

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

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

Serie A No. 21

OPINIÓN CONSULTIVA OC-21/14 DE 19 DE AGOSTO DE 2014

Solicitada por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República oriental del Uruguay

[Extractos¹]

1. El presente documento contiene extractos de la Opinión Consultiva OC-21/14, titulada *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. De esta manera, se ha incluido breve información sobre la función consultiva de la Corte Interamericana, se ha realizado una síntesis de la información relativa a la presentación de la consulta ante la Corte, y se incluye sólo algunos párrafos relevantes para la presente publicación, así como se han reducido el número y extensión de los pies de página. Los números de párrafos corresponden a aquellos de la Opinión Consultiva original, mas no así los números de los pies de página. Para ver el texto íntegro de la Opinión Consultiva siga el siguiente enlace: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_esp.pdf.

OPINIÓN CONSULTIVA

Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional

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 [...]:

[...]

[La función consultiva de la Corte Interamericana]

La posibilidad de emitir Opiniones Consultivas es parte de la función consultiva de la Corte, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 64.1 de la Convención Americana y los artículos 70 a 75 del Reglamento de la Corte. En virtud de esta función la Corte responde a consultas que formulan los Estados miembros de la OEA o los órganos de la misma acerca de: a) la compatibilidad de las normas internas con la Convención Americana, y b) la interpretación de la Convención o de los tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos.

En el ejercicio de esta función la Corte Interamericana ha examinado diversos temas relevantes que han permitido esclarecer diversas cuestiones del derecho internacional americano vinculadas a la Convención Americana, entre otras: restricciones a la pena de muerte; la colegiación obligatoria de periodistas; el derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, así como la condición jurídica y los derechos de las personas migrantes indocumentadas.]

[Síntesis de la información relativa a la presentación de la consulta]

El 7 de julio de 2011 la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del 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 los artículos 70.1 y 70.2 del Reglamento, presentaron una solicitud de Opinión Consultiva sobre niñez migrante 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”².

2. Los Estados solicitantes presentaron a la Corte Interamericana de Derechos Humanos 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

Acorde a lo requerido por los Estados solicitantes, el 19 de agosto de 2014 la Corte Interamericana emitió la Opinión Consultiva titulada “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional” en la cual determinó, con la mayor precisión posible y de conformidad a las normas citadas precedentemente, 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, incluyendo en ellas, según corresponda, tanto la adopción o aplicación de las correspondientes normas de derecho interno como la suscripción o aplicación de los pertinentes tratados y/u otros instrumentos internacionales.

La Corte entendió que su respuesta a la consulta planteada prestaría 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 procedimiento consultivo.]

IV. CONSIDERACIONES GENERALES

[...]

35. 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 reunificación 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

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?

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.

[...]

37. 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.

[...]

39. Bajo este panorama, este Tribunal ha insistido en su jurisprudencia consultiva³ y contenciosa⁴ en el hecho de que, en el ejercicio de su facultad de fijar políticas migratorias⁵, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingreso a su territorio y salida de él con respecto a personas

3. *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. 168.

4. *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.

5. 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*. OC-18/03, párr. 163.

que no sean nacionales suyas, siempre que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana⁶. 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 migrantes⁷. 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.

[...]

41. Lo anterior comporta la necesidad imperiosa de adoptar un enfoque de derechos humanos con relación a las políticas migratorias⁸ y respecto a las necesidades de protección internacional⁹, asumiendo la interrelación y convergencia entre estas diferentes ramas del derecho 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 integral¹⁰.

[...]

6. 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*, párr. 97.

7. Cfr. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. OC-18/03, párr. 168, y *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, 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.

8. Cfr. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. OC-18/03, párrs. 162 a 171.

9. Cfr. 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).

10. 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.

VI. OBLIGACIONES GENERALES Y PRINCIPIOS RECTORES

61. 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 territorio¹¹ 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 norma¹². El término jurisdicción utilizado por dicha norma está referido, entonces, a toda persona respecto de la que el Estado ejerce sea su competencia territorial¹³ sea su competencia personal¹⁴ e incluso, sea su competencia relativa a servicios públicos¹⁵. 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.

[...]

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

11. 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.

12. 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*. OC-18/03, párr. 119, y *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, párr. 248.

13. 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.

14. 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.

15. 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.

se vean forzados a migrar, así como subsanar las causas generadoras de los flujos migratorios.

65. 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*)¹⁶. 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 garantías¹⁷. 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 migrantes¹⁸.

66. 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 Declaración¹⁹, se refiere a la obligación de adoptar medidas de protección a favor de toda niña o niño en virtud de su condición 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 potencialidades²⁰. Sobre el particular, es procedente por de pronto resaltar que dichas normas son de las pocas que se contemplan sobre la base o

16. 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.

17. 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*, párr. 293.

18. Cfr. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, párr. 286.

19. 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.

20. Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 56, y *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, párr. 218.

en consideración de la condición particular o peculiar del beneficiario²¹. 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 personal²². 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”²³. 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.

[...]

68. 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 derechos²⁴, en los términos de los artículos 1.1, 2 y 19 de la Convención Americana y VII de la Declaración Americana.

69. 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

21. 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).

22. Cfr. *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*, párr. 203, y *Caso Mendoza y otros Vs. Argentina*, 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.

23. *Caso “Instituto de Reeduación 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.

24. Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. OC-17/02, párr. 91. Ver también, ACNUR, Comité Ejecutivo, *Conclusión sobre los niños en situación de riesgo*, UN Doc. 107 (LVIII)-2007, publicada el 5 de octubre de 2007.

protección integral²⁵; el principio de no discriminación²⁶, el principio del interés superior de la niña o del niño²⁷, el principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo²⁸, 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 participación²⁹. Al interpretar las disposiciones traídas 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.

[...]

71. 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,

25. 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.

26. 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)*, 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*, párr. 1.

27. 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)*, 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.

28. 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)*, párr. 12.

29. 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)*, 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.

encontrarse separado o no acompañado³⁰, 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 vulnerabilidad³¹, 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

[...]

78. 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, 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.

79. 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

30. 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)*, 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.

31. 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.

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.

80. 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 años³². Por ende, dado que las niñas y los niños son titulares del derecho a solicitar y recibir asilo³³ 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 femenina³⁴, así como el modo en que éstos pueden experimentar estas situaciones³⁵. En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha resaltado la necesidad de que la definición de refugiado se interprete

32. Cfr. 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.

33. Según ACNUR, incluso a una corta edad el niño puede ser considerado el solicitante de asilo principal. Cfr. 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.

34. 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. 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, 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).

35. Cfr. 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.

también a la luz de la edad y del género³⁶. 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.

81. Este derecho a buscar y recibir asilo comporta, en los términos de los artículos 1.1³⁷ y 2³⁸ 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 familiar³⁹. 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 origen⁴⁰.

36. 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*, párr. 59.

37. 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 N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, párrs. 12 y 18.

38. 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*, párr. 87, y *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá*, párr. 179.

39. Cfr. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, párr. 225. Véase, en general, ACNUR, *Normas procedimentales para la determinación de la condición de refugiado bajo el mandato del ACNUR, estatuto derivado de refugiado*. Ver también, 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.

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

82. 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, 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. 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 diligencia⁴¹.

[...]

85. 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 género⁴². 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 comprender⁴³; que sea centrado en las niñas y niños, sensible al género, y asegure su participación⁴⁴; que el análisis tome en cuenta la seguridad y la posible reunificación familiar⁴⁵; que reconozca la cultura de la niña o niño⁴⁶ y considere su rechazo a pronunciarse en presencia de adultos

41. 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*, párrs. 164 a 177.

42. *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*, párr. 20.

43. *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*, párr. 31, ii).

44. *Cfr. ACNUR, Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño*, mayo, 2008, pág. 58.

45. *Cfr. ACNUR, Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño*, mayo, 2008, págs. 31 y 32.

46. *Cfr. ACNUR, Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño*, mayo, 2008, pág. 68.

o familiares⁴⁷; que provea de un intérprete en caso de ser necesario⁴⁸; que cuente con personal altamente calificado para tratar con niñas y niños y facilidades adecuadas⁴⁹; que provea asesoría legal en caso de ser requerida⁵⁰; que brinde información clara y entendible sobre los derechos y obligaciones que tiene la niña o el niño y sobre la continuación del procedimiento⁵¹.

86. 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 información⁵².

[...]

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

88. 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

47. Cfr. ACNUR, *Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño*, mayo, 2008, págs. 60 y 61.

48. 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*, párr. 71.

49. Cfr. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. OC-17/02, párrs. 78 y 79.

50. Cfr. 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 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.

51. Cfr. ACNUR, *Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño*, mayo, 2008, págs. 59 y 60.

52. 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*, párrs. 29 y 30.

que haya dudas acerca de la edad⁵³, se procederá a determinar la misma con base no sólo en la apariencia física, sino también en la madurez psicológica del individuo⁵⁴ 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 género⁵⁵. 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”⁵⁶.

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

89. La determinación temprana de la situación de una niña o un niño no acompañado o separado de su familia debe realizarse con carácter preferente⁵⁷, dada su especial vulnerabilidad bajo dichas circunstancias⁵⁸, 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 acompañado⁵⁹. [...]

92. 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 humanos⁶⁰. Para ello, deben

53. Cfr. 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).

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

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

56. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trata de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, párr. 31.

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

58. Véase artículo 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Ver también, *Observación General N° 6: Trata de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, 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.

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

60. 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,

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 niños⁶¹. 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 origen⁶², tomando en cuenta que las víctimas o víctimas potenciales de trata de personas pueden ser refugiadas en caso de reunir los elementos para ello⁶³. 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 integral⁶⁴.

93. 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 explotación⁶⁵. Esto no conlleva, de modo alguno, a que todo caso en que una niña o niño se haya movilizad 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.

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.

61. Cfr. 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.

62. Véase artículo 18 del Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena. Ver también, 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.

63. Cfr. 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.

64. 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.

65. Cfr. ACNUR, *Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño*, mayo, 2008, págs. 51 y 69.

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

[...]

96. 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 tal⁶⁶ 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 protección⁶⁷.

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

[...]

98. 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 ACNUR⁶⁸. 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 respectivo⁶⁹.

[...]

101. 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

66. Cfr. 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.

67. Cfr. 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.

68. 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*, nota al pie 185.

69. Cfr. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, párr. 154.

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 traumáticas⁷⁰.

[...]

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

[...]

104. 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 género⁷¹; 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 vivienda⁷²; y aseguren un pleno acceso a la educación en condiciones de igualdad⁷³. 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 diligencia⁷⁴.

105. 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

70. 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.

71. 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*, párrs. 31, 47 y 48.

72. 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*, párr. 44.

73. 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*, párrs. 41 y 42.

74. 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.

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 posible⁷⁵.

[...]

107. 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

[...]

110. 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 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.

[...]

75. 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*, párrs. 13 y 31. Ver también, artículo 10 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

114. 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 niño⁷⁶. 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 las mismas condiciones que un adulto⁷⁷. Por ello, el proceso tiene que estar adaptado a las niñas o niños y ser accesible para ellos⁷⁸.

115. En definitiva, tal y como lo ha sostenido anteriormente esta Corte⁷⁹, 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 adopten⁸⁰. 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 aquéllos⁸¹, los cuales deben ajustarse a su condición, necesidades y derechos.

[...]

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

117. 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

76. Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. OC-17/02, párr. 95, y *Caso Mendoza y otros Vs. Argentina*, párr. 148.

77. Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. OC-17/02, párr. 96.

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

79. Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. OC-17/02, párrs. 96 a 98, y *Caso Mendoza y otros Vs. Argentina*, párr. 148.

80. 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)*, párr. 14.b).

81. Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. OC-17/02, párr. 94.

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 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 pertinente⁸².

[...]

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

[...]

121. 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

[...]

123. 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 recibirla⁸³. 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 capacitado⁸⁴, de modo que

82. 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*, párr. 25, y Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 12: El derecho del niño a ser escuchado*, párrs. 40 a 47 y 82.

83. Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. OC-17/02, párr. 129.

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

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

124. 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 decisor⁸⁵. 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 primordial⁸⁶. De lo contrario, la participación efectiva de la niña o del niño en el procedimiento se tornaría ilusoria.

125. 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. 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”⁸⁷.

Acceso efectivo a la comunicación y asistencia consular

[...]

127. En el caso de niñas o niños, el artículo 5, incisos e) y h)⁸⁸, 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

85. 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*, 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).

86. *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*, párr. 71.

87. *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.

88. 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[.]

decisiones administrativas o judiciales que se adopten en el país receptor hayan evaluado y tomado en consideración su interés superior.

128. 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

[...]

130. 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 legal⁸⁹.

131. Asimismo, este tipo de asistencia jurídica debe estar especializada, tanto en los derechos que asisten al migrante⁹⁰, 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

[...]

133. 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

89. 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.

90. Cfr. 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).

o la jurisdicción del Estado⁹¹; 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 duradera⁹².

134. 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 satisfechas⁹³.

[...]

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

137. 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 conclusión⁹⁴. El deber de motivación es una de las debidas garantías para salvaguardar el derecho a un debido proceso⁹⁵. 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 democrática⁹⁶. Por ello, las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias⁹⁷.

91. 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*, párr. 33.

92. 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*, párr. 33.

93. 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*, párr. 33.

94. Cfr. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador*, párr. 107, y *Caso J. Vs. Perú*, párr. 224.

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

96. 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*, párr. 224.

97. 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*, párr. 224.

[...]

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

[...]

141. 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 superior⁹⁸.

142. 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 recurre⁹⁹. Sólo de esa forma se pueden proteger de manera efectiva los derechos de las niñas y niños migrantes.

Plazo razonable de duración del proceso

143. 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 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”¹⁰⁰. Lo anterior no solo revela una necesidad de cautelar y de proteger el interés superior de la niña o del niño¹⁰¹, sino que contribuye asimismo a mantener la situación de

98. 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), párr. 98.

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

100. *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. 16817/90. 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.

101. Cfr. *Asunto L.M. respecto de Paraguay. Medidas Provisionales*, Considerando 16.

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

[...]

145. 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 y autónomo de lo establecido en las legislaciones nacionales¹⁰², 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 local¹⁰³ 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 ha sido alojado. De este modo, cualquier situación o medida que sea caracterizada bajo la anterior definición tornará aplicables todas las garantías asociadas.

[...]

149. En efecto, constituye un principio del derecho internacional de los derechos humanos¹⁰⁴ cristalizado en la Convención sobre los Derechos del

102. 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”.

103. Esto es, si se denomina aprehensión, detención, encarcelamiento, internamiento, institucionalización, etc.

104. 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*

Niño¹⁰⁵ 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 penal¹⁰⁶, 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 posible¹⁰⁷, dado el objeto fundamentalmente pedagógico del proceso penal relativo a personas menores de edad¹⁰⁸. Es así que la privación de libertad en el contexto de la justicia penal juvenil debe respetar los principios de legalidad, excepcionalidad y máxima brevedad¹⁰⁹. Asimismo, la excepcionalidad de la prisión preventiva opera con mayor rigurosidad, ya que la regla debe ser la libertad y, en caso de que se verifique la necesidad de cautela, debe primar la aplicación de medidas sustitutorias¹¹⁰.

150. 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 migratorios¹¹¹.

[...]

Derechos Humanos, adoptados durante el 131º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008.

105. 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.

106. Cfr. *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” Vs. Paraguay*, párrs. 230 y 231, y *Caso Mendoza y otros Vs. Argentina*, párr. 162.

107. 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*, párr. 61.

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

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

110. Cfr. *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” Vs. Paraguay*, 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)*.

111. 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*, párr. 61.

154. 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 necesidad¹¹², 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. 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 superior¹¹³. En este sentido, la Corte considera que existen medidas menos gravosas 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.

155. 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 medidas¹¹⁴ que propendan al cuidado y bienestar de la niña o del niño con miras a su protección integral antes que a su privación de libertad¹¹⁵. La Corte considera que el parámetro de actuación estatal debe, por ende, tener como objetivo asegurar en la mayor medida

112. 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*, párr. 166.

113. 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).

114. *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.

115. *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*, párr. 63.

posible la prevalencia del interés superior 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 necesidades¹¹⁶.

156. 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 niño¹¹⁷, 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. 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”¹¹⁸.

157. 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 improcedente 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 niño¹¹⁹, asumiendo su posición de garante con mayor cuidado y responsabilidad¹²⁰. 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 porque 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

116. 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.

117. Cfr. *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*, párr. 126.

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

119. 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”.

120. Cfr. *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*, párr. 126.

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 alojamiento¹²¹.

158. 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”¹²². 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 niños¹²³. 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 familia¹²⁴.

[...]

121. 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*, 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).

122. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. OC-17/02, 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.

123. 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).

124. 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

160. 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.

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

[...]

164. 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 aplicables¹²⁵, en especial el derecho a la salud, a una alimentación adecuada, a la educación¹²⁶, 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 violencia¹²⁷.

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.

125. Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. OC-17/02, párrs. 26 y 88.

126. 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*, párr. 185.

127. 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), párrs. 71 a 74.

[...]

166. 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 migratorio¹²⁸.

167. 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 particular¹²⁹. 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 niños¹³⁰ contienen pautas respecto al acogimiento de niñas y niños que se encuentran en el extranjero “sea cual fuere el motivo”¹³¹ 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 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 institucionalización¹³². 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; localizar a su familia y propender a su reunificación familiar¹³³, teniendo en cuenta su opinión e interés superior¹³⁴,

128. 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.

129. 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*.

130. 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.

131. *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños*, párr. 139.

132. 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.

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

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*, párr. 80.

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 cuenta¹³⁵.

[...]

170. 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 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 descritas, 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

[...]

Principio de separación y derecho a la unidad familiar

[...]

178. 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.

[...]

135. 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*, párrs. 89 a 92.

Centros de alojamiento abiertos

180. 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 especiales¹³⁶. 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.

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

181. 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 derechos¹³⁷. 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 religioso¹³⁸.

182. 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

136. Cfr. TEDH, *Caso Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga Vs. Bélgica*, párr. 103.

137. 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*, 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.

138. 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.

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 discapacidad¹³⁹, las niñas y los niños que viven con VIH/SIDA¹⁴⁰, las y los lactantes, las niñas y los niños pertenecientes a la primera infancia¹⁴¹, 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.

183. 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.

184. 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 niños¹⁴².

XII. GARANTÍAS DE DEBIDO PROCESO ANTE MEDIDAS QUE IMPLIQUEN RESTRICCIONES O PRIVACIONES DE LA LIBERTAD PERSONAL DE NIÑAS Y NIÑOS POR RAZONES MIGRATORIAS

[...]

190. Las niñas y los niños, especialmente cuando son extranjeros detenidos en un medio social y jurídico diferente de los suyos y muchas veces con un idioma que desconocen, experimentan una condición de extrema vulnerabilidad¹⁴³. Esta presencia de condiciones de desigualdad real obliga

139. 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.

140. 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.

141. 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.

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

143. Cfr. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, párr. 152.

a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses¹⁴⁴. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación¹⁴⁵. En consecuencia, la Corte se referirá a los siguientes aspectos: (i) legalidad de la privación de libertad; (ii) prohibición de detenciones o encarcelamientos arbitrarios; (iii) derecho a ser informado de los motivos del arresto o detención en un idioma que comprenda; (iv) derecho a ser llevado, sin demora, ante un juez u otro funcionario competente; (v) derecho a notificar a un familiar, tutor o representante legal y a comunicarse con el exterior y, en particular, con los organismos internacionales especializados; (vi) derecho a la información y acceso efectivo a la asistencia consular; (vii) derecho a la asistencia jurídica a través de un representante legal y, en caso de niñas y niños no acompañados o separados, a que se nombre un tutor; y (viii) 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.

[...]

Prohibición de detenciones o encarcelamientos arbitrarios

[...]

193. En el contexto migratorio y teniendo en cuenta el artículo 1.1 de la Convención, la Corte pone especial énfasis en que las detenciones no deben conllevar una afectación desproporcionada a un determinado grupo racial, religioso o de cualquier otra índole o condición social, sin una justificación razonable y objetiva¹⁴⁶. Esto es, las legislaciones, políticas y prácticas relativas a la privación de la libertad no podrán establecer *de jure* o generar *de facto* discriminación contra ninguna nacionalidad en particular y, específicamente, acarrear discriminación contra las personas por, entre otros, motivos de raza, color u origen nacional¹⁴⁷.

[...]

Derecho a ser informado de los motivos del arresto o detención en un idioma que comprenda

[...]

144. Cfr. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, párr. 119; *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. OC-18/03, párr. 121, y *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, párr. 152.

145. Cfr. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, párr. 152.

146. Cfr. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Observación General N° 30: Discriminación contra los no ciudadanos*, UN Doc. A/59/18, 1 de octubre de 2004, párrs. 19 y 21.

147. Cfr. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Observación General N° 30: Discriminación contra los no ciudadanos*, párrs. 19 y 21.

196. La información sobre los motivos y razones del arresto o de la detención necesariamente supone informar, en primer lugar, de la detención misma. La persona debe tener claro que está siendo arrestada o detenida¹⁴⁸. En segundo lugar, el agente que lleva a cabo el arresto o la detención debe informar en un lenguaje simple, libre de tecnicismos, los hechos y bases jurídicas esenciales en los que se basa la medida¹⁴⁹. De igual forma, en el ámbito migratorio la Corte estima que resulta relevante que la persona sea informada de los procedimientos disponibles para cuestionar la restricción o privación de la libertad, a fin de procurar su puesta en libertad.

197. Al respecto, tratándose de personas extranjeras, la Corte considera relevante establecer que el idioma que se utiliza debe ser uno que la persona comprenda. Del mismo modo, al tratarse de niñas o niños debe utilizarse un lenguaje adecuado a su desarrollo y edad. Es necesario que la niña o el niño tenga a su disposición toda la información necesaria y que sea comunicada de acuerdo a su edad y madurez, en cuanto a sus derechos, servicios de los cuales dispone y procedimientos de los cuales se puede hacer valer. Especialmente, deberá informársele sobre su derecho a solicitar asilo; su derecho a contar con asistencia jurídica; su derecho a ser oído; su derecho de acceso a la información sobre la asistencia consular y, en su caso, su derecho a que se le designe un tutor. Aunado a ello, los Estados deben garantizar que toda niña o niño sujeto a un proceso del que derive una eventual injerencia a su derecho a la libertad personal sea asistido por un traductor o intérprete, en el caso de que no comprendiera o no hablara el idioma del país receptor.

Derecho a ser llevado, sin demora, ante un juez u otro funcionario competente

198. De conformidad con lo preceptuado en los artículos 7.5 de la Convención Americana y XXV de la Declaración Americana, toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales¹⁵⁰. Esta Corte ya ha interpretado que esta garantía debe ser satisfecha siempre que exista una retención o una detención de una persona a causa de su situación migratoria, conforme a los principios de control judicial e intermediación

148. Cfr. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador*, párr. 71.

149. Cfr. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador*, párr. 71.

150. A este respecto, cabe señalar que el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre la Detención Arbitraria estableció que “[t]odo [...] inmigrante retenido deberá comparecer cuanto antes ante un juez u otra autoridad”. Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Informe del Grupo, Anexo II, *Deliberación No. 5: Situación relativa a los inmigrantes o a los solicitantes de asilo*, 1999, UN Doc. E/CN.4/2000/4, Principio 3. Ver también, Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Informe del Grupo, *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con la tortura y la detención*, UN Doc. E/CN.4/1999/63, 18 de diciembre de 1998, párr. 69, Garantía 3.

procesal¹⁵¹. Para que constituya un verdadero mecanismo de control frente a detenciones ilegales o arbitrarias, la revisión judicial debe realizarse sin demora y en forma tal que garantice el cumplimiento de la ley y el goce efectivo de los derechos del detenido, tomando en cuenta la especial vulnerabilidad de aquél¹⁵². Asimismo, esta Corte ya ha señalado que para satisfacer la garantía establecida en el artículo 7.5 de la Convención en materia migratoria, la legislación interna debe asegurar que el funcionario autorizado por la ley cumpla con las características de imparcialidad e independencia que deben regir a todo órgano encargado de determinar derechos y obligaciones de las personas¹⁵³. Toda vez que en relación con esta garantía corresponde al funcionario la tarea de prevenir o hacer cesar las detenciones ilegales o arbitrarias¹⁵⁴, resulta imprescindible que dicho funcionario esté facultado para poner en libertad a la persona si su detención es ilegal o arbitraria¹⁵⁵.

Derecho a notificar a un familiar, tutor o representante legal y a comunicarse con el exterior y, en particular, con los organismos internacionales especializados

[...]

200. El derecho de establecer contacto con un familiar, tutor o representante legal cobra especial importancia cuando se trata de niñas o niños¹⁵⁶ y, en especial, cuando éstos se encuentran no acompañados. La notificación sobre el derecho a establecer contacto con un familiar, tutor o representante legal, debe ser hecha al momento de la retención o detención¹⁵⁷, pero cuando se trata de menores de edad deben adoptarse, además, las providencias necesarias para que efectivamente se haga la notificación¹⁵⁸, teniendo en cuenta el interés superior de la niña o del niño.

151. Cfr. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, párr. 107, y *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*, párr. 136.

152. Cfr. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, párr. 107, y *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*, párr. 136.

153. Cfr. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, párr. 108, y *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*, párr. 137.

154. Cfr. *Caso Bayarri Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187, párr. 67, y *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*, párr. 137.

155. Cfr. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, párr. 108, y *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*, párr. 137.

156. La Corte ha señalado que “[e]l derecho de establecer contacto con un familiar cobra especial importancia cuando se trate de detenciones de menores de edad. En esta hipótesis la autoridad que practica la detención y la que se halla a cargo del lugar en el que se encuentra el menor, debe inmediatamente notificar a los familiares, o en su defecto, a sus representantes para que el menor pueda recibir oportunamente la asistencia de la persona notificada”. *Caso Bulacio Vs. Argentina*, párr. 130.

157. Cfr. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, párr. 106.

158. Cfr. *Caso Bulacio Vs. Argentina*, párr. 130.

201. Por otra parte, debe asegurarse que la niña o el niño tenga la posibilidad de comunicarse por cualquier medio con el exterior y, en especial, de ponerse en contacto con sus familiares, amigos, representante legal y, en su caso, su tutor, así como recibir la visita de estas personas¹⁵⁹. La Corte también resalta que, en los casos en que resulte procedente, la niña o el niño debe tener la posibilidad de contactarse con organismos internacionales, como el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) o la Organización Internacional para las Migraciones (OIM)¹⁶⁰.

Derecho a la información y acceso efectivo a la asistencia consular

202. Primeramente, resulta pertinente señalar que las niñas y los niños gozan del derecho a la asistencia consular reconocido a toda persona extranjera detenida fuera de su país de origen¹⁶¹. La Corte ya ha especificado que, desde la óptica de los derechos de la persona detenida, tres son los componentes esenciales del derecho debido al individuo por el Estado¹⁶²: (i) el derecho a ser notificado de sus derechos bajo la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares¹⁶³; (ii) el derecho de acceso efectivo a la

159. Cfr. Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Informe del Grupo, Anexo II, *Deliberación No. 5: Situación relativa a los inmigrantes o a los solicitantes de asilo*, 1999, UN Doc. E/CN.4/2000/4, Principio 2, y 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*, párr. 63.

160. Cfr. Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Informe del Grupo, Anexo II, *Deliberación No. 5: Situación relativa a los inmigrantes o a los solicitantes de asilo*, 1999, UN Doc. E/CN.4/2000/4, Principio 10, y Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Informe del Grupo, *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con la tortura y la detención*, UN Doc. E/CN.4/1999/63, 18 de diciembre de 1998, párr. 69, Garantía 14.

161. Véase el artículo 36 de la *Convención de Viena sobre las Relaciones Consulares*, adoptada el 24 de abril de 1963, entrada en vigor el 19 de marzo de 1967, de la cual son parte los 35 Estados Miembros de la OEA, y el artículo 16.7 de la *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares*, UN Doc. A/RES/45/158, adoptada el 18 de diciembre de 1990, entrada en vigor el 1 de julio de 2003. Los siguientes 17 Estados Miembros de la OEA son parte de este tratado: Argentina, Belice, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Guyana, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, San Vicente y las Granadinas, y Uruguay.

162. Cfr. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, párr. 153.

163. Así, el detenido extranjero tiene el derecho a ser informado de su derecho: 1) a que el Estado receptor le informe a la oficina consular competente sobre su situación; y 2) a que el Estado receptor transmita sin demora “cualquier comunicación dirigida a la oficina consular” por el detenido. Cfr. Artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre las Relaciones Consulares. Esta notificación le debe ser hecha antes de que “rinda su primera declaración”. Así como los otros derechos que tiene quien es privado de libertad, éste “constituye un mecanismo para evitar detenciones ilegales o arbitrarias desde el momento mismo de la privación de libertad y, a su vez, garantiza el derecho de defensa del individuo”. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, párr. 106, y *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, nota al pie 157.

comunicación con el funcionario consular, y (iii) el derecho a la asistencia misma.

[...]

Derecho a la asistencia jurídica a través de un representante legal y, en caso de niñas y niños no acompañados o separados, a que se nombre un tutor

204. Por otro lado, los Estados tienen la obligación de garantizar a todas las niñas y los niños cuya libertad se ve restringida por asuntos migratorios el derecho a la defensa a través del ofrecimiento de servicios estatales de representación legal¹⁶⁴. Específicamente, es necesario que los Estados brinden a las niñas y niños privados de libertad acceso rápido y gratuito a un representante legal que le brinde asistencia jurídica. La Corte considera que la asistencia jurídica debe ser ejercida por un profesional del derecho para poder satisfacer los requisitos de una defensa técnica a través de la cual se asesore a la persona sometida a proceso, *inter alia*, sobre la posibilidad de ejercer recursos contra actos que afecten derechos¹⁶⁵.

205. Asimismo, en relación con niñas y niños no acompañados o separados de sus familias resulta de suma importancia, a fin de garantizar eficazmente el derecho a la libertad personal, nombrarles un tutor a fin de defender sus intereses y asegurar su bienestar¹⁶⁶.

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

206. A su vez, también es de aplicación la garantía contenida en el artículo 7.6 de la Convención Americana, el cual señala que “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”¹⁶⁷. Esta Corte ya ha señalado que “los procedimientos jurídicos consagrados en los artículos 25.1 y 7.6 de la Convención Americana [...] no pueden ser suspendidos conforme al artículo 27.2 de la misma, porque constituyen garantías judiciales indispensables para proteger derechos y

164. Véase el artículo 37.d) de la Convención sobre los Derechos del Niño. 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.

165. Cfr. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, párr. 132.

166. 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*, párr. 33.

167. De igual forma, véase Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Informe del Grupo, *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con la tortura y la detención*, UN Doc. E/CN.4/1999/63, 18 de diciembre de 1998, párr. 69, Garantía 3.

libertades que tampoco pueden suspenderse según la misma disposición”¹⁶⁸. La Corte también se ha pronunciado sobre dichos preceptos y ha determinado que el artículo 7.6 posee un contenido jurídico propio, al contemplar específicamente el derecho de toda persona privada de libertad a recurrir ante un juez o tribunal competente para que decida sobre la legalidad de su arresto o detención, también denominado *hábeas corpus*, que consiste en tutelar de manera directa la libertad personal o física, por medio del mandato judicial dirigido a las autoridades correspondientes a fin de que se lleve al detenido a la presencia del juez para que éste pueda examinar la legalidad de la privación y, en su caso, decretar su libertad¹⁶⁹. El artículo 7.6 de la Convención es claro al disponer que la autoridad que debe decidir la legalidad del “arresto o detención” debe ser “un juez o tribunal” independiente e imparcial¹⁷⁰. Al respecto, la jurisprudencia de este Tribunal ya ha referido que estos recursos no solo deben existir formalmente en la legislación sino que deben ser efectivos, esto es, cumplir con el objetivo de obtener sin demora una decisión sobre la legalidad del arresto o de la detención¹⁷¹. En el caso de niñas o niños migrantes, éste procedimiento debiera ostentar un carácter prioritario, de tal forma que permitiera una rápida decisión sobre la acción interpuesta¹⁷².

168. *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (artículos 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, párr. 44. Ver también, *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (artículos 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), párr. 30, y *Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú. Fondo*. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C No. 20, párrs. 82 a 84.

169. *Cf. El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (artículos 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, párr. 33, y *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, párr. 124. Ver también, el artículo 37.d) de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.

170. *Cf. Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, párr. 126.

171. *Cf. Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, párr. 129, y *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*, párr. 141. Asimismo, resulta ilustrativo lo sostenido por el Relator Especial de Migrantes en cuanto a que “[a]lgunas leyes nacionales no prevén la revisión judicial de la detención administrativa de los migrantes. En otros casos, la revisión judicial de la detención administrativa se inicia únicamente a petición del migrante. En esos casos, el desconocimiento del derecho a apelar, el desconocimiento de los motivos de la detención, el difícil acceso a los expedientes, la falta de acceso a asistencia jurídica gratuita, la falta de intérpretes y servicios de traducción, y una ausencia general de información en un idioma que puedan entender los detenidos sobre el derecho a contratar a un abogado y darle instrucciones, así como la ubicación de las instalaciones donde están detenidos, pueden impedir a los migrantes ejercer sus derechos en la práctica. En ausencia de abogados y/o intérpretes, a menudo los migrantes se sienten intimidados y obligados a firmar documentos sin entender su contenido” 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/7/12, 25 de febrero de 2008, párr. 46.

172. *Cf. 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.

XIII. PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN (*NON-REFOULEMENT*)

[...]

214. La Convención Americana establece en su artículo 22.8 la prohibición de expulsión o devolución de cualquier “extranjero” a “otro país, sea o no de origen” – es decir, a su país de nacionalidad o, en caso de una persona apátrida, al de residencia habitual o bien a un tercer Estado –, en el cual “su derecho a la vida o a la libertad” estén “en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas”¹⁷³.

[...]

217. En suma, en el marco de la Convención Americana el principio de no devolución establecido en el artículo 22.8 asume una expresión singular, a pesar de que dicha disposición fuera incluida a continuación de la consagración del derecho individual a buscar y recibir asilo, siendo un derecho más amplio en su sentido y alcance que el que opera en la aplicación del derecho internacional de refugiados. De este modo, la prohibición de devolución establecida en el artículo 22.8 de la Convención ofrece una protección complementaria para extranjeros que no son solicitantes de asilo o refugiados en casos en que su derecho a la vida o libertad se encuentre amenazado por los motivos enlistados. Así, la lectura de los trabajos preparatorios de la Convención confirma la interpretación desarrollada conforme al sentido corriente de los términos del artículo 22.8 de la Convención, dentro del contexto del tratado y teniendo en cuenta su objeto y fin.

218. Ahondando en los componentes de la prohibición de devolución codificada en el artículo 22.8 de la Convención, la Corte es de la opinión que, a partir de la interpretación del artículo 22 en su conjunto, el término “extranjero” incluido en el referido inciso 8, debe entenderse como toda persona¹⁷⁴, que no sea nacional del Estado en cuestión o que no sea considerada como nacional suyo por el Estado conforme a su legislación. Ello abarca aquellas personas que no son consideradas como nacional suyo por el Estado conforme a su legislación, ya sea por una pérdida *ex lege* de la nacionalidad o por una decisión de privación de la misma, siempre que tal pérdida automática o determinación estatal no vaya en contravención con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. A tenor de lo anterior, la Corte considera que si existe controversia respecto a la conformidad de tal decisión o pérdida con las obligaciones derivadas de la Convención Americana, y en particular con la prohibición de privación arbitraria de la nacionalidad u otras normas aplicables, debe primar la consi-

173. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, párr. 134.

174. Esto es, todo ser humano en los términos el artículo 1.2 de la Convención Americana.

deración de que la persona es nacional hasta tanto no se emita una decisión definitiva al respecto y, por ende, no puede ser objeto de una expulsión¹⁷⁵. En esta línea, no sobra recordar que las normas contenidas en los tratados de derechos humanos, como el artículo 22.5 de la Convención, prohíben expresamente la expulsión de nacionales.

219. En relación con este punto, debe tenerse en cuenta también los términos del artículo 1.1 de la Convención. Evidentemente, que una persona se encuentre sometida a la jurisdicción del Estado no equivale a que se encuentre en su territorio¹⁷⁶. En consecuencia, el principio de no devolución es exigible por cualquier persona extranjera sobre la que el Estado en cuestión esté ejerciendo autoridad o que se encuentre bajo su control efectivo¹⁷⁷, con independencia de que se encuentre en el territorio terrestre, fluvial, marítimo o aéreo del Estado.

[...]

175. Ver en este mismo sentido, Organización de las Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Informe del Secretario General, *Los derechos humanos y la privación arbitraria de la nacionalidad*, UN Doc. A/HRC/25/28, 19 de diciembre de 2013, párr. 26.

176. De igual forma, el artículo 1 del Convenio Europeo dispone que “[l]as Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio”. Consejo de Europa, *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, adoptado el 4 de noviembre de 1950, entrada en vigor el 3 de septiembre de 1953, artículo 1. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que el deber de asegurar los derechos humanos contenidos en el Convenio Europeo a todas las personas bajo la jurisdicción del Estado, no está limitado al territorio del Estado parte, sino que se extiende a las zonas en que ejerce control efectivo fuera de su territorio nacional. *Cfr.* TEDH, *Loizidou Vs. Turquía (Excepciones Preliminares)*, No. 15318/89. Sentencia de 23 de marzo de 1995, párr. 62. Ver también, *Caso Medvedyev y otros Vs. Francia* [GS], No. 3394/03. Sentencia de 29 de marzo de 2010, párrs. 62 a 67. Aún cuando el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo 2.1 que “[c]ada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto”, se ha interpretado que éste es aplicable con respecto a los actos de un Estado en el ejercicio de su jurisdicción fuera de su propio territorio. *Cfr.* Corte Internacional de Justicia, *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*. Opinión consultiva de 9 de julio de 2004, párrs. 108 a 111. Ver también, Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 31, La índole de la obligación jurídica general impuesta*, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 de mayo de 2004, párr. 10, manifestando que “[e]sto significa que un Estado Parte debe respetar y garantizar los derechos establecidos en el Pacto a cualquier persona sometida al poder o al control efectivo de ese Estado Parte, incluso si no se encuentra en el territorio del Estado Parte”.

177. En este mismo sentido, lo decidió la Comisión Interamericana: “[l]a Comisión, sin embargo, no cree que la noción de ‘jurisdicción’ contenida en el artículo 1(1) esté limitada o sea meramente extensiva al territorio nacional. Más bien, considera que un Estado parte de la Convención Americana puede ser responsable por los actos y omisiones de sus agentes llevados a cabo, o que tienen efecto, fuera de su territorio [...]” y que “[l]a interpretación de la jurisdicción —y por lo tanto del alcance de la responsabilidad por el cumplimiento con obligaciones internacionales— como una noción ligada a la autoridad y el control efectivo y no meramente a los límites territoriales, ha sido confirmada y elaborada en otras decisiones de la Comisión y la Corte Europea”. CIDH, Informe de admisibilidad No. 38/99, *Victor Saldaño Vs. Argentina*, 11 de marzo de 1999, párrs. 17 y 19.

222. En cuanto al riesgo de violación a los derechos de la niña o del niño, la Corte considera que éstos deben ser entendidos y analizados con un enfoque de edad y de género, así como dentro de la lógica establecida por la propia Convención sobre los Derechos del Niño, que contempla la garantía efectiva e interdependiente de los derechos civiles y políticos y la progresiva plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales¹⁷⁸, y en el marco del cual el derecho a la vida incorpora también el componente de desarrollo adecuado y supervivencia. En este sentido, los artículos 6 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño incluyen en el derecho a la vida la obligación del Estado de garantizar “en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”. El Comité de los Derechos del Niño ha interpretado la palabra “desarrollo” de una manera amplia y holística, que abarca lo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social¹⁷⁹. Estas medidas adquieren fundamental importancia debido a que las niñas y los niños se encuentran en una etapa crucial de su desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social que impactará de una u otra forma su proyecto de vida¹⁸⁰. En esta línea, el Comité listó una serie de circunstancias a evaluar, que incluyen¹⁸¹: a) la seguridad personal y pública y otras condiciones, en particular socioeconómicas, que encontrará el niño a su regreso, efectuando, en su caso, las organizaciones sociales un estudio sobre las condiciones en el país; b) la existencia de mecanismos para la atención individual del niño; c) las opiniones del niño manifestadas al amparo de su derecho en virtud del artículo 12, así como las de las personas que le atienden; d) el nivel de integración del niño en el país de acogida y el período de ausencia de su país de origen; e) el derecho del niño a “preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares” (art. 8); f) la “conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño” y se preste atención “a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico” (art. 20); g) si los padres o miembros del círculo familiar ampliado no estuvieran en condiciones de atender al niño, el retorno al país de origen no se efectuará, en principio, sin tomar previamente disposiciones seguras y concretas de atención y custodia al regreso.

178. A este respecto el Comité de los Derechos del Niño ha resaltado que el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales está indisolublemente unido al goce de los derechos civiles y políticos. *Cfr.* Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 5: Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4, 42 y párrafo 6 del artículo 44)*, párr. 6. Ver también, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. OC-17/02, pág. 86, punto decisivo octavo; el artículo 26 de la Convención Americana, y el artículo 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

179. *Cfr.* Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 5: Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4, 42 y párrafo 6 del artículo 44)*, párr. 12.

180. *Cfr.* Caso “Instituto de Reeducación del Menor” Vs. Paraguay, párr. 172.

181. *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*, párrs. 84 y 85.

[...]

229. En esta línea, esta Corte ya ha resaltado la vinculación directa e inmediata que existe entre los derechos a la vida y a la integridad personal con la atención a la salud humana¹⁸². Así, la expulsión o devolución de una persona podría considerarse violatoria de las obligaciones internacionales, dependiendo de las circunstancias concretas de la persona en particular, en casos en que dicha medida redunde en la afectación o el deterioro grave de la salud de la misma o, incluso, cuando pueda derivar en su muerte. A efectos de evaluar una posible vulneración de la Convención o de la Declaración habrá de tenerse en cuenta el estado de salud o el tipo de dolencia que padece la persona, así como la atención en salud disponible en el país de origen y la accesibilidad física y económica a la misma, entre otros aspectos. Así lo ha entendido también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁸³, el Comité de Derechos Humanos¹⁸⁴ y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹⁸⁵.

230. Esta Corte también ha tenido la oportunidad de expedirse, en el marco de su función contenciosa, respecto a las garantías mínimas de debido proceso que deben asegurarse a los extranjeros en procedimientos administrativos relacionados con una situación migratoria irregular¹⁸⁶, en procedimientos de expulsión o deportación, ya sea para personas que han ingresado o permanecido sin cumplir con los requisitos de la ley

182. *Cf. Caso Vera Vera y otra Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de mayo de 2011. Serie C No. 226, párr. 43.

183. Véase, en el sistema europeo, TEDH, *Caso D. Vs. Reino Unido*, No. 30240/96. Sentencia de 2 de mayo de 1997, párr. 53 (“En vista de estas circunstancias excepcionales y teniendo en cuenta la etapa crítica ahora alcanzada en la enfermedad fatal de la demandante, la ejecución del decisión de enviarlo a St. Kitts equivaldría a un trato inhumano por el Estado demandado en violación del artículo 3 (art. 3). [...] A pesar de que no se puede decir que las condiciones a las que debería hacer frente en el país receptor son en sí mismas una infracción de las normas del artículo 3 (art. 3), su expulsión le expondría a un riesgo real de morir bajo las circunstancias más angustiosas y, por tanto, constituiría un trato inhumano” [traducción de la Secretaría de la Corte]).

184. Véase 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. 8.5 (“[...] En circunstancias en que el Estado Parte ha reconocido la obligación de proteger al autor, el Comité considera que la expulsión del autor a un país donde es poco probable que recibiría el tratamiento necesario para una enfermedad debida, en su totalidad o en parte, a causa de violación de los derechos del autor por el Estado Parte constituiría una violación del artículo 7 del Pacto” [traducción de la Secretaría de la Corte]).

185. Véase CIDH, *Caso Andrea Mortlock Vs. Estados Unidos*, Informe de admisibilidad y fondo No. 63/08, 25 de julio de 2008, párr. 94 (“En esas circunstancias, la Comisión concluye que enviar conscientemente a Andrea Mortlock a Jamaica, a sabiendas de su actual régimen de atención médica y del insuficiente acceso en el país receptor a servicios similares de salud para los portadores de VIH/ SIDA, sería violatorio de sus derechos y constituiría una sentencia *de facto* a un sufrimiento prolongado y una muerte prematura”).

186. *Cf. Caso Vélez Loor Vs. Panamá*.

inmigratoria así como aquellos que se encuentren legalmente en el país¹⁸⁷; y en procedimientos para determinar la condición o estatuto de refugiado¹⁸⁸. La Corte considera que la flagrante violación de las garantías mínimas de debido proceso puede acarrear la violación del principio de no devolución¹⁸⁹.

231. Es más, en lo que se refiere a niñas y niños, el Comité de los Derechos del Niño ha concluido que la obligación de no devolver no se limita al peligro real que pueda existir para la niña o el niño de daño irreparable a sus derechos contenidos en los artículos 6 y 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño, sino que también aplica a otras violaciones de los derechos garantizados por dicho instrumento consideradas graves, como por ejemplo “la insuficiencia de servicios alimentarios o sanitarios”¹⁹⁰, “sean imputables a actores no estatales o de que las violaciones en cuestión sean directamente premeditadas o sean consecuencia indirecta de la acción o inacción”¹⁹¹. La Corte concuerda con el Comité de los Derechos del Niño en cuanto a que “[e]l retorno al país de origen sólo podrá contemplarse en principio si redundan en el interés superior” por lo que se encuentra prohibido cuando “produce un ‘riesgo razonable’ de traducirse en la violación de los derechos humanos fundamentales del [niño o niña] y, en particular, si es aplicable el principio de no devolución”¹⁹².

232. Por consiguiente, considerando la norma general en orden a que cuando un extranjero alegue ante un Estado un riesgo en caso de devolución, las autoridades competentes de ese Estado deberán, al menos, entrevistar a la persona, dándole la debida oportunidad de exponer las razones que lo asistan en contra de la devolución¹⁹³, y realizar una evaluación previa o preliminar a efectos de determinar si existe o no ese riesgo y, de constatarse, no debería ser devuelto a su país de origen o donde exista el riesgo¹⁹⁴, en el

187. Cfr. *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*.

188. Cfr. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*.

189. Véase, en el sistema europeo, TEDH, *Caso Chahal Vs. Reino Unido* [GS], No. 22414/93. Sentencia de 15 de noviembre de 1996, párr. 79; TEDH, *Caso Al-Moayad Vs. Alemania*, No. 35865/03. Decisión de 20 de febrero de 2007, párrs. 100-102; TEDH, *Saadi Vs. Italia* [GS], No. 37201/06. Sentencia de 28 de febrero de 2008, párr. 127; TEDH, *Caso Z y T Vs. Reino Unido*, No. 27034/05. Decisión de 28 de febrero de 2006, pág. 6; TEDH, *Caso Bader y Kanbor Vs. Suecia*, No. 13284/04. Decisión de 26 de octubre de 2004, párr. 48; TEDH, *Caso Ahmed Vs. Austria*, No. 25964/94. Decisión de 2 de marzo de 1995, y TEDH, *Caso Pérez Vs. Suecia*, No. 29482/95. Decisión de 18 de abril de 1996.

190. 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*, párrs. 26 y 27.

191. 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*, párrs. 26 y 27.

192. 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*, párr. 84.

193. Cfr. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, párr. 136.

194. Cfr. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, párr. 136.

caso de niñas y niños se impone también determinar su interés superior en los términos previamente expuestos.

233. De este modo, la prohibición de devolver, expulsar, deportar, retornar, rechazar en frontera o no admitir, o de cualquier manera transferir o remover a una niña o 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, encuentra en otras normas de derechos humanos una protección adicional que se extiende a otro tipo de graves violaciones a sus derechos humanos, entendidos y analizados con un enfoque de edad y de género, así como dentro de la lógica establecida por la propia Convención sobre los Derechos del Niño, que hace de la determinación del interés superior rodeada de las debidas garantías un aspecto central al adoptar cualquier decisión que concierna a la niña o al niño y, especialmente, si el principio de no devolución se ve involucrado.

[...]

236. En situaciones en las cuales la persona se encuentra frente a un riesgo de tortura el principio de no devolución es absoluto. Sin embargo, pueden existir situaciones en las cuales exista motivos fundados para considerar que una persona extranjera representa una amenaza a la seguridad nacional o al orden público, pero que no puede ser devuelta al país de origen y no existe un tercer país seguro donde devolverla¹⁹⁵. La Corte reconoce que en los casos de no reconocimiento de la condición de refugiado ni de un estatus migratorio regular y ante la imposibilidad de la devolución, es necesario precisar si la persona en dicha situación solamente tiene el derecho a no

195. La Comisión ha señalado que “[e]n el caso de personas que han sido sometidas a ciertas formas de persecución, como, por ejemplo, la tortura, el retorno a sus países de origen las colocaría en una situación de riesgo que no es permisible en virtud del derecho internacional. Como se señaló anteriormente, la prohibición de la tortura como norma de derecho imperativo -- codificada en la Declaración Americana de manera general y en el artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura en el contexto de la expulsión-- se aplica más ampliamente que los términos de la Convención de 1951. El hecho de que se sospeche o considere que una persona está relacionada con el terrorismo no modifica la obligación del Estado de abstenerse de devolverla en los casos en los cuales existen elementos substanciales que indiquen la existencia de un verdadero riesgo de trato inhumano. La devolución es también altamente problemática en términos prácticos en el caso de personas apátridas o personas con respecto a las cuales no es posible obtener documentos de viaje. La información con que cuenta la Comisión no indica claramente cuáles son las otras opciones efectivas de que disponen estas personas o si existen salvaguardas adecuadas para garantizar que la expulsión no ponga en riesgo su vida o su integridad física.” CIDH, *Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el Marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado*, OEA/Ser.L/V/II.106. Doc. 40. Rev. 1, 28 de febrero de 2000, párr. 154.

ser devuelta o si, además, es titular de otros derechos que obligarían a la actuación estatal.

237. La Corte considera que debe existir algún tipo de protección estandarizada para las personas que no han sido reconocidas como migrantes regulares o no califican como refugiados pero que su devolución sería, sin embargo, contraria a las obligaciones generales sobre no devolución bajo el derecho internacional. En el caso *M.S.S. Vs. Bélgica y Grecia*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que el hecho de que se deje a una persona solicitante de asilo en una situación precaria, sin acceso a determinadas condiciones mínimas de vida, puede llegar a constituir una violación a la prohibición de trato inhumano o degradante¹⁹⁶.

238. La Corte ha constatado que en algunos países de la región¹⁹⁷ existe la figura que contempla un tipo de protección similar a la otorgada a solicitantes de asilo y refugiados, que impediría colocar a una persona en una situación en la cual su vida, libertad, seguridad o integridad peligren. Dicha figura, conocida como protección complementaria, se podría definir como la protección que la entidad autorizada en el país de acogida otorga al extranjero que no tiene regularidad migratoria y que no califica como refugiado bajo la definición tradicional o la ampliada, consistente, principalmente, en no devolverlo al territorio de otro país en donde su vida, libertad, seguridad o integridad se verían amenazadas. La Corte considera que la protección complementaria es una manera en la cual el Estado reconoce la situación de la persona, identifica su riesgo y tiene conocimiento de sus necesidades¹⁹⁸.

[...]

240. Sobre la base de lo expuesto anteriormente, la Corte considera que la protección complementaria configura un desarrollo normativo consecuente con el principio de no devolución, a través del cual los Estados velan por los derechos de las personas que no califican como refugiados o en otra calidad migratoria, pero no pueden ser devueltas. La protección complementaria debe contar con el reconocimiento de los derechos básicos de las personas protegidas. Los Estados podrían limitar el ejercicio de ciertos

196. Cfr. TEDH, *Caso M.S.S. Vs. Bélgica y Grecia* [GS], No. 30696/09. Sentencia de 21 de enero de 2011, párrs. 249 a 264.

197. Véase *Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria*, de 27 de enero de 2011, artículo 2.IV (México); *Ley No. 761 – Ley General de Migración y Extranjería*, de 7 de julio de 2011, artículo 220 (Nicaragua), y *Ley General de Migración y Extranjería No. 8764*, de 1º de septiembre de 2009, artículos 6.6 y 94.12 (Costa Rica).

198. En algunos países el reconocimiento formal por parte del Estado de la calidad migratoria de personas que no califican como refugiados y no pueden ser devueltas se ha dado a través del otorgamiento de visas humanitarias. Las mismas, en diferentes variaciones, son utilizadas en: Argentina, Brasil, Costa Rica, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Uruguay, Venezuela.

derechos al otorgar esta protección, siempre que se basen en motivos objetivos y razonables, y no viole el principio de no discriminación.

[...]

242. En conclusión, una interpretación de las disposiciones relativas al principio de no devolución, en virtud de la protección especial derivada de los artículos 19 de la Convención y VII de la Declaración y considerando el régimen establecido por la Convención sobre los Derechos del Niño, lleva a esta Corte a afirmar la vigencia del muy consolidado principio de no devolución en el caso de niñas y niños, de modo tal que cualquier decisión sobre su devolución al país de origen o a un tercer país seguro sólo podrá basarse en los requerimientos de su interés superior, teniendo en cuenta que el riesgo de vulneración de sus derechos puede adquirir manifestaciones particulares y específicas en razón de la edad.

XIV. PROCEDIMIENTOS PARA GARANTIZAR EL DERECHO DE LAS NIÑAS Y NIÑOS A BUSCAR Y RECIBIR ASILO

[...]

244. A fin de otorgarle efecto útil al derecho a buscar y recibir asilo previsto en los artículos 22.7 de la Convención y XXVII de la Declaración Americana y garantizar su ejercicio en condiciones de igualdad y sin discriminación, la Corte ha resaltado la necesidad primordial de que los Estados diseñen y hagan operativos procedimientos justos y eficientes destinados a determinar si la persona solicitante reúne los criterios para ejercer dicho derecho y solicitar el estatuto de refugiado, tomando en cuenta que las definiciones contienen elementos subjetivos y objetivos que sólo pueden conocerse por medio de procedimientos individualizados y que, a su vez, permitan un correcto examen de la solicitud de asilo y prevengan devoluciones contrarias al derecho internacional¹⁹⁹.

199. Cfr. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, párrs. 147 y 159. El Comité Ejecutivo del ACNUR ha señalado “la importancia de establecer, de conformidad con la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, procedimientos justos y eficientes, a los que tengan acceso todos los solicitantes de asilo, con el fin de asegurar que se identifique y se otorgue protección a los refugiados y otras personas que reúnan las condiciones para acogerse a protección en virtud del derecho internacional o nacional”. Cfr. ACNUR, Comité Ejecutivo, *Conclusiones Adoptadas por el Comité Ejecutivo para la Protección Internacional de Refugiados*, publicadas el 8 de octubre de 1993, UN Doc. 71 (XLIV)-1993, párr. (i). Ver también, ACNUR, *Consultas globales sobre protección internacional: Reunión Ministerial de los Estados Partes de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados (12-13 de diciembre 2001) - Declaración de los Estados Partes de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, UN Doc. HCR/MMSP/2001/9, adoptada el 13 de diciembre de 2001, publicada el 16 de diciembre de 2002, párrafo operativo 6. Asimismo, Asamblea General de la ONU, *Resolución 52/132 Derechos humanos y éxodos en masa*, UN Doc. A/RES/52/132, adoptada y publicada el 27 de febrero de 1998; *Resolución 49/169 de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados*, UN Doc. A/RES/49/169, adoptada y publicada el 24 de febrero de 1995, y *Resolución 45/140 de la Oficina*

[...]

246. Ahora bien, en virtud de la protección especial derivada de los artículos 19 de la Convención y VII de la Declaración, la Corte entiende que la obligación estatal de establecer y seguir procedimientos justos y eficientes para poder identificar a los potenciales solicitantes de asilo, y determinar la condición de refugiado a quienes satisfagan los requisitos para obtener la protección internacional, debe incorporar también los componentes y las garantías específicas desarrolladas a la luz de la protección integral debida a todas las niñas y niños. De este modo, los principios contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño deben orientar tanto los aspectos sustantivos como procedimentales de la determinación de la solicitud de la condición de refugiado de la niña o del niño²⁰⁰. Así, cuando son solicitantes, las niñas y los niños deben gozar, además de las garantías generales en los términos de los artículos 8 y 25 la Convención Americana, de garantías procedimentales específicas y probatorias para garantizar su acceso a dicho procedimiento y que decisiones justas sean tomadas en la determinación de sus solicitudes para la condición de refugiado²⁰¹, lo cual requiere de un desarrollo e integración de procedimientos apropiados y seguros para las niñas y los niños, y un ambiente que les genere confianza en todas las etapas del proceso de asilo²⁰².

[...]

249. De este modo, es posible considerar que los artículos 19, 22.7 y 22.8 de la Convención Americana, VII y XXVII de la Declaración Americana, 22 de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como la Convención de 1951, su Protocolo de 1967 y la definición regional de la Declaración de Cartagena, conforman el *corpus iuris* internacional para la protección de los derechos humanos de las niñas y los niños solicitantes de asilo y refugiados en el continente americano. Bajo el marco desarrollado, la Corte procederá a continuación a exponer los componentes esenciales

del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, UN Doc. A/RES/45/140, adoptada y publicada el 14 de diciembre de 1990. El Comité contra la Tortura ha indicado la importancia de “la regulación de procedimientos de tramitación y decisión de las solicitudes de asilo y refugio, que contemplen la oportunidad del requirente de ser formalmente oído y de hacer valer lo que convenga al derecho que invoca, incluido su prueba, con resguardo de las características del debido proceso de derecho”. Comité contra la Tortura, *Observaciones finales del Comité contra la Tortura: Venezuela*, UN Doc. A/54/44, 5 de mayo de 1999, párr. 148.

200. Cfr. 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. 5.

201. Cfr. 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. 65.

202. Cfr. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, párr. 224.

que se derivan de la obligación estatal de establecer y seguir procedimientos justos y eficientes para poder identificar a los potenciales solicitantes de asilo y, en su caso, determinar la condición de refugiado a quienes satisfagan los requisitos para obtener este tipo de protección internacional teniendo en cuenta las formas particulares que puede adquirir la persecución de niñas y niños, así como aquellos específicos que se requieren para asegurar un procedimiento accesible y adecuado para las niñas y niños.

[...]

261. En suma, para garantizar de forma efectiva el derecho comprendido en los artículos 22.7 de la Convención Americana y XXVII de la Declaración Americana, los Estados deben adecuar los procedimientos de asilo o de determinación de la condición de refugiado para brindar a las niñas y niños un acceso efectivo a los mismos que permita considerar su situación específica. La Corte considera que dicha obligación conlleva²⁰³: no obstaculizar el ingreso al país; si se identifican riesgos y necesidades dar a la persona acceso a la entidad estatal encargada de otorgar el asilo o el reconocimiento de la condición de refugiado o a otros procedimientos que sean idóneos para la protección y atención específica según las circunstancias de cada caso; tramitar de forma prioritaria las solicitudes de asilo de niñas y niños como solicitante principal; contar con personal de recepción en la entidad que pueda examinar a la niña o niño para determinar su estado de salud; realizar un registro y entrevista procurando no causar mayor trauma o re-victimización; disponer de un lugar para la estadía de la persona solicitante, si no lo tiene ya; emitir un documento de identidad para evitar la devolución; estudiar el caso con consideración de flexibilidad en cuanto a la prueba; asignarle un tutor independiente y capacitado en caso de niñas o niños no acompañados o separados; en caso de reconocerse la condición de refugiado, proceder a trámites de reunificación familiar, si fuere necesario de conformidad con el interés superior, y finalmente, buscar como solución duradera la repatriación voluntaria, el reasentamiento o la integración social, de acuerdo a la determinación del interés superior de la niña o del niño²⁰⁴.

262. Ahora bien, es cierto que en la determinación de la condición de refugiado los Estados generalmente evalúan los casos de forma individual. Sin embargo, en situaciones de afluencia masiva de personas²⁰⁵, en que la

203. Cfr. 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, párrs. 65 a 77.

204. Cfr. ACNUR, *Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño*, mayo de 2008.

205. El ACNUR ha indicado que no es posible definir en términos absolutos aquello que constituye una “afluencia masiva o a gran escala”, sino que ha de ser definido en función de los recursos de que disponga el país receptor. En esta línea ha sostenido que “[h]a de entenderse esta expresión como

determinación individual de la condición de refugiado por lo general no resulta viable, pero existe una apremiante necesidad de brindar protección y asistencia, particularmente cuando se trata de niñas o niños, los Estados deben garantizar el acceso “a la protección, la no devolución y un trato humanitario mínimo”²⁰⁶, pudiendo recurrir al reconocimiento grupal, colectivo o *prima facie*. Bajo este precepto, es necesario reconocer la figura de la responsabilidad compartida que implica, por un lado, que el Estado de acogida tiene la obligación de admitir a las personas que buscan asilo dentro del territorio sin discriminación y respetar los principios de no devolución y no rechazo en frontera, así como otorgar la protección internacional que corresponda, y por el otro, el Estado de origen debe propender a resolver y eliminar las causas del desplazamiento para poder garantizar una solución duradera y, en particular, la repatriación voluntaria.

XV. DERECHO A LA VIDA FAMILIAR DE LAS NIÑAS Y LOS NIÑOS EN EL MARCO DE PROCEDIMIENTOS DE EXPULSIÓN O DEPORTACIÓN DE SUS PROGENITORES POR MOTIVOS MIGRATORIOS

[...]

272. Además, es pertinente recordar que la familia a la que toda niña y niño tiene derecho es, principalmente, a su familia biológica, incluyendo a los familiares más cercanos, la cual debe brindar la protección a la niña y al niño y, a su vez, debe ser objeto primordial de medidas de protección por parte del Estado²⁰⁷. No obstante, la Corte recuerda que no existe un modelo

refiriéndose a un elevado número de llegadas a un país, durante un período breve de tiempo, de personas provenientes del mismo país de origen, que han sido desplazadas bajo circunstancias que indiquen que los miembros del grupo merecerían protección internacional, y para los cuales, dado lo elevado de su número, es materialmente imposible llevar a cabo una determinación de estatuto de refugiado a nivel individual”. ACNUR, *Comentario del ACNUR sobre el Borrador de Directiva de la Unión Europea sobre Protección Temporal en caso de afluencia masiva*, 15 de septiembre de 2000, parte 3(a), citado en ACNUR, *Manual y Directrices de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en Virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, UN Doc. HCR/1P/4/ENG/REV.3, diciembre de 2011, párr. 44. Asimismo, el Comité Ejecutivo del ACNUR ha observado que la afluencia masiva es un fenómeno que no se ha definido, pero que tal situación estará caracterizada por, entre otros, los siguientes aspectos: (i) un número considerable de personas que llegan a través de una frontera internacional; (ii) un ritmo rápido de llegada; (iii) una insuficiente capacidad de absorción o de respuesta en los países de acogida, en particular durante la emergencia; (iv) los procedimientos de asilo individuales, cuando se encuentren disponibles, son incapaces de hacer frente a la evaluación de un número tan grande. Cfr. ACNUR, Comité Ejecutivo, *Conclusión sobre cooperación internacional y distribución de la carga y las responsabilidades en las situaciones de desplazamientos en gran escala*, UN Doc. A/AC.96/1003, No. 100 (XIV), publicada el 12 de octubre de 2004.

206. ACNUR, *La protección de los refugiados en situaciones de afluencia masiva: marco global para la protección*, UN Doc. EC/GC/01/4, 19 de febrero de 2001, párr. 6.

207. Cfr. *Caso Fornerón e hija Vs. Argentina*, párr. 119.

único de familia²⁰⁸. Por ello, la definición de familia no debe restringirse por la noción tradicional de una pareja y sus hijos, pues también pueden ser titulares del derecho a la vida familiar otros parientes, como los tíos, primos y abuelos, para enumerar sólo algunos miembros posibles de la familia extensa, siempre que tengan lazos cercanos personales. Además, en muchas familias la(s) persona(s) a cargo de la atención, el cuidado y el desarrollo de una niña o niño en forma legal o habitual no son los padres biológicos. Más aún, en el contexto migratorio, los “lazos familiares” pueden haberse constituido entre personas que no necesariamente sean jurídicamente parientes, máxime cuando, en lo que respecta a niñas y niños, no han contado o convivido con sus padres en tales procesos. Es por ello que el Estado tiene la obligación de determinar en cada caso la constitución del núcleo familiar de la niña o del niño²⁰⁹. Por consiguiente, en el desarrollo de la presente consulta en el marco de la situación de las personas migrantes, la Corte utilizará en un sentido amplio el término “progenitores” de la niña o del niño empleado en la consulta formulada a la Corte, comprendiendo

208. Cfr. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendación General No. 21: La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares*, 4 de febrero de 1994, párr. 13 (“La forma y el concepto de familia varían de un Estado a otro y hasta de una región a otra en un mismo Estado. Cualquiera que sea la forma que adopte y cualesquiera que sean el ordenamiento jurídico, la religión, las costumbres o la tradición en el país, el tratamiento de la mujer en la familia tanto ante la ley como en privado debe conformarse con los principios de igualdad y justicia para todas las personas, como lo exige el artículo 2 de la Convención”); Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 7: Realización de los derechos del niño en la primera infancia*, párrs. 15 y 19 (“El Comité reconoce que ‘familia’ aquí se refiere a una variedad de estructuras que pueden ocuparse de la atención, el cuidado y el desarrollo de los niños pequeños y que incluyen a la familia nuclear, la familia ampliada y otras modalidades tradicionales y modernas de base comunitaria, siempre que sean acordes con los derechos y el interés superior del niño. [...] El Comité observa que en la práctica los modelos familiares son variables y cambiantes en muchas regiones, al igual que la disponibilidad de redes no estructuradas de apoyo a los padres, y existe una tendencia global hacia una mayor diversidad en el tamaño de la familia, las funciones parentales y las estructuras para la crianza de los niños”); Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 19: La familia (artículo 23)*, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), 27 de mayo de 2008, párr. 2 (“El Comité observa que el concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de un Estado a otro, y aun entre regiones dentro de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto”); Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 16: Derecho a la intimidad (artículo 17)*, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), 8 de abril de 1998, párr. 5 (“En cuanto al término ‘familia’, los objetivos del Pacto exigen que, a los efectos del artículo 17, se lo interprete como un criterio amplio que incluya a todas las personas que componen la familia, tal como se entienda ésta en la sociedad del Estado Parte de que se trate”), y TEDH, *Caso X, Y y Z Vs. Reino Unido*, No. 21830/93. Sentencia de 22 de abril de 1997, párr. 36 (“Al decidir si una relación puede considerarse como ‘vida familiar’, una serie de factores pueden ser relevantes, incluyendo si la pareja vive junta, la duración de su relación y si se ha demostrado el compromiso mutuo al tener hijos conjuntamente o por otros medios” [traducción de la Secretaría de la Corte]). Ver también, TEDH, *Caso Marckx Vs. Bélgica*, No. 68331/74. Sentencia de 13 de junio de 1979, párr. 31; TEDH, *Caso Keegan Vs. Irlanda*, No. 16969/90. Sentencia de 26 de mayo de 1994, párr. 44, y TEDH, *Caso Kroon y otros Vs. Países Bajos*, No. 18535/91. Sentencia de 27 de octubre de 1994, párr. 30.

209. Cfr. *Caso Atala Riffó y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 177.

en él a quienes efectivamente constituyen parte de la familia de la niña o del niño y, por lo tanto, son titulares de la protección a la familia acordada en los artículos 17 de la Convención y VI de la Declaración Americana. En igual sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha sostenido que “el término ‘familia’ debe interpretarse en un sentido amplio que incluya a los padres biológicos, adoptivos o de acogida o, en su caso, a los miembros de la familia ampliada o la comunidad, según establezca la costumbre local”²¹⁰, de conformidad con el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y que las previsiones del artículo 9 relativo a la separación de las niñas y los niños de los progenitores, es aplicable “a cualquier persona que tenga el derecho de custodia, los tutores legales o habituales, los padres adoptivos y las personas con las que el niño tenga una relación personal estrecha”²¹¹.

[...]

274. Bajo las consideraciones precedentes, el derecho de la niña o del niño a la protección de la familia, y en particular al disfrute de la vida de familia manteniendo la unidad familiar en la mayor medida posible, siempre prevalecería excepto en aquellos casos en los cuales la separación de la niña o del niño de uno o ambos progenitores sería necesaria en función de su interés superior. No obstante, el derecho a la vida familiar de la niña o del niño *per se* no supera la facultad de los Estados de implementar sus propias políticas migratorias en consonancia con los derechos humanos, en el marco de los procedimientos relativos a una expulsión de uno o ambos progenitores. Lo cierto es que la propia Convención sobre los Derechos del Niño también contempla la posibilidad de separación familiar a raíz de la deportación de uno o ambos progenitores.

275. Por consiguiente, es posible identificar que surgen dos intereses conflictivos en los casos en que debe adoptarse una decisión respecto a la eventual expulsión de uno o ambos progenitores: (a) la facultad del Estado implicado de implementar su propia política migratoria para alcanzar fines legítimos que procuren el bienestar general y la vigencia de los derechos humanos, y (b) el derecho de la niña o del niño a la protección de la familia y, en particular, al disfrute de la vida de familia manteniendo la unidad familiar en la mayor medida posible. No obstante, las exigencias del bienestar general no debe en forma alguna ser interpretada de manera tal que habilite cualquier viso de arbitrariedad en detrimento de los derechos. A fin de sopesar los intereses en conflicto, es necesario evaluar que la

210. 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), párr. 59.

211. 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), párr. 60.

medida: esté prevista en ley²¹² y cumpla con los requisitos de (a) idoneidad, (b) necesidad y (c) proporcionalidad, es decir, debe ser necesaria en una sociedad democrática²¹³.

276. En cuanto al requisito de idoneidad, la medida debe perseguir un fin legítimo, es decir, una finalidad acorde con la Convención Americana²¹⁴. No obstante, debido a la naturaleza de los derechos que pueden resultar afectados, no puede atender cualquier finalidad sino que debe satisfacer un interés público imperativo.

277. La medida debe ser necesaria en el sentido que, dentro del universo de medidas posibles, no exista otra que sea igualmente efectiva y que resulte menos gravosa respecto del derecho de la niña o del niño a la protección de la familia y, en particular, al mantenimiento de la unidad familiar. Para ello, evidentemente, los Estados deben contemplar medidas alternativas a la expulsión que faciliten la unidad familiar y la regularización migratoria²¹⁵.

278. Finalmente, la medida debe ser proporcionada en sentido estricto, por lo tanto debe ser la que restringe en menor grado el derecho protegido y se ajuste estrechamente al logro del objetivo legítimo²¹⁶. En efecto, para evaluar los intereses en conflicto, es preciso tener en cuenta que una expulsión

212. El primer paso para evaluar si una restricción a un derecho establecido en la Convención Americana es permitida a la luz del artículo 30 de dicho tratado, consiste en examinar si la medida limitativa cumple con el requisito de legalidad. Ello significa que las condiciones y circunstancias generales que autorizan una restricción al ejercicio de un derecho humano determinado deben estar claramente establecidas por ley. La norma que establece la restricción debe ser una ley en el sentido formal y material. *Cfr. Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párr. 176, y *La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.* Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párrs. 27 y 32.

213. La Corte Interamericana ha sostenido que para que una restricción sea permitida a la luz de la Convención debe ser *necesaria para una sociedad democrática*. Este requisito, que la Convención Americana establece de manera explícita en ciertos derechos (de reunión, artículo 15; de asociación, artículo 16; de circulación, artículo 22), ha sido incorporado como pauta de interpretación por el Tribunal y como requisito que califica a todas las restricciones a los derechos de la Convención. *Cfr. Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos*, párr. 185.

214. El segundo límite de toda restricción se relaciona con la finalidad de la medida restrictiva; esto es, que la causa que se invoque para justificar la restricción sea de aquellas permitidas por la Convención Americana, previstas en disposiciones específicas que se incluyen en determinados derechos (por ejemplo las finalidades de protección del orden o salud públicas, de los artículos 12.3, 13.2.b y 15, entre otras), o bien, en las normas que establecen finalidades generales legítimas (por ejemplo, “los derechos y libertades de las demás personas”, o “las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”, ambas en el artículo 32). *Cfr. Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos*, párr. 180. Ver también, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 67.

215. *Cfr. 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. 84.

216. *Cfr. Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos*, párr. 186.

puede tener efectos perjudiciales sobre la vida, bienestar y desarrollo de la niña o del niño, por lo que el interés superior debe ser una consideración primordial²¹⁷. De este modo, dado que en abstracto la expulsión de uno o ambos progenitores prácticamente en ninguna circunstancia redundaría en el interés superior de la niña o del niño sino que lo afectaría, se impone al correspondiente Estado la obligación de realizar una adecuada y rigurosa o estricta ponderación entre la protección de la unidad familiar y los intereses estatales legítimos, correspondiendo determinar, en el contexto de cada caso concreto, que la expulsión de uno o ambos progenitores, no conlleve una injerencia abusiva o arbitraria en la vida familiar de la niña o del niño²¹⁸.

279. A tal fin, el Estado tendrá subsiguientemente que evaluar las circunstancias particulares de las personas concernidas, entre las cuales destaca: (a) la historia migratoria, el lapso temporal de la estadía y la extensión de los lazos del progenitor y/o de su familia con el país receptor; (b) la consideración sobre la nacionalidad²¹⁹, guarda y residencia de los hijos de la persona que se pretende expulsar; (c) el alcance de la afectación que genera la ruptura familiar debido a la expulsión, incluyendo las personas con quienes vive la niña o el niño, así como el tiempo que ha permanecido en esta unidad familiar, y (d) el alcance de la perturbación en la vida diaria de la niña o del niño si cambiara su situación familiar debido a una medida de expulsión de una persona a cargo de la niña o del niño, de forma tal de ponderar estrictamente dichas circunstancias a la luz del interés superior de la niña o del niño en relación con el interés público imperativo que se busca proteger.

280. En aquellos supuestos en que la niña o el niño tiene derecho a la nacionalidad – originaria²²⁰, por naturalización o por cualquier otra causa

217. 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).

218. Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. OC-17/02, párr. 72.

219. La Corte recuerda que “el estatus migratorio de una persona no se trasmite a sus hijos”, y “la condición del nacimiento en el territorio del Estado es la única a ser demostrada para la adquisición de la nacionalidad, en lo que se refiere a personas que no tendrían derecho a otra nacionalidad, si no adquieren la del Estado en donde nacieron”. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. OC-18/03, párr. 134, y *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, párr. 156.

220. En la mayoría de los países de la región rige el *ius soli*, que determina que la persona adquiere la nacionalidad del territorio del Estado en que nació. A su vez, el artículo 20.2 de la Convención Americana establece el derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nace una persona, si ésta “no tiene derecho a otra”. Sobre esto, la Corte resalta que es necesario, como garantía del derecho a la identidad y del ejercicio de otros derechos, que los Estados aseguren el debido registro de los nacimientos que se verifican en su territorio. Véase el artículo 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el artículo 29 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. Cfr. Comité Jurídico Interamericano, *Opinión “sobre el alcance del derecho a la identidad”*, 71º Período ordinario de sesiones, Río de Janeiro, Brasil, Documento CJI/doc. 276/07 rev. 1, de 10 de agosto de 2007, párrs. 18.3.3 a 18.3.6, aprobado en el mismo período

establecida en la legislación interna – del país del cual uno o ambos progenitores pueden ser expulsados a raíz de una situación migratoria irregular, o bien cumple con las condiciones legales para residir permanentemente allí, resulta axiomático que la niña o el niño conserva el derecho a seguir disfrutando de su vida familiar en el referido país y, como componente de ello, el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos. La Corte encuentra, en aplicación de los criterios sentados, que la ruptura de la unidad familiar a través de la expulsión de uno o ambos progenitores por infracciones migratorias relacionadas con el ingreso o permanencia resulta desproporcionada en estos supuestos, pues el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la vida familiar que puede traer aparejado repercusiones en la vida y el desarrollo de la niña o del niño aparece como irrazonable o desmedido frente a las ventajas que se obtienen al forzar al progenitor a abandonar el territorio por causa de una infracción de carácter administrativo.

281. En definitiva, la Corte es de la opinión que cualquier órgano administrativo o judicial que deba decidir acerca de la separación familiar por expulsión motivada por la condición migratoria de uno o ambos progenitores debe, al emplear el análisis de ponderación, contemplar las circunstancias particulares del caso concreto y garantizar, del mismo modo, una decisión individual²²¹, de acuerdo a los parámetros desarrollados en los párrafos precedentes, evaluando y determinando el interés superior de la niña o del niño²²².

282. En esta línea, la Corte estima esencial que, al realizar tal evaluación, los Estados aseguren el derecho de las niñas y niños de tener la oportunidad de ser oídos en función de su edad y madurez²²³ y que su opinión sea

de sesiones mediante Resolución CJI/RES.137 (LXXI-O/07), de 10 de agosto de 2007, punto resolutivo segundo.

221. El artículo 22.9 de la Convención Americana establece que: “[e]s prohibida la expulsión colectiva de extranjeros”. En el marco del sistema interamericano de protección de derechos humanos, la Corte ha considerado que el carácter “colectivo” de una expulsión implica una decisión que no desarrolla un análisis objetivo de las circunstancias individuales de cada extranjero y, por ende, recae en arbitrariedad. Asimismo, un proceso que pueda resultar en la expulsión o deportación de un extranjero debe, además de ser individual, observar determinadas garantías mínimas de debido proceso. *Cfr. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*, párrs. 171 y 175.

222. *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)*, párr. 58.

223. Véase el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño. *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. 59, y 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. 84.

debidamente tenida en cuenta en aquellos procedimientos administrativos o judiciales en los cuales se pueda adoptar una decisión que implique la expulsión de sus progenitores²²⁴. En el caso en que la niña o el niño es nacional del país receptor, pero uno o ninguno de sus padres lo es, escuchar a la niña o al niño es necesario para entender el impacto que una medida de expulsión del progenitor podría generar sobre la misma o el mismo. A su vez, otorgarle a la niña o al niño el derecho a ser oído es fundamental para determinar si hay una alternativa más apropiada a su interés superior.

[...]

224. Cfr. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, párr. 227.