

DERECHOS Y GARANTÍAS DE LOS NIÑOS EN EL CONTEXTO DE LA MIGRACIÓN Y/O EN NECESIDAD DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL

OPINIÓN CONSULTIVA OC-21/14 DE LA CTEIDH

RIGHTS AND GUARANTEES OF CHILDREN IN THE CONTEXT OF MIGRATION AND/OR IN NEED OF INTERNATIONAL PROTECTION. ADVISORY OPINION OC-21/14 OF THE ICRTHR

*Zlata Drnas de Clément**

Sumario: I. Aspectos introductorios.- II. Contexto normativo.- II. 1. Instrumentos internacionales.- II.2. Principios fundamentales sustantivos e interpretativos.- II. 2.1. Interés superior del niño.- II.2.2. Principio pro persona.- III. Reflexiones finales.

I. Aspectos introductorios

El 7 de junio de 2011, los cuatro Estados parte del MERCOSUR (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay) (1) presentaron ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CteIDH) una solicitud de Opinión Consultiva (2), requiriendo precisiones sobre cuáles son las obligaciones de los Estados con relación a las medidas pasibles de ser adoptadas respecto de los niños, asociadas a su condición migratoria, o a la de sus padres, a la luz de la interpretación autorizada de los artículos pertinentes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el artículo 13 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura” (3). Ésta es la primera vez que cuatro Estados, desde una posición conjunta solicitan una opinión a la CteIDH.

En la presentación, tras destacar los avances del MERCOSUR en la materia, los Estados solicitantes recordaron los millones de personas que han migrado a Estados

*Abogada. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Profesora Emérita de las Universidad Nacional de Córdoba y Universidad Católica de Córdoba. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

(1) La destitución del presidente Lugo y la posterior suspensión de Paraguay en su derecho a participar de las reuniones del MERCOSUR (junio de 2012), afectaron los plazos procesales de las audiencias.

(2) La solicitud de opinión consultiva fue elaborada con la asistencia técnica del Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR (IPPDH) y aprobada en la XIX Reunión de Altas Autoridades de Derechos Humanos y Cancillerías del MERCOSUR en el mes de abril de 2011 en Asunción, Paraguay.

(3) El texto de la solicitud se halla disponible en: http://www.corteidh.or.cr/solicitudoc/solicitud_esp.pdf

Unidos, Europa y países de la región, incluidos niños con sus padres o solos. Atendiendo al principio de no criminalización, consideraron que aún restan muchas cuestiones pendientes en relación con el reconocimiento de los derechos humanos de los migrantes y en particular sobre el reconocimiento y la protección de los derechos de niños migrantes, razón por la cual decidieron acudir ante la Corte a los fines de que ésta precisara los estándares, principios y obligaciones concretas de los Estados con relación a las medidas de protección especial, debido proceso migratorio, última *ratio* de detención, medidas alternativas a la detención, restricciones a la libertad ambulatoria, espacios de alojamiento, no separación de los padres, retorno, asilo, refugio, entre otras cuestiones.

La doctrina ha destacado reiteradas veces que uno de los grandes problemas sociales es el migratorio, el que se agrava, por su complejidad cuando se trata de “niños” (menores de 18 años). La propia Corte, en el párrafo 34 de su opinión consultiva, en base a informes de Naciones Unidas (4), señaló que al año 2013 existían a nivel mundial 231.522.215 personas migrantes, de las cuales 61.617.229 correspondían a las Américas. A su vez, del total de personas migrantes en América, había 6.817.466 menores (más del 10% del total regional). A ello se agrega que, según datos de ACNUR, en el continente americano había alrededor de 806.000 personas refugiadas y personas en situación similar a la de los refugiados (5).

La inmigración en Argentina, en consideración al art. 25 de la CN (fomento de la inmigración europea), fue predominantemente extracontinental. La inmigración limítrofe ha representado a lo largo de la historia argentina entre un 2% y un 3% de la población total del país, sin embargo, ese paradigma ha variado, pasándose -en lo latinoamericano- de una predominancia uruguaya hacia principios del siglo XX a una supremacía de peruanos, paraguayos y bolivianos en las primeras décadas del nuevo milenio. La ley 25875, no obstante el dispositivo constitucional, ha consolidado ese cambio (6).

A Brasil llegaron predominantemente inmigrantes desde Corea del Sur, China, Taiwán, Bolivia, Perú, Paraguay, Argentina, Haití, Colombia, Venezuela y de países africanos.

En Uruguay, históricamente, hubo más inmigración que emigración, tendencia que se revirtió en las últimas cuatro décadas. El éxodo de uruguayos se dio mayoritariamente a los siguientes países: Argentina, Brasil, España, Estados Unidos, Australia. Uruguay, junto con Paraguay, trató de movilizar las políticas conjuntas en la materia en el ámbito del MERCOSUR (7).

En Paraguay, porcentualmente, la inmigración respecto a la población total del país, durante las últimas cinco décadas ha oscilado entre el 3% al 5%. En 2002, los

(4) United Nations database, POP/DB/MIG/Stock/Rev.2013/Age.

(5) Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *El coste humano de la guerra. Tendencias Globales 2013*, p. 12.

(6) V. SERRA, María Laura. “La migración y los derechos del niño”, *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”* - Año V, Número Especial, 2011, p. 229 y ss. V. asimismo RODRÍGUEZ DE TABORDA, María Cristina. “Doscientos Años de inmigración en Argentina”, *Cuaderno de Derecho Internacional*, Vol. V (2010), Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, p. 153 y ss.

(7) V. SERRA, María Laura. “La migración y...”, ob.cit.

inmigrantes provenientes de Argentina y Brasil representaban el 84 % de la población extranjera (8).

Las migraciones de menores tienen variadas causas: *i.a.*: razones políticas, crisis económicas, búsqueda de mejores oportunidades, reunificación familiar, reagrupación parental, problemas ambientales, desastres naturales, abuso familiar, conflictos armados, los conflictos internos, violaciones de derechos humanos, etc. Las más de las veces, las situaciones son multicausales. Generalmente, los niños se trasladan junto a sus padres u otros miembros de la familia, sin embargo, en los últimos tiempos hay un creciente número de niños que migra sin compañía (9).

Bien se han ocupado los países del MERCOSUR en solicitar la OC de la Corte en materia de niños migrantes, ya que es un tópico central para la protección de los derechos humanos y para manejar los procesos de integración social. Muestran el interés que ha despertado el pedido de los países del MERCOSUR los 42 escritos de observaciones presentados por cinco Estados Miembros de la OEA, la Comisión Interamericana, el Instituto Interamericano del Niño, Niña y Adolescentes, cuatro organismos internacionales y 31 instituciones e individuos miembros de diversas organizaciones, sociedad civil en general e instituciones académicas, como también, la activa participación en la audiencia pública de nueve Estados Miembros de la OEA, la Comisión Interamericana, tres organismos internacionales y 14 instituciones e individuos miembros de diversas organizaciones, sociedad civil en general e instituciones académicas.

II. Contexto normativo

II.1. Instrumentos internacionales

Suele señalarse que existe un régimen “robusto” en materia de derechos de la niñez, decisivamente marcado por la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de Niño (1990), la que ha ido evolucionando, si bien en sus inicios ha sido un concepto occidental, atado a la idea de seres vulnerables (10).

Tal como lo señaláramos en trabajo anterior (11), Aguilar Cavallo recuerda que la primera declaración que consagró los derechos de los niños fue *la Declaración de*

(8) ARRÚA, Edith. “La inmigración en Paraguay”, IV Taller: “Paraguay desde las ciencias sociales”, Rosario, 2 y 3 de junio de 2011.

(9) Cfr. Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, *Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo*, UN Doc. A/HRC/11/7, 14 de mayo de 2009, párr. 19.

(10) Trata de niños, tráfico, situaciones de esclavitud o equiparables, combatientes, etc. Se ha discutido si se puede considerar a los “niños” migrantes como “grupo” vulnerable, es decir, si reúnen la condición de poseer naturaleza propia y única como los ya consagrados como tales. La mayoría entiende que los niños bajo condiciones de migración reúnen características especiales, individualizables y protegibles de modo particular. V. ORR, Fiona. “Do children require special protection under international human rights law?” *5 King's Student L. Rev.* (2014), p. 43 y ss.

(11) DRNAS DE CLÉMENT, Zlata. “Fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Fornerón e hija vs. Argentina”, *Revista de la Facultad*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Vol IV -2, p. 305 y ss.

Ginebra sobre los Derechos de los niños aprobada por la Sociedad de Naciones el 26 de diciembre de 1924 (“*Los niños primero*”). Luego, ya en el ámbito de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos que implícitamente incluía los derechos del niño. En 1959, la misma Asamblea aprobó la *Declaración de los Derechos del Niño (Resolución 1386 (XIV)*, de 20 de noviembre de 1959). Ello llevó a la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) (Resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989). Debe tenerse en cuenta que esta Convención cuenta con 194 Estados parte, lo que la convierte en el instrumento de protección de los derechos humanos de más alta aceptación universal, alcanzando a todo el sistema internacional en tanto supera el número de miembros de las Naciones Unidas (193 a abril de 2015).

Varios instrumentos internacionales conforman un fuerte marco de protección de la infancia y adolescencia migrante a más de la CDN y sus protocolos (12). Entre ellos se destacan: Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, Estatuto de los Refugiados y el Protocolo relativo al Estatuto de los Refugiados, Convención sobre los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y Miembros de sus Familias, Protocolos de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, y el Protocolo contra el tráfico de migrantes por tierra, mar y aire, tratados relativos a la no discriminación, Convenio 182 y Recomendación 190, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Además, existen instrumentos y declaraciones regionales sobre derechos humanos como -en el ámbito americano- la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, a Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración de Cartagena sobre Refugiados. En el MERCOSUR, pueden citarse: Acta de MERCOSUR en materia de procedimiento migratorio, Protección de derechos de niños y adolescentes a través de: Acuerdo de residencia del MERCOSUR para los nacionales de los Estados parte del MERCOSUR, Bolivia y Chile; Circulación de niños y adolescentes entre los países del MERCOSUR; Acuerdo sobre procedimiento para la verificación de la documentación de egreso e ingreso de menores; Acuerdo entre los países del MERCOSUR y asociados para la protección de derechos de niños y adolescentes en situación de vulnerabilidad; Acuerdo contra la trata de niños y adolescentes (13).

(12) Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados (Nueva York, 25 de mayo de 2000) con 159 EP; Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Pornografía Infantil (Nueva York, 25 de mayo 2000) con 169 EP; Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones (Nueva York, 19 de diciembre de 2011) con solo 16 EP.

(13) V. LIWSKI, Norberto I. “Migraciones de niñas, niños y adolescentes bajo el enfoque de derechos”, *Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes*, OEA, 2008; NANDA, Ved P. “Human rights of women and children under international law - An introduction”, *42 Denv. J. Int'l L. & Pol'y* 2013-2014, p. 101 y ss.

II.2. Principios fundamentales sustantivos e interpretativos

La OC de la CteIDH, con especial detención, de modo explícito o implícito, transita los aspectos de este subtítulo al abordar en partes separadas las cuestiones relativas a los criterios interpretativos y a los principios aplicables.

Podría decirse que quedan subsumidas todas las obligaciones detalladas en el fallo en la siguiente expresión resolutive: “los Estados deben priorizar el enfoque de los derechos humanos desde una perspectiva que tenga en cuenta en forma transversal los derechos de niñas y niños y, en particular, su protección y desarrollo integral, los cuales deben primar por sobre cualquier consideración de la nacionalidad o el estatus migratorio, a fin de asegurar la plena vigencia de sus derechos”.

Los principios “interés superior del niño” (ISN) y “pro persona” (PPP) se hallan en el centro de la decisión de la Corte y de todo el sistema de protección del niño migrante. Los variados y precisos deberes de los Estados que enuncia el fallo (14) responden a los dos principios señalados, los que rigen toda interpretación, conflicto de normas y jerarquía normativa del conjunto legal.

La propia Convención sobre Derechos del Niño ha elevado al interés superior del niño (ISN) al carácter de norma fundamental. Por nuestra parte, creemos que el ISN y el principio por persona (principio *pro homine*) en la persona del niño -tanto concebido en abstracto como en concreto- son principios que se hallan en la base de todos los demás.

II.2.1. Interés superior del niño

Zermatten (15) se ha preguntado si las expresiones “bien del niño”, “bienestar del niño”, “interés del niño”, “interés superior del niño” pueden estar consideradas sinónimas. Observa que el “bien del niño” se separa del “interés del niño” (“superior” es sólo superlativo), en el sentido en que constituye un estado ideal a alcanzar (bien moral, físico y social de cada niño) y concluye que el “bien del niño” es el bienestar del que habla el preámbulo de la Convención, en tanto el “interés superior del niño” es el instrumento jurídico concebido por la Convención, para alcanzar el estado

(14) *I.a.*: acceso a la justicia en condiciones de igualdad; garantías de un efectivo debido proceso; garantías de libertad (no privación de libertad de los niños migrantes para cautelar los fines de un proceso migratorio o por el incumplimiento de los requisitos para ingresar y permanecer en un país); principio de separación de adultos y menores cuando se trata de niños migrantes solos y el derecho a la unidad familiar cuando el menor no se halla solo en el país, salvo ISN; prohibición de devolver, expulsar, deportar, retornar, rechazar en frontera o no admitir, o de cualquier manera transferir o remover a un niño a un Estado cuando su vida, seguridad y/o libertad estén en riesgo de violación a causa de persecución o amenaza de la misma, violencia generalizada o violaciones masivas a los derechos humanos, entre otros, así como donde corra el riesgo de ser sometido a tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, o a un tercer Estado desde el cual pueda ser enviado a uno en el cual pueda correr dichos riesgos; etc.

(15) ZERMATTEN, J. “El interés Superior del Niño. Del Análisis literal al Alcance Filosófico”, Informe de Trabajo, 3-2003, pp. 1-30, especialmente, p. 16.

idealizado que funda la garantía. Por su parte, Cristián Delpiano Lira (16) recuerda los contenidos y límites del interés superior del niño, tal como han sido concebidos en distintos pronunciamientos de la CteIDH y distingue tres niveles de percepción: En un *primer nivel*, señala la supremacía del ISN frente a otros derechos, basándose en: (a) -el párrafo 56 de la opinión consultiva de la Corte OC 17/2002, de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*; y (b) -el considerando 108 del Caso contencioso *Atala Riffo y niñas vs. Chile (sentencia de 24 de febrero de 2012) (Fondo, reparaciones y costas)*, que definió al interés superior del niño como “regulador de la normativa de los derechos del niño”, fundado en “la dignidad misma del ser humano”, en la “necesidad de propiciar el desarrollo” de los niños, “con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, con todos los alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño”, “fin legítimo e imperioso”. Tal como lo expresa la OC 17/2002 de la CteIDH, en el punto 2 resolutorio: “(...) la expresión ‘interés superior del niño’, consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño”. En un *segundo nivel*, considera al ISN base para la interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos y demás instrumentos de protección de la niñez. En un *tercer nivel* coloca al ISN en calidad de límite a la discrecionalidad del Estado y recuerda el considerando 65 de la OC-17/2002, que expresa: “en aras de la tutela efectiva del niño, toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia”.

En el dictamen bajo comentario, en el consid. 70, la CteIDH recuerda: “(...) el principio de interés superior implica, como criterio rector, tanto su consideración primordial en el diseño de las políticas públicas y en la elaboración de normativa concerniente a la infancia, como su aplicación en todos los órdenes relativos a la vida de la niña o del niño. En el contexto de la migración, cualquier política migratoria respetuosa de los derechos humanos, así como toda decisión administrativa o judicial relativa tanto a la entrada, permanencia o expulsión de una niña o de un niño, como a la detención, expulsión o deportación de sus progenitores asociada a su propia situación migratoria, debe evaluar, determinar, considerar y proteger de forma primordial el interés superior de la niña o del niño afectado”. Asimismo, es destacable el considerando 115: “En definitiva, tal y como lo ha sostenido anteriormente esta Corte (17), si bien el debido proceso y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de las niñas y niños migrantes, el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito

(16) DELPIANO LIRA, C. “Derechos e Interés Superior del Niño en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos” (consulta de 20 de enero de 2015, obtenible en <http://lasil-sladi.org/files/live/sites/lasil-sladi/files/shared/Working%20Papers/Working%20Paper%208%20Delpiano%20Lira.pdf>).

(17) Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, *supra*, párrs. 96 a 98, y *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*, *supra*, párr. 148.

de asegurar un acceso a la justicia en condiciones de igualdad, garantizar un efectivo debido proceso y velar por que el interés superior se erija en una consideración primordial en todas las decisiones administrativas o judiciales que se adopten (18). Sobre estas consideraciones se deben formular los procesos administrativos o judiciales en los que se resuelva acerca de derechos de las niñas o niños migrantes y, en su caso, de las personas bajo cuya potestad o tutela se hallan aquéllos (19) (...), los cuales deben ajustarse a su condición, necesidades y derechos”.

En resumen, el ISN constituye una norma fundamental sustantiva e interpretativa que consagra el deber del Estado de colocar al interés del niño por encima de toda otra norma o interpretación comprensiva.

II.2.2. Principio pro persona

La OC bajo comentario en el considerando 54 expresa: “ (...) (L)a Convención Americana prevé expresamente determinadas pautas de interpretación en su artículo 29, entre las que alberga el principio pro persona, que implican que ninguna disposición de dicho tratado puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados, o bien de excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”. Esta aproximación, si bien luce relativa sólo a la interpretación, también abre el espectro normativo a aplicar en un caso concreto.

Tal como lo expresáramos en un reciente trabajo aún inédito (“La complejidad del principio *pro homine*”), el PPP no es un mero principio interpretativo o criterio hermenéutico, en tanto -junto a los principios de progresividad/evolutividad, que necesariamente lo acompañan- ha abierto el camino a la construcción de nuevos derechos sustantivos y procesales, en calidad de eje dinamizador de todo el sistema de protección de los derechos humanos, alejándose cada vez más de la voluntad de los Estados y el derecho positivo construido por ellos.

La mayoría de los autores ha definido al PPP como pauta que establece un orden de preferencia normativo e interpretativo, pues se debe acudir a la norma o la interpretación más amplia, e inversamente, a la norma más restringida cuando se trata de establecer de manera permanente el ejercicio de los derechos. Por nuestra parte, creemos que la esencia del PPP puede resumirse diciendo que se trata de una regla general del derecho de los derechos humanos (subyacente a todo el derecho de los derechos humanos) mediante la cual, vía interpretación o adecuación normativa, se busca asegurar que en toda decisión se alcance el resultado que mejor proteja a la persona humana. Es una prescripción de carácter normativo, en tanto constituye un principio

(18) Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación general N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial* (artículo 3, párrafo 1), *supra*, párr. 14.b).

(19) Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, *supra*, párr. 94.

general del derecho internacional de los derechos humanos (20), fuente principal en el sentido del art. 38 1.b) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (principio fundamental, esencial, estructural, formulación de carácter normativo concreto, surgida de la práctica internacional con carácter de norma consuetudinaria del derecho de los derechos humanos, distinta de los principios generales del derecho (art. 38.1 c), que son máximas generales, abstractas nacidas en foro doméstico.

El PPP en materia de derechos humanos tiene naturaleza *sui generis*, ya que posee connotaciones propias. Su perfil excede la tradicional concepción del PPP, el que desde más de un siglo se completa en su formulación en los ámbitos del derecho laboral, penal, constitucional, de la seguridad social y otros, con la expresión "*in dubio, pro persona*". En materia de derechos humanos, el requisito "*in dubio*" se va esfumando y la máxima "*in claris non fit interpretatio*" queda debilitada atento a la reconocida progresividad de los contenidos de los derechos humanos (tanto en lo sustantivo como en lo procesal) en base a un flexible manejo del alcance del objeto y fin de los convenios y de todo el sistema.

El PPP informa todo el derecho de los derechos humanos, cualquiera sea su ámbito de aplicación. Es connatural a la existencia misma del sistema de protección de los derechos humanos. Suele señalarse que subyace a todo el ordenamiento, que "irradia" en forma integral todo el sistema, incorporándose a la comprensión de los instrumentos internacionales de modo automático (21).

III. Reflexiones finales

La CrteIDH en la OC bajo consideración ha señalado: "64. Aunque la Corte no va a ahondar en las obligaciones del Estado de origen, es pertinente recordar que éstos deben observar las obligaciones generales referentes a la materia y, en particular, su deber de prevención, lo cual requiere generar y asegurar las condiciones para que sus nacionales no se vean forzados a migrar, así como subsanar las causas generadoras de los flujos migratorios". Llama la atención este pronunciamiento, ya que los tribunales de derechos humanos han sido remisos a incursionar en la responsabilidad de los Estados por los flujos migratorios que provocan o permiten que sean causados. Czaplinski, en un lúcido trabajo (22), señaló que los flujos de refugiados no cesan de crecer desde

(20) Lo que no quita que funcione como tal en los derechos internos. No decimos que es un principio general del Derecho de los derechos humanos en el plano interno, en tanto, en ese ámbito, generalmente los principios generales del derecho y la costumbre operan como fuente normativa auxiliar o supletoria, a diferencia del Derecho internacional público en el que los principios generales del derecho y los principios generales del Derecho internacional (incluidas sus subdisciplinas, como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos), normas consuetudinarias, tienen el carácter de fuente principal del derecho (art. 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia).

(21) V. GIALDINO, Rolando E., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Principios, Fuentes, Interpretación y Obligaciones*, prólogo de A. A. Cançado Trindade, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, p. 112.

(22) CZAPLINSKI, W S. P. « La responsabilité des États pour les flux de réfugiés qu'ils ont provoqués », *Annuaire Français de Droit International*, vol. 40, 1994. pp. 156-169. V. asimismo. Hoffmann,

finés del siglo XX, provocados por graves violaciones de derechos humanos de ciertos gobiernos, causando serios problemas a países limítrofes y de acogida, ingentes gastos a organismos internacionales, y secuelas irreversibles en millones de seres humanos. El referido autor, ha considerado que los Estados de origen deben ser responsabilizados no sólo por los ilícitos sino por los efectos políticos y económicos de las expulsiones que provocan o toleran. No se trata aquí de la responsabilidad en virtud del derecho internacional de los refugiados sino de las normas vulneradas sobre todo en el derecho humanitario internacional y en el derecho internacional de protección de los derechos humanos, a más de Derecho internacional general.

Sin embargo, la precepción precedente está enmarcada en el Derecho internacional clásico, mientras la preocupación por los derechos de los migrantes, en particular, niños y adolescentes, ha ido creciendo en el marco del diálogo por un efectivo cambio social en el mundo (23) y en el contexto de una búsqueda “ciudadanía universal” (24), que hunde sus raíces en la idea de sociedad internacional global o ecuménica, solidarista (sociedad “transfronterizada”, “multicultural”, “cosmopolita” -según la terminología de Rawls-), anunciada por Dugit, Durkheim, Scelle.

Emamjomehzadeh (25), en un resumen histórico sobre la evolución del concepto de ciudadanía, ha señalado tres aproximaciones diferentes: a) aproximación estatista, en la que los derechos y deberes de los ciudadanos están delimitados por el Estado soberano; b) aproximación ético-humanista, en la que los individuos tienen obligaciones éticas con todos los humanos y que podrían invalidar sus obligaciones de ciudadanos; c) aproximación dialógica transnacional que implica la existencia de una democracia cosmopolita y una ciudadanía transnacional (26).

Las nuevas tendencias de protección progresiva de los derechos humanos de los niños y adolescentes migrantes -tal como se visualiza en la OC de 2014 de la CteIDH- se insertan más bien en las últimas dos aproximaciones en materia de relación de ciudadanía-extranjería, especialmente, a la luz del principio de interés superior del niño, del principio por persona, de la interpretación conforme al del objeto y fin de todo el sistema de derecho de los derechos humanos.

R. “Refugee-Generating Policies and the Law of State Responsibility”, 45 *ZaoRV* (1985); Akhavan, P. - Bergamo, M. “The Application of the Doctrine of State Responsibility to Refugee Creating States”, 58 *Nordic JIL* (1989).

(23) HOPGOOD, S. “Challenges to the global human rights regime: Are human rights still an effective language for social change?”, 20 *SUR - Int'l J. on Hum Rts.*, 2014, p. 67 y ss.

(24) FARIÑAS DULCE, M. J.-. “Ciudadanía ‘universal’ versus Ciudadanía ‘fragmentada’”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº. 2-1999, Universidad Carlos III de Madrid. (consulta de 26 de enero de 2015, obtenible en <http://www.uv.es/CEFD/2/Farinas.html>).

(25) EMAMJOMEHZADEH, S. J. “Global Citizenship”, 4 *Int'l Stud. J.* (2007-2008), p. 51 y ss.

(26) V. asimismo BOSNIAK, L. “Citizenship Denationalized (The State of Citizenship Symposium)”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 7 (2000), nº 2, (consulta de 6 de febrero de 2015, obtenible en <http://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol7/iss2/2> y <http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1185&context=ijgls>).

DICTAMEN: Opinión consultiva OC-21/14

Tribunal: Corte Interamericana de Derechos Humanos

Fecha: 19 de agosto de 2014

Asunto: *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión solicitada por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay*

la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte Interamericana”, “la Corte” o “el Tribunal”), integrada por los siguientes Jueces*:

Humberto Antonio Sierra Porto, Presidente;

Roberto F. Caldas, Vicepresidente;

Manuel E. Ventura Robles, Juez;

Diego García-Sayán, Juez;

Eduardo Vio Grossi, Juez; y

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Juez;

presentes, además,

Pablo Saavedra Alessandri, Secretario, y

Emilia Segares Rodríguez, Secretaria Adjunta,

de conformidad con el artículo 64.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención Americana” o “la Convención”) y con los artículos 70 a 75 del Reglamento de la Corte (en adelante “el Reglamento”), emite la siguiente Opinión Consultiva (...).

I

PRESENTACIÓN DE LA CONSULTA

El 7 de julio de 2011 la República Argentina (en adelante “Argentina”), la República Federativa de Brasil (en adelante “Brasil”), la República del Paraguay (en adelante “Paraguay”) y la República Oriental del Uruguay (en adelante “Uruguay”), las cuales en adelante se denominarán en conjunto “los Estados solicitantes”, con fundamento en el artículo 64.1 de la Convención Americana y de conformidad con lo establecido en el artículo 70.1 y 70.2 del Reglamento, presentaron una solicitud de Opinión Consultiva sobre niñez migrante (en adelante “la solicitud” o “la consulta”) a fin de que el Tribunal “determin[e] con mayor precisión cuáles son las obligaciones de los Estados con relación a las medidas pasibles de ser adoptadas respecto de niñas y niños, asociada a su condición migratoria, o a la de sus padres, a la luz de la interpretación autorizada de los artículos 1.1, 2, 4.1, 5, 7, 8, 11, 17, 19, 22.7, 22.8, 25 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los artículos 1, 6, 8, 25 y 27 de la Declaración Americana de [los] Derechos y Deberes del Hombre y el artículo 13 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura” (1).

Los Estados solicitantes expusieron las consideraciones que originaron la consulta y, entre ellas, señalaron que:

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

* El Juez Alberto Pérez Pérez no participó, por motivos de fuerza mayor, en la deliberación y firma de esta Opinión Consultiva.

(1) El texto completo de la solicitud puede ser consultada en el siguiente enlace de la página *web* de la Corte: http://www.corteidh.or.cr/solicitudoc/solicitud_esp.pdf

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

[... L]os niños y niñas [...] migran por motivos diversos, sea por reagrupación familiar, búsqueda de mejores condiciones económicas, sociales o culturales, para escapar de la pobreza extrema, la degradación ambiental, la violencia u otras formas de abuso y persecución a las que se ven sometidos. [...]

[... L]as personas migrantes en situación migratoria irregular, por un lado, y los niños y niñas, por el otro, son grupos sociales que se encuentran en una condición de vulnerabilidad. Ambos colectivos requieren, por ello, un compromiso especial por parte de los Estados que deben procurar el respeto, la protección y la garantía de sus derechos fundamentales[, teniendo en cuenta] un enfoque transversal de edad que tenga debidamente en [consideración] los derechos de los niños y niñas afectados por la migración. [...]

En la actualidad, la utilización de la privación de libertad de migrantes (adultos y niños) asociada a la infracción de las normas migratorias constituye una problemática que suscita una profunda preocupación en diferentes ámbitos nacionales e internacionales. [...]

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

En este escenario, resulta fundamental que la [...] Corte Interamericana de Derechos Humanos defina con mayor precisión cuales son los estándares, principios y obligaciones concretas que los Estados deben cumplimentar en materia de derechos humanos de las personas migrantes, en particular en lo que respecta a los derechos de las niñas y niños migrantes e hijos/as de migrantes [...] en los siguientes temas: 1. Procedimientos para la determinación de necesidades de protección internacional y de medidas de protección especial de los niños, niñas y adolescentes migrantes. 2. Sistema de garantías que debería aplicarse en los procedimientos migratorios que involucran a niños, niñas y adolescentes migrantes. 3. Estándares para la aplicación de medidas cautelares en un procedimiento migratorio sobre la base del principio de no detención de niñas y niños migrantes. 4. Medidas de protección de derechos que deberían disponerse de manera prioritaria y que no implican restricciones a la libertad personal. 5. Obligaciones estatales en casos de custodia de niñas y niños por motivos migratorios. 6. Garantías de debido proceso ante medidas que impliquen privación de libertad de niñas y niños en el marco de procedimientos migratorios. 7. Principio de no devolución en relación con niñas y niños migrantes. 8. Procedimientos para la identificación y el tratamiento de niños y niñas eventuales solicitantes de asilo o refugio. 9. El derecho a la vida familiar de los niños y niñas en caso de disponerse la expulsión por motivos migratorios de sus padres.

Con base en lo anterior, los Estados solicitantes presentaron a la Corte las siguientes consultas específicas:

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

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

[3.] ¿Cómo debe interpretarse, a la luz de los artículos 1, 7, 8, 19 y 29 de la Convención Americana y el artículo 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el principio de última *ratio* de la detención como medida cautelar en el marco

de procedimientos migratorios cuando están involucrados niños y niñas que se encuentran junto a sus padres, y cuando están involucrados niños/as no acompañados o separados de sus padres?

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

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

[6.] ¿Cuáles son a la luz de los artículos 1, 2, 7, 8, 19 y 25 de la Convención Americana y del artículo 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, las garantías de debido proceso que debieran regir en los procesos migratorios que involucran a niños y niñas, cuando en estos procesos se apliquen medidas que restrinjan la libertad personal de los niños?

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

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

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

Argentina designó al señor Luis Hipólito Alen, como agente, y a los señores Alberto Javier Salgado y Julio Ayala, como agentes alternos. Brasil designó como agentes a la Embajadora Maria Dulce Silva Barros y, como agentes alternos, a la señora Juliana de Moura Gomes y a los señores Carlos Eduardo da Cunha Oliveira, Fábio Balestro Floriano, Rafael Rodrigues Soares y Francisco George de Lima Beserra. Paraguay designó como agentes a la señora Inés Martínez Vilanotti y al señor Ricardo González. Como agentes por Uruguay fueron designados los señores Javier Miranda y Federico Perazza.

II

PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE

Mediante notas de 13 de septiembre de 2011 la Secretaría de la Corte (en adelante “la Secretaría”), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 73.1 del Reglamento, transmitió la consulta a los demás Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos (en adelante “la OEA”), al Secretario General de la OEA, al Presidente del Consejo Permanente de la OEA, a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión Interamericana” o “la Comisión”), y al Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes. En dichas comunicaciones, informó que el Presidente de la Corte, en consulta con el Tribunal, había fijado el 15 de diciembre de 2011 como fecha límite para la presentación de las observaciones escritas u otros documentos relevantes respecto de la solicitud mencionada. Igualmente, siguiendo instruccio-

nes del Presidente y de acuerdo con lo establecido en el artículo 73.3 de dicho Reglamento, la Secretaría, mediante notas de 23 y 26 de septiembre de 2011 invitó a diversas organizaciones internacionales y de la sociedad civil así como a instituciones académicas de la región a remitir en el plazo anteriormente señalado su opinión escrita sobre los puntos sometidos a consulta. Finalmente, se realizó una invitación abierta a través del sitio *web* de la Corte Interamericana a todos los interesados a presentar su opinión escrita sobre los puntos sometidos a consulta. El plazo previamente establecido fue prorrogado hasta el 17 de febrero de 2012, por lo que contaron con aproximadamente cinco meses para remitir sus presentaciones.

El plazo otorgado llegó a su vencimiento y se recibieron en la Secretaría los siguientes escritos de observaciones (2):

Observaciones escritas presentadas por Estados de la OEA:

- 1) Brasil
- 2) República de Costa Rica (en adelante “Costa Rica”)
- 3) República del Ecuador (en adelante “Ecuador”)
- 4) República de Honduras (en adelante “Honduras”)
- 5) Estados Unidos Mexicanos (en adelante “México”)

Observaciones escritas presentadas por órganos de la OEA:

- 6) Comisión Interamericana de Derechos Humanos
- 7) Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes

Observaciones escritas presentadas por Organismos Internacionales:

- 8) Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)
- 9) Oficina Regional para América del Sur del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH)
- 10) Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF)
- 11) Oficina Regional para Centroamérica, Norteamérica y el Caribe de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM)

Observaciones escritas presentadas por organismos estatales, asociaciones internacionales y nacionales, instituciones académicas, organizaciones no gubernamentales e individuos de la sociedad civil:

- 12) Defensoría General de la Nación de la República Argentina
- 13) Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal y el Centro para el Desarrollo de la Justicia Internacional, A.C.
- 14) Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEP)
- 15) Women’s Link Worldwide
- 16) Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM)
- 17) Servicio Social Internacional (SSI) y Red Latinoamericana de Acogimiento Familiar (RELAF)
- 18) Centro de Direitos Humanos e Cidadania do Imigrante (CDHIC)
- 19) Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y Servicio de Apoyo y Orientación a Inmigrantes y Refugiados (CAREF)
- 20) Grupo Jurídico de Antioquia (GJA)
- 21) Consejo Uruguayo para las Relaciones Internacionales (CURI)
- 22) Programa de Defensa e Incidencia Binacional de la Iniciativa Frontera Norte de México, conformado por el Centro de Derechos Humanos del Migrante A.C, Centro de Recursos Migrantes, Red de Casas YMCA para Menores Migrantes y Coalición Pro Defensa del Migrante A.C.

(2) El 22 de junio de 2012 el Estado de Nicaragua presentó observaciones escritas fuera del plazo otorgado a tal efecto. Al respecto, se le informó que podría presentar los argumentos y la documentación que estimara pertinente durante la audiencia pública a celebrarse.

- 23) Señoras y señores María Elena Vásquez Rodríguez, Directora del Programa “Niños y niñas sin fronteras” de la Corporación Colectivo Sin Fronteras de Chile; Carlos Roberto Muñoz Reyes, vocero de la Red de ONGs de Infancia y Juventud de Chile; Julio Esteban Cortés Morales, académico de la Clínica de Infancia de la Escuela de Derecho de la Universidad Central de Chile; e Iskra Leyva Pavez Soto, académica de la Escuela de Trabajo Social de la Universidad Tecnológica Metropolitana de Chile
- 24) Comisión Nro. 1309 del Departamento de Práctica Profesional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (en adelante “Comisión Nro. 1309”)
- 25) Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús
- 26) Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales
- 27) Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario
- 28) Académicos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México
- 29) Centro Estratégico de Litigio Latinoamericano, A.C. y el Programa de Derechos Humanos de la Universidad Veracruzana
- 30) Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador
- 31) Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú
- 32) Centro de Estudios de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres
- 33) Centro de Derechos Humanos e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello
- 34) International Human Rights Law Clinic del Washington College of Law de American University, en representación de Women’s Refugee Commission, Kids in Need of Defense e Immigrant Children’s Legal Program of the U.S. Committee for Refugees & Immigrants (anteriormente National Center for Refugee and Immigrant Children)
- 35) Immigration Law Clinic de Southwestern Law School
- 36) Child Law Clinic de University College Cork
- 37) Señor Boris Wilson Arias López
- 38) Señores Ezequiel Heffes y Fernando Alberto Goldar
- 39) Señor Luis Peraza Parga
- 40) Señora Beatriz Eugenia Sánchez Mojica
- 41) Señores Álvaro Francisco Amaya-Villarreal, Felipe Franco Gutiérrez y señora Viviana Ordóñez Salazar
- 42) Señora Juliana Poveda Clavijo y señor Oscar Yesid Osorio Barragán

Una vez concluido el procedimiento escrito, el 11 de mayo de 2012 la Presidencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 73.4 del Reglamento, emitió una Resolución (3), mediante la cual convocó a una audiencia pública e invitó a los Estados Miembros de la OEA, a su Secretario General, al Presidente del Consejo Permanente, a la Comisión Interamericana, al Instituto Interamericano del Niño, Niña y Adolescentes y a todos aquellos miembros de diversas organizaciones, sociedad civil, instituciones académicas y personas que remitieron observaciones escritas, con el propósito de presentar al Tribunal sus comentarios orales respecto de la consulta. La audiencia pública se convocó para el 26 y el 27 de junio de 2012 en la sede de la Corte.

El 25 de junio de 2012 Argentina, en ejercicio de la presidencia *pro tempore* del MERCOSUR (Mercado Común del Sur) y en representación de Brasil y Uruguay, solicitó que “[...] en vista de la situación en la República del Paraguay, que [era] de público conocimiento, las audiencias citadas [fueran] pospuestas para una fecha [a] ser determinada oportunamente”.

(3) Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/oc21110512esp.pdf>

El 26 de junio de 2012 la Secretaría del Tribunal comunicó que el Pleno de la Corte acordó, a pedido de tres de los países solicitantes, posponer la realización de la audiencia pública a la luz de los acontecimientos políticos en Paraguay. De igual forma, informó a los Estados solicitantes, a los demás Estados Miembros de la OEA, a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así como a los organismos internacionales y estatales, asociaciones internacionales y nacionales, organizaciones no gubernamentales e instituciones académicas que habían confirmado su participación en la audiencia, que se les notificaría la nueva fecha para la realización de la misma.

El 30 de mayo de 2013, tras las consultas formuladas con los Estados solicitantes, se procedió a retomar el curso normal del procedimiento y se informó que la audiencia pública sobre la opinión consultiva de referencia se llevaría a cabo durante alguno de los períodos de sesiones que iba a celebrarse en el último trimestre del 2013.

El 5 de septiembre de 2013 el Presidente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 73.4 del Reglamento, emitió una Resolución (4), mediante la cual convocó a una audiencia pública e invitó a los Estados Miembros de la OEA, a su Secretario General, al Presidente del Consejo Permanente, a la Comisión Interamericana, al Instituto Interamericano del Niño, Niña y Adolescentes y a todos aquellos miembros de diversas organizaciones, sociedad civil, instituciones académicas y personas que remitieron observaciones escritas y/o que confirmaron su participación, a presentar al Tribunal sus comentarios orales respecto de la consulta.

La audiencia pública se celebró los días 9 y 10 de octubre de 2013 en la ciudad de México, Estados Unidos Mexicanos, en el marco del 48° Período Extraordinario de Sesiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Comparecieron ante la Corte las siguientes personas:

Por Argentina, Luis Hipólito Alen, Subsecretario de Protección de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación; María Julia Loreto, abogada de la Dirección Contencioso Internacional en materia de Derechos Humanos de la Cancillería; Víctor Abramovich Cosarín, Secretario Ejecutivo del Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos (IPPDH) del MERCOSUR, y Francisco Tropepi, Secretario de la Sección Política de la Embajada de la República Argentina en los Estados Unidos Mexicanos;

Por Brasil, la Embajadora Maria Dulce Silva Barros, Agente del Estado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos; Victoria Balthar, Asesora Internacional de la Secretaría de Derechos Humanos de la Presidencia de la República, y Juliana Soares Santos, Primer Secretario de la Embajada de la República Federativa de Brasil en los Estados Unidos Mexicanos;

Por Paraguay, Embajador Carlos Heriberto Riveros Salcedo, Embajador Extraordinario y Plenipotenciario de la República del Paraguay en los Estados Unidos Mexicanos; María Leticia Casati, Consejera de la Embajada de la República del Paraguay en los Estados Unidos Mexicanos, y Juan José Mancuello, Primer Secretario de la Embajada de la República del Paraguay en los Estados Unidos Mexicanos;

Por Uruguay, el Embajador Federico Perazza, Director General Adjunto para Asuntos Políticos del Ministerio de Relaciones Exteriores;

Por México, el Embajador Juan Manuel Gómez Robledo, Subsecretario para Asuntos Multilaterales y Derechos Humanos de la Secretaría de Relaciones Exteriores; Laura Vargas Carrillo, Titular del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia; Max Alberto Diener Sala, Consultor Jurídico de la Secretaría de Relaciones Exteriores; Erasmo Lara Cabrera, Director General Adjunto de Casos, Democracia y Derechos Humanos de la Secretaría de Relaciones Exteriores; Lilian Espinoza Fernández, Directora General de Enlace Interinstitucional del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia; Ana Cecilia Oliva Balcarcel, Directora General de Protección al Migrante y Vinculación del Instituto Nacional de Migración; Lorena Lagarde González, Directora de Asuntos Internacionales del Sistema Nacional

(4) Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/sol_oc_21_esp.pdf

para el Desarrollo Integral de la Familia; Luis Jardón Piña, Director de Litigio Internacional en Materia de Derechos Humanos de la Secretaría de Relaciones Exteriores, y Carlos Ramírez Bracho, Secretario Particular de la Titular del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia;

Por Costa Rica, José Carlos Jiménez Alpízar, Asesor Legal del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, y Fernando Ching Chang, Asesor de la Presidencia Ejecutiva del Patronato Nacional de la Infancia;

Por Guatemala, Embajador José Rodrigo Viemann de León, Embajador de Guatemala ante la Organización de los Estados Americanos; Rodrigo Villagrán Sandoval, Director de Seguimiento de Casos Internacionales en Materia de Derechos Humanos, y Verónica Jiménez, Subdirectora de la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores;

Por República Dominicana, el Embajador Fernando Pérez Memén, Embajador Extraordinario y Plenipotenciario de la República Dominicana ante los Estados Unidos Mexicanos; Santo Miguel Román, Subdirector de la Dirección General de Migración adscrita al Ministerio de Interior y Policía, y José Casado-Liberato, Abogado-Analista de Derechos Humanos para asuntos de la OEA ante el Ministerio de Relaciones Exteriores;

Por Panamá, Magdalena Brandao, Abogada de Derechos Humanos de la Dirección de Asuntos Jurídicos y Tratados del Ministerio de Relaciones Exteriores; Rosario Granda, Abogada; José Cedeño, Abogado, y Rocío Medina, Abogada;

Por la Comisión Interamericana, el Comisionado Felipe González; la Comisionada Rosa María Ortiz; Emilio Álvarez Icaza L., Secretario Ejecutivo; Elizabeth Abi-Mershed, Secretaria Ejecutiva Adjunta; Silvia Serrano Guzmán, Asesora, y Jorge Humberto Meza, Asesor;

Por ACNUR, Juan Carlos Murillo González, Asesor Jurídico Regional;

Por UNICEF, Karla Gallo, Oficial Nacional de Protección de UNICEF en México;

Por la OIM, Salvador Gutiérrez, Oficial Regional de Enlace y Políticas;

Por la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEP), Migdalia Brown;

Por la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal y el Centro para el Desarrollo de la Justicia Internacional, A.C., Fernando Coronado Franco, Nancy Jocelyn López Pérez, Patricia Uribe Granados, Edgar Alejandro Gómez Jaimés, Leonardo Mier Bueno, y Mario Patrón Sánchez;

Por el Servicio Social Internacional (SSI) y la Red Latinoamericana de Acogimiento Familiar (RELAF), Leticia Irene Virosta;

Por el Programa de Defensa e Incidencia Binacional de la Iniciativa Frontera Norte de México, conformado por el Centro de Derechos Humanos del Migrante A.C., Centro de Recursos Migrantes, Red de Casas YMCA para Menores Migrantes y Coalición Pro Defensa del Migrante A.C., Silvia Esmeralda Flores Rodríguez;

Por el Centro Estratégico de Litigio Latinoamericano A.C. y el Programa de Derechos Humanos de la Universidad Veracruzana, Rafael Beltrán Ramos y Chasel Colorado Piña;

Por la Comisión Nro. 1309 del Departamento de Práctica Profesional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Santiago Gabriel Bertinat Gonnet;

Por la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, María Teresa Palacios Sanabria;

Por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús, Diego Lorente y Lourdes Rosas Aguilar;

Por el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Adriana Inés Monesterolo Lencioni;

Por la International Human Rights Law Clinic del Washington College of Law de American University en representación de Women's Refugee Commission, Kids in Need of Defense y the Immigrant Children's Legal Program of the U.S. Committee for Refugees & Immigrants (anteriormente National Center for Refugee and Immigrant Children), Richard J. Wilson, Diana Navas y Jacqueline Zamarripa;

Por la Child Law Clinic de University College Cork, Emily Bartholomew;

Por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, María Leoba Castañeda Rivas, y Los señores Álvaro Francisco Amaya Villarreal y Luis Peraza Parga.

Con posterioridad a la audiencia, se recibieron escritos complementarios de: 1) el señor Luis Peraza Parga; 2) ACNUR; 3) la Comisión Nro. 1309; 4) Costa Rica; 5) OIM; 6) Guatemala; 7) el Secretario Ejecutivo del Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos (IPPDH) del MERCOSUR, en representación de los Estados solicitantes; 8) Child Law Clinic de University College Cork; 9) la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, y 10) Brasil.

La solicitud de opinión consultiva presentada por los Estados solicitantes, las observaciones escritas y orales de los Estados participantes, de la Comisión Interamericana, del Instituto Interamericano de la Niña, Niño y Adolescentes, de diferentes organismos internacionales, así como de organismos estatales, asociaciones internacionales y nacionales, instituciones académicas, organizaciones no gubernamentales e individuos de la sociedad civil, pueden ser consultadas en el sitio *web* de la Corte (5) y, asimismo, figuran resumidas en el anexo a la presente opinión (6).

III COMPETENCIA

Esta consulta ha sido sometida a la Corte por los Estados solicitantes, en uso de la facultad que les otorga el artículo 64.1 de la Convención Americana. Los Estados solicitantes son Estados Miembros de la OEA y, por tanto, tienen el derecho de solicitar a la Corte Interamericana opiniones consultivas acerca de la interpretación de dicho tratado o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos.

1. Asimismo, la Corte considera que, como órgano con funciones de carácter jurisdiccional y consultivo, tiene la facultad inherente a sus atribuciones, y aún cuando ello no haya sido convertida como es lo que acontece en autos, de determinar el alcance de su propia competencia (*compétence de la compétence/Kompetenz-Kompetenz*), lo que, por lo dispuesto en el artículo 64.1 de la Convención, también tiene aplicación en lo referente al ejercicio de su función consultiva o no contenciosa, tal como ocurre en lo atinente a su competencia contenciosa (7), en particular, dado que la sola circunstancia de recurrir a aquella presupone la admisión, por parte del Estado o Estados que realizan la consulta, del derecho de la Corte a resolver sobre el alcance de su jurisdicción al respecto.

Los Estados solicitantes requieren una interpretación de la Convención Americana, de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante “Declaración Americana” o “Declaración”).

En cuanto a la Convención Americana, la función consultiva permite al Tribunal interpretar cualquier norma de la misma, sin que ninguna parte o aspecto de dicho instrumento esté excluido del ámbito de interpretación. En este sentido, es evidente que la Corte tiene, en virtud de ser “intérprete última de la Convención Americana” (8), competencia para emitir con plena autoridad interpretaciones sobre todas las disposiciones de la Convención, incluso aquellas de carácter procesal (9).

(5) Disponibles en el siguiente enlace: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/observaciones>

(6) El anexo con los resúmenes se encuentra únicamente en idioma español.

(7) *Cfr. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Competencia*. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 55, párr. 33, y *Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275, párr. 18.

(8) *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124, y *Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276, párr. 87.

(9) *Cfr. Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-20/09 de 29 de septiembre de 2009. Serie A No. 20, párr. 18, y *Caso Chaparro Álvarez y Lapo*

Asimismo, la Corte ha considerado que el artículo 64.1 de la Convención, al referirse a la facultad de la Corte de emitir una opinión sobre “otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos” es amplio y no restrictivo. Es decir,

[...] la competencia consultiva de la Corte puede ejercerse, en general, sobre toda disposición, concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes del mismo Estados ajenos al sistema interamericano (10).

En el caso de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, este instrumento ha sido adoptado en el ámbito de la OEA y ratificado por 18 Estados Miembros (11), e indudablemente constituye un tratado de trascendencia regional que se relaciona con la protección de los derechos humanos y, específicamente, con la protección contra la tortura en los Estados americanos.

Además, el artículo 64.1 de la Convención Americana autoriza a la Corte para rendir opiniones consultivas sobre la interpretación de la Declaración Americana, en el marco y dentro de los límites de su competencia en relación con la Carta de la OEA (en adelante “la Carta”) y la Convención u otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos (12). Por ende, la Corte al interpretar la Convención en el marco de su función consultiva recurrirá a la Declaración Americana cuando corresponda y en los términos del artículo 29.d) de la Convención.

Al afirmar su competencia, el Tribunal recuerda el amplio alcance de su función consultiva, única en el derecho internacional contemporáneo, en virtud de la cual y a diferencia de lo dispuesto para otros tribunales internacionales, se encuentran legitimados para solicitar opiniones consultivas la totalidad de los órganos de la OEA enumerados en el Capítulo X de la Carta y los Estados Miembros de la OEA, aunque no fueran partes de la Convención (13). Otra característica de la amplitud de esta función se relaciona con el objeto de la consulta, el cual no está limitado a la Convención Americana, sino que alcanza a otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos y, además, se concede a todos los Estados Miembros de la OEA la posibilidad de solicitar opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales (14).

Íñiguez. Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 15.

(10) “*Otros Tratados*” *Objeto de la Función Consultiva de la Corte* (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1, punto decisivo primero.

(11) Son parte de este tratado: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Uruguay y Venezuela.

(12) *Cfr. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.* Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A No. 10, punto decisivo primero y único.

(13) *Cfr. “Otros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte* (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), *supra*, párrs. 14 a 17, y *Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, supra*, párr. 18.

(14) *Cfr. “Otros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte* (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), *supra*, párrs. 14 a 17, y *Control de Legalidad en el Ejercicio de las Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (Arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-19/05 de 28 de noviembre de 2005. Serie A No. 19, párr. 18.

La solicitud cumple formalmente con las exigencias de lo dispuesto en los artículos 70 (15) y 71 (16) del Reglamento, según los cuales para que una solicitud sea considerada por la Corte las preguntas deben ser formuladas con precisión, especificar las disposiciones que deben ser interpretadas, indicar las consideraciones que la originan y suministrar el nombre y dirección del agente.

En reiteradas oportunidades este Tribunal ha establecido que el cumplimiento de los requisitos reglamentarios para la formulación de una consulta no implica que esté obligado a responder a ella (17). Así, la Corte recuerda que su competencia consultiva no debe, en principio, ejercerse mediante especulaciones abstractas, sin una previsible aplicación a situaciones concretas que justifiquen el interés de que se emita una opinión consultiva (18).

Al respecto, en la solicitud de opinión consultiva los Estados solicitantes manifestaron que existe un “déficit de la legislación y de las políticas públicas en relación con diferentes temas que se examinan en [la] solicitud. [...] Un rasgo aún frecuente en algunas leyes y políticas migratorias, es la falta de la correspondiente articulación con el sistema de protección de derechos de la niñez, lo que limita la posibilidad de las instituciones públicas de definir de forma adecuada las medidas que tienen que adoptar cuando ingresa [una niña o un niño] al país de manera irregular”, lo cual comúnmente resulta en “la ausencia de procedimientos adecuados para identificar las diferentes situaciones de riesgo que enfrentan los niños que integran flujos migratorios mixtos o de composición diversa”.

Desde esa perspectiva, la Corte entiende que su respuesta a la consulta planteada prestará una utilidad concreta dentro de una realidad regional en la cual aspectos sobre las obligaciones estatales en cuanto a la niñez migrante no han sido establecidas en forma clara y sistemática, a partir de la interpretación de las normas relevantes. Esta utilidad se demuestra por el alto interés manifestado por todos los participantes a lo largo del presente procedimiento consultivo. En primer lugar, la propia solicitud presentada por cuatro Estados, la cual ofrece a través de la posición acordada y unificada de los Estados solicitantes un piso mínimo de estándares consensuados en la materia. Además, fueron recibidos 42 escritos de observaciones presentados por cinco Estados Miembros de la OEA, la Comisión Interamericana, el Instituto Interamericano del Niño, Niña y Adolescentes, cuatro organismos internacionales y 31 instituciones e individuos miembros de diversas organizaciones, sociedad civil en general e instituciones académicas. De forma similar, se verificó una activa participación en la audiencia pública por parte de nueve Estados Miembros de la OEA, la Comisión Interamericana, tres organismos internacionales y 14 instituciones e individuos miembros de diversas organizaciones, sociedad civil en general e instituciones académicas.

(15) Artículo 70. Interpretación de la Convención

1. Las solicitudes de opinión consultiva previstas en el artículo 64.1 de la Convención deberán formular con precisión las preguntas específicas sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la Corte.
2. Las solicitudes de opinión consultiva formuladas por un Estado miembro o por la Comisión, deberán indicar, además, las disposiciones cuya interpretación se pide, las consideraciones que originan la consulta y el nombre y dirección del Agente o de los Delegados. [...]

(16) Artículo 71. Interpretación de otros tratados

1. Si la solicitud se refiere a la interpretación de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos prevista en el artículo 64.1 de la Convención, deberá ser identificado el tratado y las partes en él, las preguntas específicas sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la Corte y las consideraciones que originan la consulta. [...]

(17) *Cfr. Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (Art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-15/97 del 14 de noviembre de 1997. Serie A No. 15, párr. 31, y *Control de Legalidad en el Ejercicio de las Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (Arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), *supra*, párr. 17.

(18) *Cfr. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 16, y *Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, *supra*, párr. 15.

Al recordar que la función consultiva constituye “un servicio que la Corte está en capacidad de prestar a todos los integrantes del sistema interamericano, con el propósito de coadyuvar al cumplimiento de sus compromisos internacionales” sobre derechos humanos (19), la Corte considera de importancia transcendental establecer con mayor precisión los derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración, es decir de aquellas niñas y niños migrantes y/o en necesidad de protección internacional, así como de hijas e hijos de migrantes. Esto conllevará a la determinación de los principios y obligaciones concretas que los Estados deben cumplir en materia de derechos humanos de las niñas y niños a fin de adoptar las medidas de protección integral que resulten adecuadas y pertinentes en cada situación.

2. Al respecto, la Corte recuerda, como lo ha hecho en otras oportunidades (20), que la labor interpretativa que debe cumplir en ejercicio de su función consultiva busca no sólo desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos, sino, sobre todo, coadyuvar a los Estados Miembros y a los órganos de la OEA para que cumplan de manera cabal y efectiva sus obligaciones internacionales en la materia y definan y desarrollen políticas públicas en derechos humanos, en este caso para las niñas y los niños en el contexto de la migración. Se trata, en efecto, de interpretaciones que contribuyan a fortalecer el sistema de protección de los derechos humanos.

3. Por ende, la Corte estima que no solo no queda necesariamente constreñida a los literales términos de las consultas que se le formulan sino que, en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva y en vista de lo previsto en el artículo 2 de la Convención y del propósito de las opiniones consultiva de “coadyuvar al cumplimiento de sus compromisos internacionales” sobre derechos humanos (*supra* párr. 28), puede también sugerir, en tanto medidas de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos humanos, la adopción de tratados u otro tipo de normas internacionales sobre las materias objeto de aquellas.

4. Del mismo modo, la Corte estima necesario recordar que, conforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo (21), por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquél (22). Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad (23), también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, “la protección de los derechos fundamentales de los seres huma-

(19) Cfr. “Otros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), *supra*, párr. 39, y *Control de Legalidad en el Ejercicio de las Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (Arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), *supra*, párr. 18.

(20) Cfr. “Otros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), *supra*, párr. 25, y *Control de Legalidad en el Ejercicio de las Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (Arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), *supra*, párr. 18.

(21) Cfr. *Caso Fontevecchia y D’Amico Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238, párr. 93, y *Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260, párr. 221.

(22) Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 164, y *Caso Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 197.

(23) Cfr. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, supra*, párr. 124, y *Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname, supra*, párr. 124.

nos” (24). A su vez, a partir de la norma convencional interpretada (25) a través de la emisión de una opinión consultiva, todos los órganos de los Estados Miembros de la OEA, incluyendo a los que no son Parte de la Convención pero que se han obligado a respetar los derechos humanos en virtud de la Carta de la OEA (artículo 3.1) y la Carta Democrática Interamericana (artículos 3, 7, 8 y 9), cuentan con una fuente que, acorde a su propia naturaleza, contribuye también y especialmente de manera preventiva, a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos y, en particular, constituye una guía a ser utilizada para resolver las cuestiones sobre infancia en el contexto de la migración y así evitar eventuales vulneraciones de derechos humanos.

Dado el amplio alcance de la función consultiva de la Corte que, como ya se expuso, involucra no sólo a los Estados Partes de la Convención Americana (*supra* párr. 23), todo lo que se señala en la presente Opinión Consultiva también tiene relevancia jurídica para todos los Estados Miembros de la OEA que han acordado la Declaración Americana, independientemente de que hayan o no ratificado la Convención Americana (26), así como para los órganos de la OEA cuya esfera de competencia se refiera al tema de la consulta.

En definitiva, la Corte considera que tiene competencia para pronunciarse sobre las preguntas planteadas por los Estados solicitantes y no encuentra en la presente consulta razones para abstenerse de absolverla, por lo cual la admite y procede a resolverla.

IV CONSIDERACIONES GENERALES

Al año 2013, existían a nivel mundial 231.522.215 personas migrantes, de las cuales 61.617.229 correspondían a las Américas (27). A su vez, del total de personas migrantes en nuestro continente, 6.817.466 eran menores de 19 años (28). Según datos de finales de 2013, en el continente americano había alrededor de 806.000 personas refugiadas y personas en situación similar a la de los refugiados (29). En ese año, se presentaron más de 25.300 solicitudes de asilo individuales de niñas y niños no acompañados o separados en 77 países alrededor del mundo (30).

Las niñas y los niños se movilizan internacionalmente por muy variadas razones: en busca de oportunidades, ya sea por consideraciones económicas o educacionales; con fines de reuni-

(24) *El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2, párr. 29, y *Caso Boyce y otros Vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169, párr. 15.

(25) *Cfr. Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013, Considerandos 65 a 90.

(26) *Cfr. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 60.

(27) Véase Naciones Unidas, Department of Economic and Social Affairs, Population Division (2013), *Trends in International Migrant Stock: The 2013 Revision - Migrants by Age and Sex* (United Nations database, POP/DB/MIG/Stock/Rev.2013/Age).

(28) Véase Naciones Unidas, Department of Economic and Social Affairs, Population Division (2013), *Trends in International Migrant Stock: The 2013 Revision - Migrants by Age and Sex* (United Nations database, POP/DB/MIG/Stock/Rev.2013/Age).

(29) *Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), El coste humano de la guerra. Tendencias Globales 2013*, pág. 12.

(30) Esta cifra no incluye información respecto de algunos países que son receptores de solicitantes de asilo, como por ejemplo, los Estados Unidos de América. *Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), El coste humano de la guerra. Tendencias Globales 2013*, pág. 28.

ficación familiar; a fin de reagruparse con familiares que ya migraron; por cambios repentinos o progresivos del medio ambiente que afectan adversamente su vida o sus condiciones de vida; por afectaciones derivadas del crimen organizado, desastres naturales, abuso familiar o extrema pobreza; para ser transportados en el contexto de una situación de explotación, incluida la trata infantil; para huir de su país, ya sea por temor fundado a ser perseguidos por determinados motivos o porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público. Si bien las niñas y los niños generalmente se trasladan junto a sus padres, miembros de la familia ampliada u otros adultos, en la actualidad un número creciente y significativo migra en forma independiente y sin compañía (31).

La migración internacional es un fenómeno complejo que puede involucrar a dos o más Estados, entre países de origen, de tránsito y de destino, tanto de migrantes como de solicitantes de asilo y refugiados. En este contexto y, en particular, de los flujos migratorios mixtos que implican movimientos poblacionales de carácter diverso, las causas y características del traslado que emprenden niñas y niños por aire, mar o tierra hacia países distintos a los de su nacionalidad o residencia habitual pueden abarcar tanto personas que requieren de una protección internacional, como otras que se movilizan en busca de mejores oportunidades por motivos de índole diversa, los cuales pueden alterarse en el propio transcurso del proceso migratorio. Esto hace que las necesidades y requerimientos de protección puedan variar ampliamente.

Por protección internacional se entiende aquella que ofrece un Estado a una persona extranjera debido a que sus derechos humanos se ven amenazados o vulnerados en su país de nacionalidad o residencia habitual, y en el cual no pudo obtener la protección debida por no ser accesible, disponible y/o efectiva. Si bien la protección internacional del Estado de acogida se encuentra ligada inicialmente a la condición o estatuto de refugiado, las diversas fuentes del derecho internacional - y en particular del derecho de los refugiados, del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario -, revelan que esta noción abarca también otro tipo de marcos normativos de protección. De este modo, la expresión protección internacional comprende: (a) la protección recibida por las personas solicitantes de asilo y refugiadas con fundamento en los convenios internacionales o las legislaciones internas; (b) la protección recibida por las personas solicitantes de asilo y refugiadas con fundamento en la definición ampliada de la Declaración de Cartagena; (c) la protección recibida por cualquier extranjero con base en las obligaciones internacionales de derechos humanos y, en particular, el principio de no devolución y la denominada protección complementaria u otras formas de protección humanitaria, y (d) la protección recibida por las personas apátridas de conformidad con los instrumentos internacionales sobre la materia.

Sólo es posible asegurar la protección internacional, de conformidad con los compromisos internacionales derivados del derecho internacional de los derechos humanos, del derecho internacional humanitario y del derecho de los refugiados, admitiendo a un potencial solicitante de asilo en un país seguro, garantizando el derecho a buscar y recibir asilo y el respeto del principio de no devolución, entre otros derechos, hasta lograr una solución duradera.

Bajo este panorama, este Tribunal ha insistido en su jurisprudencia consultiva (32) y contenciosa (33) en el hecho de que, en el ejercicio de su facultad de fijar políticas migrato-

(31) Cfr. Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, *Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo*, UN Doc. A/HRC/11/7, 14 de mayo de 2009, párr. 19.

(32) Cfr. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, *supra*, párr. 168.

(33) Cfr. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 97, y *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272, párr. 129.

rias (34), los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingreso a su territorio y salida de él con respecto a personas que no sean nacionales suyas, siempre que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana (35). En efecto, si bien los Estados guardan un ámbito de discrecionalidad al determinar sus políticas migratorias, los objetivos perseguidos por las mismas deben respetar los derechos humanos de las personas migrantes (36). Esto no significa que no se pueda iniciar acción alguna contra las personas migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal, sino que al adoptar las medidas que correspondan, los Estados deben respetar sus derechos humanos y garantizar su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna. Además, los Estados deben respetar las obligaciones internacionales conexas resultantes de los instrumentos internacionales del derecho humanitario y del derecho de los refugiados.

En esta línea, los Estados se han comprometido a “[p]romover el fortalecimiento de los derechos humanos como un componente central de las políticas y prácticas migratorias de los países de origen, de tránsito y de destino, asegurando la protección de los derechos humanos de los migrantes en el marco del ordenamiento jurídico de cada Estado, independientemente de su condición migratoria, y cualquiera que sea su nacionalidad, origen étnico, género o edad” (37). Asimismo, han reiterado su compromiso con las personas que tienen el derecho a la protección internacional de los refugiados en América Latina (38).

Lo anterior comporta la necesidad imperiosa de adoptar un enfoque de derechos humanos con relación a las políticas migratorias (39) y respecto a las necesidades de protección internacional (40), asumiendo la interrelación y convergencia entre estas diferentes ramas del derecho

(34) La política migratoria de un Estado está constituida por todo acto, medida u omisión institucional (leyes, decretos, resoluciones, directrices, actos administrativos, etc.) que versa sobre la entrada, salida o permanencia de población nacional o extranjera dentro de su territorio. *Cfr. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, supra*, párr. 163.

(35) *Cfr. Asuntos Haitianos y Dominicanos de origen Haitiano en la República Dominicana respecto República Dominicana*. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de agosto de 2000, Considerando 4, y *Caso Vélez Loor Vs. Panamá, supra*, párr. 97.

(36) *Cfr. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, supra*, párr. 168, y *Caso Vélez Loor Vs. Panamá, supra*, párr. 97. De igual forma, el Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos de los migrantes, ha sostenido que “[a]unque todos los Estados tienen el derecho soberano de proteger sus fronteras y regular sus políticas de migración, al promulgar y aplicar la legislación nacional en materia de inmigración también deben asegurar el respeto de los derechos humanos de los migrantes”. Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, *Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo*, UN Doc. A/HRC/20/24, 25 de febrero de 2008, párr. 14.

(37) Compromiso de Montevideo sobre Migraciones y Desarrollo de los Jefes de Estado y de Gobierno de la Comunidad Iberoamericana, adoptado en ocasión de la XVI Cumbre Iberoamericana, realizada en Montevideo, Uruguay, los días 4 y 5 de noviembre de 2006, párr. 25.g).

(38) *Cfr. Declaración y Plan de Acción de México para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina*, Ciudad de México, 16 de noviembre de 2004.

(39) *Cfr. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, supra*, párrs. 162 a 171.

(40) *Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Comité Ejecutivo, Conclusión sobre los niños en situación de riesgo*, UN Doc. 107 (LVIII)-2007, publicada el 5 de octubre de 2007, párr. b).x).

internacional. Pero, más aún, por tratarse de niñas y niños debe prevalecer un enfoque encaminado a la protección y garantía de sus derechos en forma integral (41).

Bajo esta óptica, la Corte considera pertinente, primeramente, establecer la metodología de la interpretación que utilizará para responder a la consulta planteada, así como desarrollar las obligaciones generales y los principios rectores que se aplican de forma transversal a todas y cada una de las cuestiones que serán abordadas. En este sentido, la Corte advierte que las diversas preguntas presentadas en la consulta sometida por los Estados solicitantes abarcan una serie de etapas del proceso migratorio, iniciando con la movilización transfronteriza de la niña o del niño y su contacto inicial con las autoridades del Estado receptor hasta la consecución de una solución duradera.

La primera pregunta, que será abordada en el capítulo VII, se refiere al momento posterior al ingreso, que se relaciona con la cuestión de los procedimientos para la identificación de las necesidades de protección internacional, con base en los diversos riesgos para los derechos de las niñas y de los niños y, en su caso, la adopción de medidas de protección especial adecuadas.

Los capítulos VIII a XII se refieren exclusivamente a procesos migratorios relacionados con una situación irregular, en casos en que no se vislumbran situaciones que requieran una protección internacional. En este marco, las preguntas que se abordan tocan temas relacionados con el principio de no detención de niñas y niños por irregularidad migratoria, las medidas prioritarias que no impliquen privación de la libertad, las obligaciones estatales en caso de custodia de niñas y niños, así como las garantías aplicables tanto en los procesos migratorios como en situaciones que afecten la libertad personal.

El capítulo XIII desarrolla la pregunta relativa al principio de no devolución o *non-refoulement*, conceptualizándolo como un principio que permite dotar de eficacia al derecho a buscar y recibir asilo, pero también como un derecho autónomo establecido en la Convención y una obligación derivada de la prohibición de la tortura y otras normas de derechos humanos y, en particular, de la protección de la niñez.

El capítulo XIV especifica los procedimientos para garantizar el derecho de las niñas y niños a buscar y recibir asilo, los cuales solo finalizan hasta lograr una solución duradera, sea la repatriación voluntaria y en condiciones dignas y seguras al país de origen, la integración local en el país de acogida, o el reasentamiento en un tercer país seguro.

Por último, el capítulo XV toca una situación específica que se relaciona con niñas o niños cuyos progenitores se enfrentan a una expulsión o deportación por motivos migratorios, lo que impone fijar el alcance del derecho a la protección de la familia y la no injerencia arbitraria o abusiva en la vida de familia de aquéllos.

Finalmente, resulta conveniente recordar que es inherente a las facultades de esta Corte la de estructurar sus pronunciamientos en la forma que estime más adecuada a los intereses de la justicia y a los efectos de una opinión consultiva. En la presente Opinión Consultiva, la Corte ha resuelto establecer, en primer término, un glosario con el fin de delimitar el alcance conceptual de los términos por utilizar y luego procederá al análisis de los asuntos específicos sometidos a su consideración, para lo cual responderá a las preguntas que le han sido formuladas en el orden planteado por los Estados solicitantes.

(41) Ver, en igual sentido, Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, *Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo*, UN Doc. A/HRC/11/7, 14 de mayo de 2009, párr. 43.

Para efectos de la presente Opinión Consultiva, la Corte utilizará los siguientes términos con el significado señalado:

a) niña o niño	toda persona que no haya cumplido 18 años de edad ¹ , salvo que hubiese alcanzado antes la mayoría de edad por mandato de ley. El término “niña o niño” utilizado en la presente Opinión Consultiva incluye, evidentemente, a los adolescentes.
b) niña o niño no acompañado	niña o niño que está separado de ambos progenitores y otros parientes y no está al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumbe esa responsabilidad ² .
c) niña o niño separado	niña o niño separado de ambos progenitores o de sus tutores legales o habituales, pero no necesariamente de otros parientes. Por tanto, puede encontrarse acompañado por otros miembros adultos de la familia ³ .
d) emigrante	persona que deja un Estado con el propósito de trasladarse a otro y establecerse en él ⁴ .
e) inmigrar	llegar a otro Estado con el propósito de residir en él ⁵ .
f) inmigrante	persona que llega a otro Estado con el propósito de residir en él ⁶ .
g) migrante	término genérico que abarca tanto al emigrante como al inmigrante ⁷ .
h) estatus migratorio	situación jurídica en la que se encuentra un migrante, de conformidad con la normativa interna del Estado de acogida o receptor ⁸ .
i) Estado o país de origen	Estado o país del cual una persona es nacional o, en caso de la persona apátrida, Estado o país de residencia habitual.
j) Estado de acogida o Estado receptor	Estado al cual se moviliza la persona, sea de tránsito o de destino.
k) persona apátrida	aquella persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme su legislación.
l) solicitante de asilo	aquella persona que ha solicitado el reconocimiento del estatuto o condición de refugiado y cuya petición está pendiente de resolución.
m) refugiado(a)	aquella persona que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de su país; o que careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores no quiera regresar a él. El término “refugiado(a)” es aplicable también a aquellas personas que han huido de sus países de origen porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.
n) protección internacional	aquella protección que ofrece un Estado a una persona extranjera debido a que sus derechos humanos se ven amenazados o vulnerados en su país de nacionalidad o de residencia habitual, y en el cual no pudo obtener la protección debida por no ser accesible, disponible y/o efectiva.

¹ Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 42.

² Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, UN Doc. CRC/GC/2005/6, 1 de septiembre de 2005, párr. 7.

³ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párr. 8.

⁴ Cfr. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, *supra*, párr. 69.

⁵ Cfr. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, *supra*, párr. 69.

⁶ Cfr. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, *supra*, párr. 69.

⁷ Cfr. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, *supra*, párr. 69.

⁸ Cfr. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, *supra*, párr. 69.

A continuación, acorde a lo requerido por los Estados solicitantes, la presente Opinión Consultiva determina seguidamente, con la mayor precisión posible y de conformidad a las normas traídas a consulta, las obligaciones estatales respecto de niñas y niños, asociadas a su condición migratoria o a la de sus padres y que deben, en consecuencia, los Estados considerar al diseñar, adoptar, implementar y aplicar sus políticas migratorias.

V

CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN

La facultad de la Corte Interamericana consiste esencialmente en interpretar y aplicar la Convención Americana (42) u otros tratados sobre los cuales tenga competencia (43) para consecuentemente determinar, de acuerdo a la norma internacional, tanto convencional como consuetudinaria, la responsabilidad internacional del Estado de acuerdo al Derecho Internacional (44). La Corte recuerda, como lo ha hecho en otras oportunidades (45), que la labor interpretativa que debe cumplir en ejercicio de su función consultiva difiere de su competencia contenciosa en que no existen “partes” involucradas en el procedimiento consultivo, y no existe tampoco un litigio a resolver. El propósito central de la función consultiva es obtener una interpretación judicial sobre una o varias disposiciones de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos (46).

Para emitir su opinión sobre la interpretación de las disposiciones jurídicas traídas a consulta, la Corte recurrirá a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la cual recoge la regla general de interpretación de los tratados internacionales de naturaleza consuetudinaria (47), que impli-

(42) El artículo 62 de la Convención Americana indica que:

1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.

[...]

3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.

(43) Cfr. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párrs. 45 a 58 y 77.

(44) El artículo 27 (El derecho interno y la observancia de los tratados) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dispone que:

Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

Ver también, Resolución de la Asamblea General de la ONU, *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, UN Doc. A/RES/56/83, publicada el 28 de enero de 2002, artículo 3 (Calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito): “[l]a calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional. Tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno”.

(45) Cfr. *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, *supra*, párrs. 25 y 26, y *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, *supra*, párr. 63.

(46) Cfr. *Restricciones a la Pena de Muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983. Serie A No. 3, párr. 22.

(47) Cfr., entre otros, Corte Internacional de Justicia, *Caso relativo a la soberanía sobre Pulau Ligitan y Pulau Sipadan (Indonesia contra Malasia)*, Sentencia de 17 de diciembre de 2002, párr. 37,

ca la aplicación simultánea de la buena fe, el sentido natural de los términos empleados en el tratado de que se trate, el contexto de éstos y el objeto y fin de aquél. En lo pertinente, esta Convención señala:

Artículo 31. Regla general de interpretación. 1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

[...]

Artículo 32. Medios de interpretación complementarios. Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

- a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o
- b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

En el caso de la Convención Americana, el objeto y fin del tratado es “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos” (48), a propósito de lo cual fue diseñada para proteger los derechos humanos de las personas independientemente de su nacionalidad, frente a su propio Estado o a cualquier otro (49). En este punto es fundamental tener presente la especificidad de los tratados de derechos humanos, los cuales crean un orden legal en el cual los Estados asumen obligaciones hacia los individuos bajo su jurisdicción (50) y cuyas violaciones pueden ser reclamadas por éstos y por la comunidad de Estados Partes de la Convención a través de la acción de la Comisión (51) e incluso ante la Corte (52), todo lo cual tiene como efecto que la interpretación de las normas deba desarrollarse también a partir de un modelo basado en valores que el sistema interamericano pretende resguardar, desde el “mejor ángulo” para la protección de la persona (53).

Es en este sentido que la Convención Americana prevé expresamente determinadas pautas de interpretación en su artículo 29 (54), entre las que alberga el principio *pro persona*, que implican

y Corte Internacional de Justicia, *Avena y otros nacionales mexicanos (México contra los Estados Unidos de América)*, Sentencia de 31 de marzo de 2004, párr. 83.

(48) *El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, *supra*, párr. 29, y *Caso Boyce y otros Vs. Barbados*, *supra*, párr. 15.

(49) *Cfr. El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (arts. 74 y 75), *supra*, párr. 33.

(50) *Cfr. El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, *supra*, párr. 29, y *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 39.

(51) *Cfr.* Artículos 43 y 44 de la Convención Americana.

(52) *Cfr.* Artículo 61 de la Convención Americana.

(53) *Cfr. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*, *supra*, párr. 33.

(54) Artículo 29. Normas de Interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

que ninguna disposición de dicho tratado puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados, o bien de excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Además, la Corte ha reiteradamente señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales (55). Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación dispuestas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (56).

Aunado a lo anterior, es preciso considerar que la presente Opinión Consultiva tiene como foco de atención los derechos y garantías de las niñas y los niños en las diferentes etapas del proceso migratorio. La Corte estableció en su *Opinión Consultiva OC-17/02* que, por niña o niño, debe entenderse “a toda persona que no ha cumplido 18 años de edad, salvo que hubiese alcanzado antes la mayoría de edad por mandato de ley” (57). Las niñas y los niños son titulares de los derechos humanos que corresponden a todos los seres humanos y gozan, además, de derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado (58).

En esta línea, la Corte ha recalcado reiteradamente la existencia de un “muy comprensivo *corpus iuris* de derecho internacional de protección de los derechos de los niños”, que debe ser utilizado como fuente de derecho por el Tribunal para establecer “el contenido y los alcances” de las obligaciones que han asumido los Estados a través del artículo 19 de la Convención Americana (59) respecto a las niñas y niños, en particular al precisar las “medidas de protección” a las que se hace referencia en el mencionado precepto (60). Específicamente, la Corte ya ha resaltado que la Convención sobre los Derechos del Niño (61) es el tratado internacional que posee mayor vocación de universalidad, lo cual

-
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

(55) *Cfr. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 114, y *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 245.

(56) *Cfr. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, supra*, párr. 114, y *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) Vs. Costa Rica, supra*, párr. 245.

(57) *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, supra*, párr. 42.

(58) *Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, supra*, párr. 54, y *Caso Mendoza y otros Vs. Argentina, supra*, párr. 140.

(59) Artículo 19. Derechos del Niño

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

(60) *Cfr. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párrs. 192 a 194, y *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, supra*, párr. 24.

(61) *Convención sobre los Derechos del Niño*, adoptada el 20 de noviembre de 1989, entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990. Los siguientes 34 Estados Miembros de la OEA son parte de este tratado: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

“pone de manifiesto un amplio consenso internacional (*opinio iuris comunis*) favorable a los principios e instituciones acogidos por dicho instrumento, que refleja el desarrollo actual de esta materia” (62), habiendo sido ratificada además por casi todos los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos. En el marco de la presente Opinión Consultiva, la Corte desea subrayar que, aunque no corresponde que emita una interpretación directa de la Convención sobre los Derechos del Niño pues sus disposiciones no han sido objeto de la consulta, indudablemente los principios y derechos allí reconocidos contribuyen en forma decisiva a fijar el alcance de la Convención Americana, cuando el titular de derechos es una niña o un niño. A este respecto, el propio Comité de los Derechos del Niño ha aclarado que “el disfrute de los derechos estipulados en la Convención [sobre los Derechos del Niño] no está limitado a los menores que sean nacionales del Estado Parte, de modo que, salvo estipulación expresa en contrario en la Convención, serán también aplicables a todos los menores -sin excluir a los solicitantes de asilo, los refugiados y los niños migrantes- con independencia de su nacionalidad o apatridia, y situación en términos de inmigración” (63).

En virtud de la materia sometida a consulta, que concierne centralmente a niñas y niños que se encuentran fuera de su país de origen, bajo la jurisdicción de un Estado del cual no son nacional o, en su caso, que no corresponde a su residencia habitual, es que la Corte tendrá en consideración, como fuentes de derecho internacional adicionales, otras convenciones relevantes en que sean parte los Estados americanos a fin de efectuar una interpretación armónica de las obligaciones internacionales en los términos de la disposición citada. En particular, la Corte considerará los tratados aplicables y la jurisprudencia y decisiones al respecto, así como las resoluciones, pronunciamientos y declaraciones referentes al tema adoptados a nivel internacional.

Por consiguiente, al tratarse de un tema en el cual convergen los derechos de niñas y niños con los derechos de las personas en el contexto de las diversas situaciones que rodean la migración, en la presente Opinión Consultiva este Tribunal interpretará y dará contenido a los derechos reconocidos en la Convención, de acuerdo con la evolución del *corpus iuris* internacional existente en relación con los derechos humanos de las niñas y los niños, así como de las personas migrantes y lo relativo a la protección internacional debida por los Estados, en específico el derecho internacional de refugiados, tomando en cuenta que la comunidad internacional ha reconocido la necesidad de adoptar medidas especiales para garantizar la protección de los derechos humanos de estos grupos en situación de vulnerabilidad (64).

En suma, al dar respuesta a la presente consulta, la Corte actúa en su condición de tribunal de derechos humanos, guiada por las normas que gobiernan su competencia consultiva y procede al análisis estrictamente jurídico de las cuestiones planteadas ante ella, conforme al derecho internacional de los derechos humanos teniendo en cuenta las fuentes de derecho internacional relevantes. Al respecto, corresponde precisar que el *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos se compone de una serie de reglas expresamente establecidas en tratados internacionales o recogidas en el derecho internacional consuetudinario como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho, así como de los principios generales de derecho y de un conjunto de normas de carácter general o de *soft law*, que sirven como guía de interpretación de las primeras,

(62) *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, *supra*, párr. 29.

(63) Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párr. 12.

(64) La vulnerabilidad de las personas migrantes se funda primeramente en el hecho de su condición de no nacionales. Esta condición de vulnerabilidad tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones *de jure* (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y *de facto* (desigualdades estructurales). Asimismo, los migrantes indocumentados o en situación irregular son los más expuestos a las violaciones potenciales o reales de sus derechos. *Cfr. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, *supra*, párr. 112; *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, *supra*, párr. 99, y *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, *supra*, párr. 128.

pues dotan de mayor precisión a los contenidos mínimos fijados convencionalmente. Asimismo, la Corte se basará en su propia jurisprudencia ya sentada, tanto en materia de niñez como de derechos de las personas migrantes, solicitantes de asilo y refugiados.

VI

OBLIGACIONES GENERALES Y PRINCIPIOS RECTORES

Sobre este particular y sin perjuicio de que más adelante vuelva a referirse a ellas, la Corte estima de la mayor importancia aludir expresamente, desde ya y a modo introductorio, a tres disposiciones de la Convención Americana que inspiran a todo el desarrollo de esta Opinión Consultiva. Una, es lo dispuesto en el artículo 1.1 de aquella en cuanto establece el deber estatal de respeto y garantía de los derechos humanos respecto de “toda persona que esté sujeta a [la] jurisdicción” del Estado de que se trate, es decir, que se encuentre en su territorio (65) o que de cualquier forma sea sometida a su autoridad, responsabilidad o control, en este caso, al intentar ingresar al mismo, y ello sin discriminación alguna por cualquier motivo de los estipulados en la citada norma (66). El término jurisdicción utilizado por dicha norma está referido, entonces, a toda persona respecto de la que el Estado ejerce sea su competencia territorial (67) sea su competencia personal (68) e incluso, sea su competencia relativa a servicios públicos (69). Empero, en esta Opinión Consultiva se considerará únicamente la situación vinculada a la primera, especialmente en su dimensión fáctica, cual es, el efectivo sometimiento de la persona, en este caso, del menor de edad extranjero, a la jurisdicción de dicho Estado desde el momento que intenta ingresar a su territorio.

La segunda consideración respecto de la señalada disposición convencional es que dicha competencia territorial del Estado se encuentra limitada por el compromiso que éste soberanamente ha contraído (70) de respetar y hacer respetar los derechos humanos de las personas que sujeta a su jurisdicción. Ello importa, entonces, que no reviste relevancia alguna el motivo, causa o razón por la que la persona se encuentre en el territorio del Estado a los efectos de la obligación de éste de respetarle y hacer que se le respeten sus derechos humanos. En particular, no tiene significancia alguna, a este respecto, si el ingreso de la persona al territorio estatal fue acorde o no a lo dispuesto en la legislación estatal. El respectivo Estado debe, en toda circunstancia, respetar tales derechos

(65) Obviamente, el Estado también tiene jurisdicción, ciertamente más limitada, respecto de sus nacionales que se encuentran en el extranjero. Pero, la Corte ha estimado más conveniente excluir dicha jurisdicción, expresada en la competencia personal del Estado, de la presente Opinión Consultiva.

(66) La Corte ya ha resaltado que el principio de la igualdad y no discriminación tiene carácter fundamental y que todos los Estados deben garantizarlo a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio. Sin perjuicio de ello, es permisible que el Estado otorgue un trato distinto a los migrantes documentados en relación con los migrantes indocumentados, o bien entre migrantes y nacionales, siempre que ese trato sea razonable, objetivo y proporcional y no lesione derechos humanos. *Cfr. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, supra*, párr. 119, y *Caso Vélez Loor Vs. Panamá, supra*, párr. 248.

(67) En virtud de ella, el Estado ejerce en forma plena y exclusiva el poder jurídico que le reconoce el Derecho Internacional sobre todo su territorio, esto es, sobre todos los bienes y todas las situaciones, actividades y personas que, por cualquier causa o motivo ingresen, se encuentren o actúen en él, asumiendo en consecuencia las funciones necesarias, sean ejecutivas, legislativas o judiciales, para la organización de la comunidad que ingresa, habita o actúa en el mismo.

(68) En razón de ella, el Estado ejerce su autoridad respecto de sus nacionales que se encuentran en el extranjero, regulando su estatuto personal y ejerciendo a su respecto su protección.

(69) Implica el derecho del Estado a reglamentar la organización, funcionamiento y defensa y seguridad de sus servicios públicos, aún los que se encuentren en el extranjero.

(70) *Cfr.* Artículo 33 de la Convención Americana.

puesto que ellos tienen su fundamento precisamente en los atributos de la persona humana (71), es decir, más allá de la circunstancia de que sea o no su nacional o residente en su territorio o se encuentre transitoriamente o de paso en él o esté allí legalmente o en situación migratoria irregular.

5. Empero, la Corte considera necesario agregar que, si bien el principal obligado en la situación sometida a esta Opinión Consultiva es el Estado que recibe a la niña o al niño extranjero, ello no implica que el Estado de origen de dicho menor de edad no tenga obligación alguna referida a la señalada situación, derivada, por cierto, de su competencia personal. Como se alude más adelante (*infra* párrs. 126 a 128 y 202 a 203), la institución de la asistencia consular se inserta en ese marco. Sin embargo, en la presente Opinión Consultiva, la Corte ha considerado adecuado no incursionar mayormente en las obligaciones del Estado de origen de la niña o del niño migrante vinculadas, a su respecto, al ejercicio de su competencia personal o a su competencia relativa a servicios públicos, sino limitarse a lo que se le ha requerido, cual es, a las obligaciones del Estado receptor, sea de tránsito o de destino, en relación con las niñas o niños migrantes respecto de los que ejerce su competencia territorial o que se encuentran de otro modo bajo su jurisdicción.

6. Aunque la Corte no va a ahondar en las obligaciones del Estado de origen, es pertinente recordar que éstos deben observar las obligaciones generales referentes a la materia y, en particular, su deber de prevención, lo cual requiere generar y asegurar las condiciones para que sus nacionales no se vean forzados a migrar, así como subsanar las causas generadoras de los flujos migratorios.

La segunda norma convencional que merece ser invocada a modo introductorio, es el artículo 2 de la Convención. Al efecto, la Corte ya se ha referido a la obligación general de los Estados de adecuar su normativa interna a las normas de la Convención Americana, recogida en dicho artículo, que prescribe que cada Estado Parte debe adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma para garantizar los derechos en ella reconocidos, lo cual implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio de *effet utile*) (72). Este deber implica, por un lado, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención y, por el otro, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías (73). La obligación estatal de adecuar la legislación interna a las disposiciones convencionales no se limita al texto constitucional o legislativo, sino que debe irradiar a todas las disposiciones jurídicas de carácter reglamentario y traducirse en la efectiva aplicación práctica de los estándares de protección de los derechos humanos de las personas migrantes (74).

La tercera disposición que, en términos generales, inspira a esta Opinión Consultiva es el artículo 19 de la Convención, que al igual que el artículo VII de la Declaración (75), se refiere a la obligación de adoptar medidas de protección a favor de toda niña o niño en virtud de su con-

(71) *Cfr.* Segundo párrafo del Preámbulo de la Convención Americana que expresa: “Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”.

(72) *Cfr. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 87, y *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 179.

(73) *Cfr. Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 207, y *Caso Mendoza y otros Vs. Argentina, supra*, párr. 293.

(74) *Cfr. Caso Vélez Loor Vs. Panamá, supra*, párr. 286.

(75) Artículo VII. Derecho de protección a la maternidad y a la infancia.

Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales.

dición de tal, la cual irradia sus efectos en la interpretación de todos los demás derechos cuando el caso se refiera a menores de edad. El Tribunal entiende que la debida protección de los derechos de las niñas y niños, en su calidad de sujetos de derechos, debe tomar en consideración sus características propias y la necesidad de propiciar su desarrollo, ofreciéndoles las condiciones necesarias para que vivan y desarrollen sus aptitudes con pleno aprovechamiento de sus potencialidades (76). Sobre el particular, es procedente por de pronto resaltar que dichas normas son de las pocas que se contemplan sobre la base o en consideración de la condición particular o peculiar del beneficiario (77). En este sentido, las niñas y niños ejercen por sí mismos sus derechos de manera progresiva, a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal (78). Por tal motivo, entonces, dispone que las pertinentes medidas de protección a favor de las niñas o niños sean especiales o más específicas que las que se decretan para el resto de las personas, es decir, los adultos. Téngase presente a este respecto, que la Corte ha señalado que las niñas y niños gozan de los mismos derechos que los adultos y, además, poseen derechos adicionales y que, por tanto, el artículo 19 “debe entenderse como un derecho adicional, complementario, que el tratado establece para seres que por su desarrollo físico y emocional necesitan de protección especial” (79). En tal orden de ideas, la Convención y la Declaración consagran un trato preferente a las niñas o niños en razón precisamente de su peculiar vulnerabilidad y, de esa forma, procuran proporcionarles el instrumento adecuado para que se logre la efectiva igualdad ante la ley de que gozan los adultos por su condición de tales.

Pero, además, la indicada norma es también prácticamente la única que, en la Convención, consagra una obligación no solo para el Estado (80), sino también para la sociedad y la familia. Obviamente, es en cuanto a estas últimas que el Estado tiene el deber de hacer que ellas adopten las medidas de protección que toda niña y niño requiera de su parte. En este sentido, el derecho de las niñas o niños a que se adopten las citadas medidas de protección es contemplado en términos más amplios que los otros derechos reconocidos en la Convención, puesto que en este caso no se trata únicamente que el Estado, adoptando las medidas pertinentes, respete un derecho humano o que lo haga respetar en su territorio y por todas las personas sujetas a su jurisdicción, sino que también las correspondientes familia y sociedad, por su parte, las adopten. Así, las medidas de protección que la niña o el niño requiera por su condición de tal y sean adoptadas por el Estado, pueden ser, por sí solas, insuficientes y deban, en consecuencia, ser complementarias a las que deban adoptar la sociedad y la familia. En esa perspectiva, el estatuto de la niña o del niño no se limita al ámbito de su relación con el Estado sino que se extiende a la que tenga o deba tener con su familia y la sociedad toda, relaciones estas últimas que el Estado debe, por su parte, posibilitar y garantizar y, en el caso de la niña o niño migrante, asegurarse de que los adultos no lo utilicen para sus propios fines migratorios y que, si ello, pese a todo, aconteciere, en definitiva no resulte perjudicado.

(76) Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, supra, párr. 56, y *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, supra, párr. 218.

(77) Otras normas son los artículos 4.5 (prohibición de pena de muerte a niños, personas mayores de 60 años y mujeres en estado de gravidez); 5.5 (menores procesados); 12.4 (derecho de padres y tutores respecto de educación de hijos o pupilos); 17 (protección a la familia), y 23 (derechos políticos).

(78) Cfr. *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*, supra, párr. 203, y *Caso Mendoza y otros Vs. Argentina*, supra, párr. 143. Ver también, Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 7: Realización de los derechos del niño en la primera infancia*, UN Doc. CRC/GC/7/Rev. 1, 20 de septiembre de 2006, párr. 17.

(79) *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 147, y *Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C No. 250, párr. 142.

(80) La otra es el artículo 17.1 (protección a la familia por parte de la sociedad y del Estado).

Por todo lo expuesto, la Corte es de la opinión que, al diseñar, adoptar e implementar sus políticas migratorias relativas a personas menores de 18 años de edad, los Estados deben priorizar el enfoque de los derechos humanos desde una perspectiva que tenga en cuenta en forma transversal los derechos de niñas y niños y, en particular, su protección y desarrollo integral, los cuales deben primar por sobre cualquier consideración de la nacionalidad o el estatus migratorio, a fin de asegurar la plena vigencia de sus derechos (81), en los términos de los artículos 1.1, 2 y 19 de la Convención Americana y VII de la Declaración Americana.

Cuando se trata de la protección de los derechos de niñas y niños y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, los siguientes cuatro principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño deben inspirar de forma transversal e implementarse en todo sistema de protección integral (82): el principio de no discriminación (83), el principio del interés superior de la niña o del niño (84), el principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo (85), y el principio de respeto a la opinión de la niña o del niño en todo procedimiento que lo afecte, de modo que se garantice su participación (86). Al interpretar las disposiciones traídas

(81) *Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, supra*, párr. 91. Ver también, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Comité Ejecutivo, *Conclusión sobre los niños en situación de riesgo*, UN Doc. 107 (LVIII)-2007, publicada el 5 de octubre de 2007.

(82) *Cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 5: Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4, 42 y párrafo 6 del artículo 44)*, UN Doc. CRC/GC/2003/5, 27 de noviembre de 2003, párr. 12.

(83) El artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño prevé la obligación de los Estados de respetar los derechos enunciados en dicho instrumento y de asegurar su aplicación a cada niña y niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, lo cual “exige que los Estados identifiquen activamente a los niños y grupos de niños cuando el reconocimiento y la efectividad de sus derechos pueda exigir la adopción de medidas especiales”. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 5: Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4, 42 y párrafo 6 del artículo 44)*, *supra*, párr. 12. Ver también, Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, supra*, párr. 1.

(84) El párrafo 1 del artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño obliga a que el interés superior de la niña o del niño sea una consideración primordial en todas las medidas que les conciernen. *Cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 5: Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4, 42 y párrafo 6 del artículo 44)*, *supra*, párr. 12, y Comité de los Derechos del Niño, *Observación general N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, UN Doc. CRC/C/CG/14, 29 de mayo de 2013.

(85) El artículo 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce el derecho intrínseco de la niña y del niño a la vida y la obligación de los Estados Partes de garantizar en la máxima medida posible su supervivencia y desarrollo en su sentido más amplio, como concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social de la niña y del niño. *Cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 5: Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4, 42 y párrafo 6 del artículo 44)*, *supra*, párr. 12.

(86) El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece el derecho del niño a expresar su opinión libremente en “todos los asuntos que afectan al niño” y a que se tengan debidamente en cuenta esas opiniones, teniendo en cuenta su edad y grado de madurez. *Cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 5: Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4, 42 y párrafo 6 del artículo 44)*, *supra*, párr. 12, y Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 12: El derecho del niño a ser escuchado*, UN Doc. CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009.

a consulta, la Corte también dará aplicación concreta a estos principios rectores en lo que resulte pertinente para responder cada pregunta e identificar las medidas especiales que son requeridas para dotar de efectividad a los derechos de niñas y niños.

Por de pronto, es necesario recordar que el principio de interés superior implica, como criterio rector, tanto su consideración primordial en el diseño de las políticas públicas y en la elaboración de normativa concerniente a la infancia, como su aplicación en todos los órdenes relativos a la vida de la niña o del niño (87). En el contexto de la migración, cualquier política migratoria respetuosa de los derechos humanos, así como toda decisión administrativa o judicial relativa tanto a la entrada, permanencia o expulsión de una niña o de un niño, como a la detención, expulsión o deportación de sus progenitores asociada a su propia situación migratoria, debe evaluar, determinar, considerar y proteger de forma primordial el interés superior de la niña o del niño afectado. En estrecha conexión con lo anterior, destaca la obligación de respetar plenamente el derecho de la niña o del niño a ser oído sobre todos los aspectos relativos a los procedimientos de migración y asilo y que sus opiniones sean debidamente tenidas en cuenta (88).

Ahora bien, la Corte considera que es preciso evaluar no sólo el requerimiento de medidas especiales en los términos expuestos anteriormente, sino también ponderar factores personales, como por ejemplo el hecho de pertenecer a un grupo étnico minoritario, ser una persona con discapacidad o vivir con el VIH/SIDA, así como las características particulares de la situación en la que se halla la niña o el niño, tales como ser víctima de trata, encontrarse separado o no acompañado (89), para determinar la necesidad de medidas positivas adicionales y específicas. Por consiguiente, en aplicación del principio del efecto útil y de las necesidades de protección en casos de personas y grupos en situación de vulnerabilidad (90), la Corte también pondrá especial énfasis en aquellas condiciones y circunstancias en que las niñas y los niños en el contexto de la migración pueden encontrarse en una situación de vulnerabilidad adicional que conlleve un riesgo agravado de vulneración de sus derechos, a fin de que los Estados adopten medidas para prevenir y revertir este tipo de situaciones en forma prioritaria, así como para asegurar que todas las niñas y los niños, sin excepciones, puedan gozar y ejercer plenamente sus derechos en condiciones de igualdad.

VII

PROCEDIMIENTOS PARA IDENTIFICAR NECESIDADES DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑAS Y NIÑOS MIGRANTES Y, EN SU CASO, ADOPTAR MEDIDAS DE PROTECCIÓN ESPECIAL

La Corte Interamericana ha sido consultada sobre los procedimientos que deberían adoptarse a fin de identificar los diferentes riesgos para los derechos de niñas y niños migrantes, determi-

(87) Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, *supra*, punto decisivo segundo.

(88) Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 12: El derecho del niño a ser escuchado*, *supra*, párr. 123.

(89) Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación general N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, *supra*, párr. 75. Ver también, Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, *Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo*, UN Doc. A/HRC/11/7, 14 de mayo de 2009, párr. 23.

(90) Cfr. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 189, y *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 250.

nar las necesidades de protección internacional y adoptar, en su caso, las medidas de protección especial que se requieran, a la luz de los artículos 1 (91), 2 (92), 5 (93), 7 (94), 8 (95), 19 (96),

(91) Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

(92) Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

(93) Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.
2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.
3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.
4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.
5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.
6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

(94) Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.
6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.
7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

(95) Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.
2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

22.7 (97) y 25 (98) de la Convención Americana y de los artículos I (99), XXV (100) y XXVII (101) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

- a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
 - b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;
 - c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
 - d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
 - e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
 - f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
 - g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
 - h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.
3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.
 4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.
 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

(96) Artículo 19. Derechos del Niño

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

(97) Artículo 22. Derecho de Circulación y de Residencia

[...]

7. Toda persona tiene el derecho a buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales. [...]

(98) Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
2. Los Estados Partes se comprometen:
 - a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
 - b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
 - c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

(99) Artículo I. Derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona

Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

(100) Artículo XXV. Derecho de protección contra la detención arbitraria

Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes.

Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil.

Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad.

(101) Artículo XXVII. Derecho de asilo

Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales.

La Corte ha reconocido previamente (102) que, tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 22.7 como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su artículo XXVII, han cristalizado el derecho subjetivo de todas las personas, incluidas las niñas y los niños, a buscar y recibir asilo superando el entendimiento histórico de esta institución como una “mera prerrogativa estatal” bajo las diversas convenciones interamericanas sobre asilo (103).

En esta línea, es pertinente recordar que el propio texto de los artículos 22.7 de la Convención y XXVII de la Declaración prescribe dos criterios para la determinación de las personas titulares del derecho, por un lado, “la legislación de cada país”, esto es, del país en el que se procura el asilo; y por el otro, “los convenios internacionales” (104). Es decir, es a través de los convenios internacionales o de la legislación interna que se regula los supuestos en los cuales la persona puede ejercer el derecho a buscar y recibir asilo y acceder a la protección internacional (105). Es, entonces que debe tenerse presente que, si bien la noción de asilo se encontraba inicialmente anclada en la llamada *tradicón latinoamericana del asilo*, que comprendía el asilo diplomático y territorial así como la no extradición por motivos o delitos políticos (106), lo cierto es que a partir de la adopción de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados (107) (en adelante “Convención de 1951”) y su Protocolo de 1967 (108), la institución del asilo asumió una específica forma y modalidad a nivel universal: la del estatuto del refugiado.

Conforme la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967, los elementos de inclusión para el reconocimiento de la condición de refugiado son: a) estar fuera del país de origen, esto es el país de nacionalidad o, en caso de las personas apátridas, de residencia habitual; b) tener un temor fundado; c) de persecución o amenaza de la misma; d) que el motivo de ésta haya sido la raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, y e) que no se pueda o, a causa de temores, no se quiera acoger a la protección interna del país de origen. La definición de refugiado es integral, lo cual significa que se debe cumplir con todos y cada uno de los elementos mencionados para obtener el reconocimiento.

(102) Cfr. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, *supra*, párrs. 137 a 140.

(103) Cfr. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, *supra*, párr. 137.

(104) Cfr. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, *supra*, párrs. 137 y 140.

(105) Evidentemente, y en consonancia con el artículo 29.a) y b) de la Convención Americana, las legislaciones internas pueden ampliar el ámbito de protección mas nunca restringirlo más allá de los mínimos fijados por el derecho internacional.

(106) El derecho al asilo fue específicamente codificado por medio de tratados de carácter regional, iniciando con el *Tratado sobre Derecho Penal Internacional de Montevideo* en 1889 hasta llegar a la adopción de la *Convención sobre Asilo Territorial* y de la *Convención sobre Asilo Diplomático*, ambas en 1954.

(107) *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados*, adoptada el 28 de julio de 1951, entrada en vigor el 22 de abril de 1954. Los siguientes 28 Estados Miembros de la OEA son parte de este tratado: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Saint Kitts y Nevis, San Vicente y las Granadinas, Suriname, Trinidad y Tobago, y Uruguay.

(108) *Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados*, adoptado el 31 de enero de 1967, entrado en vigor el 4 de octubre de 1967. Los siguientes 29 Estados Miembros de la OEA son parte de este protocolo: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos de América, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, San Vicente y las Granadinas, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

Además, con la adopción hace 30 años, esto es en 1984, de la Declaración de Cartagena (109), la cual, si bien no es un acuerdo entre Estados, ha sido respaldada por la OEA desde 1985 (110) al recomendar a sus Estados Miembros que apliquen su contenido en el tratamiento de los refugiados que se encuentren en su territorio, se ha ampliado la definición de refugiado en los siguientes términos:

Tercera. Reiterar que, en vista de la experiencia recogida con motivo de la afluencia masiva de refugiados en el área centroamericana, se hace necesario encarar la extensión del concepto de refugiado, teniendo en cuenta, en lo pertinente, y dentro de las características de la situación existente en la región, el precedente de la Convención de la OUA (artículo 1, párrafo 2) y la doctrina utilizada en los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. De este modo, la definición o concepto de refugiado recomendable para su utilización en la región es aquella que además de contener los elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, considere también como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.

En concordancia, diversos Estados Miembros de la OEA han incorporado en su normativa interna lo prescrito en los instrumentos internacionales en materia de refugiados, inclusive con sustento en lineamientos establecidos por ACNUR (111), y adoptado la definición ampliada de

(109) *Declaración de Cartagena sobre Refugiados*, adoptada por el “Coloquio sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios”, celebrado en Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984, el cual fue auspiciado por el Gobierno de Colombia y copatrocinado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Cartagena de Indias, el Centro Regional de Estudios del Tercer Mundo y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.

(110) Cfr. Asamblea General de la OEA, *Situación jurídica de los asilados, refugiados y personas desplazadas en el continente americano*, Resolución AG/RES. 774(XV-O/85), aprobada en la tercera sesión plenaria, celebrada el 9 de diciembre de 1985, punto resolutivo tercero.

(111) De este modo, la normatividad interna de Argentina, Belice, Brasil, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela refleja un creciente consenso en la región en cuanto a que la protección de las personas refugiadas y solicitantes de ese estatuto a nivel interno sea regulada de conformidad con las disposiciones del Derecho Internacional sobre Refugiados, de modo que deba realizarse a través de autoridades competentes y previamente establecidas, mediante procedimientos específicos y que respeten garantías del debido proceso. Cfr. *Ley No. 26165. Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado*, promulgada el 28 de noviembre de 2006, artículos 1 a 3 y 36 (Argentina); *Refugees Act. August, 16th, 1991*, artículo 5 (Belice); *Ley N° 251 de protección a personas refugiadas*, de 20 de junio de 2012, artículo 1 (Bolivia); *Ley No. 9.474*, de 22 de julio de 1997, artículos 5 y 9 (Brasil); *Ley No. 20430 - Establece disposiciones sobre protección de refugiados*, promulgada el 8 abril de 2010, artículos 10, 19, 20, 25 y 30 (Chile); *Decreto No. 2840, por el cual se establece el Procedimiento para el Reconocimiento de la Condición de Refugiado, se dictan normas sobre la Comisión Asesora para la Determinación de la Condición de Refugiado y otras disposiciones*, de 6 de diciembre de 2013, artículo 13 (Colombia); *Ley General de Migración y Extranjería N° 8764*, de 1° de septiembre de 2009, artículos 1 y 41 (Costa Rica); *Decreto No. 1.182 - Reglamento para la aplicación del derecho de refugio*, de 30 de mayo de 2012, artículos 1 y 36 (Ecuador); *Decreto Ley No. 918 - Ley para la determinación de la condición de personas refugiadas*, publicada el 14 de agosto de 2002, artículos 2 y 15 (El Salvador); *Acuerdo Gubernativo No. 383-2001, Reglamento para la protección y determinación del estatuto de refugiado en el territorio del Estado de Guatemala*, de 14 de septiembre de 2001, artículo 28 (Guatemala); *Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria*, de

refugiado (112) para abarcar, además de los elementos de la Convención de 1951 y del Protocolo de 1967, “a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público” (113).

En suma, a través de una interpretación armónica de la normativa interna e internacional que informa de forma convergente y complementaria el contenido del derecho previsto en los artículos 22.7 de la Convención y XXVII de la Declaración y tomando en cuenta las pautas específicas de interpretación contenidas en el artículo 29 de la Convención Americana (*supra* párr. 54), la Corte es de la opinión que el derecho a buscar y recibir asilo en el marco del sistema interamericano se encuentra configurado como un derecho humano individual a buscar y recibir protección internacional en territorio extranjero, incluyendo con esta expresión el estatuto de refugiado según los instrumentos pertinentes de las Naciones Unidas o las correspondientes leyes nacionales, y el asilo conforme a las diversas convenciones interamericanas sobre la materia.

Adicionalmente, la Corte nota que los desarrollos producidos en el derecho de refugiados en las últimas décadas han generado prácticas estatales, consistentes en otorgar protección internacional como refugiados a las personas que huyen de su país de origen debido a la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos

27 de enero de 2011, artículo 5 y *Reglamento de la ley sobre refugiados y protección complementaria*, de 21 de febrero de 2012, artículo 27 (México); *Ley No. 655 de Protección a Refugiados*, de 26 de junio de 2008, artículo 24 (Nicaragua); *Decreto Ejecutivo No. 23*, de 10 de febrero de 1998, artículos 3 y 31 (Panamá); *Ley No. 1938 General sobre Refugiados*, de 9 de julio de 2002, artículo 14 (Paraguay); *Ley No. 27891 - Ley del Refugiado*, publicada el 22 de diciembre de 2002, artículos 1 y 2 (Perú); *Decreto No. 2330 - Reglamento de la Comisión Nacional para los Refugiados*, de 10 de septiembre de 1984, artículo 7 (República Dominicana); *Ley No. 18076 - Derecho al refugio y a los refugiados*, publicada el 5 de enero de 2007, artículo 31 (Uruguay), y *Decreto No. 2.491 - Reglamento de la Ley Orgánica sobre refugiados o refugiadas, asilados o asiladas*, de 4 de julio de 2003, artículo 10 (Venezuela).

(112) Este es el caso de Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú y Uruguay. *Cfr. Ley No. 26165. Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado*, promulgada el 28 de noviembre de 2006, artículo 4 (Argentina); *Refugees Act. August, 16th, 1991*, sección 4(i)(c) (Belice); *Ley No. 251 de protección a personas refugiadas*, de 20 de junio de 2012, artículo 15 (Bolivia); *Ley No. 9.474*, de 22 de julio de 1997, artículo 1.III (Brasil); *Ley No. 20430 - Establece disposiciones sobre protección de refugiados*, promulgada el 8 abril de 2010, artículo 2.2 (Chile); *Decreto No. 2840, por el cual se establece el Procedimiento para el Reconocimiento de la Condición de Refugiado, se dictan normas sobre la Comisión Asesora para la Determinación de la Condición de Refugiado y otras disposiciones*, de 6 de diciembre de 2013, artículo 1.b) (Colombia); *Decreto Ley No. 918 - Ley para la determinación de la condición de personas refugiadas*, publicada el 14 de agosto de 2002, artículo 4.c) (El Salvador); *Acuerdo Gubernativo No. 383-2001, Reglamento para la protección y determinación del estatuto de refugiado en el territorio del Estado de Guatemala*, de 14 de septiembre de 2001, artículo 11.c) (Guatemala); *Decreto No. 208 - Ley de Migración y Extranjería*, publicado el 3 de marzo de 2004, artículo 42.3 (Honduras); *Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria*, de 27 de enero de 2011, artículo 13.II y 13.III (México); *Ley No. 655 de Protección a Refugiados*, de 26 de junio de 2008, artículo 1.c) (Nicaragua); *Ley No. 1938 General sobre Refugiados*, de 9 de julio de 2002, artículo 1.b) (Paraguay); *Ley No. 27891 - Ley del Refugiado*, publicada el 22 de diciembre de 2002, artículo 3.b) (Perú), y *Ley No. 18076 - Derecho al refugio y a los refugiados*, publicada el 5 de enero de 2007, artículo 2.b) (Uruguay).

(113) *Declaración de Cartagena sobre Refugiados*, adoptada por el “Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios”, celebrado en Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984, sección III, tercera conclusión.

humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público. Atendiendo al desarrollo progresivo del derecho internacional, la Corte considera que las obligaciones derivadas del derecho a buscar y recibir asilo resultan operativas respecto de aquellas personas que reúnan los componentes de la definición ampliada de la Declaración de Cartagena, la cual responde no sólo a las dinámicas de desplazamiento forzado que la originaron, sino que también satisface los desafíos de protección que derivan de otros patrones de desplazamiento que suceden en la actualidad. Este criterio refleja una tendencia a consolidar en la región una definición más incluyente que debe ser tomada en cuenta por los Estados a fin de otorgar la protección como refugiado a personas cuya necesidad de protección internacional es evidente.

Ahora bien, es necesario reconocer que los elementos de la definición de refugiado fueron tradicionalmente interpretados a partir de las experiencias de personas adultas o mayores de 18 años (114). Por ende, dado que las niñas y los niños son titulares del derecho a solicitar y recibir asilo (115) y pueden, consecuentemente, presentar solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiados en calidad propia, se encuentren acompañados o no, debe darse a los elementos de la definición una interpretación que tenga en cuenta las formas particulares en que puede manifestarse la persecución de niñas y niños, tales como el reclutamiento, la trata y la mutilación genital femenina (116), así como el modo en que éstos pueden experimentar estas situaciones (117). En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha resaltado la necesidad de que la definición de refugiado se interprete también a la luz de la edad y del género (118). Por otra parte, junto con las referidas causas tradicionales de refugio, resulta pertinente alertar sobre los nuevos factores que llevan a las personas y, en particular a las niñas y niños, a desplazarse forzosamente de sus países de origen, entre los cuales destaca el crimen organizado transnacional y la violencia asociada a la actuación de grupos no estatales.

(114) Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices de protección internacional. Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, publicadas el 22 de diciembre de 2009, UN Doc. HCR/GIP/09/08, párr. 1.

(115) Según ACNUR, incluso a una corta edad el niño puede ser considerado el solicitante de asilo principal. Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices de protección internacional. Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, publicadas el 22 de diciembre de 2009, UN Doc. HCR/GIP/09/08, párr. 8.

(116) Según ACNUR, “[o]tros ejemplos incluyen, pero no están limitados a, violencia doméstica o familiar, matrimonio forzado o de menores de edad, trabajo infantil obligatorio o peligroso, trabajo forzado, prostitución forzada y pornografía infantil. Tales formas de persecución también abarcan violaciones a la sobrevivencia y derechos de desarrollo así como discriminación grave a los niños nacidos fuera de las reglas estrictas de la planificación familiar y niños apátridas como resultado de la pérdida de nacionalidad y derechos concomitantes”. Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices de protección internacional. Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, publicadas el 22 de diciembre de 2009, UN Doc. HCR/GIP/09/08, párr. 18. Ver también, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Comité Ejecutivo, *Conclusión sobre los niños en situación de riesgo*, UN Doc. 107 (LVIII)-2007, publicada el 5 de octubre de 2007, párr. g.viii).

(117) Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices de protección internacional. Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, publicadas el 22 de diciembre de 2009, UN Doc. HCR/GIP/09/08, párrs. 2 a 5.

(118) Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párr. 59.

Este derecho a buscar y recibir asilo comporta, en los términos de los artículos 1.1 (119) y 2 (120) de la Convención Americana, determinados deberes específicos por parte del Estado receptor, los cuales incluyen: (i) permitir que la niña o el niño pueda peticionar el asilo o el estatuto de refugiado, razón por la cual no pueden ser rechazados en la frontera sin un análisis adecuado e individualizado de sus peticiones con las debidas garantías mediante el procedimiento respectivo; (ii) no devolver a la niña o al niño a un país en el cual puede sufrir riesgo de ser afectada su vida, libertad, seguridad o integridad, o a un tercer país desde el cual pueda ulteriormente ser devuelto al Estado donde sufre dicho riesgo; y (iii) otorgar la protección internacional cuando la niña o el niño califique para ello y beneficiar con ese reconocimiento a otros miembros de la familia, en atención al principio de unidad familiar (121). Todo lo anterior conlleva, tal como ha resaltado previamente este Tribunal, el correspondiente derecho de los solicitantes de asilo a que se asegure una correcta evaluación por las autoridades nacionales de las solicitudes y del riesgo que pueda sufrir en caso de devolución al país de origen (122).

Por consiguiente, a raíz del abanico de situaciones que pueden llevar a que una niña o un niño se desplace de su país de origen (*supra* párr. 35), resulta relevante diferenciar entre aquellos que migran en búsqueda de oportunidades para mejorar su nivel de vida, de quienes requieren de algún tipo de protección internacional, incluyendo pero no limitada a la protección de refugiados y solicitantes de asilo (*supra* párr. 37). Es por ello que, para cumplir con los compromisos internacionales, los Estados se encuentran obligados a identificar a las niñas y niños extranjeros que requieren de protección internacional dentro de sus jurisdicciones, ya sea como refugiado o de algún otro tipo, a través de una evaluación inicial con garantías de seguridad y privacidad, con el fin de proporcionarles el tratamiento adecuado e individualizado que sea necesario mediante la adopción de medidas de protección especial. La Corte considera que el establecimiento de procedimientos de identificación de necesidades de protección es una obligación positiva de los Estados y el no instituirlos constituiría una falta de debida diligencia (123).

(119) A la luz del artículo 1.1 de la Convención Americana, los Estados parte tienen la obligación de respetar y garantizar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna. Esto es, son exigibles por todas las niñas y niños, sean solicitantes de asilo, refugiados o migrantes, independientemente de su nacionalidad o condición de apátrida, de su situación de niña o niño no acompañado o separado de la familia, y de su estatus migratorio o el de su familia. *Cfr.* Comité de los Derechos del Niño, *Observación General Nº 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párrs. 12 y 18.

(120) Por su parte, el artículo 2 de la Convención impone a los Estados parte la obligación general de adecuar su derecho interno a las normas de la propia Convención, para garantizar así los derechos reconocidos en ésta. Las disposiciones de derecho interno que sirvan a este fin han de ser efectivas (principio del *effet utile*), lo que significa que el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido. *Cfr.* *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*, *supra*, párr. 87, y *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá*, *supra*, párr. 179.

(121) *Cfr.* *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, *supra*, párr. 225. Véase, en general, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Normas procedimentales para la determinación de la condición de refugiado bajo el mandato del ACNUR, estatuto derivado de refugiado*. Ver también, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices de protección internacional. Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, publicadas el 22 de diciembre de 2009, UN Doc. HCR/GIP/09/08, párrs. 8 y 9.

(122) *Cfr.* *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, *supra*, párr. 139, citando TEDH, *Caso Jabari Vs. Turquía*, No. 40035/98. Sentencia de 11 de julio de 2000, párrs. 48 a 50.

(123) En el caso *Velásquez Rodríguez* la Corte estableció que la omisión estatal que lleve a violación de derechos humanos puede acarrear su responsabilidad internacional. *Cfr.* *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo*, *supra*, párrs. 164 a 177.

La Corte considera que, en virtud de las normas internacionales invocadas, incluyendo en especial los artículos 19 de la Convención y VII de la Declaración, las autoridades fronterizas no deben impedir el ingreso de niñas y niños extranjeros al territorio nacional, aún cuando se encuentren solos, no deben exigirles documentación que no pueden tener y deben proceder a dirigirlos de inmediato a personal que pueda evaluar sus necesidades de protección, desde un enfoque en el cual prevalezca su condición de niñas y niños. En esta línea, resulta indispensable que los Estados permitan el acceso de la niña o niño al territorio como condición previa para llevar a cabo el procedimiento de evaluación inicial (124). Asimismo, la Corte es de la opinión que la creación de una base de datos con el registro de las niñas y los niños que ingresen al país es necesaria para una protección adecuada de sus derechos (125).

La Corte considera que el procedimiento de evaluación inicial debería contar con mecanismos efectivos, cuyo objetivo sea obtener información tras la llegada de la niña o niño al lugar, puesto o puerto de entrada o tan pronto como las autoridades tomen conocimiento de su presencia en el país, para determinar su identidad, y de ser posible, la de sus padres y hermanos, a fin de transmitirla a las entidades estatales encargadas de evaluar y brindar las medidas de protección, de conformidad con el principio del interés superior de la niña o del niño. En esta línea, el Comité de los Derechos del Niño ha especificado que “[l]a determinación del interés superior del niño exige una evaluación clara y a fondo de la identidad de éste y, en particular, de su nacionalidad, crianza, antecedentes étnicos, culturales y lingüísticos, así como las vulnerabilidades y necesidades especiales de protección” (126). La obtención de dicha información se debe realizar mediante un procedimiento que tome en cuenta la diferenciación de niñas y niños con adultos y el tratamiento sea acorde a la situación (127).

Este procedimiento de evaluación inicial debe efectuarse en un ambiente amigable y que otorgue garantías de seguridad y privacidad, así como encontrarse a cargo de profesionales competentes formados en técnicas de entrevistas que tengan en cuenta la edad y el género (128). Además, los Estados deben tomar en cuenta las garantías procedimentales mínimas acordes a los principios de interés superior de la niña o del niño y su protección integral, los cuales incluyen, pero no están limitadas a las siguientes: que la entrevista se realice en un idioma que la niña o el niño pueda comprender (129); que sea centrado en las niñas y niños, sensible al género, y asegure su participación (130); que el análisis tome en cuenta la seguridad y la posible reunificación familiar (131); que reconozca

(124) Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párr. 20.

(125) El Comité Ejecutivo del ACNUR también ha reconocido que “el registro individual, minucioso y pronto de los niños puede ser útil para los Estados, el ACNUR y otros organismos y asociadas competentes en la tarea de identificar niños expuestos a mayor riesgo”. Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Comité Ejecutivo, *Conclusión sobre los niños en situación de riesgo*, UN Doc. 107 (LVIII)-2007, publicada el 5 de octubre de 2007, párr. e).

(126) Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párr. 20.

(127) Cfr. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, *supra*, párr. 96.

(128) Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párr. 20.

(129) Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párr. 31, ii).

(130) Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño*, mayo, 2008, pág. 58.

(131) Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño*, mayo, 2008, págs. 31 y 32.

la cultura de la niña o niño (132) y considere su rechazo a pronunciarse en presencia de adultos o familiares (133); que provea de un intérprete en caso de ser necesario (134); que cuente con personal altamente calificado para tratar con niñas y niños y facilidades adecuadas (135); que provea asesoría legal en caso de ser requerida (136); que brinde información clara y entendible sobre los derechos y obligaciones que tiene la niña o el niño y sobre la continuación del procedimiento (137).

Al ser una etapa inicial de identificación y evaluación, la Corte considera que el mecanismo procedimental que los Estados adopten, aparte de ofrecer ciertas garantías mínimas, debe tener como meta, acorde a la práctica generalmente seguida, los siguientes objetivos prioritarios básicos: (i) tratamiento acorde a su condición de niña o niño y, en caso de duda sobre la edad, evaluación y determinación de la misma; (ii) determinación de si se trata de una niña o un niño no acompañado o separado; (iii) determinación de la nacionalidad de la niña o del niño o, en su caso, de su condición de apátrida; (iv) obtención de información sobre los motivos de su salida del país de origen, de su separación familiar si es el caso, de sus vulnerabilidades y cualquier otro elemento que evidencie o niegue su necesidad de algún tipo de protección internacional; y (v) adopción, en caso de ser necesario y pertinente de acuerdo con el interés superior de la niña o del niño, de medidas de protección especial. Estos datos deberían recabarse en la entrevista inicial y registrarse adecuadamente, de modo tal que se asegure la confidencialidad de la información (138).

A continuación, la Corte desarrollará los componentes específicos de dichos objetivos prioritarios básicos a satisfacer durante el procedimiento de evaluación inicial, sin que ello implique que las cuestiones a abordar deban indefectiblemente limitarse a las indicadas por la Corte, es decir, que tengan un carácter taxativo, o que sean etapas necesariamente sucesivas.

Tratamiento acorde a su condición de niña o niño y, en caso de duda sobre la edad, evaluación y determinación de la misma

La verificación de la edad de una persona es una cuestión crucial, toda vez que la determinación de que se trata de una persona menor de 18 años exige que el tratamiento otorgado por el Estado deba ser prioritario, diferenciado y de forma excluyente acorde a dicha condición. En caso de que haya dudas acerca de la edad (139), se procederá a determinar la misma con base no sólo

(132) Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño*, mayo, 2008, pág. 68.

(133) Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño*, mayo, 2008, págs. 60 y 61.

(134) Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, supra, párr. 71.

(135) Cfr. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, supra, párrs. 78 y 79.

(136) Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Comité Ejecutivo, *Conclusión sobre los niños en situación de riesgo*, UN Doc. 107 (LVIII)-2007, publicada el 5 de octubre de 2007, párr. g.viii), y Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices de protección internacional: Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, UN Doc. HCR/GIP/09/08, publicadas el 22 de diciembre de 2009, párr. 69.

(137) Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño*, mayo, 2008, págs. 59 y 60.

(138) Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, supra, párrs. 29 y 30.

(139) Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Comité Ejecutivo, *Conclusión sobre los niños en situación de riesgo*, UN Doc. 107 (LVIII)-2007, publicada el 5 de octubre de 2007, párr. g.ix).

en la apariencia física, sino también en la madurez psicológica del individuo (140) y, en su caso, deberá realizarse una evaluación con criterios científicos, de forma segura, respetando la dignidad humana, que sea culturalmente apropiada y con consideraciones de género (141). Cuando no sea posible llegar a una determinación certera de la edad, debe considerarse que se trata de una niña o niño y brindarle un tratamiento acorde, esto es, el Estado debe otorgar “al individuo el beneficio de la duda, de manera que, en la hipótesis de que se trate de un menor, se lo trate como tal” (142).

Determinación de si se trata de una niña o un niño no acompañado o separado

La determinación temprana de la situación de una niña o un niño no acompañado o separado de su familia (*supra* párr. 49) debe realizarse con carácter preferente (143), dada su especial vulnerabilidad bajo dichas circunstancias (144), lo que tiene como consecuencia que el Estado deba actuar con un mayor escrutinio y rijan algunas garantías diferenciadas, como será desarrollado en los capítulos subsiguientes. De igual forma, resulta pertinente que consten las razones por las que se encuentra separado de su familia o no acompañado (145).

En este sentido, la Corte resalta que la situación de niña o niño no acompañado o separado los expone a “diversos riesgos que afectan a la vida, supervivencia y desarrollo, [como] por ejemplo, la trata dirigida a la explotación sexual o de otra índole o la participación en actividades delictivas de las que puede resultar perjuicio para el menor o, en casos extremos, la muerte” (146), especialmente en aquellos países o regiones con presencia del crimen organizado.

En particular, las niñas o niños no acompañados o separados de su familia que se encuentran fuera de su país de origen son particularmente vulnerables a la trata infantil (147), a la explotación

(140) Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, supra*, párr. 31.

(141) Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, supra*, párr. 31.

(142) Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, supra*, párr. 31.

(143) Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, supra*, párr. 31.

(144) Véase artículo 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Ver también, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, supra*, párr. 16, e Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, *Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo*, UN Doc. A/HRC/11/7, 14 de mayo de 2009, párr. 23.

(145) Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, supra*, párr. 31.

(146) Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, supra*, párr. 23.

(147) A los fines de definir la trata de personas, resulta relevante recurrir al artículo 3 del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, el cual adopta la siguiente definición: “a) Por ‘trata de personas’ se entenderá 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 tra-

y los malos tratos (148). La Corte reconoce que las niñas pueden ser aún más vulnerables a ser víctimas de trata (149), en especial para la explotación sexual y laboral (150). Por esta razón, resulta esencial que los Estados adopten todas aquellas medidas necesarias para prevenir y combatir la trata de personas (151), entre las que destacan todas aquellas medidas de investigación, protección para las víctimas y campañas de información y difusión (152).

Específicamente, los Estados tienen la obligación de adoptar determinadas medidas de control de frontera con el objeto de prevenir, detectar y perseguir cualquier tipo de trata de seres humanos (153). Para ello, deben disponer de funcionarios especializados encargados de identificar a todas aquellas víctimas de la trata de seres humanos, prestando especial atención a las que sean mujeres, niñas o ni-

bajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos". La trata de niños recibe un tratamiento diferenciado en el apartado c) del artículo 3 del Protocolo. En estos casos se considera que la conducta consistente en "la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación" también se configura en la hipótesis en la que no se utilice ninguno de los medios coercitivos enunciados en el apartado a). *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*, adoptado el 15 de noviembre de 2000, entrada en vigor el 25 de diciembre de 2003. Los siguientes 34 Estados Miembros de la OEA son parte de este instrumento: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Dominica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos de América, Granada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay, y Venezuela.

(148) Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párr. 50.

(149) La Convención Americana en su artículo 6.1 prohíbe expresamente la trata de mujeres.

(150) Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párr. 50.

(151) Véase artículo 9.1.a del 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.

(152) Véase artículo 9.2 del 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.

(153) Véase artículo 11 del 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. Según el Convenio de Naciones Unidas para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, todos los Estados Parte deben adoptar "las medidas adecuadas para garantizar la vigilancia en las estaciones de ferrocarril, en los aeropuertos, en los puertos marítimos y durante los viajes y en otros lugares públicos, a fin de impedir la trata internacional de personas para fines de prostitución", así como "las medidas adecuadas para informar a las autoridades competentes de la llegada de personas que *prima facie* parezcan ser culpables o cómplices de dicha trata o víctimas de ella". *Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena*, adoptado el 2 de diciembre de 1949, entrada en vigor el 25 de julio de 1951, artículo 17. Los siguientes 10 Estados Miembros de la OEA son parte de este convenio: Argentina, Bolivia, Brasil, Cuba, Ecuador, Guatemala, Haití, Honduras, México, y Venezuela. Ver también, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH), *Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas*, UN Doc. E/2002/68/Add.1, publicados el 20 de mayo de 2002.

ños (154). A tal fin, resulta esencial que se tome la declaración de la víctima con el objeto de establecer su identidad y de determinar las causas que le obligaron a salir de su país de origen (155), tomando en cuenta que las víctimas o víctimas potenciales de trata de personas pueden ser refugiadas en caso de reunir los elementos para ello (156). Para asegurar un trato adecuado a las víctimas o víctimas potenciales de trata infantil, los Estados deben otorgar las debidas capacitaciones a los funcionarios que actúan en frontera, sobre todo en materia de trata infantil, con el objeto de poder brindar a la niña o al niño un asesoramiento eficaz y una asistencia integral (157).

En los casos de niñas y niños que se encuentren acompañados de adultos, la autoridad fronteriza u otra debe asegurarse que aquellos conozcan a sus acompañantes para evitar casos de trata y explotación (158). Esto no conlleva, de modo alguno, a que todo caso en que una niña o niño se haya movido en forma independiente y se encuentre acompañado de un adulto que no sea familiar deba automáticamente ser considerado un caso de trata por las autoridades correspondientes y devuelto a su país de origen. Al respecto, se exige la más estricta diligencia por parte de las autoridades fronterizas para identificar las diferentes situaciones que requieren de una actuación oportuna, adecuada y justa.

Determinación de la nacionalidad de la niña o del niño o, en su caso, de su condición de apátrida

Un apátrida es “toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación” (159). Esta condición podría originarse por varias razones, entre las cuales destaca la pérdida de la nacionalidad; la privación de la nacionalidad; la interpretación o aplicación de legislaciones relativas a la adquisición de la nacionalidad, y la sucesión de Estados. Sobre esta base, la Corte entiende que la prueba de la condición de apátrida viene de considerarse un relato combinado con información del país de origen. La Corte reitera que la apatridia ocasiona una condición de extrema vulnerabilidad (160) y los Estados tienen el deber de identificar (161),

(154) Cfr. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH), *Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas*, UN Doc. E/2002/68/Add.1, publicados el 20 de mayo de 2002.

(155) Véase artículo 18 del Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena. Ver también, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (OACNUDH), *Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas*, UN Doc. E/2002/68/Add.1, publicados el 20 de mayo de 2002.

(156) Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices de protección internacional: La aplicación del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados en relación con las víctimas de la trata de personas y las personas que están en riesgo de ser víctimas de la trata*, UN Doc. HCR/GIP/06/07, publicadas el 7 de abril de 2006.

(157) Véase artículo 10.2 del 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.

(158) Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño*, mayo, 2008, págs. 51 y 69.

(159) *Convención sobre el Estatuto de los Apátridas*, adoptada el 28 de septiembre de 1954, entra en vigor el 6 de junio de 1960, artículo 1. Los siguientes 18 Estados Miembros de la OEA son parte de este tratado: Antigua y Barbuda, Argentina, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, San Vicente y las Granadinas, Trinidad y Tobago, y Uruguay.

(160) Cfr. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 142.

(161) La obligación de los Estados de identificar, dentro de sus jurisdicciones, a las niñas o niños apátridas para proporcionarles un tratamiento adecuado a su condición, requiere el estable-

prevenir y reducir la apatridia, así como proteger a la persona apátrida (162). Entre otras, los Estados tienen la obligación de no adoptar prácticas o legislación, respecto al otorgamiento de la nacionalidad, cuya aplicación favorezca el incremento del número de personas apátridas y conceder su nacionalidad a la persona nacida en su territorio, que de otro modo quedaría en condición de ser apátrida (163).

La determinación de la nacionalidad o, en su caso, de la condición de apátrida resulta relevante en situaciones variadas, tales como las siguientes (164): (i) cuando se cuestiona el derecho de una persona de permanecer en un país en los procedimientos de expulsión; (ii) en la identificación del país o países en relación con los cuales la persona alega poseer un temor fundado de ser perseguida, en el sentido de la definición de refugiado; o (iii) cuando una persona busca la aplicación de las garantías establecidas en la Convención para Reducir los Casos de Apatridia de 1961 (165).

En el contexto migratorio, constituye una obligación del Estado receptor determinar si la niña o el niño es apátrida, sea refugiado o no, a fin de asegurar su protección como tal (166) y, dependiendo de los motivos de salida del país de residencia habitual, referirlo a un procedimiento de determinación de la condición de refugiado y/o de apátrida, o a un mecanismo complementario de protección (167).

Obtención de información sobre los motivos de su salida del país de origen, de su separación familiar si es el caso, de sus vulnerabilidades y cualquier otro elemento que evidencie o niegue su necesidad de algún tipo de protección internacional

A fin de atender a la situación concreta de la niña o del niño, es necesario recabar información adicional que permita determinar la posible existencia de necesidades de protección internacional, en razón de su edad (168), ya sea como refugiado o bajo otras formas, y una vez identificada la ne-

cimiento o fortalecimiento, según sea el caso, de procedimientos justos y eficientes para determinar si es una persona apátrida, que sean sensibles a las necesidades diferenciadas de las niñas y los niños, de acuerdo a su edad, género y diversidad. Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices sobre la apatridia No. 2: Procedimientos para determinar si un individuo es una persona apátrida*, UN Doc. HCR/GS/12/02, publicadas el 5 de abril de 2012.

(162) Cfr. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, *supra*, párr. 140. Ver también, entre otros, el artículo 1.1 de la Convención para Reducir los Casos de Apatridia; el artículo 29 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, y el artículo 24.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y el artículo 7.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

(163) Cfr. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, *supra*, párrs. 142 y 143.

(164) Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices sobre la apatridia No. 2: Procedimientos para determinar si un individuo es una persona apátrida*, publicadas el 5 de abril de 2012, UN Doc. HCR/GS/12/02, párr. 2.

(165) *Convención para Reducir los Casos de Apatridia*, adoptada el 30 de agosto de 1961, entrada en vigor el 13 de diciembre de 1975. Los siguientes 7 Estados Miembros de la OEA son parte de este tratado: Bolivia, Brasil, Canadá, Costa Rica, Guatemala, Panamá y Uruguay.

(166) Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices sobre la apatridia No. 2: Procedimientos para determinar si un individuo es una persona apátrida*, publicadas el 5 de abril de 2012, UN Doc. HCR/GS/12/02, párr. 6.

(167) Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices sobre la apatridia No. 2: Procedimientos para determinar si un individuo es una persona apátrida*, publicadas el 5 de abril de 2012, UN Doc. HCR/GS/12/02, párrs. 26 y 27.

(168) Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párr. 31.

cesidad de protección específica o la potencial necesidad de protección de la persona, asegurar la remisión de su caso a las entidades competentes.

En caso de identificarse necesidad de protección internacional, al constatarse los elementos de inclusión para la determinación de la condición de refugiado, es obligación del Estado explicar en un lenguaje comprensible a la niña o niño su derecho a solicitar y recibir asilo conforme el artículo 22.7 de la Convención Americana y XXVII de la Declaración Americana y referirlo a la entidad encargada del mismo, sea una entidad estatal o un organismo internacional como el ACNUR (169). Al respecto, la Corte ha interpretado previamente que el derecho de buscar y recibir asilo, leído en conjunto con los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, garantiza el acceso efectivo a un procedimiento justo y eficiente para determinar la condición de refugiado, de modo tal que la persona solicitante del estatuto de refugiado sea oída por el Estado al que se solicita, con las debidas garantías mediante el procedimiento respectivo (170) (*infra* Capítulo XIV).

La Corte reconoce que también pueden existir casos de afluencia masiva. En este supuesto, los Estados podrán proceder a realizar una evaluación inicial con base en el relato de una de las personas del grupo y, en caso de determinar que del mismo surgen factores que reflejan necesidad de protección internacional, otorgar la misma con base en el reconocimiento grupal, colectivo o *prima facie* (*infra* párr. 262).

Los Estados también se encuentran en la obligación de realizar una identificación temprana de niñas y niños que huyen por temor al reclutamiento forzoso, ya sea por las partes en un conflicto armado o por estructuras del crimen organizado, para así poder esclarecer si su caso amerita la solicitud de asilo o requiere de protección complementaria (171).

Ahora bien, la Corte reconoce que no todos los casos de niñas y niños migrantes llegan al nivel de requerir protección internacional en los términos de los párrafos anteriores. Sin embargo, pueden presentarse situaciones de afectación de derechos de niñas y niños, que se encuentran protegidos internacionalmente, las cuales provocan el desplazamiento del país de origen. Es por ello que se hace necesario recabar información sobre factores personales, tales como la historia personal y su condición de salud, física y psicológica, así como el entorno ambiental en que se desarrolló la migración, para determinar la situación concreta de riesgo de vulneración de derechos en su país de origen, de tránsito o en el receptor que amerite una protección complementaria o evidencie otras necesidades de protección o asistencia humanitaria, como las que provienen de la tortura, la violencia, la trata o experiencias traumáticas (172).

Al evaluar las necesidades de protección internacional es necesario recordar que, “si bien tanto las niñas como los niños hacen frente a muchos de los mismos riesgos que requieren protección, también pueden verse expuestos a problemas de protección propios de su género” (173), por lo que la

(169) En algunos casos, de manera excepcional, el ACNUR puede determinar el que una persona deba tener el estatuto de refugiado, pero ésta es una práctica que ha estado presente sólo en aquellos países no firmantes de ningún instrumento internacional de refugiados, donde las autoridades nacionales han pedido al ACNUR desempeñar este papel. *Cfr. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, supra*, nota al pie 185.

(170) *Cfr. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, supra*, párr. 154.

(171) *Cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, supra*, párrs. 54 a 63.

(172) *Cfr. Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo, UN Doc. A/HRC/11/7, 14 de mayo de 2009, párr. 35.*

(173) Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Comité Ejecutivo, *Conclusión sobre los niños en situación de riesgo, UN Doc. 107 (LVIII)-2007, publicada el 5 de octubre de 2007.*

información debe ser recabada y analizada tomando en cuenta la perspectiva de género. En este sentido, es necesario identificar los riesgos específicos de sufrir violaciones a sus derechos enfrentados por las niñas a raíz de su género, su posición cultural y socioeconómica y su condición jurídica (174).

Adopción, en caso de ser necesario y pertinente de acuerdo con el interés superior de la niña o del niño, de medidas de protección especial

Una vez recabada la información sobre los diferentes factores que pueden hacer que las niñas o niños se encuentren en una situación concreta de vulnerabilidad, corresponde al Estado determinar, en los términos de los artículos 19 de la Convención y VII de la Declaración y de conformidad con una evaluación del interés superior de la niña o del niño, las medidas de protección especial que se requieren para asegurar su vida, supervivencia y desarrollo (*infra* Capítulo X). En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha afirmado que se requiere también la “[e]valuación de aspectos particulares de vulnerabilidad, en especial relativos a la salud, y de índole física, psicosocial y material, y de otras necesidades de protección como las derivadas de la violencia en el hogar, la trata o el trauma” (175).

En esta línea, resulta necesario que el Estado receptor de la niña o del niño evalúe, a través de procedimientos adecuados que permitan determinar de forma individualizada su interés superior en cada caso concreto, la necesidad y pertinencia de adoptar medidas de protección integral, incluyendo aquellas que propendan al acceso a la atención en salud, tanto física como psicosocial, que sea culturalmente adecuada y con consideración de las cuestiones de género (176); que brinden un nivel de vida acorde con su desarrollo físico, mental, espiritual y moral a través de la asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda (177); y aseguren un pleno acceso a la educación en condiciones de igualdad (178). Y, ciertamente, ésta y las demás obligaciones señaladas precedentemente, adquieren particular relevancia tratándose de niñas o niños migrantes afectados por alguna discapacidad física o mental que, consecuentemente, el Estado que los recibe debe prestarle particular atención y proceder a su respecto con la máxima diligencia (179).

En lo que se refiere a las niñas o niños en situación de no acompañados o separados de su familia, resulta indispensable que los Estados procuren la localización de los miembros de su familia, no sin antes verificar que estas medidas correspondan al interés superior de la niña o del niño y, si resulta posible y satisface el interés superior de la niña o del niño, procedan a su reunificación o reagrupación lo antes posible (180).

(174) Cfr., Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices de protección internacional: La persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967*, UN Doc. HCR/GIP/02/01, publicadas el 7 de mayo de 2002, y Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Manual del ACNUR para la Protección de Mujeres y Niñas*, enero de 2008.

(175) Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, supra*, párr. 31.

(176) Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, supra*, párrs. 31, 47 y 48.

(177) Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, supra*, párr. 44.

(178) Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, supra*, párrs. 41 y 42.

(179) Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 9: Los derechos de los niños con discapacidad*, UN Doc. CRC/C/GC/9, 27 de febrero de 2007, párrs. 42 y 43.

(180) Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, supra*, párrs. 13 y 31. Ver también, artículo 10 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

En cuanto a las niñas y niños víctimas o víctimas potenciales de trata, quienes se encuentran en una situación de extrema vulnerabilidad, los Estados tiene el deber de protegerles contra un nuevo riesgo de victimización (181) y prestarles asistencia jurídica y médica (182), intentando, en la medida de lo posible, proteger la privacidad e identidad de la víctima (183). Asimismo, los Estados, en la medida de lo posible, deben considerar la posibilidad de cumplir con los anteriores propósitos a través del suministro de: a) un alojamiento adecuado; b) asesoramiento e información, en particular con respecto a sus derechos jurídicos, en un idioma que las víctimas de la trata de personas puedan comprender; c) asistencia médica, psicológica y material; y d) oportunidades de educación y/o capacitación (184). Adicionalmente, debido a la especial situación de vulnerabilidad de las víctimas de este delito, los Estados deben cuando proceda facilitar la obtención de un permiso para permanecer en su territorio, sobre todo en aquellos casos en los que su interés superior así lo aconseja o a los efectos de continuar con la investigación penal del perpetrador del delito (185).

Finalmente, la Corte considera crucial que los Estados definan de forma clara y dentro de su diseño institucional, la correspondiente asignación de funciones en el marco de las competencias que incumben a cada órgano estatal y, en caso que fuese necesario, adopten las medidas pertinentes para lograr una eficaz coordinación interinstitucional en la determinación y adopción de las medidas de protección especial que correspondan, dotando a las entidades competentes de recursos presupuestales adecuados y brindando la capacitación especializada a su personal.

VIII

GARANTÍAS DE DEBIDO PROCESO APLICABLES EN PROCESOS MIGRATORIOS QUE INVOLUCRAN A NIÑAS Y NIÑOS

La Corte Interamericana ha sido consultada respecto a cuáles son las garantías de debido proceso que debieran regir en los procesos migratorios que involucran a niñas y niños migrantes a la luz de los artículos:

1 (186),

(181) Véase el artículo 9.1.b del 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.

(182) Véase el artículo 6 del 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.

(183) Véase el artículo 6.1 del 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.

(184) Véase el artículo 6.3 del 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.

(185) Véase el artículo 7.1 del 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. Ver también, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (OACNUDH), *Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas*, UN Doc. E/2002/68/Add.1, publicados el 20 de mayo de 2002, directriz 8.

(186) Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos:

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o

2 (187),
7 (188),
8 (189),

de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

(187) Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

(188) Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.
6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.
7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

(189) Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.
2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
 - a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
 - b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;
 - c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
 - d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
 - e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
 - f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
 - g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
 - h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.
3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

19 (190) y
25 (191) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y del artículo XXV (192) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

La Corte ha señalado que el derecho al debido proceso se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado, adoptado por cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que pueda afectarlos (193). El debido proceso se encuentra, a su vez, íntimamente ligado con la noción de justicia (194), que se refleja en: (i) un acceso a la justicia no sólo formal, sino que reconozca y resuelva los factores de desigualdad real de los justiciables, (ii) el desarrollo de un juicio justo y (iii) la resolución de las controversias de forma tal que la decisión adoptada se acerque al mayor nivel de corrección del derecho, es decir que se asegure, en la mayor medida posible, su solución justa.

Ahora bien, aunque en términos convencionales el debido proceso se traduce centralmente en las “garantías judiciales” reconocidas en el artículo 8 de la Convención Americana, lo cierto es que diversas disposiciones de dicho instrumento internacional, tales como los artículos 4, 5, 7, 9, 19, 25 y 27 de la Convención, también contienen regulaciones que se corresponden materialmente con los componentes sustantivos y procesales del debido proceso. De igual forma, en la Declaración Americana el debido proceso se expresa en la regulación de los artículos XVIII (Derecho de justicia), XXV (Derecho de protección contra la detención arbitraria) y XXVI (Derecho a proceso regular). En este

-
4. El inculpaado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.
 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

(190) Artículo 19. Derechos del Niño

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

(191) Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
2. Los Estados Partes se comprometen:
 - a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
 - b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
 - c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

(192) Artículo XXV. Derecho de protección contra la detención arbitraria

Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes.

Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil.

Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad.

(193) Cfr. *Garantías judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, *supra*, párr. 27; *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 69, y *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, *supra*, párr. 130.

(194) Cfr. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, *supra*, párr. 117.

capítulo, la Corte se va a concentrar principalmente en las garantías de debido proceso, interpretadas en conjunto con los artículos 19 de la Convención y VII de la Declaración Americana, aplicables a los procesos migratorios, en el entendido que a través de los mismos se definen controversias respecto al estatus migratorio de una persona y pueden además, en función de tal determinación, redundar en una expulsión o deportación. Aunado a ello, las decisiones a adoptarse pueden tener repercusiones profundas sobre la vida y el desarrollo de las niñas y los niños migrantes.

En lo que concierne al artículo 8 de la Convención, el Tribunal ya ha establecido que los requisitos establecidos en su inciso 1 no solo resultan aplicables a los procesos ante los órganos estrictamente jurisdiccionales –juez o tribunal-, sino que se hacen extensivas a las decisiones de órganos administrativos a los cuales les corresponda la determinación de los derechos de las personas o cuando ejerzan funciones de carácter materialmente jurisdiccional (195), como ocurre en algunos países respecto de los procesos migratorios (196).

A su vez, el elenco de garantías mínimas del debido proceso legal es aplicable en lo que corresponda en la determinación de derechos y obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter” (197). De este modo, en procesos tales como los que puedan desembocar en la expulsión o deportación de extranjeros, el Estado no puede dictar actos administrativos o adoptar decisiones judiciales sin respetar determinadas garantías mínimas, cuyo contenido es sustancialmente coincidente con las establecidas en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención (198).

Asimismo, las garantías de debido proceso se aplican a cualquier persona independiente de su edad y condición de estancia en un país. En esta línea, la Corte ha precisado que el debido proceso legal es un derecho que debe ser garantizado a toda persona, independientemente de su estatus migratorio (199). Esto implica que el Estado debe garantizar que toda persona extranjera, aún cuando fuere un migrante en situación irregular, tenga la posibilidad de hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables (200).

Las garantías reconocidas en el artículo 8 de la Convención deben ser respetadas y aseguradas a todas las personas sin distinción, y deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye, además, el artículo 19 de dicho tratado, de tal forma que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se encuentre en controversia algún derecho de una niña o niño (201). De esta forma, la protección especial derivada de los artículos 19 de la Convención y VII de la Declaración implica que la observancia por parte de los Estados de las garantías de debido proceso se traduce en algunas garantías o componentes diferenciados en el caso de niñas y niños, que se fundan en el reconocimiento de que su participación en un proceso migratorio no se da en

(195) Cfr. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*, *supra*, párr. 71, y *Caso Barbani Duarte y otros Vs. Uruguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C No. 234, párrs. 118 y 119.

(196) Cfr. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, *supra*, párrs. 117 y 124.

(197) Cfr. *Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. Serie A No. 11, párr. 28, y *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, *supra*, párr. 130.

(198) Cfr. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, *supra*, párr. 142, y *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, *supra*, párr. 132.

(199) Cfr. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, *supra*, párrs. 121 y 122, y *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, *supra*, párr. 143.

(200) Cfr. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, *supra*, párr. 143.

(201) Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, *supra*, párr. 95, y *Caso Mendoza y otros Vs. Argentina*, *supra*, párr. 148.

las mismas condiciones que un adulto (202). Por ello, el proceso tiene que estar adaptado a las niñas o niños y ser accesible para ellos (203).

En definitiva, tal y como lo ha sostenido anteriormente esta Corte (204), si bien el debido proceso y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de las niñas y niños migrantes, el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de asegurar un acceso a la justicia en condiciones de igualdad, garantizar un efectivo debido proceso y velar por que el interés superior se erija en una consideración primordial en todas las decisiones administrativas o judiciales que se adopten (205). Sobre estas consideraciones se deben formular los procesos administrativos o judiciales en los que se resuelva acerca de derechos de las niñas o niños migrantes y, en su caso, de las personas bajo cuya potestad o tutela se hallan aquéllos (206) (*infra* Capítulo XV), los cuales deben ajustarse a su condición, necesidades y derechos.

Ahora bien, aún cuando la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, en algunos Estados otros órganos o autoridades públicas adoptan decisiones, como sucede en los procesos migratorios, que afectan derechos fundamentales. En estos casos, la actuación de la administración tiene límites infranqueables, entre los que ocupa un primerísimo lugar el respeto de los derechos humanos, por lo que se torna necesario que su actuación se encuentre regulada (207). Teniendo como base las anteriores consideraciones, la Corte se referirá a continuación a las garantías que, conforme al derecho internacional de los derechos humanos, deben regir en todo proceso migratorio que involucre a niñas o niños, haciendo mención especial, cuando corresponda, a aquellas que cobran relevancia crítica en este tipo de proceso. En consecuencia, la Corte se referirá a los siguientes aspectos: (i) el derecho a ser notificado de la existencia de un procedimiento y de la decisión que se adopte en el marco del proceso migratorio; (ii) el derecho a que los procesos migratorios sean llevados por un funcionario o juez especializado; (iii) el derecho de la niña o niño a ser oído y a participar en las diferentes etapas procesales; (iv) el derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor y/o intérprete; (v) el acceso efectivo a la comunicación y asistencia consular; (vi) el derecho a ser asistido por un representante legal y a comunicarse libremente con dicho representante; (vii) el deber de designar a un tutor en caso de niñas o niños no acompañados o separados; (viii) el derecho a que la decisión que se adopte evalúe el interés superior de la niña o del niño y sea debidamente fundamentada; (ix) el derecho a recurrir la decisión ante un juez o tribunal superior con efectos suspensivos; y (x) el plazo razonable de duración del proceso.

Derecho a ser notificado de la existencia de un procedimiento y de la decisión que se adopte en el marco del proceso migratorio

Todo migrante tiene derecho a que se le notifique la existencia de un proceso en su contra, pues, de lo contrario, mal podría garantizarse su derecho a la defensa. En el caso de niñas y niños migrantes, ello se extiende a todo tipo de procedimiento que lo involucre. Es por ello que la existencia de personal capacitado para comunicarle a la niña o niño, de acuerdo al desarrollo de sus

(202) Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, supra*, párr. 96.

(203) Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 12: El derecho del niño a ser escuchado, supra*, párr. 66.

(204) Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, supra*, párrs. 96 a 98, y *Caso Mendoza y otros Vs. Argentina, supra*, párr. 148.

(205) Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación general N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), supra*, párr. 14.b).

(206) Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, supra*, párr. 94.

(207) Cfr. *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 126, y *Caso Vélez Loor Vs. Panamá, supra*, párr. 141.

capacidades cognitivas, que su situación está siendo sometida a consideración administrativa o judicial garantizará que el derecho a la defensa pueda ser ejercido por la niña o niño, en el sentido de entender lo que está sucediendo y poder dar su opinión en lo que estime pertinente (208).

Además, esta Corte ya ha destacado la importancia de la notificación de la decisión final a fin de ejercer el derecho a recurrir la decisión. Sobre el particular, la Corte ha establecido que la falta de notificación es en sí misma violatoria del artículo 8 de la Convención, pues coloca al extranjero en un estado de incertidumbre respecto de su situación jurídica y torna impracticable el ejercicio del derecho a recurrir del fallo sancionatorio (209).

En consonancia con lo anterior, y para garantizar efectivamente el derecho a recurrir eventualmente una decisión desfavorable, las decisiones acerca del ingreso, permanencia o expulsión, deberán ser debidamente notificadas, lo que también refuerza el derecho a que la resolución sea debidamente motivada (210).

Derecho a que los procesos migratorios sean llevados por un funcionario o juez especializado

En materia migratoria, si el proceso se encuentra a cargo de un juez o tribunal, éste evidentemente debe cumplir con las características de imparcialidad e independencia. Si se trata de un funcionario administrativo que tome estas determinaciones debe ser responsable ante la ley, ante sus superiores jerárquicos y, en su caso, ante organismos de control, por la legalidad de las mismas.

Ahora bien, al tratarse de procesos en los que se ven involucrados migrantes menores de edad, las decisiones en materia migratoria no pueden ser delegadas a funcionarios no especializados. En consecuencia, en lo que concierne a procedimientos que involucren a niñas y niños, los Estados deben garantizar que las personas que intervengan en los mismos se encuentren debidamente capacitadas, de forma que puedan identificar las necesidades especiales de protección de la niña o niño, de conformidad con el interés superior.

Derecho de la niña o niño a ser oído y a participar en las diferentes etapas procesales

Resulta pertinente primeramente señalar que los Estados tienen el deber de facilitar la posibilidad de que la niña o niño participe en todas y cada una de las diferentes etapas del proceso. A estos efectos, la niña o niño tendrá derecho a ser oído, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por la autoridad competente. Dicho derecho debe ser interpretado a la luz del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño (211), el cual contiene adecuadas previsiones, con el objeto de que la participación de la niña o niño se ajuste a su condición y no redunde en perjuicio

(208) Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, supra*, párr. 25, y Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 12: El derecho del niño a ser escuchado, supra*, párrs. 40 a 47 y 82.

(209) Cfr. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá, supra*, párr. 180.

(210) Cfr. *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, párr. 175.

(211) El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone que:

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional. Ver también, Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 12: El derecho del niño a ser escuchado, supra*, párrs. 65 a 67.

de su interés genuino (212). La Corte recuerda que las niñas y niños deben ser oídos con el objeto de poder resolver de acuerdo a su mejor interés, siendo que incluso las opiniones de sus padres o tutores no pueden reemplazar la de las niñas o niños (213). En esta línea, es necesario que los Estados tomen las previsiones pertinentes para considerar las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, mediante las cuales los infantes demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias (214). De igual forma, constituye una obligación para los Estados adoptar las medidas pertinentes para garantizar este derecho a las niñas o niños con discapacidades tales que conlleven dificultades para hacer oír su opinión (215).

En el caso de las niñas y niños migrantes, y particularmente, en el caso de aquellos no acompañados o separados de sus familias, el derecho a ser oído cobra una especial relevancia. Asimismo, cualquier declaración de una niña o niño debe sujetarse a las medidas de protección procesal que corresponden a éste, entre ellos, la posibilidad de no declarar, la asistencia del representante legal y la emisión de aquélla ante la autoridad legalmente facultada para recibirla (216). En este orden de cosas, a fin de asegurar efectivamente el derecho a ser oído, los Estados deben garantizar que el proceso se desarrolle en un entorno que no sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado a la edad de la niña o niño y que el personal encargado de recibir el relato esté debidamente capacitado (217), de modo que la niña o el niño se sienta respetado y seguro al momento de expresar su opinión en un entorno físico, psíquico y emocional adecuado.

Derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor y/o intérprete

Con el objeto de poder garantizar el derecho a ser oído, los Estados deben garantizar que toda niña o niño sea asistido por un traductor o intérprete en el caso de que no comprendiera o no hablara el idioma del ente decisor (218). En este orden de ideas, la asistencia de un traductor o intérprete se considera una garantía procesal mínima y esencial para que se cumpla el derecho de la niña o del niño a ser oído y para que su interés superior sea una consideración primordial (219). De lo contrario, la participación efectiva de la niña o del niño en el procedimiento se tornaría ilusoria.

Esta garantía debe ser particularmente respetada en el caso de niñas o niños pertenecientes a comunidades indígenas a fin de respetar su identidad cultural y garantizar un efectivo acceso a la justicia.

(212) Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, *supra*, párr. 102, y *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 196. Ver también, Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 12: El derecho del niño a ser escuchado*, *supra*, párrs. 65 a 67.

(213) Cfr. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Participación de las niñas*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de noviembre de 2011, Considerandos 9 a 12.

(214) Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 12: El derecho del niño a ser escuchado*, *supra*, párr. 21.

(215) Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 12: El derecho del niño a ser escuchado*, *supra*, párr. 21.

(216) Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, *supra*, párr. 129.

(217) Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 12: El derecho del niño a ser escuchado*, *supra*, párr. 34.

(218) Véase artículo 40.2.VI de la Convención sobre los Derechos del Niño. Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párr. 31. Ver también, Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias en el hemisferio*, OEA/Ser./L/V/II.111 doc. 20 rev., 16 de abril de 2001, párr. 99.c).

(219) Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párr. 71.

Al respecto, la Corte ha interpretado previamente que para garantizar el acceso a la justicia de los miembros de comunidades indígenas, “es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres” (220).

Acceso efectivo a la comunicación y asistencia consular

La Corte ha entendido previamente que “la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares reconoce, como una función primordial del funcionario consular, el otorgamiento de asistencia al nacional del Estado que envía en la defensa de sus derechos ante las autoridades del Estado receptor”, de modo tal que correlativamente el nacional del Estado que envía tiene derecho a acceder al funcionario consular con el fin de procurar dicha asistencia (221). El acceso efectivo a la comunicación consular debe darse sin dilación, de manera que puedan disponer de una defensa eficaz, para lo cual todos los extranjeros deben ser informados de este derecho (222).

En el caso de niñas o niños, el artículo 5, incisos e) y h) (223), de dicho instrumento internacional, leídos a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño, imponen la obligación al funcionario consular de velar por los intereses de la niña o del niño, en el sentido de que las decisiones administrativas o judiciales que se adopten en el país receptor hayan evaluado y tomado en consideración su interés superior.

Debido a la especial vulnerabilidad de las niñas o niños que se encuentran fuera de su país de origen y, en especial, de aquellos no acompañados o separados, el acceso a la comunicación y asistencia consular se convierte en un derecho que cobra una especial relevancia y que debe ser garantizado y tratado de manera prioritaria por todos los Estados, en especial por las implicancias que puede tener en el proceso de recabar información y documentación en el país de origen, así como para velar por que la repatriación voluntaria únicamente sea dispuesta si así lo recomienda el resultado de un procedimiento de determinación del interés superior de la niña o del niño, de conformidad con las debidas garantías, y una vez que se haya verificado que la misma puede realizarse en condiciones seguras, de modo tal que la niña o niño recibirá atención y cuidado a su regreso.

Derecho a ser asistido por un representante legal y a comunicarse libremente con dicho representante

La Corte ha precisado que “las circunstancias de un procedimiento particular, su significación, su carácter y su contexto en un sistema legal particular, son factores que fundamentan la determinación de si la representación legal es o no necesaria para el debido proceso” (224).

(220) *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 63, y *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párr. 184.

(221) *Cfr. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, supra*, párr. 80.

(222) La protección consular no aplica respecto de los solicitantes de asilo y refugiados, dada las consecuencias que puede acarrear contra el principio de confidencialidad y la propia seguridad del refugiado y sus familiares.

(223) El mismo dispone que las funciones consulares consistirán en:

e) prestar ayuda y asistencia a los nacionales del Estado que envía, sean personas naturales o jurídicas; [...]
h) velar, dentro de los límites que impongan las leyes y reglamentos del Estado receptor, por los intereses de los menores y de otras personas que carezcan de capacidad plena y que sean nacionales del Estado que envía, en particular cuando se requiera instituir para ellos una tutela o una curatela[.]

(224) *Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, *supra*, párr. 28.

El Tribunal considera que los Estados tienen la obligación de garantizar a toda niña o niño involucrado en un proceso migratorio la asistencia jurídica a través del ofrecimiento de servicios estatales gratuitos de representación legal (225).

Asimismo, este tipo de asistencia jurídica debe estar especializada, tanto en los derechos que asisten al migrante (226), como en atención específica en relación con la edad, de forma tal que permita garantizar un efectivo acceso a la justicia a la niña o niño migrante y velar por que su interés superior sea una consideración primordial en toda decisión que lo afecte.

Deber de designar a un tutor en caso de niñas o niños no acompañados o separados

Adicionalmente, en casos de niñas o niños no acompañados o separados de su familia, el Comité de los Derechos del Niño ha afirmado que el nombramiento de un tutor competente lo antes posible constituye una garantía procesal importantísima en aras de garantizar el interés superior de los mismos. La Corte estima necesario recalcar que los procesos administrativos o judiciales, que involucren a niñas o niños no acompañados o separados de sus familias, no podrán ser iniciados hasta tanto no haya sido nombrado un tutor (227). Específicamente, a fin de garantizar eficazmente el derecho a la libertad personal, el acceso rápido y gratuito a la asistencia jurídica y de otra índole, así como defender sus intereses y asegurar su bienestar (228).

En efecto, los Estados tienen el deber de nombrar a un tutor para las niñas y niños que son identificados como no acompañados o separados de su familia, aún en las zonas de frontera, tan pronto como sea posible y mantenerlo bajo su tutela hasta que llegue a la mayoría de edad, por lo general a los 18 años de edad; hasta que abandone permanentemente el territorio o la jurisdicción del Estado (229); o, en su caso, hasta que desaparezca la causa por la cual fue nombrado el tutor. El tutor deberá conocer suficientemente los intereses y situación de la niña o niño, y estar autorizado a asistir a todos los procedimientos de planificación y adopción de decisiones, incluidas las comparecencias ante los servicios de inmigración y órganos de recurso, los encaminados a definir la atención de la niña o niño y a buscar una solución duradera (230).

Deberá, además, poseer los conocimientos necesarios especializados en atención de la infancia con el fin de garantizar que se vele por el interés superior de la niña o del niño. Por otra parte, el tutor debe funcionar como un vínculo entre la niña o el niño y los organismos pertinentes con el fin de asegurar que las necesidades de la niña o niño en materia jurídica, social, educativa, sanitaria, psicológica y material sean satisfechas (231).

(225) Cfr. Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. François Crépeau, *Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo*, UN Doc. A/HRC/20/24, 2 de abril de 2012, párr. 38.

(226) Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias en el hemisferio*, OEA/Ser./L/V/II.111 doc. 20 rev., 16 de abril de 2001, párr. 99.d).

(227) Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párr. 21.

(228) Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párr. 33.

(229) Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párr. 33.

(230) Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párr. 33.

(231) Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párr. 33.

Cuando se trata de niñas o niños no acompañados, no podrán ejercer la función de tutor los organismos o individuos cuyos intereses puedan entrar en conflicto con los de la niña o niño (232). En el caso de una niña o niño separado de su familia, “normalmente se nombrará tutor al familiar adulto que lo acompañe o quien le dispense cuidados sin ser familiar directo, salvo que haya indicios de que ese arreglo no va a beneficiar al menor, por ejemplo, cuando éste haya sido maltratado por el adulto acompañante” (233).

Como corolario de lo anterior, resulta necesario que los Estados creen mecanismos que permitan evaluar el ejercicio de la tutoría, a fin de que el interés superior de la niña o del niño esté debidamente representado durante todo el proceso de adopción de decisiones y, en particular, se prevengan los malos tratos (234).

Derecho a que la decisión que se adopte evalúe el interés superior de la niña o del niño y sea debidamente fundamentada

Por otro lado, resulta esencial que todas las decisiones adoptadas en el marco de un proceso migratorio que involucre a niñas o niños estén debidamente motivadas, es decir, posean la exteriorización de la justificación razonada que permita llegar a una conclusión (235). El deber de motivación es una de las debidas garantías para salvaguardar el derecho a un debido proceso (236). La Corte recuerda que el deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de las personas a ser juzgadas por las razones que el derecho suministra, y otorga credibilidad a las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática (237). Por ello, las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias (238).

En este sentido, la argumentación de un fallo y de ciertos actos administrativos debe permitir conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión, a fin de descartar cualquier indicio de arbitrariedad (239). Además, debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado.

En consonancia con lo anterior, y particularmente en el caso de niñas y niños, la resolución deberá dar cuenta motivadamente de la forma en que se tuvieron en cuenta las opiniones expre-

(232) Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párr. 33.

(233) Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párr. 34.

(234) Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párr. 35.

(235) Cfr. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñíñez. Vs. Ecuador*, *supra*, párr. 107, y *Caso J. Vs. Perú*, *supra*, párr. 224.

(236) Cfr. *Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233, párr. 141.

(237) Cfr. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 77, y *Caso J. Vs. Perú*, *supra*, párr. 224.

(238) Cfr. *Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 152, y *Caso J. Vs. Perú*, *supra*, párr. 224.

(239) Cfr. *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 122, y *Caso J. Vs. Perú*, *supra*, párr. 224.

sadas por la niña o niño, como también, la forma en que se ha evaluado su interés superior (240). Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño ha resaltado la íntima relación existente entre el interés superior de la niña o del niño y el derecho a ser oído, al afirmar que “no es posible una aplicación correcta del artículo 3 [(interés superior)] si no se respetan los componentes del artículo 12 [(derecho a participar y que su opinión sea tenida en cuenta)]” (241). Del mismo modo, “el artículo 3 refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten su vida” (242).

Derecho a recurrir la decisión ante un juez o tribunal superior con efectos suspensivos

Esta Corte reafirma el derecho de toda persona a recurrir todas aquellas decisiones finales que se adopten en el marco de procesos migratorios, sean de carácter administrativo o judicial, especialmente aquellas que ordenen la expulsión o deportación de un país o denieguen un permiso de ingreso o permanencia. Esto es, en caso de decisión desfavorable, la persona debe tener derecho a someter su caso a revisión ante la autoridad judicial competente y presentarse ante ella para tal fin (243). En caso de que la decisión fuera adoptada por la autoridad administrativa, la revisión por parte de un juez o tribunal es un requisito fundamental para garantizar un adecuado control y escrutinio de los actos de la administración que afectan los derechos fundamentales (244).

La Corte destaca que este derecho adquiere una relevancia especial en aquellos casos en los que la niña o el niño considera que no ha sido debidamente escuchado o que sus opiniones no han sido tenidas en consideración. Por consiguiente, esta instancia de revisión debe permitir, entre otras cuestiones, identificar si la decisión ha tenido debidamente en consideración el principio del interés superior (245).

En complemento con lo anterior, en aras de que el derecho a recurrir ante una autoridad judicial y a la protección judicial sea eficaz, es necesario que el recurso judicial mediante el cual se impugna una decisión en materia migratoria tenga efectos suspensivos, de manera que de tratarse de una orden de deportación ésta debe ser suspendida hasta tanto no se haya proferido decisión judicial de la instancia ante la que se recurre (246). Sólo de esa forma se pueden proteger de manera efectiva los derechos de las niñas y niños migrantes.

Plazo razonable de duración del proceso

Finalmente, y debido al particular grado de afectación que podría suponer este tipo procesos en una niña o niño, es particularmente importante hacer hincapié en que la duración del proceso

(240) Lo anterior, en palabras del Comité de los Derechos del Niño, consiste en “una garantía de que las opiniones del niño no se escuchan solamente como mera formalidad, sino que se toman en serio”. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 12: El derecho del niño a ser escuchado*, *supra*, párr. 45.

(241) Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 12: El derecho del niño a ser escuchado*, *supra*, párr. 74.

(242) Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 12: El derecho del niño a ser escuchado*, *supra*, párr. 74.

(243) Cfr. *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*, *supra*, párr. 175, y *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, *supra*, párr. 133.

(244) Cfr. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, *supra*, párr. 126.

(245) Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, *supra*, párr. 98.

(246) Cfr. TEDH, *Caso Čonka Vs. Bélgica*, No. 51564/99. Sentencia de 5 de febrero de 2002, párr. 79, y *Caso Gebremedhin [Gaberamadhien] Vs. Francia*, No. 25389/05, Sentencia de 26 de abril de 2007, párr. 58.

hasta la adopción de la decisión final debe respetar un plazo razonable, lo que implica que los procesos administrativos o judiciales que conciernen a la protección de derechos humanos de niñas y niños “deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcional por parte de las autoridades” (247). Lo anterior no solo revela una necesidad de cautelar y de proteger el interés superior de la niña o del niño (248), sino que contribuye asimismo a mantener la situación de incertidumbre por el menor tiempo posible generando el menor impacto a la integridad física, psíquica y emocional de la niña o niño. Sin embargo, la duración debe extenderse lo suficiente como para garantizar que la niña o el niño sea adecuadamente oído. En este sentido, no se puede afectar el derecho de la niña o niño con base en justificaciones de mera celeridad del proceso.

IX

PRINCIPIO DE NO PRIVACIÓN DE LIBERTAD DE NIÑAS O NIÑOS POR SU SITUACIÓN MIGRATORIA IRREGULAR

La Corte Interamericana ha sido consultada sobre la interpretación que ha de otorgarse al principio de *ultima ratio* de la detención como medida cautelar en el marco de procedimientos migratorios cuando están involucrados niñas y niños que se encuentran junto a sus progenitores, así como en aquellos casos en que están involucrados niñas o niños no acompañados o separados de sus progenitores, a la luz de los artículos:

- 1 (249),
- 7 (250),

(247) *Asunto L.M. respecto de Paraguay. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de julio de 2011, Considerando 16. Ver también, TEDH, *Caso H. Vs. Reino Unido*, No. 9580/81. Sentencia de 8 de julio de 1987, párr. 85; *Caso Paulsen-Medalen y Svensson Vs. Suecia*, No. 149/1996/770/967. Sentencia de 19 de febrero de 1998, párrs. 39 y 42; *Caso Laino Vs. Italia*, No. 33158/96. Sentencia de 18 de febrero de 1999, párr. 18; *Caso Monory Vs. Rumania y Hungría*, No. 71099/01. Sentencia de 5 de abril de 2005, párr. 82, y *Caso V.A.M. Vs. Serbia*, No. 39177/05. Sentencia de 13 de marzo de 2007, párrs. 99 y 101.

(248) *Cfr. Asunto L.M. respecto de Paraguay. Medidas Provisionales, supra*, Considerando 16.

(249) Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos:

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

(250) Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.
6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal

8 (251),
19 (252) y
29 (253) de la Convención Americana y del artículo XXV (254) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

(251) Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
- b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;
- c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
- f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
- g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
- h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

(252) Artículo 19. Derechos del Niño

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

(253) Artículo 29. Normas de Interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

(254) Artículo XXV. Derecho de protección contra la detención arbitraria

Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes.

Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil.

A fin de abordar la presente temática que tiene como objeto central la interpretación del derecho a la libertad personal reconocido en los artículos 7 de la Convención Americana y XXV de la Declaración, resulta pertinente dejar sentado que la pregunta, al hacer referencia al término “detención”, lo emplea en un sentido amplio equivalente al de privación de libertad. En esta misma línea, la Corte procederá a utilizar el concepto de privación de libertad pues resulta más inclusivo. Al respecto, la Corte adopta un criterio amplio, de conformidad con el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos (255) y autónomo de lo establecido en las legislaciones nacionales (256), en el entendido que el componente particular que permite individualizar a una medida como privativa de libertad más allá de la denominación específica que reciba a nivel local (257) es el hecho de que la persona, en este caso la niña y/o el niño, no pueden o no tienen la posibilidad de salir o abandonar por su propia voluntad el recinto o establecimiento en el cual se encuentra o

Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad.

(255) El artículo 4.2 del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes establece que privación de libertad significa “cualquier forma de detención o encarcelamiento o de custodia de una persona en una institución pública o privada de la cual no pueda salir libremente, por orden de una autoridad judicial o administrativa o de otra autoridad pública”. *Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, UN Doc. A/RES/57/199, adoptado el 18 de diciembre de 2002, entrada en vigor el 22 junio de 2006. De conformidad con la Regla 11.b de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, por privación de libertad se entiende “toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública”. *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad*, UN Doc. A/RES/45/113, adoptadas el 14 de diciembre de 1990. A los efectos de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas adoptados por la Comisión Interamericana, se entiende por “privación de libertad”: “[c]ualquier forma de detención, encarcelamiento, institucionalización, o custodia de una persona, por razones de asistencia humanitaria, tratamiento, tutela, protección, o por delitos e infracciones a la ley, ordenada por o bajo el control *de facto* de una autoridad judicial o administrativa o cualquier otra autoridad, ya sea en una institución pública o privada, en la cual no pueda disponer de su libertad ambulatoria. Se entiende entre esta categoría de personas, no sólo a las personas privadas de libertad por delitos o por infracciones e incumplimientos a la ley, ya sean éstas procesadas o condenadas, sino también a las personas que están bajo la custodia y la responsabilidad de ciertas instituciones, tales como: hospitales psiquiátricos y otros establecimientos para personas con discapacidades físicas, mentales o sensoriales; instituciones para niños, niñas y adultos mayores; centros para migrantes, refugiados, solicitantes de asilo o refugio, apátridas e indocumentados, y cualquier otra institución similar destinada a la privación de libertad de personas”. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Resolución 1/08: Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas*, adoptados durante el 131º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008.

(256) En particular, considerando lo dispuesto en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que versa sobre el derecho interno y la observancia de los tratados y establece que “[u]na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”.

(257) Esto es, si se denomina aprehensión, detención, encarcelamiento, internamiento, institucionalización, etc.

ha sido alojado. De este modo, cualquier situación o medida que sea caracterizada bajo la anterior definición tornará aplicables todas las garantías asociadas (*infra* Capítulo XII).

Más específicamente, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados ha entendido, en el ámbito de las personas en búsqueda de protección internacional, que la detención equivale a “la privación de la libertad o al confinamiento dentro de un lugar cerrado donde al solicitante de asilo no se le permite salir a su voluntad, incluso, aunque sin limitarse, prisiones o instalaciones de detención, centros de recepción cerrados, instalaciones o centros de retención” (258). Asimismo, entiende que “[l]as distinciones entre la privación de la libertad (detención) y restricciones menores a la circulación son de ‘grado o intensidad y no de naturaleza o sustancia’” (259). Por consiguiente, “[i]ndependientemente del nombre que se le dé a un determinado lugar de detención, las cuestiones importantes son si el solicitante de asilo está siendo privado de *facto* de su libertad y si esta privación es legal según el derecho internacional” (260). Se otorga así, pues, una precisión adicional al concepto de privación de libertad en supuestos en que se restringe la libertad ambulatoria pero que dicha restricción genera, en la situación concreta, una afectación de tal envergadura a los derechos de la persona, como puede ser el derecho a solicitar y recibir asilo, que dicha restricción resulta asimilable a una medida privativa de libertad por el “tipo, duración, efectos y forma de implementación” (261).

En el contexto migratorio, la privación de libertad puede afectar a solicitantes de asilo, refugiados, apátridas y migrantes en situación irregular. Sin embargo, la Corte entiende que el ámbito de consulta de esta pregunta se sitúa en aquellos casos relativos específicamente a niñas o niños en situación migratoria irregular, producto de una entrada o permanencia en el país sin cumplir con los requisitos de la legislación interna, así como a niñas o niños solicitantes de asilo que no obtuvieron el reconocimiento del estatus de refugiado, por no contar con elementos de inclusión o por razones de exclusión, que son sometidas a un procedimiento que puede finalizar ordenando la expulsión o deportación al país de origen, o bien permitiendo la estancia (262). Por otra parte, quedan fuera del ámbito de la pregunta las medidas privativas de libertad de carácter punitivo o sancionatorio en la esfera del control migratorio pues, de conformidad con la jurisprudencia de este Tribunal, habrán de reputarse arbitrarias y, por consiguiente, contrarias a la Convención y Declaración Americana (263).

(258) Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices del sobre los criterios y estándares aplicables a la detención de solicitantes de asilo y las alternativas a la detención*, publicadas en 2012, introducción, párr. 5.

(259) Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices del sobre los criterios y estándares aplicables a la detención de solicitantes de asilo y las alternativas a la detención*, publicadas en 2012, introducción, párr. 6.

(260) Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices del sobre los criterios y estándares aplicables a la detención de solicitantes de asilo y las alternativas a la detención*, publicadas en 2012, introducción, párr. 7, citando TEDH, *Caso Guzzardi Vs. Italia*, No. 7367/76. Sentencia de 6 de noviembre de 1980, párr. 93.

(261) TEDH, *Caso Amuur Vs. Francia*, No. 19776/92. Sentencia de 25 de junio de 1996, párr. 42 (traducción de la Secretaría de la Corte).

(262) Respecto a la no detención de solicitantes de asilo y refugiados por motivos migratorios, aplican las salvaguardas específicas contenidas en el artículo 31 de la Convención de 1951 y los lineamientos de ACNUR. *Cfr.* Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices sobre los criterios y estándares aplicables a la detención de solicitantes de asilo y las alternativas a la detención*, publicadas en 2012.

(263) *Cfr.* *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, *supra*, párr. 169. La Relatora Especial de Naciones Unidas sobre los derechos humanos de los migrantes ha sostenido que “[l]a detención de los migrantes con motivo de su condición irregular no debería bajo ninguna circunstancia tener un carácter punitivo”.

Como puede advertirse de los términos de la propia consulta, la pregunta sometida parte de dos premisas fundadas en el derecho internacional de los derechos humanos y acogidas por la jurisprudencia de esta Corte, esto es, (i) el principio de *ultima ratio* de la privación de libertad de niñas y niños y (ii) la exigencia de motivar la necesidad de recurrir a medidas privativas de libertad de carácter cautelar por infracciones a la ley migratoria, como medida excepcional.

En efecto, constituye un principio del derecho internacional de los derechos humanos (264) cristalizado en la Convención sobre los Derechos del Niño (265) y desarrollado por la jurisprudencia de esta Corte en el marco del derecho a la libertad personal en casos relativos a jóvenes en conflicto con la ley penal (266), que la privación de libertad, ya sea en su faceta cautelar o en tanto sanción penal, constituye una medida de último recurso que debe ser aplicada, cuando proceda, por el menor tiempo posible (267), dado el objeto fundamentalmente pedagógico del proceso penal relativo a personas menores de edad (268). Es así que la privación de libertad en el contexto de la justicia penal juvenil debe respetar los principios de legalidad, excepcionalidad y máxima brevedad (269). Asimismo, la excepcionalidad de la prisión preventiva opera con mayor rigurosidad, ya

Informe presentado por la Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, *Grupos específicos e individuos: Trabajadores migrantes*, de conformidad con la resolución 2002/62 de la Comisión de Derechos Humanos, UN Doc. E/CN.4/2003/85, 30 de diciembre de 2002, párr. 73. Asimismo, el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria ha afirmado que “la penalización de la entrada irregular en un país supera el interés legítimo de los Estados en controlar y regular la inmigración irregular y puede dar lugar a detenciones innecesarias”. Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Informe del Grupo, *Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo*, UN Doc. A/HRC/7/4, 10 de enero de 2008, párr. 53. Ver también, Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, *Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo*, UN Doc. A/HRC/11/7, 14 de mayo de 2009, párr. 65.

(264) Véase la regla 13.1 de las *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing)*, UN Doc. A/RES/40/33, adoptadas el 29 de noviembre de 1985; la regla 6.1 de las *Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio)*, UN Doc. A/RES/45/110, adoptadas el 14 de diciembre de 1990; la regla 17 de las *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (Reglas de la Habana)*, UN Doc. A/RES/45/113, adoptadas el 14 de diciembre de 1990, y el principio III de los *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, adoptados durante el 131º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008.

(265) El artículo 37.b) de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone que los Estados Partes velarán por que:

Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda.

(266) Cfr. *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay*, *supra*, párrs. 230 y 231, y *Caso Mendoza y otros Vs. Argentina*, *supra*, párr. 162.

(267) Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 10: Los derechos del niño en la justicia de menores*, UN Doc. CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párrs. 70, 79 y 80. Ver también Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párr. 61.

(268) Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 10: Los derechos del niño en la justicia de menores*, *supra*, párr. 51.

(269) Véase artículo 37.b) y d) de la Convención sobre los Derechos del Niño.

que la regla debe ser la libertad y, en caso de que se verifique la necesidad de cautela, debe primar la aplicación de medidas sustitutorias (270).

En razón de que las infracciones relacionadas con el ingreso o permanencia en un país no pueden, bajo ningún concepto, tener consecuencias iguales o similares a aquellas que derivan de la comisión de un delito y en atención a las diferentes finalidades procesales existentes entre los procesos migratorios y los penales, la Corte estima que el principio de *ultima ratio* de la privación de libertad de niñas y niños no constituye un parámetro operativo en el ámbito sometido a consulta, esto es, a los procedimientos migratorios (271).

Por otra parte, en el caso *Vélez Loor Vs. Panamá* la Corte estableció la incompatibilidad con la Convención Americana de medidas privativas de libertad de carácter punitivo para el control de los flujos migratorios, en particular de aquellos de carácter irregular (272). Específicamente, determinó que la detención de personas por incumplimiento de las leyes migratorias nunca debe ser con fines punitivos, de modo tal que las medidas privativas de libertad sólo deberán ser utilizadas cuando fuere necesario y proporcionado en el caso en concreto a los fines de asegurar la comparecencia de la persona al proceso migratorio o para garantizar la aplicación de una orden de deportación y únicamente durante el menor tiempo posible (273). En consecuencia, la Corte objetó por arbitrarias aquellas políticas migratorias cuyo eje central es la detención obligatoria de los migrantes irregulares, sin que las autoridades competentes verifiquen en cada caso en particular, y mediante una evaluación individualizada, la posibilidad de utilizar medidas menos restrictivas que sean efectivas para alcanzar aquellos fines (274).

Sobre esta base, la consulta procura que la Corte interprete, a la luz de los artículos 7 de la Convención y XXV de la Declaración, el alcance de las medidas privativas de libertad en el marco de procedimientos migratorios desglosando dos supuestos diferenciados: cuando se ven involucrados niñas y niños que se encuentran junto a sus progenitores, así como en aquellos casos en que las niñas y niños se encuentran no acompañados o separados.

Ahora bien, corresponde realizar un análisis de la compatibilidad de la privación de libertad de niñas y niños por razones de índole migratoria con las disposiciones de la Convención y de la Declaración traídas a consulta a la luz de los requisitos para proceder a una restricción legítima del derecho a la libertad personal que se han explicitado en su jurisprudencia, teniendo en consideración las circunstancias específicas de la niña o del niño, es decir, su condición de persona

(270) Cfr. *Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay*, *supra*, párr. 230. Ver también, las reglas 13.1 y 13.2 de las *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing)*.

(271) De hecho, el Comité de los Derechos del Niño ha hecho hincapié en que el respeto de las exigencias del párrafo b) del artículo 37 de la Convención, en cuanto establece que "la detención, encarcelamiento o prisión se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda," procederá en aquellos supuestos en que la privación de libertad de niñas o niños no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen esté excepcionalmente justificada "por otras razones". Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párr. 61.

(272) Cfr. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, *supra*, párrs. 163 a 172.

(273) Cfr. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, *supra*, párrs. 169 y 171.

(274) Cfr. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, *supra*, párr. 171, citando Comité de Derechos Humanos, *C. c. Australia* (Comunicación No. 900/1999), UN Doc. CCPR/C/76/D/900/1999, dictamen adoptado el 13 de noviembre de 2002, párr. 8.2.

en desarrollo y su interés superior. A tal fin y con base en el artículo 30 de la Convención, la Corte evaluará: (i) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención; (ii) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; (iii) que sean necesarias, y (iv) que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida (275).

Entonces, la medida de privación de libertad, si bien puede perseguir una finalidad legítima y resultar idónea para alcanzarla, al conjugar los criterios desarrollados y en virtud del principio de interés superior de la niña o del niño, la Corte es de la opinión que la privación de libertad de niñas o de niños por razones exclusivas de índole migratoria excede el requisito de necesidad (276), toda vez que tal medida no resulta absolutamente indispensable a los fines de asegurar su comparecencia al proceso migratorio o para garantizar la aplicación de una orden de deportación (*supra* párr. 151). Aunado a ello, la Corte es de la opinión que la privación de libertad de una niña o niño en este contexto de ninguna manera podría ser entendida como una medida que responda a su interés superior (277). En este sentido, la Corte considera que existen medidas menos gravosas (*infra* párr. 162) que podrían ser idóneas para alcanzar tal fin y, al mismo tiempo, responder al interés superior de la niña o del niño. En suma, la Corte es de la opinión que la privación de libertad de un niño o niña migrante en situación irregular, decretada por esta única circunstancia, es arbitraria, y por ende, contraria tanto a la Convención como a la Declaración Americana.

En consideración de la condición especial de vulnerabilidad de las niñas y los niños migrantes en situación irregular, los Estados tienen la obligación, de acuerdo a los artículos 19 de la Convención Americana y VII de la Declaración, de optar por medidas (278) que propendan al cuidado y bienestar de la niña o del niño con miras a su protección integral antes que a su privación de libertad (279) (*infra* Capítulo X). La Corte considera que el parámetro de actuación estatal debe, por ende, tener como objetivo asegurar en la mayor medida posible la prevalencia del interés superior

(275) *Cfr. Caso Vélez Loor Vs. Panamá, supra*, párr. 166.

(276) Este requisito implica que la medida debe ser absolutamente indispensable para conseguir el fin deseado y que no existe una medida menos gravosa respecto al derecho restringido, entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad, para alcanzar el objetivo propuesto. *Cfr. Caso Vélez Loor Vs. Panamá, supra*, párr. 166.

(277) Ver en igual sentido, STEPS Consulting Social, *The conditions in centres for third country national (detention camps, open centres as well as transit centres and transit zones) with a particular focus on provisions and facilities for persons with special needs in the 25 EU member states*, estudio elaborado para la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos Internos del Parlamento Europeo, Ref. IP/C/LIBE/IC/2006-181, diciembre de 2007, pág. 22, afirmando que “[e]l confinamiento de menores de edad debe estar prohibido. El interés superior del niño debe ser la base de cualquier decisión tomada sobre ese niño. Privar a un niño de su libertad no puede de ninguna manera corresponder a su mejor interés, otras prácticas pueden utilizarse y ya se han aplicado en algunos países” (traducción de la Secretaría de la Corte).

(278) *Cfr. Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Informe del Grupo, Informe sobre la visita del Grupo de Trabajo al Reino Unido sobre la cuestión de los inmigrantes y solicitantes de asilo*, UN Doc. E/CN.4/1999/63/Add.3, 18 de diciembre de 1998, párr. 33, e Informe presentado por la Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, Grupos específicos e individuos: Trabajadores migrantes, de conformidad con la resolución 2002/62 de la Comisión de Derechos Humanos, UN Doc. E/CN.4/2003/85, 30 de diciembre de 2002, párrs. 39 y 40.

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

de la niña o del niño migrante y el principio rector de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y a su desarrollo, en los términos desarrollados en el capítulo siguiente, a través de medidas adecuadas a sus necesidades (280).

Como corolario de lo antedicho, la Corte entiende que el alcance de la respuesta estatal a la luz del interés superior de la niña o del niño adquiere características particulares dependiendo de la situación concreta en la que se halle la niña o el niño (281), es decir, si se encuentra junto a sus progenitores o si por el contrario se trata de una niña o un niño no acompañado o separado de sus progenitores (*supra* párr. 49). Ello teniendo en cuenta, por un lado, la especial vulnerabilidad en que se encuentran las niñas y los niños no acompañados o separados y, por el otro, que corresponde a los progenitores la obligación primaria de la crianza y el desarrollo de la niña o del niño y, subsidiariamente, al Estado “asegurar [a la niña o] al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de [ella o] él ante la ley” (282).

De acuerdo con las consideraciones precedentes, la Corte considera que, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, la privación de libertad resulta impropia cuando las niñas y los niños se encuentran no acompañados o separados de su familia, pues bajo esta óptica el Estado se encuentra obligado a promover en forma prioritaria las medidas de protección especial orientadas en el principio del interés superior de la niña o del niño (283), asumiendo su posición de garante con mayor cuidado y responsabilidad (284). En la misma línea, el Comité de los Derechos del Niño ha sostenido:

En aplicación del artículo 37 de la Convención y del principio del interés superior del menor, no debe privarse de libertad, por regla general, a los menores no acompañados o separados de su familia. La privación de libertad no podrá justificarse solamente por que el menor esté solo o separado de su familia, ni por su condición de inmigrante o residente. [...] Por consiguiente, deber hacerse todo lo posible, incluso acelerar los procesos pertinentes, con objeto de que los menores no acompañados o separados de su familia sean puestos en libertad y colocados en otras instituciones de alojamiento (285).

(280) *Cfr.* Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, *Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo*, UN Doc. A/HRC/11/7, 14 de mayo de 2009, párrs. 60 a 62.

(281) *Cfr. Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina, supra*, párr. 126.

(282) Véase el artículo 3.2, relacionado con los artículos 18 y 27, de la Convención sobre los Derechos del Niño.

(283) Véase el artículo 20.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que dispone “[l]os niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado”.

(284) *Cfr. Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina, supra*, párr. 126.

(285) Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, supra*, párr. 61. Ver también, Informe presentado por la Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, *Grupos específicos e individuos: Trabajadores migrantes*, de conformidad con la resolución 2002/62 de la Comisión de Derechos Humanos, UN Doc. E/CN.4/2003/85, 30 de diciembre de 2002, párr. 75.a).

Por otra parte, la Corte ha resaltado que “[e]l niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas” (286). De esta forma, cuando se trata de niñas y/o de niños que se encuentran junto a sus progenitores, el mantenimiento de la unidad familiar en razón de su interés superior no constituye razón suficiente para legitimar o justificar la procedencia excepcional de una privación de libertad de la niña o del niño junto con sus progenitores, dado el efecto perjudicial para su desarrollo emocional y su bienestar físico. Por el contrario, cuando el interés superior de la niña o del niño exige el mantenimiento de la unidad familiar, el imperativo de no privación de libertad se extiende a sus progenitores y obliga a las autoridades a optar por medidas alternativas a la detención para la familia y que a su vez sean adecuadas a las necesidades de las niñas y los niños (287). Evidentemente, esto conlleva un deber estatal correlativo de diseñar, adoptar e implementar soluciones alternativas a los centros de detención en régimen cerrado a fin de preservar y mantener el vínculo familiar y propender a la protección de la familia, sin imponer un sacrificio desmedido a los derechos de la niña o del niño a través de la privación de libertad para toda o parte de la familia (288).

En definitiva y a juicio de la Corte, la privación de libertad en el ámbito de la justicia penal juvenil -esto es, cuando se relaciona con la comisión de una conducta tipificada como delito- solo podrá excepcionalmente justificarse en los casos previstos en la ley y siempre que se aplique como una medida de último recurso y por el tiempo más breve posible.

En cambio y también a criterio de la Corte, los Estados no pueden recurrir a la privación de libertad de niñas o niños que se encuentran junto a sus progenitores, así como de aquellos que se encuentran no acompañados o separados de sus progenitores, para cautelar los fines de un proceso migratorio ni tampoco pueden fundamentar tal medida en el incumplimiento de los requisitos para ingresar y permanecer en un país, en el hecho de que la niña o el niño se encuentre solo o separado de su familia, o en la finalidad de asegurar la unidad familiar, toda vez que pueden y deben disponer de alternativas menos lesivas y, al mismo tiempo, proteger de forma prioritaria e integral los derechos de la niña o del niño.

(286) *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, *supra*, párr. 71, y *Caso Fornerón e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242, párr. 46. Ver también, el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

(287) *Cfr.* Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. François Crépeau, *Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo*, UN Doc. A/HRC/20/24, 2 de abril de 2012, párr. 40. Ver también, Comité de los Derechos del Niño, *Report of the 2012 Day of General Discussion: the rights of all children in the context of international migration [Informe del Día de Debate General de 2012: los derechos de todos los niños en el contexto de la migración internacional]*, 28 de septiembre de 2012, recomendación en párr. 78: “[l]os niños no deben ser criminalizados o sujetos a medidas punitivas a causa de su situación migratoria o la de sus padres. La detención de un niño debido a su estatus migratorio o el de sus padres constituye una violación de los derechos del niño y siempre contraviene el principio del interés superior del niño. En este sentido, los Estados deberían cesar en forma expedita y completa la detención de los niños sobre la base de su estatus migratorio” (traducción de la Secretaría de la Corte).

(288) *Cfr.* Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, *Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo*, UN Doc. A/HRC/11/7, 14 de mayo de 2009, párr. 62; Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, UN Doc. A/65/222, 3 de agosto de 2010, párr. 48, y TEDH, *Caso Popov Vs. Francia*, Nos. 39472/07 y 39474/07, Sentencia de 19 de enero de 2013, párrs. 140, 141 y 147. Ver también, Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, *Adición: Misión a los Estados Unidos de América*, UN Doc. A/HRC/7/12/Add.2, 5 de marzo de 2008, párr. 125.

X

CARACTERÍSTICAS DE LAS MEDIDAS PRIORITARIAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE NIÑAS Y NIÑOS MIGRANTES Y GARANTÍAS PARA SU APLICACIÓN

La Corte Interamericana ha sido consultada sobre las características que deberían incorporar las medidas alternativas adecuadas de protección de derechos de la niña o del niño migrante que debieran constituir la respuesta estatal prioritaria para evitar cualquier tipo de restricción a la libertad ambulatoria y respecto de las garantías de debido proceso que deberían aplicarse en el procedimiento en el cual se adopte una decisión al respecto, a la luz de los artículos:

- 2 (289),
- 7 (290),
- 19 (291),
- 25 (292) y

(289) Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

(290) Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.
6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.
7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

(291) Artículo 19. Derechos del Niño

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

(292) Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
2. Los Estados Partes se comprometen:
 - a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

29 (293) de la Convención Americana y del artículo XXV (294) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Primeramente, la Corte interpreta que, conforme a las pertinentes normas internacionales, en la propia ontología del concepto de medida alternativa a la detención se encuentra la primera característica, es decir, tales medidas deben ser concebidas justamente por oposición a lo que se entiende por una medida privativa de libertad y conllevar un nivel menor de lesividad en los derechos de la persona, como por ejemplo la notificación periódica a las autoridades o la permanencia en centros de alojamiento abiertos o en un lugar designado (295).

Sin embargo, habiendo establecido previamente el alcance del derecho a la libertad personal (artículos 7 de la Convención y XXV de la Declaración) respecto a las niñas y niños migrantes por motivo del solo incumplimiento de la legislación migratoria, al interpretar que éste implica un principio general de no privación de libertad (*supra* Capítulo IX), la Corte reafirma que la libertad es la regla mientras se resuelve la situación migratoria o se procede a la repatriación voluntaria y segura, y las medidas a disponerse no debieran concebirse en sí como alternativas a la detención, sino como medidas de aplicación prioritaria que deben tener como principal objetivo la protección integral de derechos, de acuerdo a una evaluación individualizada y atendiendo al interés superior.

A este respecto el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere “cuidados especiales”, y los artículos 19 de la Convención Americana y VII de la Declaración señalan, respectivamente, que debe recibir “medidas especiales de protección” y “protección, cuidados y ayuda especiales”. Estas medidas de protección deben, pues, a juicio de la Corte, definirse en la lógica de protección integral, esto es, deben propender al pleno disfrute de todos los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño y en otros instrumentos aplicables (296), en especial el derecho a la salud, a una alimentación adecuada, a la edu-

-
- b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
 - c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

(293) Artículo 29. Normas de Interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

(294) Artículo XXV. Derecho de protección contra la detención arbitraria

Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes.

Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil.

Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad.

(295) *Cfr.* Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Informe del Grupo, *Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo*, UN Doc. A/HRC/13/30, 18 de enero de 2010, párrs. 61 y 65.

(296) *Cfr.* *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, supra*, párrs. 26 y 88.

cación (297), así como al juego y a las actividades recreativas propias de su edad. En particular, la Corte considera que deben estar inspiradas en la promoción del bienestar y el aseguramiento del desarrollo de la niña o del niño través de tres ejes principales: (i) la satisfacción de las necesidades materiales, físicas y educativas básicas, (ii) el cuidado emocional y (iii) la seguridad en tanto protección efectiva contra cualquier tipo de abuso, explotación o forma de violencia (298).

En este sentido, adquiere una relevancia central la obligación estatal de disponer de un conjunto de medidas que procuren los fines indicados, la cual se orienta en dos direcciones: por un lado, impone en el ámbito de competencia del órgano legislativo el deber de establecer, a través de la expedición de normas, un abanico de medidas que cumplan con los lineamientos descritos y, por el otro, sujeta al juez o al funcionario competente a aplicar dichas medidas en el marco de su esfera de actuación, de conformidad con el interés superior.

Ahora bien, sin perjuicio de que corresponde a cada Estado la decisión sobre el diseño legislativo e institucional para la aplicación de las referidas medidas, el derecho internacional de los derechos humanos dispone una aproximación al tema considerando que su objetivo principal es la atención y cuidado que se requiere por su calidad particular de niñas y niños. Por este motivo, la Corte estima que, por tanto y en este ámbito, debería prevalecer la aplicación del sistema de protección de la infancia con sus servicios asociados por sobre las instituciones que ejercen el control migratorio (299).

En lo que se refiere a las niñas y niños no acompañados o separados, el derecho internacional impone sobre el Estado obligaciones específicas atendiendo a esta situación particular (300). Aún cuando no se cuenta con normativa específica para la protección de niñas y niños en situación de irregularidad migratoria, las directrices sobre modalidades alternativas de cuidado a niñas y niños (301) contienen pautas respecto al acogimiento de niñas y niños que se encuentran en el extranjero “sea cual fuere el motivo” (302) y, en particular, de aquellos no acompañados o separados. Dado que los Estados deben garantizar que la niña o niño tenga un lugar adecuado donde

(297) Sobre el particular, la Corte ha sostenido que “de acuerdo al deber de protección especial de los niños consagrado en el artículo 19 de la Convención Americana, interpretado a la luz de la Convención para los Derechos del Niño y del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en relación con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la Convención, el Estado debe proveer educación primaria gratuita a todos los menores, en un ambiente y condiciones propicias para su pleno desarrollo intelectual”. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, *supra*, párr. 185.

(298) Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación general N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, *supra*, párrs. 71 a 74.

(299) Véase Comité de los Derechos del Niño, *Report of the 2012 Day of General Discussion: the rights of all children in the context of international migration [Informe del Día de Debate General de 2012: los derechos de todos los niños en el contexto de la migración internacional]*, 28 de septiembre de 2012, párr. 57.

(300) Véase el artículo 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*.

(301) Cfr. *Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional*, UN Doc. A/RES/41/85, adoptada el 3 de diciembre de 1986, y *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños*, UN Doc. A/RES/64/142, adoptadas el 18 de diciembre de 2009.

(302) *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños*, párr. 139.

alojarse, resulta pertinente tener en cuenta las referidas directrices en relación con las modalidades de acogida. En este sentido, se deben priorizar soluciones basadas en la familia o la comunidad antes que la institucionalización (303). Los Estados se encuentran, además, obligados a adoptar las medidas necesarias tendientes a la determinación de la identidad y composición familiar de la niña o del niño en tal situación (*supra* párr. 84); localizar a su familia y propender a su reunificación familiar (304), teniendo en cuenta su opinión e interés superior (305), y velar por la repatriación voluntaria y segura a su país de origen. En caso de no ser posible esto último, otras soluciones duraderas debieran tenerse en cuenta (306).

En lo que se refiere a niñas y niños pertenecientes a comunidades indígenas, la Corte ha señalado que “para el desarrollo pleno y armonioso de su personalidad, los niños indígenas, de acuerdo con su cosmovisión, preferiblemente requieren formarse y crecer dentro de su entorno natural y cultural, ya que poseen una identidad distintiva que los vincula con su tierra, cultura, religión, e idioma” (307). Por ende, cuando se han desplazado voluntaria o forzosamente fuera de su territorio y comunidad, las medidas de protección deben ser adoptadas e implementadas teniendo en consideración su contexto cultural (308).

Específicamente, la Corte considera que el referido conjunto de medidas a ser aplicadas a niñas y niños por motivo de irregularidad migratoria debe estar contemplado en el ordenamiento interno de cada Estado. De forma similar, se debe reglamentar la forma procedimental de la aplicación procurando que se respeten las siguientes garantías mínimas: contar con una autoridad administrativa o judicial competente; tomar en cuenta las opiniones de niñas y niños sobre su preferencia (309); velar por que el interés superior de la niña o del niño sea una consideración primordial al tomar la decisión (310); y garantizar el derecho a revisión de la decisión en caso de considerarse que no es la medida adecuada, la menos lesiva o que se está utilizando de forma punitiva (311).

En suma, la Corte es de opinión que las niñas y los niños migrantes y, en particular aquellos en situación migratoria irregular, quienes se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad, requieren del Estado receptor una actuación específicamente orientada a la protección prioritaria de sus derechos, que debe ser definida según las circunstancias particulares de cada caso concreto, es decir, si se encuentran junto con su familia, separados o no acompañados, y atendiendo a su interés superior. A tal fin, los Estados, en cumplimiento de sus obligaciones internacionales en

(303) Cfr. Comité Internacional de la Cruz Roja y otros, *Directrices Generales Inter-Agenciales sobre Niñas y Niños No Acompañados y Separados*, enero de 2004, pág. 26.

(304) Cfr. TEDH, *Caso de Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga Vs. Bélgica*, No. 13178/03. Sentencia de 12 de octubre de 2006, párr. 85.

(305) Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párr. 80.

(306) Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párrs. 89 a 92.

(307) *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 169.

(308) Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 11: Los Niños Indígenas y sus derechos en virtud de la Convención*, UN Doc. CRC/GC/2009/11, 11 de febrero de 2009.

(309) Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, *supra*, párr. 89.

(310) Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, *supra*.

(311) Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, *supra*, párr. 98.

la materia, deben diseñar e incorporar en su ordenamiento interno un conjunto de medidas no privativas de libertad a ser ordenadas y aplicadas mientras se desarrollan los procesos migratorios que propendan de forma prioritaria a la protección integral de los derechos de la niña o del niño, de conformidad con las características descriptas, con estricto respeto de sus derechos humanos y al principio de legalidad.

XI

CONDICIONES BÁSICAS DE LOS ESPACIOS DE ALOJAMIENTO DE NIÑAS Y NIÑOS MIGRANTES Y LAS OBLIGACIONES ESTATALES CORRESPONDIENTES A LA CUSTODIA POR RAZONES MIGRATORIAS

La Corte Interamericana ha sido consultada sobre las condiciones básicas que debieran satisfacer los espacios de alojamiento de niñas y niños migrantes, así como sobre las obligaciones estatales principales respecto a las niñas y niños que se encuentren bajo su custodia por razones migratorias, a la luz de los artículos:

- 1 (312),
- 2 (313),
- 4.1 (314),
- 5 (315),
- 7 (316),

(312) Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

(313) Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

(314) Artículo 4. Derecho a la Vida

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente. [...]

(315) Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.
2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.
3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.
4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.
5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.
6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

(316) Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

17 (317) y
19 (318) de la Convención Americana y los artículos I (319) y XXV (320) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

La Corte estima necesario reiterar, en primer lugar, la posición especial de garante que asume el Estado con respecto a personas que se encuentran bajo su custodia o cuidado, a quienes debe de proveer, en tanto obligación positiva, las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y recibir un trato humano acorde con su dignidad personal (321), de conformidad con los

-
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
 4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
 5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.
 6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.
 7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

(317) Artículo 17. Protección a la Familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.
3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.
4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.
5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

(318) Artículo 19. Derechos del Niño

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

(319) Artículo I. Derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona

Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

(320) Artículo XXV. Derecho de protección contra la detención arbitraria

Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes.

Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil.

Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad.

(321) Cfr. *Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párrs. 126 y 138; *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay, supra*, párr. 151, y *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 138.

artículos 4.1 y 5 de la Convención y I y XXV de la Declaración, lo que se aplica de forma peculiar o preferente a las niñas y a los niños migrantes, que requieren de las medidas de protección especial de acuerdo a los artículos 19 de la Convención y VII de la Declaración (*supra* párr. 66).

De conformidad con los criterios desarrollados anteriormente (*supra* Capítulos IX y X), los Estados deben, en cumplimiento de sus compromisos internacionales, priorizar las medidas que propendan al cuidado de la niña o del niño con miras a su protección integral, cuando se ve involucrado en procedimientos migratorios. En determinadas circunstancias, como por ejemplo cuando la niña o el niño se encuentra junto a su familia y se comprueba una necesidad excepcional, ineludible o imperiosa de cautelar en forma preferente los fines del proceso migratorio y no hay otra opción menos lesiva que la institucionalización en un centro donde se permita la convivencia entre la niña o el niño y su grupo familiar, o cuando la niña o el niño se encuentra no acompañado o separado de su familia y no existe la posibilidad de otorgar una medida basada en un entorno familiar o comunitario de forma tal que es necesario acogerlo en un centro, es posible que los Estados recurran a medidas tales como el alojamiento o albergue de la niña o del niño, ya sea por un período breve o durante el tiempo que sea necesario para resolver la situación migratoria. En este sentido, la Corte recuerda que ya se ha pronunciado con respecto a la necesidad de separación de las personas migrantes bajo custodia de las personas acusadas o condenadas por delitos penales, al establecer que los centros para alojar a las personas migrantes deben estar destinados específicamente a tal fin (322).

Tales centros de acogida pueden ser establecimientos estatales o privados. No obstante, la delegación a la iniciativa privada de proveer esos servicios, exige, como elemento fundamental y acorde en especial a lo previsto en el artículo 1.1 de la Convención, la obligación del Estado de fiscalizar tales centros para garantizar una efectiva protección de los derechos humanos de las personas bajo su jurisdicción y para que los servicios públicos sean provistos a la colectividad sin ningún tipo de discriminación, y de la forma más efectiva posible (323). En el mismo sentido, la Corte considera que los Estados tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias a efectos de regular y fiscalizar que los espacios de alojamiento cumplan criterios técnicos para su acreditación y habilitación en consonancia con las necesidades diferenciadas de las niñas y niños migrantes y que, en consecuencia, el sistema estatal prevea un método de supervisión de dichos espacios de alojamiento (324).

En este contexto, la Corte abordará las siguientes obligaciones estatales sobre condiciones básicas y desarrollará su alcance: (i) principio de separación y derecho a la unidad familiar, (ii) centros de alojamiento abiertos, y (iii) condiciones materiales y un régimen adecuado que asegure la protección integral de derechos.

Principio de separación y derecho a la unidad familiar

La Corte ha sostenido, con base en el artículo 5.5 de la Convención Americana y 37.c) de la Convención sobre los Derechos del Niño, que debe separarse a las niñas y niños de los adultos, ya que mantenerlos en un mismo espacio crea circunstancias que “son altamente perjudiciales para su desarrollo y los hace vulnerables ante terceros que, por su calidad de adultos, pueden abusar de su superioridad” (325).

Asimismo, el Comité de los Derechos del Niño se ha referido a la aplicabilidad de tal principio en caso de niñas o niños migrantes indicando que debe disponerse “lo necesario para que

(322) Cfr. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, *supra*, párr. 208.

(323) Cfr., *mutatis mutandi*, *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*, *supra*, párr. 96.

(324) Cfr. *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños*, párrs. 127 a 129.

(325) *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” Vs. Paraguay*, *supra*, párr. 175.

el alojamiento sea adecuado para los menores y esté separado del de los adultos, a menos que lo contrario se considere conveniente en interés superior [de la niña o] del niño” (326). En esta línea, la Corte considera que, para valorar la necesidad de la separación respecto de los adultos, es necesario conocer si se trata de niñas o niños no acompañados o separados, o bien que se encuentran junto con su familia, y evaluar la decisión a la luz del interés superior de la niña o del niño. En el caso de niñas y niños no acompañados o separados, la Corte comparte el criterio del Comité de los Derechos del Niño en orden a que, en tal caso, las niñas y los niños requieren un cuidado especial por parte de las personas encargadas del centro y en ningún sentido debe alojarlos junto con adultos (327). En cuanto al caso de niñas y niños que se encuentran junto a sus familiares, de conformidad con los artículos 17 de la Convención y VI de la Declaración que disponen el derecho a la protección de la familia, la regla debe ser que permanezcan con sus padres o quienes hagan sus veces, evitando en lo posible la desintegración de núcleos familiares (328) en los términos expuestos anteriormente (*supra* párrs. 158 y 160), salvo que el interés superior de la niña o del niño dicte lo contrario.

En suma, al tratarse de migrantes menores de edad el principio de separación adquiere, según el derecho internacional de los derechos humanos, dos dimensiones: (i) si se trata de niñas o niños no acompañados o separados, deben alojarse en sitios distintos al que corresponde a los adultos y (ii) si se trata de niñas o niños acompañados, deben alojarse con sus familiares, salvo que lo más conveniente sea la separación en aplicación del principio del interés superior de la niña o del niño.

Como cuestión adicional, la Corte considera que, en aplicación de las normas internacionales pertinentes, se debe tomar en cuenta la edad de las niñas y niños para su atención y cuidado en el centro de alojamiento, ya que es usualmente un indicativo de madurez que llega a determinar el comportamiento común de grupos de niñas y de niños, si bien cada caso debe ser individualizado, en especial en consideración a sus necesidades. Por consiguiente, la Corte es de opinión que es una obligación internacional del Estado correspondiente establecer y garantizar que el espacio de alojamiento de niñas y niños no acompañados o separados esté dividido según las necesidades específicas de grupos etarios y diferenciados de los centros para familias, y así adecuar los recursos humanos y materiales de forma acorde.

Centros de alojamiento abiertos

La Corte es del parecer que se deduce del ordenamiento jurídico internacional en la materia y en atención a lo establecido previamente en cuanto al alcance de los artículos 7 de la Convención y XXV de la Declaración Americana, que cualquier medida de alojamiento debe permitir la salida del establecimiento donde se encuentre la niña o el niño, esto es, debe desarrollarse en un ambiente no privativo de libertad. En igual sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido que los centros cerrados no son adecuados para la extrema vulnerabilidad de una niña migrante no acompañada, *inter alia*, debido a que las instalaciones no responden a sus necesidades especiales (329). En tal sentido, la Corte estima que las medidas deben representar y brindar una opción material y cualitativamente distinta a la privación de libertad en centros cerrados, priorizando un tratamiento que se adecúe a las necesidades de protección integral.

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

(327) *Cfr.* Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párr. 63.

(328) *Cfr.* *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, *supra*, párr. 209.

(329) *Cfr.* TEDH, *Caso de Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga Vs. Bélgica*, No. 13178/03. Sentencia de 12 de octubre de 2006, párr. 103.

Condiciones materiales y un régimen adecuado que asegure la protección integral de derechos

Respecto a las condiciones mínimas obligatorias que el Estado debe procurar para las personas bajo su custodia según las normas citadas, se encuentra la referida a que el alojamiento de niñas y niños debe, en virtud del principio de interés superior y protección integral de ellos, permitir su desarrollo holístico. Por lo mismo, es fundamental que los espacios de alojamiento de niñas y niños migrantes, más allá de si se encuentran junto a su familia o no acompañados o separados, aseguren condiciones materiales y un régimen adecuado para las niñas y niños, resguardando en todo momento la protección de sus derechos (330). En esta línea, resulta relevante tener en cuenta, en cada caso, la diversidad de las niñas y los niños en cuanto a su origen étnico, cultural, lingüístico y religioso (331).

Igualmente, la Corte deduce de las normas internacionales que estos centros deben garantizar el alojamiento, la manutención, el reconocimiento médico, el asesoramiento legal, el apoyo educativo y la atención integral a las niñas y a los niños. También deben disponer de una serie de servicios de atención especializada en razón de las necesidades particulares de cada niña o niño, atendiendo, por ejemplo, a las niñas y los niños con discapacidad (332), las niñas y los niños que viven con VIH/SIDA (333), las y los lactantes, las niñas y los niños pertenecientes a la primera infancia (334), las niñas y los niños víctimas de trata, entre otros. Asimismo, deben asegurar que no sea un escenario en el cual niñas y niños puedan ser objeto de violencia, explotación o abuso.

La Corte considera que para que un espacio de alojamiento cumpla con las condiciones para el ejercicio de los derechos establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, debe contar con una infraestructura física que permita el desarrollo mencionado. Algunas de esas condiciones son las siguientes: lograr que las niñas y niños tengan cierto nivel de privacidad para que su intimidad sea respetada; el espacio de alojamiento debe proveer un lugar donde tener sus cosas de forma segura; debe asegurarse la alimentación completa y nutritiva durante el tiempo de estadía; se debe otorgar acceso a servicios de salud, ya sea física y/o psicosocial; se debe proveer acceso continuo a la educación fuera del establecimiento; se debe contar con sitio para el esparcimiento y el juego, y las niñas y niños que quieran participar de actividades culturales, sociales y religiosas, deben contar con un tutor que los acompañe.

En cuanto al personal del centro, deberá estar especializado y recibir formación en psicología infantil, protección de la infancia y derechos humanos de las niñas y niños (335).

(330) Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, supra, párr. 12, e Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, *Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo*, UN Doc. A/HRC/14/30, 16 de abril de 2010, párrs. 56 y 57.

(331) Cfr. *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños*, párr. 141, e Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, *Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo*, UN Doc. A/HRC/14/30, 16 de abril de 2010, párr. 61.

(332) Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 9: Los derechos de los niños con discapacidad*, UN Doc. CRC/C/GC/9, 27 de febrero de 2007.

(333) Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 3: El VIH/SIDA y los derechos del niño*, UN Doc. CRC/GC/2003/3, 17 de marzo de 2003.

(334) Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 7: Realización de los derechos del niño en la primera infancia*, UN Doc. CRC/C/GC/7/Rev.1, 20 de septiembre de 2006.

(335) Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, supra, párr. 96.