabajar con personas de dicha edad.

- Derecho a un juez natural e imparcial

El derecho al juez competente, independiente e imparcial también es otra garantía esencial del debido proceso según el artículo 8 de la Convención Americana. En caso de niños, la Corte IDH ha reconocido que se requieren juzgados especiales que atiendan a sus características y que respeten su situación de vulnerabilidad⁴⁶, de igual manera cuando se trata de procedimientos administrativos deberán ser desarrollados por personas capacitadas en el trato con niños⁴⁷. De esta manera, sin importar si se trata de una autoridad judicial o administrativa debe existir un alto grado de especialidad de esta en el caso de niños y niñas migrantes.

- Derecho a la segunda instancia

Cualquiera que sea el proceso que involucra al niño migrante, este tiene el derecho a poder apelar la decisión tomada⁴⁸. En caso que la decisión se haya tomado en sede administrativa, el niño migrante tiene el derecho de contradecir esta decisión ante los órganos judiciales⁴⁹. El recurso para apelar la decisión, de acuerdo al artículo 25 de la CADH, no solo debe existir, sino que debe ser efectivo, lo que significa que debe cumplir con el objetivo de obtener sin demora una decisión sobre la legalidad de lo que se cuestiona⁵⁰. El plazo para interponer este recurso será importante, un plazo muy corto puede significar la indefensión del niño migrante al no tener el tiempo para poder formular una correcta defensa. Es importante resaltar que mientras exista un

Observación General No 10: Los derechos del niño en la justicia de menores. Enero-febrero 2007. párr. 58.

⁴³ Comité de los Derechos del Niño. Observación General No 10. Óp. Cit. párr. 43.

⁴⁴ UNICEF. Óp. Cit. p. 53.

⁴⁵ CIDH. Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: Detenciones y debido proceso. Washington: 2010. párr. 56.

⁴⁶ Corte IDH. Opinión Consultiva No 17. Óp. Cit. párr. 137.11.

⁴⁷ Ídem. párr. 103.

⁴⁸ UNICEF. Óp. Cit. p. 57.

⁴⁹ CIDH. Caso Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz c. México. Caso, 11.610. Informe No 49/99. 13 de abril de 1999. párr. 44.

⁵⁰ Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Óp. Cit. párr. 129.

proceso abierto no se deberán tomar decisiones que podrían significar cambios significativos en la vida del niño, de acuerdo al principio del interés superior.

De acuerdo a lo señalado, el niño migrante deberá de gozar de todas las garantías antes señaladas para que se respete su derecho al debido proceso de acuerdo a los artículos 1, 2, 7, 8, 19 y 25 de la Convención Americana y 25 de la Declaración Americana.

2.3 Principio de no devolución y su relación con los niños/as migrantes.

El principio de no devolución se encuentra regulado en el artículo 33 de la Convención sobre el estatuto de los refugiados de 1951. Este principio tiene una larga data en el Derecho internacional de los refugiados y significa que no pueden ser devueltos a los países donde su vida o libertad corran riesgo por motivos de nacionalidad, raza, religión, opinión política o pertenencia a un determinado grupo social. Las condiciones para el establecimiento del refugio deben ser interpretadas de acuerdo a la condición de niño migrante, como se hará de manera detallada posteriormente.

De igual manera, el principio de no devolución se encuentra regulado en el artículo 22.8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, disponiendo como única condición que la vida o libertad del extranjero corra peligro en caso la persona sea devuelta. El artículo 13 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura añade el supuesto de peligro de ser sometido a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, y la condición de que pueda ser juzgado por tribunales de excepción o *ad hoc*.

En caso de los niños migrantes no importará la determinación o no del estatuto de refugiado para que el principio de no devolución sea efectivo, esto en aplicación del principio de interés superior del niño. Debe entenderse que en principio, los niños/as migrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad, especialmente si son no acompañados o separados, ya que pueden ser víctimas de diversos peligros y además, que en muchos casos su migración se debe a motivos contrarios a su voluntad (extrema pobreza, conflictos armados, violencia familiar, falta de servicios básicos, etc). En ese sentido, el retorno al país de origen solo podrá contemplarse en principio si redundaría en el interés superior del niño⁵¹, es decir, el retorno al país de origen o de tránsito será la excepción y no la regla.

Esta ampliación del principio de no devolución se sustenta en la vulnerabilidad especial en la que se encuentra el niño migrante. El Tribunal Europeo ha expresado que la sola devolución del niño o niña cuando no existen las condiciones adecuadas en el país de origen para su recepción y cuidado, como es que no tenga familia que se haga cargo de él o ella, es un trato inhumano⁵². De igual manera, durante el periodo de decisión de las autoridades del país receptor o de tránsito, los niños migrantes no podrán ser privados de libertad.

Las garantías del debido proceso, expuestas anteriormente, son esenciales en este caso. Siendo así, el niño deberá ser escuchado, deberá tener la asesoría requerida y el acceso a un recurso efectivo. El principio de no devolución también debe tenerse presente en caso el niño se encuentre acompañado de sus padres y éstos sean expulsados. En este punto, es necesario tener en cuenta, además, una serie de garantías vinculadas a la reunificación familiar a las que nos referiremos más adelante.

⁵¹ UNICEF. Óp. Cit. p. 65. Comité de derechos del niño. Observación General No 6. Óp. Cit. párr. 84.

⁵² TEDH. Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga V. Bélgica. Sentencia de 12 de enero de 2007. párr. 69.

Si bien los motivos que justifican la no devolución del niño pueden no aplicarse a los padres, en estos casos se debe priorizar el derecho a la vida en familia regulado en el artículo 17 de la Convención Americana.

Según UNICEF en América Latina y el Caribe no existen legislaciones adecuadas que regulen este principio en el caso de los niños migrantes, como sí sucede en el caso de los refugiados⁵³. Sin embargo, en la legislación comparada europea sí existen regulaciones, como sucede en el caso francés, que plantean una fórmula que recoge el principio de no devolución. El Código de entrada y de estadía de los extranjeros y del derecho de asilo en su artículo L511-4 establece que el extranjero menor de 18 años no puede ser objeto de una obligación de salir del territorio francés sin importar su condición migratoria. Sin embargo, también en el ámbito de Europa, la Unión Europea, vía el Parlamento Europeo y el Consejo Europeo, adoptó la Directiva 2008/115/CE relativa a las normas y procesos comunes aplicables en los Estados miembros al retorno de los extranjeros provenientes de países terceros en una situación de estadía irregular, norma que sí permite la expulsión de menores, incluso en el caso de los no acompañados, lo que pone en riesgo la garantía de este principio.

A pesar de la inexistencia u oposición de ciertas legislaciones internas, se debe tener presente que una interpretación desde la perspectiva de derechos humanos, que se justifique en el artículo 22.7 y 22.8 de la CADH, interpretado de acuerdo al artículo 19 y con fundamento en los artículos 4.1, 5, 7, 8 y 12 de la misma, lleva a concluir que el principio de no devolución será aplicable a todo niño migrante que sufriera de la carencia de los elementos para un crecimiento normal y digno en el país de tránsito o de origen del que provenga.

2.4 El derecho a la vida familiar de los/as niños/as en casos de disponerse la expulsión por motivos migratorios de sus padres y madres

Una de las situaciones más críticas que pueden atravesar los niños migrantes es la expulsión de uno o de ambos padres. Este problema es de gran importancia para los niños que por el criterio de *ius solli* ya han obtenido la nacionalidad del Estado al cual sus padres migraron irregularmente con anterioridad. De esta manera, el niño al ser nacional del Estado receptor ya no puede ser expulsado, pero los padres sí. Dicha situación crea dos grandes problemas (i) cómo accionar frente a la posible expulsión de los padres y (ii) de producirse la expulsión cómo favorecer el derecho a la unidad familiar.

De manera general, el Tribunal Europeo tiene una basta jurisprudencia relacionada con la expulsión de extranjeros frente a la cual ha desarrollado una serie de criterios para señalar cuándo existe una violación el derecho a la familia. Según el TEDH, los Estados, sin perjuicio de los tratados internacionales de los que son parte, no tienen la obligación de garantizar el derecho de los extranjeros a residir donde ellos deseen, puesto que es una competencia del Estado el control de la inmigración⁵⁴. En ese sentido, ha señalado que la expulsión del extranjero es una decisión en la que se tienen en cuenta el derecho de la personas en concreto, frente al de la sociedad como un todo⁵⁵.

⁵³ UNICEF. Óp. Cit. p. 66.

⁵⁴ TEDH. Caso de Darren Omoregie y otros V. Noruega. Sentencia de 31 de julio de 2008. párr. 54.

⁵⁵ Ídem. párr. 57.

Dentro de los criterios a considerar, en primer lugar, se señala que la medida debe estar prevista en la ley. Como segundo elemento debe seguir uno o varios fines legítimos. Finalmente, la medida debe ser necesaria en una sociedad democrática⁵⁶.

No obstante, estos criterios no han sido desarrollados teniendo en cuenta como eje central la perspectiva del niño migrante. De esta manera, sería importante relacionarlos con lo dispuesto en la CDN que es su artículo 9 establece que la separación de los niños y sus padres solo procederá de forma excepcional cuando esté prevista por ley, este sujeta de revisión judicial y se dé en base al interés superior del niño. Por su lado, el Sistema interamericano también se ha pronunciado con respecto a que la separación del niño y sus padres solo debe darse en base al interés superior del primero⁵⁷.

Como se ha señalado, el primer requisito para analizar la razonabilidad de la separación o expulsión es que la medida esté tipificada en la ley. Sobre este punto UNICEF ha resaltado, que en América Latina y el Caribe no existe legislación que regule la expulsión de padres cuyos hijos no pueden ser deportados⁵⁸. En ese sentido, los Estados deberían hacer lo posible para regular este supuesto específico y así se mantenga un estándar de protección mayor para garantizar el derecho a la familia del niño migrante.

Un segundo paso sería que la expulsión se encuentre justificada por un fin legítimo. Nuevamente se encuentra un gran problema en este punto. Como se ha mencionado ser un migrante irregular no es un delito, por lo que el grado de una falta administrativa no debería ser razón para justificar una expulsión que en la mayoría de los casos será opuesta al interés superior del niño. Sin embargo, ello podría ceder ante otros supuestos en que los padres sí hayan violado normas que no se encuentran vinculadas con su sola calidad migratoria, como en el caso de infracción a normas penales.

El punto que mayor desarrollo ha generado en el Tribunal Europeo para la expulsión de extranjeros es que esta sea necesaria en una sociedad democrática. Para ello, ha establecido ciertos criterios desarrollados en el caso *Boultif* contra Suiza⁵⁹. Es necesario señalar que estos criterios regulan la expulsión de la persona en caso que la norma violada no sea solo la migratoria. Estos criterios son:

- La naturaleza y la gravedad de la infracción cometida por el demandante.
- La duración de la permanencia del interesado en el país del cual debe ser expulsado.
- El lapso de tiempo que ha transcurrido desde la infracción, y el comportamiento del demandante durante este período.
- La nacionalidad de las diversas personas concernidas.
- La situación familiar del demandante, en particular, la duración de su matrimonio y otros factores que evidencien la efectiva vida familiar de la pareja.
- La cuestión de saber si el conyugue tenía conocimiento de la infracción en la época de la creación de la relación familiar.
- La cuestión de saber si hay niños provenientes del matrimonio y su edad.
- La gravedad de la dificultades que el conyugue arriesga de encontrarse en el país en el cual el demandante debe ser expulsado.

⁵⁶ TEDH. Caso *A.W. Khan* V. Reino Unido. Sentencia de 12 enero de 2010. párr. 36.

⁵⁷ Corte IDH. Opinión Consultiva No 17. Óp. Cit. párr. 73.

⁵⁸ UNICEF. Óp. cit. 73.

⁵⁹ TEDH. Caso *Boultif* V. Suiza. Sentencia de 2 de agosto de 2001.

Es interesante resaltar que dentro de los criterios se encuentra que la persona tenga niños o niñas, aunque se especifica que deben ser provenientes del matrimonio. Sin embargo, dada la situación de vulnerabilidad de los niños/as migrantes y que esta no responde al vínculo legal que tengan sus padres, el concepto de matrimonio no debería ser un obstáculo para su protección, por lo que se lo debería entender en sentido amplio.

Continuando con el análisis del TEDH, en los casos que el migrante tenga hijos o hijas sí ha tomado en consideración que los Estados deben tener en cuenta el interés superior del niño como elemento esencial al analizar los criterios Boulif en la expulsión de alguno de sus padres⁶⁰. Siendo así, nuevamente se puede afirmar que la expulsión del padre es incompatible con el interés superior del niño, al menos que se sustente en violaciones de normas que superan la sola condición migratoria.

Otro aspecto abordado por la CDN y por la jurisprudencia del Tribunal Europeo es la protección que debe existir del debido proceso en caso de la expulsión de padres migrantes. Un juicio donde se encuentre en peligro la unidad familiar debe seguirse con el más alto nivel de respeto del debido proceso, por lo que las garantías expuestas anteriormente se aplican también a los procesos llevados en el caso de los padres que pueden ser expulsados. El ente administrativo o judicial no podrá tomar medidas arbitrarias y deberá realizar una investigación exhaustiva de los hechos y no sólo remitirse a la acusación realizada⁶¹. Además, la decisión tomada deberá poder ser apelada ante un ente judicial como garantía indirecta a los derechos del niño⁶² y tal como se ha establecido en la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, mientras se dé la revisión de la decisión se podrá pedir la suspensión de la medida de expulsión⁶³.

De esta manera, se debe concluir que la expulsión de uno o de ambos padres solo podrá realizarse de acuerdo a los artículos 8, 17, 19 y 12 de la Convención Americana en casos absolutamente excepcionales. Ello se verá reflejado en que estén previstos por una ley anterior, que se funden en motivos de mayor gravedad al estatus migratorio, que tengan en consideración los lazos familiares creados, que se respeten las garantías del debido proceso y que sea conforme al interés superior del niño.

Por otro lado, en caso que los Estados, siguiendo o no lo antes señalado, lleguen a expulsar a uno o ambos padres también deben existir garantías para que se realice la reunificación familiar. La Convención sobre los derechos del niño establece en su artículo 10 que “toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva”. De igual manera, la Convención internacional sobre los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares en su artículo 44. 2 señala que “los Estados Partes tomarán las medidas que estimen apropiadas y entren en la esfera de su competencia para facilitar la reunión de los trabajadores migratorios con (...) sus hijos solteros menores de edad que estén a su cargo.”

Por ello, se debe asumir que en caso que exista la separación de un niño con su padre, ésta sólo debe ser de manera temporal, a menos que sea de acuerdo al interés superior del niño. Siendo que en esta situación el padre ya fue expulsado se debe analizar la manera en que se produzca la reunificación, en este sentido, se debe tener

⁶⁰ TEDH. Caso Alim V. Rusia. Sentencia de 27 de diciembre de 2011. párr. 79 y 97.

⁶¹ TEDH. Caso de Geleri V. Rumania. Sentencia de 15 de febrero de 2011. párr. 31.

⁶² Artículo 9 de la Convención sobre los derechos del niño.

⁶³ Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares artículo 22.4.

presente la posición humanitaria que ordena tomar el artículo 10 de la CDN. Es evidente que en caso de un niño o niña cuyo padre o madre (o ambos) ha sido expulsado, la decisión más humanitaria será que la reunificación familiar se produzca en el lugar donde el niño ha nacido y vivido sus primeros años y no en el país donde sus padres fueron expulsados⁶⁴.

Ahora también existe la posibilidad que el niño decida migrar al lugar donde sus padres han sido expulsados. En ese supuesto, el Estado deberá velar porque la decisión del niño sea de acuerdo con su interés superior y que las condiciones de vida del niño sean las adecuadas en dicho país. Se deberá coordinar la llegada del niño a dicho Estado y que sus familiares se encuentren en condiciones de recibirlo. Que la reunificación del niño con su familia se realice fuera de la jurisdicción del Estado donde se encuentra (ya sea porque es nacional de ese Estado y solo sus padres fueron expulsados o porque es un niño no acompañado o por cualquier otra razón) será excepcional y solo justificable por su voluntad y su interés superior. De lo contrario, será contraria a los artículos 8, 17, 19 y 25 del CADH y 6 y 25 de la Declaración Americana.

2.5 Obligaciones estatales en casos de custodia de niños/as por motivos migratorios

Los Estados tienen diversas obligaciones frente a los niños y niñas migrantes que se encuentran en su custodia, es decir bajo su supervisión, de acuerdo a las circunstancias específicas en las que se encuentran. Por ello se desarrollarán ciertos supuestos que deben aplicarse de acuerdo a los artículos 1, 2, 4.1, 5, 7, 17 y 19 del CADH y 1 y 25 de la Declaración Americana.

Obligaciones que buscan prevenir la trata de niños y niñas

La trata de personas se encuentra regulada en el artículo 3 del Protocolo de Palermo, el cual establece que será “la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”.

De esta manera, la primera obligación que todo Estado debe cumplir es mantener una regulación adecuada que tipifique y castigue el delito de trata, esta obligación está relacionada, con el deber de implementación del artículo 2 de la CADH. Además, una vez que el menor ingrese a la jurisdicción del Estado receptor o de tránsito, con o sin sus padres, se adoptarán las medidas necesarias, dentro de las cuales se encuentran el identificarlos, la averiguación periódica de su paradero y campañas que informen a los niños y niñas, especialmente a los no acompañados, de los peligros de la trata, en un lenguaje que sea de fácil acceso y con un enfoque de género⁶⁵.

Por otro lado, según el artículo 7 del Protocolo de Palermo los Estados podrán tomar las medidas que consideren pertinentes para que las víctimas de trata permanezcan de manera temporal o permanente en su territorio. En base a esto, los Estados deben

⁶⁴ OIM. International migration law No 15: Human rights of migrant children. Ginebra: Organización internacional para las migraciones. 2008. p. 48.

⁶⁵ Comité de derechos del niño. Observación General No 6. párr. 52.

tener especial atención a los niños/as migrantes que podrían ser víctimas de trata, siendo que aquellos/as que corran riesgo de ser víctimas de trata en su país de origen o desde el cual han llegado no podrán ser devueltos⁶⁶.

En el caso de niños víctimas de trata que se encuentren como solicitantes de asilo y que estén acompañados de sus padres, familiares o tutores legales, las autoridades tendrán que analizar la posible complicidad de los padres en dicha situación⁶⁷.

Acceso a la educación

Los niños por su condición de tales tienen el derecho específico del acceso a la educación tal como está reconocido en el artículo 28 de la CDN. La Corte Interamericana ha reconocido la importancia de este derecho, en base a una interpretación del artículo 4 de la CADH desde una perspectiva de vida digna para los niños, puesto que, “favorece la posibilidad de gozar de una vida digna y contribuye a prevenir situaciones desfavorables para el menor y la propia sociedad”⁶⁸. Además, ha reconocido su obligatoriedad al sostener que “los Estados tienen el deber de garantizar la accesibilidad a educación básica gratuita y la sostenibilidad de la misma”⁶⁹.

La Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares también ha regulado la obligatoriedad de la educación para todos los hijos de los trabajadores migrantes, en condiciones de igualdad de trato con los nacionales de dicho Estado⁷⁰. Por otro lado, tanto la CIDH⁷¹ como el Comité de Derechos del Niño han establecido esta obligación prioritariamente para los menores no acompañados⁷². Sin embargo, de acuerdo al principio de no discriminación y siendo una obligación general para con los niños, debería extenderse a todos los niños migrantes, sin importar que sean o no acompañados.

Los niños deberán ser inscritos ante las autoridades educativas competentes y se deberá tener especial preocupación en los requerimientos que por su condición se consideren necesarios. Ello significa que los niños con discapacidad deberán recibir los ajustes razonables que sean necesarios para asegurar su acceso a la educación tal como lo estipula el artículo 24.2 (a) de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

La educación respetará la identidad cultural del niño e intentará cultivar su lengua materna. Asimismo, debe darse para todo niño sin importar su edad y expedirá certificados que comprueben la educación recibida⁷³.

Entorno adecuado, vida y salud.

⁶⁶ Ídem. párr. 53.

⁶⁷ ACNUR. Directrices de protección internacional. Solicitudes de asilo bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de Refugiados. párr. 28.

⁶⁸ Corte IDH. Opinión Consultiva No 18. párr. 84

⁶⁹ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214. párr. 211.

⁷⁰ Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares artículo 30.

⁷¹ CIDH. Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: Detenciones y debido proceso. Washington: 2010. párr. 450.

⁷² Comité de derechos del niño. Observación General No 6. párrs. 41-43.

⁷³ Ibídem.

Como ya se mencionó en el caso de la educación y de los niños no acompañados, los niños migrantes en conjunto también tienen el derecho de tener una vida en condiciones dignas, lo cual incluye la interpretación de determinados derechos para su desarrollo, dentro de los cuales se encuentran la salud y de un entorno adecuado.

Los Estados tienen la obligación de otorgar ayuda médica urgente para cuidar su vida o daños irreparables a la salud⁷⁴, así como el acceso a los servicios de salud de los trabajadores migrantes y sus familias⁷⁵. Además, en el caso específico de los niños migrantes tienen la obligación de garantizar el nivel más alto posible de salud y servicios para el tratamiento de enfermedades de acuerdo a lo establecido en los artículos 23, 24 y 39 de la CDN⁷⁶. La Corte IDH ha señalado que los Estados tienen la responsabilidad de que los niños no sufran desnutrición u otras enfermedades, así como que debe garantizarles el acceso a la salud⁷⁷.

Además, la Corte Interamericana también ha señalado que los Estados no pueden ser ajenos al entorno en que los niños se desarrollan⁷⁸. Siendo así, los Estados deben garantizar un ambiente adecuado para el desarrollo de los niños migrantes lo cual debe incluir “asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda”⁷⁹.

Medidas de protección para los niños no acompañados

En el caso de los niños migrantes el grupo que se encuentra en mayor situación de vulnerabilidad son los niños no acompañados⁸⁰. Los niños no acompañados son aquellos que no se encuentran en compañía de ninguno de sus padres u otros parientes y tampoco por un adulto que por ley o costumbre le incumbe dicha responsabilidad⁸¹. De esta manera se diferencian de los niños separados, los cuales son quienes se encuentran separados de sus padres o tutores legales habituales, pero acompañados por otros miembros adultos de su familia⁸².

En primer lugar, es importante señalar que los Estados se encuentran obligados a la protección de los niños no acompañados en base al artículo 39 de la CDN, el cual establece que deberán tomar todas las medidas necesarias para la recuperación física y psicológica, así como la reintegración de todos los niños que se encuentren en cualquier situación de abandono. De esta manera y en base al principio de no discriminación por el solo hecho de ya estar bajo su jurisdicción, los Estados se encuentran con una obligación especial frente a los menores no acompañados⁸³. Siendo así, el Estado tiene la obligación de identificar de manera rápida a los familiares de los niños y niñas no acompañadas en su jurisdicción o contactarse con ellos en el país de emisión o de tránsito, ello siempre y cuando no sea contrario al interés superior del niño. De igual manera, también se deberá respetar su derecho a la asistencia consular.

⁷⁴ Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares artículo 28.

⁷⁵ Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares artículo 43.

⁷⁶ LIWSKI, Norberto. Óp. cit p. 7.

⁷⁷ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Óp. cit. párrs. 103-108.

⁷⁸ Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares. Sentencia de 11 de Septiembre de 1997. Serie C No. 32. párr. 191

⁷⁹ Comité de derechos del niño. Observación General No 6. párr. 44.

⁸⁰ LIWSKI, Norberto. p. 6. 23 de febrero de 2005. párrs. 6 y 41.

⁸¹ Comité de derechos del niño. Observación General No 6. párr. 7.

⁸² Ídem. párr. 8.

⁸³ Ídem. párr. 18.

De acuerdo a lo establecido por el Tribunal Europeo los niños no acompañados no podrán ser trasladados a centros de migrantes para adultos ni a lugares cerrados donde se les prive su derecho a la libertad⁸⁴. Por otro lado, se debe entender que en caso que los niños no acompañados tengan que ser trasladados a instituciones para menores, estos lugares no pueden significar una privación a su libertad, por lo que deben cumplir con altos estándares para su desarrollo y siempre bajo el cuidado de su tutor y representante legal nombrado. Las instituciones o albergues deben tener un personal altamente calificado para el trato con niños y deben facilitar la movilidad del niño y no significar un medio de reclusión. De esta manera, la CIDH recomienda que no se encuentren en zonas rurales alejadas de las ciudades y deben contar con todos los servicios necesarios para que los niños y niñas vivan en condiciones dignas⁸⁵.

Para garantizar la vida digna de los niños no acompañados los Estados deben otorgar ciertos servicios que sean necesarios por su condición de niños/as. Dentro de estos servicios se encuentran el acceso a la educación, un ambiente adecuado para su esparcimiento, servicios de salud de acuerdo a sus circunstancias, prevención para la trata y del reclutamiento militar⁸⁶. Finalmente, debe tenerse en cuenta que en caso de niños no acompañados el criterio de progresividad de los DESC no será aplicable, de manera que las obligaciones que devienen de este tipo de derechos deberán ser implementadas de manera inmediata⁸⁷.

3. Garantías de protección del derecho a la libertad personal de los/as niños/as migrantes

3.1 Medidas de protección de derechos que deberían disponerse de manera prioritaria y que no implican restricciones a la libertad personal

La CIDH ha señalado que “el estándar sobre la excepcionalidad de la privación de libertad debe considerarse aún más elevado debido a que las infracciones migratorias no deben tener un carácter penal”⁸⁸. Por su parte, la Corte IDH ha señalado que los migrantes no pueden permanecer en establecimientos que sean para personas que han cometido actos delictivos⁸⁹.

La excepcionalidad de la privación de libertad de los niños también ha sido señalada en el artículo 37(c) de la CDN y por las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad. Además, la Corte IDH ha señalado que la privación de libertad en el caso de los niños debe ser una acción de última ratio⁹⁰. Por ello, se corrobora que los niños migrantes gozan de una doble protección frente a la cual su detención es absolutamente excepcional.

Además, los niños y niñas migrantes tienen un mayor grado de protección en el caso de los niños no acompañados o separados de su familia, siendo así la excepcionalidad de la privación de libertad ha sido desarrollada de manera aún más extensa. El artículo

⁸⁴ TEDH. Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga V. Bélgica. Sentencia de 12 de enero de 2007. párr. 103.

⁸⁵ CIDH. Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: Detenciones y debido proceso. Washington: 2010. párrs. 374-376.

⁸⁶ Comité de derechos del niño. Observación General No 6. párrs. 41-54.

⁸⁷ Ídem. párr. 16.

⁸⁸ CIDH. Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: Detenciones y debido proceso. Washington: 2010. párr. 38.

⁸⁹ Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Óp. Cit. párr. 210.

⁹⁰ Corte IDH. Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100. párr. 135. |

20 de la CDN dispone que los Estados tienen la obligación especial de protección y asistencia ante los niños que se encuentren temporal o permanentemente privados de su medio familiar. Por ello, frente a niños no acompañados el Estado tiene la obligación de darles alojamiento adecuado que podrá significar la adopción en una familia, el establecerlos en hogares de guarda o de ser necesario en instituciones adecuadas para menores⁹¹.

El niño y niña migrante debe gozar de ciertas medidas de protección cuando se encuentre en los alojamientos reservados para ellos en el Estado receptor o de tránsito. De esta manera, el cambio de residencia solo se podrá realizar de acuerdo al interés superior del niño, se mantendrá juntos a los hermanos, de tener parientes en el país receptor o de tránsito se le permitirá estar con ellos, se mantendrá exámenes periódicos sobre su salud física y psicológica, se los mantendrá informados y se escuchará en todo momento la opinión sobre los hechos que suceden⁹².

Los Estados deben estar concientes de los graves daños psicológicos que significa para el niño la restricción de su libertad, siendo así se deberá primar el otorgamiento de padres adoptivos por sobre colocarlos en centros cerrados, menos aun si comparten espacios con adultos, al menos que sea en beneficio de su interés superior⁹³. Se debe tener presente que muchos niños migrantes pueden ser víctimas de abuso en sus familias, víctimas de conflictos armados o de trata de personas, por lo que deberán seguirse las directrices del artículo 39 de la CDN como la recuperación física o psicológica, y no las directrices de protección frente a la comisión de crímenes reguladas en artículo 40 del mismo tratado⁹⁴.

La excepcionalidad de la privación de libertad se encuentra también regulada para casos de niños que han violado normas penales, siendo que al migrar irregularmente no se viola normas de ese carácter, no se puede pensar en ellos como infractores merecedores de la privación excepcional de su libertad. De esta manera, centrándose en la posición que el niño migrante es por sobre todo una víctima y no un infractor, será más sencillo entender el razonamiento desde una perspectiva de derechos humanos aquí planteado. Solo en caso que el niño o niña migrante haya quebrado normas penales, y aún en esa situación teniendo presente la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra al ser niño/a migrante, podría ser privado de libertad como una decisión de ultima ratio cuando dicha opción se encuentre regulada por una ley anterior.

Por otro lado, en caso que el niño se encuentre acompañado de su padre o madre (o ambos), la privación de libertad también reviste de un carácter absolutamente excepcional. Se debe traer a colación, así como en el caso de la expulsión, que la situación de migrante irregular del padre o madre irregular no puede conllevar a una privación de la libertad del niño, aunque sea temporal. La defensa de la unidad familiar no puede ser un fundamento para privar de libertad al niño, por el contrario en caso que exista un niño en la familia debe ser motivo suficiente para que todos los miembros de esta puedan vivir en libertad y con las comodidades que un niño requiere durante el periodo que se decide la situación migratoria de la familia⁹⁵.

⁹¹ Comité de derechos del niño. Observación General No 6. párr. 40.

⁹² Ídem.

⁹³ TEDH. Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga V. Bélgica. Sentencia de 12 de enero de 2007. párrs. 83 y 103.

⁹⁴ OIM. International migration law No 15: Human rights of migrant children. Óp. Cit. p. 33

⁹⁵ Asamblea General de las Naciones Unidas. Informe del relator sobre los derechos humanos de los migrantes. Misión a los Estados Unidos de América. Resolución A/HRC/7/12/Add.2. 5 de marzo de 2008. párr. 125

Los Estados tienen la obligación de implementar estos estándares en defensa de la libertad de los niños y niñas migrantes, legislar los casos excepcionales en los que podría un niño ser privado de libertad ante la violación grave de una norma penal y principalmente, diseñar medidas alternativas a la privación de libertad. Algunas opciones ya han sido señaladas anteriormente como que los niños no acompañados sean dados en adopción o entregados a parientes cercanos, que sean llevados a albergues o instituciones para el cuidado de niños. Por su parte, los niños que se encuentren en compañía de sus padres podrán ser llevados junto con sus familias a centros para migrantes que no sean cerrados, manteniéndose para ellos un régimen de caución frente a la autoridad competente o la fijación de medidas para asegurar la presencia de las personas migrantes en las etapas de los procesos ligados a solucionar su condición⁹⁶.

Finalmente, debe reiterarse que en todo proceso que vaya a resolver cualquier tipo de medida sobre el futuro del niño migrante deben seguirse los estándares del debido proceso y acceso a la justicia señalados con anterioridad.

Por ello, en base a los instrumentos sobre los derechos de los niños utilizados como normas de interpretación de acuerdo a lo señalado en el artículo 29 de la CADH y en relación a los artículos 2, 7, 19 y 25 del mismo instrumento, la privación de la libertad a los niños y niñas migrantes no podrá ejecutarse al menos que existan motivos ajenos a los migratorios suyos o de sus padres y que sea conforme al interés superior del niño o niña. En ese sentido, el Estado tiene la obligación de diseñar medidas alternativas.

3.2 Estándares para la aplicación de medidas cautelares en un procedimiento migratorio sobre la base del principio de no detención de niños/as migrantes

Como ya se mencionó en el apartado anterior, la privación de libertad de los niños y niñas migrantes por la sola condición de migrante irregular no puede ser aceptada de acuerdo a una interpretación sistémica de los instrumentos de los derechos humanos, a una interpretación pro persona y en base al principio del interés superior del niño. Sin embargo, en el caso de medidas cautelares para asegurar el resultado de un proceso se han planteado dudas en relación a si estas sí podrían privar de su libertad personal a los migrantes, en particular, a los niños y niñas⁹⁷.

De acuerdo a lo señalado, se puede deducir que ni siquiera por motivos cautelares la privación de libertad de un niño o niña migrante puede verse justificado, se encuentre o no acompañado de uno o ambos padres. Ello conlleva a que los Estados deban tomar medidas cautelares alternativas que no signifiquen la privación de la libertad.

En la región latinoamericana Venezuela tiene una ley de extranjería que podría ser seguida por otros Estados de la región. Dicha norma prohíbe que las medidas cautelares signifiquen una privación de la libertad personal de los migrantes, incluso de los adultos. El artículo 46 de la Ley de Extranjería y Migración de Venezuela dice:

“A los fines de garantizar la ejecución de las medidas de deportación o expulsión, la autoridad competente en materia de extranjería y migración, en el auto de inicio del respectivo procedimiento administrativo, podrá imponer al extranjero o extranjera que se encuentre sujeto al procedimiento a que se contrae este capítulo, las medidas cautelares siguientes:

1. Presentación periódica ante la autoridad competente en materia de extranjería y migración.

⁹⁶ UNICEF. Óp. cit. p. 23.

⁹⁷ Ídem. p. 21.

2. Prohibición de salir de la localidad en la cual resida sin la correspondiente autorización.
3. Prestación de una caución monetaria adecuada, para lo cual deberá tomarse en cuenta la condición económica del extranjero o extranjera.
4. Residenciarse mientras dure el procedimiento administrativo en una determinada localidad.
5. *Cualquier otra que estime pertinente a los fines de garantizar el cumplimiento de la decisión de la autoridad competente, siempre que dicha medida no implique una privación o restricción del derecho a la libertad personal*" (resaltado nuestro).

De esta manera, aplicando un análisis de razonabilidad de la restricción, se puede probar que el privar de libertad no es la medida menos lesiva posible, ni la que se encuentra de acuerdo con el interés superior del niño. Ello aun cuando se fundamente la medida en la necesidad que tiene el Estado de velar por la protección de su soberanía y el derecho que tiene de diseñar su sistema migratorio y de permitir el ingreso de extranjeros a su territorio.

Toda medida cautelar debe ser aplicada de acuerdo a las condiciones del niño o niña y siguiendo las garantías del debido proceso señaladas anteriormente. En ese sentido, la medida debe adaptarse a la edad del niño, a la situación en la que se encuentra por motivos psicológicos, económicos o familiares, a si tiene o desea tener la condición de refugiado, entre otros. Por ejemplo, el Tribunal Europeo señaló que la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra una niña no acompañada es tal que aun cuando el Estado receptor o de tránsito le otorgue apoyo jurídico y las oportunidad que se comunique con sus padres durante su detención cautelar, ello no es necesariamente suficiente para resguardar su integridad psicológica y prevenir que pase tratos crueles o inhumanos⁹⁸.

De acuerdo a lo señalado y conforme a los artículos 1, 7, 8, 19 y 29 de la CADH, las medidas cautelares de niños migrantes no pueden afectar la libertad de estos por razones concernientes a su calidad migratoria. En ese sentido, los Estados partes del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos se encuentran en la obligación de retirar medidas cautelares de ese tipo de sus ordenamientos legales internos y consecuentemente implementar medidas alternativas de acuerdo al interés superior del niño.

3.3 Garantías de debido proceso ante medidas que impliquen privación de la libertad de niños/as en el marco de procedimientos migratorios.

Como ya se ha mencionado la privación de la libertad personal a los niños migrantes no se encuentra conforme a los estándares de derechos humanos regulados por la Convención Americana, interpretada de acuerdo al *corpus juris* del Derecho internacional, lo cual significa que debe llenarse de contenido en base a otros instrumentos de derechos humanos como la CDN⁹⁹.

A pesar de ello, en América Latina y el Caribe existen varios países cuyas legislaciones no solo criminalizan la inmigración irregular, sino que además no eximen de estas penas a los niños¹⁰⁰. Por ello, a pesar que la privación de libertad de niños no es conforme al Derecho internacional de los derechos humanos se deben desarrollar

⁹⁸ TEDH. Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga V. Bélgica. Sentencia de 12 de enero de 2007. párr. 58.

⁹⁹ Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) v. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párrs. 194-196

¹⁰⁰ UNICEF. Óp. Cit. p. 20.

ciertas medidas para que en caso que suceda, se respeten las garantías del debido proceso y por sobre todo se dé la liberación del niño migrante.

En primer lugar, toda medida de privación de libertad para los niños debe ser el último recurso y otorgada por el menor tiempo posible¹⁰¹. Debe ser otorgada por una ley anterior y por un juez competente¹⁰². La ley debe estar dirigida específicamente para el caso de niños¹⁰³ y deben existir juzgados o entes administrativos especializados en determinar la privación temporal de la libertad del menor.

En caso que exista cualquier tipo de privación de libertad los familiares directos, de preferencia padre o madre, deberán ser notificados de la medida¹⁰⁴. Según la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares la asistencia consular es un derecho de todo migrante¹⁰⁵ y lo será también en el caso del niño migrante, tal como ha sido mencionado en el apartado de debido proceso. Además, la asistencia consular, al igual que todas las garantías del debido proceso, se reviste de especial importancia en caso que se prive de libertad a grupos en situación de vulnerabilidad como es el caso de los niños o niñas migrantes.

De igual manera, en caso que suceda la privación de libertad el lugar de detención deberá seguir los estándares requeridos para que los niños y niñas puedan desarrollarse de manera adecuada y separados de los adultos, al menos que sea contrario a su interés superior. Deberán ser lugares seguros, higiénicos, con personal capacitado para el trato a menores, con lugares donde puedan realizar sus prácticas religiosas y con personal que vigile que no se produzca cualquier tipo de atentado contra su libertad sexual¹⁰⁶.

En todo momento debe resaltarse que el menor no ha cometido ninguna falta punible y el trato debe ser de acuerdo a ello. Además, no se les puede privar de educación, salud, servicios básicos, como alimentación y agua, y todas las obligaciones ya señaladas.

Por sobre todo, debe recordarse que los niños migrantes no deben ser privados de libertad por solo razones de carácter migratorias. En ese sentido, el niño o niña migrante, acompañado o no, tiene el derecho al acceso a un recurso para que sea liberado lo antes posible. Dicho recurso debe ser inmediato y de corta duración, debe tenerse presente que cada instante que el niño se encuentra privado de su libertad se está afectando de manera grave su integridad física y psicológica lo cual puede devenir en tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes¹⁰⁷.

En conclusión, la privación de libertad de los niños y niñas migrantes por motivos migratorios no es compatible con los artículos 1, 2, 7, 8, 19 y 25 de la CADH y 25 de la

¹⁰¹ Asamblea General de las Naciones Unidas. Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (Reglas de La Habana). Resolución No. 45/113. 14 de diciembre de 1990. Regla 2.

¹⁰² Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares artículo 16.4.

¹⁰³ Asamblea General de las Naciones Unidas. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing). Resolución No. 40/33. 29 de noviembre de 1985. Regla 2.3.

¹⁰⁴ Ídem. Regla 22.

¹⁰⁵ Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares artículo 16.7.

¹⁰⁶ Ídem. Reglas 31 al 37.

¹⁰⁷ TEDH. Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga V. Bélgica. Sentencia de 12 de enero de 2007. párr. 58.

Declaración Americana. Sin embargo, de producirse, los niños/as migrantes deben tener todas las garantías del debido proceso, ser alojados en lugares que respeten sus derechos como niño y migrante y tener acceso a un recurso efectivo para su pronta liberación.

4. Procedimientos para la identificación de niños/as solicitantes de asilo y refugio

En el caso de los niños y niñas migrantes los estándares de identificación para aquellos que llegan a los países solicitando asilo o refugio no pueden ser los mismos que en el caso de los adultos. Dado que los niños solicitantes de asilo o refugio se encuentran bajo el cuidado del Estado receptor, los principios señalados como el interés superior del niño, igualdad y no discriminación, el derecho a la vida y el derecho a expresar su opinión y a ser escuchado, son plenamente aplicables.

Un primer concepto metodológico que hay que definir es el referente al asilo. En el ámbito latinoamericano el asilo ha sido percibido como una figura diferente a la del refugio, en sentido que la primera se refiere a peticiones individuales realizadas por personas que huyen por motivos políticos¹⁰⁸, mientras que, en el ámbito universal se llama asilo a una etapa del refugio¹⁰⁹. Para el ACNUR “solicitante de asilo” es quien solicita el reconocimiento de la condición de refugiado y cuya solicitud todavía no ha sido evaluada en forma definitiva¹¹⁰.

Sin embargo, en el Sistema Interamericano la CIDH ha asociado ambos conceptos al establecer que, cuando la Declaración Americana hace referencia a los tratados internacionales sobre asilo, señala a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados¹¹¹. De esta manera, a continuación se hará referencia al término de refugio. Ello no significa que lo que se señalará a continuación no pueda ser aplicable en el caso de la figura de asilo, entendida desde la perspectiva latinoamericana, dado que es posible que los niños también sean perseguidos políticos¹¹².

En el caso de niños, la aplicación de los requisitos y estándares de protección que el Derecho internacional de los refugiados establece debe ser interpretado de acuerdo a su condición especial de vulnerabilidad. Por ello, además de la edad, también deberá tenerse en cuenta para declarar el estatuto de refugiado, factores como los derechos específicos de los niños, su etapa de desarrollo, o el conocimiento de las condiciones de su país de origen¹¹³. Sin embargo, vale aclarar que la sola solicitud de refugio por parte de un niño o niña no significa que se le debe otorgar el estatuto de refugiado

Si bien la CIDH ha sostenido que la detención de solicitantes de refugio es posible como excepción¹¹⁴, como ya se sostuvo en el caso de los niños migrantes, dada su

¹⁰⁸ DE MARÍA VALDEZ, Flor. Ampliación del concepto de refugiado en el Derecho internacional contemporáneo. Lima: Fondo Editorial PUCP. p. 109.

¹⁰⁹ Ídem. p. 120.

¹¹⁰ ACNUR. Solicitantes de Asilo. En: <http://www.acnur.org/t3/a-quien-ayuda/solicitantes-de-asilo/>

¹¹¹ CIDH. Informe de Admisibilidad No 27/9. Caso 11092. Canadá. 6 de octubre de 1993. párr. 31.

¹¹² ACNUR. Directrices de protección internacional. Solicitudes de asilo bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de Refugiados. párr. 45.

¹¹³ Ídem. párr. 4.

¹¹⁴ CIDH. Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: Detenciones y debido proceso. Washington: 2010. párr. 46.

situación de vulnerabilidad, la privación de libertad de estos/as niños/as no podrá ser admitida, al menos que se violen normas de carácter penal. De igual manera, a pesar que los supuestos para el refugio de niños migrantes son los mismos que el Derecho internacional de los refugiados, estos deberán adecuarse para el caso específico de los niños y niñas.

En ese sentido, el fundado temor de persecución deberá ser entendido de acuerdo a la situación del niño o niña, puesto que el mismo temor que puede no ser tan peligroso en el caso de un adulto, en su caso puede sí serlo. El Comité de los derechos del niño ha señalado que la violencia contra los niños se encuentra absolutamente prohibida sin importar la intensidad o intencionalidad que esta tenga y los Estados deben velar porque no se produzca¹¹⁵. De esta manera, deberá entenderse que existen formas específicas de persecución hacia los niños y niñas que deberán ser tomadas en cuenta por el agente del Estado que evalúe su solicitud de refugio.

Dentro de las formas específicas de persecución a niños/as se encuentra la trata, situación en la cual se deberán seguir las garantías señaladas con anterioridad. Otras circunstancias pueden ser el reclutamiento de niños para fuerzas armadas, la violencia doméstica, la mutilación genital femenina o las violaciones a sus derechos económicos, sociales y culturales.

El caso del reclutamiento de niños es uno de los más importantes y que tienen mayor impacto a nivel mundial y que debe ser considerado en el ámbito americano. El Protocolo facultativo a la CDN relativo a la participación de niños en conflictos armados, en su artículo 2, ha establecido que no se podrá reclutar de manera obligatoria a los niños menores de 18 años. Por su parte, el mismo Protocolo, en su artículo 3, establece que el reclutamiento voluntario de niños no podrá efectuarse a menores de 15 años. Además, tanto los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra I¹¹⁶ y II¹¹⁷ también han señalado que los menores de 15 años no podrán participar de las hostilidades, la violación de esta norma ha sido de declarado como un crimen internacional en el Estatuto de Roma¹¹⁸.

De esta manera, es evidente que el Derecho internacional considera de gran importancia la prohibición del reclutamiento de niños, por lo que los Estados deben tener especial prioridad en su protección, lo cual significa, su cuidado y resolver en la brevedad de lo posible su solicitud de refugio. Por ello, el temor de persecución deberá ser evaluado según sus experiencias vividas y el trauma que esta le puede haber producido. No deberá retornarse a un niño o niña que ha sido víctima de reclutamiento a su país de origen a menos que ello sea una necesidad de acuerdo a su interés superior.

La violencia doméstica, por su parte, es otra forma específica de persecución hacia los niños y niñas. De esta manera ciertas formas de violencia, especialmente contra niños/as pequeños/as, pueden generar un grave daño, incluso si los perpetradores no lo desearon¹¹⁹. Estas formas de violencia que se pueden dar mediante palizas, abuso sexual, matrimonios forzados o incluso, mediante violencia psicológica como

¹¹⁵ Comité de los derechos del niño. Observación general No 13: Derecho del niño a no ser víctima de ninguna forma de violencia. párr. 4.

¹¹⁶ Artículo 77(2)

¹¹⁷ Artículo 4(3)

¹¹⁸ Artículo 8.2(b) xxvi

¹¹⁹ ACNUR. Directrices de protección internacional. Solicitudes de asilo bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de Refugiados. párr. 32.

humillación, acoso, aislamiento, deberán ser consideradas actos de persecución¹²⁰. La mutilación genital femenina también será otro supuesto de persecución contra los niños. Dado que la práctica atenta principalmente a las niñas, podrá ser considerada una forma de persecución específica hacia ellas¹²¹.

La violación de los derechos económicos, sociales y culturales también puede significar una forma de persecución que los Estados deberán tener en consideración al momento de calificar a los niños y niñas que buscan tener el estatuto de refugiado. Como se ha mostrado en este informe, este conjunto de derechos tienen una importancia aún mayor en el caso de los/as niños/as, dada su situación de vulnerabilidad y sus necesidades para su desarrollo. De esta manera la falta de vivienda, de acceso a servicios básicos como agua, salud o alimentación pueden llegar a ser entendidas como situaciones que amenacen el desarrollo y la sobrevivencia del niño¹²².

Además, dentro de los motivos que causan la solicitud de refugio existe uno que puede tener una peculiar importancia dado que existen interpretaciones que pueden llenar de contenido específico en el caso de niños, ese es el motivo de persecución por pertenecer a un grupo social. En el caso de los niños este motivo puede darse por supuestos como son el caso de los niños de la calle, los niños afectados por VIH/Sida o las ya mencionadas víctimas de reclutamiento forzado¹²³ o trata.

Finalmente, se debe tener en cuenta que, además de los supuestos específicos que se han tratado, en el caso de los niños solicitantes de asilo y refugio se deberán tener presente las mismas garantías establecidas en el caso de los niños migrantes, como su identificación y de sus familiares, el otorgarles la asistencia legal y de un tutor, el respeto de su libertad personal, las medidas de protección para prevenir la trata, otorgarles educación y garantizar sus otros derechos y necesidades esenciales.

Por ello, de acuerdo al artículo 22.7 del Convención Americana y del artículo 27 de la Declaración Americana interpretados, en base al artículo 29 de la CADH, con los tratados internacionales que regulan el estatuto de refugiado, los Estados deberán adaptar procedimientos especiales para el caso de niños migrantes de acuerdo a los estándares señalados.

¹²⁰ Ídem. párr. 33.

¹²¹ Ídem. párr. 31.

¹²² Ídem. párr. 35.

¹²³ Ídem. párr. 52.